

ISRAËL, ÉTÉ 2006 : « LÉGITIME DÉFENSE DISPROPORTIONNÉE » OU « REPRÉSAILLES » ? ANALYSE D'UN GLISSEMENT DE LANGAGE

Charles De Bock

Volume 20, numéro 2, 2007

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/1068977ar>
DOI : <https://doi.org/10.7202/1068977ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Société québécoise de droit international

ISSN

0828-9999 (imprimé)
2561-6994 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

De Bock, C. (2007). ISRAËL, ÉTÉ 2006 : « LÉGITIME DÉFENSE
DISPROPORTIONNÉE » OU « REPRÉSAILLES » ? ANALYSE D'UN GLISSEMENT
DE LANGAGE. *Revue québécoise de droit international / Quebec Journal of
International Law / Revista quebequense de derecho internacional*, 20(2), 41–74.
<https://doi.org/10.7202/1068977ar>

Résumé de l'article

Une majorité de déclarations d'États au Conseil de sécurité affirme qu'Israël avait « le droit légitime de se défendre » en riposte à l'attaque du Hezbollah le 12 juillet 2006, mais que « sa réaction était disproportionnée ». L'ampleur avec laquelle les États ont fait référence au droit de légitime défense contre une attaque somme toute limitée interpelle. L'auteur analyse les différentes acceptions de la formule que les États ont utilisée et leur validité en droit. Tout en montrant que l'invocation de la légitime défense n'est pas correcte en l'occurrence, il soutient que cette formule risque d'être réutilisée en exposant les tentations pour les États de recourir à celle-ci dans un contexte de « guerre contre la terreur ».

**ISRAËL, ÉTÉ 2006 : « LÉGITIME DÉFENSE
DISPROPORTIONNÉE » OU « REPRÉSAILLES » ?
ANALYSE D'UN GLISSEMENT DE LANGAGE**

*Par Charles De Bock**

Une majorité de déclarations d'États au Conseil de sécurité affirme qu'Israël avait « le droit légitime de se défendre » en riposte à l'attaque du Hezbollah le 12 juillet 2006, mais que « sa réaction était disproportionnée ». L'ampleur avec laquelle les États ont fait référence au droit de légitime défense contre une attaque somme toute limitée interpelle. L'auteur analyse les différentes acceptions de la formule que les États ont utilisée et leur validité en droit. Tout en montrant que l'invocation de la légitime défense n'est pas correcte en l'occurrence, il soutient que cette formule risque d'être réutilisée en exposant les tentations pour les États de recourir à celle-ci dans un contexte de « guerre contre la terreur ».

The majority of declarations by States at the UN Security Council have stated that Israel had a “right to self-defense” in response to the Hezbollah’s attacks on July 12th 2006 but that, however, its “reaction was disproportionate”. The breadth with which the States have made reference to the right of self-defense against, by and large, fairly restrained attacks is striking. The author analyses the different meaning of the formulation which States have used as well as their validity in law. While establishing that the invocation of self-defense is not accurate in the circumstances, he stresses that this formulation may be used in the future by setting out that States may be tempted to resort to this formulation in the context of the “war against terror”.

* Étudiant à la maîtrise en droit international, Université du Québec à Montréal (Baccalauréat en droit, Université Catholique de Louvain; Baccalauréat en études arabes, Université de Provence; Maîtrise en littérature comparée, Université de Montréal).

Une majorité de déclarations d'États au Conseil de sécurité affirme qu'Israël avait le droit *légitime de se défendre* en riposte à l'attaque du Hezbollah le 12 juillet 2006, mais que *sa réaction était disproportionnée*. L'ampleur avec laquelle les États ont fait référence au droit de légitime défense pour une attaque somme toute limitée interpelle. Nous examinerons les faits en cause pour montrer que la rhétorique de la légitime défense n'est pas conforme au droit en vigueur. Nous nous interrogerons sur la cause de ces déclarations et sur les effets qu'elles pourraient avoir si elles venaient à se reproduire. Nous croyons que cette interrogation est pertinente : non seulement la formule utilisée dans les déclarations étatiques a déjà été réitérée pour un autre événement par le secrétaire général des Nations unies¹, mais nous pensons qu'il y a une haute probabilité qu'elle soit encore utilisée à cause de sa structure sémantique même.

En effet, plusieurs États pourraient avoir recours à cette formule (droit d'un État à la légitime défense, mais réaction disproportionnée de cet État) *a posteriori*, pour condamner la réaction militaire d'un État à des actes terroristes transfrontaliers. Le terrorisme est au centre de l'actualité internationale et les États du monde entier sont conscients de l'ampleur du phénomène. Peu d'entre eux veulent paraître passifs face à ce problème. Au niveau politique, la formulation « l'État X a le droit légitime de se défendre, mais sa réaction est disproportionnée » pourrait être une façon commode de condamner la réaction militaire d'un État à des actes de terrorisme transfrontaliers sans paraître trop caustique envers celui-ci, voire obtus par rapport aux problèmes du terrorisme, d'autant que les États-Unis font la « guerre à la terreur ». En utilisant la formulation « l'État X a le droit légitime de se défendre, mais sa réaction est disproportionnée », les États semblent reconnaître la nécessité d'action tout en condamnant, en définitive, l'État qui réagit (en l'occurrence, Israël).

Ainsi comprises, les déclarations des États seraient les mêmes s'ils n'avaient pas fait mention du droit à la légitime défense et s'ils avaient simplement déclaré : « nous condamnons les représailles de l'État X ». En effet, si l'on comprend la proportionnalité à laquelle il est fait référence comme étant une condition d'existence de la légitime défense (la défense ne peut être légitime que si elle est proportionnelle, sinon il s'agit de représailles), la deuxième partie de la formulation (« l'État X a agi de manière disproportionnée ») annule la portée de la première (« l'État X a le droit de recourir à la légitime défense »). Par le biais de cette deuxième partie, les États condamneraient, en l'occurrence, l'usage de la force fait par Israël en ce qu'il équivaldrait à des représailles. Les États seraient alors dans la pleine continuité de leurs assertions faites par rapport aux réactions armées d'Israël à des actes terroristes transfrontaliers avant le 12 juillet 2006. L'invocation par Israël de son droit à la

¹ « Ban Ki-Moon condamne devant le Conseil de sécurité les tirs de roquettes palestiniennes et les attaques disproportionnées d'Israël » (2008) CS/9266 (NU, Département de l'information), en ligne : Nations Unies <<http://www.un.org/News/fr-press/docs/2008/CS9266.doc.htm>> (C'est à une formule similaire qu'a eu recours le secrétaire général des Nations unies Ban Ki-moon, à l'occasion de l'opération Hiver chaud qu'Israël a lancée dans la bande de Gaza le 27 février 2008, en réaction à la mort d'un Israélien causée par un tir de roquette du Hamas (l'opération a fait une centaine de morts) : « tout en affirmant reconnaître le droit d'Israël à se défendre, [je] condemn[e] l'usage disproportionné et excessif de la force qui a tué et blessé tant de civils, y compris des enfants »).

légitime défense était alors explicitement réfutée par la plupart des États, qui parlaient de représailles².

Dans cette optique, l'utilisation par les États de la formule « l'État X a le droit légitime de se défendre, mais sa réaction est disproportionnée » serait de l'ordre d'un *acte de langage* : le droit de légitime défense ne serait alors plus défini en soi, mais en « différance » par rapport aux représailles. La différance est un concept introduit par Jacques Derrida³, philosophe du *linguistic turn* qui affirme la fondamentale du langage : selon lui, rien n'est en soi de manière détachée, mais tout concept est défini dans son rapport à autre chose. La signification (le signifié) d'un concept (le signifiant) est toujours *différée*, c'est-à-dire qu'un concept s'axe toujours sur un autre concept pour se définir, cet autre concept ayant lui-même besoin d'être défini, et ainsi de suite. Si la formulation que nous étudions est comprise comme étant un *acte de langage*, la légitime défense se définirait alors *en différance* par rapport aux représailles, car la définition du droit de légitime défense y est différée pour s'axer sur le concept de proportionnalité (la légitime défense est une réaction militaire qui est proportionnée, ce qui l'oppose aux représailles, qui est une réaction militaire disproportionnée). L'affirmation « la réaction est disproportionnée » suivant l'évocation du droit à la légitime défense viendrait réviser la compréhension classique de ce droit en recentrant sa définition sur le concept de proportionnalité⁴, concept qui est lui-même flou et peu défini par la doctrine⁵, comme nous le verrons. Selon Jacques Derrida, la place du mot dans le lexique est importante, car c'est elle qui le définit. En mettant l'accent sur la proportionnalité, les déclarations des États obscurcissent les autres critères de la légitime défense (telle la nécessité d'une agression, au sens juridique). En fait, les déclarations montreraient, dans cette acception, l'absence du droit de légitime défense plutôt que sa présence. En effet, la première partie de la formule, « Israël a le droit de recourir à la légitime défense », ne

² Condamnation de la thèse de la légitime défense pour l'intervention d'Israël de 1976 en Ouganda (Entebbe) en vue de sauver des Israéliens pris en otage (Doc. off. CS NU, 31^e année, 1939^e séance, Doc. NU S/PV.1939 (1976); Doc. off. CS NU, 31^e année, 1940^e séance, Doc. NU S/PV.1940 (1976); Doc. off. CS NU, 31^e année, 1941^e séance, Doc. NU S/PV.1941 (1976); Doc. off. CS NU, 31^e année, 1942^e séance, Doc. NU S/PV.1942 (1976); Doc. off. CS NU, 31^e année, 1943^e séance, Doc. NU S/PV.1943 (1976)); condamnation de l'invasion du Liban en 1982 suite à la tentative d'assassinat contre l'ambassadeur israélien à Londres (*Résolution 509 du 6 juin 1982*, Rés. CS NU, 37^e année (1982) 7); rejet du droit à la légitime défense d'Israël (voir William Vincent O'Brien, *Law and Morality in Israel's War with the PLO*, New York, Routledge, 1991 à la p. 137); condamnation du raid israélien de 1985 en Tunisie suite à l'assassinat de trois touristes israéliens à Chypre, (*Résolution 573 du 4 octobre 1985*, Rés. CS NU, 40^e année (1985) 24.); condamnation du raid israélien de 2003 en Syrie suite à un attentat suicide à Haïfa (Doc. off. CS NU, 58^e année, 4836^e séance, Doc. NU S/PV.4836 (2003)). Pour une analyse de ces cas et des déclarations étatiques y attachant, voir Andreas Laursen, *Changing International Law to Meet New Challenges. Interpretation, Modification and the Use of Force*, Copenhague, DJØF, 2006, c. 6, 8.

³ Jacques Derrida, *Marges de la philosophie*, Paris, Éditions de Minuit, 1972 aux pp. 1-30.

⁴ Voir par ex. Kimberley N. Trapp, « Back to Basics: Necessity, Proportionality, and the Right of Self-Defense against Non-State Terrorist Actors » (2007) 56 I.C.L.Q. 141 à la p. 142.

⁵ Voir notamment les remarques d'Oscar Schachter dans Oscar Schachter, « Implementing Limitations on the Use of Force: the Doctrine of Proportionality and Necessity » (1992) Am. Soc. Int'l L. Proceedings 39. Voir aussi David Rodin, *War and Self-Defense*, Oxford, Clarendon, 2004 à la p. 115 (« *international law has found it extremely difficult to provide a clear treatment of the proportionality requirement* »).

viendrait accentuer *que* ce qu'Israël *n'a pas* fait (Israël avait le droit de recourir à la légitime défense mais comme sa réaction était disproportionnée, il *n'a pas* recouru à la légitime défense, mais plutôt à des représailles). Le droit de légitime défense serait alors entièrement *contextualisé* (défini par rapport au *texte* dans lequel il survient), ce qui le priverait de sa définition normative classique (une réaction militaire à une agression qui est perpétrée sous le contrôle d'un État, etc.).

Jacques Derrida montre que l'application de techniques de renversement du raisonnement (l'inversion des hiérarchies⁶) peut tester la force des idées qui sont données comme toutes faites. Dans l'acception susnommée, l'utilisation de la déconstruction derridienne nous indique que ce qui est censé être fondateur – à savoir la légitime défense, dont la proportionnalité ne serait qu'un concept subsidiaire⁷ (si un État peut recourir à la légitime défense dans un cas concret, il faut encore que la réaction armée soit proportionnelle) – est en fait lui-même placé en position de subsidiarité par rapport à la proportionnalité : si une réaction armée est proportionnée, alors seulement faut-il se tourner vers les autres critères pour voir s'il s'agit de légitime défense (par exemple, y avait-il une agression, au sens juridique). Dans cette acception, si le critère de la proportionnalité n'est pas rempli, l'analyse s'arrête là.

Alors que la conséquence directe de la formule « l'État X a le droit légitime de se défendre, mais sa réaction est disproportionnée » – dans le cas concret où elle est utilisée – est la même que celle qui existerait s'il avait été fait référence aux représailles, cette formule pourrait, en tant qu'acte de langage, avoir un effet illocutoire⁸ décisif si les États venaient à la répéter. Elle pourrait valider une interprétation large du droit à la légitime défense. Le problème réside dans la proportionnalité invoquée. Nous croyons que ce concept de proportionnalité est sous-étudié. La question est la suivante : à quelle proportionnalité les États font-ils référence dans leurs déclarations? Au niveau théorique, nous pensons qu'il est nécessaire, d'une part, de distinguer la proportionnalité dans le *jus ad bellum* de la proportionnalité dans le *jus in bello*, et, d'autre part, d'insister sur une autre distinction, à savoir celle entre la proportionnalité *au sens strict* et la proportionnalité *au sens large*, qui inclut le critère de nécessité. Nous montrerons par ailleurs que ces deux distinctions ne se recoupent pas tout à fait. Nous verrons que s'il n'est fait référence dans les déclarations des États qu'à la proportionnalité au sens strict comme elle apparaît dans le *jus in bello* (ce que nous allons essayer de démontrer), c'est la *manière* avec laquelle il est fait usage de la force qui est critiquée comme non proportionnelle, et non *le fait même* de recourir à la force dans le cas en présence.

Notre analyse comportera donc deux parties. Dans un premier temps, nous séparerons les deux assertions pour montrer les dangers de l'invocation de la légitime

⁶ Jack M. Balkin, « Deconstructive Practice and Legal Theory » (1987) 96 Yale L.J. 746.

⁷ Voir Olivier Corten, *Le droit contre la guerre. L'interdiction du recours à la force en droit international contemporain*, Paris, A. Pedone, 2008 à la p. 706 (« En pratique, la nécessité ou la proportionnalité apparaissent comme des critères accessoires, voire subsidiaires »).

⁸ Voir John Langshaw Austin, *Quand dire, c'est faire*, Paris, Seuil, 1991. Voir aussi Éric David, « Le performatif dans l'énonciation et le fondement du droit international » dans Jean-Pierre Colin et Charles Chaumont, *Le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes. Méthodes d'analyse du droit international. Mélanges offerts à Charles Chaumont*, Paris, A. Pedone, 1984, à la p. 241.

défense dans le cas d'Israël en 2006. Dans un deuxième temps, nous nous pencherons sur le concept-clé de la deuxième partie de la phrase, à savoir la proportionnalité, pour voir s'il ne vient pas récuser la première partie de la phrase.

