

**LICITE DE L'OPERATION  
AMERICAINE AU PAKISTAN  
CONTRE BEN LADEN**



<b>INTRODUCTION .....</b>	<b>3</b>
<b>TITRE PRELIMINAIRE.....</b>	<b>5</b>
<b>TITRE 1<sup>ER</sup> LA LEGITIME DEFENSE FACE A LA LUTTE CONTRE LE TERRORISME.....</b>	<b>8</b>
<b>I. Le fondement de l'action américaine .....</b>	<b>9</b>
<b>II. La légitime défense dans le cadre de l'interdiction du recours à la force.....</b>	<b>10</b>
A. Le droit de légitime défense dans la Charte des Nations Unies .....	10
1. Rappel historique.....	10
a. La doctrine Webster et l'affaire de la Caroline.....	10
b. L'émergence d'une notion autonome.....	11
2. Le principe de l'interdiction du recours à la force.....	11
3. Le « droit naturel de légitime défense » de l'article 51 .....	12
a. Une agression armée.....	12
b. Les critères de nécessité et proportionnalité.....	14
c. Le critère d'immédiateté.....	15
d. Le caractère subsidiaire de la légitime défense.....	15
B. Les tentatives d'élargissement de la légitime défense.....	16
1. La légitime défense préventive.....	17
2. La légitime défense préemptive.....	20
<b>III. La mort de Ben Laden, un acte de légitime défense ? .....</b>	<b>22</b>
A. La qualification de l'attaque contre Ben Laden .....	22
1. la notion de « targeted killing » :.....	22
2. La mort de Ben Laden, un « targeted killing » ?.....	23
a. L'usage de la force létale .....	23
b. Par un sujet de droit international .....	23
c. Une action visant à tuer .....	23
d. Une personne présélectionnée.....	24
e. Qui n'est pas sous la garde de l'auteur de l'attaque .....	24
B. Les « targeted killings », un acte de légitime de défense ? .....	25
C. Le non-respect des conditions de la légitime défense.....	26
1. Une agression armée.....	26
2. Les critères de nécessité et de proportionnalité.....	27
3. Le critère d'immédiateté .....	29
4. Le caractère subsidiaire de la légitime défense.....	30
<b>IV. La légitime défense en réaction à une « agression indirecte ».....</b>	<b>31</b>
A. L'état du droit avant le 11 septembre 2001.....	31
B. Le tournant opéré par les attentats du 11 septembre .....	33
1. L'harboring doctrine.....	34
2. L' « unwilling or unable State » doctrine.....	36
3. Une évolution de l'opinio juris ? .....	37
<b>TITRE 2<sup>ND</sup> LE DROIT INTERNATIONAL HUMANITAIRE ET LE DROIT INTERNATIONAL DES DROITS DE L'HOMME FACE A LA LUTTE CONTRE LE TERRORISME.....</b>	<b>39</b>
<b>I. La licéité de la mort de Ben Laden au regard du droit international humanitaire.....</b>	<b>41</b>
A. La lutte contre le terrorisme, un conflit armé international ? .....	42
1. La notion de conflit armé international .....	42
2. L'impossible qualification de conflit armé international.....	43
B. La lutte contre le terrorisme, un conflit armé non international ?.....	44
1. La notion de conflit armé non international.....	44

2. L'impossible qualification de conflit armé non international.....	46
3. L'émergence d'un article 3 « et demi » ? .....	48
C. La violation des règles de droit international humanitaire .....	50
1. Les principes régissant les conflits armés non internationaux.....	50
a. Le principe de distinction.....	50
b. Les notions de « groupe armé organisé » et de « participation directe aux hostilités » .....	51
c. Autres principes.....	54
2. L'appréciation de la licéité de l'attaque contre Ben Laden .....	55
a. Le statut d'Oussama Ben Laden.....	55
b. Le non respect des conditions.....	56
<b>II. La licéité de la mort de Ben Laden au regard du droit international des droits de l'homme.....</b>	<b>57</b>
A. Le champ d'application ratióne loci du droit à la vie.....	58
B. Le champ d'application ratióne materiae du droit à la vie .....	59
C. L'opération contre Ben Laden, une atteinte arbitraire au droit à la vie ? .....	61
<b>CONCLUSION.....</b>	<b>63</b>
<b>BIBLIOGRAPHIE .....</b>	<b>64</b>

# INTRODUCTION

Le 2 mai 2011, une partie de la population mondiale se réjouissait et célébrait la mort d'un des terroristes les plus connus au monde, Oussama Ben Laden. Depuis 10 ans, son portrait circulait sur les chaînes de télévision, dans les journaux et son nom était évoqué à chaque attentat. Une véritable chasse à l'homme était engagée depuis le 11 septembre 2001.

La question de la licéité de l'action américaine n'a cependant pas atteint le grand public, seuls quelques juristes se sont passionnés pour ce débat sur quelques sites Internet, destinés à de telles joutes. Il faut en effet se demander dans quelle mesure un Etat peut pénétrer, sans autorisation, sur le territoire d'un autre Etat dans le but de capturer ou tuer un terroriste responsable d'attaques commises sur son territoire.

Les problèmes posés par une telle action sont nombreux, violation de la souveraineté territoriale, invocation du droit inhérent de légitime défense, (non ?) respect des principes posés par le droit international humanitaire et le droit international des droits de l'homme et lutte contre le terrorisme. L'action américaine s'inscrit dans le cadre de la lutte (guerre ?) contre le terrorisme, et pose de façon plus générale la question de l'adéquation des règles actuelles de droit international face à un phénomène dont l'ampleur ne cesse de croître. Ces règles sont de plus en plus remises en cause, notamment par les Etats-Unis, et il faudra se prononcer sur leur pertinence au regard du contexte international mais également sur leur perspectives d'évolution afin d'endiguer ces nouvelles formes de menaces à la paix et à la sécurité internationales.

Ces questions ne sont pas dénuées d'intérêt tant la lutte contre le terrorisme est devenu un aspect majeur des relations internationales. L'effectivité des actions entreprises par les Etats ne doit cependant pas faire oublier qu'il existe un cadre juridique au plan international dont un des objectifs est de contribuer à la paix et la sécurité internationales.

Pour répondre à ces nombreuses interrogations, nous commencerons, après avoir présenté les faits (Titre préliminaire), par s'interroger sur la licéité de l'action américaine au regard des règles de droit international gouvernant les relations interétatiques (Titre 1<sup>er</sup>) avant de

se prononcer sur sa licéité sous l'angle des principes de droit international protégeant les individus (Titre 2<sup>nd</sup>).

Il convient de préciser que les faits, sur lesquels la présente analyse se fonde, sont ceux présentés par l'administration Obama au 30 avril 2011. La version officielle est très édulcorée, les autorités américaines ayant refusé de révéler les détails de l'opération. De plus, le terme de « targeted killings » ne sera pas traduit. Si traduction française il devait y avoir, le terme d'assassinat ciblé serait probablement celui se rapprochant le plus de la version anglaise (c'est notamment la traduction retenue dans les documents onusiens). Cependant, les termes « assassination », « murder » et « killing » sont différents. Parler d'assassinat en français alors que le terme n'est pas utilisé en anglais n'apparaissait donc pas assez rigoureux.

## TITRE PRELIMINAIRE

Le dimanche 1<sup>er</sup> mai 2011, des militaires américains (Navy Seals) ont pénétré à bord de deux hélicoptères en territoire Pakistanais. Ils ont pris d'assaut une maison à Abbottabad, au nord-est d'Islamabad, où les services de renseignements américains soupçonnaient Oussama Ben Laden de résider. Avant l'assaut, Oussama Ben Laden avait été identifié par plusieurs personnes comme habitant de ladite maison. L'assaut a duré environ 40 minutes. Pendant toute la durée de l'opération des coups de feu ont été échangés entre les militaires américains et les habitants de cette maison où vivaient, non seulement Ben Laden et sa famille, mais également deux autres familles. Dans la pièce où se trouvait Ben Laden, il y avait également une de ses femmes qui s'est précipitée sur les militaires qui ont alors tiré sur elle. Elle a été touchée à la jambe mais n'a pas été tuée. Ils ont ensuite tiré sur Ben Laden et l'ont tué. Bien que non armé, Ben Laden a cependant résisté et a refusé de se rendre aux autorités américaines<sup>1</sup>. Après la fusillade, les civils ont été déplacés dans un endroit sûr et un hélicoptère endommagé a été détruit. Les militaires ont alors quitté la scène à bord du second hélicoptère en direction du navire USS Carl Vinson qui stationnait au nord de la mer d'Arabie. De nombreux objets ont été emportés, dont un journal de bord contenant des notes manuscrites du chef d'Al-Qaida au sujet des futures opérations terroristes. Le corps d'Oussama Ben Laden a, par la suite, été jeté à la mer après l'observance des rites musulmans.

D'après les déclarations officielles faites par la Maison Blanche, le but de l'opération était de capturer ou de tuer Oussama Ben Laden. Comme l'a affirmé à plusieurs reprises Monsieur Brennan, conseiller du président Barack Obama pour la sécurité nationale, si les militaires menant l'attaque avait eu la possibilité de capturer Ben Laden vivant de façon à ne pas compromettre leur sécurité, ils l'auraient fait. Il est très important de comprendre que la sécurité des militaires américains était une préoccupation majeure du Président Obama, qui ne voulait pas que Ben Laden ou ses hommes aient la moindre opportunité de tuer des militaires américains. Ils avaient certes l'autorisation de le tuer, mais seulement

---

<sup>1</sup> U.S. Department of Defense, American Forces Press Service, « White House Corrects Information on bin Laden Raid », 3 mai 2011 <http://www.defense.gov//News/NewsArticle.aspx?ID=63803>

s'il n'offrait pas de se rendre. Or rien n'indique dans les faits que Oussama Ben Laden ait souhaité se rendre ; les échanges de coups de feu présument du contraire<sup>2</sup>.

Le Pakistan n'avait pas été informé de cette opération. Le gouvernement américain a affirmé à plusieurs reprises que l'opération ayant conduit à la mort d'Oussama Ben Laden avait été conduite de façon unilatérale<sup>3</sup>. Le gouvernement pakistanais n'a été informé de l'opération qu'après que l'hélicoptère transportant les membres du commando américain ait quitté l'espace aérien pakistanais. Quelques minutes après avoir été informé, des avions militaires pakistanais décollaient en direction d'Abbottabad<sup>4</sup>. C'est donc sans l'autorisation du Pakistan que des hélicoptères de guerre américains ont pénétré l'espace aérien pakistanais et qu'un commando de militaires américains a tué Ben Laden à Abbottabad.

Plusieurs arguments ont été avancés par le gouvernement américain pour justifier le caractère unilatéral de l'action. Ainsi, le directeur de la CIA, Leon Panetta, a déclaré que les Etats-Unis n'avaient pas voulu informer le Pakistan du raid contre Oussama Ben Laden afin d'éviter que les cibles soient averties. Quant au fait que le gouvernement pakistanais n'ait été prévenu qu'une fois le commando était hors du Pakistan, Monsieur Brennan a invoqué la volonté de ne pas engager le combat avec les forces pakistanaises, si celles-ci décidaient de réagir à la violation de leur souveraineté territoriale<sup>5</sup>.

Dans un communiqué de presse daté du 3 mai 2011, le Ministre des affaires étrangères pakistanais a protesté contre la manière dont l'opération avait été menée, visant son caractère unilatéral qui constitue une violation de la souveraineté territoriale du Pakistan :

« The Government of Pakistan expresses its deep concerns and reservations on the manner in which the Government of the United States carried out this operation without prior information or authorization from the Government of Pakistan. This event of unauthorized unilateral action cannot be taken as a rule. The Government of Pakistan further affirms that

---

<sup>2</sup> White House, Office of the Press Secretary, « Press Briefing by Press Secretary Jay Carney and Assistant to the President for Homeland Security and Counterterrorism John Brennan », 2 mai 2011 <http://www.whitehouse.gov/the-press-office/2011/05/02/press-briefing-press-secretary-jay-carney-and-assistant-president-homela>

<sup>3</sup> U.S. Department of Defense, American Forces Press Service, « White House Corrects Information on bin Laden Raid », *op. cit.*

<sup>4</sup> Ministry of Foreign Affairs Pakistan, « DEATH OF OSAMA BIN LADIN-RESPECT FOR PAKISTAN'S ESTABLISHED POLICY PARAMETERS ON COUNTER TERRORISM », 3 mai 2011 <http://www.mofa.gov.pk/mfa/pages/article.aspx?id=232&type=1>

<sup>5</sup> White House, Office of the Press Secretary, « Press Briefing by Press Secretary Jay Carney and Assistant to the President for Homeland Security and Counterterrorism John Brennan », *op. cit.*

such an event shall not serve as a future precedent for any state, including the US. Such actions undermine cooperation and may also sometime constitute threat to international peace and security »<sup>6</sup>.

De plus, après avoir rappelé que son pays était en guerre contre Al-Qaida<sup>7</sup>, le Ministre des affaires étrangères a réaffirmé l'engagement de son pays dans la lutte internationale contre le terrorisme<sup>8</sup>, rappelant les efforts jusque là entrepris pour mettre fin au terrorisme<sup>9</sup>.

---

<sup>6</sup> Ministry of Foreign Affairs Pakistan, «DEATH OF OSAMA BIN LADIN-RESPECT FOR PAKISTAN'S ESTABLISHED POLICY PARAMETERS ON COUNTER TERRORISM », *op. cit.*

<sup>7</sup> Ministry of Foreign Affairs Pakistan, «Death of Osama Bin Laden », 2 mai 2011, <http://www.mofa.gov.pk/mfa/pages/article.aspx?id=234&type=1>

<sup>8</sup> *Ibid.*, « It is Pakistan's stated policy that it will not allow its soil to be used in terrorist attacks against any country. Pakistan's political leadership, parliament, state institutions and the whole nation are fully united in their resolve to eliminate terrorism ».

<sup>9</sup> Ministry of Foreign Affairs Pakistan, «DEATH OF OSAMA BIN LADIN-RESPECT FOR PAKISTAN'S ESTABLISHED POLICY PARAMETERS ON COUNTER TERRORISM », *op. cit*

# TITRE 1<sup>ER</sup> LA LEGITIME DEFENSE FACE A LA LUTTE CONTRE LE TERRORISME

Les Etats ont une double responsabilité : ils doivent à la fois protéger leurs citoyens et les personnes se trouvant sur leur territoire mais également protéger les intérêts fondamentaux des autres Etats. Cela implique notamment l'obligation pour un Etat de s'assurer que des actions terroristes visant les intérêts d'autres Etats ne s'organisent pas sur son territoire<sup>10</sup>. Cependant, dans la pratique, cette seconde obligation se trouve souvent mise en échec par deux facteurs. Le premier tient à l'incapacité d'un Etat à s'assurer que des personnes privées ne tentent pas de porter atteinte à la souveraineté d'autres Etats, ce qui a amené la doctrine à parler d'« unable State ». Le second facteur est lié à la volonté d'un Etat de ne pas empêcher la préparation et la réalisation d'actions terroristes visant un Etat tiers. Ce type d'Etat est alors qualifié d'« unwilling State ».

Les événements du 11 septembre 2001 constituent un tournant dans la lutte contre le terrorisme et dans l'évolution, si admise, de la notion de légitime défense. De plus, la lutte contre le terrorisme a renforcé l'idée que la souveraineté comporte la responsabilité d'un contrôle effectif de son territoire et qu'un échec peut légitimer une réponse militaire<sup>11</sup>. Les Etats se trouvent face à un véritable défi qui est de trouver un équilibre entre le respect de la souveraineté territoriale et la protection des intérêts vitaux d'un Etat victime du terrorisme. La recherche de cet équilibre a amené les Etats à remettre en cause la notion de légitime défense telle qu'entendue traditionnellement afin de pouvoir légitimer la mort de terroristes dans le cadre de la lutte contre le terrorisme.

Dès lors, il convient de se demander si les Etats-Unis pouvaient pénétrer, sans autorisation, en territoire pakistanais pour capturer ou tuer Oussama Ben Laden sur le fondement de la légitime défense.

---

<sup>10</sup> CIJ, *Affaire du Détroit de Corfou (Grande-Bretagne c. Albanie)*, arrêt 9 avril 1949, *C.I.J. Recueil 1949*, p. 22

<sup>11</sup> Reinold (T.), « State weakness, irregular warfare, and the right to self-defense post 9/11 », 105 *Am. J. Int'l L.* 244 (2001)

Après avoir pris connaissance du fondement de l'action américaine tel qu'invoqué par les Etats-Unis (I), il faudra se référer au droit de légitime défense tel qu'énoncé dans la Charte des Nations Unies (II) pour décider de la licéité de la mort de Ben Laden (III). Enfin, il conviendra de déterminer si les Etats-Unis pouvaient entrer en territoire pakistanais sans autorisation (IV).

## I. Le fondement de l'action américaine

Après le temps des réjouissances, vint le temps des questions, et il fallut attendre deux semaines pour que le conseiller juridique du Département d'Etat américain, Harold Honju Koh, apporta une justification légale à l'action américaine ayant abouti à la mort de Ben Laden. Encore plus surprenante fut la forme que pris cette déclaration puisqu'elle fut publiée sur le site internet « [opiniojuris.org](http://opiniojuris.org) », forum où les juristes sont libres de s'exprimer, et non sur le site du Département d'Etat. Selon Monsieur Koh, les Etats-Unis étant engagés dans un conflit armé avec Al-Qaida depuis les attentats du 11 septembre 2001, ils pouvaient utiliser la force en vertu du droit naturel de légitime défense. De plus, Al-Qaida n'ayant pas renoncé à attaquer les Etats-Unis, ces derniers avaient le droit de répondre par la force, même létale, pour se défendre. Monsieur Koh affirma également qu'étant donné la position de leader de Ben Laden au sein d'Al-Qaida, il était indéniablement le chef d'une force armée ennemie et par conséquent une cible légitime dans le cadre du conflit armé contre Al-Qaida. Enfin, il ajouta qu'il constituait une menace imminente envers les Etats-Unis ce qui justifiait le recours à la force contre lui<sup>12</sup>. De même, Jay Carney, attaché de presse du Président Obama, lors d'une conférence de presse, a affirmé « we acted in the nation's self-defense »<sup>13</sup>. C'est donc bien sur ce fondement que les Etats-Unis justifient l'action menée au Pakistan.

---

<sup>12</sup> Koh (H.H.), « The lawfulness of the US operation against Osama Bin Laden », *Opiniojuris*, 19 mai 2011 <http://opiniojuris.org/2011/05/19/the-lawfulness-of-the-us-operation-against-osama-bin-laden/>

<sup>13</sup> White House, Office of the Press Secretary, « Presse briefing by Press Secretary Jay Carney », 4 mai 2011 <http://www.whitehouse.gov/photos-and-video/video/2011/05/04/press-briefing#transcript>

## II. La légitime défense dans le cadre de l'interdiction du recours à la force

La légitime défense est une exception au principe de l'interdiction du recours à la force. Si la Charte des Nations Unies la prévoit expressément (A), son admission et les conditions de son utilisation ont été posées près d'un siècle avant. Cependant, face aux défis que rencontre la communauté internationale et au rôle grandissant du terrorisme comme menace à la paix et à la sécurité internationales, les principes fondateurs de la légitime défense tendent aujourd'hui à être remis en cause (B).

### A. Le droit de légitime défense dans la Charte des Nations Unies

#### 1. Rappel historique

##### a. La doctrine Webster et l'affaire de la Caroline

En 1837, le Secrétaire d'Etat américain Daniel Webster, dans une lettre envoyée au Ministre des affaires étrangères britannique Lord Ashburton, élabora une définition de la légitime défense. Il fut amené à le faire dans le cadre de l'affaire de la Caroline qui opposait les Etats-Unis au Royaume-Uni. La Caroline était un navire battant pavillon aux Etats-Unis qui tentaient d'apporter des vivres aux insurgés canadiens. Les forces armées britanniques bombardèrent le navire qui tomba dans les chutes du Niagara. Daniel Webster admit que la légitime défense aurait pu permettre un tel acte mais qu'en l'espèce le comportement du Royaume-Uni ne pouvait être qualifié d'acte de légitime défense car celle-ci est seulement justifiée « if the necessity of that self-defense is instant, overwhelming, and leaving no choice of means, and no moment for deliberation »<sup>14</sup> et les faits de l'affaire ne remplissaient pas les critères de nécessité et de proportionnalité exigés par la légitime défense. Ces exigences ont donné lieu au « Caroline test » c'est-à-dire que pour que l'utilisation de la légitime défense soit légitime, l'action doit être proportionnelle à l'attaque subie et nécessaire.

---

<sup>14</sup> Webster (D.), *Affaire de la Caroline*, lettre du 27 juillet 1842 à Lord Ashburton, [http://avalon.law.yale.edu/19th\\_century/br-1842d.asp](http://avalon.law.yale.edu/19th_century/br-1842d.asp)

## b. L'émergence d'une notion autonome

Mais comme l'a fait remarquer le professeur Cassesse, bien que définie dans l'affaire du Caroline, la notion de légitime défense n'est réellement devenue autonome qu'avec l'émergence du principe de l'interdiction du recours à la force<sup>15</sup>. Avant la création de la Société des Nations, le droit international ne prévoyait pas de limite à l'emploi de la force, dès lors, selon l'auteur, « il n'y avait aucune raison pour qu'il existât une norme spécifique qui autorise la légitime défense »<sup>16</sup>.

