

ACTA UNIVERSITATIS SZEGEDIENSIS
DE ATTILA JÓZSEF NOMINATAE

ACTA JURIDICA ET POLITICA

Tomus XLII.
Fasciculus 4.

KÁROLY NAGY

Le problème de la légitime défense en
droit international



1993 JUN 30

Szeged, 1992

ACTA UNIVERSITATIS SZEGEDIENSIS
DE ATTILA JÓZSEF NOMINATAE

ACTA JURIDICA ET POLITICA

Tomus XLII.
Fasciculus 4.

KÁROLY NAGY

**Le problème de la légitime défense en
droit international**

Szeged, 1992

Edit

Comissio Scientiae Studiorum Facultatis Scientiarum Politicarum et Juridicarum
Universitatis Szegediensis de Attila József nominatae

JÓZSEF BALÁZS, ELEMÉR BALOGH, LAJOS BESENYEI, EMESE ÉGETŐ, IMRE
MOLNÁR, FERENC NAGY, KÁROLY NAGY, PÉTER PACZOLAY, BÉLA POKOL,
JÓZSEF RUSZOLY, ISTVÁN SZENTPÉTERI, ANDRÁS TAMÁS, JÓZSEF VERES

Redigit
KÁROLY TÓTH

Nota
Acta Jur. et Pol. Szeged

Kiadja

a Szegedi József Attila Tudományegyetem Állam- és Jogtudományi Karának
tudományos bizottsága

BALÁZS JÓZSEF, BALOGH ELEMÉR, BESENYEI LAJOS, ÉGETŐ EMESE,
MOLNÁR IMRE, NAGY FERENC, NAGY KÁROLY, PACZOLAY PÉTER, POKOL
BÉLA, RUSZOLY JÓZSEF, SZENTPÉTERI ISTVÁN, TAMÁS ANDRÁS, VERES
JÓZSEF

Szerkeszti
TÓTH KÁROLY

Kiadványunk rövidítése
Acta Jur. et Pol. Szeged

ISSN 0324—6523

Introduction

Il y a peu d'institutions juridiques auxquelles les Etats se sont reportés que la légitime défense puisque elle serait toujours de prétexte à employer les forces armées et par là on pouvait légitimer les actions qui n'étaient pas sympathiques au public ou bien qui lui pouvaient sembler même injustes. Ainsi p.ex. en 1914 le Reich a attaqué la France à travers la Belgique neutre et en citant la légitime défense¹ il a essayé de justifier l'infraction de la neutralité garantie d'ailleurs par lui-même aussi quand il affirme que la France a l'intention de marcher sur le Reich par la territoire belge.²

En 1931 c'était la légitime défense à laquelle le Japon s'est reporté par devant la Société des Nations quand il a attaqué la Chine (son argumentation n'a pas été d'ailleurs prise)³ puis c'était la justification par laquelle les criminels de guerre les plus importants voulaient justifier l'attaque contre la Norvège après la II^e guerre mondiale.⁴

Et c'était aussi la légitime défense à l'aide de laquelle les criminels de guerre japonais se défendaient quand ils étaient accusés d'une guerre agressive contre la France, la Hollande, la Grande-Bretagne et les États-Unis.⁵

¹ Le chancelier de l'Empire a déclaré au Reichstag le 4 août 1914 le mot qui est devenu dès lors célèbre: "Wir sind in Notwehr und Not kennt kein Gebot." (Voir O. Nelte: Die belgische Frage, Zeitschrift für Völkerrecht VIII. Band, 1914. p. 747.)

² La note du gouvernement allemand adressée au Belge le 2 août 1914 constate: "Der Kaiserlichen Regierung liegen zuverlässige Nachrichten von über den beabsichtigten Aufmarsch französischer Streitkräfte an der Maas-Strecke Givet-Namur. Sie lassen keinen Zweifel über die Absicht Frankreichs, durch belgisches Gebiet gegen Deutschland vorzugehen." (*K. Strupp*: Die Vorgeschichte und der Ausbruch der Kriegen von 1914. Zeitschrift für Völkerrechts VIII. Band, 1914. p. 737.)

³ Ainsi la commission Lytton désignée pour examiner la question le 10 décembre 1931 a constaté dans son rapport adressé au Conseil: "The military operations of the Japanese troops during this night... cannot be regarded as measures of legitimate defence." (D. Bowett: Self-Defence in International Law. Manchester, 1958. pp. 32-33.)

⁴ Cf. International Military Tribunal (Nuremberg) Judgment and Sentences, American Journal of International Law. 1947. vol. 41. pp. 206-207 et. *G. Schwarzenberger*: International Law applied by International Courts and Tribunals Vol. II. The Law of Armed Conflict, London, 1968. p. 28.)

⁵ Les principales criminels de guerre japonais ont allégué pour leurs défense devant le Tribunal Militaire International d' Extrême-Orient que les opérations militaires japonaises contre la France, la Hollande, la Grande-Bretagne et les Etats-Unis n'étaient que des mesures justifiables de légitime défense (justifiable measures of self-defence) car ces puissances ont pris des mesures de

D'après l'admission de la Charte de l'Organisation des Nations Unies l'emploi des forces armées le premier, c'est qualifié d'acte injuste; de cette manière, les Etats qui commettent des agressions s'efforcent de plus en plus de présenter ces actions comme actions légitimes, et c'étaient la légitime défense et l'autodéfense (défense propre) qui semblaient les plus convenables comme justifications.

Ainsi p.ex. le 7 juin 1981 l'Israël a détruit par bombardement le réacteur nucléaire iraquien près de Tamuz. Cette action israélienne a été qualifiée d'injuste le 19 juillet 1981 par le Conseil de Sécurité de l'ONU d'une commune voix⁶, mais Begin, le premier ministre israélien a qualifié l'agression "d'opération de légitime défense".⁷

C' était de même manière que les États-Unis se défendaient devant la Cour Internationale de Justice en 1984 pendant le procès qui a été élevé par le Nicaragua contre eux pour l'infraction de son droit souverain et de l'acte que les États-Unis ont posé des mines dans les ports nicaraguayens. En demandant la requête du Nicaragua à la Cour, le représentant des États-Unis a affirmé entre autres qu'ils avaient mis en jeu les forces armées conformément au 51^e article de la Charte de l'ONU comme "légitime défense" et c'est le Conseil de Sécurité qui doit le juger et pas la Cour Internationale.⁸ La Cour Internationale n'a pas d'ailleurs admis la position américaine parce que selon elle la plainte nicaraguayenne concernait une situation la solution de laquelle appartenait à la Cour Internationale.⁹

Le Conseil de Sécurité de l'ONU s'occupait lui aussi de l'affaire où une proposition a qualifié l'acte des États-Unis injuste.¹⁰ La proposition a reçu 13 voix (avec l'abstention de la Grande Bretagne) mais le veto américain a empêché la prise de la décision.

Par contre, l'ordonnance datée le 10 mai 1984 de la Cour Internationale est en vigueur selon laquelle "... le droit à la souveraineté et à l'indépendance politique que possède la République du Nicaragua, comme tout autre État de la

coercition économiques contre le Japon (*J. Brownlie: International Law and the Use of Force by States, Oxford, 1963. p. 253.*)

⁶ "Le Conseil de Sécurité..."

1. Condamne vigoureusement l'attaque militaire menée par Israël, en violation flagrante de la Charte des Nations Unies et des normes de conduite internationale..." (Cf. *Ch. Rousseau: Chronique des faits internationaux, Revue Générale de Droit International Public, 1982. p. 163.*)

⁷ Ch. Rousseau: *ibid.* p. 161.

⁸ Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci, compétence et recevabilité, arrêt, C.I.J. Recueil 1984. 91. par. p. 433.

⁹ C.I.J. Recueil, 1984. p. 434, point 94.

¹⁰ "The Security Council... 1. Condemns and calls for an immediate end to the mining of the main ports of Nicaragua which caused the loss of Nicaraguan lives and injuries to nationals of other countries as well as material damage, serious disruption to its economy and the hampering of free navigation and commerce there by violating international law; ..." (*International Legal Materials. Vol. XXIII. 1984. Number 3. p. 669.*)

région et du monde, soit pleinement respecté et ne soit compromis d'aucune manière par des activités militaires et paramilitaires qui sont interdites par les principes du droit international, notamment par le principe que les Etats s'abstiennent, dans leurs relations internationales, de recourir à la menace ou à l'emploi de la force contre l'intégrité territoriale ou l'indépendance politique de tout Etat, et par le principe relatif au devoir de ne pas intervenir dans les affaires relevant de la compétence nationale d'un Etat, consacrés par la Charte des Nations Unies et la Charte de l'Organisation des Etats américains."¹¹

Conformément à cette ordonnance la Cour a statué comme mesures conservatoires: "Que les Etats-Unis mettent immédiatement fin à toute action ayant pour effet de restreindre de bloquer ou de rendre périlleuse l'entrée où de la sortie des ports nicaraguayens, en particulier par la pose de mines..."¹²

Donc, la Cour Internationale a arrêté l'action américaine dans sa première ordonnance déjà rendue au début de la procédure par conséquent elle a qualifié l'action américaine d'injuste.

Dans tous les cas cités ci-dessus les actions qualifiées injustes par les organisations internationales ou par l'opinion public c'étaient déguisées en légitime défense, ainsi on peut penser qu'il y a quelque chose de vrai dans l'opinion cynique de G. Clémenceau, ex-premier ministre français dite comme déjà homme privé quand il a établi en critiquant les pactes de Locarno que depuis le moment où il existe des guerres, chaque guerre a été qualifiée de caractère défensif, par conséquent "une nation qui veut faire la guerre est toujours en état de légitime défense."¹³

I.

La formation de l'institution de la légitime défense dans le droit international

La notion de la légitime défense développée parmi les Etats avait plusieurs significations. Ainsi p.ex. la défense d'un Etat contre une agression armée peut être qualifiée de légitime défense, mais souvent on s'en autorise pour justifier une mesure qui a été prise par l'Etat de défendre son droit lui semblé violé; et enfin, ils sont en nombre qui en voient la défense des intérêts considérés comme fondamentaux.¹⁴ On peut en partie expliquer cette différence conceptionnelle que l'institution de la légitime défense en droit international dérive du droit interne des Etats où cette institution juridique de certes a été élaborée dans un sens semblable mais à la fois différent.

¹¹ Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci, mesures conservatoires, ordonnance du 10 mai 1984. C.I.J.Recueil 1984. p. 187, point 2.

¹² C.I.J.Recueil, ibid. p. 187, point 1. (par.)

¹³ G. Clémenceau: *Grandeurs et Misères d'une Victoire*, Paris, 1930. p. 282.

¹⁴ Cf. I. Zourek: *La notion de légitime défense en droit international*. Annuaire de l'Institut de Droit International, Session de Wiesbaden, Vol. 56, 1975. p.2.

La notion de la légitime défense a été déjà connue dans le droit privé romain ainsi p.ex. Ulpien, le juriste excellent avait constaté: "Vim vi repperelle licet idque jus natura comparatur".¹⁵

Les ordres juridiques modernes la réglementent, eux aussi avec une grande abondance de détails sans définir le sens exact et homogène de la construction juridique. Dans les pays common law p.ex. la notion de la légitime défense est renfermée dans la notion beaucoup plus vaste de l'auto-défense (self-defence) et ainsi qu'elle fait partie du droit pénal tout comme du droit civil. Dans ces systèmes cette notion est pratiquement synonymique à la notion "self-help", c'est-à-dire au droit selon lequel ce sont nous-mêmes qui faisons justice.¹⁶

Par conséquent, les spécialistes de droit international anglo-saxons n'emploient pas jusqu' à l'heure actuelle l'expression "légitime défense" généralement employée dans les ordres légaux continentaux¹⁷, au lieu de celle-ci on parle de "self-defence"¹⁸, bienque les deux expressions signifient deux notions différentes l'une de l'autre comme on va le montrer plus tard.

¹⁵ L'avis de Paulus, de l'un autre juriste romain était semblable: "Vim enim vi defendere omnes leges omniaque jura permittunt" (Voir *Žourek*: op. cit. p. 5.) De principe a été plus tard réglementé par le droit positif aussi. Ainsi p.ex. la XX^e loi de table n'a pas puni celui qui a tué le voleur armé ou qui a commis son crime dans la nuit. La légitime défense a été d' ailleurs une exception à l'interdiction de la force privée, cette interdiction a été déclarée pour la première fois dans la lex Julia de vi privata, dans une des lois de César. (Voir *Brósz R.—Pólay E.*: Római jog (Le droit romain) Budapest, 1974. p. 100)

¹⁶ *Žourek*: op. cit. pp. 6–7.

¹⁷ P.ex. "légitime défense", "legitimata defenza", "legittima difesa", "legitime Verteidigung" etc. On peut noter que la langue anglaise connaît et emploie l'équivalent exacte de la terminologie mentionnée, l'expression "legitimate defence", ainsi p.ex. Kellogg, ministre des affaires étrangères américain a informé le premier mars 1928 l'ambassadeur français que le pacte en projet (le Pacte Kellogg-Briand plus tard) "...would not deprive the signatories of the right of legitimate defence". (Cité par *D. Hunter Miller*: The Peace Pact of Paris, New York—London 1928. p. 43.) L'expression "legitimate defence" se trouve dans le rapport Lytton (voir le note 3) et dans le texte anglais de l'article 2 du Pacte de Locarno aussi. ("Germany and Belgium and also Germany and France, mutually undertake that they will in no cause attack or invade each other or resort to war against each other.

This tipulation shall not, however, apply in the case of

1. The exercise of the right of legitimate defence...") En dehors de cela, on emploie l'expression "legitimate self-defence" aussi, comme p.ex. au cours du procès de principaux criminels de guerre, à Nuremberg, Jackson, l'accusateur américain a constaté. "...exercise of the right of legitimate self-defense that is to say, resistance to an act of aggression, or action to assist a State which has been subjected to aggression — shall not constitute a war of aggression." (Voir *I. Brownlie*: International Law and the Use of Force. p. 252.)

¹⁸ P.ex. *L.C.Green*: Armed conflict, war and self-defence, Archiv des Völkerrechts, Tübingen vol.6. 1956-1967. No.4., *M.S.McDougal*: The Soviet—Cuban quarantine and self-defence,

En Europe, par contre, la notion de la légitime défense fait partie du droit pénal comme exception à la défense de l'autorité privée. Dans les ordres légaux différents le sens de la légitime défense est le même: on ne peut l'appliquer que dans le cas où la personne menacée n'a pas d'autres moyens prévenir l'agression injuste; et le but unique de la défense est repousser l'agression injuste. Il est admis aussi que la défense est légitime dans les cas aussi où l'agression se dirige non pas contre la défenseur mais contre une troisième personne. Et enfin, c'est que l'état de la légitime défense cesse d'être dans le moment où l'agression injuste prend fin.¹⁹

Mais, par contre, il y a des différences dans les ordres juridiques des Etats en ce qui concerne les questions différentes: quels sont les biens en défendant desquels on peut s'en rapporter à la légitime défense; la légitime défense est elle une autorisation où bien une condition seulement qui exclut la culpabilité du défendeur; et l'excès de la légitime défense peut être puni ou non et l'homme qui excède ses pouvoirs est-il responsable ou non, etc.²⁰

C'est facile à comprendre que les spécialistes de droit international représentant une mentalité juridique particulière des ordres juridiques différents ont des conceptions différentes quant à la construction juridique de la légitime défense. Une des causes de ce fait peut être qu'au cours des décennies passées le droit international a bien changé et ces changements ont directement touché l'institution de la légitime défense. Mais les spécialistes considèrent ces changements de manière différente.

Ainsi p.ex. et on va en parler plus tard les spécialistes ont de différentes opinions en ce qui concerne le rapport entre le droit de l'auto-défense assuré dans le droit international nommé "classique" et la légitime défense rédigée dans l'article 51 de la Charte de l'ONU.

La légitime défense se diffère notablement des institutions semblables du droit interne dans le droit international. Comme J. Žourek constate très correctement dans son rapport fait pour l'Institut du Droit International la place occupée par la légitime défense dans le droit international est beaucoup plus importante que sa place dans le droit interne d'un Etat car dans le cas dernier le but de la légitime défense, c'est qu'elle assure le respect du droit dans la situation exceptionnelle où l'autorité publique ne peut pas faire de l'ordre, tandis que dans le droit international elle signifie le système normal de la défense des droits étatiques²¹ parce que une autorité publique n'y fonctionnait pas du tout et à vrai dire elle ne fonctionne pas non plus de nos jours.

Quoi que la Charte de l'ONU ait permis de jure que dans les cas où la paix a été rompue, le Conseil de Sécurité peut agir au nom de l'ONU avec les

A.J.I.L. 1963. Vol. 57.; *M.H. Weightman*: Self-Defence in International Law, Virginia Law R. 1951. p. 1095 et ss., etc.

¹⁹ Voir *E. Giraud*: La théorie de la légitime défense, Recueil des Cours, 1934. Tome 49. pp. 706–710. et *J. Žourek*: op. cit. p. 7.

²⁰ Cf. *J. Žourek*: op. cit. pp. 7–9.

²¹ *J. Žourek*: op. cit. pp. 10–11.

forces armées contre l'Etat qui recourt à la force mais c'est l'entente des cinq grands qui devrait être la condition première de l'application des mesures de force.

Dès lors que cette entente en général existait pas, ce contrôle de caractère d'autorité publique ne fonctionnait pas en pratique. C'est vrai qu'il avait deux exceptions, notamment la guerre de Corée et la guerre de Golf (voir page 55) où l'ONU appliquait des sanctions armées, mais pendant cinquante années c'était très peu, dans les autres conflits, comme p.e. la guerre de Viet-Nam, la guerre Irak-Iran etc. l'ONU n'appliquait pas des mesures armées. Ainsi la possibilité de réviser la pratique de la légitime défense actuellement manque dans le droit international qui existe dans le droit interne d'un Etat où empêche que quelqu'un puisse abuser de l'application de la légitime défense.

Donc, la légitime défense dans le droit interne d'un Etat est une institution judiciairement c'est-à-dire légalement contrôlée qui peut être sanctionnée sans difficulté en cas de l'excès. Par contre, dans le droit international la légitimité de l'allégation à la légitime défense ne peut pas du tout être contrôlée, ainsi l'abus de ce droit est beaucoup plus simple que dans le droit interne de l'Etat.

D'autre part, la notion de la légitime défense — comme institution et terminologie — a une histoire relativement courte dans le droit international. *C'est que dans le droit coutumier international général elle n'existait pas*; cette expression n'aurait pas eu de sens puisque la guerre avait été légitime, ainsi non seulement la défense avait été qualifiée légitime, mais l'attaque aussi.

D'après *Jimenez de Arechaga* et d'autres pour que la défense soit légitime, il est nécessaire que l'attaque elle-même soit injuste (illégitime).²²

C'est très intéressant cependant que dans la jurisprudence internationale la notion de la légitime défense s'est apparue assez tôt de telle manière que les auteurs se sont efforcés de fonder le droit de l'ouverture de la guerre sur les motifs légaux et ont constitué la notion "bellum justum". Par là, on entendait généralement *une guerre soutenue dans un but légal*.

²² "...si la guerre es licita del punto de vista juridico, non sólo la defensa, sino también el ataque es legitimo. En otras palabras, para que la defensa sea legitima, es menester que el ataque sea ilegitimo." (E. *Jimenez de Arechaga*: Derecho constitucional de la Naciones Unidas Comentario teórico-practico de la Carta, Madrid, 1958. p. 339.) et: La legitima defensa individual en la Carta de las Naciones Unidas, Estudios de Derecho Internacional, (Homenaje al Profesor Camilo Barcia Trelles, Zaragoza, 1958. p. 327.) J. Kunz constate aussi que c'est seulement la limitation du droit à la guerre qui rend l'autodéfense légalement significative (legally meaningful). (J. Kunz: Individual and Collective Self-Defence in Article 51 of the Charter of the United Nations. A.J.I.L. 1947. Vol. 41. p. 876.) C.A. *Pompe* prononce la même opinion: "... a positive right of self-defence can only exist in a legal order in which the freedom to resort to force for political ends is abolished or restricted...". (Aggressive War an International Crime, s'Gravenhage, 1953. p. 49.) L'avis de M.A. *Weightman* est le même concernant la notion de la légitime défense: "The concept of self-defence, insofar as it inseparably bound up with the concept of aggression." (Self-Defence in International Law, Virginia Law Review, 1951. p. 1095.)

Au XIII^e siècle, c'était un tel but légal selon *Thomas d' Aquin* la répression du grief subi et la défense contre l'attaque injuste.²³

Donc, la théorie de "bellum justum" voulait dire que la guerre juste était qualifiée de sanction le but de laquelle était punir ceux qui violaient les règles du droit international.²⁴

Au cours du XIX^e siècle la théorie régnante a rejeté cette opinion mais c'étaient encore les spécialistes, même entre les deux guerres mondiales qui la reconnaissaient comme leur. Ainsi p.ex. *Weninger László*, spécialiste hongrois de droit international dans son manuel publié en 1927 écrit le suivant: "Le droit de la guerre comme moyen final de l'auto-assistance de l'Etat fait absolument partie des droits les plus importants de l'Etat. ... Le droit de la guerre, c'est qui représente la sanction la plus forte des règles du droit international".²⁵

H. *Kelsen* a écrit en 1932 dans une de ses études que la guerre et la répression sont de même les conséquences (Unrechtsfolge) de l'illégalité internationale. Selon lui la guerre lancée en raison de l'illégalité peut être qualifiée de "bellum justum".²⁶ Ainsi il fait la tentative de "ranimer" la théorie de "bellum justum". Et sa tentative n'était pas la seule.

Après la 1^e guerre mondiale plusieurs spécialistes ont remis en question la théorie dans de différents intérêts.²⁷ P.ex. Y. de la *Brière* dans son travail publié en 1938 qualifie la bellum justum de moyen juste de la défense contre la conquête²⁸ tandis que *Le Fur* s'efforçait de soutenir la légitimité du Traité de Versailles à l'aide de cette notion.²⁹

J. *Kunz* considère cette théorie comme une des conceptions d'origine catholique et théologique et pas une conception juridique.³⁰ Cette thèse est sans doute vrai si on pense à l'époque avant la 1^e guerre mondiale.