Dans une première partie, nous voulons jauger l'influence que pourrait avoir la réitération par les États de ces déclarations à la lumière de la théorie du droit : quels pourraient être les effets juridiques d'une telle rhétorique sur le droit à la légitime défense? Pour déterminer si une nouvelle interprétation du *jus ad bellum* codifié ou une modification du droit coutumier peut légalement voir le jour par le biais de déclarations étatiques, nous nous tournerons vers le droit des traités. Nous analyserons la corrélation entre la pratique des États et leur *opinio juris* par rapport aux critères de la légitime défense, chaque critère étant considéré individuellement. Ce faisant, nous examinerons le lien de la rhétorique des États avec le dire-droit, c'est-à-dire l'interaction entre le politique et le juridique. Au cas où des déclarations étatiques seraient susceptibles d'entraîner une nouvelle interprétation du droit codifié dans la *Charte des Nations unies (Charte)*⁹ sur l'usage de la force, voire une modification du droit coutumier, nous nous demanderons quels sont les critères de la légitime défense qui peuvent avoir été élargis dans le cas en présence par rapport à la pratique antécédente. Une interprétation large du *jus ad bellum* pourrait en effet se situer à plusieurs niveaux. Soit les termes choisis peuvent avoir été adoptés pour créer un flou quant à la frontière juridique entre les contre-mesures et la légitime défense, « le droit qu'a Israël de se défendre » (deux États n'y rajoutent pas l'adjectif « légitime ») faisant alors référence à une conception large des contre-mesures qui revire dangereusement vers l'ancienne théorie des « *forcible measures short of war* »; soit le concept juridique même de légitime défense peut, dans le cas en présence, avoir été étiré par l'élargissement de ses conditions. Ici, nous analyserons les différentes possibilités d'extension qui en découlent et leurs effets potentiels sur le système tout entier de la *Charte*, notamment sur le terme d'agression comme il apparaît à l'article 51 dudit texte. Plusieurs cas de figure sont possibles. D'une part, le critère interétatique de l'agression pourrait tout bonnement avoir été supprimé ou le seuil d'imputabilité d'un État pour des actes d'entités non-étatiques baissé, voire le droit d'intégrité territoriale de cet État rendu inopposable à un État victime à cause d'un manque de diligence. D'autre part, le seuil à partir duquel l'attaque peut être qualifiée d'agression pourrait avoir été atteint en y ajoutant d'autres attaques, ou il peut s'être carrément effondré.

Dans une deuxième partie, nous nous tournerons vers la seconde affirmation que les États ont greffé à l'évocation du « droit légitime qu'a Israël de se défendre » : « la réaction d'Israël est disproportionnée ». Nous nous demanderons si cette deuxième affirmation ne vient pas sérieusement limiter, voire totalement annuler, la portée de la première assertion. Pour répondre à cette question, il faudra analyser les tenants et aboutissants de la condition de proportionnalité de la légitime défense.

⁹ *Charte des Nations Unies*, 26 juin 1945, R.T. Can. 1945 n°7 (entrée en vigueur : 24 octobre 1945).

I. « Israël a le droit légitime de se défendre »

Au rassemblement du Conseil de sécurité du 14 juillet 2006¹⁰, la plupart des quinze membres du Conseil de sécurité ont accepté le droit de légitime défense d'Israël dans le cas en débat, notamment les États-Unis, la Grande-Bretagne, le Danemark, la Slovaquie, la Grèce, la France et l'Argentine. Le Pérou n'a pas employé le terme « légitime défense » comme tel, évoquant seulement « le droit d'Israël de veiller à sa propre sécurité »¹¹ (le 21 juillet il a parlé du « droit d'Israël [...] de se défendre »¹²), mais il a évoqué l'« agression » contre Israël, ce qui permet de déduire qu'il référerait à la légitime défense. Le Japon, lui non plus, n'a pas utilisé le terme « légitime défense ». Il a simplement reconnu « les légitimes préoccupations d'Israël en matière de sécurité »¹³, demandant cependant à Israël « de s'abstenir de recourir à une force *excessive* [Nos italiques] »¹⁴ et non pas de s'abstenir purement et simplement du recours à la force. Seuls la Chine et le Qatar ont qualifié les actions entreprises par Israël d'« agression armée »¹⁵ et d'« agression militaire »¹⁶, respectivement. Le 16 juillet 2006, le G8, rassemblé à Saint-Petersbourg, a émis une déclaration confirmant le droit de légitime défense d'Israël¹⁷. Le premier ministre australien John Howard a également déclaré que le Hezbollah avait forcé Israël à la légitime défense¹⁸. Même le secrétaire général des Nations unies, bien que critiquant le manque de proportionnalité, a affirmé le droit d'Israël d'avoir recours à la légitime défense en vertu de l'article 51 de la *Charte* dans ce cas précis¹⁹.

Les représentants des États ont été constants dans l'utilisation de ce terme tout au long du conflit libanais. Les assurances du « droit d'Israël à la légitime défense » ont notamment été réitérées au cours d'un débat ouvert au Conseil de sécurité le 21 juillet par la majorité des États présents²⁰. Outre les États-Unis, l'Union européenne²¹, le Canada, l'Australie, la Norvège, le Brésil, la Grèce, la Suisse, la Slovaquie, le Danemark, le Guatemala, la Turquie et même Djibouti ont fait des déclarations en ce sens. La Russie a parlé, de son côté, de « recours à la force disproportionné et inapproprié », mais a indiqué que si Israël « a[vait] légitimement le

¹⁰ Doc. off. CS NU, 61^e année, 5489^e séance, Doc. NU S/PV.5489 (2006).

¹¹ *Ibid.* à la p. 15.

¹² Doc. off., CS NU, 61^e année, 5493^e séance, Doc. NU S/PV.5493 (Resumption 1) (2006) à la p. 4.

¹³ *Supra* note 10 à la p. 12.

¹⁴ *Ibid.*

¹⁵ *Ibid.*

¹⁶ *Ibid.* à la p. 11.

¹⁷ « Middle East », *Sommet du G8 de Saint-Petersbourg* (15-17 juillet 2006), en ligne : G8 Summit 2006 Saint-Petersburg <<http://en.g8russia.ru/docs/21.html>>.

¹⁸ « Israel acting in self-defence, says Howard » *ABC News Online* (16 juillet 2006), en ligne : ABC News Online <<http://www.abc.net.au/news/newsitems/200607/s1687707.htm>>.

¹⁹ Kofi Annan, *Briefing to the Security Council on the situation in the Middle East*, Doc. off. Secrétariat général, Doc. NU SG/SM/10570, SC/8781 (2006) (« *I have already condemned Hizbollah's attacks on Israel, and acknowledged Israel's right to defend itself under Article 51 of the UN Charter. I do so again today* »).

²⁰ Doc. off., CS NU, 61^e année, 5493^e séance, Doc. NU S/PV.5493 (2006).

²¹ Doc. off. CS NU, 61^e année, 5484^e séance, Doc. NU S/PV.5484 (2006) (déclaration à laquelle ont également souscrit la Bulgarie, la Roumanie, la Croatie, l'ex-République yougoslave de Macédoine, l'Albanie, la Bosnie-Herzégovine, la Serbie, l'Islande, l'Ukraine et la République de Moldavie).

droit d'assurer sa sécurité [...] l'ampleur du recours à la force [...] dépass[ait] clairement le cadre d'une opération antiterroriste [Nos italiques] »²². *A contrario*, les États parlant d'« agression » de la part d'Israël incluaient la majorité des États arabes, l'Iran, l'Indonésie, le Pakistan et le Venezuela. Il nous paraît opportun de terminer cette énumération en mentionnant le début singulier de la déclaration du Qatar, datant du 21 juillet : « [b]ien que nous reconnaissons le droit de tous les États, y compris le Liban, à se défendre »²³. Par ce bout de phrase, le Qatar semble à la fois reconnaître un droit et vider, via un procédé d'ironie par rapport aux déclarations similaires des autres États, la déclaration elle-même de toute substance tant elle est généralisée et abstraite. Si l'on suit cette interprétation, le Qatar se situerait dans la lignée de l'Arabie Saoudite qui déplore que « le droit à la légitime défense, qui est consacré dans la *Charte des Nations unies*, [soit] invoqué à tort et à travers »²⁴. Preuve en serait l'évocation par le Qatar, peu après, du « prétendu droit d'Israël à la légitime défense [Nos italiques] »²⁵.

Si nous clôturons ce recensement par la déclaration du Qatar, c'est qu'elle soulève la question qui nous occupe, à savoir celle de la portée de ces déclarations. Selon Olivier Corten²⁶, il serait en général excessif de déduire d'une déclaration officielle de nature diplomatique, en vertu de laquelle un ou plusieurs États expriment leur « compréhension » sans pour cela approuver clairement l'intervention, une quelconque portée juridique. La Cour internationale de justice (CIJ) a notamment déclaré :

Les États intéressés doivent donc avoir le sentiment de se conformer à ce qui équivaut à une obligation juridique. Ni la fréquence, ni même le caractère habituel des actes ne suffisent. Il existe nombre d'actes internationaux, dans le domaine du protocole par exemple, qui sont accomplis presque invariablement mais sont motivés par de simples considérations de courtoisie, d'opportunité ou de tradition et non par le sentiment d'une obligation juridique.²⁷

Cependant, on doute qu'il s'agisse ici de simples déclarations « protocolaires ». Toujours est-il que l'acception doit être juridique, et non seulement politique ou morale. Ce ne doit pas être l'approbation d'un simple fait, mais l'acquiescement à la justification juridique invoquée.

²² *Supra* note 12 à la p. 2.

²³ *Supra* note 10 à la p. 11.

²⁴ *Supra* note 12 à la p. 21.

²⁵ *Supra* note 10 à la p. 11.

²⁶ Olivier Corten, « Breach and Evolution of Customary International Law on the Use of Force » dans Enzo Cannizzaro et Paolo Palchetti, dir., *Customary International Law on the Use of Force. A Methodological Approach*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2005.

²⁷ *Plateau continental de la mer du nord (République fédérale d'Allemagne c. Danemark; République fédérale d'Allemagne c. Pays-Bas)*, Arrêt du 20 février 1969, [1969] C.I.J. rec. 3 à la p. 43 [*Plateau continental de la mer du Nord*].

Qu'en est-il ici? Pour pouvoir analyser les déclarations des États dans le cadre du conflit de l'été 2006 avec rigueur et honnêteté intellectuelle, il faut les insérer dans un contexte politique marqué par une grande tension entre les États-Unis, accompagnés de leurs alliés de la « guerre contre le terrorisme », et le fameux « axe de la terreur » dont les figures de proue seraient l'Iran et la Syrie. En effet, le Hezbollah reçoit l'aide de ces deux États. La connexion idéologique du Hezbollah avec l'Iran est avérée²⁸. Examinons le lien du Hezbollah avec la Syrie. Le gouvernement en place au Liban est majoritairement formé de personnes issues du mouvement anti-syrien qui bénéficie du soutien de l'Occident, ce soutien découlant de la réconciliation des États-Unis avec la France après leurs divergences concernant la guerre en Irak. Le mouvement anti-syrien est cependant contesté par un important mouvement d'opposition, qualifié de mouvement du 14 mars (d'après la manifestation du 14 mars 2005, qui a égalé en ampleur la manifestation du 8 mars des anti-syriens) dans lequel le Hezbollah détient une place préminente. Ainsi, bien que le Hezbollah soit représenté au gouvernement – où il est entré du bout des pieds – il ne partage pas du tout les vues anti-syriennes des autres membres du gouvernement²⁹.

Le fait qu'Israël, les États-Unis, le Royaume-Uni et le Canada aient, dès le début de la crise, pointé l'Iran et la Syrie du doigt est très significatif. Israël a déclaré : « [c]e que nous voyons est le fait du Hamas et du Hezbollah. Mais ce ne sont là que les doigts des mains ensanglantées et les exécutants des dirigeants aux esprits pervers de l'axe de la terreur le plus ignoble du monde, la Syrie et l'Iran »³⁰. De leur côté, les États-Unis ont affirmé que « [c]et ennemi, c'est le terrorisme – non seulement celui des organisations comme le Hezbollah et le Hamas qui enlèvent des citoyens israéliens ou qui tirent des roquettes sur le territoire israélien, mais aussi

²⁸ Ahmad Nizar Hamzeh, *In the Path of Hizbullah*, New York, Syracuse University Press, 2004 à la p. 33 (Le Hezbollah souscrit à l'autorité du *wilayat al-faqih*, la « tutelle du Jurisprudent », autorité mise en place par Khomeiny. Cette doctrine stipule que l'autorité sociale, politique et religieuse de l'Imam caché est transférée au *faqih*. Comme le dit Nizar Hamzeh, « *seizing upon Khomeini's themes of obedience, Hizbullah leaders have always pledged loyalty to Khomeini's wilayat and to that of his successor, Ayatollah Ali Khamenei* ». La charte du Hezbollah stipule que « dans le cas d'un blocage entre les membres de la *Shoura* (le conseil « gouvernemental » du Hezbollah), la question est transférée au *wali al-faqih* » [*ibid.* à la p. 48]. Selon Hamzeh, la doctrine et sa pratique génèrent donc un leadership clérical qui a le dernier mot dans les décisions du parti [*ibid.* à la p. 78]). Voir aussi Joseph Elie Alagha, *The Shifts in Hizbullah's Ideology*, Leiden, Amsterdam University Press, 2006 à la p. 103 (Joseph Alagha note que la décision d'entamer le *Jihad* ressort du *faqih*, qui détermine si la situation tombe sous les conditions d'un *Jihad* « défensif ». C'est lui qui détermine également les « *rules of engagement* »). Voir aussi Mehdi Khalaji, « Iran's Shadow Government in Lebanon » (19 juillet 2006), en ligne : Washington Institute for Near East Policy <<http://www.washingtoninstitute.org/templateC05.php?CID=2489>> (Au niveau institutionnel, il est également intéressant de noter que la plupart des ministères iraniens disposent d'un bureau à Beyrouth. Ainsi, plusieurs chercheurs croient que l'Iran est derrière la prise d'otages des soldats israéliens [voir Rola el-Husseini, « Hizbollah: Iranian Surrogate or Independent Actor? » (2006) 6 MIT Electronic Journal of Middle East Studies 204 à la p. 206, en ligne : <<http://web.mit.edu/cis/www/mitejmes/>>]. Nous doutons cependant qu'une action qui n'était censée qu'avoir des conséquences mineures ait été directement décidée par l'Iran.).

²⁹ Les ministres du Hezbollah ont d'ailleurs démissionné le 11 novembre 2006 pour marquer leur désaccord avec le gouvernement en place, cela suite à l'échec de la Conférence de dialogue national.

³⁰ Doc. off. CS NU, 61^e année, 5488^e séance, Doc. NU S/PV.5488, (2006) à la p. 8.

celui de leurs garants à Téhéran et à Damas »³¹. Le Royaume-Uni a, quant à lui, dit, que « [l]e Hezbollah n'agit pas seul. Comme d'autres orateurs l'ont déclaré, derrière ce groupe, se trouvent la Syrie et l'Iran, qui le soutiennent et lui donnent des instructions »³². Enfin, pour le Canada, « [b]ien que le Gouvernement libanais se trouve face à un formidable défi, la Syrie et l'Iran, pays qui ont incité et aidé le Hezbollah par des moyens financiers et militaires, doivent rendre des comptes »³³. Les déclarations des États sur le « droit d'Israël à se défendre » doivent donc être remises dans ce contexte de positionnements et de pressions politiques. Le refus de consentir au recours à la force pourrait être considéré comme un signe de faiblesse dans la lutte pour l'influence prédominante au Moyen-Orient, voire comme un geste inamical envers les États-Unis « en guerre ».