En 1928, le Pacte Briand-Kellog pose de façon expresse le principe de l'interdiction du recours à la force dans son article 1<sup>er</sup> : « Les Hautes Parties contractantes déclarent solennellement qu'elles condamnent le recours à la guerre pour le règlement des différends internationaux et y renoncent en tant qu'instrument de politique nationale dans leurs relations mutuelles ». A partir de ce moment, la pratique s'est orientée « dans le sens de la licéité de l'emploi de la force pour repousser une attaque armée mais non pour prévenir une attaque »<sup>17</sup>. La légitime défense, dans la conception traditionnelle, ne pouvait être que la réaction à une attaque armée, ce qui excluait la légitime défense préventive.

## 2. Le principe de l'interdiction du recours à la force

Le principe de l'interdiction du recours à la force est affirmé à l'art 2§4 de la Charte des Nations Unies : « Les membres de l'Organisation s'abstiennent, dans leurs relations internationales, de recourir à la menace ou à l'emploi de la force, soit contre l'intégrité territoriale ou l'indépendance politique de tout Etat, soit de toute autre manière incompatible avec les buts des Nations Unies ». Ce sont donc toutes les formes de recours à la force qui sont visées et non plus seulement la guerre qui constitue un type parmi d'autres de recours à la force.

Mais ce principe général est assorti de plusieurs exceptions telles l'autorisation du Conseil de sécurité<sup>18</sup>, la légitime défense<sup>19</sup> ou encore le consentement de l'Etat visé par l'emploi de la force armée<sup>20</sup>.

---

<sup>15</sup> Cassesse (A.), « Commentaire de l'article 51 », p. 1329, in Cot (J.P.), Pellet (A), Forteau (M.), *La Charte des Nations Unies. Commentaire article par article*, Paris, Economica, 3<sup>e</sup> éd., 2005

<sup>16</sup> *Ibid.*, p.1330

<sup>17</sup> *Ibid.*

<sup>18</sup> Charte des Nations Unies du 26 juin 1945, article 42

<sup>19</sup> *Ibid.*, article 51

### 3. Le « droit naturel de légitime défense » de l'article 51

L'article 51 dispose « Aucune disposition de la présente Charte ne porte atteinte au droit naturel de légitime défense, individuelle ou collective, dans le cas où un Membre des Nations Unies est l'objet d'une agression armée, jusqu'à ce que le Conseil de sécurité ait pris les mesures nécessaires pour maintenir la paix et la sécurité internationales. Les mesures prises par des Membres dans l'exercice de ce droit de légitime défense sont immédiatement portées à la connaissance du Conseil de sécurité et n'affectent en rien le pouvoir et le devoir qu'a le Conseil, en vertu de la présente Charte, d'agir à tout moment de la manière qu'il juge nécessaire pour maintenir ou rétablir la paix et la sécurité internationales ».

Cet article ne permet l'emploi de la force qu'en réaction à une agression armée et à condition que soit respectée une norme de procédure, la notification au Conseil de sécurité des mesures prises à ce titre. De plus, une fois que le Conseil de sécurité a « pris les mesures nécessaires pour maintenir la paix et la sécurité internationales », l'exercice de ce droit est éteint.

#### a. Une agression armée

La notion d'agression armée n'est pas définie par la Charte. C'est l'Assemblée Générale dans la résolution 3314 (XXIX) qui en a donné une définition dont la portée est cependant limitée : « L'agression est l'emploi de la force armée par un Etat contre la souveraineté, l'intégrité territoriale ou l'indépendance politique d'un autre Etat, ou de toute autre manière incompatible avec la Charte des Nations Unies »<sup>21</sup>. Dans son article 3, elle dresse une liste non exhaustive d'actes d'agression.

Traditionnellement, il était admis qu'elle devait être le fait d'un Etat, comme l'a rappelé la Cour Internationale de Justice dans l'affaire *Nicaragua*<sup>22</sup>, vue qu'elle a confirmé dans son avis consultatif sur les *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé* où elle a statué que « L'article 51 de la Charte reconnaît ainsi

---

<sup>20</sup> AG Res. 56/83, 12 décembre 2001 « Responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite », article 20

<sup>21</sup> AG Res. 3314 (XXIX) « Définition de l'agression », article 1<sup>er</sup>

<sup>22</sup> CIJ, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique)*, arrêt du 27 juin 1986, *C.I.J. Recueil 1986*, p.104, para.195

l'existence d'un droit naturel de légitime défense en cas d'agression armée par un Etat contre un autre Etat »<sup>23</sup>. Cette affirmation a d'ailleurs été critiquée par le Juge Higgins dans son Opinion individuelle<sup>24</sup>, l'article 51 ne précisant nullement qu'elle doit être le fait d'un Etat. Cependant, il est aujourd'hui admis qu'elle peut être accomplie par un autre sujet de droit international tel qu'un groupe insurrectionnel ou un mouvement de libération nationale. Il semble même que l'on accepte que l'agression armée soit l'œuvre d'un groupe terroriste basé sur le territoire d'un Etat souverain (cela a été déduit des résolutions 1368 et 1373 du Conseil de sécurité qui ont affirmé « le droit inhérent de légitime défense individuelle et collective » en réaction à des actes terroristes<sup>25</sup>).

Le seuil de gravité nécessaire pour que l'attaque constitue une agression armée susceptible de déclencher le droit de légitime défense n'est pas clairement établi. Dans l'affaire des *Plates-formes pétrolières*, la Cour Internationale de Justice n'a ni établi de seuil à partir duquel l'agression armée est réalisée ni posé de critère de gravité mais s'est contentée de décrire les différentes formes qu'avaient prises les attaques pour en déduire que « même pris conjointement... ces incidents ne semblent pas à la Cour constituer une agression armée contre les Etats-Unis comparable à ce qu'elle a qualifié, en l'affaire des Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci, de forme d'emploi de la force parmi les plus graves »<sup>26</sup>. Elle a ensuite affirmé, à propos du minage de l'USS Samuel B. Roberts que si « le minage d'un seul navire de guerre peut suffire à justifier qu'il soit fait usage du droit de légitime défense ; toutefois, au vu de l'ensemble des circonstances... la Cour n'est pas en mesure de dire qu'il a été démontré que les attaques contre les plates-formes de Salman et de Nasr constituaient une riposte justifiée à une agression armée de l'Iran contre les Etats-Unis résultant du heurt de cette mine »<sup>27</sup>. C'est donc une appréciation au cas par cas qui est faite par la Cour, sans qu'il existe de règle générale en la matière.

---

<sup>23</sup> CIJ, *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, avis consultatif du 9 juillet 2004, *C.I.J. Recueil 2004*, p. 194, para. 139

<sup>24</sup> CIJ, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique)*, arrêt du 27 juin 1986, Opinion individuelle du Juge Higgins, *C.I.J Recueil 1986*, p. 215, para. 33

<sup>25</sup> CS Res. 1368 (2001) et CS Res. 1373 (2001)

<sup>26</sup> CIJ, *Plates-formes pétrolières (Iran c. Etats-Unis)*, arrêt du 6 novembre 2003, *C.I.J. Recueil 2003*, p.191-192, para. 64

<sup>27</sup> *Ibid.*, p.195-196, para 72

## b. Les critères de nécessité et proportionnalité

La Cour Internationale de Justice n'a eu cesse de rappeler que l'exercice de la légitime défense était soumis, en vertu du droit international coutumier, aux doubles conditions de nécessité et de proportionnalité<sup>28</sup>.

Cela signifie que les mesures utilisées au titre de la légitime défense doivent être proportionnées à l'agression armée subie et nécessaires pour y riposter c'est-à-dire que les mesures doivent être nécessaires à la défense de l'Etat agressé. Le critère de nécessité ne s'apprécie pas strictement<sup>29</sup> mais son appréciation n'est pas entièrement laissée à l'appréciation des parties<sup>30</sup>. Il est donc entendu dans son sens ordinaire c'est-à-dire ce qui est « essentiel, important »<sup>31</sup>. De plus, la légitime défense doit se limiter à repousser l'agression armée ce qui implique l'interdiction d'occuper le territoire de l'agresseur (ou celui où se trouve l'agresseur) « à moins que cela ne soit strictement nécessaire pour l'empêcher de continuer l'agression avec d'autres moyens »<sup>32</sup>. Cela exclut également, comme l'a affirmé la Cour Internationale de Justice dans l'affaire des *Activités armées*, qu'un Etat utilise la légitime défense « pour protéger des intérêts perçus comme relevant de la sécurité »<sup>33</sup>. Ainsi, si l'objectif de la riposte dépasse l'objectif de la légitime défense, si d'autres objectifs peuvent être décelés, il n'est plus nécessaire. C'est ce que le professeur Corten appelle le « critère d'exclusivité du but »<sup>34</sup>. Mais la nécessité s'entend également comme « critère d'efficacité de la mesure »<sup>35</sup>, ce que confirme la jurisprudence de la Cour Internationale de Justice<sup>36</sup>. Il faut donc que la riposte engagée par l'Etat victime soit efficace pour atteindre le but de la légitime défense. Ainsi, comme le relève le professeur

---

<sup>28</sup> CIJ, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, *op. cit.*, p.103, para. 194 ; CIJ, *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, avis consultatif du 8 juillet 1996, *C.I.J. Recueil 1996 (I)*, p. 245, para. 41

<sup>29</sup> CIJ, *Affaire des Plates-formes pétrolières (Iran c. Etats-Unis)*, *op. cit.*, p. 196, para. 74 ; CIJ, *Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda)*, arrêt du 19 décembre 2005, *C.I.J. Recueil 2005*, p. 223, para. 147

<sup>30</sup> CIJ, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, *op. cit.*, p. 141, para. 282 « ... la question de savoir si une mesure est nécessaire à la protection des intérêts vitaux de sécurité d'une partie ne relève pas de l'appréciation subjective de la partie intéressée. » ; CIJ, *Affaire des Plates-formes pétrolières (Iran c. Etats-Unis)*, *op. cit.*, p. 183, para. 43

<sup>31</sup> *Petit Larousse*, v° nécessaire, sens 2, Larousse, 1998

<sup>32</sup> Cassesse (A.), « Commentaire de l'article 51 », *op. cit.*, p. 1333

<sup>33</sup> CIJ, *Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda)*, *op. cit.*, p. 223-224, para. 148

<sup>34</sup> Corten (O.), *Le droit contre la guerre*, Paris, A. Pedone, 2008, p. 724

<sup>35</sup> *Ibid.*, p. 728

<sup>36</sup> CIJ, *Affaire des Plates-formes pétrolières (Iran c. Etats-Unis)*, *op. cit.*, p. 196-197, para. 74 (la Cour relève que la cible n'ayant aucun rôle militaire, sa destruction est inefficace donc pas nécessaire) ; CIJ, *Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda)*, *op. cit.*, p. 223, para. 147

Corten, un véritable débat d'ordre technique sera engagé mais « seule une inefficacité manifeste sera en pratique sanctionnée »<sup>37</sup>.

La condition liée à la proportionnalité est quelque peu floue, est-ce entre les dommages subis et ceux qui ont été causés ? Le professeur Verhoeven se refuse à admettre cela et considère que « si proportion il doit y avoir, c'est entre les objectifs que poursuit la légitime défense... et les dommages qu'elle cause »<sup>38</sup>. De plus, elle complémente l'exigence de nécessité puisqu'une mesure disproportionnée n'est plus nécessaire au but poursuivi. Ainsi, « la proportionnalité apparaît comme l'un des moyens par lesquels on peut évaluer la nécessité d'une mesure »<sup>39</sup>.

### c. Le critère d'immédiateté

L'article 51 exige que la réaction à l'agression armée soit immédiate puisqu'il pose l'exigence de l'existence d'une attaque armée c'est-à-dire que la riposte doit viser un comportement toujours en cours. L'appréciation de l'existence d'une attaque en cours n'impose cependant pas de prendre chaque comportement séparément mais peut se traduire par la probabilité d'une nouvelle attaque faisant suite à plusieurs autres<sup>40</sup>.

Cette exigence d'immédiateté est comprise de façon souple puisqu'il est tenu compte des difficultés techniques que peuvent rencontrer les forces armées d'un Etat à riposter. Ainsi, lors du conflit des Malouines, le Royaume-Uni a exercé son droit de légitime défense plusieurs jours après l'occupation argentine des îles, ce qui n'a pas été jugé contraire à l'exigence d'immédiateté, compte tenu de la distance entre le Royaume-Uni et l'archipel. De plus, l'exigence d'immédiateté ne saurait imposer à l'Etat une précipitation qui pourrait être lourde de conséquences.

### d. Le caractère subsidiaire de la légitime défense

Le caractère subsidiaire de la légitime défense se déduit de la perte de ce droit dès lors que le Conseil de sécurité prend « les mesures nécessaires pour maintenir la paix et la sécurité internationales ». C'est ce qui explique l'obligation procédurale faite à un Etat souhaitant

---

<sup>37</sup> Corten (O.), *Le droit contre la guerre*, Paris, A. Pedone, 2008, p. 729

<sup>38</sup> Verhoeven (J.), « Les étirements de la légitime défense », *A.F.D.I.*, volume 48, 2002, p.66

<sup>39</sup> Corten (O.), *Le droit contre la guerre*, Paris, A. Pedone, 2008, p. 729

<sup>40</sup> *Ibid.*, p. 728

mettre en œuvre son droit de légitime défense de notifier le Conseil de sécurité. En effet, la sécurité collective doit primer sur la sécurité individuelle. Ce qui est attendu du Conseil de sécurité est qu'il mette un terme à l'agression.

Dans la pratique, les insuffisances du système de sécurité collective n'ont fait qu'atténuer ce caractère subsidiaire. Dès lors qu'un des membres permanents oppose son veto, il s'en suit une paralysie du Conseil de sécurité ce qui a pour conséquences de laisser à l'Etat agressé la possibilité d'exercer unilatéralement son droit de légitime défense.

Au lendemain des attentats du 11 septembre 2001, le Conseil de sécurité a voté la résolution 1368 dans laquelle il a non seulement reconnu le « droit inhérent à la légitime défense individuelle ou collective »<sup>41</sup> des Etats-Unis mais aussi déclaré qu'il était « prêt à prendre toutes les mesures nécessaires pour répondre aux attaques terroristes du 11 septembre 2001 et pour combattre le terrorisme sous toutes ses formes »<sup>42</sup>. Il faudra attendre la résolution 1373 pour que le Conseil de sécurité prenne des mesures sur la base du Chapitre VII. Mais ces mesures se présentent sous la forme d'obligations faites aux Etats d'intégrer certaines dispositions dans leurs droits nationaux afin de lutter contre le terrorisme ou encore de geler les fonds et avoirs financiers « des personnes qui commettent, ou tentent de commettre, des actes de terrorisme, les facilitent ou y participent »<sup>43</sup>. Il ne s'agit donc pas de mesures de coercition. Cependant, si l'on s'en tient au texte de l'article 51, rien n'indique que seules des mesures coercitives mettent fin au droit de légitime défense. C'est au Conseil de sécurité de décider des mesures à prendre. Il semble donc que le Conseil de sécurité soit intervenu, mettant alors fin à l'exercice du droit de légitime défense par les Etats-Unis.

Mais cet ensemble de « checks and balances »<sup>44</sup>, destiné à éviter les abus, a sans cesse été réajusté et réinterprété de façon de plus en plus extensive par les Etats, peu désireux de s'enfermer dans les contraintes de la sécurité collective.

## B. Les tentatives d'élargissement de la légitime défense

Face à l'émergence du terrorisme « privé », certains Etats sont de plus en plus enclins à admettre l'existence d'un droit de légitime défense préventive et préemptive. En effet,

---

<sup>41</sup> CS Res. 1368 (2001)

<sup>42</sup> *Ibid.*

<sup>43</sup> CS Res. 1373 (2001)

<sup>44</sup> Reinold (T.), « State weakness, irregular warfare, and the right to self-defense post 9/11 », *op. cit.*

selon eux, c'est la seule façon d'apporter une réponse effective au nouveau type de guerre que constitue la « guerre contre le terrorisme ». Si certains auteurs<sup>45</sup> décident de traiter ensemble la légitime défense préventive et la légitime défense préemptive sous le concept de légitime défense préventive, le choix est ici fait de les séparer afin de mieux cerner les finesses des deux notions. De plus, étant substantiellement différentes, leurs conséquences ne sont pas négligeables au regard de notre sujet.

### 1. La légitime défense préventive

Un Etat peut-il faire usage de son droit naturel de légitime défense lorsqu'il n'y a pas d'agression armée mais une simple menace de recourir à la force ? Telle est bien la thèse soutenue entre autre par Israël et les Etats-Unis. Selon les gouvernements de ces deux Etats, pourquoi faudrait-il attendre qu'une attaque nucléaire soit déclenchée par un Etat ou des terroristes pour exercer son droit de légitime de défense ? En 1981, le délégué israélien déclarait au Conseil de sécurité que la portée de la légitime défense « has, however, broadened with the advance of man's ability to wreak havoc on his enemies. Consequently the concept took on new and far wider application with the advent of the nuclear era. Anyone who thinks otherwise has simply not faced up to the horrific realities of the world we live in today, and that is particularly true for small States whose vulnerability is vast and whose capacity to survive a nuclear strike is very limited »<sup>46</sup>. Si l'argument peut paraître convaincant au premier abord, quelques minutes réflexion font apparaître les dangers qu'il y aurait à admettre une telle théorie, sans compter que ni la Charte des Nations Unies ni la pratique ne permettent d'affirmer l'existence d'un tel droit.

Selon cette doctrine, le simple fait qu'une menace d'attaque armée contre un Etat soit connue par ledit Etat l'autoriserait à riposter par l'emploi de la force armée. Les auteurs défendant cette thèse affirment que l'article 51 n'a pas supprimé la norme internationale préexistante sur la légitime défense préventive, invoquant l'affaire de la Caroline. En effet, elle n'exclut pas la légitime défense préventive mais elle ne l'admet pas pour autant.

---

<sup>45</sup> Corten (O.), *Le droit contre la guerre*, op. cit., p. 618 ; Shaw (M.N.), *International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 5<sup>e</sup> éd., 2003, p. 1030

<sup>46</sup> S/PV.2288, 19 juin 1981, para. 85

On peut ajouter que l'exigence d'une attaque armée est posée de façon non équivoque par l'article 51. L'article 31 de la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités dispose qu'un « traité doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but ». Or comme l'a souligné le Professeur Corten « soit on est dans le cas d'une agression armée, et l'Etat victime a le droit de légitime défense, soit on est dans un autre cas, quel qu'il soit, et ce droit ne peut être exercé »<sup>47</sup>. L'existence d'une simple menace relevant de la seconde catégorie, le droit de légitime défense ne peut être exercé. De plus, admettre que l'article 51 contient un droit de légitime défense préventive priverait de tout effet le principe de l'interdiction du recours à la force tel que posé à l'art 2§4 de la Charte. En effet, si l'on accepte que l'existence d'une menace latente déclenche un droit de légitime défense, cela placerait certains Etats dans une position où ils disposeraient à tout moment de ce droit. Cela serait également contraire à la Charte des Nations Unies en ce que le droit de légitime défense est conçu comme exceptionnel et provisoire, la logique de la Charte étant de réserver l'usage de la force au Conseil de sécurité. Appliquée au cadre de la lutte contre le terrorisme, par essence permanente, cela impliquerait que les Etats victimes d'actes de terrorisme pourraient avoir recours à l'usage unilatéral de la force à tout moment. Les dangers pour la paix et la sécurité internationales seraient aggravés par le fait qu'il n'existe aucune définition universelle du terrorisme, chaque Etat déterminant lui-même ce qui constitue un acte de terrorisme.