La position majoritaire a été en effet même au siècle passé que les Etats ont le droit illimité de faire la guerre pour n'importe quel but. En conformité

²³ Voir J. *Žourek*. op. cit. p. 14

²⁴ J. *Delivannis*: La légitime défense en droit international public moderne. Paris, 1971. p. 9.

²⁵ *Weninger L*: Az új nemzetközi jog. (Le droit international nouveau). Budapest, 1927. p. 298.

²⁶ H. *Kelsen*: Unrecht und Unrechtsfolge im Völkerrecht. Zeitschrift für Öffentliches Recht, 1932. Band XII. pp. 568 et 580. Partagent cet avis K. *Gareis* (Institutionen des Völkerrecht. Zweite Auflage, Giessen 1901. p. 223.), G. *Bry* (Precis élémentaire de Droit International Public, Sixième ed. Paris, 1910. p. 515.), L. *Strisower* (Der Krieg und die Völkerrechtsordnung. Wien, 191. p. 92. et ss) et E.C. *Stowell* (International Law, New York, 1931. p. 489.).

²⁷ Cf. J. *von Elbe*: The Evolution of the Concept of Just War in International Law, A.J.I.L. 1939. p. 665. et ss.

²⁸ Y. de la *Brière*: Le Droit de Juste Guerre, Tradition, Théologique Adoption Contemporaines, Paris, 1938. p. 194.

²⁹ Ça est suggéré dans le titre d'un de ces études (L. *Le Fur*: Guerre juste et juste paix, Revue Générale de Droit International Public, 1919.)

³⁰ J. *Kunz*: Bellum Justum and Bellum Legale, A.J.I.L. 1951. pp. 529-530.

avec cela l'expression "autodéfense" était usuelle au siècle passé qui diffère ainsi que par son nom tout comme par son contenu de la légitime défense.

Le droit de l'autodéfense de même comme l'acte de nécessité applicable dans l'état de nécessité tirent la naissance du *droit de conservation* (right of self-preservation) dans la jurisprudence internationale. Le droit de conservation — marqué souvent par le nom "droit à l'existence" — a été considéré comme le droit le plus important et le plus essentiel qui d'après H. *Wheaton* sert comme base pour les autres droits dûs à l'Etat.³¹

Selon E. *Vattel* le contenu de ce droit signifie que l'Etat a le droit à tout qui peut servir pour détourner le danger direct et les conditions qui provoquent la destruction.³²

État donné que le droit de conservation a été considéré plus important que l'obligation de respecter l'indépendance d'un autre Etat, on pouvait légitimer le droit de l'infraction de celui-ci.³³

En critiquant le "droit" de conservation *Ch. de Vischer* a constaté déjà en 1924: "Il n'est pas vrai que pour réaliser ses fins propres, pour assurer sa conservation ou la sauvegarde de ses intérêts vitaux ou essentiels un Etat puisse méconnaître les droits d'autres Etats".³⁴

M. Lauterpacht écrit le même: "However if every State really had a right of self-preservation, all the States would have the duty to admit suffer and endure every violation done to another in self-preservation. But such duty does not exist".³⁵

En examinant l'auto-conservation, G. *Schwarzenberger* trouve que cette institution en effet n'est pas d'origine juridique, sa fonction est purement idéologique (purely ideological) puisque son but est justifier des violations de droit international qui ne peuvent être qualifiées justes ni au point de vue de la légitime défense, ni au point de vue de l'auto assistance (self-help) ou de la nécessité, ainsi cette expression doit être effacée dans le vocabulaire de droit international.³⁶ A vrai dire, cela a fait parce que actuellement *le droit de conservation en effet n'est pas considéré comme institution juridique en vigueur qui existe c'est à-dire comme droit élémentaire* de l'Etat, ainsi il ne fait pas partie même du projet concernant les droits et les obligations élémentaires des Etats, bien que les restes de cet aspect se rencontrent partout de nos jours aussi. A. *Ulloa* p.ex. dans son manuel publié en 1957 considère le droit de

³¹ H. *Wheaton*: Elements of International Law. The Literal Reproduction of the Edition of in the Classics of International Law, Oxford-London, 1936. p. 75.

³² E. *Vattel*: Le droit des gens ou principes de la loi naturelle, appliquées à la conduite et aux affaires des nations et des souverains, London, 1758. Vol. II. XVII. p. 332.

³³ Voir E. I. *Skakunov*: Samooborona v mejdunarodnom prave, Moscou, 1973. p. 48.

³⁴ Ch. de *Vischer*: Le responsabilité des Etats, Bibliotheca Visseriana, T. II. Brill, 1924. p. 111.

³⁵ *Oppenheim-Lauterpacht*: International Law, London, 1955. p. 207.

³⁶ G. *Schwarzenberger*: The Fundamental principles of international law, Recueil des Cours, 1955. Tome 87, pp. 345-346.

conservation (el derecho de conservación) comme institution juridique qui existe, maintenant aussi, comme un des trois droits élémentaires d'Etat.³⁷

F. *Berber*, juriste allemand énumère un grand nombre d'actes de nécessité de l'histoire et les fait dériver du droit de conservation³⁸ tandis que le dictionnaire de droit international de langue allemande traite la notion de l'autodéfense dans le mot-rubrique du droit de conservation (Selbsterhaltungsrecht).³⁹

R.C. *Hingorani*, spécialiste indien est aussi d'avis que "... the phrases self-preservation and self-defence are commonly used to mean the same thing."⁴⁰

Cette conception explique en partie que plusieurs pensent: la légitime défense est significativement différente de l'institution du droit interne nommée de même et sert à légaliser les actes interdits par le droit international.⁴¹

Le droit de conservation d'ailleurs est qualifié par certains spécialistes de droit international très particulièrement, ainsi p.ex. *Le Fur* affirme que ce droit ne donne pas l'autorisation à l'Etat à employer des forces armées mais "... en vertu de son droit de conservation l'Etat pourra prendre des mesures de protection contre les étrangers, contre l'introduction de marchandises dangereuses pour l'hygiène ou la sécurité... mais ces mesures il ne peut les prendre en violation des traités passés en cette matière."⁴²

Le professeur péruvien A. *Ulloa* détermine, lui aussi de même manière le droit de conservation.⁴³

Cette conception de droit de conservation peut être valable même de nos jours mais ce droit se caractérise d'un autre sens. C'est que dans le droit international l'expression "auto-conservation" dans un sens plus restreint est employée comme le droit de l'Etat par lequel il peut prévenir le danger menaçant, c'est-à-dire le droit à l'auto-conservation. La destination de l'auto-conservation employée dans ce sens a été défendre l'intégrité territoriale et l'indépendance politique de l'Etat.⁴⁴ Le droit de conservation pouvait être employé à justifier d'autres coups d'autorité aussi, de cette façon on ne

³⁷ A. *Ulloa*: Derecho internacional público, Madrid, 1957. Cuarta ed. Tomo I. p. 282. et ss.

³⁸ F. *Berber*: Lehrbuch des Völkerrecht. München-Berlin, 1962. Band I. pp. 196-197.

³⁹ *Strupp-Scubcbauer*: Wörterbuch des Völkerrecht, Dritte Band, Berlin, 1962. pp. 255-257.

⁴⁰ R.C. *Hingorani*: Modern International Law, New York, 1979. p. 223.

⁴¹ Voir J. *Basdevant*: Règles générales du Droit de la Paix, Recueil des Cours, 1936. T. 58. pp. 539-550; P. *Lamberti Zanardi*: La legittima difesa nel Diritto Internazionale, Milano, 1972. pp. 119-120.

⁴² L. *Le Fur*: Précis de droit international public, Paris, 1937. p. 386.

⁴³ "El derecho de conservación comprende la facultad del Estado de adoptar las disposiciones necesarias a la preservación y al desarrollo de sus instituciones, de sus habitantes, de sus riquezas, de su régimen industrial de trabajo etc." (A. *Ulloa*: op. cit. p. 304.)

⁴⁴ E.I. *Skakunov*: op. cit. pp. 48-49.

distinguaient pas l'état de nécessité de la légitime défense ainsi que dans la jurisprudence⁴⁵ tout comme dans la pratique de l'Etat. En ce qui concerne la pratique, c'est un bon exemple cité souvent et considéré comme prototype le cas "Caroline"⁴⁶ auquel s'est reporté même le Tribunal Militaire Internationale au cours du procès de Nuremberg en relation avec l'occupation allemande de la Norvège.⁴⁷ La "Caroline" était un petit bateau à vapeur qui circulait sur le Niagara et transportait le recrutement des Etats-Unis aux insurgés combattant au Canada appartenant à la Grande-Bretagne à l'époque. Pour empêcher le faire, un commando britannique a pénétré en 1837 aux Etats-Unis et a noyé la "Caroline". A ce propos Fox, ambassadeur de la Grande-Bretagne a écrit au sous-secrétaire d'Etat des affaires étrangères américain, le 6 février 1838: "The piratical character of the steamboat, Caroline and the necessity of self-defence and self-preservation, under which Her Majesty's subjects acted in destroying that vessel, would seem to be sufficiently established".⁴⁸

Selon moi, le cas de Caroline est l'exemple de nécessité plutôt que celui de conservation⁴⁹ car l'Etat insulté, les Etats-Unis n'ont pas commencé d'attaque contre le Canada, ainsi l'action britannique ne s'est pas formellement dirigée contre les Etats-Unis puisque ils ont été touchés dans la mesure où l'attaque contre les particuliers s'était déroulé sur le territoire américaine.

C'est seulement *contre* un Etat c'est-à-dire *un sujet de droit international qu'on peut bénéficier* de la légitime défense, mais dans ce cas-là l'attaque contre un Etat ne s'est pas produite.

⁴⁵ Ansi p.ex. Kazanski, spécialiste russe écrit le suivant dans son manuel apparu en 1902: "Le droit de l'autoconservation s'accorde sur l'essentiel avec la situation de nécessité ou avec la légitime défense." (cité par Skakunov: op. cit. p. 51.) On trouve cette conception même actuellement aussi, p. ex. I. von Münch marque la notion de la légitime défense et celle de l'état de nécessité de l' expression "Notrechte", considérant ainsi comme identiques les deux notions, qui dans la terminologie allemande sont en effet semblable. ("Notwehr" et "Notstand") (*I.von Münch: Völkerrecht. Zweite Aufl. Berlin, New York, 1982. p. 225.*)

⁴⁶ L'affaire est exposée en son détail: R.Y. *Jennings: The Caroline and McLeod Cases*, A.J.I.L. 1938 Vol. 32. p. 82. et ss. et *D.Bowett: op. cit. p. 58-60.*, et *J. Delivanis: La légitime défense en Droit International*, Paris, 1971. pp. 13-15.

⁴⁷ Cf. *The American Journal of International Law*, 1947. Vol 41. p. 205.

⁴⁸ *L. Brownlie: op. cit. p. 42; D. Bowett: op. cit. pp. 58-59.*

⁴⁹ Parmi les auteurs précédents est de même avis A. *Faatz: Notwehr und Notstand im Völkerrecht. Inaugural-Dissertation, Greifswald, 1919. pp. 52-53.* Au cours de la codification à l'organisation des Nations Unies R. Ago, le deuxième rapporteur du projet de responsabilité touche l'affaire Caroline comme un des Exemples de l'état de nécessité ou l'Etat est obligé d'accomplir un acte sur le territoire d'un Etat étranger. (Voir *Annuaire de la Commission du Droit International (plus tard ACIDI)*, 1980. Vol.II. Partie I. p. 38.)

Quel qu'il soit l'appréciation de la question, cela ne fait aucun doute que la note du gouvernement britannique datée plus tard, le 29 décembre 1840 se ne repère qu'à la légitime défense sans parler de l'autoconservation.⁵⁰

Cela vaut la peine d'ailleurs de mentionner: bien que la guerre même ait été permise, le droit international de ce temps à interdisait déjà les actes contre l'honneur, la dignité et l'intégrité territoriale de l'Etat, c'est-à-dire les violations de droit qui signifiaient pourtant beaucoup moindre danger et violation pour l'Etat que la guerre. Mais la commission de ces moindres violations ne mettait pas en souci l'Etat, il pouvait se soustraire à la responsabilité sans difficulté.

Le droit de conservation en effet pouvait justifier toutes les activités considérées d'ailleurs injustes selon la conception du droit naturel. Ainsi l'Etat avait la possibilité de faire des mesures préventives sur le territoire d'un autre Etat même avant que celui-ci l'ait attaqué avec forces.⁵¹

Par conséquent, le droit de conservation signifiait plus souvent l'intervention que l'auto-défense.⁵²

Cette notion traditionnelle de l'auto-défense a permis d'effectuer l'action préventive selon d'autres spécialistes aussi.

En 1904 *Westlake* a écrit: "A State may defend itself, by preventive means if in conscientious judgement it is necessary, against attack by another State, threat of attack, or preparations or other conduct from which an intention to attack may reasonably be apprehended."⁵³

Parmi les auteurs modernes c'est A.P. *Sereni* qui dit du droit de conservation qu'il diffère de la légitime défense par là que l'auto-défense doit garantir un droit menacé. Selon lui "... l'autodéfense se dirige contre un acte injuste, elle veut le prévenir",⁵⁴ par contre, la légitime défense présume que l'acte (c'est-à-dire l'attaque) s'est déjà passé.

En ce qui concerne l'exercice du droit de l'auto-défense, il pouvait être employé à défendre des droits de plusieurs sortes, mais il n'était pas pourtant illimité, la plupart des spécialistes de droit international voulaient le limiter en quelque mesure. Selon H. *Grotius* l'auto-défense est justifiée dans la mesure où

⁵⁰ Selon la note, la submersion de la Caroline "was an act in the strictest sense of self-defence, rendered absolutely necessary by the circumstances of the occasion, for the safety and protection of Her Majesty's subjects." (Voir P. *Lamberti Zanardi*: op.cit. p. 47.)

⁵¹ Voir *Nagendra Singb*: Nuclear Weapons and International Law, New York, 1959. pp. 108-109.

⁵² *Nagendra Singb*: op.cit. p. 111.

⁵³ *J-Westlake*: International Law, Cambridge, 1904. p. 299.

⁵⁴ "... l'autotutela può avere lo scopo di prevenire un illecito dello Stato contro cui è diretta." (P.A. *Sereni*: Diritto Internazionale, Vol.III. Relazioni Internazionali, Milano, 1962. p. 1524.) Un interpretation semblable est attachée à l'ancienne conception de l'autodéfense par U. *Shobam*: "It is generally accepted and assumed that customary law permits anticipatory use of coercion in a situation of imminent danger." (U. *Shobam*: The Israeli aerial radi upon the Iraqi nuclear reactor and the right of self-defence, Military Law Review /USA/, Vol. 109. p. 195.); F. *Malekian* partage cet avis (Voir The system of International Law, Uppsala, 1987. p. 58.)

elle garde les biens de l'Etat, la vie et les biens des citoyens, mais la guerre qui "vise affaiblir" seulement le voisin, ça ne peut pas être une guerre de caractère défensif.⁵⁵

Mais le droit de l'auto-défense était plutôt une notion politique et morale et elle n' avait pas du tout d'aspect juridique à l'époque de la guerre permise,⁵⁶ de même que la guerre était plutôt un état effectif qui avait cependant des conséquences déterminées dans le droit international.⁵⁷

Mais ces conséquences ne signifiaient pas la formation d'un rapport de responsabilité, puisque la guerre était permise. Ainsi elles signifiaient que la guerre doit être ouverte et soutenue conformément aux règles du droit international de la guerre.

Puis, c'est du droit de l'auto-défense que la légitime défense sort comme notion employée dans le sens du droit interne quand le droit de faire la guerre a été limité. Une telle limitation a été introduite par le Pacte de la Société des Nations qui interdisait la guerre agressive contre l'intégrité territoriale et l'indépendance politique des membres de la Société,⁵⁸ ainsi que la guerre contre les pays qui ne sont pas de membres de la Société,⁵⁹ sous conditions rédigées dans l'article 17.

Même le Pacte *ne contient pas un seul article concernant la légitime défense*, par conséquent cette notion doit être conclue des règles concernant la guerre.

⁵⁵ H. Grotius: A háború és a béke jogáról (Du droit de la guerre et de la paix), Budapest, 1960. Vol. II. p. 25.

⁵⁶ S. Calogeropoulos-Stratis: La légitime défense. Revue Hellenique de Droit International, 1952. p. 219.

⁵⁷ Cf. G. Tunkin: A nemzetközi jog elméletének kérdései (Questions théoriques du droit international), Budapest, 1963. p. 261.

⁵⁸ "Les Membres de la Société s'engagent à respecter et à maintenir contre toute agression extérieure l'intégrité territoriale et l'indépendance politique présente de tous les Membres de la Société. En cas d'agression, de menace ou de danger d' agression le Conseil avise aux moyens d'assurer l'exécution de cette obligation." La guerre agressive a été d'ailleurs interdite non seulement par le Pacte, mais par la décision de l'Assemblée générale, prise le 24 septembre 1927: "L'Assemblée... déclare: 1. Toute guerre d'agression est et demeure interdite." (Voir E. Giraud: op. cit. p. 697.)

⁵⁹ En vertu de cet article, les Etats non membres devaient être invités à arranger les affaires à l'amiable par des voies pacifiques et en ce cas-là, ils étaient touchés, eux aussi par les mêmes règles que les membres de la Société. Le 3^e paragraphe de l'article 17 dit: "Si l'Etat invité, refusant d'accepter les obligations de Membre aux fins du règlement du différent recourt à la guerre contre un Membre de la Société, les dispositions de l'article 16 lui sont applicables." (L'article 16 mentionné signifiait que si un Etat membre n'a pas respecté les règles qui invitent à arranger les affaires à l'amiable par des voies pacifiques, p.ex. a commencé la guerre avant que le terme de trois mois soit expiré, "il est ipso facto considéré comme ayant commis un acte de guerre contre tous les autres Membres de la Société.")

Par contre, le Pacte permet d'ouvrir la guerre ayant pour objet de ne pas conquérir sous conditions rédigées dans les articles 12, 13 et 15, c'est-à-dire les Etats sont obligés de porter leurs discussions devant le tribunal arbitral, le tribunal international ou devant le Conseil de la Société des Nations, et conformément à l'article 12 ils ne peuvent pas ouvrir la guerre avant l'expiration de trois mois qui suivaient la décision du tribunal arbitral ou celle du Conseil. Après trois mois, d'ouvrir la guerre, c'est permis avec deux restrictions: C'est interdit d'ouvrir la guerre contre l'Etat qui avait accepté la décision du tribunal (Article 13. point 4.) ou la décision prise d'une commune voix par le Conseil (Article 15. point 6.). De telle manière, la guerre pouvait être qualifiée de deux façons: de guerre juste et de guerre injuste. Et comme E. *Giraud* a constaté, le Pacte de la Société des Nations interdisant la guerre dans certains cas a introduit la notion de la légitime défense dans le droit international.⁶⁰

Mais c'était seulement la défense contre le guerre ouverte sans permission qui ait été qualifiée de légitime défense tandis que la légitime défense contre la guerre tolérée par le Pacte était conceptionnellement exclue.⁶¹

L'expression "légitime défense" a été mentionnée dans les règles contractuelles pour la première fois en 1924 dans le Protocole de Genève qui a été signé par 14 Etats mais il n'est pas entré en vigueur faute de la ratification.⁶² Ainsi la "légitime défense" sous forme d'un contrat en vigueur s'est apparue d'abord dans les Accords de Locarno. Le Traité de garantie mutuelle entre l'Allemagne, le Belgique, la France, la Grande-Bretagne et l'Italie (Pacte Rhénan) affirme dans l'article 2: "L'Allemagne et la Belgique et de même l'Allemagne et la France l'engagent réciproquement a ne se livrer de part et d'autre à aucune, attaque ou invasion et à ne recourir de part et d'autre en aucun cas à la guerre.

Toutefois, cette stipulation ne s'applique pas s'il s'agit:

"1. De l'exercice du droit de légitime défense..."⁶³

Le premier article du Pacte d'amitié franco-roumaine signé en 1926 ou bien le premier article du Pacte d'amitié franco-yougoslave signé en 1927 font allusion de même manière à la légitime défense comme à l'exception à l'interdiction d'attaque.⁶⁴

⁶⁰ E. *Giraud*: op. cit. p. 715.

⁶¹ La conception de J. *Kunz* est semblable: "Dans la mesure où la guerre reste licite d'après le Pacte peu importe en général, au point de vue juridique qu'il s'agisse d'une guerre défensive ou offensive... (L'Article XI. du Pacte de la Société des Nations, Recueil des Cours, 1932. T. 39. p. 731.)

⁶² Cf. R.O. *Jakemtchouk*: La légitime défense et l'Art. 51 de la Charte de l'ONU. Annales de Droit et de Science Poolitique de l'Université de Louvain, 1954. p. 56.

⁶³ Droit international et histoire diplomatique. Documents choisis par C.A. *Colliard*, Paris, 1948. p. 241.

⁶⁴ Voir le texte des accords: Recueil des Traités de la Société des Nations, Vol. 58. p. 226 et op. cit. Vol 68. p. 374.

Mais le Pacte Kellogg-Briand (ou Pacte Parisien) signé en 1928 est beaucoup plus important que les pactes bilatéraux et régionaux, dans lequel les participants se sont dessaisis d'une façon générale de leur droit à ouvrir la guerre. Ainsi toutes les guerres se sont qualifiées d'injustes du côté de l'agresseur et l'Etat attaqué est en position de la légitime défense.