Mais peut-on en rester à ce stade de l'analyse? Est-ce que, dès lors, ces déclarations n'auraient aucun effet juridique si elles venaient à se reproduire dans le cadre d'actions terroristes transfrontalières? Pour examiner ce qu'il en est, nous devons nous tourner vers le droit qui régleme le recours à la force. La CIJ a déclaré dans l'arrêt des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* qu'outre ce qui est prévu dans la *Charte*, le droit coutumier devait être pris en compte dans le domaine du recours à la force³⁴. Selon Monique Chemillier-Gendreau, la Cour, dans cette affaire, a fait un « [t]ravaill de preuve de l'existence de la coutume [qui lui a] permis une percée spectaculaire »³⁵. La question du droit coutumier est particulière en droit international, puisqu'elle accorde beaucoup d'importance à la pratique des sujets de droit dans ce régime. En effet, le droit international doit être assez flexible pour pouvoir s'adapter : « *International law has always been a legal system which largely lacked strict formal requirements regarding law-making* »³⁶. Le droit international est en quelque sorte une *law in action* en perpétuelle gestation, en dehors de formes préconçues. Ceci se reflète également au niveau du droit international conventionnel. Quand un traité a valeur « constitutionnelle » comme la *Charte* entre en ligne de compte, le rôle de la pratique subséquente des États est particulièrement proéminent³⁷.

Le droit des traités n'établit pas de hiérarchie *a priori* entre le traité et la coutume. Par contre, la *lex posterior* prime (la problématique de la *lex specialis* n'étant pas d'application dans notre cas). Bien que le traité soit souvent postérieur à la coutume, la *Charte* date de 1945 ; il est donc dans l'ordre du possible qu'une coutume

³¹ *Supra* note 20 à la p. 17.

³² *Supra* note 12 à la p. 6.

³³ *Ibid.* à la p. 42.

³⁴ *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, Arrêt du 27 juin 1986, [1986] C.I.J. rec. 14 aux pp. 94, 106 [*Activités militaires au Nicaragua*].

³⁵ Monique Chemillier-Gendreau, « Conclusions » dans Charalambos Apostolidis, dir., *Les arrêts de la Cour internationale de justice*, Dijon, Éditions universitaires de Dijon, 2005, 199 à la p. 202.

³⁶ Gennady M. Danilenko, *Law-Making in the International Community*, Dordrecht, Nijhoff, 1993, à la p. xiv.

³⁷ Voir *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, Avis consultatif du 8 juillet 1996, [1996] C.I.J. rec. 226 à la p. 238.

divergente ait vu le jour par la suite³⁸. On peut cependant se demander si, pour définir le contenu du droit coutumier, il ne faut pas combiner le droit coutumier avec les obligations de la *Charte*. L'interaction des deux sortes de règles devrait leur conférer une certaine cohésion. Pour Roberto Ago, il serait même difficile de croire qu'il y ait une quelconque différence de contenu entre la notion de légitime défense en droit international général et la même notion dans l'article 51 de la *Charte* : « *it is right to dismiss at the outset so unconvincing an idea as that two really divergent notions of self-defence, based respectively on general international law and on the United Nations system of law, could co-exist* »³⁹.

Cela veut-il dire pour autant que le droit coutumier en matière d'usage de la force correspond à l'article 51 tel qu'interprété par ses concepteurs? Pour répondre à cette question, nous allons analyser l'interprétation de l'article 51 à son origine. Cette disposition se lit comme suit : « 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 ». Dans les travaux préparatoires de la *Charte*, la question de l'attaque armée par des entités non étatiques ne semble pas avoir été soulevée. Cependant, on sait que les concepteurs de la *Charte* voyaient la légitime défense « *as the flip side of the article 2 (4) coin* »⁴⁰. Or l'article 2 (4) qui fait référence à une agression armée (*armed attack*) a dès l'origine été interprété dans un cadre interétatique⁴¹. Cette conception a été reprise dans la résolution 3314 de l'Assemblée générale⁴² qui définit l'agression comme « l'envoi de la force armée par un État » (art. 1) ou « en son nom » (art 3 (g)). La doctrine s'accorde pour dire que les concepteurs de la *Charte* n'avaient pas le terrorisme à l'esprit quand ils ont édicté les dispositions relatives à l'emploi de la force.

Est-ce que cela signifie que la *Charte* ne nous permet pas de traiter la problématique du terrorisme et ne peut s'adapter pour apporter des réponses neuves à de nouveaux défis? Les modifications formelles telles que mentionnées aux articles 108 et 109 de la *Charte* sont peu pratiques, surtout quand il en va de problématiques sensibles. Alors que la *Charte* a subi peu de changements formels, son interprétation a beaucoup évolué. Il y a donc lieu d'analyser la pratique des États et son rapport à l'*opinio juris*, pour déterminer tant l'interprétation actuelle de l'article 51 de la *Charte* (l'article 31 de la *Convention de Vienne sur le droit des traités* du 23 mai 1969 mentionne la pratique subséquente comme outil d'interprétation) que la teneur du droit coutumier. La complexité de la question réside dans la délimitation de la sphère

³⁸ Nancy Kontou, *The Termination and Revision of Treaties in the Light of New Customary International Law*, Oxford, Clarendon, 1994, X.

³⁹ Roberto Ago, « Addendum to the 8th Report on State Responsibility » dans *Yearbook of the International Law Commission*, vol. 2, New York, NU, 1980, 13 à la p.63 (Doc. NU A/CN.4/SER.A/1980/Add.1).

⁴⁰ Christian J. Tams, « Swimming with the Tide or Seeking to Stem it? Recent ICJ Rulings on the Law of Self-Defence » (2005) 18:2 R.Q.D.I. 275 à la p. 279.

⁴¹ *Ibid.*

⁴² *Définition de l'agression*, Rés. AG 3314(XXIX), Doc. off. AG NU, 29^e sess., Doc. NU A/RES/3314 (1974) 148 aux pp. 149-50.

juridique par rapport à la sphère politique. Trois écueils doivent être mis à jour⁴³. En premier lieu, les États qui utilisent la force vont souvent essayer de la légitimer en invoquant le droit existant, mais cette manœuvre ne peut être qu'un leurre. En effet, les États peuvent complètement en changer l'interprétation. En outre, en ce qui concerne la coutume, celle-ci peut devenir envahissante et hégémonique⁴⁴. Les États sont souvent enclins à en appeler au caractère coutumier d'une norme pour contourner les conditions strictes des règles conventionnelles. Enfin, comme le dit Robert Kolb, les États essaient souvent de rester assez vagues dans leurs explications pour garder une marge de nébulosité qui obstrue l'avancement de l'idée même de droit dans les relations internationales : « [l]a pratique n'est alors pas constitutive de l'obligation juridique, mais au contraire dérogoire des virtualités du droit »⁴⁵.

Le juriste doit prendre position dans ce débat. À un extrême, il y a les partisans du positivisme pur qui tiennent pour moralement neutre la définition du droit et font la séparation nette entre l'être et le devoir être (*Sein/Sollen*); à l'autre, les partisans de l'école de New Haven, ces tenants de la « *policy-oriented perspective* » anglo-saxonne⁴⁶ pour lesquels la pratique est vue comme un moyen d'adapter le droit aux objectifs politiques. Quelle attitude faut-il adopter? Examinons les tendances actuelles. Si l'on repart de la doctrine classique, « la coutume est le résultat de la conjonction d'une pratique effective et de l'acceptation par les États du caractère juridique – et donc obligatoire – des conduites constitutives d'une telle pratique (*opinio iuris sive necessitatis*) »⁴⁷. Cependant, la théorie moderne de la coutume se base de plus en plus sur une approche déductive, à partir de déclarations, contrairement à l'approche inductive de la théorie traditionnelle⁴⁸. Les déclarations des États prennent une importance grandissante, en ce qu'elles sont considérées articuler la légalité de l'action⁴⁹. Dans l'arrêt des *Activités militaires au Nicaragua*, par exemple, la Cour s'est beaucoup basée sur les déclarations de l'Assemblée générale des Nations unies. De plus, la CIJ estime qu'il ne faut pas « s'attendre à ce que l'application des règles en question soit parfaite dans la pratique étatique, en ce sens que les États s'abstiendraient, avec une entière constance, de recourir à la force ou à l'intervention »⁵⁰, mais qu'il est « suffisant, pour déduire l'existence de règles

⁴³ Nous empruntons ici l'analyse de Robert Kolb : Robert Kolb, *Réflexions de philosophie du droit international - Problèmes fondamentaux du droit international public : théorie et philosophie du droit international*, Bruxelles, Bruylant, 2003 à la p. 168.

⁴⁴ Voir Prosper Weil, « Cours général de droit international public – Le droit international en quête de son identité » (1992-1996), Rec. des cours de l'Académie de droit international de la Haye à la p. 160 et s.

⁴⁵ Kolb, *supra* note 43 à la p. 168.

⁴⁶ Voir par ex. W. Michael Reisman, « International Legal Responses to Terrorism » (1999) 22 Hous. J. Int'l L. 3 à la p. 5 et s.; Ruth Wedgwood, « Unilateral Action in the United Nations System » (2000) 11:2 E.J.I.L. 349.

⁴⁷ Jean Salmon, dir., *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2001 à la p. 284.

⁴⁸ Martti Koskeniemi, *From Apology to Utopia. The Structure of Legal Argument*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006. Pour l'approche traditionnelle, voir par ex. *Affaire du « Lotus » (France c. Turquie)* (1927), Arrêt du 7 septembre 1927, C.P.J.I. (sér. A) n°10.

⁴⁹ Anthony D'Amato, *The Concept of Custom in International Law*, Ithaca (Londres), Cornell University Press, 1971 aux pp. 89-90.

⁵⁰ *Activités militaires au Nicaragua*, *supra* note 34 à la p. 98.

coutumières, que les États y conforment leur conduite d'une manière générale »⁵¹. La théorie moderne permet à la coutume de se former rapidement, puisqu'elle se base surtout sur des déclarations. Dans l'arrêt *Plateau continental de la mer du Nord*, la CIJ a ainsi déclaré que « le fait qu'il ne se soit écoulé qu'un bref laps de temps ne constitue pas nécessairement en soi un empêchement à la formation d'une règle nouvelle de droit international coutumier »⁵².

La portée attribuée aux déclarations des États est d'autant plus grande que, fréquemment, celles-ci ne sont pas seulement considérées comme un reflet de l'*opinio juris* des États, mais également comme une forme de pratique en tant que telle. Si, pour le professeur Anthony D'Amato, « a claim is not an act [a]lthough [it] may articulate a legal norm, [it] cannot constitute the material component of custom »⁵³, pour la CIJ, la pratique subséquente ne doit pas être spécialement un acte matériel pour pouvoir aider à l'interprétation d'un texte⁵⁴. Christine Gray remarque également que « given the problems of any empirical investigation into "effectiveness", it is all the more important to look at international law on the use of force in terms of the language used by states »⁵⁵. La justification des États est donc très importante. « L'invocation par un État d'un droit nouveau ou d'une exception sans précédent au principe pourrait, si elle était partagée par d'autres États, tendre à modifier le droit international coutumier »⁵⁶. Suite à cette tendance, plusieurs auteurs dénoncent aujourd'hui ce qu'ils appellent une « coutume d'opinion », qui se focalise sur les déclarations étatiques, l'élément matériel de la pratique étant considéré trop étriqué⁵⁷.

Olivier Corten a une opinion médiane dans le débat. Selon lui, la prétention juridique d'un État ne peut donner lieu à l'établissement d'une nouvelle règle coutumière que si celle-ci invoque un droit nouveau, et non une règle classique⁵⁸. En effet, la Cour, dans l'arrêt des *Activités militaires au Nicaragua*, stipule que si la violation d'une règle est accompagnée d'une justification qui fait référence à la règle en question, « il en résulte une confirmation plutôt qu'un affaiblissement de la règle, et cela que l'attitude de cet État puisse ou non se justifier sur cette base »⁵⁹. Cependant, dans les faits, la qualification par les États de la riposte d'Israël de « légitime défense » nous paraît avoir un impact factuel qui pourrait étendre la règle de la légitime défense à une nouvelle signification d'autant plus dangereuse qu'elle équivaldrait, selon nous, si elle venait à se reproduire dans le cadre d'actions

⁵¹ *Ibid.*

⁵² *Plateau continental de la mer du nord*, *supra* note 27 à la p. 43.

⁵³ D'Amato, *supra* note 49 à la p. 88.

⁵⁴ Voir par ex. *Affaire colombo-péruvienne relative au droit d'asile (Colombie c. Pérou)*, Arrêt du 20 novembre 1950, [1950] C.I.J. rec. 266 à la p. 277, où la Cour a analysé les positions officielles des États pour dire qu'un usage constant et uniforme n'existait pas dans le cas en débat. Voir aussi Michel Byers, *Custom, Power and the Power of Rules. International Relations and Customary International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999 à la p. 135.

⁵⁵ Christine Gray, *International Law and the Use of Force*, Oxford, Oxford University Press, 2004 à la p. 26.

⁵⁶ *Activités militaires au Nicaragua*, *supra* note 34 à la p. 109.

⁵⁷ Voir Anthea E. Roberts, « Traditional and Modern Approaches to Customary International Law » (2001) 95 A.J.I.L. 757.

⁵⁸ Corten, *supra* note 26 à la p. 123.

⁵⁹ *Activités militaires au Nicaragua*, *supra* note 34 à la p. 98.

terroristes transfrontalières, à une tentative de modification du droit coutumier et non seulement à un changement d'interprétation du droit existant. Il est donc du devoir du juriste de souligner qu'en toute logique il faut différencier la pratique requise pour établir une norme coutumière de droit international, voire pour modifier une norme de droit conventionnel, de celle requise pour aider à l'interprétation d'une règle préétablie⁶⁰.

Il est maintenant nécessaire de se tourner vers les faits du conflit de l'été 2006. Le 12 juillet 2006, après une salve de roquettes de diversion, une petite unité de combattants du Hezbollah a franchi la ligne bleue, qui fait office de ligne de démarcation entre le Liban et Israël, et a attaqué un poste-frontière israélien. Ce faisant, ces combattants ont capturé deux soldats et en ont tué trois autres. En réaction à ces attaques, au moins un char et une petite section des forces israéliennes ont immédiatement pénétré au Liban pour récupérer les soldats capturés. Un explosif a détoné sous le char en territoire libanais, tuant quatre autres soldats israéliens. Un huitième soldat aurait été tué pendant les combats qui ont suivi, en essayant de récupérer les quatre corps. Peu après, Israël a effectué une quarantaine de raids aériens sur le sud du Liban, les justifiant par la nécessité d'empêcher le Hezbollah de transférer les prisonniers. Le Hezbollah a alors lancé plusieurs roquettes sur le territoire israélien dès l'après-midi du 12 juillet, tuant un civil et en blessant d'autres. Israël a instauré un blocus maritime et a bombardé l'aéroport de Beyrouth le 13 juillet. Les attaques aériennes lancées par Israël se sont ensuite étendues au territoire libanais dans son entier. Elles ont été suivies d'une attaque terrestre dans la zone sud à partir du 23 juillet, et ce jusqu'à la fin du conflit. La guerre a en tout duré trente-trois jours. En moyenne trois mille bombes israéliennes ont été lâchées sur le Liban chaque jour tandis que, pendant le conflit, le Hezbollah a tiré sur Israël environ quatre mille roquettes et petits missiles (dont une partie a été interceptée). La guerre a causé la mort de 1183 civils (dont 30 % d'enfants) et de 250 combattants de nationalité libanaise d'une part et, d'autre part, de 52 civils et 118 soldats de nationalité israélienne⁶¹. Il y a aussi eu plus d'un million de déplacés. Le coût des destructions d'infrastructures lors de la guerre israélienne de 2006 est l'équivalent de plus ou moins un cinquième des investissements de la reconstruction du Liban suite à la guerre civile.