Il faut cependant se demander s'il n'existerait pas une pratique des Etats qui admettrait une telle théorie. Dans un premier temps, il est intéressant d'examiner la réaction des membres du Conseil de sécurité et de l'ONU dans son ensemble aux attaques d'Israël contre les camps palestiniens au Liban en 1975 et au bombardement du réacteur nucléaire près de Bagdad en 1981. En ce qui concerne la seconde attaque, que le délégué israélien a justifié sur le fondement de la légitime défense préventive<sup>48</sup>, elle a immédiatement été dénoncée dans son fondement par le Conseil de sécurité<sup>49</sup> puis par l'Assemblée générale<sup>50</sup> de l'ONU qui ont condamné l'action israélienne comme étant incompatible avec la Charte et dangereuse pour la paix et la sécurité internationales. Le représentant du Mexique a clairement réfuté la doctrine de la légitime défense préventive en affirmant qu'il était

---

<sup>47</sup> Corten (O.), *Le droit contre la guerre*, *op. cit.*, p.619

<sup>48</sup> S/PV.2288, *op. cit.*

<sup>49</sup> CS Res. 487 (1991)

<sup>50</sup> AG Res. 36/27, adoptée le 13 novembre 1981 par 109 voix contre 2 et 34 abstentions

« inadmissible to invoke the right to self-defense when no armed attack has taken place. The concept of preventive war, which for many years served as justification for the abuses of powerful States, since it left it to their discretion to define what constituted a threat to them, was definitively abolished by the Charter of the United Nations »<sup>51</sup>. Si l'on se tourne vers la pratique la plus récente, l'exemple de la guerre contre l'Irak en 2003 est particulièrement significatif. Officiellement, ni la Grande-Bretagne ni les Etats-Unis n'ont invoqué la légitime défense préventive comme fondement de l'intervention militaire. Seule la lettre des Etats-Unis au président du Conseil de sécurité y fait allusion puisqu'il y est dit que « The action that coalition forces are undertaking are an appropriate response. They are necessary steps to defend the United States and the international community from the threat posed by Iraq and to restore international peace and security in the area. Further delay would simply allow Iraq to continue its unlawful and threatening conduct »<sup>52</sup>. Mais la grande majorité des Etats ne fut pas convaincue par l'argumentaire des Etats-Unis. Le jour même du discours du président Bush, le Ministre des affaires étrangères français déclarait que « les mesures nécessaires doivent être arrêtées par la communauté internationale au terme d'un examen approfondi et transparent. Toute tentation d'action unilatérale et préventive serait dangereuse »<sup>53</sup>. Cette position a été partagée par l'Iran<sup>54</sup>, le Yémen<sup>55</sup> ou encore le Secrétaire Général des Nations Unies qui déclara que « L'article 51 de la Charte stipule que tous les États, s'ils sont l'objet d'une agression armée, peuvent exercer leur droit naturel de légitime défense. Mais jusqu'à présent, il a été entendu que lorsque les États vont au-delà de l'exercice de ce droit et décident d'employer la force pour contrer des menaces plus larges contre la paix et la sécurité internationales, ils ont besoin de la légitimité que seule l'Organisation des Nations Unies peut octroyer. À l'heure actuelle, certains prétendent que cette interprétation n'est plus valable, étant donné qu'une « agression armée » au moyen d'armes de destruction massive pourrait être lancée à tout moment, sans avertissement, y compris par un groupe clandestin. Plutôt que d'attendre que cela se produise, affirment-ils, les États ont le droit et l'obligation d'employer la force d'une manière préemptive, même sur le territoire d'autres États, et même lorsque les armements qui pourraient être utilisés pour les attaquer sont encore au stade de la mise au

---

<sup>51</sup> S/PV.2288, *op. cit.*, para. 115

<sup>52</sup> Lettre du représentant permanent des Etats-Unis au Président du Conseil de sécurité du 20 mars 2003 (UN doc. S/2003/351)

<sup>53</sup> A/57/PV.3, 12 septembre 2002, p.31

<sup>54</sup> S/PV.4625 (Resumption 1), 16 octobre 2002, p. 2

<sup>55</sup> S/PV.4726, 26 mars 2003 p. 15 « Une guerre préventive, basée sur de simples doutes quant aux intentions d'autrui, conduit au chaos et cela pourrait saper les fondements des relations internationales. »

point. Selon cette interprétation, les États ne sont pas obligés d'attendre qu'il y ait un accord au sein du Conseil de sécurité. Au lieu de cela, ils se réservent le droit d'agir unilatéralement, ou dans le cadre de coalitions ad hoc. Cette logique constitue un défi fondamental aux principes sur lesquels, même si cela ne l'était que d'une manière imparfaite, la paix et la stabilité mondiales ont été fondées depuis 58 ans. Ce qui est inquiétant c'est que, si cette logique était adoptée, elle pourrait créer des précédents conduisant à la multiplication de l'usage unilatéral de la force, avec ou sans justification crédible »<sup>56</sup>. Récemment, la Chine a également réaffirmé, par le biais de son ambassadeur auprès des Nations Unies son opposition à la conformité de la légitime défense préventive à la Charte des Nations Unies, lorsqu'il déclaré « anticipatory self-defense or preventive use of military force is not advisable ; the use of force must be authorized by the Security Council »<sup>57</sup>

La Cour Internationale de Justice continue d'exiger une attaque armée pour que l'exercice de ce droit puisse être déclenché, tout en refusant de se prononcer sur la légitime défense préventive, les parties n'invoquant pas cet argument<sup>58</sup>.

Il semble donc correct d'en déduire que cette forme de légitime défense est toujours interdite par la Charte des Nations Unies et que le contexte de la lutte contre le terrorisme n'a pas eu pour conséquence l'admission de cette théorie en droit international.

## 2. La légitime défense préemptive

A une époque où la vitesse, la portée et la puissance destructrice des missiles sont de plus en plus grandes, où les risques de guerres nucléaires ou technologiques ne sont pas de simples scénarios, il serait vain de continuer à exiger qu'une attaque armée ait été perpétrée pour qu'un Etat fasse usage de son droit de légitime défense. Les dangers liés à l'utilisation de ce type d'arme sont encore plus importants lorsque l'on sait qu'elles

---

<sup>56</sup> A/58/PV.7, 23 septembre 2003, p. 3

<sup>57</sup> *Statement by Ambassador Wang Guangya on the Report of the High-Level Group*, 27 January 2005, <http://www.china-un.org/eng/lhghyywj/smhwj/wangnian/2005/t181639.htm>

<sup>58</sup> CIJ, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, *op. cit.*, p.103, para. 194 ; CIJ, *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, *op. cit.*, p. 22, para 38 ; CIJ, *Activité armées sur le territoire du Congo (République Démocratique du Congo c. Ouganda)*, *op. cit.*, p. 223-224, para. 148 « L'article 51 de la Charte ne peut justifier l'emploi de la force en légitime défense que dans les limites qui y sont strictement définies. Il n'autorise pas, au-delà du cadre ainsi établi, l'emploi de la force par un Etat pour protéger des intérêts perçus comme relevant de la sécurité. D'autres moyens sont à la disposition de l'Etat concerné, dont, en particulier, le recours au Conseil de sécurité. »

pourraient tomber entre les mains de terroristes qui seraient prêts à les utiliser pour arriver à leurs fins. Dès lors, il convient de se demander si le droit a évolué et admet le concept de légitime défense préemptive. Selon cette doctrine, dès lors qu'un Etat a connaissance d'une menace imminente contre lui, il serait en droit d'utiliser son droit de légitime défense et d'utiliser la force, dans le strict respect des conditions d'utilisation explicités précédemment, pour se défendre. Cette évolution du droit permettrait de prendre « en compte les nouvelles exigences de sécurité de notre époque et, ..., réduirait les risques d'abus par les grandes et moyennes puissances »<sup>59</sup>.

Lorsque le Groupe de personnalités de haut niveau sur les menaces, les défis et le changement a rendu son rapport en 2004, il a affirmé que « traditionnellement, en droit international, un État menacé peut lancer une opération militaire à condition que l'agression dont il est menacé soit *imminente*, qu'il n'y ait pas d'autre moyen d'écartier la menace et que l'intervention militaire soit proportionnée »<sup>60</sup>, invoquant un « principe de précaution »<sup>61</sup>. En revanche, il a explicitement exclu le principe de légitime défense préventive, estimant qu'il appartenait au Conseil de sécurité, en cas de menace, de décider d'intervenir militairement ou non<sup>62</sup>. De même, l'Institut de Droit International, dans sa résolution du 27 octobre 2007, a estimé que le « droit de légitime défense de l'Etat visait prenait naissance en cas d'attaque armée... manifestement imminente »<sup>63</sup>.

Dans le cadre de la lutte contre le terrorisme, cela permettrait de sauver un grand nombre de vies. De plus, le principe de « lutte contre le terrorisme » implique que l'on puisse réagir avant que l'attaque terroriste ait lieu. Dès lors, il serait vain de vouloir lutter contre le terrorisme tout en continuant d'exiger que les Etats soient victimes de ces actes pour pouvoir exercer leur droit de légitime défense. Cela n'implique cependant pas renonciation aux exigences de nécessité et de proportionnalités, nécessaires pour éviter les abus. De plus, le principe de l'existence d'une attaque armée devrait être remplacé par celui d'une menace imminente d'une attaque armée, le seuil de gravité à exiger devant être aussi élevé que dans le cadre de la légitime défense traditionnelle. La différence avec la légitime défense préventive se trouve donc dans le niveau d'avancement de la menace.

---

<sup>59</sup> Cassesse (A.), « Commentaire de l'article 51 », *op. cit.*, p. 1341

<sup>60</sup> A/59/565, 2 décembre 2004, p. 59, para. 188

<sup>61</sup> *Ibid.*, para 189

<sup>62</sup> *Ibid.*, para 190

<sup>63</sup> Institut de Droit International, résolution du 27 octobre 2007 « Problèmes actuels du recours à la force en droit international : légitime défense », p. 1, para. 3

L'appréciation du caractère imminent est certes difficile mais pour les raisons exposées ci avant il semblerait inconcevable de continuer à exiger l'existence d'une agression armée pour déclencher un droit de légitime défense.

### III. La mort de Ben Laden, un acte de légitime défense ?

Après avoir démontré que l'attaque contre Ben Laden peut être qualifiée de « targeted killing » (A), il faudra se demander si cette attaque peut-être un moyen de répondre à une attaque armée dans le cadre de la légitime défense (B) avant de vérifier que la mort de Ben Laden remplit tous les critères encadrant son utilisation (C).

#### A. La qualification de l'attaque contre Ben Laden

##### 1. la notion de « targeted killing » :

La notion de « targeted killing » a reçu plusieurs définitions<sup>64</sup>, celle recevant une acception la plus large est celle de Nils Melzer : « ... the term targeted killing denotes the use of lethal force attributable to a subject of international law with the intent, premeditation and deliberation to kill individually selected persons who are not in physical custody of those targeting them »<sup>65</sup>. Cinq critères doivent donc être remplis pour qu'une action visant un être humain puisse être qualifiée de « targeted killing » : (1) l'usage de la force létale, (2) par un sujet de droit international, (3) dont le but doit être de tuer (4) une personne désignée (5) qui n'est pas sous le contrôle dudit sujet de droit international.

---

<sup>64</sup> Guiora (A.), « Targeted killing as active self-defense », 36 Case W. Res. Int'l L. 322, « targeted killing reflects a deliberate decision to order the death of... an individual... who presents a serious threat to public order and safety based on criminal evidence and/or reliable, corroborated intelligence information... There also must be no reasonable alternative to the targeted killing... »

<sup>65</sup> Melzer (N.), *Targeted killings in international law*, Oxford, Oxford University Press, coll. Oxford monographs in international law, 2008, p. 5

## 2. La mort de Ben Laden, un « targeted killing » ?

### a. L'usage de la force létale

Selon le Professeur Melzer, « the notion of lethal force must... include any forcible measure, regardless of the means employed, which is capable of causing the death of a human being »<sup>66</sup>.

La pratique récente des Etats-Unis se caractérise par l'emploi de drones, objets volants télécommandés tirant des missiles sur une cible désignée, pour tuer des terroristes (Ali Qaed Senyan al-Harithi au Yémen le 3 novembre 2002, Haitham al-Yemeni au Pakistan le 10 mai 2005, Abu Mussab al-Zarqawi en Irak le 7 juin 2006). Cependant, l'attaque contre Ben Laden est différente puisque les Etats-Unis ont décidé, non pas d'utiliser un drone, mais d'envoyer un commando de Navy Seals c'est-à-dire des forces spéciales pour capturer ou tuer Ben Laden. Mais l'on peut quand même affirmer que les Etats-Unis ont fait usage de la force létale. En effet, les hommes envoyés étaient extrêmement bien armés et surentraînés et ils étaient relativement nombreux (leur nombre exact n'a pas été dévoilé mais ils étaient dans deux hélicoptères). Ils étaient (et ils l'ont montré) capables de tuer Ben Laden.

### b. Par un sujet de droit international

Nils Melzer vise principalement les Etats mais il admet que dans certains cas un acteur privé puisse être qualifié de sujet de droit international<sup>67</sup>. En l'espèce, il ne fait aucun doute que l'action est le fait des Etats-Unis, ces derniers l'ayant même revendiquée<sup>68</sup>.

### c. Une action visant à tuer

Nils Melzer utilise les termes d' « intent, premeditation and deliberation to kill » c'est-à-dire que l'action entreprise doit avoir pour but de tuer la personne visée.

Si l'on se réfère aux déclarations américaines précitées, l'objet de l'opération était de « capturer ou tuer Ben Laden » et non pas de simplement le tuer. Dès lors, si l'on s'en

---

<sup>66</sup> *Ibid.*, p.3

<sup>67</sup> *Ibid.*, p. 4

<sup>68</sup> White House, Office of the Press Secretary, « Press Briefing by Press Secretary Jay Carney and Assistant to the President for Homeland Security and Counterterrorism John Brennan », *op. cit.*

tenait à la position officielle américaine ce critère ne serait pas rempli. Mais les différentes déclarations des présidents Bush<sup>69</sup> et Obama font état de la volonté de tuer Oussama Ben Laden. De plus, au regard des détails (très peu nombreux) de l'opération qui ont été communiqués par l'administration américaine, la volonté affichée des Etats-Unis de capturer Ben Laden vivant afin de le traduire en justice semble compromise. En effet, Ben Laden n'était pas armé lorsque les militaires l'ont tué. L'armée a précisé qu'un des objectifs était qu'aucun militaire américain ne soit blessé et qu'il ne fallait pas laisser à Ben Laden une telle chance. Alors certes Ben Laden ne s'est pas rendu mais cependant on voit mal comment un homme seul et non armé face à des membres des forces spéciales pourrait résister et présenter un réel danger pour ces derniers. Le refus de l'administration Obama de préciser les détails de l'opération et notamment les circonstances dans lesquelles Ben Laden est réellement mort laisse dubitatif quand au fait que le but premier de l'opération était de capturer Ben Laden vivant. C'est pourquoi il semble raisonnable d'affirmer que le but réel de cette opération était de tuer Ben Laden.

#### d. Une personne présélectionnée

Ce critère permet de différencier les « targeted killings » des attaques visant des personnes au hasard<sup>70</sup>. Il ne fait aucun doute que l'attaque ayant abouti à la mort de Ben Laden était dirigée contre sa personne. Ben Laden était recherché par les Etats-Unis depuis les attentats du 11 septembre 2001, il était sur la liste des terroristes les plus recherchés dans le monde. Quant aux circonstances de l'attaque, une des femmes de la maison confirma sa présence dans ladite maison puis il fut identifié par les militaires. Ce n'est qu'après avoir reçu confirmation de sa présence que l'action fut réellement menée.

#### e. Qui n'est pas sous la garde de l'auteur de l'attaque

Ce critère permet de différencier les « targeted killings » des exécutions judiciaires et extrajudiciaires où la personne tuée est sous la garde des autorités procédant à son exécution<sup>71</sup>. Là encore il ne fait aucun doute que ce critère était rempli puisque des

---

<sup>69</sup> Bob Woodward, « CIA Told to Do 'Whatever Necessary' to Kill Bin Laden », Washington Post, 21 octobre 2001

<sup>70</sup> Melzer (N.), *Targeted killings in international law*, op. cit., p. 4

<sup>71</sup> *Ibid.*

militaires américains se sont déplacés jusqu'à Abbottabad pour trouver et tuer Ben Laden qui vivait libre.

L'action contre Ben Laden peut donc bien être qualifiée de « targeted killing ». Dès lors, il convient de se demander si ce type d'opération peut être un moyen pour répondre à une attaque armée dans le cadre de la légitime défense.

### B. Les « targeted killings », un acte de légitime de défense ?

Longtemps les gouvernements tentèrent de cacher cette pratique. Le premier à reconnaître officiellement qu'il recourait aux « targeted killings » comme acte de légitime défense fut Israël. Le 9 novembre 2000, peu de temps après la mort de Hussein Abayat, membre du Fatah, tué par un missile tiré d'un hélicoptère israélien, l'Israel Defence Force (IDF) reconnut publiquement sa responsabilité dans l'opération<sup>72</sup>. Le 14 février 2001, le Ministre de la défense déclara « We will continue our policy of liquidating those who plan or carry out attacks, and no one can give us lessons in morality because we have unfortunately one hundred years of fighting terrorism »<sup>73</sup>. C'est en réaction à des attaques armées qu'Israël a donc réagi en ciblant des personnes considérées comme des terroristes. De plus, partisan d'une acception étendue de la légitime défense incluant la légitime préventive, le gouvernement israélien considère que tuer un terroriste préparant une attaque ou présentant une simple menace constitue un acte de légitime défense. Les Etats-Unis ont également justifié cette pratique par la légitime défense, comme ce fut le cas pour la mort de Ben Laden. Un certain nombre d'auteurs semblent accepter cette explication<sup>74</sup> tout en admettant que les principes de proportionnalité, nécessité et de distinction doivent être respectés. Il est vrai qu'à partir du moment où l'on accepte qu'une attaque armée

---

<sup>72</sup> Déclaration du Général de division Itzhak Eitan, chef du commandement central de l'armée, « Vous devez comprendre que les actions de ce type sont décidées dans les hautes sphères des FDI et du gouvernement israélien ; je dirais qu'il en allait de même cette fois-ci et je préférerais ne rien ajouter... Cette opération s'est fondée sur les informations des services de renseignements. Elle a été exécutée avec précision par les forces aériennes d'Israël. » Reuter 11 septembre 2000, reproduit dans Amnesty International, *Israël et territoires occupés, Assassinats commis sur ordre de l'Etat et autres homicides illégaux*, MDE 15/005/01 EFAI, 21 février 2000, p. 9

<sup>73</sup> Cité dans Amnesty International, *Israël et territoires occupés, Assassinats commis sur ordre de l'Etat et autres homicides illégaux*, *Ibid.*, p. 1

<sup>74</sup> Guiora (A.), « Targeted killing as active self-defense », *Ibid.* ; Paust (JJ), « Self-defense targetings of non-state actors and permissible of US drones in Pakistan », 19 *J. Transnat'l L. & Pol'y* 261 « measures of legitimate self-defense can include the targeting of what would be lawful military targets during war, like the head of a non-state entity (such as Usama bin Laden) ; Paust (JJ), « Permissible self-defense targeting and the death of Bin Laden », 39 *Denv. J. Int'l L. & Pol'y* 580

déclenchant l'exercice du droit de légitime défense soit l'œuvre d'une personne privée, il semble logique d'admettre que l'exercice de ce droit soit dirigé contre lesdites personnes privées. Cependant, il importe que les règles du droit international général, du droit international humanitaire et du droit international des droits de l'homme ne soient pas violées, ce que nous examinerons dans une seconde partie.

### C. Le non-respect des conditions de la légitime défense

#### 1. Une agression armée

La légitime défense doit s'exercer en réponse à une agression armée. Dès lors, il convient de s'entendre sur l'agression ayant déclenché ce droit de légitime défense. En d'autres termes, qu'est-il reproché à Ben Laden et susceptible d'entraîner un tel droit ?

Le 11 septembre 2001, quatre avions de ligne étaient détournés par des membres du réseau terroriste Al-Qaïda afin de perpétrer des attentats aux Etats-Unis. Deux de ses avions s'écrasèrent sur les tours du World Trade Center, entraînant la mort de plus de 3000 personnes. Une fois les attentats revendiqués, une véritable chasse à l'homme sera menée par les Etats-Unis qui se sont déclarés en « guerre » contre Al-Qaïda et le terrorisme<sup>75</sup>. Pour qu'une attaque soit considérée comme une agression armée susceptible de déclencher l'exercice du droit de légitime défense, elle doit être d'une certaine gravité. La Cour Internationale de Justice n'a pas établi de seuil minimum mais au regard de la gravité des faits précités il est raisonnable d'affirmer que ce seuil a été franchi et que l'attaque subie par les Etats-Unis peut être qualifiée d'agression armée au sens de l'article 51. Ceci a été confirmé par la résolution 1368 puisque le Conseil de sécurité a qualifié les attentats du 11 septembre de « menace à la paix et à la sécurité internationales »<sup>76</sup> et a reconnu aux Etats-Unis leur « droit inhérent à la légitime défense »<sup>77</sup>, affirmations réitérées dans la résolution 1373<sup>78</sup>.