C'est intéressant en même temps que le texte du Pacte Kellogg-Briand ne contienne aucune disposition concernant la légitime défense même. Il s'explique que Kellogg, sous secrétaire d'Etat des affaires étrangères des Etats-Unis, l'un des promoteurs du pacte avait peur qu'il affaiblisse l'obligation de renoncer à la guerre si on faisait des exceptions,⁶⁵ ainsi sa conception initiale était rejeter la guerre.⁶⁶

En même temps, malgré le Pacte, dans les paroles des hommes politiques on voit hors de doute que selon eux la renonciation à la guerre ne concernait pas le droit des Etats à la légitime défense. Kellogg a motivé sa position de telle manière dans la note des Etats-Unis datée le 23 juin 1928.⁶⁷

"There is nothing in the American draft of an anti-war treaty which restricts or impairs in any way the right of self-defense. That rights is inherent in every sovereign state and is implicit in every treaty. Every nation is free at all times and regardless of treaty provisions to defend its territory from attack or invasion and it alone is competent to decide whether circumstances require recourse to war self-defense... Express recognition by treaty of this inalienable right, however, gives any effort to define aggression."⁶⁸

D'autres Etats se sont exprimés de même manière au sujet du Pacte Kellogg-Briand.⁶⁹

⁶⁵ Cf. S. *Calogeropoulos-Stratis*: op. cit. p. 220.

⁶⁶ Cf. I. *Brownlie*: op. cit. p. 235.

⁶⁷ La note contient le projet de traité des Etats-Unis qui a été envoyé, à l'Inde, à l'Afrique de Sud, en Grande Bretagne, en Allemagne, à l'Irlande, en Italie, au Japon, en Nouvelle-Zélande et en Pologne.

⁶⁸ I. *Brownlie*: op. cit. p. 236.

⁶⁹ Ainsi p.ex. Benes, homme politique tchécoslovaque a constaté à la 5^e assemblée de la Société des Nations: "La prohibition n'atteint que la guerre d'agression. Il va de soi qu'elle ne s'étend pas à la guerre défensive. Le droit de légitime défense demeure respecté comme il doit être." (I. *Brownlie*: *International Law and the Use of Force*, pp. 232-244.) Le projet de traité français qui a été remis le 20 avril 1928 aux Etats-Unis, en Grande-Bretagne, au Japon, en Allemagne et en Italie par le gouvernement français constate aussi que les parties renoncent à la guerre comme moyen de la politique nationale. "... sans entendre porter atteinte à l'exercice de leurs droits de légitime défense dans le cadre de traités existants..." (D. *Hunter Miller*: op. cit. p. 186.) Le gouvernement britannique a réservé lui aussi le droit de l'autodéfense dans sa note, adressée au gouvernement américain le 19 mai 1928: "... there are certain regions of the world the welfare and integrity of which constitute a special and vital interest for our peace and safety... Their protection against attack is to the British Empire a measure of self-defence." (D. *Hunter Miller*: op. cit. p. 196.) Le Japon, en relation du projet de traité a déclaré, lui aussi: "... la

La Charte de l'ONU a dépassé le Pacte Parisien en ce qui concerne la défense de guerre car elle interdit non seulement la guerre, mais la violence de toute sorte aussi, même la menace de violence dans les articles 2 et 4. En même temps, dans l'article 51, elle permet la légitime défense dans certains cas: "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 un objet d'une agression armée, jusqu'à ce que le Conseil de Sécurité ait pris les mesures nécessaires pour maintenir la paix et la sécurité internationales. Les mesures prises par des Membres dans l'exercice de ce droit de légitime défense sont immédiatement portées à la connaissance du Conseil de Sécurité et n'affectent en rien le pouvoir et le devoir qu' a le Conseil, en vertu de la présente Charte d'agir à tout moment de la manière qu'il juge nécessaire pour maintenir ou rétablir la paix et la sécurité internationales."

Mais l'article cité ne définit ni la notion de la légitime défense, ni celle de l'attaque armée et on ne trouve pas la définition de celles-ci dans d'autres dispositions de la Charte non plus. La situation est la même dans les contrats régionaux concernant la sécurité collective qui se sont conclus après la Charte de l'ONU, ainsi p.ex. selon l'article 21 de la Charte de Bogota prise en 1948 le cas de la légitime défense est considéré par les Etats américains comme exception à la défense de la violence,⁷⁰ mais il ne définit pas ce que la légitime défense veut dire.

De même manière, l'article 5 du Pacte Atlantique Nord ou l'article 4 d'ancien Pacte de Varsovie font allusion à la légitime défense mais aucun d'eux ne la définit, ils ne font que constater que les parties contractantes donneront leur assistance à l'Etat qui soit dans la position de légitime défense qualifiée par l'article 51 de la Charte des Nations Unies.

Bien que la codification du droit à la responsabilité dans le Commission du Droit International de l'ONU mentionne la légitime défense aussi, elle se présente comme une des circonstances excluant l'illicéité, mais on ne parle ni de la notion de la légitime défense, ni des conditions ou des limites des son emploi. L'article 34 du projet ne contient que le suivant: "L'illicéité d'un fait d'un Etat non conforme à une obligation internationale de cet Etat est exclue si ce fait constitue une mesure licite de légitime défense prise en conformité avec la Charte des Nations Unies."⁷¹

Comme on peut voir, l'allégation à la légitime défense n'ajoute rien à l'article 51 de la Charte. Mais par contre, les débats de plusieurs décennies sur la définition de la notion de l'agression et la définition prise en forme de décision en 1974 par l'Assemblée Générale des Nations Unies ont précisé de

proposition des Etats-Unies ne contient rien qui soit de nature à priver les Etats indépendants du droit de la légitime défense." (S. Calogeropoulos—Stratis: op. cit. p. 220.)

⁷⁰ L'article cité déclare: "The American States bind themselves in their international relations not to have recourse to the use of force, except in the case of self-defence in accordance with existing treaties or in fulfillment thereof."

⁷¹ ACDI, 1980. Vol. II. Partie II. p. 32.

beaucoup de points de vue la position des Etats surtout en ce qui concerne la notion de l'attaque armée, mais dans les débats sur l'agression la question de la légitime défense n'a été qu'un problème secondaire ou tertiaire. Ainsi p.ex. dans la définition prise enfin en 1974 c'est seulement l'article 6 qui peut être rapporté à légitime défense mais il ne constate que le suivant: la définition de l'agression ne concerne pas les dispositions de la Charte des Nations Unies,⁷² bien que la légitime défense même ne soit pas mentionnée tandis que les motions préjudicielles d'Etat différentes sont énumérées qui font du moins allusion à la légitime défense sans définition exacte.

Par conséquent, l'article 51 de la Charte des Nations Unies remue plus d'une question désormais aussi qui sont discutées dans le droit international. De même temps, les décisions de la Cour Internationale de Justice prises en 1984 et en 1986 au cours du conflit entre les Etats-Unis et le Nicaragua ont contribué pour beaucoup à préciser les questions susmentionnées par l'analyse desquelles on espère une élucidation supplémentaire.

II.

La légitime défense dans le droit coutumier international et dans la Charte des Nations Unies

La question se pose: la légitime défense est un nouveau droit venu de la Charte ou bien elle n'est que la limitation simple de l'auto-défense traditionnelle préexistante.

Plusieurs pensent que la Charte n'est pas la source d'un nouveau droit de l'auto-défense. Ainsi p.ex. *David* dit que la base de l'institution de la légitime défense tire son origine du droit coutumier international et la Charte n'a fait que l'emprunter.⁷³

L'un des fonctionnaires de direction du ministère des affaires étrangères du Japon (the Director-General of the Treaties Bureau) se déclare le même en juillet 1966: "The right of self-defense is an inherent right of States under general international law and not a right created by the Charter of the United Nations."⁷⁴

Mais plusieurs pensent, en même temps, que la Charte a limité le droit souverain préexistant des Etats. C'est ce qu'on trouve dans l'article de A.L.

⁷² "Rien dans la présente Définition ne sera interprété comme élargissant ou diminuant d'une manière quelconque la portée de la Charte y compris ses dispositions concernant les cas dans lesquels l'emploi de la force est légitime." (*Rivista di Diritto Internazionale*, 1975. Vol. LVIII. p. 393.)

⁷³ v. *David*: *Sankce v mezinarodnim pravu*, Brno, 1976. p. 55.

⁷⁴ *Sbigeru, Oda, Hisbasbi Owada*: *The Practice of Japon in International Law*, 1961-1970, Tokyo, 1982. p. 377.

Goodhart sur l'OTAN⁷⁵ et c'est ce que *J. Delivanis*⁷⁶ et *A. Eisenberg*⁷⁷ disent. La Cour internationale de Justice au cours de l'affaire "Nicaragua-Etats-Unis" a de même déclaré que le droit à la légitime défense individuelle ou collective prend racine dans le droit coutumier international.⁷⁸ D'où il résulte que la légitime défense soit l'exception à l'interdiction de l'intervention armée. *R. Ago*, le deuxième rapporteur de la codification concernant le droit de la responsabilité dans son huitième rapport devant le Commission du Droit International prend cette position: "Actuellement il nous est donc permis de voir dans la légitime défense la forme (disons mieux: la seule forme) d'"auto-protection armée" encore consentie a un Etat par le droit international en vigueur aujourd'-hui."⁷⁹

Bowett, lui, dit le même: les Etats jouissent tous les droits qui leur sont assurés par le droit général international, sauf ceux auxquels ils ont renoncé, conformément à la Charte.⁸⁰

Berber considère, lui aussi, la légitime défense comme exception à la défense de la violence.⁸¹ L'opinion de *A. Remiro Brotons*⁸² et celle de *Diaz de Velasco*⁸³ est la même. *V. David*, professeur tchécoslovaque qui qualifie, lui aussi la légitime défense d'exception à la défense de la violence, constate encore que le droit à la pratique de la légitime défense est une règle qui doit être employée sans condition (une règle d'un caractère *cogens*) car la disposition y relative de la Charte des Nations Unies (article 2, point 4) ordonnant la défense de la violence est *une norme cogens* (impérative) et c'est peut être seulement une autre norme impérative qui puisse faire une exception à une norme impérative.⁸⁴

⁷⁵ Ainsi *A.L. Goodhart* constate: "The Members of the United Nations when exercising their inherent power do so not by grant but by already existing right. The Chapter limits the sovereign rights of the states; it is not a source of those rights". (The North Atlantic Treaty of 1949. Recueil des Cours, 1951. II.T. 79. p. 192.)

⁷⁶ *J. Delivanis*: op. cit. p. 49.

⁷⁷ *A. Eisenberg*: La legitima defensa en el derecho internacional. Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (Rosario), 1959. p. 292.

⁷⁸ "Ainsi la Charte elle-même atteste l'existence du droit de légitime défense collective en droit international coutumier." (C.I.J. Recueil, 1986. p. 102.)

⁷⁹ A.C.D.I. 1980. Vol. II. Première partie, p. 51.

⁸⁰ *D.C. Bowett*: Self-defence... p. 185.

⁸¹ *F. Berber*: op. cit. 1962. II. p. 48.

⁸² *A. Remiro Brotons*: Derecho Internacional público I. Principios Fundamentales. Madrid, 1983. p. 184.

⁸³ *M. Diez De Velasco*: Instituciones de Derecho Internacional Público. 6^e ed. Madrid, 1982. Tomo I. p. 502.

⁸⁴ *V. David*: Sankce..., p. 54.

La Cour internationale de Justice dans son jugement formulé en 1986 considère, elle aussi, les dispositions dans l'article 51 comme exception à la défense de la violence.⁸⁵

Selon E. *Skakunov*, spécialiste soviétique, en revanche, s'il y a des exceptions à la défense de la violence, cela veut dire comme si le droit international contemporain "permettait" exceptionnellement de certaines sortes de droit à la guerre.⁸⁶ Les auteurs de grands manuels soviétiques disent le même.⁸⁷

D'un point de vue formel la légitime défense peut être en effet considérée comme exception à l'interdiction de la violence, mais cette conception n'est pourtant pas heureuse. Quant à moi, si deux actes, un juste et un injuste, se tiennent l'un contre l'autre, ce n'est pas convenable de dire que celui-là est une exception à celui-ci.

D'ailleurs, il n'existe pas en effet d'exception à la règle de droit qui défend la violence (qui est une règle impérative ou norme *cogens*)⁸⁸ puisque l'agression est injuste dans tous les cas, elle appartient à la catégorie des crimes nommés internationaux qui sont les violations de droit les plus graves.⁸⁹ Mais

⁸⁵ L'article 51 de la Charte des Nations Unies ainsi que l'article 21 de la Charte de l'Organisation des Etats américains mentionnent la légitime défense comme exception au principe de l'interdiction de l'emploi de la force. (Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci, fond, arrêt. C.I.J. Recueil 1986. p. 35 point 50.)

⁸⁶ E.I. *Skakunov*: op. cit. p. 8.

⁸⁷ "L'emploi des forces armées à titre de l'autodéfense ne signifie pas une exception au principe, rédigé au 4^e point de l'article 2 de la Charte des Nations Unies interdisant l'emploi de la force entre Etats." *Kours mejdunarodnogo pravo v sest'i tomakh*. T.IV. Moscou, 1968. p. 394.

⁸⁸ Au lieu de l'expression "jus *cogens*" je trouve plus convenable l'expression "norme impérative" qui signifie la norme qui doit être sans condition employée dans d'autres domaines du droit (p.ex. en droit privé international) et par laquelle on entend les règles fondamentales d'ordre public dans le droit interne de l'Etat, et c'est le même dans le droit international. Ces normes d'intérêt public sont toujours des règles de droit ayant un caractère universel "la domination absolue desquelles se montre intérêt de toute la communauté internationale de droit." (György *Haraszti*: *A nemzetközi szerződések jogának főbb fejlődési tendenciái* (Les tendances principales du développement du droit des accords internationaux). *Jogtudományi Közlöny*, 1969, Numéro 12. p. 631.)

⁸⁹ L'article 19 du projet de codification sur la responsabilité internationale dans la Commission Internationale de Droit contient le suivant sur le crime international: "2. Le fait internationalement illicite qui résulte d'une violation par un Etat d'une obligation internationale si essentielle pour la sauvegarde d'intérêts fondamentaux de la communauté internationale que sa violation est reconnue comme un crime par cette communauté dans son ensemble constitue un crime international. 3. Sous réserve des dispositions du paragraphe 2 et d'après les règles du droit international en vigueur, un crime international peut notamment résulter:

a) d'une violation grave d'une obligation internationale d'importance essentielle pour le maintien de la paix et de la sécurité internationales comme celle interdisant l'agression;..." (ACDI 1980. Vol. II. Deuxième partie, p. 31.) Sur les crimes internationaux cf. V. *David*: *Mezinárodní*

la légitime défense n'est pas une variation permise d'un acte d'ailleurs défendu, elle est une autre catégorie, c'est-à-dire *elle est un acte juste qui se dirige contre le détournement d'un acte injuste.*

Si la légitime défense peut être au fond une exception, elle peut être considérée comme *exception à l'interdiction du pouvoirs personnel.*

En même temps, les auteurs cités ont raison quand ils disent que la légitime défense comme catégorie internationale s'est réalisée non pas depuis la Charte des Nations Unies mais, depuis l'entrée en vigueur du Pacte de la Société des Nations, c'est-à-dire depuis que la guerre agressive est injuste dans certains cas. C'est se voit dans le texte de l'article 51 où les expressions "inherent right", "derecho inmanente", "droit naturel" et "neotjemlemoe pravo" portent à supposer — si le sens n'est pas exactement le même⁹⁰ — *qu'il s'agit plutôt de l'admission d'un droit préexistant* que la formation d'un nouveau droit. Mais l'expression "droit naturel" dans le texte français n'est pas heureuse — comme Y. Dinstein professeur israélien constate fort bien — parce qu'elle se rapporte à l'institution anachronique de jus naturale qui est déjà une institution dépassée. L'auto-défense comme droit assuré par le droit international ne peut tirer son origine que du droit positif international notamment de l'institution de la souveraineté.⁹¹

D'autre part, si la légitime défense est identique au droit de l'auto-défense préexistant, cela donne l'image que ce soit un ancien droit avec un ancien contenu qui s'apparaisse sous un nouveau nom. Et ça demande par ailleurs de mettre les questions contestables au point, et la question se pose que si l'ancien droit de l'auto-défense connaissait l'auto-défense préventive, la légitime défense moderne peut être préventive, elle aussi, ou non. Je retourne à cette question plus tard car sa mise au point dépend d'autres problèmes à analyser après.

Donc, la première question: dans quelles conditions l'Etat soit en position de légitime défense?

En examinant le texte de l'article 51, on n'a pas de doute que la position de légitime défense soit provoquée par une attaque armée, c'est-à-dire *il n'y a*

zlociny ajejichprávní následky (Les crimes internationaux et leurs conséquences juridiques) Acta Universitatis Brunensis, Juridica No. 72. Brno, 1988. et B. Graefrath: Völkerrechtliche Verantwortlichkeit für internationale Verbrechen. In: Probleme des Völkerrecht, Berlin, 1986. pp. 89. et ss.

⁹⁰ Ainsi l'expression "neotjemlemoe pravo" dans le texte russe est conforme plutôt au "droit inalienable" dans le texte français et à l'expression "indefeasible right" dans le texte anglais (soit dit en passant, la traduction allemande de la Charte emploie, elle aussi l'expression conforme à cela "unverausserliche Recht") tandis que l'expression espagnole "derecho inmanente" est plutôt conforme à l'expression française "droit immanent" et est tout à fait identique avec l'expression anglaise "inherent right".

⁹¹ Y. Dinstein: War, Aggression and Self-Defence, Cambridge, 1988. pp. 169-170.

*pas de légitime défense sans telle attaque.*⁹² Cette position est généralement admise dans la jurisprudence internationale, ainsi K.A. *Baguinyan*,⁹³ U.K. *Sobakin*,⁹⁴ E.I. *Skakunov*,⁹⁵ H. *Kelsen*,⁹⁶ A. *Verdross*,⁹⁷ J. *Kunz*,⁹⁸ L. *Lamberti Zanardi*,⁹⁹ L.A. *Podesta Costa*¹⁰⁰ et E. *Jimenez de Aréchaga*¹⁰¹ sont du même avis. Pendant la codification dans le Commission du Droit International R. Ago considère, lui aussi, la légitime défense comme défense contre l'attaque armée.¹⁰² Cette position de la jurisprudence se repose sur la pratique des Etats. Les Etats, d'ailleurs, ont considéré l'attaque injuste déjà devant la II^e guerre mondiale comme condition première de la légitime défense, ainsi p.ex. c'était la position officielle de la Suisse en 1929.¹⁰³

Au cours de l'élaboration de la Charte des Nations Unies plusieurs délégués se sont déclarés que c'est seulement une réaction à une attaque qui peut être qualifiée de légitime défense.¹⁰⁴

La pratique des Etats de nos jours montre le même. *Morozov*, délégué soviétique dans le Comité spécial qui s'occupait de la définition de l'agression a dit. p.ex. que la légitime défense ne peut être justifiée que par l'attaque

⁹² C.A. *Pompe*, spécialiste hollandais caractérise avec justesse le rapport l'agression et l'autodéfense: "... si l'Etat n'est pas agresseur, il agit toujours en état de légitime défense, ainsi les actes qui ne se qualifient pas d'agression sont toujours des actes de légitime défense." (C.A. *Pompe*: *Agressive War an International Crimes*, Gravenhage, 1953. p. 55.)

⁹³ K.A. *Baguinyan*: *Borba Sovietskogo Soyuza protiv agressii*, Moscou, 1959. p. 237.

⁹⁴ U.K. *Sobakin*: *Kollektivnaya bezopasnosti garantiya mirnogo sosoustsestvovaniya*, Moscou, 1962. p. 302.

⁹⁵ E.I. *Skakunov*: op. cit. p 92. et ss.

⁹⁶ H. *Kelsen*: *The Law of the United Nations*, London, 1951.

⁹⁷ A. *Verdross* constate analysant le sens de l'article 51: "Le droit de légitime défense individuelle ou collective est donc strictement réservé du cas d'une agression armée." Idées directrices de l'Organisation des Nations Unies, Recueil des Cours, 1955. T. 83. p. 59.

⁹⁸ J. *Kunz*: *Individual and Collective Self-Defence...* p. 877.

⁹⁹ P. *Lamberti Zanardi*: op. cit. p. 131.

¹⁰⁰ L.A. *Podesta Costa*: *Derecho Internacional Público*, Buenos Aires, 1979. Tomo I. p. 129.

¹⁰¹ E. *Jimenez de Aréchaga*: *La legitima defensa individual...* p. 330.

¹⁰² Cf. *Annuaire*, 1980. Vol. II. Première partie. p. 55.

¹⁰³ La Société des Nations à l'aide des questionnaires voulait savoir avant le congrès de codification de 1930 les positions des Etats membres concernant la responsabilité juridique internationale. La réponse suisse a été la suivante en relation avec la légitime défense: "... le droit de légitime défense ... a pour condition essentielle l'existence d'une agression injuste, contraire au droit." (P. *Guggenheim*: *Répertoire suisse de droit international public. Documentation concernant la pratique de la Confédération en matière de droit international public 1914-1939*. Bern, 1975. Vol. III. p. 1712.)

¹⁰⁴ Cf. P. *Lamberti Zanardi*: op. cit. p. 233. et ss.

armée.¹⁰⁵ Dans le même Comité, le représentant de la Chypre a affirmé: "Only an armed attack justified the exercise of the right of self-defence."¹⁰⁶

Les Indes¹⁰⁷ ou la France¹⁰⁸ ont insisté sur la même opinion dans le Conseil de Sécurité.

En 1966, l'un des fonctionnaires de direction du ministère des affaires étrangères du Japon a déclaré de la même manière: "Under the theory of international law, the right of self-defense would arise if the initial attack by North Vietnam was an illegal use of force. The defensive action taken against this attack would be justified as an exercise of the right of self-defense..."¹⁰⁹

Il est à noter que les textes officiels de la Charte des Nations Unies sont différents les uns des autres en ce qui concerne l'expression "attaque armée". Les expressions "armed attack" (anglais), "ataque armada" (espagnol) et "vooroujennoe napadenie" (russe) sont exactement conformes, mais l'expression française "agression armée" ne semble pas être exacte puisque l'agression est une notion plus large que celle de l'attaque. Ainsi l'emploi du mot français diffère un peu de celui d'anglais, d'espagnol ou de russe. C'est plutôt l'expression "attaque armée" qui pourrait mieux répondre aux expressions susmentionnées; elle est d'ailleurs employée dans le texte français de l'article 5 du Pacte Atlantique Nord.