Le fait à l'origine de la guerre est donc l'attaque par le Hezbollah de soldats israéliens en territoire israélien. Cette attaque est-elle d'ampleur suffisante pour être assimilable à une agression (la question du caractère étatique ou non de l'attaque sera examinée plus loin)? La CIJ, dans l'arrêt des *Activités militaires au Nicaragua*, fait une distinction entre l'agression armée et les simples incidents de frontière⁶². Plusieurs théoriciens critiquent cependant la distinction faite par la Cour dans cet arrêt, arguant que si certains incidents sont triviaux, d'autres peuvent être

⁶⁰ En ce sens, voir aussi *États-Unis c. France (Air Transport Services Arbitration)* (1963), 38 I.L.R. 182 à la p. 249 (Arbitration Tribunal).

⁶¹ *Rapport du secrétaire général sur l'application de la résolution 1701*, rapport du secrétaire général des Nations unies, Doc. NU S/2006/670 (2006).

⁶² *Activités militaires au Nicaragua*, *supra* note 34 à la p. 93.

extrêmement graves⁶³. Ils déplorent que la CIJ ne donne pas de critères précis pour faire cette distinction, référant seulement à l'ampleur de l'attaque et à ses effets, ainsi qu'aux circonstances et motivations⁶⁴. Or, dans l'affaire des *Plates-formes pétrolières*⁶⁵, la CIJ n'exclut pas que le minage d'un seul navire puisse suffire à justifier qu'il soit fait usage du « droit naturel de légitime défense »⁶⁶. En l'occurrence, l'USS Samuel B. Roberts avait été endommagé, mais il n'avait pas sombré, et aucune perte humaine n'était à dénombrer, ce qui, pour certains commentateurs, semble indiquer un seuil de gravité peu élevé de l'agression armée et mène à croire que la Cour considère la gravité de l'acte (le mouillage de mines lestées, avec une intention coupable) et non celle de ses résultats⁶⁷. Dans le cas de l'attaque du Hezbollah du 12 juillet 2006, une partie de la doctrine croit donc qu'il s'agissait bien d'une agression armée. Il en est ainsi de la pensée de Tom Ruys⁶⁸, qui justifie sa position au vu de la bonne organisation et du caractère prémédité de l'embuscade du Hezbollah. Un nombre grandissant d'auteurs n'hésitent plus à placer très bas le seuil nécessaire pour qu'une attaque soit qualifiée d'agression armée, ce qui va à l'encontre de l'interprétation classique. Or la jurisprudence a réitéré récemment, dans une sentence arbitrale du 19 décembre 2005 de la Cour permanente d'arbitrage⁶⁹, que les incidents frontaliers localisés opposant de petites unités d'infanterie ne constituaient pas une agression armée aux fins de la *Charte*. Si les sentences rendues par des tribunaux d'arbitrage ne sont pas des décisions judiciaires comme telles, on les inclut habituellement dans la jurisprudence internationale. À notre avis, il ne s'agissait pas du tout d'actes pouvant être qualifiés d'agression, mais de simples incidents de frontière⁷⁰.

Bien que nous ne soyons pas convaincus de l'opportunité de référer aux motivations de l'agresseur, comme le fait la Cour dans l'arrêt des *Activités militaires au Nicaragua*⁷¹, à cause du risque du « procès d'intention », nous pouvons avoir une idée de l'intention limitée du Hezbollah dans cette affaire en replaçant l'attaque dans le contexte des relations entre les deux parties. En janvier 2004, le Hezbollah a réussi

⁶³ Voir par ex. Yoram Dinstein, *War, Aggression and Self-Defense*, 4^e éd., Cambridge, Cambridge University Press, 2005 à la p. 195; voir aussi Gerald G. Fitzmaurice, « The Definition of Aggression » (1952) 1 I.C.L.Q. 139; Tarcisio Gazzini, *The Changing Rules on the Use of Force in International Law*, Manchester, Manchester University Press, 2005 à la p. 133 (où l'auteur prend comme argument la réaction des États dans la pratique).

⁶⁴ *Activités militaires au Nicaragua*, supra note 34 aux pp. 103-04, 119-20.

⁶⁵ *Plates-formes pétrolières (République islamique d'Iran c. États-Unis d'Amérique)*, Arrêt du 6 novembre 2003, [2003] C.I.J. rec. 161 [*Plates-formes pétrolières*].

⁶⁶ *Ibid.* aux pp. 195-96.

⁶⁷ Voir Pierre D'Argent, « Du commerce à l'emploi de la force : l'affaire des plates-formes pétrolières » (2003) 49 A.F.D.I. 266 aux pp. 278-79.

⁶⁸ Tom Ruys, « Crossing the Thin Blue Line: An Inquiry into Israel's Recourse to Self-Defence Against Hezbollah » (2007) 43 *Stan. J. Int'l L.* 265 à la p. 273.

⁶⁹ Commission des réclamations entre l'Éthiopie et l'Érythrée, sentence finale, *Partial Award - Jus ad bellum - Ethiopia's Claims 1-8* (2005), en ligne : <http://www.pca-cpa.org/showpage.asp?pag_id=1215> (Cour permanente d'arbitrage).

⁷⁰ Cette position est aussi soutenue par Richard Falk. Voir Richard Falk, « Lurching Towards Regional War in the Middle East » (2006), en ligne : Transnational Foundation for Peace and Future Research <http://www.transnational.org/SAJT/forum/meet/2006/Falk_RegionalWar.html>.

⁷¹ *Supra* note 34.

à faire libérer 423 prisonniers libanais des geôles israéliennes en échange d'un soldat israélien capturé et de la dépouille de trois autres. C'est dans la même optique que le Hezbollah a annoncé, après l'attaque du 12 juillet, que l'opération avait été menée en vue de pouvoir échanger les soldats israéliens avec un des leurs, Samir Kuntar, qu'Israël avait refusé de libérer en 2004⁷². En outre, le chef du Hezbollah, Hassan Nasrallah, a déclaré dans une entrevue le 27 août : « *if any of us had a one percent concern that Israel was going to reply in this savage manner we would not have captured those soldiers* »⁷³. Nous pouvons déduire de cela que l'attaque du Hezbollah était effectivement préméditée, mais que son but était très limité. Qualifier l'ampleur de cette attaque d'assimilable à celle d'une agression armée nous semble être une tentative d'abaisser dangereusement le seuil de l'agression armée.

Cependant, Israël a aussi évoqué un autre argument pour prétendre que le seuil était atteint, à savoir celui de « l'accumulation d'événements », théorie élaborée dans les années cinquante⁷⁴. L'attaque du Hezbollah s'inscrirait alors dans une série d'autres attaques ciblant Israël. Si chacune d'entre elles est insuffisante pour être qualifiée d'agression, le caractère répétitif, voire continu des attaques permettrait de parvenir au seuil requis. Israël l'a notamment invoqué pour justifier ses raids aériens contre la Syrie en novembre 1964, et contre le Liban en mai 1970 et en juin 1972⁷⁵. Le Conseil de sécurité a chaque fois rejeté cette théorie, déclarant notamment en 1972 que « *self-defense could not be invoked continually, but only for a single case of aggression at a time* »⁷⁶. Toutefois, dans l'arrêt des *Activités militaires au Nicaragua*, la CIJ semble avoir reconnu que, dans certains cas non spécifiés, des « incursions » – c'est-à-dire un usage mineur de la force – peuvent « soit ensemble, soit isolément » être assimilables à une agression armée⁷⁷. La CIJ a aussi indiqué dans l'affaire des *Plates-formes pétrolières* qu'une attaque « prise isolément ou dans le cadre de la 'série d'attaques' » peut constituer une agression⁷⁸. Enfin, en 2005, elle a évoqué cette approche dans l'affaire relative aux *Activités armées sur le territoire du Congo*, sans toutefois prendre position⁷⁹. La doctrine que le gouvernement israélien fait sienne

⁷² Patrick Goodenough, « Hizballah Wants Israel to Free Child-Killer » *CNS News.com* (18 juillet 2006), en ligne: [CNSnews.com <http://www.cnsnews.com>](http://www.cnsnews.com).

⁷³ Cité dans Augustus Richard Norton, *Hezbollah. A Short History*, Princeton, Princeton University Press, 2007 à la p. 154.

⁷⁴ Voir en particulier Derek Bowett, « Reprisals Involving Armed Force » (1972) 66 *A.J.I.L.* 1 aux pp. 6-7; Yehuda Z. Blum, « State Response to Acts of Terrorism » (1976) 19 *German Yearbook of International Law* 223 à la p. 232 et s.; Dinstein, *supra* note 63 à la p. 230.

⁷⁵ Israël a aussi invoqué l'accumulation d'événements en 2002 à l'occasion de l'opération « *Defensive Shield* » dans les Territoires occupés. Nous n'en parlerons pas, car elle relève du droit applicable en cas d'occupation militaire, catégorie qui justifierait une analyse à part.

⁷⁶ Voir Stanimir A. Alexandrov, *Self-Defense Against the Use of Force in International Law*, La Haye, Kluwer Law International, 1996 à la p. 176.

⁷⁷ *Activités militaires au Nicaragua*, *supra* note 34 à la p.120.

⁷⁸ *Plates-formes pétrolières*, *supra* note 65 à la p. 191.

⁷⁹ *Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda)*, Arrêt du 19 décembre 2005, [2005] C.I.J. rec. 1 à la p. 53 (« même si elles [ces attaques répétées] pouvaient être considérées comme présentant un caractère cumulatif »); *Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda)*, Opinion dissidente du juge Kooijmans, [2005] C.I.J. rec. 1 à la p. 7 (dans son opinion séparée, le juge Kooijmans déclara que selon lui, « *the series of attacks [...] can be said to have amounted to an armed attack.* »).

n'hésite alors pas à affirmer que « *under the needle-prick approach, such military action may be considered a legitimate response in anticipation of the next terrorist attack* »⁸⁰ (l'éditeur du livre n'est autre que Benjamin Netanyahu), affirmation par laquelle elle se rapproche d'une théorie de l'anticipation. C'est pourquoi beaucoup d'auteurs la critiquent, le caractère répété d'infractions correspondant selon eux difficilement à la raison d'être de la légitime défense⁸¹.

Même si cette théorie faisait partie du droit *de lege lata*, serait-elle applicable dans l'affaire qui nous concerne? Pour répondre à cette question, examinons les attaques transfrontalières précédentes. Le 26 mai 2006, deux officiels du Jihad islamique ont été tués par un attentat à la bombe dans la ville libanaise de Sidon. Bien qu'Israël soit le principal suspect, ceci n'a pu être prouvé. En réponse, huit missiles ont été tirés le 28 mai du Liban vers une position militaire israélienne, blessant un soldat. Israël a répliqué en attaquant un camp palestinien au Sud-Liban. Il semble évident que les attaques du 28 mai n'étaient pas l'œuvre du Hezbollah. Le Jihad islamique est en effet une organisation palestinienne, et c'est sur des camps palestiniens qu'Israël a lancé un raid aérien en réaction. Cette attaque ne peut donc pas entrer en compte dans l'application de la théorie d'accumulation d'événements. Le 1^{er} février 2006, des soldats israéliens ont tué un berger dans le territoire libanais. Le Hezbollah a riposté en bombardant des positions militaires dans le territoire des fermes de Cheba'a. Ceci est le seul fait d'armes extraterritorial du Hezbollah en 2006. Or il a été accompli en réplique à une attaque d'Israël, et surtout, il était concentré sur le territoire de Cheba'a. Selon la Force intérimaire des Nations unies au Liban (FINUL), les attaques du Hezbollah étaient limitées depuis plusieurs années, car les « règles du jeu » étaient respectées depuis les accords de cessez-le-feu d'avril 1996⁸². Ces « règles du jeu » sous-entendaient que les civils ne seraient pas attaqués et que les attaques seraient ciblées à des endroits militaires définis, en particulier les hauteurs du Golan autour des fermes de Cheba'a susmentionnées. Cheba'a est une zone stratégique pour sa richesse hydraulique et son altitude, située sur un territoire de vingt-cinq kilomètres carrés, coincée aux confins de la Syrie et du Liban, à la frontière du nord de la Palestine, et qui est occupée depuis 1967 par Israël. Ainsi, d'après August Norton, dans les six années précédant les événements de l'été 2006, un seul civil israélien a été tué par le Hezbollah et cela était dû à des roquettes anti-aériennes tirées sur des avions israéliens qui œuvraient en territoire libanais⁸³. Quant aux actions visant des militaires sur le territoire de Cheba'a, elles sont, selon le Hezbollah, permises par la résolution de l'Assemblée générale 46/51 (1991) qui distingue le terrorisme du droit des peuples de combattre l'occupation territoriale étrangère⁸⁴. Dans tous les cas, le Liban n'a pas condamné ces actions. Ce territoire

⁸⁰ Yehuda Z. Blum, « The legality of State Response to Acts of Terrorism » dans Benjamin Netanyahu, dir., *Terrorism: How the West Can Win*, New York, Farrar Straus & Giroux, 1986, 133 à la p. 136.

⁸¹ Jean-Christophe Martin, *Les règles internationales relatives à la lutte contre le terrorisme*, Bruxelles, Bruylant, 2006 à la p. 542.

⁸² *Reports of the Secretary General on the United Nations Interim Force in Lebanon* (21 janvier 2006-18 juillet 2006), en ligne : UNIFIL <<http://www.un.org/Depts/dpko/missions/unifil/unifilDrp.htm>>.

⁸³ August Richard Norton, « The Peacekeeping Challenge in Lebanon » (2006) 6 MIT Electronic Journal of Middle East Studies 76 à la p. 76, en ligne : <<http://web.mit.edu/cis/www/mitejmes/>>.

⁸⁴ *Lettre datée du 31 janvier 2002 adressée au Secrétaire général par le Représentant permanent du*

tombe donc sous le coup de la résolution 242 du Conseil de sécurité. Le Hezbollah a toujours déclaré que la guerre de libération du territoire libanais ne serait pas achevée tant que les fermes de Cheba'a ne seraient pas débarrassées de toute occupation militaire israélienne. Dans son « Plan en sept points » présenté à la conférence de Rome du 26 juillet, le gouvernement libanais a de nouveau réclamé la souveraineté sur ce territoire⁸⁵. Au vu de tous ces éléments, il semble donc que la théorie d'accumulation d'événements, quand bien même son principe serait accepté, ne puisse trouver une application ici.

Si le seuil nécessaire à la qualification d'agression n'est pas atteint, « le droit qu'a Israël de se défendre » (comme nous l'avons déjà dit, un petit nombre de pays n'y rajoute pas l'adjectif légitime⁸⁶) pourrait faire référence à une conception élargie des contre-mesures qui revire dangereusement vers l'ancienne théorie des « *forcible measures short of war* »⁸⁷. Les termes auraient alors pu être adoptés pour créer un flou quant à la frontière juridique entre les contre-mesures et la légitime défense. Les contre-mesures⁸⁸ sont des mesures intrinsèquement illicites, mais dont l'illicéité est exclue en ce qu'elles surviennent en réaction au fait illicite d'un autre État. Elles ne peuvent être mises en œuvre que pour amener l'État responsable à s'acquitter de ses obligations. La Cour a soulevé la question de savoir si les États avaient le droit de faire usage de la force en réaction à une action qui impliquait l'usage de la force sans cependant être assimilable à une agression armée⁸⁹. Elle est arrivée à la conclusion selon laquelle les contre-mesures collectives impliquant la force armée sont interdites. Cependant, de l'avis de plusieurs auteurs, elle n'a pas répondu clairement en ce qui concerne les contre-mesures individuelles :

[L]’agression armée ouvrirait un droit à la légitime défense collective, mais un recours à la force d’une moindre gravité ne saurait [...] autoriser des contre-mesures *collectives* impliquant l’emploi de la force. Les faits reprochés au Nicaragua [...] n’auraient pu justifier des contre-mesures proportionnées que de la part de l’État qui en aurait été victime [Nos italiques].⁹⁰

Liban auprès de l'Organisation des Nations Unies, Doc. off. AG NU, 56^e sess., Doc. NU S/2002/135 (2002); *Lettre datée du 17 septembre 2002, adressée au Secrétaire général par le Chargé d'affaires par intérim de la Mission permanente du Liban auprès de l'Organisation des Nations Unies*, Doc. off. AG NU, 57^e sess., Doc. NU S/2002/1038 (2002); *Lettre datée du 4 février 2003, adressée au Secrétaire général par le Chargé d'affaires par intérim de la Mission permanente du Liban auprès de l'Organisation des Nations Unies*, Doc. off. AG NU, 57^e sess., Doc. NU S/2003/148 (2003).