---

<sup>75</sup> President Bush's address to a joint session of Congress on Thursday night, September 20, 2001, « Our war on terror begins with al Qaeda, but it does not end there. », recopié sur <http://edition.cnn.com/2001/US/09/20/gen.bush.transcript/>

<sup>76</sup> CS Res. 1368 (2001)

<sup>77</sup> *Ibid.*

<sup>78</sup> CS Res. 1373 (2001)

La théorie israélienne de l' « accumulation of events » mérite d'être ici mentionnée. Selon cette théorie, une accumulation de petits événements, pris ensembles, pourrait atteindre un seuil de gravité suffisant afin de pouvoir bénéficier de la qualification d'agression armée au sens de l'article 51. Peu d'Etats paraissent avoir accepté cette doctrine<sup>79</sup>. Cependant, la Cour Internationale de Justice, dans l'*affaire des Plates-formes pétrolières*, semble avoir adhéré à celle-ci en déclarant que « la question est de savoir si cette attaque, prise isolément ou dans le cadre de la « série d'attaques » invoquée par les Etats-Unis, peut être qualifiée d'« agression armée » contre les Etats-Unis, agression qui justifierait le recours à la légitime défense »<sup>80</sup>. Il est donc possible d'en déduire qu'elle admet qu'une accumulation d'attaques puisse constituer une agression armée au sens de l'article 51 de la Charte. Depuis le 11 septembre 2001, plusieurs tentatives d'attentats ont été revendiquées par Al-Qaida (par exemple, le 24 janvier 2010, dans un enregistrement audio, Ben Laden revendique l'attentat manqué contre un avion en vol vers Détroit le 25 décembre 2009, à bord duquel un Nigérian, Abdul Farouk Abdulmutallab, avait tenté d'actionner des explosifs dissimulés sur lui), certains attentats ont été attribués à Al-Qaida sans pour autant que l'on soit toujours certains de cette imputation (par exemple, l'assassinat du journaliste Daniel Pearl au Pakistan, enlevé par un groupe soupçonné d'être lié à Al-Qaida et aux services secrets pakistanais). De plus, l'on sait que les talibans, auteurs de nombreuses attaques contre la coalition en Afghanistan, sont soutenus par des membres d'Al-Qaida. Enfin, Ben Laden, depuis 2001, n'a cessé de menacer les Etats-Unis et d'autres Etats de prochaines attaques (ce qui a d'ailleurs été confirmé par les documents trouvés dans la maison d'Abbottabad). Il faut donc se demander si ces soutiens peuvent constituer une agression armée au sens de la Charte des Nations Unies. Toutes ces attaques, prises ensemble pourraient, si l'on adhère à la théorie de l' « accumulation of events » et interprète ce qu'a dit la Cour Internationale de Justice, être constitutives d'une attaque armée au sens de la Charte des Nations Unies. Ben Laden étant un des chefs d'Al-Qaida (en tout cas le plus médiatisé), il est donc possible de considérer qu'il est responsable des différentes attaques armées contre les Etats-Unis.

Il y a donc bien eu, ces dernières années, plusieurs agressions armées contre les Etats-Unis. Cependant, aucune n'a été récemment revendiquée.

## 2. Les critères de nécessité et de proportionnalité

---

<sup>79</sup> Tams (C.J.), « The use of force against terrorists », EJIL, vol. 20, n°2, p. 30

<sup>80</sup> CIJ, *Affaire des Plates-formes pétrolières (Iran c. Etats-Unis)*, *op. cit.*, p. 191, para. 64

Il a été expliqué précédemment que l'exercice de la légitime défense était soumis aux doubles conditions de nécessité et de proportionnalité. Il convient donc de regarder si ces critères ont été respectés par les Etats-Unis lors de l'attaque ayant abouti à la mort de Ben Laden.

L'objectif officiel (critiqué précédemment) de la mission était de capturer ou tuer Ben Laden. Dès lors, l'envoi d'un commando armé plutôt qu'une attaque par drone, utilisée pour tuer d'autres terroristes, semble être conforme à l'exigence de proportionnalité. En effet, les membres du commando bénéficiaient d'une capacité d'adaptation et d'appréciation de la situation qu'une attaque par drone ne permet pas. De plus, l'objectif de l'action était Ben Laden, pas les personnes l'entourant, or peu de personnes ont été tuées et blessées. Si attaque par drone il y avait eu, toutes les personnes présentes dans la maison auraient été tuées. La tactique utilisée répond donc bien à la première condition.

Ben Laden était un des chefs d'Al-Qaida et l'ordonnateur de nombreux attentats. Mais si Ben Laden était bien la figure charismatique et le symbole du jihad, le cerveau du mouvement, au moins depuis 2001, est Ayman al-Zawahiri<sup>81</sup>. En revanche, personne ne niera l'importance qu'a joué Ben Laden dans la préparation des attentats du 11 septembre 2001 et dans le développement du jihad mondial. Ainsi, dans le cadre de la légitime défense exercée par les Etats-Unis, l'élimination de Ben Laden était très certainement un moyen nécessaire, essentiel pour mettre fin aux attaques subies. L'efficacité de la mesure a donné lieu à de nombreux débats et près d'un an après il semble qu'elle soit en partie démontrée.

On peut cependant se demander s'il n'y avait pas d'autres objectifs que la légitime défense, notamment la protection d'intérêts relevant de la sécurité des Etats-Unis, derrière l'action américaine. En effet, nous l'avons dit, depuis que les attentats du 11 septembre 2001 ont été revendiqués, les Etats-Unis ont fait de la capture / mort de Ben Laden un des objectifs premiers de leur « guerre contre le terrorisme » et le Président Obama a même qualifié la traque de Ben Laden de « top priority »<sup>82</sup>. Plus qu'un moyen nécessaire dans le cadre de la légitime défense invoquée par les Etats-Unis, la mort de Ben Laden revêt un caractère

---

<sup>81</sup> Kepel (G.), *Al-Qaida dans le texte*, Paris, PUF, coll. Quadrige, 2<sup>e</sup> éd., 2008, p. 236

<sup>82</sup> White House, remarks by the President on Osama bin Laden, 2 mai 2011, <http://www.whitehouse.gov/blog/2011/05/02/osama-bin-laden-dead>

punitif certain. Dans sa déclaration du 2 mai 2011, le Président Obama a d'ailleurs rappelé que les Etats-Unis n'accepteraient pas que leur sécurité soit remise en cause, avant d'ajouter que maintenant que Ben Laden était mort, « justice has been done »<sup>83</sup> (alors qu'aucun procès n'a eu lieu). La traque et la mort de Ben Laden semblent donc s'inscrire dans une dynamique de protection de la sécurité américaine, ce qui est clairement refusé par la Cour Internationale de Justice dans le cadre de la légitime défense<sup>84</sup>.

Bien que ces critères ne s'entendent pas strictement, leur respect n'a pas été entier. Cependant, la licéité d'une action en légitime défense s'apprécie globalement, ce qui implique l'examen des autres critères.

### 3. Le critère d'immédiateté

C'est probablement le critère qui fait le plus débat au regard de l'action entreprise. En effet, si l'on s'en tient aux déclarations américaines, la mort de Ben Laden s'inscrit dans le cadre de l'exercice de leur droit de légitime défense, déclenché par les attentats du 11 septembre 2001. Il s'est donc écoulé près de 10 ans entre les attentats et la mort de ce dernier. C'est indéniablement une violation de cette condition ; même l'invasion de l'Afghanistan le 7 octobre 2001, soit moins d'un mois après les attentats, fut critiquée pour son caractère tardif<sup>85</sup>.

Mais le droit d'utiliser la force au titre de la légitime défense continue tant que l'attaque n'a pas pris fin ou que la force demeure indispensable pour se protéger d'autres attaques. Cependant, au regard de la spécificité de la guerre contre le terrorisme qui est appelée à durer, il est contestable et dangereux de considérer que cela s'applique dans ces circonstances. La menace terroriste est continue, considérer qu'une telle menace fait perdurer le droit de légitime défense reviendrait donc à autoriser les Etats-Unis à user de ce droit à tout moment. Seule l'imminence d'une attaque armée pourrait justifier que la force soit utilisée sans attendre une agression armée (légitime défense préemptive), mais cette imminence est différente d'une probabilité plus ou moins grande d'une attaque annoncée (légitime défense préventive). Si la première constitue un moyen effectif de combattre le terrorisme, la seconde est inacceptable, pour les raisons précédemment exposées. Si l'on

---

<sup>83</sup> *Ibid.*

<sup>84</sup> CIJ, *Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda)*, *op. cit.*, p. 223-224, para. 148

<sup>85</sup> Verhoeven (J.), « Les étirements de la légitime défense », *Ibid.*, p. 69

adhère à la doctrine américaine de la légitime défense préventive, Ben Laden constituant une menace permanente, ce critère est rempli. Mais ce n'est pas notre position ici, et même dans le cadre de la légitime défense préemptive, le critère de l'imminence n'est pas rempli. En effet, l'action contre Ben Laden ne s'inscrit pas dans le cadre d'une opération visant à empêcher une attaque imminente. Certes des documents faisant état de futures attaques ont été retrouvés dans sa villa d'Abbottabad, mais au moment de l'opération ces documents n'étaient pas en possession des autorités américaines. De plus, rien n'indique, à travers les communiqués officiels, que ces documents ont apporté la preuve de l'existence d'une attaque imminente.

L'action américaine a donc violé le critère de l'immédiateté et même une interprétation relativement extensive de la légitime défense ne permet pas de légitimer l'opération menée au regard de cette condition. Enfin, le non respect de ce critère ne fait que renforcer le sentiment que l'action américaine a un caractère punitif, ce qui est contraire au droit de légitime défense.

#### 4. Le caractère subsidiaire de la légitime défense

Dans la résolution 1373, le Conseil de sécurité a pris des dispositions générales afin de lutter contre le terrorisme. Les mesures adoptées par le Conseil de sécurité sont, d'une part la création d'un Comité contre le terrorisme, et d'autre part de nature juridique puisque les Etats doivent incriminer les actes de terrorisme et leur financement, mettre en place des moyens institutionnels adaptés pour rendre effective la lutte contre les mouvements terroristes et coopérer avec les autres Etats dans les domaines judiciaire et policier. Cependant, elles demeurent objectivement insuffisantes et même si des mesures militaires ne sont pas exigées par l'article 51 pour mettre fin au droit de légitime défense, plusieurs commentateurs<sup>86</sup>, se fondant sur le préambule des résolutions qui ont rappelé le droit naturel de légitime défense, ont considéré que le droit de légitime défense des Etats-Unis n'avaient pas disparu suite aux résolutions 1368 et 1373. Si l'on s'en tient à cette analyse, on remarque que les résolutions adoptées postérieurement n'ont pas expressément mis fin au droit de légitime défense des Etats-Unis. Dès lors il est raisonnable de conclure que le droit de légitime défense ouvert par les attentats du 11 septembre peut toujours être exercé. Cette bizarrerie ne peut qu'être dénoncée. En effet, pour les raisons déjà explicitées,

---

<sup>86</sup> *Ibid.*, p. 71

l'existence d'un perpétuel droit de légitime défense, notamment individuel, permettrait de légitimer des actions unilatérales se rattachant à celui-ci, ce qui serait source d'instabilités et de menaces contre la paix et la sécurité internationales.

Le professeur Corten va encore plus loin lorsqu'il affirme que « l'adoption de mesures de sécurité collective par le Conseil limite l'exercice, par l'Etat concerné, de son droit de légitime défense, mais sans pour autant lui ôter, dans son essence, ce droit naturel... seul l'exercice de celui-ci étant susceptible d'être atteint par ces mesures »<sup>87</sup>. Cette position ne nous semble pas pertinente puisqu'elle priverait d'effet la Charte des Nations Unies qui tente de limiter les cas dans lesquels un Etat peut unilatéralement recourir à la force. On peut certes déplorer le fait que le Conseil de sécurité n'ait pas pris de mesures coercitives pour lutter contre le terrorisme, mais il ne s'est pas pour autant abstenu. Dès lors, il faut en déduire que le droit de légitime défense des Etats-Unis a cessé dès la résolution 1373.

Pour toutes les raisons exposées ci-dessus, il apparaît clairement que l'action américaine au Pakistan n'a respecté ni les conditions, ni l'esprit de la légitime défense en menant une action qui s'apparente à des représailles contre Ben Laden pour son implication dans plusieurs attaques visant les Etats-Unis et leurs intérêts. Mais la prolifération du terrorisme privé, en opposition avec le terrorisme étatique, pose également le problème de l'exercice de la légitime défense sur le territoire d'un Etat auquel les actes des terroristes ne sont pas imputables.

#### IV. La légitime défense en réaction à une « agression indirecte »

Bien que le fondement de la légitime défense ne soit pas légitime, il faut maintenant regarder si les Etats-Unis pouvaient unilatéralement intervenir en territoire Pakistanais sans l'autorisation du Pakistan. En effet, à première vue, cela s'apparente à une violation flagrante de la souveraineté territoriale du Pakistan.

##### A. L'état du droit avant le 11 septembre 2001

Il n'a jamais été contesté qu'un Etat victime d'une attaque armée et répliquant au titre de la légitime défense n'avait pas besoin de l'autorisation de l'Etat à partir duquel l'opération avait été menée pour agir sur le territoire de ce dernier. Mais traditionnellement, pour

---

<sup>87</sup> Corten (O.), *Le droit contre la guerre, op. cit.*, p.711

qu'un Etat puisse agir en légitime défense sur le territoire d'un autre Etat, il fallait que les actes constitutifs de l'agression armée, même s'ils étaient l'œuvre de groupuscules privés, soient imputables à cet Etat. En effet, soit un Etat était directement coupable d'une agression armée et le droit de légitime défense pouvait être exercé à son encontre, soit il abritait ou aidait un groupe privé qui se livrait à des actions contre des Etats tiers mais sans être impliqué de manière substantielle dans les activités de ce groupe, auquel cas il y avait violation du droit international mais pas une agression armée au sens de la Charte des Nations Unies. Cela ressortait notamment de l'article 3g) qui définit l'agression comme « L'envoi par un Etat ou en son nom de bandes ou de groupes armés, de forces irrégulières ou de mercenaires qui se livrent à des actes de force armée contre un autre Etat d'une gravité telle qu'ils équivalent aux actes énumérés ci-dessus, ou le fait de s'engager de manière substantielle dans une telle action »<sup>88</sup>. Un Etat ne peut donc être tenu pour responsable qu'à des conditions très strictes : une attaque très grave ou en engagement substantiel de celui-ci. La nature de cet engagement substantiel n'est cependant pas précisée par la résolution. Au regard de l'autre critère (gravité de l'attaque), on peut penser que la résolution vise la participation directe aux attaques et non le simple soutien logistique ou la mise à disposition d'infrastructures. C'était donc en se référant aux mécanismes de l'imputabilité, tels que codifiés dans les articles de la Commission du droit international sur la responsabilité internationale des Etats que l'on pouvait savoir si un Etat était responsable d'une attaque armée et donc si l'exercice de la légitime défense sur son territoire était possible. La Cour Internationale de Justice, dans l'affaire *Nicaragua*<sup>89</sup> puis dans l'affaire du *Crime de génocide*<sup>90</sup> a retenu le critère du contrôle effectif pour déterminer si des actes commis par des personnes privées n'étant pas des organes de l'Etat pouvaient être imputés à cet Etat. Quant à la nature des actes susceptibles d'être attribués à un Etat, la Cour, dans l'affaire *Nicaragua*, confirme l'interprétation de la résolution 3314

---

<sup>88</sup> AG Res. 3314 (XXIX), *Ibid.*

<sup>89</sup> CIJ, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, *op. cit.*, p.62, para. 109 : « La Cour doit déterminer si les liens entre les *contras* et le Gouvernement des Etats-Unis étaient à tel point marqués par la dépendance d'une part et l'autorité de l'autre qu'il serait juridiquement fondé d'assimiler les *contras* à un organe du Gouvernement des Etats-Unis ou de les considérer comme agissant au nom de ce gouvernement. » et para. 115 « Pour que la responsabilité juridique de ces derniers (des Etats-Unis) soit engagée, il devrait en principe être établi qu'ils avaient le contrôle effectif des opérations militaires ou paramilitaires au cours desquelles les violations en question se seraient produites. »

<sup>90</sup> CIJ, *Affaire relative à l'application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*, arrêt du 26 février 2007, *C.I.J. Recueil 2007*, p. 205, para. 392 : « Il résulte des passages précités que, selon la jurisprudence de la Cour, une personne, un groupe de personnes ou une entité quelconque peuvent être assimilés — aux fins de la mise en œuvre de la responsabilité internationale — à un organe de l'Etat même si une telle qualification ne résulte pas du droit interne, lorsque cette personne, ce groupe ou cette entité agit en fait sous la «totale dépendance» de l'Etat, dont il n'est, en somme, qu'un simple instrument. »

en ce qu'elle reconnaît que la notion d'agression armée ne peut recouvrir « une assistance à des rebelles prenant la forme de fourniture d'armements ou d'assistance logistique ou autre »<sup>91</sup>. Certains ont opposé la position du Tribunal Pénal International pour l'ex-Yougoslavie dans l'affaire *Tadic*<sup>92</sup> où il considère qu'un simple contrôle global permet d'imputer les actes de personnes privées à un Etat. Cependant, l'affaire du *Crime de génocide* étant postérieure à celle-ci et la position du Tribunal Pénal International pour l'ex-Yougoslavie ayant été durement critiquée par la Cour Internationale de Justice dans cette affaire<sup>93</sup>, on peut légitimement considérer qu'en l'état actuel du droit international, le critère du contrôle effectif est celui à appliquer.

Si l'on applique cette théorie au cas Ben Laden, il faudrait donc, pour que les Etats-Unis puissent légitimement agir en territoire pakistanais, que les actes de celui-ci soient imputables au Pakistan. Même si les relations entre Al-Qaida et les services secrets pakistanais ont donné lieu à beaucoup de commentaires et que des doutes (fondés ou non) ont été exprimés quant à la volonté du Pakistan de combattre Al-Qaida, le Pakistan est engagé, au côté des Etats-Unis, dans la lutte contre le terrorisme, ce qui a été rappelé par le ministre des affaires étrangères pakistanais au lendemain de la mort de Ben Laden<sup>94</sup>. Et quand bien même de tels liens seraient établis, il n'existe pas de preuves connues et sur lesquelles nous pouvons nous appuyer pour démontrer que le Pakistan exerçait un contrôle effectif sur Ben Laden et son organisation. Dès lors, les actes de Ben Laden ne sont pas imputables au Pakistan. Enfin, si besoin d'une preuve supplémentaire il y avait, il ne faut pas oublier que les actes de Ben Laden ont été attribués à l'Afghanistan, ce qui a motivé l'invasion de ce pays le 7 octobre 2001.

Mais les attentats du 11 septembre 2001 ont eu un impact important sur cette théorie, jusque là acceptée par une grande majorité de la doctrine et des Etats.

## B. Le tournant opéré par les attentats du 11 septembre

---

<sup>91</sup> CIJ, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, *op. cit.*, p. 104, para. 195

<sup>92</sup> TPIY, C.A., *Affaire Tadic* (IT-94-1-A), arrêt du 15 juillet 1999, p. 58, para. 131 : « Pour imputer la responsabilité d'actes commis par des groupes militaires ou paramilitaires à un État, il faut établir que ce dernier exerce un contrôle global sur le groupe, non seulement en l'équipant et le finançant, mais également en coordonnant ou en prêtant son concours à la planification d'ensemble de ses activités militaires. »

<sup>93</sup> CIJ, *Affaire relative à l'application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*, *op. cit.*, p. 209, para. 403

<sup>94</sup> Ministry of Foreign Affairs Pakistan, « Death of Osama Bin Laden », 2 mai 2011, *op. cit.*

La lutte contre le terrorisme a renforcé l'idée selon laquelle la souveraineté implique la responsabilité pour un Etat d'avoir le contrôle effectif de son territoire afin d'éviter l'organisation d'actes terroristes à partir de celui-ci<sup>95</sup>. Il est certes admis que l'exercice du droit de légitime défense n'implique pas le consentement de l'Etat sur lequel il s'exerce, mais est-ce toujours le cas lorsque les actes des terroristes ne sont pas imputables à l'Etat ? Certains, pour légitimer l'action américaine en territoire étranger (notamment au Yémen et au Pakistan) ont invoqué l'« unwilling or unable States doctrine », d'autres l'« harboring doctrine ». Il convient donc d'examiner ces deux théories qui mettent en balance le droit de se défendre et le respect de la souveraineté territoriale d'un Etat afin de décider de leur bien fondé et d'apprécier la licéité de l'action américaine.

### 1. L'harboring doctrine

Ce tournant, qualifié parfois de véritable « rupture »<sup>96</sup>, s'est matérialisé lors de l'entrée en guerre des Etats-Unis contre l'Afghanistan, le 7 octobre 2011. Cependant, dès le 12 septembre, le représentant des Etats-Unis au Conseil de sécurité manifestait l'intention des Etats-Unis de riposter en déclarant « nous ne ferons pas de distinction entre les terroristes qui ont commis ces actes et ceux qui leur donnent asile »<sup>97</sup>. Quelques jours plus tard, le Président Bush, invoquant cette doctrine, a précisé que « those who plan, authorize, commit or aid terrorist attacks against the United States and its interests – including those who harbor terrorists – threaten the national security of the United States. It is, therefore, necessary and appropriate that the United States exercise its right to defend itself and protect United States citizens both at home and abroad »<sup>98</sup>.