La deuxième question: la réglementation de la légitime défense d'après l'article 51 est-elle la seule possibilité d'exposer la défense juste ou bien on peut se défendre sur la base du droit coutumier général international aussi? En ce qui concerne cette question, *Vassilenko*, spécialiste ukrainien est d'avis que l'infraction aux normes du droit international donne autorisation aux sujets de droit à prendre toutes mesures nécessaires pour défendre leurs droits et intérêts, mais elles ne peuvent pas être à l'opposé du droit international en vigueur, surtout à l'opposé du droit international en vigueur, surtout à l'opposé de l'article 51 de la Charte des Nations Unies parce qu'elle a été prise dans la période où l'auto-défense selon le droit général international "a été exclue du droit international".¹¹⁰

Donc, on peut se défendre d'après le droit coutumier international aussi, mais cette possibilité est limitée par la Charte des Nations Unies. J. Stone

¹⁰⁵ E. *Jimenez de Aréchaga*: La legitima defensa individual... p. 332., note 21.

¹⁰⁶ I. *Bruba*: Die Definition der Aggression, Schriften zum Völkerrecht, Band 66, Berlin, 1980. p. 166., note 17.

¹⁰⁷ E. *Jimenez de Aréchaga*: La legitima defensa individual... p. 331.

¹⁰⁸ A la réunion du Conseil de Sécurité le 2 juin 1958 M. Georges Picot, représentant de la France a déclaré: "L'article 51 en effet n'autorise l'exercice du droit de légitime défense que dans le cas où un membre des Nations Unies est l'objet d'une agression armée jusqu' à ce que le Conseil de Sécurité ait pris des mesures nécessaires pour maintenir la paix. Ce texte prévoit donc une éventualité celle d'agression armée..." (A.Ch. *Kiss*: Répertoire de la pratique française en matière de droit international public, Paris, 1969, T. VI. p. 71.)

¹⁰⁹ Shigeru *Odà*, Hisashi *Owada*: op. cit p. 377.

¹¹⁰ V.A. *Vassilenko*: Mejdounarodno pravoviya sanktsii, Kiev, 1982. pp. 22-23.

pense, lui aussi, qu'il est possible de se défendre sur la base du droit coutumier international: "Within the limits of Article 51 the licence of self-defense is reserved even if some other provisions of the Charter apparently forbid it. Beyond these limits self-defense by all States still depends on customary international law as modified (in the case of Member) by any specific prohibitions elsewhere in the Charter."¹¹¹

R.W. *Tucker* voit de même que le droit coutumier permet de prendre des mesures d'auto-défense contre les actes qui mettent en danger la sécurité et l'indépendance de l'Etat.¹¹²

On se demande si cette auto-défense d'après le droit coutumier international en quoi est plus ou différente de la légitime défense permise dans l'article 51. Et une question précédente: une institution juridique internationale qui s'était produite dans le droit coutumier et a été insérée plus tard dans un traité peut être une règle applicable séparément du droit coutumier et peut servir de référence ou non?

La Cour internationale de Justice s'occupait dans le détail de toutes les deux questions dans ses décisions prises au cours des débats entre le Nicaragua et les Etats-Unis. La prise de position était nécessaire parce que le Nicaragua s'est reportée à l'attitude de violation de traité des Etats-Unis et en même temps a demandé la Cour de constater la violation du droit coutumier international de la part des Etats-Unis.¹¹³

La plupart des actes exposés étaient des violations de droit (recours à la force ou les menaces de la force contre le Nicaragua, intervention dans les affaires intérieures de ce pays) qui sont défendues par le droit coutumier international aussi que par des contrats internationaux comme p.ex. la Charte des Nations Unies, la Charte de l'Organisation des Etats américains, le Traité d'amitié, de commerce et de navigation, signé en 1956 à Managua par le Nicaragua et les Etats-Unis. Mais quand les Etats-Unis ont accepté en 1946 la compétence de la Cour internationale, ont fait des réserves qu'en cas des débats provenant d'un contrat multilatéral les Etats-Unis ne se soumettent que si tous

¹¹¹ J. *Stone*: *Legal Controls of International Conflict*. London, 1954. p. 244.

¹¹² R.W. *Tucker*: *Reprisals and Self-Defence: The Customary Law*, AJIL 1972. p. 589.

¹¹³ Ainsi p.ex. le point b) de la requête du Nicaragua demande à la Cour de déclarer le suivant: "That the United States, in breach of its obligation under general and customary international law has violated and is violating the sovereignty of Nicaragua by:

- armed attacks against Nicaragua by air, land and sea;
- incursions into Nicaragua territorial waters;
- serial trespass into Nicaraguan airspace;
- efforts by direct and indirect means to coerce and intimidate the Government of Nicaragua.

Les points c), d) et f) de la requête nicaraguenne se reportent, eux aussi à la violation du droit coutumier général. (Cf. I.C.J. Reports 1986. pp. 18-19.)

les Etats visés prennent part dans le procès ou si les Etats-Unis admettent la compétence de la Cour dans un communiqué spécial.¹¹⁴

Selon les Etats-Unis ce sont Le Honduras, Le Costa-Rica et le Salvador qui pouvaient être les Etats visés mais, ils n'ont pas participé à la procédure.¹¹⁵

Ainsi la Cour internationale devait juger la plainte du Nicaragua d'une part d'après le contrat bilatéral signé en 1956, d'autre part sur la base du droit coutumier international.

La Cour, en liaison avec l'existence et l'emploi de la règle de droit coutumier international rédigée dans une convention le 26 novembre 1984, a pris une décision qui était à l'opposé de la position des Etats-Unis: "La Cour ne peut rejeter les demandes nicaraguayennes fondées sur les principes du droit international général et coutumier au seul motif que ces principes sont repris dans les textes des conventions invoquées par le Nicaragua. Le fait que les principes susmentionnés, et reconnus comme tels, sont codifiés ou incorporés dans des conventions multilatérales ne veut pas dire qu'ils cessent d'exister et de s'appliquer en tant que principes de droit coutumier, même à l'égard de pays qui sont parties auxdites conventions. Des principes comme ceux du non-recours à la force, de la non-intervention, du respect de l'indépendance et de l'intégrité territoriale des Etats et de la liberté de navigation conservent un caractère obligatoire en tant qu'éléments du droit international coutumier bien que les dispositions du droit conventionnel auxquelles ils ont été incorporés soient applicables."¹¹⁶

La Cour dans son jugement fond, formulé le 27 juin 1986 a confirmé sa position précédente: "Il est hors de doute que les problèmes d'emploi de la force et de légitime défense collective soulevés dans la présente instance sont réglementés à la fois par le droit international coutumier et par des traités, en particulier la Charte des Nations Unies."¹¹⁷

Selon la Cour s'il y a une législation parallèle, le droit coutumier ne perd pas la possibilité de l'emploi spécial même s'il est conforme totalement au point de vue de contenu à la norme contractuelle.¹¹⁸

¹¹⁴ Ça a été ladite réserve de Vandenberg. (Cf. *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua*, Judgment of 26 Novembre 1984. I.C.J. Reports, 1984. pp. 421-422. et. cf. l'opinion particulière de S. *Schwebel*, *ibid.* p. 602.

¹¹⁵ Bien que le Salvador ait présenté une demande d'intervention, la Cour l'a refusée le 4 novembre 1984. (Cf. le rejet et les motifs: Ordonnance, 4.10.1984. C.I.J. Recueil, 1984. p. 216.)

¹¹⁶ C.I.J. Recueil, 1984. pp. 424-425, point 73.

¹¹⁷ C.I.J. Recueil, 1986. p. 27, point 34.

¹¹⁸ "... lors même qu'une norme conventionnelle et une norme coutumière intéressant le présent litige auraient exactement le même contenu la Cour ne verrait pas là une raison de considérer que l'intervention du processus conventionnel doit nécessairement faire perdre à la norme coutumière son applicabilité distincte." (C.I.J. Recueil, 1988. p. 94. point 175.) La Cour répète cette position dans le paragraphe 179 du même arrêt: "Il est donc clair que les règles du droit international coutumier conservent une existence et une applicabilité autonomes par rapport

La légitime défense exercée en vertu du droit coutumier international universel, selon D. *Bowett* en dehors de rendre juste l'emploi de la force, peut être employée dans le cas aussi où la fonction de l'auto-défense est "qu'elle justifie les actes d'ailleurs injustes qui sont nécessaires pour défendre les droits importants de l'Etat contre les violations de droit d'autres Etats."¹¹⁹

L'un des droits importants est p.ex. selon *Bowett* la *défense des citoyens*; si la sécurité des citoyens est menacée sur le territoire d'un autre Etat, l'emploi de l'agression ou la menace de l'agression est "généralement admise" (generally admitted).¹²⁰

Comme O. *Schachter* constate les Etats les décennies dernière se sont reportés à 7 autres titres de légitime défense — en dehors de la défense des citoyens. Les titres étaient p.ex. la protection des terroristes par un Etat sur son territoire, l'expéditions d'armes aux insurgés, la libération des otages ou le détournement d'une attaque prétendue, etc.¹²¹

En ce qui concerne la défense des citoyens, elle avait un grand nombre d'adeptes dans l'ancienne théorie du droit international¹²² aussi que dans la jurisprudence contemporaine (surtout américaine). P.ex. O. *Schachter* dit que l'Etat peut défendre ses citoyens à l'étranger même *par la voie des armes* et ça peut être légal s'ils sont gravement menacés et si l'Etat territorial n'est pas capable de les défendre ou se refuse à la faire.¹²³

L'intervention nommée humanitaire est considérée comme juste par certains auteurs modernes, p.ex. par H. *Waldock*¹²⁴ ou M.B. *Baker*.¹²⁵

L'intervention armée à titre de la défense des citoyens s'est rencontrée assez souvent dans la pratique des Etats. C'étaient surtout les Etats-Unis qui s'en sont servis très souvent: entre 1813 et 1899 les Etats-Unis ont engagé des

à celles du droit international conventionnel lors même que les deux catégories de droit ont un contenu identique." (C.I.J. Recueil, 1986. p. 96.)

¹¹⁹ D. *Bowett*: Self-Defence... pp. 269-270.

¹²⁰ D. *Bowett*: Self-Defence... p. 87.

¹²¹ Cf. D. *Schachter*: Self-Defence and the Rule of Law, AJIL 1989. Vol. 83. p. 271.

¹²² On doit mentionner là le spécialiste américain, E. *Borchard*, qui considère le transport des troupes à un Etat étranger comme juste à titre de la protection des citoyens et cette idée est motivée selon lui par cinq causes. (E. *Borchard*: Diplomatic Protection of Citizens Abroad, New York, 1916. p. 449.) A. von *Wachter* considère, lui aussi l'intervention comme juste pour la cause humanitaire: "Es lässt nicht bestreiten, dass in einzelnen Fällen ein Recht zur Intervention besteht, wenn allgemeine Grundsätze der Menschlichkeit in gröblichster Weise verletzt werden." (Die völkerrechtliche Intervention als Mittel der Selbsthilfe, Inaugural-Dissertation, München, 1911. p. 50.)

¹²³ O. *Schachter*: The Lawful Resort to Unilateral Use of Force, Yale Journal of International Law, 1985. p. 291.

¹²⁴ Voir H. *Waldock*: The Regulation of the Use of Force by Individual States in International Law, Recueil des Cours, 1952. T. 81. p. 503.

¹²⁵ "The right of a state to protect its nationals in a foreign country is an integral part of the right of self-defence." (M.B. *Baker*: op. cit. p. 38.)

troupes 46 (!) fois dans l'Amérique Latine sous prétexte de la défense des citoyens¹²⁶. Il y avait un grand nombre d'interventions à même titre plus tard et de la part d'autres Etats aussi. Ainsi p.ex. en 1951, quand on a nationalisé une firme britannique la Compagnie anglo-iranienne de pétrole à l'Iran, c'était une escadre britannique qui s'est apparue sur le fleuve Shatt al-Arab et au port Abadan à titre de "la défense des citoyens britanniques."¹²⁷

Dans un autre cas, une intervention franco-anglo-israélienne s'est dirigée contre l'Égypte le 1 novembre 1956. Elle a été motivée par Lord Chancellor dans le Parlement: "... we have three good grounds for intervention: the danger to our nationals, for exemple, those at Ismailiya; the danger to shipping in the canal...; and the danger to the enourmously valuable installations in the canal itself..."¹²⁸

Selon *Bowett* les motifs ont une ombre au tableau: ce n'est pas la négligence des autorités égyptiennes mais l'attaque israélienne qui a provoqué le danger et, l'action britannique s'est exclusivement dirigée contre l'Égypte.¹²⁹

En 1976 l'Israel a pris l'offensive avec un commando contre le port Entebbe à l'Ougande, et les motifs étaient les mêmes. Ou bien, en 1983 les Etats-Unis ont attaqué la Grenade sous le même prétexte. Ces deux exemples montrent bien que la pratique de telle sorte est vivante jusqu' à nos jours. Et de plus, c'était la position officielle politique des Etats-Unis comme R. Reagan, ex-président américain a déclaré en 1986 à l'occasion du bombardement américain contre la Lybie: "When our citizens are abused or attacked anywhere in the world, on the direct orders of a hostile regime, we will respond, so long as I a in this Oval office. Self-defence is not only our right, it is our duty."¹³⁰

Le successeur de Reagan, G. Bush, président actuel des Etats-Unis continue la politique de son précurseur et le 20 décembre 1989 il a motivé de telle manière, entre autres, les agressions armées contre la République de Panama: dans la République quelque 35 mille de citoyens américains étaient menacés directement et, lui, le président était obligé (was obligated) de défendre la vie des Américains.¹³¹

L'opinion fort répandue est que les règles de droit coutumier en liaison avec la défense d l'agression et celles qui déterminent l'applicabilité de la légitime défense sont les mêmes tout comme les règles dans la Charte des Natikons Unies. C'était là à quoi les Etats-Unis se sont reportés au cours du

126 H. *Waldock*: The Regulation of the Use of Force... p. 296.

127 I. *Brownlie*: International Law and the Use... p. 296.

128 D. *Bowett*: Self-Defence.... p. 104.

129 D. *Bowett*: Self-Defence... ibid. Par rapport de cet exemple E. Jimenez de Arécbaga constate que la légitime défense se serait dirigée soit contre l'Israel, soit contre la France ou la Grande-Bretagne, mais pas contre l'Égypte. (E. *Jimenez de Arécbaga*: La legitima defensa individual... p. 333.)

130 Voir M.B. *Baker*: op. cit. p. 44.

131 Voir T.J. *Farer*: The Validity of United States Intervention in Panama under International Law, AJIL, 1990. p. 494.

procès élevé par le Nicaragua¹³² et la même position a été prise par le Commission du Droit International: "...la grande majorité des spécialistes du droit international soutiennent aujourd'hui, sans aucune hésitation, que le paragraphe 4 de l'article 2, ainsi que d'autres dispositions de la Charte énoncent avec toute l'autorité voulue le droit coutumier moderne concernant la menace ou l'emploi de la force."¹³³

R. Ago, le deuxième rapporteur du projet de responsabilité du Commission du Droit International partage cette opinion,¹³⁴ en ce qui concerne l'article 51: "... les représentants des Etats n'ont fait que traduire en termes écrits-que, codifier, en d'autres termes – les idées et les principes qu'ils ont trouvés inscrits dans leur conscience juridique, dans leur *opinio juris*, au moment où ils ont procédé à la rédaction de la Charte."¹³⁵

La Cour internationale de Justice était d'un avis différent de celui des États-Unis: on trouvait dans la Cour les dispositions de la Charte concernant la légitime défense et les règles respectives de droit coutumier ne sont pas exactement les mêmes car la Charte ne donne pas de règles détaillées de l'institution de la légitime défense mais elle se reporte au droit coutumier en matière d'elles. Selon la Cour, la Charte "... ne comporte pas la règle spécifique – pourtant bien établie en droit international coutumier – selon laquelle la légitime défense ne justifierait que des mesures proportionnées à l'agression armée subie, et nécessaires pour y riposter ... Les domaines réglementés par l'une et par l'autre source de droit ne se recouvrent donc pas exactement et les règles n'ont pas le même contenu."¹³⁶

En revanche, la Cour n'a jamais affirmé qu'il soit une différence entre le droit conventionnel et la norme de droit coutumier *relativement à la défense de l'agression*. Selon elle *cela es présidée* de même manière *par tous les deux droits* et les parties sont d'accord, elles aussi.¹³⁷

¹³² "Article 2/4/ of the Charter is customary and general international law" (I.C.J. Reports, 1986. p. 99.)

¹³³ ACIDI 1966. vol. II. p. 269.

¹³⁴ "... les auteurs qui sont allés les plus au fond du problème à l'examen ont très bien mis en évidence la vérité (de laquelle nous sommes profondément convaincus) que le principes en vigueur dans le droit international général à l'époque de la rédaction de la Charte ne diffèrent en rien, sur le fond de la question, de ceux que ses auteurs ont consacrés à l'Article 51. Toute la question du conflit entre deux règles prétendument différent qui auraient été et qui seraient respectivement en vigueur dans le droit international général et dans le système juridique des Nations Unies est une question artificiellement posée, qui n'est basées sur aucune réalité." (Annuaire de CDI, 1980. Vol. II. Première partie. p. 65.)

¹³⁵ Voir Annuaire de CDI, 1980. Vol. II. Première partie, p. 65.

¹³⁶ C.I.J. Recueil, 1986. p. 94. point 176.

¹³⁷ "La Cour constate donc que les Parties sont d'accord pour considérer que les principes relatifs à l'emploi de la force que figurent dans la Charte des Nations Unies correspondent pour l'essentiel à ceux qui se retrouvent dans le droit international coutumier." (C.I.J. Recueil, 1986. p. 99. point 188.)

Ensuite, la Cour a constaté que c'est une *opinio juris* qui s'est formée dans le droit coutumier international en ce qui concerne le caractère obligatoire de la défense de l'agression.¹³⁸

Même s'il y a une différence entre le droit à la légitime défense rédigée dans la Charte des Nations Unies et le droit de l'auto-défense admis par le droit coutumier international, *ce n'est pas dans l'interdiction de l'emploi de l'agression que cette différence se montre*. Le droit coutumier international contemporain ne considère, lui non plus comme juste l'emploi des forces, manque d'une attaque armée. *Ainsi, dans les cas susmentionnés il n'y avait pas d'attaque, donc l'acte fait à titre de la défense des citoyens ne peut pas être qualifié de légitime défense. En ce cas-là, l'emploi des forces armées heurtent ainsi que contre l'article 2, point 4 de la Charte des Nations Unies, tout comme contre les normes relatives du droit coutumier international; c'est-à-dire une telle action est injuste.*

Donc, une action faite à titre de la défense des citoyens ne se montre pas légitime défense, c'est pourtant une "intervention humanitaire" qui soit une notion fort discutable. Comme A. Cassese remarque à ce propos: "la communauté internationale rejette la théorie de l'intervention humanitaire."¹³⁹

Ce travail ne se charge pas de traiter la question en son détail parce qu'elle dépasse le problème de la légitime défense. Je veux préciser seulement que manque d'une attaque armée on ne doit pas recourir à la légitime défense. *On ne peut parler de la légitimité de l'intervention humanitaire que — tout au plus et dans certains cas particulier — dans la nécessité,*¹⁴⁰ ainsi p.ex. si on veut délibérer les propres citoyens qui sont tombés dans les mains des terroristes sur le territoire d'un autre Etat et qui sont en danger, mais dans le cas seulement où cet autre Etat n'a pas de forces convenables instruites dans ce but ou bien c'était notamment l'autre Etat qui a pris les otages. Dans un passé tout récent on s'est reporté aux deux cas: un exemple du premier est donné par l'action militaire israélienne en 1976 à l'aéroport d'Entebbe tandis que celui du deuxième est donné par l'action infructueuse des Etats-Unis à Téhéran en 1980 quand les Etats-Unis ont tenté de délibérer les membre capturés de l'ambassade. Mais justement dans les deux cas les Etats se sont mal reportés à la légitime défense car leurs actes étaient plutôt *un acte de nécessité* fait dans l'état de nécessité. C'est une autre question qui se pose aussi: la défense contre une attaque armée est-elle la seule action préventive juste ou bien on peut se défendre contre d'autres violations de droit international aussi?

Il est hors de doute qu'il y ait des actes injustes qui font outrage à la souveraineté de l'Etat mais qui ne sont pas qualifiés d'attaque dans le plus juste

¹³⁸ Cf. C.I.J. Recueil, 1986. pp. 99–100. point 188.

¹³⁹ A. Cassese: *Why States Use force with Impunity. The "black holes" of international law*. In: A. Cassese: *Violence and Law the Modern Age*, transl. S.J.K. Greenleaves. Polity Press 1988. p. 43.

¹⁴⁰ W.D. Verwey: est de même avis: *Humanitarian intervention under international law*, Netherlands International Law Review 1985. p. 413. et ss.

sens du terme, c'est-à-dire qui ne contiennent pas l'emploi des forces armées pour les supprimer, on peut employer avec succès des actions préventives.

Ayant un tel caractère est p.ex l'utilisation illégitime de l'air territorial d'un autre Etat ou bien la production d'huile sans permission sur le plateau continental, ou la pêche illégale dans la mer territoriale d'un Etat étranger. Cet Etat peut agir avec actions préventives contre tout ça. C'est la conséquence logique du fait qu'il n'y aucune règle de droit international — y compris la Charte des Nations Unies — qui oblige l'Etat de supporter n'importe quelle violation de droit. De plus, du rapport de responsabilité qui résulte de la violation de droit l'Etat ait le droit à employer des sanctions contre l'acte injuste.¹⁴¹

Conformément à cela, l'Etat peut se défendre non seulement contre l'attaque armée, mais contre toutes les violations de droit, qui sont dirigées contre ses droits souverains. Mais, étant donné qu'en vertu de la Charte des Nations Unies on ne peut employer de forces armées que contre une attaque armée, c'est-à-dire dans une situation de légitime défense, cette violation commise sans forces armées doit être prévenue, elle aussi, sans forces armées.