⁸⁵ Le « Plan en sept points » peut être consulté en ligne : <http://www.voltairenet.org/article142811.html>.

⁸⁶ Voir les déclarations du Pérou, *supra* note 10. Voir également les déclarations de la France, *supra* note 10 à la p. 18.

⁸⁷ Sur ce concept d'avant la *Charte*, voir Lassa Oppenheim, *International Law : A Treatise. Volume 2 : Disputes, War and Neutrality*, 7^e éd., Londres, Longmans, Green and Co., 1952; Dinstein, *supra* note 63 à la p. 221 et s. (Yoram Dinstein, par exemple, réactualise cette théorie en parlant de « *defensive armed reprisals* »).

⁸⁸ *Responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite*, Rés. AG 162(LVI), Doc. off. AG NU, 56^e sess., Doc. NU A/RES/56/83 (2002) 1 à la p. 6.

⁸⁹ *Activités militaires au Nicaragua*, *supra* note 34 à la p. 110.

⁹⁰ *Ibid.* à la p. 127.

Selon le juge Simma, partisan des contre-mesures armées :

in the view of the context of the [1986] Court's [...] dictum, by such proportionate counter-measures the Court cannot have understood mere pacific reprisals [...]. Rather, in the circumstances of the Nicaragua case, the Court can only have meant what I have just referred to as defensive military action "short of" full-scale self-defence.⁹¹

Ceci revient à réactualiser la théorie des « *forcible measures short of war* », prônée avant l'existence de la *Charte*, notamment dans l'affaire *Naulilaa*⁹², et qui a été abandonnée avec celle-ci de par son imprécision et sa dangerosité.

Jean-Christophe Martin est de ceux qui considèrent que « l'incursion limitée de forces de police, pour capturer un terroriste que l'État sur le territoire duquel il évolue refuse de poursuivre ou d'extrader en contradiction d'une obligation internationale, conventionnelle par exemple, peut être une contre-mesure proportionnée »⁹³. Israël avait donc, selon cette conception des contre-mesures, « le droit de se défendre » et d'essayer de libérer les deux soldats capturés immédiatement après l'attaque. Il pouvait même légitimer son attaque de certaines infrastructures employées par l'unité du Hezbollah pour fuir à ce moment-là. Le 12 juillet, l'armée israélienne a d'ailleurs annoncé qu'elle avait bombardé des routes et des ponts près de l'attaque, pour « empêcher le Hezbollah de transférer les soldats capturés »⁹⁴. Les tenants de cette vision élargie des contre-mesures la justifient en interprétant de façon restrictive l'article 2 (4) de la *Charte*. En effet, le *Projet d'articles de la Commission du droit international sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite*, qui est une tentative de codification du droit coutumier, déclare dans son article 50 (a) ce qui suit : « [I]es contre-mesures ne peuvent porter aucune atteinte [à] l'obligation de ne pas recourir à la menace ou à l'emploi de la force *telle qu'elle est énoncée dans la Charte des Nations unies* [Nos italiques] »⁹⁵. Ils voient dans la dernière partie de cette phrase une condition restrictive à l'interdiction générale de l'usage de la force. Ainsi, ils appliquent le même mode d'interprétation à la dernière partie de l'article 2 (4) de la *Charte*⁹⁶ : ils interprètent l'article comme restreignant l'interdiction du recours à la force aux seuls actes ayant pour finalité de remettre en cause l'intégrité du territoire d'un État ou son indépendance politique (ce qui, selon eux, signifie une annexion ou une occupation), ou qui sont contraires aux buts des Nations unies. Si l'intégrité territoriale est affectée par le recours à la force contre des terroristes, ceci n'est pas le but de l'intervention extraterritoriale, qui ne vise pas l'État lui-même dans sa structure. De plus, selon le professeur Travalio, le recours à la force contre des terroristes n'est pas contraire aux buts des Nations unies⁹⁷. Les

⁹¹ *Plates-formes pétrolières (République islamique d'Iran c. États-Unis d'Amérique)*, Opinion individuelle du juge Simma, [2003] C.I.J. rec. 161 à la p. 331.

⁹² *Portugal c. Allemagne* (1928), 2 R.S.A. 1011 (Arbitres : Aloïs de Meuron, Robert Guex, Robert Fazy). Pour un commentaire, voir Judith Gardam, *Necessity, Proportionality and the Use of Force by States*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004 à la p. 46 et s.

condamnations répétées par la communauté internationale des opérations militaires extraterritoriales d'Israël⁹⁸, notamment en matière de terrorisme, nous incitent à penser qu'avant la guerre de 2006, cette théorie n'était pas le reflet du droit international positif. Cela aurait-il changé?

Quoi qu'il en soit, les contre-mesures doivent être proportionnées. La proportionnalité des effets des contre-mesures n'est pas appréciée par rapport à la gravité du fait illicite en cause, mais par rapport aux dommages subis⁹⁹. La Commission de droit international a reconnu leur caractère temporaire¹⁰⁰ ou réversible en affirmant que « les contre-mesures doivent, autant que possible, être prises d'une manière qui permette la reprise de l'exécution des obligations en question »¹⁰¹. L'extension de l'usage de la force après l'échec de la tentative de sauvetage des soldats israéliens capturés était donc de toute façon disproportionnée au titre des contre-mesures.

Ayant analysé l'agression *ratione materiae*, il nous faut maintenant nous tourner vers son champ *ratione personae*. Comme nous l'avons dit plus haut¹⁰², dans l'interprétation classique, l'agression doit être le fait d'une entité étatique ou être perpétrée « en son nom ». Nous devons donc tout d'abord nous demander si le fait que le Hezbollah disposait de quatorze sièges parlementaires sur cent vingt-huit et de deux sièges ministériels (le ministère de l'Eau et de l'Énergie et le ministère du Travail) faisait de toute la milice un agent de l'État libanais. Les commentateurs sont d'accord pour dire que ce n'est pas le cas, car le Hezbollah n'était qu'un partenaire minoritaire au gouvernement¹⁰³ et jouissait d'une grande indépendance de fait¹⁰⁴. De plus, bien que la milice du Hezbollah ne soit pas un agent de l'État, la CIJ a déclaré, dans son arrêt des *Activités militaires au Nicaragua*, que pour que les actes d'un groupe armé soient imputables à l'État, ils devaient être commis sous « le contrôle effectif » de l'État¹⁰⁵. Toutes les formes de soutien à des groupes armés privés ne

⁹³ Martin, *supra* note 81 à la p. 493.

⁹⁴ *Supra* note 10 à la p. 3.

⁹⁵ *Supra* note 88 à la p. 12.

⁹⁶ *Supra* note 9, art. 2.4 (« 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 État, soit de tout autre manière incompatible avec les buts des Nations unies » [Nos italiques]).

⁹⁷ Gregory M. Travalio, « Terrorism, International Law and the Use of Military Force » (2000) 18 Wis. Int'l L. J. 145 à la p. 166.

⁹⁸ Voir *supra* note 2.

⁹⁹ Martin, *supra* note 81 à la p. 494 (il en va différemment pour la proportionnalité dans le cadre de la légitime défense, que nous analyserons en détail dans la deuxième partie de notre travail).

¹⁰⁰ *Supra* note 88 à la p. 11.

¹⁰¹ *Ibid.*

¹⁰² Voir ci-dessus à la p. 50.

¹⁰³ Voir *supra* note 29 et texte correspondant.

¹⁰⁴ Voir Ruys, *supra* note 68 à la p. 277; Enzo Cannizzaro, « Entités non-étatiques et régime international de l'emploi de la force : Une étude sur le cas de la réaction israélienne au Liban » (2007) 111:2 R.G.D.I.P. 333 à la p. 340.

¹⁰⁵ *Activités militaires au Nicaragua*, *supra* note 34 à la p. 65.

constituent donc pas systématiquement un recours à la force. Ainsi, « le simple envoi de fonds aux *Contras* [...] ne représente pas en lui-même un emploi de la force »¹⁰⁶.

La Cour ajoute que

[t]outes les modalités de participation des États-Unis qui viennent d'être mentionnées, et même le contrôle général exercé par eux sur une force extrêmement dépendante à leur égard, ne signifieraient pas par eux-mêmes, sans preuve complémentaire, que les États-Unis aient ordonné ou imposé la perpétration des actes [...]. Ces actes auraient fort bien pu être commis par des membres de la force *contra* en dehors du contrôle des États-Unis.¹⁰⁷

La résurgence du terrorisme au premier plan a cependant ébranlé bien des certitudes. En prise grandissante avec le terrorisme, les États essaient de faire baisser ce seuil d'imputabilité pour pouvoir recourir à la légitime défense. Dans son arrêt *Tadic*¹⁰⁸, le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie a accepté de diminuer le seuil à celui d'un « contrôle d'ensemble » ou « global »¹⁰⁹. La sémantique de George W. Bush, qui assimile aux terroristes ceux qui les abritent (« *those who harbour them* ») a mis encore plus de pression sur le seuil d'imputabilité des actes terroristes aux États. Certains auteurs n'ont pas hésité à voir, dans le support de la majorité des États à la réaction militaire des États-Unis contre les talibans après le 11 septembre 2001, la reconnaissance juridique d'un affaiblissement du critère de contrôle de l'État sur les organisations terroristes qui ont leurs bases sur le territoire de cet État. D'aucuns affirment que le critère du « contrôle global » était rempli¹¹⁰. Nous ne sommes pas de cet avis. Quand bien même ce critère aurait été accepté (nous verrons que la CIJ l'a rejeté), il aurait fallu, pour que les conditions énoncées dans l'arrêt *Tadic* soient remplies, que l'État ait un rôle « *in organizing, coordinating or planning the military actions of the military group, in addition to financing, training and equipping or providing operational support to that group* »¹¹¹. Or nulle part n'y a-t-il de preuves ou d'indices d'un rôle qu'auraient joué les talibans dans l'organisation des actes du 11 septembre 2001. D'après un rapport de la Commission du 11 septembre 2001, le chef des talibans, le mollah Omar, s'opposait d'ailleurs à attaquer les États-Unis pour des raisons idéologiques et à cause de la pression du gouvernement pakistanais pour qu'il s'abstienne d'effectuer des attaques en dehors de

¹⁰⁶ *Ibid.* à la p. 119.

¹⁰⁷ *Ibid.* aux pp. 64-65.

¹⁰⁸ *Le Procureur c. Dusko Tadic*, IT-94-I-A (15 juillet 1999) (Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, Chambre d'appel) [*Tadic*].

¹⁰⁹ *Ibid.* au para. 131.

¹¹⁰ Angus Martyn, *The Right of Self-Defense under International Law: The Response to the Terrorist Attacks of 11 September*, Parliament of Australia Parliamentary Library, *Current Issues Brief* n° 8/2001-2002 (12 février 2002), en ligne : Parliament of Australia <<http://www.aph.gov.au/library/pubs/CIB/2001-02/02cib08.htm>>.

¹¹¹ *Tadic*, *supra* note 108 au para. 137.

l'Afghanistan¹¹². La responsabilité légale découlant d'un contrôle effectif, voire global, n'a d'ailleurs jamais été affirmée par les États-Unis ou ses alliés au moment de sa réaction militaire. Les États-Unis ont simplement justifié leur réaction en disant que le 11 septembre 2001 « découle de la décision du régime des talibans de permettre que les parties de l'Afghanistan placées sous son contrôle servent de base d'opérations »¹¹³. Les résolutions du Conseil de sécurité subséquentes ne font que condamner les talibans « pour avoir permis que l'Afghanistan soit utilisé comme base d'exportation du terrorisme par le réseau Al-Qaida et autres groupes terroristes et pour avoir accordé l'asile à Oussama Ben Laden, Al-Qaida et autres éléments associés »¹¹⁴. D'autres formulations énoncent que les talibans protégeaient Al-Qaida¹¹⁵ ou qu'ils étaient des « alliés de la terreur »¹¹⁶. Certains auteurs en déduisent donc que le cas de la réaction contre l'Afghanistan montre que même le critère d'attribution de « contrôle global » (*a fortiori* de « contrôle effectif ») a été laissé de côté pour un critère qui englobe toute aide et hébergement étatique des terroristes¹¹⁷. Cependant, tant la Commission de droit international¹¹⁸ que la CIJ¹¹⁹ sont restées fermement attachées au critère du « contrôle effectif ».

En fait, nous croyons que les notions d'imputabilité et de responsabilité de bonne diligence sont de plus en plus souvent délibérément mélangées par les États invoquant leur droit de légitime défense pour utiliser la force. Nous allons essayer de le montrer dans l'exemple du conflit au Liban. Le jour même de l'attaque du

¹¹² É.-U., National Commission on Terrorist Attacks Upon the United States, *Outline of the 9/11 Plot, Staff Statement No. 16*, (16 juin 2004) à la p. 19, en ligne : National Commission on Terrorist Attacks Upon the United States <http://govinfo.library.unt.edu/911/staff_statements/index.htm>.

¹¹³ Lettre datée du 7 octobre 2001, adressée au Président du Conseil de sécurité par le Représentant permanent des États-Unis d'Amérique auprès de l'Organisation des Nations Unies, Doc. off. CS NU, Doc. NU S/2001/946 (2001).

¹¹⁴ Résolution 1378 (2001) adoptée par le Conseil de sécurité sur la situation en Afghanistan, Rés. CS, Doc. Off. CS NU, 56e année, Doc. NU S/RES/1378 (2001), à la p. 1.

¹¹⁵ Lord Robertson, OTAN, *Statement by NATO Secretary General, Lord Robertson* (2 octobre 2001), en ligne : NATO On-line library <<http://www.nato.int/docu/speech/2001/s011002a.htm>> : « We know that the individuals who carried out these attacks were part of the world-wide terrorist network of Al-Qaida, headed by Osama bin Laden and his key lieutenants and protected by the Taleban. On the basis of this briefing, it has now been determined that the attack against the United States on 11 September was directed from abroad and shall therefore be regarded as an action covered by Article 5 of the Washington Treaty, which states that an armed attack on one or more of the Allies in Europe or North America shall be considered an attack against them all ». Voir aussi Helen Duffy, *The « War on Terror » and the Framework of International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005 à la p. 52.

¹¹⁶ The White House, « National Security Strategy of the United States of America » (2002) 41 I.L.M. 1478.

¹¹⁷ Carsten Stahn, « “Nicaragua is dead, long live Nicaragua” – the Right to Self-Defence Under Art. 51 UN-Charter and International Terrorism » dans Christian Walter *et al.*, dir., *Terrorism as a Challenge for National and International Law: Security versus Liberty?*, Berlin, Springer, 2004, 827 à la p. 863 et s.