Selon cette doctrine, déjà évoquée sous la présidence de Reagan<sup>99</sup> et utilisée à outrance depuis 2001, une riposte au nom de la légitime défense serait possible contre les terroristes ayant commis l'attaque mais également contre les Etats les ayant hébergés ou tolérés sur leur territoire, ce simple fait suffisant à constituer une agression armée au sens de l'article 51. Il n'y aurait donc pas besoin que l'acte terroriste constituant une attaque armée soit imputable à un Etat pour agir contre et sur le territoire de celui-ci. Son fondement se

---

<sup>95</sup> Reinold (T.), « State weakness, irregular warfare, and the right to self-defense post 9/11 », *op. cit.*, 245

<sup>96</sup> Corten (O.), *Le droit contre la guerre*, *op. cit.*, p. 692

<sup>97</sup> S/PV.4370, 12 septembre 2001, p. 8

<sup>98</sup> President signs authorization for use of military force bill, Statement by the President, 18 septembre 2001, <http://georgewbush-whitehouse.archives.gov/news/releases/2001/09/20010918-10.html>

<sup>99</sup> Memorandum for Edwin Meese III (Aug. 15, 1984), <http://www.washingtondecoded.com/files/nsdd.pdf>.

trouverait dans l'affaire du *Détroit de Corfou* dans laquelle la Cour Internationale de Justice a dit qu'un Etat ne pouvait « laisser utiliser son territoire aux fins d'actes contraires aux droits d'autres Etats »<sup>100</sup>.

Plusieurs arguments ont été avancés par la doctrine pour justifier une telle théorie qui favorise la violation de la souveraineté territoriale d'un Etat, puisque dès lors que des terroristes se trouvent sur le territoire d'un Etat, un Etat victime de ces mêmes terroristes peut agir sur le territoire du premier. Tout d'abord, rien dans l'article 51 de la Charte n'exigerait le consentement du territoire à partir duquel les terroristes ont opéré ou duquel ils viennent pour qu'une opération de légitime défense contre ces terroristes soit engagée<sup>101</sup> ; exiger un tel consentement encouragerait la création de refuges pour les terroristes<sup>102</sup> et enfin le principe de souveraineté territoriale, qui n'est pas absolu, s'effacerait devant le droit de légitime défense<sup>103</sup>. En effet, la jouissance des privilèges liés à la souveraineté d'un Etat dépendrait de la présence de certains standards dans la gouvernance d'un Etat, leur absence ayant pour conséquence de priver l'Etat de certaines prérogatives<sup>104</sup>. Selon cette doctrine, Ben Laden se trouvant en territoire pakistanais, les Etats-Unis étaient autorisés à agir non seulement contre le Pakistan (ce qu'ils n'ont pas fait, leur action n'était pas dirigé contre ce dernier qui de plus est un de leurs alliés) mais également contre Ben Laden sans violer la souveraineté territoriale du Pakistan.

Heureusement, quelques voix<sup>105</sup> se sont élevées contre cette doctrine séduisante au premier abord puisque permettant aux Etats-Unis de mener leur « guerre contre le terrorisme » où ils le souhaitent. En effet, le fait que des terroristes trouvent refuge sur le territoire d'un Etat n'entraîne pas pour celui-ci la perte des prérogatives liées à sa souveraineté, comme l'inviolabilité de son territoire. Sans entrer dans le débat relatif à la définition du terme « terroriste », adhérer à cette doctrine donnerait à chaque Etat le droit d'agir sur le territoire des autres Etats, dès lors qu'une personne qu'il considère comme étant un terroriste s'y trouve. Encore une fois, cette solution serait dangereuses pour la paix et la stabilité

---

<sup>100</sup> CIJ, *Affaire du Détroit de Corfou (Grande-Bretagne c. Albanie)*, *op. cit.*, p. 22

<sup>101</sup> Paust (JJ), « Permissible self-defense targeting and the death of Bin Laden », *op. cit.*, 569

<sup>102</sup> *Ibid.*, 570

<sup>103</sup> *Ibid.*

<sup>104</sup> Reinold (T.), « State weakness, irregular warfare, and the right to self-defense post 9/11 », *op. cit.*, 245

<sup>105</sup> Murphy (S.D.), « The International Legality of U.S. Military Cross-border Operations from Afghanistan into Pakistan », 8 novembre 2008, p. 48, <http://ssrn.com/abstract=1296733> ; O'Connell (M.E.), « Unlawful Killing with Combat Drones: A Case Study of Pakistan, 2004-2009 », 7 août 2010, [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1501144](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1501144)

internationales ainsi que contraire à l'esprit de la Charte des Nations Unies qui limite au maximum le recours unilatéral à la force et pose le principe d'intégrité territoriale comme principe fondateur de la communauté internationale. Certes ce principe n'est pas absolu et connaît des atténuations mais qui sont exceptionnelles. De plus, dans le cadre de la lutte contre le terrorisme, est encouragée la coopération entre les gouvernements et non les attaques unilatérales. Les Etats-Unis ont invoqué leur crainte que Ben Laden ne soit prévenu de l'opération le visant s'ils informaient le Pakistan de leur souhait d'intervenir, mais la traque, aussi longue soit-elle et quelques soient les actes commis, d'un homme ne peut légitimer la violation de la souveraineté territoriale d'un Etat et les principes fondamentaux du droit international. C'est pourquoi, bien que cette théorie soit utile en ce qu'elle permet de se libérer du carcan du droit international, elle nous semble intolérable. En effet, un Etat qui n'est pas responsable d'une attaque armée ne peut laisser son territoire à la merci des Etats victimes qui souhaiteraient agir au nom de la légitime défense.

## 2. L' « unwilling or unable State » doctrine

Il arrive parfois qu'un Etat soit incapable ou ne veuille pas réellement lutter contre le terrorisme et arrêter les terroristes, laissant alors son territoire être utilisé par ces derniers. La théorie exposée ci-dessus pourrait s'appliquer dans ces deux situations mais contrairement à la première conjonction où l'Etat n'était absolument pas responsable des attaques ni ne protégeait les terroristes, l'Etat est ici complice, volontairement ou non, de l'organisation de ces attaques. Ce type d'Etat a été décrit par les Etats-Unis « as ungoverned, under-governed, or ill-governed areas of a country and non-physical areas where terrorists that constitute a threat to U.S. national security interests are able to organize, plan, raise funds, communicate, recruit, train, and operate in relative security because of inadequate governance capacity, political will, or both. Physical safe havens provide security for terrorist leaders, allowing them to plan acts of terrorism around the world »<sup>106</sup>. L'incapacité et l'absence de volonté de la part de certains Etats de combattre le terrorisme ainsi que les enjeux liés au terrorisme sponsorisé par les Etats ont soulevé d'importantes questions quant à leur responsabilité dans les attaques subies par les Etats-Unis. Il a été décidé par certains Etats que dès lors qu'un Etat supportait des terroristes, même si ce soutien prend la forme d'une tolérance vis-à-vis de leur présence sur son

---

<sup>106</sup> US Department of State, *Country reports on terrorism 2008*, chapitre 5-1, 30 avril 2009, <http://www.state.gov/j/ct/rls/crt/2008/122438.htm>

territoire ou d'un soutien logistique, l'Etat victime de leurs agissements pouvaient directement agir sur le territoire et contre cet Etat. C'est notamment ce qui a été invoqué par les Etats-Unis pour agir contre l'Afghanistan, le gouvernement en place à l'époque étant très tolérant envers Al-Qaida. Si la théorie de « unable State » peut fonctionner dans les zones tribales pakistanaises où l'armée pakistanaise ne pénètre pas et donc justifier des interventions américaines, Ben Laden a été tué à Abbottabad, au nord-est du Pakistan, soit dans une zone sous contrôle du gouvernement. Quant à celle qui tient au manque de volonté de l'Etat, nombreux sont ceux qui ont remis en cause les liens que pouvaient entretenir l'Inter-Services Intelligence (ISI), une branche des services secrets pakistanais, avec Al-Qaida. En effet, jusqu'aux attentats du 11 septembre, l'ISI soutenait ouvertement les talibans mais a officiellement cessé depuis cette date. Cependant, les américains soupçonnent fortement certains de ces membres de continuer à jouer un double-jeu. C'est ce qui a entre autre motivé la décision américaine de ne pas prévenir le Pakistan de l'opération contre Ben Laden. Mais ce sont de simples soupçons et il n'existe aucune preuve (dévoilée au public en tout cas) que le Pakistan savait que Ben Laden se cachait à cet endroit depuis plusieurs années et le protégeait. Dès lors, cette théorie ne peut servir à justifier l'intrusion américaine en territoire pakistanais.

### 3. Une évolution de l'opinio juris ?

Bien qu'aucune de ces théories ne justifie en l'espèce la violation de la souveraineté territoriale pakistanaise, il convient de se demander s'il existe une évolution de l'opinio juris qui désormais accepterait qu'un Etat intervienne sur le territoire d'un autre Etat dans les situations précédemment décrites. Peu d'Etats ont critiqué l'action contre Ben Laden ou se sont au moins élevés contre la violation de la souveraineté territoriale du Pakistan. La déclaration française du 2 mai 2011<sup>107</sup>, tout comme celle de l'Allemagne<sup>108</sup>, ne mentionnent même pas cet élément et nombreuses sont celles qui font de même. Trop heureux (Mme Merkel a même exprimé son soulagement<sup>109</sup>) de savoir Ben Laden mort et sachant que cela porte un coup dur à Al-Qaida, une grande majorité des Etats n'a pas

---

<sup>107</sup> Elysée, communiqué de presse, « Mort d'Oussama Ben Laden », 2 mai 2011, [http://www.elysee.fr/president/les-actualites/communiques-de-presse/2011/mort-d-oussama-ben-laden.11290.html?search=mort&xtmc=mort\\_ben\\_laden&xcr=1](http://www.elysee.fr/president/les-actualites/communiques-de-presse/2011/mort-d-oussama-ben-laden.11290.html?search=mort&xtmc=mort_ben_laden&xcr=1)

<sup>108</sup> The Federal Government, press releases « Chancellor Angela Merkel on the death of Osama bin Laden », 2 mai 2011, [http://www.bundesregierung.de/Content/EN/Pressemitteilungen/BPA/\\_2011/2011-05-02-merkel-osama-bin-laden\\_en.html?nn=454908](http://www.bundesregierung.de/Content/EN/Pressemitteilungen/BPA/_2011/2011-05-02-merkel-osama-bin-laden_en.html?nn=454908)

<sup>109</sup> *Ibid.*

critiqué cet aspect de l'opération. De même, la déclaration du Président du Conseil de sécurité, dans laquelle il se « réjouit d'apprendre... qu'Oussama Ben Laden ne sera plus jamais capable de perpétrer de tels attentats terroristes »<sup>110</sup>, ne fait pas mention de la violation de la souveraineté territoriale du Pakistan, tout au plus rappelle-t-elle à la fin que la lutte contre le terrorisme ne doit pas se faire au détriment du droit international. Alors, certes la résolution 1368 ne pose pas de limite géographique ou temporelle au droit de légitime défense des Etats-Unis<sup>111</sup>, mais de là à s'affranchir du respect du droit international et des conditions d'effectivité et d'imputabilité posées par la jurisprudence il est un pas dangereux à franchir.

L'opération ayant abouti à la mort de Ben Laden est contraire au droit des relations interétatiques et ne saurait faire œuvre de précédent pour permettre d'autres actions. La lutte contre le terrorisme ne doit pas servir de prétexte pour s'affranchir des règles fondamentales du droit international. Au contraire, ce doit être l'occasion pour les Etats de renforcer leur coopération et d'agir sur les causes du terrorisme et non seulement sur ses émanations les plus connues.

---

<sup>110</sup> S/PRST/2011/9, « Déclaration du Président du Conseil de sécurité en réaction à l'annonce de la mort d'Oussama ben Laden », 2 mai 2001

<sup>111</sup> Paust (JJ), « Self-defense targetings of non-state actors and permissible of US drones in Pakistan », *op. cit.*, 249

# **TITRE 2<sup>ND</sup> LE DROIT INTERNATIONAL HUMANITAIRE ET LE DROIT INTERNATIONAL DES DROITS DE L'HOMME FACE A LA LUTTE CONTRE LE TERRORISME**

Même si la mort de Ben Laden a été peu critiquée par les Etats, quelques voix se sont élevées pour rappeler que la lutte contre le terrorisme ne pouvait se faire au détriment du respect du droit international humanitaire et du droit international de droits de l'homme et que les atteintes au droit à la vie des terroristes ne pouvaient avoir lieu que dans le respect des règles existantes. Ainsi, dans un communiqué conjoint, le Rapporteur spécial sur les exécutions extrajudiciaires, sommaires ou arbitraires et le Rapporteur spécial sur la promotion et la protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans le cadre de la lutte contre le terrorisme ont rappelé que les terroristes devaient être traités comme des criminels, être arrêtés et jugés et ont appelé les Etats-Unis à faire toute la lumière sur l'opération contre le Ben Laden afin de pouvoir décider de la licéité de l'action au regard des normes de droit international des droits de l'homme<sup>112</sup>. En effet, il convient maintenant de se demander si la mort de Ben Laden contrevient aux principes du droit international humanitaire et du droit international des droits de l'homme qui ont pour but de protéger les individus.

De façon générale, on peut dire que l'application du droit international humanitaire présuppose l'existence d'un conflit armé (international ou non international) tandis que celle du droit international des droits de l'homme l'existence d'une compétence sur une personne. Dès lors, suivant que l'on se trouve dans le cadre d'un conflit armé ou non, le droit applicable à la protection des individus ne sera pas le même. Mais ces deux corpus ne sont pas exclusifs. Ainsi, certaines normes du droit international des droits de l'homme sont devenues des normes de droit international général et vont s'appliquer que l'individu concerné se trouve ou non sous l'autorité de l'Etat qui agit. On considère aujourd'hui que même dans le cadre d'un conflit armé, le régime des droits de l'homme continue de

---

<sup>112</sup> Haut Commissariat des Nations Unies aux Droits de l'Homme, « Osama bin Laden : statement by the UN Special Rapporteurs on summary executions and on human rights and counter-terrorism », 6 mai 2011

s'appliquer, bien qu'il soit en partie supplanté par le droit international humanitaire qui constitue la *lex specialis*. Cette position a été adoptée par la Cour Internationale de Justice dans l'avis consultatif sur la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires* où elle a statué que « ... la protection offerte par le pacte international relatif aux droits civils et politiques ne cesse pas en temps de guerre... En principe, le droit de ne pas être arbitrairement privé de la vie vaut aussi pendant des hostilités. C'est toutefois, en pareil cas, à la *lex specialis* applicable, à savoir le droit applicable dans les conflits armés, conçu pour régir la conduite des hostilités, qu'il appartient de déterminer ce qui constitue une privation arbitraire de la vie. Ainsi, c'est uniquement au regard du droit applicable dans les conflits armés, et non au regard des dispositions du pacte lui-même, que l'on pourra dire si tel cas de décès provoqué par l'emploi d'un certain type d'armes au cours d'un conflit armé doit être considéré comme une privation arbitraire de la vie contraire à l'article 6 du pacte»<sup>113</sup>. La Cour Internationale de Justice a par la suite maintenu sa position dans son avis consultatif sur les *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*<sup>114</sup> ainsi que dans l'affaire des *Activités armées sur le territoire du Congo*<sup>115</sup>. Dans le cadre d'un conflit armé, il faudra donc décider de la licéité d'une privation de la vie au regard du droit international humanitaire. Si une telle privation est légale en droit international humanitaire, alors elle ne sera pas considérée comme arbitraire au regard du droit international des droits de l'homme. Le Comité des droits de l'homme des Nations Unies a également admis l'application du droit international humanitaire pour interpréter les droits de l'homme dans le cadre d'un conflit armé<sup>116</sup>.

Le droit à la vie est un droit inhérent à la nature humaine, ce qui exclut donc qu'il soit interprété de façon restrictive. De plus, si une hiérarchie devait être établie entre les différents droits de l'homme, il serait décrit comme le droit suprême dont la jouissance de tous les autres dépend<sup>117</sup>. Enfin, on peut dire qu'il est généralement considéré comme une norme de *jus cogens*, ce qui, selon Nils Melzer<sup>118</sup> peut notamment être déduit de la

---

<sup>113</sup> CIJ, *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, *op. cit.*, p. 240, para. 25

<sup>114</sup> CIJ, *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, *op. cit.*, p. 178, para. 106

<sup>115</sup> CIJ, *Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda)*, *op. cit.*, p. 243, p. 216

<sup>116</sup> Comité des droits de l'homme des Nations Unies, General Comment n°31 (2004), CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, para. 11

<sup>117</sup> Melzer (N.), *Targeted killings in international law*, *op. cit.*, p. 91

<sup>118</sup> *Ibid.*, p. 186

combinaison des affaires *Barcelona Traction*<sup>119</sup> et du *Personnel diplomatique à Téhéran*<sup>120</sup>. Mais cela ne signifie pas qu'il soit absolu. Que ce soit dans les instruments conventionnels ou non conventionnels, il est généralement admis que des limites peuvent y être apportées, ce qui est interdit étant une privation arbitraire de la vie. Celles-ci varieront selon que l'on se trouve dans un contexte de conflit armé qui sera majoritairement soumis au droit international humanitaire ou dans le cadre d'une mesure de police qui sera régie par le droit international des droits de l'homme.

C'est donc sous l'angle du droit international humanitaire (I) puis du droit international des droits de l'homme (II) qu'il faudra apprécier la licéité de l'action américaine contre Ben Laden c'est-à-dire si les Etats-Unis pouvaient légitimement procéder à un « targeted killing » contre celui-ci.

## I. La licéité de la mort de Ben Laden au regard du droit international humanitaire

Le droit international humanitaire est l'ensemble des règles et principes ayant pour fonction de réguler la conduite des Etats et des individus participant activement à des conflits armés internationaux et non internationaux<sup>121</sup>.

Les Etats-Unis sont-ils en guerre contre le terrorisme ? Si l'on en croit les différentes allocutions présidentielles<sup>122</sup>, la réponse est positive. Par conséquent, le droit international humanitaire devrait s'appliquer à la conduite des hostilités. Mais les Etats-Unis n'ont eu cesse de répéter que bien que cette guerre soit régie par les principes du droit des conflits armés<sup>123</sup>, elle ne constituait ni un conflit armé international ni un conflit armé non international au sens des Conventions de Genève de 1949<sup>124</sup> et que les normes coutumières

---

<sup>119</sup> CIJ, *Affaire de la Barcelona Traction (Belgique c. Espagne)*, arrêt du 5 février 1970, *C.I.J. Recueil 1970*, p. 32, para. 33

<sup>120</sup> CIJ, *Affaire relative au personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran (Etats-Unis c. Iran)*, arrêt du 24 mai 1980, *C.I.J. Recueil 1980*, p. 42, para. 91

<sup>121</sup> Melzer (N.), *Targeted killings in international law*, *op. cit.*, p. 140

<sup>122</sup> President Bush's address to a joint session of Congress on Thursday night, *op. cit.*

<sup>123</sup> US Department of Defense, *Guantanamo Detainees* : « The law of armed conflict governs this war between the U.S. and al Qaida », at <http://www.defense.gov/news/Apr2004/d20040406gua.pdf>

<sup>124</sup> White House, press statement, « Statement by the Press Secretary on the Geneva Convention », 7 mai 2003 : « The war on terrorism is a war not envisaged when the Geneva Convention was signed in 1949. », at <http://georgewbush-whitehouse.archives.gov/news/releases/2003/05/20030507-18.html>

de droit international s'appliquant aux conflits armés ne liaient pas les Etats-Unis<sup>125</sup>. Souscrire à de tels propos reviendrait à admettre que la lutte contre le terrorisme ne serait soumise à aucune règle, ce qui, pour des raisons que nous détaillerons postérieurement, est inadmissible. Dès lors, il faudra se demander si la lutte contre le terrorisme peut être incorporée à un des deux types de conflits régis par les Conventions de Genève, un conflit armé international (A) ou un conflit armé non international (B) afin de décider, le cas échéant, si l'opération contre Ben Laden était conforme au droit international humanitaire.

## A. La lutte contre le terrorisme, un conflit armé international ?

### 1. La notion de conflit armé international

Il faut tout d'abord qu'il y ait un conflit armé. Mais les Conventions de Genève de 1949 et le Protocole additionnel I ne définissent pas cette notion pivot. De même, le droit international positif ne donne pas une définition claire de la notion de conflit armé. Celle faisant consensus a été donnée par le Tribunal Pénal International pour l'ex-Yougoslavie dans l'affaire *Tadic* : « ... nous estimons qu'un conflit armé existe chaque fois qu'il y a recours à la force armée entre Etats ou un conflit armé prolongé entre les autorités gouvernementales et des groupes armés organisés ou entre de tels groupes au sein d'un Etat. Le droit international humanitaire s'applique dès l'ouverture de ces conflits armés et s'étend au-delà de la cessation des hostilités jusqu'à la conclusion générale de la paix ; ou, dans le cas de conflits internes, jusqu'à ce qu'un règlement pacifique soit atteint. Jusqu'alors, le droit international humanitaire continue de s'appliquer sur l'ensemble du territoire des Etats belligérants ou, dans le cas de conflits internes, sur l'ensemble du territoire sous le contrôle d'une Partie, que des combats effectifs s'y déroulent ou non »<sup>126</sup>. Le concept de conflit armé est plus large que celui de guerre puisqu'il n'y a pas besoin qu'il y ait un état de guerre formellement déclaré pour que le droit international humanitaire s'applique. Ainsi, l'article 2 des quatre Conventions de Genève de 1949 dispose que «... la présente Convention s'appliquera en cas de guerre déclarée ou de tout autre conflit armé surgissant entre deux ou plusieurs des Hautes Parties contractantes,

---

<sup>125</sup> US Department of Justice, Memorandum by the Office of Legal Counsel of the US Department of Justice, « Application of treaties and laws to al Qaeda and Taliban detainees », 9 janvier 2002 : « We conclude that customary international law, ..., does not bind the President, or restrict the actions of the United States military ... », publié sur [http://lawofwar.org/Yoo\\_Delahunty\\_Memo.htm](http://lawofwar.org/Yoo_Delahunty_Memo.htm)

<sup>126</sup> TPIY, C.A., *Affaire Tadic*, Arrêt relatif à l'appel de la défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence, 2 octobre 1995, para. 70

même si l'état de guerre n'est pas reconnu par l'une d'elles. La Convention s'appliquera également dans tous les cas d'occupation de tout ou partie du territoire d'une Haute Partie contractante, même si cette occupation ne rencontre aucune résistance militaire ».