Le jugement rendu par la Cour internationale de Justice en 1986 déclare catégoriquement l'interdiction de l'application des forces armées et il considère ce principe comme règle obligatoire fondée sur l'opinio juris de l'Etat,¹⁴² l'exception à laquelle n'est que la défense contre l'attaque armée. Quant aux dispositions de la Charte concernant la défense des forces armées le jugement cite la déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre Etats conformément à la Charte des Nations Unies (résolution 2625/XXV) de l'Assemblée général, dans laquelle on trouve les passages suivants: "Aucune disposition des paragraphes qui précèdent ne sera interprétée comme élargissant ou diminuant de quelque manière que ce

¹⁴¹ Cette position est généralement admise. H. Fiumel, spécialiste polonais constate p.ex.: "... la responsabilité juridique internationale de l'Etat conduit à l'obligation qu'il doit supporter les conséquences et désavantages qui viennent du fait qu'il a violé ses obligations concrètes internationales." (H. Fiumel: W sprawie pojęcia odpowiedzialności państwa we współczesnym prawie międzynarodowym — Sur la conception de la responsabilité d'Etat en droit international contemporain, Państwo i Prawo, 1976. No.3. p. 39.) L'opinion de Géza Herczegb: La responsabilité internationale de l'Etat (Az állam nemzetközi felelőssége) Állam- és Jogtudományi Enciklopédia, Budapest, 1980, I. kötet (Vol. 1.) p. 386., de P. Kouris: Mejdounarodnie pravonarouchenia i otvetstvennost gosoudarstva, Vilna, 1973. p. 49.; de G. Tunkin: op.cit. pp. 295–296.; de D.B. Lévine: Otvetstvennost gosoudarstva v sovremennom mejdounarodnom prave, Moscou, 1966. p. 11.; de V. David: Sankce v mezinárodním pravu, pp. 44–45.; de E. Graefrath—E. Oeser—R. Steiniger: op. cit. p. 213.; de P. Guggenheim: Les principes de droit international public, Recueil des Cours. T. 80. 1952. p. 132.; de M. Giuliano: Diritto Internazionale, Milano, 1974. I. p. 597.; de M.L. Forlani Picchio: La sanzione nel Diritto Internazionale, Padova, p. 29.; de H. Kelsen: Unrecht... p. 394. et ss. est la même.

¹⁴² Voir C.I.J. Recueil, 1986. pp. 100–101.

soit la portée des dispositions de la Charte concernant les cas dans lesquels l'emploi de la force est licite.¹⁴³

Donc, la défense sans force armées n'est pas interdite. Ainsi p.ex. si des bateaux d'un autre Etat pêchent sur la mer bordière d'un Etat, ça lèse l'Etat côtier dans son droit souverain et dans ses intérêts économiques contre lequel il peut agir et il peut se défendre. Par conséquent, dans le droit international on trouve *deux variations de la défense propre licite*: d'un part, la légitime défense contre l'attaque armée, rédigée dans l'article 51, d'autre part, la défense contre tous les actes qui violent les droits de l'Etat: c'est *l'auto-défense*. Une terminologie différente l'une de l'autre s'est formée pour les deux variations de défense même dans les langues aussi ou, — au lieu de l'expression "légitime défense" utilisée en hongrois, en italien, en français etc. — on emploie "l'auto-défense" pour marquer la défense réglementée par l'article 51 de la Charte des Nations Unies. C'est la situation en allemande, en russe et en anglaise. Ainsi p.ex. les spécialistes allemandes, B. *Graefrath*, E. *Oeser* et P.A. *Steiniger* désignent la défense contre l'attaque armée par l'expression "Selbstverteidigung" — conformément à la traduction officielle allemande de la Charte des Nations Unies — tandis que la défense contre les autres violations de la souveraineté par l'expression "Selbstschutz".¹⁴⁴

De même façon, il y a deux expressions pour marquer les deux sortes de défense dans la langue russe,¹⁴⁵ on anglaise.¹⁴⁶

Naturellement, on distingue l'une sorte de la défense de l'autre dans les langues aussi, ou emploie l'expression "légitime défense", cette distinction existe p.e. en espagnol, ou en italien.¹⁴⁷

¹⁴³ C.I.J. Recueil, 1986. p. 103. point 193.

¹⁴⁴ B. *Graefrath* — E. *Oeser* — R.A. *Steiniger*: op. cit. p. 73. Cette différenciation se trouve chez d'autres spécialistes de langue allemande aussi, mais la terminologie n'est pas la même. Ainsi p.ex. G. *Dahm* distingue lui aussi l'une défense de l'autre, mais marque toutes les deux par l'expression "Selbstverteidigung". (G. *Dahm*: *Völkerrecht*, Stuttgart, 1961. Band II. p. 424. et ss.)

¹⁴⁵ Ainsi p.ex. P. *Kuris* marque la défense contre l'attaque non armée par l'expression "samozachchita" tandis que la défense applicable contre l'attaque armée par l'expression "samooborona", l'expression qui se trouve dans le texte russe de la Charte. (op. cit. p. 42., V.A. *Vassilenko*, par contre, marque la défense contre une attaque qui ne se considère pas comme agression par l'expression "neobkhdimaya oborona", la défense contre l'agression par l'expression "samooborona". (op.cit. p. 89.)

¹⁴⁶ C.H. *Waldock* emploie ainsi les expression "self-defence" et "self-protection" pour marquer les deux sortes de défense. (op.cit. p. 495. et ss.) Cette expressions étaient utilisé dans la pratique des Etats-Unies aussi p.e. dans l'affaire de la mer Behring en 1893. (Cf J.B. *Moore*: *History and Digest of the International Arbitrations to Wich the United States Has Been A Party* Vol. I. Washington, p. 839. et ss.)

¹⁴⁷ A.E. *Eisenberg* désigne les variations de la défense par les expressions "legitima defenza" et "defensa propria" (op. cit.p. 934.) En italien on emploie "legittima difesa" et "tutela dei diritti", mais la distinction et utilisations de celles expressions n'est pas uniforme dans la doctrine

L'Islande a fourni un exemple pratique de la défense sans forces armées contre les violations de droit au cours de la guerre nommée "morue" où elle s'est défendue contre les mourutiers étrangers (surtout anglais) en découpant les filets. Ces bateaux ont pêché dans la zone islandaise reculée à 50 milles et l'Islande a trouvé ça injuste.¹⁴⁸ Cette démarche islandaise n'a visé qu'empêcher la pêche injuste, ainsi c'était une mesure de l'auto-défense, la fonction était la même comme celle-la de la légitime défense à cette différence près que cette défense s'est effectuée sans forces armées. Cette auto-défense, *ressemble beaucoup aux représailles* donc à la sanction, mais à mon avis, elle est pourtant différente d'elle. Que cette démarche ne soit pas simplement l'emploi d'une sanction, c'est-à-dire des représailles, c'est peut être démontré. dans ce cas-là l'indemnité s'est accomplie séparément ou bien, en cas de refus de l'indemnité on peut employer des représailles aussi.

Une autre différence en comparaison de la légitime défense juste contre l'attaque armée, c'est — comme l'arrêt de la Cour internationale de Justice, rendu en 1986 a constaté — que en cas d'une attaque sans forces c'est l'Etat attaqué seulement qui soit autorisé à deployer l'acte proportionnel défensif, d'autres Etats — non.¹⁴⁹

Cela veut dire qu'on ne peut exercer l'auto-défense collective que si un tel acte a violé en même temps plusieurs États. En pareil cas c'est évident que tous les Etats violés dans leurs droits peuvent prendre les mesures defensives.

Et enfin, une autre différence entre l'auto-défense et la légitime défense contre l'attaque armée est que l'Etat violé dans son droit est d'abord obligé de

italienne (Voir P.L. Zanardi op. cit. 24. et ss.) P.e. selon P.A. Sereni il y a "autotutela" pour prevenir un n'importe quelle acte illicite et "legitima difesa" qui suppose une attaque injuste (op. cit. III. p. 1526.) Par contre B. Conforti est d'avis que "autotutela" signifie une mesure coercitif, c'est à dire une sanction (p.e. telle est la représaille) et il serait plus correcte au lieu de legitima difesa parler de "autotutela" dans l'article 51 de la Charte aussi. (B. Conforti: Diritto Internazionale, Napoli 1988 p. 353-357.; R. Monaco quelque fois utilise au lieu de "legitima difesa" l'expression "autodifesa" aussi, selon lui c'est une sorte de la "autotutela" qui est une forme de la sanction (Manuale di Diritto Internazionale Pubblico, 1971. Torino, 637 et ss.)

¹⁴⁸ L'arrêt de la Cour Internationale de Justice, rendu en 1974 met en doute la légitimité de la réglementation islandaise sur la zone de pêche reculée à 50 milles et déclare que l'Islande n'avait pas droit à exiler les les bateaux de pêche anglais de la zone par un acte unilatéral. (Fischeres Jurisdiction (United Kingdom v. Iceland) merits, Judgment, I.C.J. Reports, 1974. p. 34)

¹⁴⁹ Dans le point 211 du jugement la Cour déclare: "De l'avis de la Cour, dans le droit international en vigueur aujourd'hui — qu'il s'agisse du droit international coutumier ou du systeme des Nations Unies — les Etats n'ont aucun droit de riposte armée 'collective' à des actes ne constituant pas une 'agression armée'" (C.I.J. Recueil, 1986. p. 110.) Dans le même jugement la Cour — après avoir constaté que les actes reprochés au Nicaragua par les Etats-Unis ne se considèrent pas comme agression armée — déclare: "Les faits reprochés au Nicaragua à supposer même qu'ils aient été établis et qu'ils lui soient imputables, n'auraient pu justifier des contre-mesures proportionnées de la part de l'Etat qui en aurait été victime... Ils ne sauraient justifier des contre mesures prises par un Etat tiers..." (C.I.J. Recueil, 1986. p. 127. point 249.)

trouver la solution convenable *par des voies pacifiques*, c'est-à-dire, d'après J. Žourek, l'auto-défense ne peut être applicable que secondairement,¹⁵⁰ notamment si la solution pacifique n'est pas possible.

Donc, la notion de droit coutumier de l'auto-défense est significativement différente aussi que de l'ancienne – d'avant 1920 – notion de l'auto-défense, tout comme de la légitime défense réglée dans l'article 51 de la Charte des Nation Unies.

III.

Délimitation entre la légitime défense et d'autres causes exclusive de l'illicéité ou responsabilité

On trouve dans tous les ordres juridiques les circonstances en cas desquelles un acte apparemment injuste ne soit pas illégal mais, c'est la seule constatation à propos de laquelle le droit international soit uni. Ainsi par exemple il y a de différentes opinions en ce qui concerne la question: ces circonstances excluent-elles la *responsabilité* ou bien l'*illicéité* de l'acte liée à celle-là?

Ch. *Rousseau* écrit des causes d'exonération de la responsabilité internationale qui peuvent faire disparaître la responsabilité internationale.¹⁵¹

Les remanieurs du manuel de Nguyen Quoc Dinh parlent des causes qui exonèrent de la responsabilité.¹⁵² Tandis que M. *Diez de Velasco* écrit "des causes qui font disparaître et font modifier" la responsabilité.¹⁵³

D. *Carreau* mentionne, lui aussi les circonstances qui exonèrent de la responsabilité mais les partage en deux: en circonstances d'atténuation et en celles d'exonération pour pouvoir indiquer son avis selon lequel pas toutes les circonstances exonèrent de la responsabilité.¹⁵⁴

E. *Jimenez de Aréchaga* désigne ces circonstances par l'expression "actes causant perte ou dommage, qui peuvent être considérés comme justes" (justifiable acts causing lots of damage)¹⁵⁵ mais, il ne les qualifie pas *ex pressis verbis*.

Au début de la codification de la responsabilité dans la Commission du Droit International le premier rapporteur, F.V. *Garcia Amador* mentionne dans

¹⁵⁰ J. Žourek: op. cit. p. 57.

¹⁵¹ Ch. *Rousseau*: Droit International Public, Tome V. Les rapports conflictuels, Paris, 1983. p. 89.

¹⁵² Nguyen Quoc Dinh – P. Daillier – A. Pellett: Droit International Public, 2^e éd. Paris, 1980. p. 698.

¹⁵³ "Causas de extinción y modificación de la responsabilidad internacional" (M. *Diez de Velasco*: Instituciones de derecho internacional público, Tomo I. 6^a edición. Madrid. 1982. p. 501.)

¹⁵⁴ D. *Carreau*: Droit International, 2^e éd. Paris, 1988. p. 407.

¹⁵⁵ E. *Jimenez de Aréchaga*: International Responsibility, in: M. Sørensen: Manual of Public International Law, London, Melbourne, Toronto, 1968. p. 541. et. ss.

son troisième rapport les causes exonérant de la responsabilité, mais il le complète encore: certaines circonstances non seulement atténuent la responsabilité de l'Etat mais elles peuvent l'aggraver.¹⁵⁶

D'autres mentionnent les circonstances excluant l'illicéité et pas la responsabilité, comme p.ex. J.A. *Pastor Ridruejo*,¹⁵⁷ R. *Monaco*,¹⁵⁸ *Neubold-Hummer-Schreuer*,¹⁵⁹ G. *Dabm*,¹⁶⁰ ou J. *Salmon*.¹⁶¹

La différence entre les deux opinions est que selon la première, on peut imaginer une illicéité internationale sans responsabilité,¹⁶² tandis que selon la deuxième terminologie il n'y a pas d'illicéité sans imputabilité.

La Commission du Droit International au cours de la codification aux Nations Unies a fini par admettre la deuxième conception — d'ailleurs majoritaire — qui est la conséquence logique du 3^e article du projet du Comité dans lequel s'écrit: "il y a fait internationalement illicite de l'Etat lorsque

a) un comportement consistant en une action ou en une omission est attribuable d'après le droit international à l'Etat; et

b) ce comportement constitue une violation d'une obligation internationale de l'Etat".¹⁶³

Si l'une des conditions manque on ne peut pas parler d'un acte illicite et de la responsabilité non plus, c'est-à-dire, d'après R. Ago: "...toute

¹⁵⁶ Le titre du chapitre VI dans le Rapport: Causes d'exonération de la responsabilité et circonstances atténuantes ou aggravantes. (ACDI 1958. Vol. II. p. 52.)

¹⁵⁷ "Causes que excluyen la ilicitud." (José A. *Pastor Ridruejo*: *Curso de derecho internacional público*, Seg. ed. Madrid, 1987. p. 512.)

¹⁵⁸ "Le circostanze escludenti l'illicitea" (R. *Monaco*: *Manuale di Diritto Internazionale Pubblico*, Seconda ed. Torino, 1971. p. 573.)

¹⁵⁹ H. *Neubold* — W. *Hummer* — Ch. *Schreuer*: *Österreichisches Handbuch des Völkerrechts*, Band I. Wien, 1983. p. 375.

¹⁶⁰ G. *Dabm*: op. cit. Band 3. pp. 212–213.

¹⁶¹ C'est le titre de l'une des oeuvres de J. *Salmon* aussi (Les circonstances excluant l'illicéité, in: *Responsabilité internationale*, Institut des Hautes Études Internationales de Paris, Collection publiée sous la direction de Prosper Weil, Paris, 1987/1988. pp. 89. et ss.)

¹⁶² Ainsi p.ex. Nguyen Quoc Dinh et ses collaborateurs pensent que la responsabilité internationale se compose de deux éléments: c'est un acte qui peut être considéré comme illégal et, de l'autre côté, cet acte soit imputable à un n'importe quel sujet de droit. Certaines causes excluent le premier élément tandis que d'autres le deuxième (Nguyen Quoc *Dinh* — P. *Daillier* — A. *Pellet*: op. cit. p. 698.), ainsi c'est absolument clair qu'on nomme tous les deux groupes des circonstances causes excluant la responsabilité. Selon cette conception il y a des actes qui peuvent être considérés comme illégitimes même manque de responsabilité. Cettes opinions voir dans le rapport de R. Ago, qui cite les exemples (Sperduti, Morelli, Gaja) dans son huitième rapport présenté à la Commission du Droit Internationale (voir ACIDI 1979. Vol. II. Première partie p. 29. note 115.)

¹⁶³ *Annuaire de CDI* 1979. Vol II. Deuxième partie p. 100.

circonstance excluant l'illicéité d'un fait a nécessairement pour effet d'exclure également la responsabilité".¹⁶⁴

Cette conception veut dire que *l'exclusion de la responsabilité est toujours la conséquence du manque de l'illicéité*, ainsi dans le droit international il n'y a pas d'exemples où la responsabilité ne s'accomplisse pas à cause d'un acte illicite mais, selon R. Ago cela peut être inimaginable en théorie tout au plus.¹⁶⁵

Mais par contre, si on ne considère pas l'imputabilité comme partie de l'acte illicite, mais considère comme facteur de la responsabilité, on peut mentionner "les causes excluant la responsabilité".

C'est une autre question que dans certains cas un acte permis peut s'accompagner de la responsabilité p.ex. si l'Etat prend une obligation particulière.

En même temps, le projet de la Commission du Droit International — comme on verra plus tard — dans une partie des circonstances excluant l'illicéité peut imaginer la réclamation des dommages intérêts aussi qui d'après le droit coutumier international ne peut se concevoir que si l'acte mentionné est resté illicite — même dans une moindre proportion. Mais si on peut réclamer des dommages—intérêts au dernier degré la responsabilité se montre, elle aussi bien que cette responsabilité soit de faible dimension, ayant un caractère matériel dans les cas où les circonstances n'excluent pas l'illicéité mais elles la réduisent. C'est très difficile à répondre à cette question sans analyse détaillé du problème compliqué des circonstances excluant l'illicéité, mais on peut établir que *il y a des circonstances qui excluent l'illicéité et par conséquent la responsabilité aussi, et il y a des circonstances qui n'excluent pas l'illicéité d'un acte mais réduisent la responsabilité.*

C'est un point de controverse aussi: quelles sont exactement les conditions excluant l'illicéité?

Selon Ch. Rousseau il y en a deux: la force majeure et l'état de nécessité. D. Carreau écrit dans son manuel de deux circonstances atténuantes: du cas d'imprécision des règles du droit international et du comportement de la victime, mais il énumère encore trois circonstances excluant: le légitime défense, les représailles et la force majeure.¹⁶⁶

G. Dahm fait des allusions seulement aux circonstances excluant l'illicéité comme p.ex. l'auto-défense, les représailles et l'état de nécessité.¹⁶⁷

E. Menzel et K. Ipsen en dehors des celles susmentionnées parlent du consentement de la personne lésée, mais ils constatent que l'état de nécessité a été connu seulement par l'ancienne théorie de droit (Völkerrechtslehre).¹⁶⁸

¹⁶⁴ ACDI 1979. Vol. II. Première partie p. 29.

¹⁶⁵ *ibid.*

¹⁶⁶ D. Carreau: *op. cit.* pp. 407–408.

¹⁶⁷ G. Dahm: *op. cit.* Band 3. pp. 212–213.

¹⁶⁸ E. Menzel — K. Ipsen: *Völkerrecht*. 2. Aufl, München, 1979. pp. 370–371.

Le projet de la Commission du Droit International énumère dans les articles 29-33 six causes excluant l'illicéité: le consentement de l'Etat lésé, les contre-mesures à l'égard d'un fait internationalement illicite, la force majeure et le cas fortuit, la situation d'extrême détresse, l'état de nécessité et la légitime défense.

Il y a de différentes opinions en ce qui concerne la qualification juridique de ces circonstances. Par exemple R. *Monaco* ne fait qu'énumérer les causes exonérant de la responsabilité quand il traite cette notion, mais c'est à propos des sanctions qu'il touche leur fond.¹⁶⁹

A. *Verdross* — B. *Simma* sont de même avis: selon eux ces circonstances signifient des sortes de l'auto-assistance licite (erlaubte Selbsthilfe).¹⁷⁰

En cas de les auteurs mentionnés c'est *le rétrécissement* de certaines circonstances exclusives, c'est-à-dire la simple négligence des causes qui ne conviennent pas à leur système (p.ex. le consentement de la personne lésée) qui rend possible ce classement. Par contre, l'énumération de la Commission du Droit International visée la plénitude *ne peut être unifiée que de telle sorte que toutes les causes excluent l'illicéité ou la responsabilité et, en considérant d'autres spécificités elles forment de différentes catégories de droit.*

C'est pourquoi ceux qui s'occupaient en détail de cette question après la publication du projet de la Commission du Droit International, en connaissance du projet s'efforcent de réduire en système ces circonstances à l'aide de différents classements.¹⁷¹

Ce travail ne se charge pas d'examiner à fond les causes excluant l'illicéité, c'est seulement la délimitation entre la légitime défense et les circonstances excluant l'illicéité ou celles atténuant la responsabilité qui nous semble nécessaire parce qu'il est possible de les confondre à cause de leur caractère analogue.

a) La délimitation entre la légitime défense et l'état de nécessité ainsi que l'extrême détresse

Comme on a déjà vu dans le temps la légitime défense était analogue à l'état de nécessité ainsi que dans la pratique tout comme dans la jurisprudence, et tous les deux étaient déduits du droit de l'auto-conservation. Les deux notions sont en effet semblables l'une à l'autre, car toutes les deux excluent (ou atténuent) l'illicéité d'un acte, et l'Etat leur a recourt pour se dégager d'une situation dangereuse pour lui.

¹⁶⁹ R. *Monaco*: op. cit.

¹⁷⁰ A. *Verdross* — B. *Simma*: *Universelles Völkerrecht, Theorie und Praxis*, Berlin, 1967. p. 647. et ss.

¹⁷¹ Cf. p.ex. J. *Barboza*: *Necessity (revisited) in international law* in: *Essays in International Law in Honour of Judge Manfred Lachs*, The Hague, Boston, Lancaster, 198. p. 32. et ss., J. *Salmon*: *Les circonstances...* p. 92. et ss.