¹¹⁸ La Commission du droit international a rejeté ce critère de « contrôle global » pour revenir au critère du « contrôle effectif » : Commission du droit international, *Rapport de la Commission du droit international*, Doc. off. CDI, 53^e sess., art. 8 (5); voir aussi Corten, *supra* note 7 à la p. 683.

¹¹⁹ Notamment dans son arrêt rendu dans l'*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, [2007] C.I.J. rec 1 à la p. 143.

Hezbollah, le 12 juillet, la ministre des Affaires étrangères israélienne Tzipi Livni a indiqué qu'elle considérait que le Liban portait la responsabilité des attaques¹²⁰. Le même jour, le premier ministre israélien Ehoud Olmert a déclaré : « [L]e gouvernement libanais, dont le Hezbollah est partie prenante, s'efforce de miner la stabilité régionale. Le Liban est responsable et il paiera les conséquences de ses actions »¹²¹. Cette phrase est d'une grande ambiguïté. En effet, quelles sont les actions auxquelles il est fait référence? Les attaques (le pronom possessif renvoie-t-il directement au Liban ou au Hezbollah?) ou l'(in)action du Liban contre les terroristes? Dans son arrêt des *Activités militaires au Nicaragua*, la CIJ a effectivement déduit de la *Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre États* (Résolution 2625 de l'Assemblée générale) que « [c]haque État a le devoir de s'abstenir [...] de tolérer sur son territoire des activités organisées en vue de perpétrer de tels actes [de terrorisme] »¹²², à défaut de quoi l'obligation de bonne diligence (*due diligence*) est violée. L'État peut être tenu responsable de l'ensemble de ses carences malgré son manque de moyens, mais la gravité de son fait illicite est moindre dans ce dernier cas. Ainsi, dans son arrêt de 1980 relatif aux otages américains à Téhéran, la CIJ a tenu compte de ce que « la carence du Gouvernement de l'Iran était due à plus qu'une simple négligence ou un simple manque de moyens »¹²³, faisant donc une distinction entre différentes formes de carence. Dans le conflit qui nous occupe, le Liban est sans doute coupable d'une inaction contre les activités terroristes sur son territoire, mais cette responsabilité est d'un tout autre ordre que l'imputabilité de ces activités à l'État libanais. Le Liban est également coupable de ne pas avoir su faire appliquer la résolution 1559 du Conseil de sécurité. Cependant, c'est le Conseil de sécurité qui réclamait entre autres le désarmement de toutes les milices, et lui seul est habilité à prendre des mesures (quitte à en déléguer l'application à un État). Quand Tzipi Livni change d'argumentation en déclarant que l'offensive israélienne avait pour but de faire appliquer la résolution 1559¹²⁴, elle octroie à Israël des pouvoirs qui ne sont pas les siens.

Toutefois, pour Cannizzaro, la question n'est pas celle du droit d'Israël d'user unilatéralement de la force pour faire respecter la résolution 1559, mais celle de l'exercice par le Liban de son droit d'intégrité territoriale alors qu'il n'a pas su reprendre en main le contrôle de tout son territoire¹²⁵. Plus généralement cependant,

¹²⁰ Israël, Ministry of Foreign Affairs, *Statement by FM Livni on Hizbullah attack from Lebanon*, (12 juillet 2006), en ligne: Israel Ministry of Foreign Affairs <<http://www.mfa.gov.il/MFA/About+the+Ministry/MFA+Spokesman/2006/Statement+by+FM+Livni+on+Hizbullah+attack+from+Lebanon+12-Jul-2006.htm>>.

¹²¹ Mouna Naïm et Benjamin Barthe, « Après Gaza, le Liban : Israël en guerre sur deux fronts » *Le Monde*, 19118 (14 juillet 2006), à la p. 3.

¹²² *Activités militaires au Nicaragua*, *supra* note 34 à la p. 101.

¹²³ *Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran (États-Unis d'Amérique c. Iran)*, Arrêt du 24 mars 1980, [1980] C.I.J. rec. 3 à la p. 31.

¹²⁴ Tel que cité dans Joseph Samaha, « *Fransa fi' aradi' ada' iyya* » [La France en territoires hostiles], *Al-Akhbar* [Beyrouth] (16 août 2006).

¹²⁵ Enzo Cannizzaro, « Contextualisation de la proportionnalité : *jus ad bellum* et *jus in bello* dans la guerre du Liban » (2006) 88 R.I.C.R. 275 à la p. 351, en ligne : <[http://www.icrc.org/Web/fre/sitefre0.nsf/htmlall/review-864-p779/\\$File/irrc_864_Cannizzaro.pdf](http://www.icrc.org/Web/fre/sitefre0.nsf/htmlall/review-864-p779/$File/irrc_864_Cannizzaro.pdf)>.

certains invoquent le manquement d'un État à ses obligations de diligence – dont l'obligation de ne pas offrir de sanctuaire aux terroristes – pour justifier une violation limitée de sa souveraineté¹²⁶. Cela nous paraît disproportionné. En effet, rien que pour les attentats du 11 septembre 2001, des cellules terroristes dans soixante pays différents ont été impliquées¹²⁷. Cela voudrait-il dire que l'emploi de la force, même limité, serait justifiable dans ces soixante pays? Plusieurs fois, Israël a fait référence au concept de « responsabilité » dans son sens large pour justifier des frappes militaires. L'exemple le plus parlant est peut-être celui des frappes des quartiers généraux de l'Organisation de libération de la Palestine (OLP) à Tunis en 1985 en réaction à l'assassinat de trois touristes israéliens à Chypre. Le représentant d'Israël au Conseil de sécurité avait alors déclaré :

*As for the assertion that it was an unprovoked attack on a country not actively at war with Israel, every state has a responsibility to prevent armed attacks from its territory, especially terrorist attacks against civilians [...] Lebanon claimed that it was too weak to do anything about them. But Tunisia knew, and it was strong enough to stop them. It knowingly harboured the PLO and allowed it complete freedom of action in planning, training, organizing and launching murderous attacks from its soil.*¹²⁸

Malgré cela, le Conseil de sécurité, par la résolution 573, « condamne énergiquement l'acte d'agression armée » d'Israël. En fait, il n'y a aucun cas où une majorité d'États a supporté explicitement l'invocation de la légitime défense contre un État incapable de prévenir des attaques d'entités non-étatiques avant celui de l'été 2006¹²⁹. Même l'acquiescement à la réaction américaine contre les talibans après les événements du 11 septembre 2001 ne peut entrer en ligne de compte. En effet, alors que l'inimitié de la majorité gouvernementale libanaise envers le Hezbollah est flagrante¹³⁰, les talibans supportaient Al-Qaida. Dans un rapport du Conseil de sécurité datant de mai 2001, donc avant le 11 septembre, il avait par exemple été prouvé qu'en Afghanistan, « [a] large proportion of foreign “terrorists” fight on the side of the Taliban » et que certains terroristes « receive some part of their training in “regular” Taliban military facilities »¹³¹. Ceci était donc bien connu au moment des

¹²⁶ Jutta Brunnée et Stephen J. Toope, « The Use of Force: International Law after Irak » (2004) 53 I.C.L.Q. 785 à la p. 795.

¹²⁷ Antonio Cassese, « Terrorism is Also Disrupting Some Crucial Legal Categories of International Law » (2001) 12:5 E.J.I.L. 993 à la p. 996.

¹²⁸ Doc. off. CS NU, 40^e année, 261^e séance, doc. NU S/PV. 2611 (1985), n° 65, à la p. 6.

¹²⁹ En ce sens, voir aussi Ruys, *supra* note 68 à la p. 287.

¹³⁰ Les manifestations anti-Syriens (majorité gouvernementale) du 8 mars 2005 et celle des pro-Syriens (dont le Hezbollah est le plus représentant le plus important) du 14 mars 2005 en réponse aux premiers ont fortement souligné cette inimitié aux yeux du reste du monde.

¹³¹ *Report of the Committee appointed pursuant to Security Council resolution 1333 (2000), paragraph 15 (a) regarding monitoring of the arms embargo against the Taliban and the closure of terrorist training camps in the Taliban-held areas of Afghanistan*, Doc. off. CS NU, 56^e année, Doc. NU S/2001/511 (2001) 3 aux pp. 9-10 (Andreas Laursen affirme que le rapport ne permet pas de déterminer si les talibans entraînaient des terroristes d'Al-Qaida ou s'ils leur permettaient simplement d'utiliser leurs installations).

événements du 11 septembre 2001. Le fait que nous évoquions la force de ce lien ne signifie pas que nous considérons le recours au concept de légitime défense par les États-Unis et ses alliés pour attaquer l'Afghanistan après le 11 septembre comme étant justifié. Selon nous, le gouvernement taliban n'avait pas un contrôle global (*a fortiori* effectif) sur les actes d'Al-Qaida, nous l'avons mentionné. Nous voulons simplement montrer que le critère nécessaire pour justifier l'attaque du Liban en termes de légitime défense est encore plus large que tout ce que les États avaient évoqué comme critères d'attribution jusque-là. Il se peut donc que les États qui ont évoqué le « droit d'Israël de recourir à la légitime défense » aient, comme un nombre croissant d'auteurs, préféré laisser tomber purement et simplement le critère étatique. Pour Yoram Dinstein, même si l'État ne peut être tenu responsable de l'attaque en tant que telle, la légitime défense est permise si elle est dirigée contre les terroristes¹³². Selon Antonio Cassese, ceci découlerait des termes « droit naturel » (*inherent right*) de légitime défense dans l'article 51 de la *Charte*¹³³. Jean-Christophe Martin est d'avis qu'il n'est pas normal de faire dépendre le droit d'un État à sa survie selon que l'attaque provient d'un État ou d'une entité non-étatique, à une époque où les terroristes peuvent détenir des moyens dévastateurs¹³⁴.

Ceci montre bien à quel point nous sommes à une croisée des chemins, à un point tournant. Il est essentiel de se rendre compte du poids que pourraient avoir les déclarations émises par les États en juillet et août 2006 dans l'évolution ultérieure du droit réglementant l'usage de la force. Alors que la CIJ « freine des quatre fers » à reconnaître la possibilité du recours à la légitime défense lorsque l'attaque armée ne peut être reliée à un État¹³⁵, les États-Unis et ses alliés dans la « guerre contre le terrorisme », quant à eux, font tout pour essayer de briser ce lien étatique.

¹³² Dinstein, *supra* note 63 à la p. 204.

¹³³ Antonio Cassese, « Article 51 », dans Jean-Pierre Cot et Alain Pellet, dir., *La Charte des Nations unies. Commentaire article par article*, 3^e éd., Paris, Economica, 2005, à la p. 769.

¹³⁴ Voir aussi Pierre Michel Eisemann, « Attaques du 11 septembre et exercice d'un droit naturel de légitime défense » dans Théodore Christakis, dir., *Le droit international face au terrorisme*, Paris, A. Pedone, 2002, 239 à la p. 246; Thomas M. Franck, « Terrorism and the Right of Self-Defence » (2001) 95 A.J.I.L. 839 à la p. 840; Sean D. Murphy, « Self-Defense and the Israeli Wall Advisory Opinion : An *Ipsa Dixit* from the ICJ? » (2005) 99 A.J.I.L. 62 à la p. 62; Ruth Wegwood, « Advisory Opinion on the Israeli Security Fence and the Limits of Self-Defense » (2005) 99 A.J.I.L. 52 à la p. 58.

¹³⁵ *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur en Territoire palestinien occupé*, Avis consultatif, [2004] C.I.J. rec. 136 à la p. 194 (Avant la réaffirmation du contrôle effectif dans l'arrêt du 26 février 2007 sur l'*Application de la Convention sur le crime de génocide*, la CIJ avait réitéré le critère interétatique dans son avis consultatif du 9 juillet 2004 sur le *Mur dans le territoire palestinien occupé* : « L'article 51 de la Charte reconnaît [...] l'existence d'un droit naturel de légitime défense en cas d'agression armée par un État contre un autre État ». Une minorité de la doctrine n'y a pas vu le bannissement de la légitime défense en cas d'attaque armée non étatique, déclarant simplement que la CIJ ne s'était pas prononcée sur ce point. Par son arrêt, la Cour ne ferait selon eux que reconnaître la possibilité du recours à la légitime défense en cas d'agression armée par un État. Cependant, le fait que plusieurs juges de la Cour (la juge Higgins [Opinion individuelle de Mme la juge Higgins au para. 33], le juge Kooijmans [Opinion individuelle du juge Kooijmans au para. 35] et le juge Buergenthal [Opinion individuelle du juge Buergenthal au para. 5]) aient critiqué l'arrêt en écrivant, comme la juge Higgins, que « nulle part dans l'article 51 il n'est ainsi stipulé que la légitime défense ne peut être invoquée qu'en cas d'agression armée par un État » (para. 33), montre bien que l'arrêt visait à exclure la possibilité de recourir à la légitime défense dans le cas d'une attaque par l'entité privée qui n'est pas

Si la CIJ change de position, le problème reste que la légitime défense aura toujours pour cible le territoire d'un État et donc sa souveraineté, même si les attaques ne peuvent être imputées à cet État. Dans le cas du conflit au Liban, Tom Ruys a essayé de contourner cette difficulté en invoquant l'article 9 du *Projet d'articles de la Commission du droit international sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite*¹³⁶. Selon cet article,

[l]e comportement d'une personne ou d'un groupe de personnes est considéré comme un fait de l'État d'après le droit international si cette personne ou ce groupe de personnes exerce en fait des prérogatives de puissance publique en cas d'absence ou de carence des autorités officielles et dans des circonstances qui requièrent l'exercice de ces prérogatives.

Or, dans le sud du Liban, le Hezbollah serait, selon Tom Ruys, une sorte d'État dans l'État. À titre d'exemple, le contrôle effectif de la ligne bleue était principalement le fait du Hezbollah. De plus, celui-ci dispose d'un réseau d'hôpitaux qui supplée à la carence gouvernementale dans ce domaine. Ainsi, le Hezbollah exercerait « des prérogatives de la puissance publique » à cause de la « carence des autorités officielles ». Cependant, cet article n'a, selon Enzo Cannizzaro¹³⁷, vocation à s'appliquer qu'en cas tout à fait exceptionnel. Ainsi, le président du comité de rédaction de la Commission du droit international a clairement énoncé que « tant qu'il subsiste une forme ou une autre d'"autorité officielle", cet article ne s'applique pas »¹³⁸. Or, l'armée libanaise et les services publics, bien que déficients, sont présents au Sud-Liban. Si la formulation de l'article 9 laisse à désirer au vu de l'intention de ses concepteurs (il parle d'une entité exerçant *des* prérogatives de la puissance publique – pas d'une entité exerçant *les* prérogatives de la puissance publique – et de *carence* – pas seulement d'*absence* – des autorités officielles), la Commission n'a pas vocation de créer la coutume, mais de la transcrire. L'interprétation du texte en soi ne nous paraît donc pas pouvoir être détachée de l'interprétation originale de ses concepteurs (ce qui pourrait être le cas pour l'interprétation d'une règle conventionnelle).

II. « Mais la réaction armée d'Israël est disproportionnée »

Nous devons maintenant nous tourner vers la deuxième partie des déclarations de la plupart des États. Alors que la première partie de la formule utilisée par les États évoque le droit légitime qu'a Israël de se défendre, la deuxième partie de cette formule ajoute que la réaction israélienne est disproportionnée. Voici quelques exemples. Après avoir énoncé « le droit d'Israël à se défendre », le Pérou continue en

contrôlée par l'État. De plus, le juge Higgins a reconnu que cette interprétation de la Cour reflétait l'état actuel du droit).