Dès lors que certains critères objectifs sont remplis, les Conventions de Genève de 1949 relatives au droit des conflits armés internationaux doivent être respectées. Tout d'abord, le conflit armé doit être deux Etats. Des acteurs non étatiques peuvent être parties à un conflit armé international lorsqu'ils constituent un groupe luttant pour l'indépendance de leur pays au nom du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes<sup>127</sup>. De plus, un conflit armé international n'intervient pas obligatoirement entre les forces régulières de deux Etats mais les hostilités peuvent avoir lieu entre des agents de jure ou de facto d'un Etat, à condition que leur conduite soit imputable à un Etat<sup>128</sup>. Doit également exister une volonté « d'interférer dans la sphère de souveraineté d'un autre Etat »<sup>129</sup>, ce qui pourra aussi bien résulter d'affrontements que d'une occupation du territoire de l'autre Etat (sauf à ce que celui-ci y est consenti). Le commentaire de l'article 2 de la Troisième Convention de Genève de 1949 décrit un conflit armé international comme « Tout différend surgissant entre deux Etats et provoquant l'intervention de forces armées... même si l'une des Parties conteste l'état de belligérance. Ni la durée du conflit, ni son caractère plus ou moins meurtrier, ni l'importance des forces en présence ne jouent de rôle »<sup>130</sup>. Il semblerait donc que des incidents mineurs soient susceptibles de déclencher l'application des règles de droit international humanitaire applicables aux conflits armés internationaux.

## 2. L'impossible qualification de conflit armé international

Le premier critère, celui des parties au conflit, n'est pas rempli et par conséquent exclut la possible qualification de conflit armé international. En effet, la « guerre contre le terrorisme » menée par les Etats-Unis opposerait ceux-ci à un groupe non étatique, Al-Qaida or pour que conflit armé international il y ait il faut qu'il soit entre deux parties contractantes aux Conventions de Genève de 1949, sous-entendu entre deux Etats. Les Etats-Unis sont donc dans le vrai en affirmant que la « guerre contre le terrorisme » ne

---

<sup>127</sup> Article 1(4) du Protocole Additionnel I

<sup>128</sup> CIJ, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique)*, *op. cit.*, p. 45-70, para. 75-125

<sup>129</sup> Melzer (N.), *Targeted killings in international law*, *op. cit.*, p. 250

<sup>130</sup> Comité International de la Croix-Rouge, « Commentaire de l'article 2 de la Troisième Convention de Genève de 1949 »

constitue pas un conflit armé international. Cette position est également partagée par le Rapporteur spécial sur les exécutions extrajudiciaires, sommaires ou arbitraires<sup>131</sup> et une grande partie de la doctrine dont Nils Melzer qui ajoute que même dans les cas où cette « guerre » conduit à des affrontements entre Etats (comme ce fut le cas pour l’Afghanistan), la « guerre contre le terrorisme » ne peut être qualifiée de conflit armé international<sup>132</sup>. Ainsi, le droit international humanitaire régissant les conflits armés internationaux n’a pas lieu de s’appliquer à l’opération menée contre Ben Laden.

Mais il faut maintenant se demander si la « guerre contre le terrorisme » peut recevoir la qualification de conflit armé non international afin de pouvoir juger de la licéité de l’action américaine au regard des règles et principes régissant ce type de conflit armé.

## B. La lutte contre le terrorisme, un conflit armé non international ?

### 1. La notion de conflit armé non international

La notion de conflit armé non international est définie à l’article 3 des Conventions de Genève de 1949. Est un conflit armé non international un « conflit armé ne présentant pas un caractère international et surgissant sur le territoire de l’une des Hautes Parties contractantes ». Cet article est fondamental puisqu’il permet d’étendre certains principes du droit international humanitaire à des conflits armés non internationaux, il a ainsi été qualifié de « Convention en miniature »<sup>133</sup>. Il protège les personnes affectées par ce type de conflit qui ne « participent pas directement aux hostilités y compris les membres de forces armées qui ont déposé les armes et les personnes qui ont été mises hors de combat par maladie, blessure, détention, ou pour toute autre cause »<sup>134</sup>.

Mais pour être une partie à un conflit armé non international, un acteur non étatique doit être identifiable sur la base de critères objectifs. Ceci est indispensable notamment pour les différencier des populations civiles. De plus, est exigé un niveau minimum d’organisation au sein du groupe d’acteurs non étatiques. Ainsi, selon le Comité International de la Croix-

---

<sup>131</sup> Human Right Council, *Report of the Special Rapporteur on extrajudicial, summary or arbitrary executions on targeted killings*, 28 mai 2010, A/HRC/14/24/Add.6, p. 17

<sup>132</sup> Melzer (N.), *Targeted killings in international law*, *op. cit.*, p. 264

<sup>133</sup> Comité International de la Croix-Rouge, « Commentaire de l’article 3 de la Première Convention de Genève de 1949 »

<sup>134</sup> Article 3(1) Conventions de Genève I à IV de 1949

Rouge, cela signifie que « these forces have to be under a certain command structure and have the capacity to sustain military operations »<sup>135</sup>. Le Tribunal Pénal International pour l'ex-Yougoslavie a précisé cette exigence en décidant que « As for armed groups, Trial Chambers have relied on several indicative factors, none of which are, in themselves, essential to establish whether the “organization” criterion is fulfilled. Such indicative factors include the existence of a command structure and disciplinary rules and mechanisms within the group; the existence of a headquarters; the fact that the group controls a certain territory; the ability of the group to gain access to weapons, other military equipment, recruits and military training; its ability to plan, coordinate and carry out military operations, including troop movements and logistics; its ability to define a unified military strategy and use military tactics; and its ability to speak with one voice and negotiate and conclude agreements such as cease-fire or peace accords »<sup>136</sup>.

L'article 1 du Protocole Additionnel II vient compléter l'article 3 commun aux quatre Conventions. Mais son champ d'application est plus réduit : « 1. Le présent Protocole, qui développe et complète l'article 3 commun aux Conventions de Genève du 12 août 1949 sans modifier ses conditions d'application actuelles, s'applique à tous les conflits armés qui ne sont pas couverts par l'article premier du Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Protocole I), et qui se déroulent sur le territoire d'une Haute Partie contractante entre ses forces armées et des forces armées dissidentes ou des groupes armés organisés qui, sous la conduite d'un commandement responsable, exercent sur une partie de son territoire un contrôle tel qu'il leur permette de mener des opérations militaires continues et concertées et d'appliquer le présent Protocole. 2. Le présent Protocole ne s'applique pas aux situations de tensions internes, de troubles intérieurs, comme les émeutes, les actes isolés et sporadiques de violence et autres actes analogues, qui ne sont pas considérés comme des conflits armés. » En effet, il ne s'applique qu'à un conflit entre une partie contractante au Protocole et des groupes armés opérant sur son territoire dont une partie doit être sous contrôle effectif de ces groupes.

---

<sup>135</sup> Comité International de la Croix-Rouge, opinion paper, « How is the Term "Armed Conflict" Defined in International Humanitarian Law? », Mars 2008, p. 3

<sup>136</sup> TPIY, *Prosecutor c. Ramush Haradinaj et autres*, (IT-04-84-T), arrêt du 3 avril 2008, p.32-33, para. 60

Le niveau minimum de violence exigé pour qu'un conflit puisse être qualifié de conflit armé non international est supérieur à celui exigé lors d'un conflit armé international<sup>137</sup>. Cela ressort notamment de l'article 1(2) du Protocole Additionnel II qui dispose que les « situations de tensions internes, de troubles intérieurs, comme les émeutes, les actes isolés et sporadiques de violence et autres actes analogues... ne sont pas considérés comme des conflits armés ». Le Tribunal Pénal International pour l'ex-Yougoslavie exige également un recours prolongé à la force armée, ce qui ressort notamment de l'arrêt *Tadic*<sup>138</sup>. Le Tribunal Pénal International pour l'ex-Yougoslavie a précisé que le fait que le Conseil de sécurité soit saisi de la question pouvait constituer un indice pour déterminer si le niveau de violences exigé était atteint<sup>139</sup>.

Se pose maintenant la question des limites territoriales à un conflit armé non international. En effet, l'article 3 commun aux quatre Conventions de 1949 ainsi que l'article 1 du Protocole Additionnel II font référence à un conflit interne c'est-à-dire sur le territoire de l'Etat partie au conflit. Le second article exige même que le conflit ait lieu sur le territoire d'un Etat entre ses propres forces armées et des acteurs non étatiques. Ce ne sont donc pas tous les conflits armés non internationaux qui sont soumis au Protocole Additionnel II.

Avant de pouvoir décider de la licéité de l'action américaine contre Ben Laden sous l'angle du droit applicable aux conflits armés internationaux il faut d'abord décider du bien-fondé de son application à la lutte contre le terrorisme.

## 2. L'impossible qualification de conflit armé non international

La première difficulté que rencontre cette qualification est relative au champ d'application territorial de l'article 3 des Conventions de Genève de 1949. En effet, la « guerre contre le terrorisme » opposant les Etats-Unis à Al-Qaida est transnationale. Si certaines opérations ont lieu en territoire américain, elles se matérialisent principalement au Moyen-Orient et notamment au Yémen, au Pakistan et en Afghanistan. Par conséquent, elles n'ont pas lieu aux Etats-Unis et ne satisfont pas au premier critère.

---

<sup>137</sup> Melzer (N.), *Targeted killings in international law*, *op. cit.*, p. 256

<sup>138</sup> TPIY, C.A., *Affaire Tadic*, Arrêt relatif à l'appel de la défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence, *op. cit.*, para. 70

<sup>139</sup> TPIY, « *Prosecutor c. Ramush Haradinaj et autres* », *op. cit.*, p. 28, para. 49

La seconde difficulté tient au niveau et à la durée des violences exigés par l'article 3. Les actes terroristes commis par Al-Qaida sont-ils susceptibles d'atteindre ces exigences ? Il a été unanimement admis que les attentats du 11 septembre constituaient une attaque armée. Mais quid des autres attentats revendiqués par Al-Qaida ? Il est expressément exclu à l'article 1 du Protocole Additionnel II que des « isolés et sporadiques de violence » ne peuvent constituer un conflit armé. Il est donc possible de douter que les actes terroristes revendiqués par Al-Qaida soient constitutifs d'un conflit armé tant ils sont isolés et sporadiques. Ils s'inscrivent certes dans une lutte contre l'occident et les Etats-Unis en tête mais il n'existe pas de stratégie globale. Cependant, si l'on s'appuie sur l'indice donné par le Tribunal Pénal International pour l'ex-Yougoslavie dans l'affaire *Haradinaj*, le fait que le Conseil de sécurité ait maintes fois qualifié le terrorisme de menace contre la paix et la sécurité internationales<sup>140</sup> pourrait nous amener à qualifier les actes terroristes commis par Al-Qaida de violences armées au sens de l'article 3 commun aux Conventions de Genève de 1949.

Enfin, la troisième difficulté concerne la notion de partie à un conflit armé non international. En effet, pour qu'un acteur non étatique soit partie à un tel conflit, il doit satisfaire à certaines conditions. Sur la présence d'une chaîne de commandement, Al-Qaida est un mouvement relativement souple car éparpillé sur de nombreux territoires et constitué de plusieurs cellules et branches dont les connexions sont parfois très ténues. Il est cependant possible d'identifier les chefs de ce mouvement, dont les plus connus sont Oussama Ben Laden, Abdallah Azzam, Ayman al-Zawahiri ou encore Abou Moussab al-Zawarqi. Quand au contrôle du territoire, certaines zones sont réputées ne pas être hostile à ce mouvement (notamment les zones tribales pakistanaises) mais l'on ne peut parler de contrôle effectif du territoire. De même, il n'existe pas de stratégie militaire clairement définie. Si quelques attentats de grande envergure ont été perpétrés, il s'agit souvent de « petits » attentats suicides sporadiques. Enfin, bien que le groupe soit reconnu par tous, et notamment par le Conseil de sécurité, il n'est pas en mesure de signer des accords de cessez-le-feu ou des accords de paix.

Pour toutes ces raisons, il apparaît donc que la « guerre contre le terrorisme » ne peut être qualifiée de conflit armé non international. Mais l'accepter nous conduirait à conclure que

---

<sup>140</sup> CS Res. 1368 (2001), CS Res. 1373 (2001), CS Res. 1989 (2011)

le droit international humanitaire ne s'applique pas à la lutte contre le terrorisme et que la conduite des Etats n'est pas soumise à ce corpus de règles qui a pour objectif de protéger les individus. C'est pourquoi il faut rejeter ces conclusions et se demander s'il ne serait pas possible de rattacher ce phénomène à un conflit armé non international par une interprétation extensive de l'article 3 commun aux Conventions de Genève.

### 3. L'émergence d'un article 3 « et demi » ?

Une lecture adaptée aux temps modernes, partagée par plusieurs auteurs<sup>141</sup>, permettrait en effet de qualifier la « guerre contre le terrorisme » de conflit armé non international. En effet, l'article 3 n'exclut pas qu'un conflit armé non international puisse mettre en relation plusieurs territoires étatiques<sup>142</sup>. Si cette possibilité n'a pas été expressément prévue lors des travaux préparatoires<sup>143</sup>, le commentaire de cet article semble confirmer cette hypothèse puisqu'il y est précisé que « cet article doit avoir un champ d'application aussi vaste que possible »<sup>144</sup>. Il y a donc interprétations possibles du terme « non international ». Soit l'on considère que cela décrit un conflit strictement « interne » (acception restrictive), soit l'on considère que cela s'oppose au caractère interétatique d'un conflit armé international (acception extensive). Cette seconde acception permet d'admettre qu'un conflit armé non international puisse se dérouler sur le territoire de plusieurs Etats. Si cette conception s'éloigne de la pensée des rédacteurs des Conventions de Genève de 1949, elle prend en compte la réalité des conflits armés contemporains qui sont de plus en plus internationalisés. De plus, rien n'empêche la qualification de conflit armé non international à une situation où des acteurs non étatiques sont engagés dans un conflit armé avec les forces armées d'un Etat mais à l'extérieur du territoire dudit Etat<sup>145</sup>. Cette lecture de l'article 3 permettrait donc de dépasser le problème posé par le critère territorial dudit article.

---

<sup>141</sup> Melzer (N.), *Targeted killings in international law*, *op. cit.*, p. 258, Kretzmer (D), « Targeted killings of suspected terrorists : extra-judicial executions or legitimate means of defence ? », EJIL, vol. 16, n°2, 2005, p. 190

<sup>142</sup> Melzer (N.), *Targeted killings in international law*, *op. cit.*, p. 258

<sup>143</sup> *Ibid.*

<sup>144</sup> Comité International de la Croix-Rouge, « Commentaire de l'article 3 de la Première Convention de Genève de 1949 »

<sup>145</sup> Melzer (N.), *Targeted killings in international law*, *op. cit.*, p. 261

Quant à la seconde difficulté soulevée précédemment, elle peut, on l'a vue, être surmontée en se fondant sur les résolutions du Conseil de sécurité qui qualifient les actes de terrorisme de « menace contre la paix et la sécurité internationales ».

Enfin, il faudrait se demander si le fait que le Conseil de sécurité ait spécifiquement désigné Al-Qaida dans plusieurs de ses résolutions et ait condamné « le réseau Al-Qaida ... pour les multiples actes de terrorisme qu'ils ne cessent de perpétrer dans le but de provoquer la mort de civils innocents et d'autres victimes, de détruire des biens et de porter gravement atteinte à la stabilité »<sup>146</sup> ne pourrait pas lui conférer le statut de partie à un conflit armé non international. En effet, il est possible de considérer le Conseil de sécurité appelant à combattre Al-Qaida, il lui reconnaît les qualités nécessaires pour être qualifié de partie à un tel conflit même si certains des critères posés par la jurisprudence ne sont pas remplis.

La qualification de conflit armé non international a également été retenue par la Cour suprême des Etats-Unis dans l'affaire *Hamdan*<sup>147</sup> qui a considéré que l'expression « conflit armé non international » devait être interprétée dans son sens littéral et signifiait qui n'est pas entre Etats.

Ces propositions permettraient ainsi de soumettre la lutte contre le terrorisme au droit international humanitaire et de réguler l'action des Etats. En effet, ce n'est pas parce qu'une opération s'inscrit dans le cadre de la lutte contre le terrorisme qu'elle ne doit être soumise à aucune règle. Les débats sur l'existence ou non d'une « guerre contre le terrorisme » sont nombreux et il n'existe pas encore de consensus sur la qualification de la lutte contre le terrorisme. Tout au plus en existe-t-il un sur le fait qu'elle doit être régie par des principes afin de limiter les abus. Sans avoir la prétention de trancher ici ce débat, il était important de présenter les différentes possibilités s'offrant au droit international pour gouverner ce type de conflit. Il faut donc maintenant examiner la licéité de l'action contre Ben Laden au regard du droit international humanitaire applicable aux conflits armés non internationaux.

---

<sup>146</sup> CS Res. 1989 (2011)

<sup>147</sup> USSC, *Hamdan c. Rumsfeld* (No. 05-184), arrêt du 29 juin 2006, p. 67

## C. La violation des règles de droit international humanitaire

Les règles de droit international humanitaire applicables aux conflits armés non internationaux ne sont pas aussi limpides que celles gouvernant les conflits armés internationaux, ce qui rend plus difficile l'appréciation de la licéité de l'action contre Ben Laden.

### 1. Les principes régissant les conflits armés non internationaux

#### a. Le principe de distinction

Le principe de distinction, fondamental en droit des conflits armés internationaux, a également atteint une nature coutumière dans les conflits armés non internationaux<sup>148</sup>. Le Comité International de la Croix-Rouge a ainsi déclaré que « Les parties au conflit doivent en tout temps faire la distinction entre civils et combattants. Les attaques ne peuvent être dirigées que contre des combattants. Les attaques ne doivent pas être dirigées contre des civils [CAI/CANI] »<sup>149</sup>. La notion de combattant se comprend de toute personne qui ne bénéficie pas de la protection accordée aux civils (ainsi qu'au personnel médical, religieux et de façon générale aux personnes placées hors de combat).

Pour déterminer si une personne peut constituer une cible légitime, il faut identifier les personnes qui ne sont pas protégées contre des attaques directes. Cela se déduit de l'article 3 commun aux Conventions de Genève de 1949 qui protège « les personnes qui ne participent pas directement aux hostilités, y compris les membres de forces armées qui ont déposé les armes et les personnes qui ont été mises hors de combat ». A contrario, les membres des forces armées ne bénéficient pas de la protection que le droit international humanitaire accorde aux civils tant qu'ils n'ont pas déposé les armes ou été mis hors de

---

<sup>148</sup> Melzer (N.), *Targeted killings in international law*, *op. cit.*, p. 311

<sup>149</sup> Henckaerts (J-M.), « Etude sur le droit international humanitaire coutumier : une contribution à la compréhension et au respect du droit des conflits armés », *Revue Internationale de la Croix-Rouge*, 2005 p. 315, règle n°1

combat. Cela signifie qu'ils peuvent être attaqués à tout moment<sup>150</sup>. Mais les civils peuvent perdre leur protection dès lors qu'ils participent directement aux hostilités<sup>151</sup>.

b. Les notions de « groupe armé organisé » et de « participation directe aux hostilités »

La notion de « groupe armé organisé » a été définie par Nils Melzer comme un groupe « armed, organized, and under a command responsible to one of the parties to the conflict »<sup>152</sup>. Toujours selon les termes de ce dernier, « organized armed groups assume the function of 'armed forces' of a party to a non-international armed conflict »<sup>153</sup>. Ainsi, dès lors qu'ils remplissent les critères précités, les membres du groupe armé perdent leur qualité de civil et deviennent une force armée partie à un conflit armé non international. Ils ne seront protégés contre des attaques directes que s'ils déposent les armes ou sont mis hors de combat. Ils peuvent donc être visés par des attaques militaires aussi longtemps qu'ils font partie d'un groupe armé d'opposition. Cependant, comme l'a souligné Nils Melzer, l'identification de l'appartenance de personnes à un groupe armé organisé est parfois périlleuse. En effet, il faut se demander si les chefs politiques et religieux, les personnes militant en faveur de ce groupe et les personnes soutenant financièrement et de toute autre manière le groupe armé doivent être considérées comme membres du groupe armé organisé, auquel cas ils perdent leur qualité de civil. L'auteur répond par la négative à cette interrogation, considérant qu'au regard de l'objet et du but du principe de distinction, ces personnes devraient être qualifiées de civil afin d'être protégées contre les attaques directes<sup>154</sup>. Ainsi, ne peuvent être qualifiées de combattants ou de membres d'un groupe armé organisé que les personnes « who assume a continuous fighting function on behalf of a party to the conflict, that is to say, a function which involves direct participation in hostilities on a regular basis »<sup>155</sup>. Cette position devrait cependant être nuancée. Si l'on se réfère à la volonté qui a animé les rédacteurs des Conventions de Genève de 1949 puis des Protocoles Additionnels de 1977, l'on ne peut qu'être d'accord avec cet auteur. En effet, surtout pour les conflits armés non internationaux, existait la volonté de protéger le plus

---

<sup>150</sup> Comité International de la Croix-Rouge, « Commentaire de l'article 13 du Protocole Additionnel II », para. 4789

<sup>151</sup> Henckaerts (J-M.), « Etude sur le droit international humanitaire coutumier : une contribution à la compréhension et au respect du droit des conflits armés », *op. cit.*, p. 315, règle n°6

<sup>152</sup> Melzer (N.), *Targeted killings in international law*, *op. cit.*, p. 319

<sup>153</sup> *Ibid.*

<sup>154</sup> *Ibid.*, p. 320

<sup>155</sup> *Ibid.*, p. 321

grand nombre possible de personnes afin d'éviter les abus et morts inutiles. Mais une distinction doit être faite entre des chefs politiques et religieux qui ont une influence et participent à la direction du mouvement et les personnes adhérant aux idées défendues par le groupe et les personnes soutenant financièrement ledit groupe. Tandis que les premiers font indéniablement partie du groupe armé organisé, les seconds et les troisièmes en sont exclus et sont donc considérés comme des civils. Les combattants pouvant faire l'objet d'attaques directes à tout moment, il faut retenir une conception semi-restrictive de la notion de combattant et de partie au conflit qui permet ainsi de protéger un nombre important d'individus.