Mais, en cas de la légitime défense la situation dangereuse est provoquée par une attaque armée d'un Etat, C'est-à-dire par un acte injuste et l'acte préventif, lui aussi se dirige contre cet État attentoire et s'efforce de supprimer cet acte injuste. C'est possible en cas de l'état de nécessité aussi que le danger imminent soit provoqué par une attaque armée d'un Etat, mais ce danger peut être prévenu seulement si l'Etat visé "... viole le droit d'un Etat innocent pour se sauver."¹⁷² — dit A. Verdross.

Car aucun Etat n'a de droit subjectif à léser le droit d'un autre Etat, l'état de nécessité n'est qu'une excuse (excusa) — d'après A. Eisenberg, tandis que la légitime défense signifie l'exercice d'un droit.¹⁷³

Pour présenter l'état de nécessité et l'acte de nécessité, c'est un bon exemple la submersion de la flotte française à Oran par la Grande-Bretagne en juin 1940. Il n'y avait pas d'état de guerre entre les deux Etats (de plus, ils étaient alliés), et l'acte a été fait par la marine de guerre britannique pour empêcher les Allemands de mettre la main sur les navires de guerre français. C'est que le Reich a menacé de l'invasion la Grande-Bretagne et celle-ci avait peur qu'il n'affecte à ça la flotte française.¹⁷⁴

Donc, c'était l'Allemagne et pas la France qui signifiait le danger pour les Britanniques.

Selon d'autres exemples de l'état de nécessité dans la littérature de droit international l'acte de nécessité ne se dirige pas toujours contre un Etat innocent. Tel exemple était l'affaire Caroline que nous avons déjà citée au début puisque les États-Unis auraient dû empêcher qu'on portait aide aux insurgés d'un Etat étranger de son territoire. Le même est le cas d'Altmark plus tard.¹⁷⁵

L'Altmark était un bateau de commerce armé et il a pris part dans les manoeuvres de guerre faites par le croiseur allemand Graf Spee sur l'Atlantique et, ensuite, en février 1940 avec 300 prisonniers de guerre britanniques sur le bord s'est efforcé de rejoindre les ports allemands à travers de la mer bordière de Norvège alors neutre, avec permission des autorités norvégiennes. Quand il a été découvert par les navires de guerre britanniques il s'est sauvé au fjord Joessing. Mais, après y avoir pénétré, la flotte britannique a délivré les prisonniers de guerre britanniques et les ont pris sur le bord; ainsi la Norvège a protesté pour la violation de sa neutralité. Comme László Buza a bien constaté ainsi que la solution allemande tout comme celle de Norvège étaient opposées aux règles du droit international concernant la neutralité de la guerre. Le navire de guerre qui transporte des prisonniers de guerre sur la mer territorial neutre

¹⁷² A. Verdross: Règles générales du droit international de la paix, Recueil des Cours, 1929. Tome 30. pp. 488-489. L'opinion de J. Salmon est semblable (Faut-il codifier l'état de nécessité en droit international? in: Études de Droit International en l'Honneur de Juge Manfred Lachs, Haga, Boston, Lancaster, 1984. p. 237.)

¹⁷³ A. Eisenberg: op. cit. p. 933.

¹⁷⁴ A.P. Sereni: op. cit. III. pp. 1530-1531.

¹⁷⁵ L. Buza expose l'affaire en son détail: The state of necessity in international law, Acta Juridica Academiae Scientiarum Hungariae, Budapest, 1959. pp. 226-227.

viole la neutralité de l'Etat bordier parce que faire prisonnier et transporter les prisonniers, c'est qualifié d'opération de guerre qui est interdit sur le territoire neutre. Donc, l'Altmark a violé le droit international.

En même temps, la Norvège aurait dû empêcher de faire ça et mettre en propre arrêt les prisonniers. Elle aurait pu faire ça puisque il y avait deux canonnières norvégiennes dans le fjord. Selon L. *Buza* l'acte des Britanniques était juste à titre d'état de nécessité. Ses motifs sont les suivants: "The belligerent State is entitled to liberate its prisoners of war in the power of the enemy, even if they are on the territory of a neutral State because the belligerents have no right to keep prisoners of war in their own power on the territory in neutral States".¹⁷⁶

Le danger qui menace l'Etat doit être grave et direct — disent ceux qui considèrent cette institution comme circonstance excluant l'illicéité;¹⁷⁷ c'est ce que le projet de la CDI souligne, lui aussi et dit pour compléter: c'est aussi nécessaire que l'intérêt de l'Etat lésé dans le danger soit moindre que celui qui est protégé par l'acte de nécessité.¹⁷⁸

Ch. *Visscher* a soulevé déjà en 1924 la question: "... un Etat peut il, pour sauvegarder ses intérêts vitaux ou essentiels sacrifier les droits d'autres Etats?"¹⁷⁹

Sa réponse était négative, et son objection était absolument réelle: dans le droit interne l'état de nécessité est soumis au contrôle judiciaire qui "permet d'établir entre les intérêts en conflit une hiérarchie de valeurs. Ces fonctions régulatrices aucune autorité centrale n'est capable de les exercer dans l'ordre international, c'est pourquoi tout au moins dans l'état actuel de l'organisation

¹⁷⁶ L. *Buza*: op. cit. p. 227.

¹⁷⁷ P.ex. A. *Fautz*: op. cit. p. 31., L. *Buza*: op. cit. p. 214., G. *Dabm*: op. cit. III. p. 438. sont de même avis.

¹⁷⁸ Le texte de l'article 33 du Projet: "1. L'état de nécessité ne peut être invoqué par un Etat comme une cause d'exclusion de l'illicéité d'un fait de cet Etat non conforme à une de ses obligations internationales, à moins que

a) ce fait n'ait constitué le seul moyen de sauvegarder un intérêt essentiel dudit Etat contre un péril grave et imminent; et que

b) ce fait n'ait pas gravement porté atteinte à un intérêt essentiel dudit Etat l'égard duquel l'obligation existait.

2. En tout état de cause, l'état de nécessité ne peut pas être invoqué par un Etat comme une cause d'exclusion d'illicéité

a) si l'obligation internationale à laquelle le fait de l'Etat n'est pas conforme découle d'une norme impérative du droit international général; ou

b) si l'obligation internationale à laquelle le fait de l'Etat n'est pas conforme est prévue par un traité qui, explicitement ou implicitement, exclut la possibilité d'invoquer l'état de nécessité en ce qui concerne cette obligation; ou

c) si l'Etat en question a contribué à la survenance de l'état de nécessité." (ACDI 1980. Vol. II. Deuxième partie p. 33.)

¹⁷⁹ Ch. de *Visscher*: op. cit. p. 111.

internationale, cette conception est absolument inapplicable dans les rapports entre Etats.¹⁸⁰

A ce point de vue, la situation est la même de nos jours aussi. c'est-à-dire il n'y a pas de contrôle judiciaire ultérieur actuellement non plus, ainsi nombreux spécialistes rejettent cette cause d'excuse sous prétexte que les Etats peuvent en abuser sans difficultés.¹⁸¹

Le rapporteur spécial ainsi que la Commission de Droit International s'occupent dans un article particulier de la situation d'extrême détresse comme circonstance excluant l'illicéité au cours de la codification dans les Nations Unies: article 32. Détresse.

"1. L'illicéité d'un fait d'un Etat non conforme à une obligation internationale de cet Etat est exclue si l'auteur du comportement qui constitue le fait de cet Etat n'avait pas d'autre moyen dans une situation d'extrême détresse, de sauver sa vie ou celle de personnes confiées à sa garde..."¹⁸²

Comme on voit dans l'article, la différence entre la situation d'extrême détresse et l'état de nécessité est qu'en cas dernier *c'est l'Etat qui est en danger* tandis que *en premier cas ce sont les personnes qui sont menacées*. Cette différence se fonde sur la position du droit international¹⁸³ mais, elle n'est pas prise par tout le monde.

A cause de la grande ressemblance entre les deux notions selon *J. Salmon* la distinction faite par la Commission est contestable.¹⁸⁴

D'autres qui se sont expliqués au sujet de l'état de nécessité avant le projet de la Commission ne le délimitent pas de la situation d'extrême détresse,¹⁸⁵ de plus, *László Buza* est d'avis qu'on peut toujours se reporter à l'état de nécessité pour garder les intérêts protégés de jure qui sont:

1. intérêts particuliers des personnes
2. intérêts particuliers d'un Etat
3. intérêt général international.¹⁸⁶

La différence entre l'état de nécessité et la situation d'extrême détresse a plutôt un caractère théorique. Mais cette différence théorique résulte des différences importantes et pratiques. En cas de la situation d'extrême détresse, c'est beaucoup plus facile de constater plus tard que les personnes concrètes

¹⁸⁰ Ch. de *Visscher*: op. cit. p. 112.

¹⁸¹ Voir p.ex *H. Kelsen*: *Unrecht...*, p. 546. et ss., *J.L. Brierty*: *The shortcomings of international law*, *British Year Book of I.L.* 1924. pp. 10-11.; *R. Quadri*: op. cit. p. 266 et ss.; *E. Jimenez de Aréchaga*: *International Responsibility*, in: *M. Sørensen*: op. cit. pp. 542-543.

¹⁸² Voir ACIDI 1979. Vol. II. Deuxième partie, p. 103.

¹⁸³ Fait de telles distinctions p.ex. *J.D. Gonzales - L.I. Sanchez Rodriquez - M. Paz Andrés - Saenz de Santa Maria*: *Curso de Derecho internacional público*, Vol. I. Ovideo, 1983. pp. 283-285.

¹⁸⁴ *J. Salmon*: *Les circonstances excluant l'illicéité*, p. 126.

¹⁸⁵ Ainsi p.ex. *P.A. Sereni* n'écrit que de l'état de nécessité dans son manuel parmi les causes excluant l'illicéité (voir op. cit. III. pp. 1528-1532.)

¹⁸⁶ *L. Buza*: op. cit. p. 213.

soient en effet menacées que de montrer que l'existence même de l'Etat ou ses intérêts essentiels soient en danger. Donc, la situation d'extrême détresse comme notion prêtée du droit interne joue le même rôle dans le droit international aussi mais, en effet, la situation est la même en ce qui concerne l'état de nécessité où c'est l'intérêt général qui est en jeu.

Selon moi, l'état de nécessité et la situation d'extrême détresse signifient *la même institution de droit* malgré les différences pratiques car la distinction entre elles n'est pas ferme, étant donné que c'est l'Etat même qui qualifie le danger. Ainsi p.ex. rien n'empêche l'Etat de qualifier le danger menaçant ses organes ou ses citoyens de danger qui menace les intérêts essentiels de l'Etat et à ce moment-là l'action préventive soit qualifiée d'un acte de nécessité. C'est d'autant plus possible que les intérêts de l'Etat soient menacés si les organes de l'Etat soient menacés aussi, d'autre part, ce sont des personnes qui constituent ces organes.

Quant à la délimitation entre l'état de nécessité et la légitime défense, selon certaines opinions ce n'est pas nécessaire. Y. *Dinstein* p.ex. pense que la distinction est artificielle et, pour remplacer l'état de nécessité il se sert de l'expression "extra-territorial law enforcement".¹⁸⁷

C'est vrai qu'on peut distinguer avec difficulté la légitime défense de l'état de nécessité (où de la situation d'extrême détresse) car les deux circonstances excluant l'illicéité *peuvent apparaître en même temps dans un seul acte*. Dans l'affaire Altmark p.ex. *la Grande-Bretagne était à l'état de légitime défense collective contre l'Allemagne* puisque celle-là a pris les armes pour défendre la Pologne, son allié attaqué sans doute par le Reich, mais, *en même temps, la libération des prisonniers, c'était un acte de nécessité contre la Norvège* parce que la Grande-Bretagne devait choisir: ou bien elle permet que ses soldats tombé en captivité soient transportés à l'Allemagne — et ils étaient en grand danger puisque les nazis n'ont pas beaucoup respecté les prescriptions juridiques du droit international concernant les prisonniers de guerre — ou bien elle viole la neutralité de Norvège.

A mon avis, pour exercer l'acte de nécessité, il n'est pas nécessaire qu'on l'emploie contre le danger menaçant l'Etat, ni que la vie des personnes soit en danger, un tel acte peut être motivé en cas où on peut prévenir les *dégâts matériels graves* comme on voit dans la pratique des Etats.

Ainsi p.ex. en 1967 la pétrolière libérienne de 119 mille tonneaux Torrey Canyon a échoué par la suite d'une tempête entre les bords français et britanniques. Certains tanks de la pétrolière échouée restaient entiers mais l'agitation menaçait de les trouser aussi et, après la décontamination de la mer l'huile la contaminera de nouveau. C'est pourquoi la force aérienne britannique a fait sauter le débris et a mis le feu à l'huile restante pour ainsi résoudre d'un seul coup le problème.¹⁸⁸

¹⁸⁷ Y. *Dinstein*: op. cit. p. 225. et ss.

¹⁸⁸ Voir Ch. *Rousseau*: Chronique des faits internationaux R.G. D.I.P. 1967, pp. 1092-1099.; M. *Spinedi*: Problemi di diritto internazionale sollevati dal naufragio della Torrey

Ce cas est mentionné souvent dans le droit international comme exemple de l'état de nécessité.¹⁸⁹

La Commission de Droit International est de même avis et elle constate que l'action britannique est un acte de nécessité contre lequel ni les propriétaires, ni les gouvernements n'ont protesté.¹⁹⁰

Et encore une remarque en relation avec l'état de nécessité. Etant donné que l'Etat n'est obligé de tolérer aucune violation de droit, ce n'est pas une grande consolation pour lui que l'acte de nécessité qui l'a violé ait été fait pour éviter une plus grande violation. Cela veut dire que *l'état de nécessité n'exclut totalement l'illicéité de l'acte de nécessité qu'en cas où l'Etat subi même a violé, lui aussi quelque règle* comme p.ex. ça s'est passé dans l'affaire Altmark.

Si l'acte de nécessité se dirige contre un Etat innocent, l'état de nécessité ne fait qu'atténuer la responsabilité mais il n'exclut pas totalement l'illicéité de l'acte, c'est pourquoi p.ex. on peut réclamer la réparation des dégâts matériels.¹⁹¹

La Commission de Droit International a accepté, elle aussi cette opinion formée dans le droit international, et non seulement en relation avec l'état de nécessité (où la situation d'extrême détresse) mais avec le consentement, la force majeure et le cas fortuit aussi: l'article 35 du projet accepté en deuxième lecture n'exclut pas la possibilité qu'on réclame la réparation du préjudice causé.¹⁹²

Naturellement on peut concevoir cet article en sens aussi, qu'il régit une responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdits par le droit international, mais — selon moi — ce n'est pas valable à l'acte de nécessité. La violation de droit d'un Etat est toujours interdit contre laquelle la défense est toujours juste, par conséquence l'acte de nécessité est une activité qui est — dans une mesure diminuée — illicite.

Canyon. *Rivista di Diritto Internazionale* 1967 pp. 653—674.; J.P. *Quéneudec*: Les incidences de l'affaire du Torrey Canyon sur le droit de la mer, *Annuaire Français de Droit International*, 1967. p. 701. et ss.

¹⁸⁹ Voir p.ex. C. *Gutiérrez Espada*: El estado de necesidad y el uso de la fuerza en derecho internacional, Madrid, 1987. pp. 69—70. ou S.P. *Jagota*: State responsibility: Circumstances precluding wrongfulness, *Netherlands Yearbook of International Law*, 1985. p. 268.

¹⁹⁰ ACIDI 1980. Vol. II. Deuxième partie, p. 38.

¹⁹¹ L'opinion de A.P. *Sereni* est la même quand il constate: "Uno Stato che agisce in *stato di necessità* (souligné dans l'original) è tenuto alla riparazione del danno causato ad un altro... (op. cit. p. 1523.)

¹⁹² Le texte de l'article 35 est le suivant: "L'exclusion de l'illicéité d'un fait d'un Etat en vertu des dispositions des articles 29, 21, 32 ou 33 ne préjuge pas des questions qui pourraient se poser à propos de l'indemnisation des dommages causés par ce fait." (ACIDI 1980. Vol. II. Deuxième partie p. 135.)

b) *Le rapport entre la légitime défense, la force majeure et les cas fortuit*

D'abord on distingue la force majeure du cas fortuit. La Commission a codifié en un seul article ces deux notions comme causes excluant l'illicéité. L'article 31 du projet de responsabilité dit:

"1. L'illicéité d'un fait d'un Etat non conforme à une obligation internationale de cet Etat est exclue si ce fait a été dû à une force irrésistible ou à un événement extérieur imprévu, en dehors de son contrôle, qui a rendu matériellement impossible à l'Etat d'agir conformément à cette obligation ou se rendre compte que son comportement n'était pas conforme à cette obligation.

2. Le paragraphe 1 ne l'applique pas si l'Etat en question a contribué à la survenance de la situation d'impossibilité matérielle".¹⁹³

Selon R. Ago le cas fortuit (*Zufall*, fortuitous event) et la force majeure sont analogues l'un à l'autre en ce qui concerne que tous les deux *rendent impossible qu'un Etat puisse agir conformément au droit*. Mais s'il s'agit du cas fortuit, le violateur des obligations internationales est même dans l'ignorance de son acte illicite. Ainsi p.ex. si l'avion vole par un épais brouillard le pilote même ne s'aperçoit pas que l'avion est entré par hasard dans l'air territorial d'un Etat étranger.¹⁹⁴

Mais, en cas de la force majeure, conformément au projet cité bien que la personne livrée à la force majeure sache que son acte viole un Etat étranger, elle est physiquement incapable d'agir en raison du droit. Donc, en cas de deux causes d'exonération il ne s'agit pas d'un acte volontaire, *c'est simplement impossible d'agir conformément au droit*.

Dans le droit international on ne distingue pas souvent la force majeure de l'état de nécessité, comme p.ex. le fait *L. Le Fur*, P.A. *Sereni*, L. *Buza*, et M. *Giuliano*.¹⁹⁵

En effet, les deux institutions sont très semblables puisque dans tous deux cas il s'agit d'un danger immédiat contre lequel on ne peut se défendre qu'en violant le droit des autres. De tels dangers peuvent se former sous l'influence *des forces de la nature* (p.ex. tremblement de terre, inondation, typhon, etc) ou de *l'acte d'homme* (p.ex. guerre, insurrection, etc).¹⁹⁶

¹⁹³ ACDI 1980. Vol. II. Deuxième partie p. 135.

¹⁹⁴ ACDI 1979. Vol. II. Première partie p. 51.

¹⁹⁵ L. *Le Fur*: Précis de droit international, p. 405.; P.A. *Sereni*: op. cit. III. p. 1625.; L. *Buza*: op. cit.; M. *Giuliano* mentionne le consentement, la légitime défense et la force majeure parmi les causes excluant l'illicéité, y compris l'état de nécessité, selon les apparences. (*Diritto Internazionale*, Milano, 1974. Tomo I. pp. 600-602.)

¹⁹⁶ Ce dernier a été mentionné par l'arbitre Max Huber dans l'affaire des biens britanniques au Maroc espagnol: "Il paraît incontestable que l'Etat n'est pas responsable pour le fait d'une émeute, révolte, guerre civile ou guerre internationale, ni pour le fait que ces événements provoquent des dommages sur son territoire... Ces événements doivent être considérés comme des cas de force majeure." (Voir "Force majeure et cas fortuit en tant que

c) Le rapport entre la légitime défense et les représailles

L'état de nécessité et le vis major diffèrent de la légitime défense en premier lieu qu'en dernier cas l'acte défensif se dirige contre celui qui a provoqué le danger d'une manière qui viole le droit. Ce n'est pas la situation en cas des représailles. Les représailles comme contre-mesures utilisées contre la violation de droit suppose une violation précédente comme la légitime défense suppose une attaque armée injuste. C'est en rapport avec ça que dans le droit international la légitime défense est souvent considérée comme autotutelle (auto-assistance) A. Verdross et B. Simma dans leur manuel commun qualifient la légitime défense d'un cas de l'autotutelle licite (Die erlaubte Selbsthilfe).¹⁹⁸

G. Tunkine est de même avis, selon lui la légitime défense est un cas spécial de l'autotutelle licite qui signifie à vrai dire l'autotutelle employée en cas de l'attaque armée.¹⁹⁹

B. Graefrath, E. Oeser et P.A. Steiniger dans leur travail commun considèrent la légitime défense comme autotutelle,²⁰⁰ R. Quadri,²⁰¹ D. Bowett,²⁰² V.A. Vassilenko,²⁰³ P. Kuris,²⁰⁴ et E. Skakunov²⁰⁵ sont de même avis. La réalité de cette idée dépend de ça ce que nous entendons par l'autotutelle licite.

L'autotutelle est une question intéressante mais très contestable dans le droit international, le contenu de laquelle a beaucoup changé au cours du XX^e siècle comme d'autres institutions de droit aussi. Les spécialistes avant la 1^e guerre mondiale et plusieurs après la guerre aussi ont considéré l'autotutelle comme mesure applicable en cas de la violation de droit; ainsi p.ex. l'emploi des forces et la guerre ont été qualifiés d'autotutelle licite.²⁰⁶

¹⁹⁸ "Die Selbsthilfe gliedert sich in die defensiven Mittel der Notwehr and Nothilfe und die aktiven Mittel der Retorsion, der Repressalie, des Rücktrittsrecht wegen Vertragsverletzung und Nichtanerkennung völkerrechtswidriger fremder Hoheitsakte, wogegen der Krieg sowohl als defensives wie auch als offensives Selbsthilfemittel verwendet wurde." (A. Verdross – B. Simma: Universelles Völkerrecht, Theorie und Praxis, Berlin, 1976. pp. 647–648.)

¹⁹⁹ G. Tunkine: O nekotikh voprosakh mejdounarodnogo dogovora v svyazi s varchavskim dogovorom, Sovetskoe gossudarstvo i pravo. 1956. I. p. 100.

²⁰⁰ B. Graefrath – E. Oeser – P.A. Steiniger: op. cit. pp. 73–74 et p. 129.