¹³⁶ *Supra* note 88 à la p.3.

¹³⁷ Cannizzaro, *supra* note 104 à la p. 275 et s.

¹³⁸ Commission du droit international, *Annuaire de la Commission du droit international 1998*, vol.1, New York, NU, 1998 à la p. 307.

disant : « [c]ependant, il [Israël] doit le faire conformément au droit international humanitaire en évitant de causer des victimes civiles et des dommages aux infrastructures du Liban »¹³⁹. L'Argentine « ne nie pas qu'Israël a le droit de se défendre [...], mais elle estime aussi que cette riposte doit se faire dans le respect du droit international et, en particulier, des dispositions du droit international humanitaire »¹⁴⁰. Le Japon déclare, quant à lui : « nous demandons instamment à Israël de s'abstenir de recourir à une force excessive et, en particulier, de mener des actions qui mettent en danger la population et les infrastructures civiles »¹⁴¹. « Israël a tous les droits [d']exercer la légitime défense » nous dit le Royaume-Uni, mais il « doit veiller à ce que sa réaction soit proportionnée, mesurée et réalisée dans le plein respect de l'obligation des États de protéger les personnes et les infrastructures civiles en temps de guerre »¹⁴². La France, pour donner un dernier exemple, avance qu'« Israël a le droit de défendre son territoire et ses citoyens [...]. Mais nous condamnons le caractère disproportionné de sa riposte, qui a déjà fait de nombreuses victimes civiles et causé des dégâts matériels considérables »¹⁴³.

Selon la majorité des États qui se sont prononcés, Israël a donc agi de manière disproportionnée. L'analyse de cette deuxième assertion est essentielle. En effet, comme nous l'avons souligné dans l'introduction, si la proportionnalité est comprise comme une condition d'existence de la légitime défense (la défense ne peut être légitime que si elle est proportionnelle, sinon il s'agit de représailles), la deuxième partie de la phrase (« Israël a agi de manière disproportionnée ») annule la portée de la première (« Israël a le droit de recourir à la légitime défense »). Par cette deuxième assertion, les États condamneraient alors la réaction d'Israël parce qu'elle équivaut à des représailles. Ainsi comprise, la formulation serait dans la lignée des déclarations faites par la grande majorité des États par rapport aux réactions armées d'Israël à des actes terroristes transfrontaliers avant le 12 juillet 2006. Le droit à la légitime défense qu'invoquait Israël était alors explicitement réfuté par la plupart des États, qui parlaient au contraire de représailles¹⁴⁴. Le changement de formulation ne serait qu'un *acte de langage* utilisé pour atténuer le mordant de la critique et ne pas paraître lier les mains d'Israël dans la « guerre contre le terrorisme ».

Dans cette acception, l'évocation de la disproportion du recours à la force par Israël contenue dans la deuxième partie des déclarations étatiques de l'été 2006 annulerait donc la *possibilité* qu'a Israël d'invoquer le droit de légitime défense. C'est cette interprétation de la déclaration des États que nous voudrions examiner. Pour appuyer notre argumentation, nous allons ferons d'abord état d'une position qui peut servir à réfuter l'interprétation susnommée, bien qu'elle ne nous paraisse pas adéquate. Une première réfutation consisterait à dire que la proportionnalité du *ius ad bellum* n'est pas une condition d'existence de la légitime défense, mais seulement une condition de son *exercice*. C'est ainsi qu'on pourrait utiliser les propos de Judith

¹³⁹ *Supra* note 30 à la p. 4.

¹⁴⁰ *Supra* note 10 à la p. 9.

¹⁴¹ *Ibid.* à la p. 12.

¹⁴² *Supra* note 12 à la p. 7.

¹⁴³ *Supra* note 10 à la p. 18.

¹⁴⁴ Voir *supra* note 2.

Gardam, en appliquant son analyse de 2004 sur la proportionnalité au cas d'Israël. Elle déclare ce qui suit : « *proportionality does not operate as a determinant of the situation in which States can legitimately resort to force but rather is intended to monitor the use of force itself irrespective of its legitimacy in the first place* »¹⁴⁵. Bien que cette opinion soit défendable et que ce travail sur la proportionnalité dans l'usage de la force soit à ce jour le plus complet au niveau théorique, il nous paraît nécessaire d'aller plus loin et de faire une distinction supplémentaire entre différentes formes de proportionnalité. Selon nous, il faut d'une part distinguer la proportionnalité dans le *jus ad bellum* et la proportionnalité dans le *jus in bello*, mais d'autre part effectuer une seconde distinction, celle entre la proportionnalité *au sens strict* et la proportionnalité *au sens large* qui inclut le critère de nécessité. Ces deux distinctions ne se recoupent pas tout à fait, comme nous le montrerons.

Examinons la proportionnalité du *jus ad bellum*. Pour étayer notre argument, il est essentiel de se demander quel est le point de référence par rapport auquel la proportionnalité du *jus ad bellum* se mesure. Cette question est débattue en doctrine. Selon Oscar Schachter, la proportionnalité du *jus ad bellum* se mesure par rapport à la quantité de la force utilisée pour l'attaque¹⁴⁶, selon Rosalyn Higgins, elle se mesure par rapport au dommage causé par l'agresseur¹⁴⁷. Pour Derek Bowett, la référence à prendre en considération est le danger encouru¹⁴⁸. Enfin, selon Humphrey Waldock, la proportionnalité doit se mesurer d'après le but recherché¹⁴⁹. Nous nous rallions pour notre part à l'avis de ce dernier auteur. Or, quel est ce but recherché? Selon nous, c'est un argument fonctionnel qui définit le critère de proportionnalité. Dans le *jus ad bellum*, les États ne peuvent avoir recours unilatéralement à la force que dans un but défensif, dans la mesure nécessaire pour repousser une agression armée¹⁵⁰. Il nous paraît important d'insister sur le fait que la réaction armée ne peut être proportionnelle « que si et dans la mesure où elle est *strictement nécessaire* à l'État pour se protéger de l'agression dont il est victime [Nos italiques] »¹⁵¹. Contrairement à la majorité de la doctrine, nous trouvons donc qu'il est néfaste de séparer trop catégoriquement la condition de nécessité de la condition de proportionnalité : la réaction armée ne peut être proportionnelle que si elle répond au critère de la nécessité. Comme le soutient Robert Kolb¹⁵², la nécessité recouvre les aspects finalistes du test de la proportionnalité, ce qu'il appelle la proportionnalité « au sens large », à savoir l'adéquation du recours à la force armée et le choix de l'usage de la

¹⁴⁵ Gardam, *supra* note 92 à la p. 20.

¹⁴⁶ Oscar Schachter, « The Right of States to Use Armed Force » (1984) 82 Mich. L. Rev. 1620 à la p. 1637.

¹⁴⁷ Rosalyn Higgins, *The Development of International Law through the Political Organs of the United Nations*, Oxford, Oxford University Press, 1963 à la p. 201.

¹⁴⁸ Derek Bowett, *Self-defence in International Law*, Manchester, Manchester University Press, 1958 à la p. 269; voir aussi Georg Schwarzenberger, « The Fundamental Principles of International Law » (1955-1) 87 Rec. des cours de l'Académie de droit international de La Haye 191 à la p. 333.

¹⁴⁹ Humphrey Waldock, « The Regulation of the Use of Force by Individual States in International Law » (1952-2) 81 Rec. des cours de l'Académie de droit international de La Haye 451 aux pp. 463-64.

¹⁵⁰ *Activités militaires au Nicaragua*, *supra* note 34, aux para. 176, 194-95, 211.

¹⁵¹ Joe Verhoeven, *Droit international public*, Bruxelles, Larcier, 2000 à la p. 682.

¹⁵² Robert Kolb, *Jus Contra Bellum. Le droit international relatif au maintien de la paix*, Bruxelles, Bruylant, 2003 à la p. 125.

force en dernier recours. Cette proportionnalité au sens large est donc bien une condition d'existence de la légitime défense. Une minorité de la doctrine croit d'ailleurs que la condition de nécessité et la condition de proportionnalité sont, pour reprendre les termes de Roberto Ago, « *two sides of the same coin* »¹⁵³. Tarcisio Gazzini¹⁵⁴ réfère à Gabriella Venturini qui va jusqu'à affirmer que l'on ne peut les distinguer l'un de l'autre¹⁵⁵.

Selon Enzo Cannizzaro, la proportionnalité du *jus in bello*, elle, constitue « une limite au pouvoir de choisir les moyens et méthodes de guerre ». Elle se distingue de la proportionnalité du *jus ad bellum*¹⁵⁶ qu'il définit comme étant « une limite au pouvoir du recours à la force par les États en réponse à une attaque armée »¹⁵⁷. Nous estimons que l'articulation de cette distinction peut porter à confusion. En effet, la proportionnalité du *jus ad bellum* ne doit pas être comprise seulement dans son aspect finaliste évoqué plus haut. Comme le signale Christopher Greenwood :

*it is not enough for a state to show that its initial recourse to force was a justifiable act of self-defence and that its subsequent acts have complied with the ius in bello. It must also show that all its measures involving the use of force, throughout the conflict, are reasonable, proportionate acts of self-defence. Once its response ceases to be reasonably proportionate then it is itself guilty of a violation of the ius ad bellum.*¹⁵⁸

La proportionnalité dans le *jus ad bellum* renvoie donc également aux « moyens et méthodes de guerre » qui, selon Cannizzaro, caractérisent le *jus in bello*. Pour ne pas tomber dans le piège d'une distinction trop rigide de la proportionnalité dans le *jus ad bellum* et de la proportionnalité dans le *jus in bello*, nous appellerons proportionnalité « au sens strict » la proportionnalité qui se réfère aux « moyens et méthodes de guerre », en opposition à la proportionnalité « au sens large » qui recouvre les aspects finalistes de la proportionnalité.

Si la proportionnalité *au sens strict* n'était pas de mise dans le *jus ad bellum*, on en arriverait à dire, comme certains auteurs n'ont pas hésité à le faire, que les dimensions de la réaction peuvent être objectivement disproportionnées à ce qui a été subi pendant l'attaque, puisque le but de la réaction est d'arrêter les activités hostiles.

¹⁵³ Ago, *supra* note 39 à la page 67; voir aussi Corten, *supra* note 7 à la p. 719 et s.

¹⁵⁴ Tarcisio Gazzini, *The Changing Rules on the Use of Force in International Law*, Manchester, Manchester University Press, 2005 à la p. 147.

¹⁵⁵ Gabriella Venturini, *Necessità e proporzionalità nell'uso della forza militare in diritto internazionale*, [Nécessité et proportionnalité dans l'usage de la force militaire en droit international] Milan, Giuffrè, 1988 à la p. 34.

¹⁵⁶ Il n'est peut-être pas inutile de rappeler la distinction classique selon laquelle le *jus in bello* est un régime dominé par le principe de parité entre les belligérants, alors que dans le *jus ad bellum*, un État, en l'occurrence l'État agressé, dispose d'un droit supérieur à l'autre, l'agresseur.

¹⁵⁷ Cannizzaro, *supra* note 104 à la p. 277.

¹⁵⁸ Christopher Greenwood, « The Relationship between *Jus ad bellum* and *Jus in bello* » (1983) 9 *Review of International Studies* 221 à la p. 223; voir aussi Larry May, *Aggression and Crimes Against Peace*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008 à la p. 132.

« *What matters in this respect is the result to be achieved by the “defensive action”, and not the form, substance and strength of the action itself* »¹⁵⁹. En poussant cette vision à l'extrême, on en parviendrait à la conclusion que la notion de légitime défense implique « le droit de détruire l'armée de l'agresseur et si l'organisation internationale n'intervient pas pour protéger la victime de l'agression d'une manière efficace, d'imposer à l'agresseur des mesures tendant à éviter une éventuelle répétition des agressions »¹⁶⁰. Yoram Dinstein en vient ainsi à dire que lorsque l'ampleur de la légitime défense prend la forme d'une guerre légitime, la condition de proportionnalité disparaît, laissant la possibilité à l'État de défaire entièrement son adversaire : « *[o]nce it [the war] is legitimately started, it can be fought to the finish (despite any ultimate lack of proportionality)* »¹⁶¹. On pourrait relire dans cette optique les déclarations d'Israël dans la lettre adressée au secrétaire général et au président du Conseil de sécurité : « *[t]oday's act is a clear Declaration of War* »¹⁶².

C'est justement cette dérive que les États veulent critiquer à travers leurs déclarations. Voilà précisément la thèse que nous cherchons à développer : c'est seulement à la proportionnalité au sens strict, tant dans le *jus ad bellum* que dans le *jus in bello*, que les États font référence quand ils critiquent Israël. Nous démontrerons que toutes les déclarations des États se focalisent exclusivement sur les dommages collatéraux. Une telle focalisation est en réaction à la prétention constante d'Israël qui veut que seule la proportionnalité au sens large doit être respectée, c'est-à-dire les aspects finalistes du test de proportionnalité : la force doit être proportionnelle au *but final* de la légitime défense, à savoir, contrer le Hezbollah.

Comme nous le mentionnions, l'assertion des États concernant le caractère disproportionné de la réaction d'Israël se rapporte en fait à la proportionnalité au sens strict. Ainsi, la plupart des déclarations des États se réfèrent textuellement à l'article 51 (5)b du *Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Protocole I)*¹⁶³, qui condamne comme disproportionnées « les attaques dont on peut attendre qu'elles causent incidemment des pertes en vies humaines dans la population civile, des blessures aux personnes civiles, des dommages aux biens de caractère civil, ou une combinaison de ces pertes et dommages, qui seraient excessifs par rapport à

¹⁵⁹ Ago, *supra* note 39 à la p. 69.

¹⁶⁰ Jaroslav Zourek, « La notion de légitime défense en droit international » (1975) 56 Ann. inst. dr. int. 1 à la p. 49.

¹⁶¹ Yoram Dinstein, *War, Aggression and Self-Defense*, 1^{ère} éd., Cambridge, Grotius, 1988 à la p. 218. Dinstein, *supra* note 63 aux pp. 237-38 (Dans sa 4^e édition (2005), qui est celle que nous utilisons par ailleurs, Yoram Dinstein dit la même chose en formulant sa phrase autrement : « *Once war is raging, the exercise of self-defence may bring about “the destruction of the enemy's army” regardless of the condition of proportionality* »).

¹⁶² Israël, Ministry of Foreign Affairs, *Lettre du représentant permanent d'Israël au Conseil de sécurité*, (12 juillet 2006), en ligne : <<http://israel-un.mfa.gov.il/mfm/Data/118201.doc>>.