Il arrive cependant que des civils perdent la protection qui leur est accordée par le droit international humanitaire. C'est le cas lorsqu'ils prennent directement part aux hostilités. La notion de participation directe aux hostilités est cependant très floue et soulève de nombreuses incertitudes. Le seul aspect de cette notion ne prêtant pas à débat concerne ses conséquences. Ainsi, pour reprendre les termes de Monsieur Henckaerts, « la perte de protection contre les attaques est claire et incontestée lorsqu'une personne civile emploie des armes ou d'autres moyens pour commettre des actes de violence contre des membres ou du matériel des forces ennemies »<sup>156</sup>. Il n'existe pas de définition de ce concept dans le droit international humanitaire conventionnel. Le Tribunal Pénal International pour l'ex-Yougoslavie a même statué que « It is unnecessary to define exactly the line dividing those taking an active part in hostilities and those who are not so involved. It is sufficient to examine the relevant facts of each victim and to ascertain whether, in each individual's circumstances, that person was actively involved in hostilities at the relevant time »<sup>157</sup>. Mais une définition est nécessaire afin de déterminer le champ d'application des règles de droit international humanitaire applicables à ces situations et de protéger de façon effective les personnes affectées par un conflit armé non international.

Une première approche, qualifiée de restrictive, considère que le concept de participation directe aux hostilités correspond aux opérations de combats et est fondé sur l'exigence de nécessité militaire immédiate. Ainsi, un civil ne perdrait sa protection que lorsqu'il

---

<sup>156</sup> Henckaerts (J-M.), « Etude sur le droit international humanitaire coutumier : une contribution à la compréhension et au respect du droit des conflits armés », *op. cit.*, p. 306

<sup>157</sup> TPIY, *Affaire Tadic* (Case No. IT-94-1-T), arrêt 7 mai 1997, p. 220, para. 616

constituerait un danger militaire immédiat pour la partie adverse au conflit<sup>158</sup>. Si l'on adhère à cette conception, une personne participant à l'effort général de guerre ne perdrait pas sa protection car ne participerait pas directement aux hostilités. C'est la position qui a été retenue par les commentateurs des Conventions de Genève de 1949<sup>159</sup> ainsi que par Monsieur Melzer et le Rapporteur spécial sur les exécutions extrajudiciaires, sommaires ou arbitraires<sup>160</sup>. Pour savoir si une personne participe directement aux hostilités, il faudrait que son action, par sa nature ou son but, soit destinée « à frapper concrètement le personnel et le matériel des forces armées adverses »<sup>161</sup>. Ainsi, la notion de participation directe aux hostilités impliquerait « un rapport de causalité adéquate entre l'acte de participation et son résultat immédiat »<sup>162</sup>. Selon Nils Melzer, retenir une approche restrictive serait la seule et unique façon de prévenir les abus et l'arbitraire dans l'application du principe de distinction<sup>163</sup>.

La seconde approche est plus libérale et permet de mieux prendre en compte la réalité de la lutte contre le terrorisme. Elle comprend « all conducts that functionally correspond to that of governmental armed forces, including only the actual conduct of hostilities, but also activities such as planning, organizing, recruiting and assuming logistical functions »<sup>164</sup>. Cette approche fonctionnelle a été retenue par la Cour suprême d'Israël dans l'affaire *PCATI* qui a affirmé que « The function determines the directness of the part taken in the hostilities »<sup>165</sup>. Considérer que « the concept of direct participation in hostilities essentially includes any hostile act that is specifically designed to support one party to an armed conflict by directly causing harm to the military operations or military capacity of another party, or death, injury or destruction to persons or objects protected against direct

---

<sup>158</sup> Melzer (N.), *Targeted killings in international law*, *op. cit.*, p. 335

<sup>159</sup> Comité International de la Croix-Rouge, « Commentaire de l'article 51 du Protocole Additionnel I », para. 1945 : « Il faut bien distinguer la participation directe aux hostilités de la participation à l'effort de guerre qui est souvent demandée à l'ensemble de la population, à des degrés divers. A défaut d'une telle distinction, on risquerait de réduire à néant les efforts déployés pour réaffirmer et développer le droit international humanitaire. En effet, dans les conflits actuels, nombre d'activités de la nation apportent, de près ou de loin, une contribution à la poursuite des hostilités; même le moral de la population joue un rôle dans ce contexte. »

<sup>160</sup> Human Right Council, « Report of the Special Rapporteur on extrajudicial, summary or arbitrary executions on targeted killings », *op. cit.*, p. 20, para. 64

<sup>161</sup> Comité International de la Croix-Rouge, « Commentaire de l'article 51 du Protocole Additionnel I », para. 1944

<sup>162</sup> Comité International de la Croix-Rouge, « Commentaire de l'article 13 du Protocole Additionnel I », para. 4787

<sup>163</sup> Melzer (N.), *Targeted killings in international law*, *op. cit.*, p. 341

<sup>164</sup> *Ibid.*, p. 338

<sup>165</sup> Israël HCJ, *PCATI v. Israel*, HCJ 769/02, arrêt du 14 décembre 2006, para. 35

attacks »<sup>166</sup> serait trop restrictif. Cela ne permettrait pas de considérer les personnes aidant à l'organisation d'actes terroristes, dont le niveau atteint celui exigé pour constituer une attaque armée, que ce soit en participant aux mesures préparatoires ou en apportant un soutien logistique et financier, comme participant directement aux attaques, ce qui les mettrait à l'abri de toute poursuite sous l'angle du droit international humanitaire. On ne peut vouloir soumettre la lutte contre le terrorisme au droit international humanitaire et méconnaître les réalités de celle-ci. Une conception souple, mais non laxiste de cette notion permettrait d'atteindre un équilibre entre le besoin de protéger les civils et celui de respecter les droits des terroristes. Quant au niveau d'implication qui devrait être exigé pour qu'une personne aidant des terroristes soit considérée comme une personne participant directement aux hostilités il faudrait qu'il soit substantiel. Cela permettrait d'éviter qu'une personne dont les biens sont utilisés sans qu'elle n'adhère réellement au projet terroriste ou qui soutient politiquement un groupe terroriste puisse perdre sa protection contre les attaques directes.

Le champ d'application *ratione temporis* des dispositions régissant la participation directe aux hostilités est limité puisqu'un civil ne perd la protection qui lui est accordée que « pendant la durée de cette participation »<sup>167</sup>. Ceci implique que la perte de la protection s'applique non pas aux actions passées mais uniquement aux actions présentes, en cours. Ainsi, avant et après la période où un individu participe directement aux hostilités il est protégé et l'utilisation de la force létale contre lui doit être gouvernée par les règles du droit international des droits de l'homme. Si l'on retient une conception restrictive du concept de participation directe aux hostilités, des actions contre des terroristes, ne faisant pas partie d'un groupe armé organisé, ne sont possibles que lorsqu'ils sont en train de perpétrer une attaque ou qu'ils s'appêtent à le faire. Une telle approche est déconnectée de toute réalité. En adhérant à une conception plus extensive de cette notion, il devient possible de mieux protéger le reste de la population civile contre des actions terroristes.

### c. Autres principes

Cependant, le fait de ne pas être protégé contre les attaques directes ne signifie pas que le droit international humanitaire se désintéresse de ces personnes. En effet, les attaques

---

<sup>166</sup> Melzer (N.), *Targeted killings in international law*, *op. cit.*, p. 343

<sup>167</sup> Article 13(3) Protocole Additionnel II

contre ces personnes doivent être nécessaire c'est-à-dire qu'elles doivent permettre d'atteindre l'objectif militaire. De plus, elles devront respecter le principe d'interdiction des attaques sans discrimination, les principes de proportionnalité et de précaution, ainsi que les limites apportées à l'utilisation de certaines armes et tactiques de combats.

La notion d'attaque sans discrimination a été précisée par Monsieur Henckaerts dans son Etude sur le droit international humanitaire coutumier. « L'expression « attaques sans discrimination » s'entend : (a) des attaques qui ne sont pas dirigées contre un objectif militaire déterminé ; (b) des attaques dans lesquelles on utilise des méthodes ou moyens de combat qui ne peuvent pas être dirigés contre un objectif militaire déterminé ; ou (c) des attaques dans lesquelles on utilise des méthodes ou moyens de combat dont les effets ne peuvent pas être limités comme le prescrit le droit international humanitaire ; et qui sont, en conséquence, dans chacun de ces cas, propres à frapper indistinctement des objectifs militaires et des personnes civiles ou des biens de caractère civil [CAI/CANI] »<sup>168</sup>. Le principe de précaution implique qu'avant de décider d'une action, les autorités doivent choisir des méthodes et tactiques permettant d'éviter que des civils soient tués. Les dommages collatéraux doivent être évités autant que possible. De plus, pendant l'opération, les acteurs doivent faire leur possible pour éviter de tuer des civils. Une marge d'appréciation est laissée aux autorités « within the limits of honest judgement on the basis of the conditions prevailing at the time »<sup>169</sup>.

## 2. L'appréciation de la licéité de l'attaque contre Ben Laden

Il faut maintenant qualifier le statut d'Oussama Ben Laden afin de savoir s'il pouvait légitimement faire l'objet d'une attaque directe.

### a. Le statut d'Oussama Ben Laden

Est-il un civil ou un combattant ? Si c'est un civil, peut-on considérer qu'il participait directement aux hostilités et qu'il avait donc perdu la protection accordée aux civils ? Telles sont les questions soulevées par la qualification de son statut.

---

<sup>168</sup> Henckaerts (J-M.), « Etude sur le droit international humanitaire coutumier : une contribution à la compréhension et au respect du droit des conflits armés », *op. cit.*, p. 316, règle n°12

<sup>169</sup> Melzer (N.), *Targeted killings in international law*, *op. cit.*, p. 408

Al-Qaida, par une lecture audacieuse de l'article 3 commun aux Conventions de Genève de 1949, on l'a vu, peut être qualifié de groupe armé organisé et donc de partie à un conflit armé non international. Oussama Ben Laden était un des fondateurs et chefs d'Al-Qaida ainsi qu'un de ses principaux soutiens financiers. En tant que chef d'Al-Qaida, il pouvait donc être qualifié de membre d'un groupe armé organisé et faire l'objet, à tout moment, d'une attaque armée directe.

Il est vrai que cette qualification d'Al-Qaida est contestable et fait débat. Dès lors, à titre subsidiaire, il faut se demander si Oussama Ben Laden ne pourrait pas être considéré comme un civil prenant directement part aux hostilités. Oussama Ben Laden a été l'un des cerveaux des attentats du 11 septembre 2001, il continuait de planifier et préparer des attaques, il était l'un des principaux pourvoyeurs de fonds d'Al-Qaida. Son implication était donc substantielle. Ainsi, conformément à l'approche plutôt libérale de la notion de participation directe aux hostilités qui a été retenue, il prenait directement part aux hostilités. Dès lors, il était une cible militaire légitime. Mais pour que l'action soit licite, encore faut-il que certaines règles aient été respectées.

#### b. Le non respect des conditions

La mort de Ben Laden était-elle nécessaire ? Pour que le critère de la nécessité soit rempli dans le contexte d'un « targeted killing », cela doit être la seule alternative possible pour atteindre l'objectif. Or, On l'a vu<sup>170</sup>, il est permis d'en douter tant les circonstances entourant l'opération sont obscures.

Les attaques sans discrimination sont interdites. Cette exigence a été respectée par les Etats-Unis dont l'attaque était dirigée spécifiquement contre une cible légitime déterminée, Ben Laden. De plus, on l'a dit<sup>171</sup>, l'envoi d'un commando a permis d'éviter qu'un trop grand nombre de civils soit tué, ce qui est conforme au principe de précaution (aucun des femmes et des enfants n'ont été tués, seulement des gardes qui ont tiré sur les forces américaines).

---

<sup>170</sup> Voir *supra* p. 26

<sup>171</sup> *Ibid.*

En matière de « targeted killing », le critère de proportionnalité s'apprécie au regard de la valeur militaire de la cible qui varie en fonction du rôle et du rang de la personne visée<sup>172</sup>. La position de Ben Laden a été plusieurs fois précisée et il ne fait aucun doute qu'il constituait une cible de grande valeur.

Les critères ne semblent donc pas satisfaits, le point le plus contesté concernant la nécessité de tuer Ben Laden. En effet, pour les raisons exposées ci-dessus, on ne peut s'empêcher de douter du fait qu'il n'était pas possible de l'arrêter afin de le juger. Il faut donc conclure à l'illicéité de l'action américaine contre Ben Laden au regard du droit international humanitaire.

Cependant il n'existe pas de consensus sur l'application du droit international humanitaire aux actions menées contre des terroristes. Dès lors, il convient d'examiner la licéité de l'action sous l'angle du droit international des droits de l'homme. En effet, si l'opération n'était pas régie par le droit international humanitaire, il n'en reste pas moins qu'elle était soumise au droit international des droits de l'homme.

## II. La licéité de la mort de Ben Laden au regard du droit international des droits de l'homme

Le droit à la vie est protégé par l'article 6(1) du Pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966 qui dispose que « Le droit à la vie est inhérent à la personne humaine. Ce droit doit être protégé par la loi. Nul ne peut être arbitrairement privé de la vie ».

Les « targeted killings » de terroristes n'étant pas unanimement considérés comme gouverné par le droit international humanitaire, ils relèvent alors du paradigme du droit international des droits de l'homme. En effet, les règles de droit applicables à ce paradigme régissent la légalité des « targeted killings » commandités par les Etats dès lors qu'ils ne sont pas dirigés contre des cibles militaires légitimes. Nils Melzer considère que l'appréciation du respect des conditions et modalités gouvernant la légalité de l'utilisation de la force létale doit être flexible, celle-ci devant être faite de bonne foi et en tenant compte des circonstances de fait, notamment du degré de contrôle opéré par l'Etat sur la

---

<sup>172</sup> Melzer (N.), *Targeted killings in international law*, *op. cit.*, p. 404

personne visée<sup>173</sup>. Avant d'apprécier le respect de ces conditions (C), il faudra tout d'abord préciser le champ d'application *ratione loci* (A) puis *ratione materiae* (B) du droit à la vie tel que gouverné par le droit international des droits de l'homme.

#### A. Le champ d'application *ratione loci* du droit à la vie

C'est l'article 2(1) du Pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966 qui détermine le champ d'application *ratione loci* de celui-ci : « Les Etats parties au présent Pacte s'engagent à respecter et à garantir à tous les individus se trouvant sur leur territoire et relevant de leur compétence les droits reconnus dans le présent Pacte ». A contrario, cela voudrait dire que dès lors qu'un Etat n'agit pas sur son territoire et sur un individu ne relevant pas de sa compétence il n'est plus tenu de garantir le respect de ces droits envers cet individu. C'est l'argument des Etats-Unis qui contestent ainsi l'application du Pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966 aux opérations menées contre des terroristes hors des Etats-Unis. Le droit à la vie étant un droit protégé par le Pacte, il ne serait plus garanti lors d'opérations extra-territoriales et les forces américaines pourraient légitimement lui porter atteinte. Cette interprétation a été très largement réfutée par la doctrine et la jurisprudence. Droit suprême, on comprend facilement qu'une telle approche porterait atteinte, de façon excessive et dangereuse, à un droit inhérent à la personne humaine. Le Comité des droits de l'homme des Nations Unies a ainsi considéré que « jurisdiction did not refer to the place where the violation occurred but rather to the relationship between the individual and the State in relation to a violation of any of the rights set forth in the Covenant, wherever they occurred »<sup>174</sup>. Le Comité des droits de l'homme a par la suite précisé le champ d'application territorial du Pacte en indiquant, dans son General Comment No. 31 que les Etats « ... must respect and ensure the rights laid down in the Covenant to anyone within the power or effective control of that State Party, even if not situated within the territory of the State Party »<sup>175</sup>. Le Pacte de 1966 serait donc « attaché » à la personne des agents de l'Etat et gouvernerait leurs actions où qu'ils se trouvent à condition qu'ils exercent un contrôle effectif sur l'individu. La Cour Internationale de Justice a également pris position sur la question, considérant que peu importe où une action portant atteinte à la vie d'un individu avait lieu, elle était toujours

---

<sup>173</sup> Melzer (N.), Targeted killings in international law, *op. cit.*, p. 223

<sup>174</sup> Comité des droits de l'homme des Nations Unies, *Affaire Burgos* (CCPR/C/13/D/52/1979), communication 52/1979 du 29 juillet 1981, para. 12.2

<sup>175</sup> Comité des droits de l'homme des Nations Unies, General Comment n°31, *op. cit.*, para. 10

régie par le Pacte de 1966<sup>176</sup>. L'on ne peut que souscrire à ces interprétations tant il serait absurde de considérer qu'un Etat peut commettre des violations des droits de l'homme à l'étranger alors qu'il ne pourrait les perpétrer sur son propre territoire.

En ce qui concerne les opérations visant à tuer des personnes se trouvant sur le territoire d'autres Etats, il est admis que l'exercice d'un pouvoir militaire dans ces situations reste soumis au droit international des droits de l'homme<sup>177</sup>. La notion de compétence sur l'individu n'est donc pas limitée au plan géographique. De plus, comme le fait remarquer, et à juste titre, Nils Melzer, un Etat, capable de mener une opération visant à tuer une personne, exercera un contrôle effectif sur celle-ci ; et ne pourra invoquer l'absence d'un tel contrôle pour échapper à ses obligations relatives au respect du droit à la vie<sup>178</sup>. Enfin, le problème du respect du droit à la vie se trouve dépassé par sa nature coutumière. Même s'il s'agit d'un conflit d'autorité entre une norme conventionnelle et une norme coutumière, ce caractère vient confirmer son application générale. L'obligation de respecter le droit à la vie s'impose donc aux Etats à tout moment et en tout lieu.

#### B. Le champ d'application *ratione materiae* du droit à la vie

Que ce soit en droit international coutumier ou conventionnel, le droit à la vie n'est pas absolu. L'article 6(1) du Pacte de 1966 interdit les privations arbitraires de la vie. A contrario, toute atteinte au droit à la vie qui n'est pas arbitraire est donc conforme au droit international des droits de l'homme. Le débat va donc se porter sur la notion d'« arbitraire », qui n'a été définie ni dans le Pacte de 1966, ni dans la Convention américaine relative aux droits de l'homme, ni dans la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples. Il faut donc se référer à la jurisprudence des organismes chargés de la protection des droits de l'homme pour interpréter ce concept. Le Comité des droits de l'homme des Nations Unies, dans son General Comment numéro 6 a considéré que « States parties should take measures not only to prevent and punish deprivation of life by criminal acts, but also to prevent arbitrary killing by their own security forces »<sup>179</sup>. La Cour interaméricaine des droits de l'homme a décidé que dès lors que « the military force used was disproportionate in relationship to the actual danger present, and no precautionary

---

<sup>176</sup> CIJ, *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, *op. cit.*, p. 180, para. 111 ; CIJ, *Activités armées sur le territoire du Congo*, *op. cit.*, p. 243, para 216 ; CIJ, *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, *op. cit.*, p. 240, para. 25

<sup>177</sup> Melzer (N.), *Targeted killings in international law*, *op. cit.*, p. 137

<sup>178</sup> *Ibid.*, p. 139

<sup>179</sup> Comité des droits de l'homme des Nations Unies, General Comment No. 6 (1982), para. 3

measures were put into effect to reduce the human cost of crushing the riots »<sup>180</sup>, il était arbitrairement porté atteinte au droit à la vie. Ainsi, une atteinte au droit à la vie sera considérée comme arbitraire dès lors qu'elle manquera de base légale et que les principes de nécessité, de proportionnalité et de précaution ne seront pas remplis. La première exigence présuppose qu'il existe un cadre légal organisant de manière transparente les circonstances dans lesquelles une personne peut être privée de son droit à la vie par les autorités d'un Etat. Le fait qu'un Etat ne prévoit pas un tel cadre est, selon Nils Melzer, constitutif d'une violation du droit à la vie<sup>181</sup>. Toujours selon Nils Melzer, une privation de la vie est arbitraire lorsqu'elle est causée « by force exceeding what is necessary to maintain, restore, or otherwise impose, law and order in the circumstances of the case »<sup>182</sup>. Le respect du critère de la proportionnalité de la mesure s'apprécie au regard du danger immédiat que constitue l'individu visé, ce qui exclut une simple menace politique<sup>183</sup>. Enfin, le dernier critère exige que toutes les autres mesures soient envisagées avant que la décision de procéder à un « targeted killing »<sup>184</sup> ne soit prise.