²⁰¹ R. Quadri: Diritto Internazionale Pubblico, 4 ed., Palermo, (sans indication de l'année de l'édition) p. 227.

²⁰² "Reprisals and self-defence are forms of the same generic remedy, self-help." (D. Bowett: Reprisals involving recourse to armed force. AJIL 1972. p. 2.)

²⁰³ V.A. Vassilenko: op. cit. p. 91 et pp. 94–95.

²⁰⁴ P. Kuris: op. cit. p. 42.

²⁰⁵ E. Skakunov: op. cit. p. 12 et p. 23.

²⁰⁶ J. Kunz: p.ex. a constaté dans une de ses études, apparue en 1960 que les représailles et la guerre, ce sont les sanctions du droit international (Sanction in International Law, AJIL 1960. p. 326.) L'opinion de H. Kelsen (Unrecht und Unrechtsfolge... p. 528.) et de L. Reitzer

Un autre trait d'affinité entre les deux institutions c'est que l'Etat, le droit duquel est violé, n'est pas coupable. (En cas de l'état de nécessité — comme on a déjà dit — on peut imaginer que l'Etat qui subit l'état de nécessité revienne sur ses engagements, mais cela ne concerne pas le danger.) Mais tant que *celui qui est en état de nécessité, agit avec intention, c'est-à-dire choisit consciemment l'accomplissement de l'acte de nécessité et en même temps la violation d'une obligation internationale pour prévenir un plus grand danger, celui qui subit le vis major n'a pas de possibilité de choisir* il est physiquement incapable d'accomplir son obligation internationale, ainsi il viole de droit d'un autre Etat.

En cas de la force majeure, il s'agit en premier lieu de non-action, par contre la négligence des obligations en cas de l'acte de nécessité est un fait positif et intentionnel.

S'il s'agit du cas fortuit, il se fait bien l'acte positif aussi comme p.ex. il y a un incident de frontière parce que une unité militaire franchit par hasard la frontière d'un Etat étranger,¹⁹⁷ *l'acte qui viole le droit peut être même volontaire*, puisque l'unité militaire poursuit par exemple le violateur de la frontière mais elle est dans l'ignorance de son état de violateur de la frontière, c'est qu'elle a de bonnes raisons pour supposer que c'est son propre territoire où elle poursuit le violateur (parce que la frontière s'allonge à la jungle ou dans le désert, et elle n'est pas exactement marquée), c'est-à-dire *il manque les intentions et la conscience pour violer le droit*, c'est pourquoi *il serait mieux qu'on nomme cette cause d'excuse simplement erreur.*

circonstances excluant l'illicéité: pratique des Etats jurisprudence internationale et doctrine. Etude établie par le Secrétariat, ACIDI 1978. Vol. II. Première partie p. 168.)

¹⁹⁷ Ça s'est passé p.ex. dans l'affaire Naulilaa qui s'est déroulée entre l'Allemagne et le Portugal et a été décidée en 1928. Le 19 octobre 1914 quand il n'y avait pas encore d'état de guerre entre l'Allemagne et le Portugal mais le Reich a été déjà partie belligérante une unité allemande a franchi la frontière entre le Sud-Ouest africain allemand (la Namibie actuellement) et l'Angola qui était une colonie portugaise en ce temps-là et une fusillade s'est engagée entre les soldats allemands et les gardes-frontière portugais. Trois Allemands (un fonctionnaire et deux officiers) étaient morts, deux autres se sont blessés et ceux-ci ont été internés plus tard par les Portugais. Selon la décision, prise le 31 juillet 1928 du Tribunal d'Arbitrage Mixte German Portugais, établi après la 1^{re} guerre mondiale d'après du Traité de Versailles l'incident avait "un caractère nettement fortuit" et avait été causé par une série de malentendus dus à l'incompétence de l'interprète allemand par une certaine imprudence de la part du fonctionnaire allemand et par certains actes regrettables qui avaient peut-être été mal interprétés et qui avaient incité l'officier portugais à donner l'ordre de tirer pour se défendre." Le Tribunal en est venue de tout ça à la conclusion que "L'incident de Naulilaa n'est pas la conséquence d'actes contraires au droit des gens imputables aux organes civils ou militaires allemands ou portugais." (Voir Etude du Secrétariat ACIDI 1978 Vol. II. Première partie p. 173.)

Par conséquent M. *Lachs* et A. *Skawronski*, spécialistes polonais au cours d'une réunion scientifique en 1955 ont qualifié l'expression "autotutelle" de moyen pour triompher de règne de la violence sur le droit.²⁰⁷

La même considération a décidé D.B. *Lévine*, spécialiste soviétique de rejeter l'expression autotutelle même puisque selon lui l'autotutelle "... vu son origine et sa signification, est liée si étroitement à l'ancien droit international qui reconnaît les différentes formes de la violence armée employées par l'Etat que ni la notion de l'autotutelle ni sa terminologie ne conviennent pas au droit international contemporain".²⁰⁸

Mais l'autotutelle n'est pas une seule notion le contenu de laquelle a changé dans la suite des temps, mais c'est une dénomination admise dans le droit international ainsi que dans le droit interne contre laquelle on fait en vain la guerre.

La notion de l'autotutelle est très ancienne, employée déjà dans le droit romain. *Mais dans le droit romain l'autotutelle se trouvait à l'intérieur d'une construction juridique encore plus large.* C'est que dans le droit romain le cas particulier où au lieu que les autorités publiques aient pris les mesures, c'est l'individu violé dans ses droits qui agissait sur la base de sa propre force; ça a été nommé *pouvoir personnel licite* ou, en allemand, *erlaubte Eigenmacht*.

Le pouvoir personnel licite avait trois manifestations:

a) la légitime défense qui était pour prévenir directement l'attaque injuste, directe et inévitable;

b) l'acte de nécessité, c'est-à-dire l'auto-libération licite de la situation de nécessité;

c) l'autotutelle (l'autoassistance, self-help, Selbsthilfe) qui signifiait la réparation de la violation de droit de sa propre autorité (p.ex. le propriétaire reprend l'objet volé du voleur).²⁰⁹

Donc, l'autotutelle, la légitime défense et l'acte de nécessité se sont séparément apparus déjà dans le droit romain, et ils sont séparés l'un de l'autre dans le droit international contemporaine aussi.

L'autotutelle est une notion collective qui signifie tous les moyens de pression dans le droit avec lesquels l'Etat violé s'efforce de forcer la réparation du préjudice légal.²¹⁰

(La Réparation comme conséquence de l'acte illicite en Droit International, Paris, 1938. p. 22.) est la même.

²⁰⁷ Citation de V.A. *Vassilenko*: *Mejdounarodno pravovie sanktsii*. Kiev, 1982. p. 12.

²⁰⁸ D.B. *Lévine*: *Mejdounarodnoe pravo i sokhranenie mira*. Moscou, 1971. p. 178.

²⁰⁹ Cf. R. *Brósz* – E. *Pólay*: *Római jog. (Droit romain)*, Budapest, 1974. p. 100., voir encore M. *Kaser*: *Römisches Privatrecht*, 6. Auflage, München, 1968. p. 141.

²¹⁰ L'avis de V.A. *Vassilenko* est semblable: "L'autotutelle se montre une notion collective convenable qui contient tous les moyens de pression individuels existant dans toutes les périodes historiques du droit international", et l'auteur ajoute encore que le moyen de pression doit être licite. (op. cit. p. 13.)

En d'autres termes, *l'autotutelle est le moyen pour s'efforcer l'obligation provenant du rapport juridique de responsabilité, la sanction contre la violation de droit dont la manière d'être pratique est en premier lieu la rétorsion et les représailles.*

Mais la légitime défense n'est pas identique à l'autotutelle. Comme J. Kunz a bien constaté l'autotutelle est une action d'un ordre légal primitif (primitiv legal order) qui force le droit, mais l'emploi de laquelle est exclu dans un ordre légal développé.²¹¹

En même temps, selon lui la légitime défense présuppose un ordre légal développé et, car le droit international contemporaine est un ordre légal primitif c'est pourquoi "... the notion of self-defense had a political rather than a legal character."²¹²

La légitime défense est, elle aussi un des moyens de pression internationale, c'est-à-dire l'Etat attaqué peut employer la force armée contre l'attaque armée mais, cette force n'est pas une sanction — comme R. Ago et d'autres soulignent²¹³ —; donc, ce ne sont pas de représailles armées licites.²¹⁴

Les mesures prises dans le cadre de la légitime défense sont *défensives* car elles sont dirigées seulement contre l'attaque tandis que les représailles — comme M. Potočný a bien constaté — sont l'intervention *offensive* dans la sphère de l'adversaire, et son but, en dehors du détournement de la violation de droit, est de réparer le dégât commis.²¹⁵

J. Zourek dans son rapport rédigé à la séance de l'Institut de Droit International en 1975 a mentionné encore une différence entre la légitime défense et les représailles: les représailles ont un caractère *auxiliaire* car,

²¹¹ "Self-help is a procedure of realizing and enforcing the law in a primitive legal order. In an advanced legal order self-help is excluded." (J. Kunz: Individual and Collective Self-Defence, p. 876.)

²¹² J. Kunz: *ibid.* pp. 875–976.

²¹³ "Il serait absolument erroné de croire que la légitime défense puisse elle aussi définie comme une forme de sanction... (Annuaire de CDI, 1980. Vol. II. Première partie p. 54.) F.A.F. von der Heydte souligne le même: Legitime Verteidigung und Selbstschutz sind Notwehrhandlungen unmittelbare Reaktionen, nicht Sanktionen." (op. cit. Band II. p. 121).

²¹⁴ V. David constate à ce propos que les représailles concernent l'extorsion de l'obligation de réparation tandis que la légitime défense ne concerne que l'accomplissement de l'obligation primaire, l'arrêt de l'attaque injuste, c'est pourquoi ce n'est pas possible d'identifier les représailles avec la légitime défense. (V. David: Sankce... p. 61.) G. Dahm distingue lui aussi les représailles de la légitime défense. "Notwehr und Repressalie sind verschiedene Dinge." (op. cit. Band II. p. 409.) K. Skubisewski considère lui aussi comme notions distinctes l'autotutelle et la légitime défense parlant de l'emploi de la force armée. (Use of force by States, Collective Security Law of War and Neutrality, in: M. Sørensen: Manual of Public, International Law, London, New York, Toronto, 1968. p. 751.

²¹⁵ M. Potočný: Mezinárodní právo veřejné, Prague, 1978. pp. 125–126. L'opinion de P. Lamberti Zanardi (op. cit. pp. 130–134.) et de G. Dahm (op. cit. Band II. pp. 409–410.) est la même aussi.

conformément à la Charte des Nations Unies on doit trouver d'abord la solution pacifique; en cas de la légitime défense il n'y a pas de telle obligation, elle est un acte direct et primaire contre l'attaque.²¹⁶

On trouve d'autres différences entre les deux institutions, les représailles *peuvent être une réaction à un n'importe quel acte injuste* tandis que la légitime défense ne peut être employée que contre l'attaque armée;²¹⁷ ensuite, les représailles peuvent être un acte positif ainsi que une abstention,²¹⁸ tandis que la légitime défense se présente en général en forme positive, c' est-à-dire en action.²¹⁹

Si après l'attaque déterminée faite par la légitime défense celui qui a violé le droit se refuse à indemniser le dégât causé on peut recourir à l'emploi des représailles aussi; donc, *on peut employer la légitime défense et l'autotutelle successivement et séparément.*

Et enfin, la légitime défense est employée pendant l'attaque comme acte préventif direct et immédiat tandis que l'autotutelle comme sanction est appliquée *ultérieurement* avec le temps après la violation de droit.

Ainsi, l'autotutelle et la légitime défense ne sont semblables qu'en cela que toutes les deux se présentent comme emploi des forces contre la violation de droit et toutes les deux sont employées par la personne lésée, c'est-à-dire manque de mesure de l'autorité publique c'est l'Etat qui bénéficie de son pouvoir personnel licite.

Quand l'emploi des forces le premier est encore permis on peut employer l'expression "pouvoir personnel" sans rien, c'est-à-dire elle n'a pas de variations légales ou illégales puisque toutes sortes de forces étaient permises. *Dans le droit international contemporaine le pouvoir personnel signifie aussi la notion collective la plus large de l'emploi des forces étatiques*, elle contient tous les moyens de pression employés par l'Etat mais, *une partie de de ces moyens est interdite.*

Le pouvoir personnel illicite signifie les forces pas permises par le droit; p.ex. les représailles armées ou les autres formes de l'agression sont de ce genre.

Par conséquence, ce ne sont que les forces légitimement employées par l'Etat qui peuvent être qualifiées du pouvoir personnel licite.

216 J. ^vZourek: op. cit. p. 60.

217 Cette distinction est soulignée par P. Lamberti Zanardi aussi (op. cit. p. 313.)

218 On considère comme générale la distinction entre les représailles négatives et celles positives dans le droit international, voir p.ex. M. Potocny: op. cit. p. 124.; Bokorné Hanna Szegő: Nemzetközi jog (Droit international), Budapest, 1965. (Cours photocopié) II^e partie, p. 109.; L. Oliveiros Litrento: Manual de Direito Internacional Publico, Rio de Janeiro, 1968. p. 359.; R. Monaco: Cours général de Droit International public, Recueil des Cours, 1968. Tome 125. p. 319. qui partagent cet avis.

219 J. ^vZourek: op. cit. p. 60.

Le pouvoir personnel licite — comme notion collective des forces légitimement employées — peut avoir quatre manifestations dans le droit international:

- a) *la légitime défense* contre l'attaque armée;
- b) *l'autodéfense* contre une n'importe quelle autre violation de droit (l'emploi des forces armées est interdit même pendant la défense);
- c) *l'autotutelle* (self-help, Selbsthilfe) pour se venger de la violation de droit et forcer la réparation; la rétorsion ou les représailles sont les manières d'être les plus importantes;
- d) *l'acte de nécessité* pour prévenir le danger.

Pour conclure les conclusions concernant la légitime défense on constate que *la légitime défense est un acte défensif armé contre l'attaque armée illégitime les limites de laquelle sont déterminées d'un part dans la Charte des Nations Unies, d'autre part dans le droit coutumier international.*

IV.

Les conditions de l'exercice de la légitime défense

C'est l'article 51 de la Charte des Nations Unies qui déterminent les limites: d'une part, les mesures de légitime défense peuvent être prises *jusqu'à ce que le Conseil de Sécurité ne prenne pas les mesures nécessaires*; d'autre part, *le Conseil de Sécurité doit être immédiatement informé de ces mesures de sécurité.*

Nguyen Quoc *Dinh* en 1948 a pensé de ces limites que, dès lors la légitime défense est subsidiaire, provisoire et contrôlée.²²⁰

Le caractère subsidiaire vient, selon lui, de l'article 24 de la Charte des Nations Unies, selon lequel c'est le Conseil de Sécurité en premier lieu qui est responsable du maintien de la paix et de la sécurité. Mais il fait encore une remarque: car le Conseil de Sécurité ne remplit pas sa tâche, la légitime défense dans le droit international s'est assez éloignée des constructions de droit semblables du système de droit interne, c'est-à-dire ce sont les Etats même qui doivent penser à leur propre sécurité.²²¹

Quant à moi, je crois, moi aussi, que le temps depuis 1948 n'a pas justifié ces traits caractéristiques juridiquement parfaits, le caractère subsidiaire ne garde pas leurs droits dans la pratique; *la règle principale est que l'attaque n'est pas suivie des mesures de la part du Conseil de Sécurité* et ce fait rend illusoire le caractère provisoire de la légitime défense aussi puisque s'il n'y a pas d'intervention de l'autorité publique, les mesures de légitime défense peuvent être considérées désormais comme mesures décisives et uniques.

²²⁰ Nguyen Quoc *Dinh*: La légitime défense d'après la Charte des Nations Unies, R.G.D.I.P. 1948. p. 231.

²²¹ Nguyen Quoc *Dinh*: op. cit. pp. 232-233.

Cela signifie en même temps qu'elle n'a pas de caractère contrôlé non plus, c'est-à-dire l'action armée proclamée autodéfense n'est pas suivie d'une décision valide de la part du Conseil de Sécurité.

C'est une question très contestable à propos de la légitime défense: qui décide de la question si le Conseil de Sécurité a pris en effet les mesures nécessaires; p.ex. bien que le Conseil de Sécurité ait condamné l'agression, il n'a rien fait pour l'empêcher — est-ce une mesure nécessaire?

V. *David* est d'avis que la réponse à cette question est dans le droit international général et *pas* dans l'article 51 de la Charte.²²²

Selon lui, c'est l'Etat attaqué qui est compétent pour trancher la question, donc l'Etat a droit à l'autodéfense par la suite même si le Conseil de Sécurité prend bien des mesures mais malgré cela l'agression se poursuit contre l'Etat attaqué.²²³

Selon moi l'Etat attaqué n'est pleinement autorisé à réviser les mesures du Conseil de Sécurité; si l'était, la décision du Conseil ne l'obligerait à rien. Si le Conseil de Sécurité condamne l'agression, prend les mesures contre l'Etat qualifié d'agresseur et invite les parties à poser les armes, l'Etat attaqué est subordonné à ces mesures, donc sa situation de légitime défense cesse d'exister sauf dans le cas où l'agresseur continue à attaquer. En ce cas-là, c'est après l'ouverture des manoeuvres militaires des forces internationales établies par les Nations Unies seulement que l'Etat attaqué (et ses alliées) perdent la situation de légitime défense.

C'est l'interprétation unique de l'article 51 de la Charte selon laquelle le droit à l'autodéfense peut être employé "jusqu'à ce que le Conseil de Sécurité ait pris les mesures nécessaires pour maintenir la paix et la sécurité internationale." (D'ailleurs, cette expression de la Charte n'est pas assez exacte puisque en cas de l'agression la paix ne peut pas être "maintenue" mais plutôt "réétablie").

Par conséquent, les Etats visés doivent juger les mesures du Conseil de Sécurité conformément à l'article 51 de la Charte des Nations Unies et *pas* sur la base du droit coutumier international.

Mais, en même temps, c'est vrai que de nombreux autres problèmes ne peuvent être résolus qu'en vertu du droit coutumier universel.

Quant aux règles du droit coutumier international concernant la légitime défense, c'est *la nécessité et la proportionnalité* qui sont les plus importantes²²⁴ selon le droit international qui ont été considérées par la Cour

²²² V. *David*: Sankce... p. 58.

²²³ V. *David*: Sankce... p. 58.

²²⁴ Ainsi p.ex. S.M. *Schwebel* constate lui aussi de la légitime défense: "The exceptional use of such responsive force, to be lawful, would have to be, necessary and proportional to the coercion to which it is a response." (Agression, Intervention and Self-Defence in Modern International Law, Recueil des Cours, Tome 136. 1972. II. p. 452.) L'opinion de E. Jimenez de *Arécbaga* (Derecho constitucional de las Naciones Unidas, pp. 410-411.) et de M.B. *Baker* (Terrorism and the inherent right of self-defence (a call to amend article 51 of the United Nations Charter), Houston Journal of International Law, Vol. 10. 1987. N.1. p. 33.) est la même.

Internationale de Justice comme condition sine que non de la légitime défense,²²⁵ selon la Cour la légitimité de l'emploi de la légitime défense dépend du respect des celles-ci et, les parties plaidantes sont elles aussi de cet avis.²²⁶

Y. *Dinstein* qualifie encore une troisième condition de fondamentale, c'est l'imédiateté (*immediacy*).²²⁷

Quant à la condition de *la nécessité*, cela veut dire que seules les règles peuvent être justifiées à titre de la légitime défense *qui ont été en effet nécessaires pour repousser l'attaque injuste*.

Aus cas échéant c'est dire que les mesures armées ne peuvent pas être considérées comme justes même à titre de la légitime défense si p.ex. l'attaque pouvait être repoussée sans forces.

D'autre part, la nécessité signifie que les mesures prises ne peuvent pas se montrer la forme des représailles, c'est-à-dire à titre de la légitime défense on ne peut pas prendre des contre-mesures contre l'agresseur *lesquelles ne sont pas directement liées au détournement de l'attaque*.

En ce qui concerne le dernier, c'est un bon exemple le litige entre les Etats-Unis et le Nicaragua. Les Etats-Unis considèrent en effet l'action contre le Nicaragua comme p.ex. la formation et l'armement des contras, le survol du territoire du Nicaragua, le bombardement des réservoirs d'huile, les minages des ports nicaraguayens etc. comme mesures de légitime défense comme s'ils repoussaient quelque attaque nicaraguayenne et, ils se sont placés sur le terrain que la Cour ne pouvait pas juger dans la question de la nécessité, c'est-à-dire ce sont les Etats-Unis qui en décident.²²⁸

En ce qui concerne "l'attaque" prétendue nicaraguayenne, la Cour Internationale de Justice a trouvé seulement justifiable qu'en 1980 et 1981 la provision de guerre a été expédiée sur le territoire du Nicaragua pour les insurgés d'El Salvador sans qu'on ait pu vérifier qui était l'expéditeur.

D'ailleurs, la provisoire de guerre ne pouvait arriver à l'El Salvador que par le Honduras et, selon la Cour ni les Etats-Unis, ni l'El Salvador, ni le Honduras ne pouvaient l'empêcher, c'est pourquoi "... il paraîtrait déraisonnable d'exiger du gouvernement du Nicaragua une diligence supérieure à celles, conjuguées, des trois autres Etats".²²⁹

²²⁵ Ça se voit du point 237 de l'arrêt prononcé en 1986 au cours de l'affaire Nicaragua-Etats-Unis qui commence de telle façon: "La Cour ayant conclu que la condition sine qua non requise pour l'exercice du droit de légitime défense collective par les Etats-Unis ne se trouve remplie en l'espèce l'évaluation des activités des Etats-Unis rapport aux critères de nécessité et de proportionnalité change de signification." C.I.J. Recueil, 1986. p. 122, point 237.

²²⁶ "Les Parties sont en outre d'accord pour admettre que la licéité de la riposte à l'agression dépend du respect des critères de nécessité et de proportionnalité des mesures prises au nom de la légitime défense." (C.I.J. Recueil p. 103, point 194.)