¹⁶³ *Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux*, 8 juin 1977, 1125 R.T.N.U. 3 [*Protocole additionnel (I) aux Conventions de Genève*]. Voir *supra* note 158 à la p. 68 (Bien que les *Conventions de Genève* soient normalement catégorisées comme relevant du *jus in bello* – d'où la demande de bon nombre d'États à Israël de respecter le droit international humanitaire –, nous avons essayé de montrer avec Christopher Greenwood que cette proportionnalité au sens strict est aussi de mise dans le *jus ad bellum*).

l'avantage militaire concret et direct attendu » (voir aussi l'article 57 (2)a)iii)). Nous pensons qu'il est possible de comprendre cette focalisation exclusive des États sur la (dis)proportionnalité au sens strict en contextualisant la réaction d'Israël par rapport à son histoire militaire. Selon Alain Dieckhoff¹⁶⁴, Israël s'en est pris à des cibles non militaires, dans la continuité logique de la doctrine militaire israélienne, formulée par le général Moshe Dayan dès les années 50 : faire pression à la fois sur les autorités gouvernementales, pour qu'elles contrôlent les activités des groupes hostiles présents sur leur territoire, et sur la population, pour qu'elle se détourne d'eux. Selon August Norton, Israël a basé sa stratégie sur l'offensive contre le « Fatah Land » en 1978. Grâce au pilonnage par Israël des zones habitées, l'OLP s'était alors aliéné une grande partie de la population du Liban Sud. « *Israel calculated that it could turn southern Lebanon into a "killing box", devoid of civilians, where it could then defeat Hizbullah in detail* »¹⁶⁵. Cette stratégie de dissuasion est d'autant plus à l'avant-plan aujourd'hui que les États-Unis l'ont prônée dans leur nouvelle conception de la stratégie militaire, adoptée à la fin de la guerre froide, la « Revolution in Military Affairs » (RMA)¹⁶⁶. Michael Hardt et Antonio Negri, les figures de proue de la gauche radicale, vont même jusqu'à affirmer que cette RMA a mis en place une stratégie contre-insurrectionnelle reposant sur la destruction de l'environnement physique et social¹⁶⁷. Ainsi, les civils qui sont touchés ne pourraient être considérés comme des dommages collatéraux car ils sont *directement* ciblés par les frappes.

Si ces assertions sont sans doute extrêmes, elles ont le mérite de nous orienter vers l'analyse de la proportionnalité au sens strict (les moyens et méthodes de guerre) dans le cas du conflit de l'été 2006. Israël a été accusé d'avoir eu largement recours aux attaques indiscriminées et aux attaques disproportionnées¹⁶⁸. L'attaque indiscriminée est celle qui ne permet pas de discerner les objectifs militaires de la population et des objectifs civils, en raison soit de la proximité, soit de la densité de la

¹⁶⁴ Alain Dieckhoff, « Israël, les faiblesses de la puissance » dans Franck Mermier et Elizabeth Picard, dir., *Liban, une guerre de 33 jours*, Paris, La Découverte, 2007 à la p. 195.

¹⁶⁵ Norton, *supra* note 83.

¹⁶⁶ Michael J. Mazarr, *The Revolution in Military Affairs: A Framework for Defence Planning*, Pennsylvanie, Carlisle, 1994, en ligne : Strategic Studies Institute of the U.S. Army War College <<http://www.strategicstudiesinstitute.army.mil/pubs/display.cfm?pubID=242>>. Pour une bibliographie substantielle sur la RMA, voir « The RMA Debate. A bibliography », en ligne : The RMA Debate <<http://www.comw.org/rma/bib.html>>; voir aussi Laursen, *supra* note 2 à la p. 296, où l'auteur remarque que l'argument de la dissuasion a été invoqué extrêmement souvent au cours des dernières années par les États-Unis quand il prétendait avoir recours au droit de légitime défense. Voir notamment les lettres adressées au président du Conseil de sécurité par le représentant permanent des États-Unis d'Amérique auprès de l'Organisation des Nations unies : Doc. NU S/17990 (1986), Doc. NU S/26003 (1993), Doc. NU S/1998/780 (1998) et Doc. NU S/2001/1946 (2001).

¹⁶⁷ Michael Hardt et Antonio Negri, *Multitude: War and Democracy in the Age of Empire*, New York, Penguin, 2004 à la p. 44 et s.

¹⁶⁸ Raphael Bustos, « Les violations du droit international humanitaire dans le conflit de l'été 2006 » dans Mermier et Picard, *supra* note 164, 219; Human Rights Watch, « Fatal Strikes. Israel's Indiscriminate Attacks against Civilians in Lebanon » (août 2006), en ligne : Human Rights Watch <<http://hrw.org/reports/2006/lebanon0806/Lebanon0806web.pdf>>; « Israël-Liban. Destructions délibérées ou « dommages collatéraux »? Les attaques israéliennes contre les structures civiles » dans *Résumé du rapport d'août 2006 d'Amnesty International*, août 2006 (AI:18/007/2008), en ligne : Amnesty International <<http://www.amnesty.org/fr/library/info/MDE18/007/2006>>.

population. L'attaque disproportionnée est celle où l'intensité des tirs de projectiles ou la dispersion des lancements rendent inévitables les dommages aux civils. Israël a justifié ses opérations menées contre des objectifs mixtes en invoquant l'avantage militaire « global » par rapport aux dégâts humains¹⁶⁹. Le calcul de cet avantage n'est pas basé sur une opération concrète, mais sur tout le déroulement du conflit, c'est-à-dire sur *l'usage éventuel que le Hezbollah pourrait faire un jour de toutes ses armes*. Or, l'article 51 (5)b) du premier *Protocole additionnel aux Conventions de Genève* stipule bien que l'avantage militaire doit être « concret et direct »¹⁷⁰, et non abstrait et futur, quand il est mis en balance par rapport aux pertes civiles.

La proportionnalité au sens strict n'a donc pas été respectée, ce qui est aussi l'assertion des États, conformément à la deuxième partie de la formule utilisée dans leurs déclarations. Ceci a des incidences tant sur le *jus ad bellum* que sur le *jus in bello*. Est-ce à dire que le fait même pour Israël de recourir à la force est condamné par les États? Non. Les États condamnent la *manière* avec laquelle il est fait usage de la force, mais pas *le fait même* d'avoir recours à la force dans le cas en présence. C'est par rapport à cela que nous devons manifester notre désaccord, au regard du critère de proportionnalité¹⁷¹. Selon nous, *le fait même* de recourir à la force dans le cas en présence est un acte disproportionné « au sens large ». Utilisons une argumentation par l'absurde pour expliquer notre position. Si les États croient que la force armée est nécessaire, et donc proportionnelle « au sens large », en vue de contrer « l'agression armée »¹⁷², comment arrivent-ils à cette conclusion? Une première possibilité, peu satisfaisante car elle confond l'agression et ses effets, est que les États considèrent que l'agression ne sera contrée qu'avec la libération des deux prisonniers israéliens. Dans ce cas, l'usage de la force ne répond cependant pas au critère de nécessité, puisqu'existent des moyens pacifiques et moins coûteux pour atteindre ce but (l'échange de prisonniers étant d'ailleurs l'objectif du Hezbollah, comme nous l'avons dit plus haut). Une seconde possibilité est que les États se concentrent sur l'attaque du 12 juillet prise individuellement et considèrent l'incursion armée en Israël comme une agression. Cette agression se consume donc immédiatement et se termine avec la fin de l'incursion. Toute réaction armée à celle-ci équivaldrait donc à des représailles¹⁷³. Une troisième (et dernière) possibilité se place dans l'optique de la théorie d'accumulation d'événements : les États situeraient

¹⁶⁹ Israël, Ministry of Foreign Affairs, *Responding to Hizbullah attacks from Lebanon : Issues of Proportionality* (25 juillet 2006) au para. 3, en ligne : Israel Ministry of Foreign Affairs <<http://www.mfa.gov.il/MFA/Government/Law/Legal+Issues+and+Rulings/Responding+to+Hizbullah+attacks+from+Lebanon+-+Issues+of+proportionality+July+2006.htm>> [*Responding to Hizbullah*]. Pour une analyse complète, voir également Amichai Cohen, « The Lebanon War and the Application of the Proportionality Principle », Jerusalem, International Law Forum of The Hebrew University of Jerusalem, en ligne : <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=983436>.

¹⁷⁰ *Protocole additionnel (1) aux Conventions de Genève*, supra note 163.

¹⁷¹ Aussi à d'autres égards, bien évidemment que nous avons analysés plus haut, nous ne nous focalisons ici que sur la condition de proportionnalité.

¹⁷² Nous avons déjà dit ce que nous pensions de l'usage de ce terme dans le cas en présence. Pour les besoins de l'analyse, cependant, partons de l'hypothèse que l'attaque du Hezbollah pouvait être cataloguée comme une « agression ».

¹⁷³ *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, supra note 37 à la p. 246 (Est-il nécessaire de rappeler que les représailles armées sont illégales?).

alors l'attaque du 12 juillet dans la continuité d'une série d'autres attaques qui, prises ensemble, équivaldraient à une agression. La réponse armée serait alors de l'ordre de l'anticipation. Or, pour que le critère de nécessité soit rempli dans ce cas-là, il faudrait, selon l'affaire *Caroline*, pouvoir démontrer qu'une prochaine attaque était imminente¹⁷⁴. On parle dans ce cas de légitime défense préventive. Dans le cas contraire, on se place dans le cadre de la « doctrine Bush » de la légitime défense préventive¹⁷⁵. Or, aucun élément ne permet de conclure qu'une autre attaque du Hezbollah était imminente.

Analysons cette troisième possibilité plus profondément. Même si la « doctrine Bush » est acceptée, l'usage de la force en vue de prévenir une attaque ultérieure ne peut atteindre ce but que de deux façons. La première, c'est d'affaiblir considérablement la force de frappe du Hezbollah, voire de la détruire complètement. Cette intention concorderait avec certaines déclarations d'Israël :

*It should also be recalled that [...] the relevant consideration to gauge the legitimacy of a response to an act of aggression is not the attacks which have already been committed, but the "overall objective of ending the aggression". In Israel's case this means that its response has to be measured not only in respect of the initial Hizballah cross-border attack, or even the missiles which have already been fired at Israel's northern towns and villages [...] but also against the threat of the estimated 13 000 missiles which Hezbollah still has and threatens to use against Israel [Notre emphase].*¹⁷⁶

C'est un objectif très ample dont Enzo Cannizzaro conteste la légitimité. Selon lui, le recours à la force dans le cadre de la légitime défense ne peut jamais dépasser le but d'une garantie *provisoire* de sécurité pour l'État attaqué. Cannizzaro est d'avis que « [l]a suppression par la force de situations menaçantes et l'instauration de conditions permanentes de sécurité semblent être des tâches que la communauté internationale considère comme devant être assumées de manière collective »¹⁷⁷. Dans le cadre de la légitime défense, un objectif plus vaste serait disproportionné.

À défaut d'affaiblir substantiellement le Hezbollah, la deuxième façon de prévenir une attaque future serait de dissuader le Hezbollah de recommencer. En ce sens, plusieurs commentateurs jugent qu'Israël voulait rétablir, en faisant étalage de sa force, une capacité de dissuasion qui avait été entamée après les deux retraits

¹⁷⁴ Selon ce cas qui a fait école, la légitime défense préemptive n'est possible que si sa nécessité est « *instant, overwhelming, leaving no choice of means and no moment for deliberation* »; pour une analyse complète de l'affaire *Caroline*, voir R.Y. Jennings, « The Caroline and McLeod Cases » (1938) 32 A.J.I.L. 82.

¹⁷⁵ The White House, *supra* note 116 (Dans le document renfermant la « National Security Strategy of the United States » qui fut présenté au public en septembre 2002, George Bush y établit ce que l'on a appelé la « doctrine Bush » qui stipule notamment : « *The doctrine of self-defence needs to be revised in the light of modern conditions. In particular the requirement that a threat be imminent needs to be revisited* »).

¹⁷⁶ *Responding to Hizbullah*, *supra* note 169 au para. 4.

¹⁷⁷ Cannizzaro, *supra* note 125 à la p. 278.

unilatéraux du Liban Sud et de Gaza¹⁷⁸. On retombe alors dans le domaine des représailles. Le chef d'état-major israélien, Dan Halutz, avait d'ailleurs averti le 13 juillet qu'Israël « replacerait le Liban vingt ans en arrière [Notre traduction] »¹⁷⁹, si ses soldats n'étaient pas libérés. Notons que nous n'évoquons pas ces commentaires pour nous focaliser sur l'intention d'Israël – ce qui pourrait rapidement nous ramener à la doctrine de la guerre juste – mais sur l'objectif matériel d'Israël. Selon Seymour Hersh, la campagne israélienne au Liban était déjà prévue depuis un certain temps¹⁸⁰. Ehoud Olmert l'a d'ailleurs reconnu dans le rapport Winograd¹⁸¹. Ceci ne doit cependant pas entra en compte pour évaluer la légalité de l'action au regard du *jus ad bellum*. En effet, dans son arrêt des *Activités militaires au Nicaragua*, la Cour a rejeté l'argument selon lequel la légitime défense invoquée par les États-Unis n'était pas valide car elle servait de prétexte à leurs activités illégales. La Cour a déclaré que, dans la mesure où les conditions de la légitime défense étaient remplies, celle-ci pouvait être invoquée, et ce, même s'il existait un motif additionnel à la dite légitime défense et que ce dernier motif était plus décisif¹⁸². L'illégalité doit donc être jugée au vu des résultats sur le terrain. Or, la dissuasion requiert une ampleur de l'usage de la force très vaste, de la même manière que l'objectif d'affaiblir substantiellement le Hezbollah ou de le détruire requiert un usage très vaste de la force.

Les États, en autorisant l'usage de la force, ont considéré qu'un de ces deux objectifs – l'affaiblissement substantiel du Hezbollah ou la dissuasion – était légitime. Bien que la majorité des États aient parlé de réaction disproportionnée de la part d'Israël, nous devons conclure qu'ils trouvaient l'*objectif* d'Israël proportionné et l'usage de la force nécessaire et adéquat pour y arriver. Or, au regard de la théorie classique de la légitime défense, les deux objectifs susnommés sont manifestement disproportionnés.

* * *

Par cet article, nous avons voulu attirer l'attention sur l'impact dangereux que les déclarations des États pourraient avoir sur l'évolution du droit réglementant le recours à la force. Bien que l'assertion généralisée du caractère disproportionné de la

¹⁷⁸ Voir par ex. le dernier chapitre de l'ouvrage de Norton, *supra* note 73; et l'analyse d'Alain Dieckhoff, *supra* note 164 à la p. 193.

¹⁷⁹ Chris McGreal, « Capture of Soldiers was 'Act of War' Says Israel » *The Guardian* (13 juillet 2006), en ligne : <http://www.guardian.co.uk/world/2006/jul/13/israelandthepalestinians.lebanon1>.

¹⁸⁰ Seymour Hersh, « Watching Lebanon » *The New Yorker* (21 août 2006), en ligne : http://www.newyorker.com/archive/2006/08/21/060821fa_fact.

¹⁸¹ Voir Amos Harel, Nir Hasson et Aluf Benn, « Le gouvernement Olmert avait planifié la guerre contre le Liban » *Le Grand Soir* (14 mars 2007), en ligne : <http://www.legrandsoir.info/spip.php?article4839> (Cet article relate la comparaison d'Ehoud Olmert en février 2007 devant la Commission Winograd chargée d'enquêter sur le conflit de 2006. À cette occasion, Olmert affirma que le plan appliqué durant la guerre avait été approuvé quatre mois auparavant).

¹⁸² *Activités militaires au Nicaragua*, *supra* note 34 à la p. 71.

réaction armée d'Israël à l'attaque du Hezbollah semblait annuler la portée de l'invocation par les États du droit qu'Israël avait de se défendre, nous avons montré qu'il n'en était rien. Nous avons souligné que ce droit est aujourd'hui à la croisée des chemins. Le chercheur ne doit pas rester passif face à ce phénomène; il a une charge de « bonne diligence » qui lui enjoint de mettre ces tendances en pleine lumière et d'explicitier la portée qu'elles pourraient avoir. Nous pensons que cette interrogation est pertinente : la formule utilisée par une grande proportion d'États à l'occasion du conflit de l'été 2006 a, de par sa structure sémantique, de fortes chances d'être répétée comme acte de langage diplomatique. Nous avons démontré que même dans cette acception, cette formule pourrait alors, en droit, obtenir une valeur performative, c'est-à-dire avoir une conséquence normative.