Il convient maintenant d'apprécier ces critères. Une interprétation stricte de ces conditions s'impose afin de limiter les abus et de protéger au maximum ce droit fondamental. La première condition doit être interprétée de façon particulièrement restrictive afin d'éviter qu'il existe des zones grises permettant aux autorités de procéder de façon discrétionnaire à des « targeted killings ». De plus, l'absence ou l'existence d'une base légale peu rigoureuse empêcherait un contrôle juridictionnel a posteriori de l'opération, indispensable pour s'assurer que les critères de nécessité, de proportionnalité et de précaution ont été scrupuleusement respectés. Il ne fait pas de doute qu'une marge d'appréciation doit être laissée aux agents d'un Etat afin de pouvoir s'adapter aux aléas des opérations, mais celle-ci ne doit pas permettre à ces agents d'échapper à leurs responsabilités. De plus, s'adapter à une situation implique également que, si les circonstances évoluent et qu'il est permis de blesser l'individu visé et non plus de le tuer sans qu'il en résulte un danger disproportionné pour les agents de l'Etat, ces derniers doivent prendre en compte cette évolution. Ainsi, si l'individu est finalement tué, sa mort sera considérée comme arbitraire.

---

<sup>180</sup> Cour interaméricaine des droits de l'homme, *Neira Alegria et autres c. Pérou*, arrêt du 19 janvier 1995, para. 43

<sup>181</sup> Melzer (N.), *Targeted killings in international law*, op. cit., p. 101

<sup>182</sup> *Ibid.*

<sup>183</sup> *Ibid.*

<sup>184</sup> *Ibid.*

Enfin, il est important de rappeler qu'en aucun cas un « targeted killing » ne peut être décidé dans un but punitif. La peine de mort n'est pas prohibée par le Pacte de 1966, mais son utilisation est soumise à l'exigence préalable d'un procès juste et équitable. Décider d'une opération visant à tuer un individu afin de le punir pour des actes, aussi graves soient-ils, commis dans le passé, s'apparente à un assassinat extrajudiciaire, ce qui est une violation du droit à la vie.

### C. L'opération contre Ben Laden, une atteinte arbitraire au droit à la vie ?

On l'a dit, les conditions permettant de porter atteinte au droit à la vie doivent être interprétées strictement. La première condition conditionne toute action visant à tuer un individu à son inscription dans un cadre juridique précis et transparent. L'Executive Order 12,333 interdit aux Etats-Unis de procéder à des assassinats, sans pour autant définir cette notion. Mais les autorités américaines considèrent que ce texte ne prévoyait pas de s'appliquer aux terroristes, seuls les chefs d'Etat et de gouvernement étant visés<sup>185</sup>. Si l'on considère que la position américaine est pertinente, les agents américains auraient le droit de tuer des personnes qualifiées de terroristes. Les règles applicables aux « targeted killings » ne sont pas toutes transparentes et claires, considérer que tuer des terroristes est une exception à l'interdiction générale des assassinats ne ferait qu'élargir une zone grise du droit. L'administration Bush avait autorisé l'emploi de tous les moyens nécessaires pour lutter contre le terrorisme, créant ainsi une nouvelle zone grise du droit. Celle-ci est renforcée par le fait que les Etats-Unis, malgré l'appel du Rapporteur spécial sur les exécutions extrajudiciaires, sommaires ou arbitraires, n'ont toujours pas révélé le cadre juridique dans lequel s'inscrivent les « targeted killings »<sup>186</sup>. La première exigence n'est donc pas respectée.

Le respect des critères de proportionnalité et de nécessité a déjà été discuté<sup>187</sup>. Une appréciation encore plus stricte ne ferait que conforter ce qui a été précédemment décidé. De plus, au regard des exigences de transparence nécessaire à leur juste appréciation, on ne peut que constater que rien n'a été fait pour que la lumière soit faite sur le déroulement de

---

<sup>185</sup> Wachtel (H.A.), « Targeting Osama bin Laden : examining the legality of assassination as a tool of U.S. foreign policy », 55 Duke L. J., Décembre 2005, 704

<sup>186</sup> Human Right Council, *Report of the Special Rapporteur on extrajudicial, summary or arbitrary executions on targeted killings*, op. cit., p. 26, para. 87

<sup>187</sup> Voir *supra*, p. 26 et suivantes

l'opération, les autorités américaines ayant refusé de dévoiler les détails de l'opération. Le principe de précaution semble, pour les raisons ci-dessus avancées<sup>188</sup>, avoir été le seul à ne pas avoir été violé lors de l'opération menée contre Ben Laden.

Pour toutes ces raisons, l'opération américaine contre Ben Laden a été faite en violation des principes fondamentaux du droit international des droits de l'homme et notamment du droit à la vie.

---

<sup>188</sup> *Ibid.*

## CONCLUSION

L'action américaine contre Ben Laden au Pakistan est donc illicite au regard du droit international, tant du point de vue des règles régissant les relations interétatiques que de celui des principes protégeant la personne humaine. Alors la responsabilité internationale des Etats-Unis pourrait-elle être engagée ? Probablement, mais l'ascendance de la politique sur le droit empêchera, très certainement, la réalisation d'un tel scénario. Il est en effet très difficile d'imaginer le Pakistan attirer les Etats-Unis devant la Cour Internationale de Justice pour violation de sa souveraineté territoriale. De plus, celle-ci, souvent frileuse sur des sujets faisant débat, trouverait très certainement une parade juridique lui permettant d'éviter de se prononcer sur cette affaire épineuse. On ne peut que répéter notre indignation face au silence des plus hautes autorités sur cette illicéité (le Conseil de sécurité le premier) et à l'absence de réaction d'une très grande majorité de la population mondiale. Mais doit-on être surpris ? Il y a quelques mois, Mouammar Kadhafi était tué dans des circonstances obscures, sans que cela n'éveille l'intérêt du Conseil de sécurité qui, dans ses résolutions 2016 (2011) et 2017 (2011) adoptées quelques jours après sa mort, n'a pas daigné évoquer cet aspect de la révolution libyenne. Au regard de notre sujet, il est indispensable que le débat soit élevé afin, sinon de faire évoluer le droit, du moins de permettre une plus grande transparence et régulation de ce type d'action qui se multiplie au fil des mois. Mais ce silence n'implique pas que le droit international soit inapte à lutte contre le terrorisme ni même qu'il existerait une norme de jus cogens qui justifierait, dans certains cas, l'assassinat de terroristes<sup>189</sup>. Il n'y a besoin ni de réécrire l'article 51 de la Charte des Nations Unies ni d'écarter les règles du droit international humanitaire. Une interprétation prenant en compte les mutations du monde moderne, tout en gardant à l'esprit les principes fondamentaux de la communauté internationale tels l'interdiction du recours à la force et la protection de la vie humaine, permettrait non seulement de lutter efficacement contre le terrorisme, mais également de renforcer la paix et la sécurité internationales.

---

<sup>189</sup> Beres (L.R.), « Iraqi crimes and international law : the imperative to punish », 21 Denv. J. Int'l & Pol'y 335, 356-357 (1992)

# BIBLIOGRAPHIE

## Monographies

CORTEN (O.), *Le droit contre la guerre*, Paris, A. Pedone, 2008, 867 p.

COT (J.P.), PELLET (A), FORTEAU (M.), *La Charte des Nations Unies. Commentaire article par article*, Paris, Economica, 3<sup>e</sup> éd., 2005, 1709 p.

KEPEL (G.), *Al-Qaida dans le texte*, Paris, PUF, coll. Quadrige, 2<sup>e</sup> éd., 2008, 474 p.

MELZER (N.), *Targeted killings in international law*, Oxford, Oxford University Press, coll. Oxford monographs in international law, 2008, 468 p.

SHAW (M.N.), *International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 5<sup>e</sup> éd., 2003, 1288 p.

*Petit Larousse*, Larousse, Bordas, 1998

## Revues

BERES (L.R.), « Iraqi crimes and international law : the imperative to punish », 21 Denv. J. Int'l & Pol'y 335 (1992)

GUIORA (A.), « Targeted killing as active self-defense », 36 Case W. Res. Int'l L. 322

HENCKAERTS (J-M.), « Etude sur le droit international humanitaire coutumier : une contribution à la compréhension et au respect du droit des conflits armés », *Revue Internationale de la Croix-Rouge*, 2005,

[http://www.icrc.org/fre/assets/files/other/irrc\\_857\\_henckaerts\\_fr.pdf](http://www.icrc.org/fre/assets/files/other/irrc_857_henckaerts_fr.pdf)

KOH (H.H.), « The lawfulness of the US operation against Osama Bin Laden », *Opiniojuris*, 19 mai 2011 <http://opiniojuris.org/2011/05/19/the-lawfulness-of-the-us-operation-against-osama-bin-laden/>

KRETZMER (D), « Targeted killings of suspected terrorists : extra-judicial executions or legitimate means of defence ? », *EJIL*, vol. 16, n°2, 2005, p. 190

MURPHY (S.D.), « The International Legality of U.S. Military Cross-border Operations from Afghanistan into Pakistan », 8 novembre 2008, p. 48, <http://ssrn.com/abstract=1296733>

O'CONNELL (M.E.), "Unlawful Killing with Combat Drones: A Case Study of Pakistan, 2004-2009", 7 août 2010, [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1501144](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1501144)

PAUST (JJ), « Self-defense targetings of non-state actors and permissibility of US drones in Pakistan », 19 *J. Transnat'l L. & Pol'y* 261

PAUST (JJ), « Permissible self-defense targeting and the death of Bin Laden », 39 *Denv. J. Int'l L. & Pol'y* 580

REINOLD (T.), « State weakness, irregular warfare, and the right to self-defense post 9/11 », 105 *Am. J. Int'l L.* 244 (2001)

TAMS (C.J.), « The use of force against terrorists », *EJIL*, vol. 20, n°2, p. 30

VERHOEVEN (J.), « Les étirements de la légitime défense », *A.F.D.I.*, volume 48, 2002, p.66

WACHTEL (H.A.), « Targeting Osama bin Laden : examining the legality of assassination as a tool of U.S. foreign policy », 55 *Duke L. J.*, Décembre 2005, 704

## **Jurisprudence**

Webster (D.), *Affaire de la Caroline*, lettre du 27 juillet 1842 à Lord Ashburton, [http://avalon.law.yale.edu/19th\\_century/br-1842d.asp](http://avalon.law.yale.edu/19th_century/br-1842d.asp)

CIJ, *Affaire du Détroit de Corfou (Grande-Bretagne c. Albanie)*, arrêt 9 avril 1949, *C.I.J. Recueil 1949*, p. 4

CIJ, *Affaire de la Barcelona Traction (Belgique c. Espagne)*, arrêt du 5 février 1970, *C.I.J. Recueil 1970*, p. 3

CIJ, *Affaire relative au personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran (Etats-Unis c. Iran)*, arrêt du 24 mai 1980, *C.I.J. Recueil 1980*, p. 3

CIJ, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique)*, arrêt du 27 juin 1986, *C.I.J. Recueil 1986*, p. 14

CIJ, *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, avis consultatif du 8 juillet 1996, *C.I.J. Recueil 1996 (I)*, p. 226

CIJ, *Plates-formes pétrolières (Iran c. Etats-Unis)*, arrêt du 6 novembre 2003, *C.I.J. Recueil 2003*, p.161

CIJ, *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, avis consultatif du 9 juillet 2004, *C.I.J. Recueil 2004*, p. 136

CIJ, *Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda)*, arrêt du 19 décembre 2005, *C.I.J. Recueil 2005*, p. 168

CIJ, *Affaire relative à l'application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*, arrêt du 26 février 2007, *C.I.J. Recueil 2007*, p. 43

TPIY, C.A., *Affaire Tadic*, Arrêt relatif à l'appel de la défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence, 2 octobre 1995, <http://www.icty.org/>

TPIY, *Affaire Tadic* (Case No. IT-94-1-T), arrêt 7 mai 1997, <http://www.icty.org/>

TPIY, C.A., *Affaire Tadic* (IT-94-1-A), arrêt du 15 juillet 1999, <http://www.icty.org/>

TPIY, *Prosecutor c. Ramush Haradinaj et autres*, (IT-04-84-T), arrêt du 3 avril 2008, <http://www.icty.org/>

Comité des droits de l'homme des Nations Unies, *Affaire Burgos* (CCPR/C/13/D/52/1979), communication 52/1979 du 29 juillet 1981, <http://www2.ohchr.org/english/bodies/petitions/index.htm>

Cour interaméricaine des droits de l'homme, *Neira Alegria et autres c. Pérou*, arrêt du 19 janvier 1995, <http://www.corteidh.or.cr/>

USSC, *Hamdan c. Rumsfeld* (No. 05-184), arrêt du 29 juin 2006, <http://www.supremecourt.gov/>

Israël HCJ, *PCATI v. Israel*, HCJ 769/02, arrêt du 14 décembre 2006, <http://elyon1.court.gov.il/eng/home/index.html>

## **Traités**

Charte des Nations Unies du 26 juin 1945

Conventions de Genève du 12 août 1949

Protocoles additionnels I et II aux Conventions de Genève du 8 juin 1977

## Documents des Nations Unies

AG Res. 3314 (XXIX) « Définition de l'agression »

AG Res. 36/27

AG Res. 56/83, 12 décembre 2001 « Responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite »

CS Res. 487 (1891)

CS Res. 1368 (2001)

CS Res. 1373 (2001)

CS Res. 1989 (2011)

Déclaration du délégué israélien auprès des Nations Unies, S/PV.2288, 19 juin 1981

Déclaration du Président Bush, S/PV.4370, 12 septembre 2001

Déclaration du Ministre des affaires étrangères français A/57/PV.3, 12 septembre 2002

Déclaration du délégué iranien auprès des Nations Unies S/PV.4625 (Resumption 1), 16 octobre 2002

Lettre du représentant permanent des Etats-Unis au Président du Conseil de sécurité, UN doc. S/2003/351, 20 mars 2003

Déclaration du délégué yéménite auprès des Nations Unies S/PV.4726, 26 mars 2003

Déclaration du Secrétaire général des Nations Unies A/58/PV.7, 23 septembre 2003

Déclaration du Président du Conseil de sécurité en réaction à l'annonce de la mort d'Oussama ben Laden, S/PRST/2011/9, 2 mai 2011

Haut Commissariat des Nations Unies aux Droits de l'Homme, « Osama bin Laden : statement by the UN Special Rapporteurs on summary executions and on human rights and counter-terrorism », 6 mai 2011

Comité des droits de l'homme des Nations Unies, *General Comment n°31* (2004), CCPR/C/21/Rev.1/Add.13

Comité des droits de l'homme, *Report of the Special Rapporteur on extrajudicial, summary or arbitrary executions on targeted killings*, A/HRC/14/24/Add.6, 28 mai 2010

*Rapport du Groupe de personnalités de haut niveau sur les menaces, les défis et le changement*, A/59/565, 2 décembre 2004

## Autres documents

Comité International de la Croix-Rouge, opinion paper, « How is the Term "Armed Conflict" Defined in International Humanitarian Law? », Mars 2008, p. 3, <http://www.cicr.org/eng/assets/files/other/opinion-paper-armed-conflict.pdf>

Déclaration du Général de division Itzhak Eitan, chef du commandement central de l'armée, reproduit dans Amnesty International, *Israël et territoires occupés, Assassinats commis sur ordre de l'Etat et autres homicides illégaux*, MDE 15/005/01 EFAI, 21 février 2000, <http://www.amnesty.org/ar/library/asset/MDE15/005/2001/ar/98ef731b-dc4b-11dd-a4f4-6f07ed3e68c6/mde150052001fr.pdf>

Institut de Droit International, résolution du 27 octobre 2007 « Problèmes actuels du recours à la force en droit international : légitime défense », [http://www.idi-iiil.org/idiF/resolutionsF/2007\\_san\\_02\\_fr.pdf](http://www.idi-iiil.org/idiF/resolutionsF/2007_san_02_fr.pdf)

*Statement by Ambassador Wang Guangya on the Report of the High-Level Group*, 27 January 2005, <http://www.china-un.org/eng/lhghyywj/smhwj/wangnian/2005/t181639.htm>

Elysée, communiqué de presse, « Mort d'Oussama Ben Laden », 2 mai 2011, [http://www.elysee.fr/president/les-actualites/communiqués-de-presse/2011/mort-d-oussama-ben-laden.11290.html?search=mort&xtmc=mort\\_ben\\_laden&xcr=1](http://www.elysee.fr/president/les-actualites/communiqués-de-presse/2011/mort-d-oussama-ben-laden.11290.html?search=mort&xtmc=mort_ben_laden&xcr=1)

The German Federal Government, press releases « Chancellor Angela Merkel on the death of Osama bin Laden », 2 mai 2011, [http://www.bundesregierung.de/Content/EN/Pressemitteilungen/BPA/\\_2011/2011-05-02-merkel-osama-bin-laden\\_en.html?nn=454908](http://www.bundesregierung.de/Content/EN/Pressemitteilungen/BPA/_2011/2011-05-02-merkel-osama-bin-laden_en.html?nn=454908)

Ministry of Foreign Affairs Pakistan, « Death of Osama Bin Laden », 2 mai 2011, <http://www.mofa.gov.pk/mfa/pages/article.aspx?id=234&type=1>

Ministry of Foreign Affairs Pakistan, « DEATH OF OSAMA BIN LADIN- RESPECT FOR PAKISTAN'S ESTABLISHED POLICY PARAMETERS ON COUNTER TERRORISM », 3 mai 2011 <http://www.mofa.gov.pk/mfa/pages/article.aspx?id=232&type=1>

U.S. Department of Defense, *Guantanamo Detainees*, 2004, at <http://www.defense.gov/news/Apr2004/d20040406gua.pdf>

U.S. Department of Defense, American Forces Press Service, « White House Corrects Information on bin Laden Raid », 3 mai 2011 <http://www.defense.gov/News/NewsArticle.aspx?ID=63803>

U.S. Department of Justice, Memorandum by the Office of Legal Counsel of the US Department of Justice, « Application of treaties and laws to al Qaeda and Taliban detainees », 9 janvier 2002, <http://www.justice.gov/olc/docs/memo-laws-taliban-detainees.pdf>

U.S. Department of State, *Country reports on terrorism 2008*, chapitre 5-1, 30 avril 2009, <http://www.state.gov/j/ct/rls/crt/2008/122438.htm>

White House, President signs authorization for use of military force bill, Statement by the President, 18 septembre 2001, <http://georgewbush-whitehouse.archives.gov/news/releases/2001/09/20010918-10.html>

White House, press statement, « Statement by the Press Secretary on the Geneva Convention », 7 mai 2003, <http://georgewbush-whitehouse.archives.gov/news/releases/2003/05/20030507-18.html>

White House, remarks by the President on Osama bin Laden, 2 mai 2011, <http://www.whitehouse.gov/blog/2011/05/02/osama-bin-laden-dead>

White House, Office of the Press Secretary, « Press Briefing by Press Secretary Jay Carney and Assistant to the President for Homeland Security and Counterterrorism John Brennan », 2 mai 2011 <http://www.whitehouse.gov/the-press-office/2011/05/02/press-briefing-press-secretary-jay-carney-and-assistant-president-homeland>

White House, Office of the Press Secretary, « Presse briefing by Press Secretary Jay Carney », 4 mai 2011 <http://www.whitehouse.gov/photos-and-video/video/2011/05/04/press-briefing#transcript>

Bob Woodward, « CIA Told to Do ‘Whatever Necessary’ to Kill Bin Laden », Washington Post, 21 octobre 2001, <http://www.washingtonpost.com/wp-dyn/content/article/2007/11/18/AR2007111800655.html>

Memorandum for Edwin Meese III (Aug. 15, 1984), <http://www.washingtondecoded.com/files/nsdd.pdf>.

President Bush's address to a joint session of Congress on Thursday night, September 20, 2001, <http://edition.cnn.com/2001/US/09/20/gen.bush.transcript/>