²²⁷ Y. *Dinstein*: op. cit. pp. 190-191.

²²⁸ Ça se voit dans l'avis particulier de S.M. *Schwebel* quand il commente l'arrêt de la Cour Internationale de Justice, proclamé le 27 juin 1986 (Cf. C.I.J. Recueil, 1986. pp. 293-296.)

²²⁹ C.I.J. Recueil, 1986. p. 85.

D'autre part, la Cour a constaté que l'attaque contre les contras de la part des Etats-Unis n'était pas liée à l'arrêt des expéditions d'armes à l'El Salvador puisque le but des contras, ce n'était pas empêcher d'expédier les armes à l'El Salvador mais plutôt renverser le gouvernement d'alors au Nicaragua.²³⁰

Mais les actions américaines n'ont été faites qu'après plusieurs mois, après la grande offensive de l'opposition salvadorienne armée laquelle a été cependant repoussée par le gouvernement salvadorien, ainsi le comportement des Etats-Unis n'a pas rempli la condition de la nécessité.²³¹

Donc, les mesures des Etats-Unis n'auraient pas été acceptables même si la tolérance ou la non-prévention des expéditions d'armes avaient été qualifiées d'agression car elles ont pris pour but de faire arriver au pouvoir une opposition armée et, pas d'empêcher les expéditions d'armes.

Le nommé "projet Treize" concernant à la définition de l'agression déposé par les Etats non alignés souligne la condition de la proportionnalité²³² et dans le point 6 on dit: "Nothing in paragraph 3 above shall be construed as entitling the State exercising a right of individual or collective self-defence, in accordance with Article 51 of the Charter to take any measures not reasonably proportionate to the armed attack against it".²³³

Pendant les débats sur l'agression, le représentant de l'Egypte s'est reporté, lui aussi à la proportionnalité.²³⁴

Dans la formulation générale cela veut dire que les mesures de légitime défense doivent être à la mesure du tort subi pendant l'attaque.

Selon moi, *la règle de la proportionnalité à propos de la légitime défense signifie la même condition que dans le cas du l'emploi du fait de nécessité ou des représailles*, c'est-à-dire que les contre-mesures ne causent pas une lésion beaucoup plus grave comme laquelle était causée par la violation de droit. Mais dans la jurisprudence internationale ces trois constructions de droit ne se considèrent pas uniformément, en ce qui concerne la proportionnalité. Ainsi p.ex. selon M. *Sibert* la mesure des représailles ne peut pas dépasser la mesure qui est nécessaire d'obtenir la réparation.²³⁵

²³⁰ C.I.J. Recueil, 1986.p. 124., point 241.

²³¹ "Au sujet de la nécessité, la Cour observe que les mesures prises par les Etats-Unis en décembre 1981 ne peuvent pas être considérées comme correspondant à une nécessité propre à justifier leur action en réplique à l'assistance que le Nicaragua aurait apportés à l'opposition armée au Salvador." (C.I.J. Recueil, 1986. p. 122., point 237.)

²³² C'étaient la Colombie, la Chypre, l'Equateur, le Ghana, la Guyana, l'Haiti, l'Iran, le Madagascar, le Mexique, l'Espagne, l'Uganda, l'Uruguay et la Yougoslavie qui l'ont présenté.

²³³ Le texte du Projet voir S.M. *Schwebel*: *Agression, Intervention and Self-Defence...*, pp. 491-493.

²³⁴ "... the use of force in self-defence must be proportionate;" Voir T. *Bruba*: op. cit. p. 172.

²³⁵ M. *Sibert*: *Traité de Droit International Public*, Paris, 1951. Tome II. p. 564.

L. *Buza* est de même avis.²³⁶ Mais selon A. *Ross* c'est seulement la proportionnalité approximative qui soit nécessaire²³⁷ tandis que G. von *Glahn* écrit de "la proportionnalité raisonnable".²³⁸

Yu. *Kolossov* ne veut pas la proportionnalité relative non plus²³⁹ et J. *Kunz* rejète explicitement non seulement la condition de la proportionnalité mais celle de la nécessité aussi.²⁴⁰

La proportionnalité ne signifie pas l'égalité exacte et ça se voit dans le Projet à Treize aussi qui n'exige qu'une proportionnalité "raisonnable" entre les mesures de l'attaque et celles de la légitime défense. La situation est la même s'il s'agit de représailles.

Comme M. *Potočný* constate bien, le désavantage causé par les représailles peut être même plus grand que le tort subi, mais les représailles ne peuvent pas être disproportionnées à l'égard du délit.²⁴¹

La même constatation atteint la proportion de l'attaque et des mesures de légitime défense, s'il s'agit de l'emploi des forces, ça serait même impossible d'exiger l'égalité exacte entre l'attaque et la défense.

Certains spécialistes réunissent la condition de la proportionnalité et la nécessité en cas de la légitime défense, p.ex. E. *Miller* dit qu'on ne doit pas employer une force beaucoup plus grande que celle qui est nécessaire de repousser l'attaque.²⁴²

La question se pose: qu'est-ce qu'on peut considérer comme disproportionnalité remarquable donc immotivée dans la pratique? Selon la Cour Internationale de Justice on parle de l'improportionnalité immotivée si l'on emploie les forces contre une attaque qui n'est pas qualifiée d'une attaque armée.

Ainsi "... la fourniture d'armes et le soutien apporté à ces bandes ne sauraient être assimilés à l'agression armée." C'est-à-dire, les expéditions d'armes ne sont pas considérées comme agression par la Cour, mais comme intervention dans les affaires internes de l'Etat et, bien que ce soit "... un comportement ... illicite, (c'était) d'une gravité moindre que l'agression armée".²⁴³

²³⁶ L. *Buza*: op. cit. p. 212.

²³⁷ A. *Ross*: A Text-book of International Law, London, New York, Toronto, 1947. p. 245.

²³⁸ G. von *Glahn*: Law among Nations, New York, London, 1981. p. 131.

²³⁹ Yu. M. *Kolossov*: Otvetstvennost v mejdounarodnom prave, Moscou, 1975. p. 62.

²⁴⁰ "... necessity or proportionality are no condition for the exercise of self-defence under Art. 51." (Individual and Collective Self-Defence, p. 87.)

²⁴¹ M. *Potočný*: op. cit. p. 123.

²⁴² E. *Miller*: Self-Defence, International Law and the Six Day War, Israel Law Review, 1985. No. 1. Vol. 20. p. 70.

²⁴³ C.I.J. Recueil, 1986. p. 127., point 247.

On dit la même des incidents de frontière. A propos de ça, E. *Jimenez de Aréchaga* constate qu'on ne doit pas commencer une attaque armée à cause d'un incident de 3-4 gardes-frontières.²⁴⁴

Le représentant de l'URRS avait de même avis quand, en 1953, à la réunion du comité qui s'était chargé de déterminer l'agression a dit que "les incidents de frontière, soit par terre, soit par mer ou à l'air territorial, ne peuvent pas justifier l'attaque armée".²⁴⁵

Mais ces opinions ne signifient pas qu'on ne peut pas prendre des mesures contre les violateurs de frontière. On peut saisir le groupe qui a franchi la frontière, on peut l'arrêter, on peut le désarmer et on peut même riposter en cas de la résistance, etc, mais un incident si isolé ne peut pas être considéré comme prétexte pour commencer une attaque armée générale à titre de la légitime défense. Donc, à titre de la légitime défense on peut liquider les circonstances de l'incident de frontière avec les forces, car aucun Etat n'est obligé de tolérer la violation de ses frontières: et, ça ne contredit pas les règles de la proportionnalité non plus si l'Etat attaqué emploie une plus grande force armée traditionnelle pour se sauver que la force qui l'a attaqué. L'essentiel est que cette plus grande force armée soit employée pour supprimer la violation de la frontière sur place, sur le propre territoire, sans franchir la frontière.

C'est un problème particulier de proportionnalité si la partie attaquée par la force traditionnelle emploie la force nucléaire contre l'agresseur. Selon *Nagendra Singh* la question est assez académique puisque si l'agresseur dispose des armes nucléaires, ne commence pas l'attaque avec les forces traditionnelles surtout s'il sait que l'Etat qu'il veut attaquer dispose lui aussi de tels armes.²⁴⁶

Mais il semble qu'il n'y ait pas de question académique dans la pratique puisque p.ex. au cours du conflit chinois-vietnamien l'agresseur avait la force nucléaire mais il ne l'a pas employée contre son voisin, certes, ce voisin n'en disposait pas.

De toute façon, dans la pratique des Etats la question de l'emploi des forces nucléaires dans la légitime défense s'est posée plusieurs fois, ainsi p.ex. en 1954 à la réunion de Sous-Comité de la Commission de Désarmement des Nations Unies (Sub-Committee of the United Nations Disarmement Commission) les Etats-Unis, le Canada, la France et la Grande-Bretagne ont exposé un projet de la défense des armes nucléaires mais dans lequel ils ont considéré l'emploi de ces armes comme possible pour se défendre contre l'agression. La délégation soviétique, en revanche, a proposé que l'emploi des forces nucléaires contre

²⁴⁴ "No puede un Estado, invocando el art 51, atacar o agredir militarmente a otro Estado vecino, solamente por la circunstancia de que se ha producido un pequeño incidente entre tres o cuatro guardias fronterizos." (E. *Jimenez de Aréchaga*: Derecho constitucional de las Naciones Unidas, p. 410.)

²⁴⁵ E. *Skakunov*: op. cit. p. 96.

²⁴⁶ *Nagendra Singh*: op. cit. p. 135.

l'agresseur ne soit permis qu'en vertu de la mesure prise par le Conseil de Sécurité.²⁴⁷

En 1961 le problème s'est retrouvé de nouveau quand les pays non alignés ont exposé un projet à l'Assemblée Générale des Nations Unies — auquel l'URRS s'est ralliée elle aussi — selon lequel n'importe quel emploi des armes nucléaires est défendu, donc comme répression aussi. La proposition a été critiquée par les Etats occidentaux même à plusieurs points de vue; l'une de ceux-ci a été que dans le projet il n'y a pas de renvoi à l'emploi des forces nucléaires dans la légitime défense.²⁴⁸

C'était la délégation italienne qui a fait sa proposition mais celle-ci n'a pas été admise parce que selon les grandes puissances occidentales l'article 51 de la Charte des Nations Unies peut être employé même si l'attaque n'est que présumée.²⁴⁹ qui en principe aurait rendu possible le premier l'emploi des forces nucléaires mais ça a été repoussé par la majorité et, par conséquent il manque du projet.

En 1972 une décision nouvelle et modifiée s'est apparue concernant la question qui s'est reportée à l'emploi des armes nucléaires dans la légitime défense.²⁵⁰

Au cours de la définition de l'agression le projet de l'URRS et des pays socialistes ont qualifié l'emploi le premier des armes nucléaires d'agression²⁵¹ et, bien que cette constatation ne figure pas dans le projet,²⁵² *la principe de la proportionnalité résulte, de toute façon, que l'emploi des armes nucléaires n'est permis en droit qu'en cas où on les emploie contre l'agression commise avec de tels armes.*²⁵³

Peut-être que cette constatation sans doute correcte au point de vue juridique est-elle opposée aux considérations militaires,²⁵⁴ mais aucune autre solution ne soit admissible au point de vue du droit international.

²⁴⁷ I. Brownlie: *International Law and use of Force*, p. 236.

²⁴⁸ Cf. A. Cassese: *Is the First Use of Nuclear Weapons Prohibited?* In: *Violence and Law in the Modern Age*, Trad. S.J.K. Greenleaves, Polity Press, 1988. p. 53.

²⁴⁹ Cf. A. Cassese: *Is the First Use of Nuclear Weapons Prohibited?* p. 57.

²⁵⁰ G.A. Res. 2936 (XXVII) 29. nov. 1972.

²⁵¹ Ainsi selon la notion de l'agression, présentée par l'URSS: "B. Any of the following acts if committed by a State first, even without a declaration of war, shall be considered an act of aggression: /a/ The use of nuclear, bacteriological or chemical weapons or any other weapons of mass destructions;" (Cf. T. Bruba: *Die Definition der Aggression*, p. 332.)

²⁵² La position des Etats-Unis et d'autres Etats a été en effet que l'emploi des armes nucléaires soit réglementé dans d'autres forums et dans d'autres organisations. (Voir T. Bruba: *op. cit.* p. 250., notes 54, 55 et 56.)

²⁵³ Nagendra Singh en arrive à cette conclusion: *op. cit.* p. 135.

²⁵⁴ Ainsi p.ex. Selon Uri Shoham, lieutenant-colonel israélien tous les Etats commettent un suicide s'ils manquent de prévenir l'attaque menaçant de la part de leurs ennemis. (*op. cit.* p. 198.)

De toute façon, en 1982 à l'Assemblée Générale des Nations Unies. A.Gromiko s'est prononcé que l'Union Soviétique a renoncé de façon unilatérale à employer le premier les armes nucléaires.²⁵⁵

Quant au troisième principe de la légitime défense, l'immédiateté, on y trouve plusieurs questions à discuter dont on parlera plus tard.

Mais en employant légalement la légitime défense, on voit une autre condition évidente, notamment c'est que *l'attaque doit être injuste*. Par conséquent, *il n'y a pas de légitime défense p.ex. contre les actions armées employées légitimement par le Conseil de Sécurité*.²⁵⁶

Jusqu'ici c'est deux fois que le Conseil de Sécurité a employé les forces armées comme sanction. Pour la première fois, c'était en 1950 contre la République démocratique populaire de Corée qui a commencé une attaque contre l'Etat dans le Sud de Corée, la République de Corée. Il s'agissait ici d'une action armée pendant la guerre dont le curieux c'était que ni l'Etat attaqué, ni l'Etat attaquant n'étaient membres des Nations Unies. L'armée des Nations Unies formée surtout de la force armée américaine n'était pas du tout attaquante mais elle est entrée dans une guerre courante pour un Etat qui était dans la situation de la légitime défense, ainsi son action avait l'air de la légitime défense collective.

La deuxième action armée a été de quelque sortes différente en janvier 1991. Le 2 août 1990 l'Irak a occupé le Koweït et en abolissant son existence nationale, a annexé son territoire à l'Irak. Ainsi il a commis une agression contre l'un des Etats membres des Nations Unies. Par conséquent, le Conseil de Sécurité a décidé d'abord l'embargo économique, puis les sanctions militaires contre l'Irak. Celles-ci ont commencé de plusieurs mois après l'agression, le 17 janvier 1991, en forme de l'attaque aérienne. En ce temps-là, au Koweït il n'y avait plus quelque temps d'opérations militaires. Bien que l'attaque des forces alliées contre l'Irak ait été *considérée comme attaque armée* aussi bien dans le sens militaire tout comme juridique, elle a été ordonnée par le Conseil de Sécurité pour restaurer l'indépendance d'un petit Etat qui a péri victime de l'agression, ainsi *elle est une attaque armée légitime contre laquelle on ne peut pas employer la légitime défense*.

A la fin de ce travail on traitera encore une autre attaque contre laquelle l'emploi de la légitime défense n'est pas permis: c'est l'attaque qui signifie l'exercice légitime du droit d'autodétermination.

V.

La légitime défense collective

Quand l'article 51 de la Charte des Nations Unies a rendu possible d'exercer les mesures de la légitime défense non seulement individuellement

²⁵⁵ Voir A. Cassese: *Is the First Use of Nuclear Weapons Prohibited?* p. 56.

²⁵⁶ de même V. David: *Sankce...* p. 57.

mais collectivement aussi, il a introduit une nouvelle notion sans exactement préciser son sens;²⁵⁷ ainsi plusieurs explications se sont apparues.

L'un des problèmes s'est montré dans la certaine différence parmi les textes officiels: l'expression française "légitime défense individuelle ou collective" et celle espagnole conforme exactement à la française ("legítima defensa, individual o colectiva") ne répondent pas absolument à l'expression anglaise "individual or collective self-defence". (Le texte officiel russe de la Charte emploie l'expression "samooborona" qui est équivalente à l'expression self-defence mais dans la littérature de droit international en russe on trouve l'expression "pravomernaya samooborona" aussi²⁵⁸ qui est équivalente à l'anglaise "legitimate self-defence" et à la française "légitime auto-défense".)

Selon R.O. *Yakemntchouk* "self-défence" ne peut être exercée qu'individuellement tandis que "collective self-defence" veut dire que tous les Etats qui l'emploient se montrent victime d'une agression armée.²⁵⁹

K. *Skubiszewski*, pour éviter ces malentendus propose que ce serait meilleur d'employer l'expression "collective defence" ou "defence of another State" au lieu de "collective self-defence".²⁶⁰

J. *Kunz* critique la terminologie anglaise et dit que l'expression "collective self-defence" n'est pas bonne puisque il s'agit de la défense d'un autre Etat — l'allemand le désigne par le mot "Nothilfe"²⁶¹ — et pas de l'auto-défense en effet.

Dans le droit international de langue allemande on peut en effet distinguer même dans la terminologie l'auto-défense de la défense présentée par un autre Etat.

L'opinion de F.A. Freiherr von der *Heydte* est la plus nuancée: on peut diviser la défense propre (Notwehr) en légitime défense (legitime Verteidigung) et en auto-défense (Selbstschutz) tandis que la légitime défense en auto-défense (Selbstverteidigung) et en défense avec assistance (Nothilfe).²⁶²

Cette distinction ne se trouve pas à l'anglais ainsi ils sont nombreux qui désignent la défense présentée par un allié de l'Etat attaqué par l'expression "self-defence"; aussi et, ça contredit le sens propre de "self-defence"; en même temps, comme on a déjà dit, l'anglais connaît, lui aussi l'expression "legitimate

²⁵⁷ Cf. Nguyen Quoc *Dinh*: La légitime défense d'après la Charte des Nations Unies, R.G.D.I.P. 1948. p. 244.

²⁵⁸ Voir p.ex *Skakunov*: op. cit. p. 54.

²⁵⁹ R.O. *Yakemntchouk*: La légitime défense et Article 51 de la Charte de l'O.N.U., Annales de Droit et de Science Politique de l'Université de Louvain, 1954. p. 73.

²⁶⁰ K. *Skubiszewski*: Use of Force by States, collective Security Law of War and Neutrality. In: M. *Sørensen*: Manual of Public International Law, London, Melbourne, Toronto, 1968. p. 769.

²⁶¹ J. *Kunz*: Individual and Collective Self-Defence... p. 875.

²⁶² F.A. Freiherr von der *Heydte*: op. cit. II. Band. p. 112.

defence" qui est équivalente à l'expression française mais ce ne sont que peu de spécialistes qui l'emploient.²⁶³

C'est l'incertitude terminologique de l'anglais aussi qui a contribué pour beaucoup à l'interprétation particulière de la légitime défense collective des spécialistes anglo-saxons. Ainsi p.ex. D. *Bowett* distingue trois possibilités à propos de ça. Selon lui si l'Etat A viole les intérêts de l'Etat B, protégés en droit, l'Etat B exerce la légitime défense individuelle contre l'Etat A; si l'Etat A viole les intérêts, protégés en droit des Etats B et C, ceux-ci exercent la légitime défense individuelle aussi et, c'est la vraie légitime défense collective qui s'exerce non seulement en cas de deux Etats mais en cas de 22 aussi.²⁶⁴

Donc, la vraie légitime défense collective n'est selon *Bowett* qu'en cas où tous les défenseurs détournent l'attaque injuste. La troisième possibilité est quand l'Etat A viole les droits de l'Etat B et l'Etat C s'associe à l'Etat B et lui porte aide, ce n'est pas la légitime défense collective — selon *Bowett* — mais c'est la sanction prise en faveur d'un autre Etat.²⁶⁵

A vrai dire, *Bowett* ne reconnaît pas la légitime défense collective, selon lui c'est la légitime défense individuelle exercée collectivement qui est le point de la question. La légitime défense serait équivalente à la sanction si l'attaque injuste était détournée par la force des Etats membres, incités à faire ça, pendant l'action ordonnée par le Conseil de Sécurité des Nations Unies et, après le détournement de l'attaque c'était avec la menace de cette force que l'Etat attaquant soit requis de réparer le dégât commis.

Mais il est aussi possible qu'après la restauration de la paix la réparation du dégât commis soit confiée par le Conseil de Sécurité aux parties intéressées ainsi la réparation serait faite sans emploi des sanctions.

Mais l'opinion de *Bowett* contient une part de vérité. Etant donné que les Nations Unies jouent le rôle d'entretenir la paix très rarement et, bien que en dehors des deux cas mentionnés un grand nombre d'agressions armées se soient formées parmi les Etats depuis la II^e guerre mondiale — donc depuis la mise en vigueur de la Charte, p.ex. entre l'Ethiopie et la Somalie, entre les Etats-Unis et la République Socialiste du Viet Nam, entre la Chine et le Viet Nam, entre le Viet Nam et le Cambodge, entre l'Argentine et la Grande Bretagne, entre l'Irak et l'Iran et les cinq guerres de l'Israel avec des Etats arabes, les Nations Unies ne se sont mêlées d'aucun de ces conflits, c'est-à-dire elles ne sont pas opposées avec force contre l'agresseur. Ainsi on imagine que les mesures de légitime défense prises individuellement par l'Etat attaqué après le détournement de l'attaque ne s'arrête pas à la frontière — comme p.ex. l'Ethiopie l'a fait après qu'il avait repoussé l'attaque de Somalie en 1976—, mais il continue à faire des opérations militaires sur le territoire de l'Etat attaquant et

²⁶³ Cette expression est employée p.ex. par J. *Kunz*: *Individual and Collective Self-Defence...*, p. 873.; par H.A. *Wilson*: *International Law and the Use of Force by National Liberation Movements*, Oxford, 1988. p. 131.; par K. *Skubiszewski*: *Use of Force by States...*, p. 765.

²⁶⁴ D. *Bowett*: *Self-Defence...* p. 206.

²⁶⁵ D. *Bowett*: op. cit. pp. 206–207.

ainsi il deviendra agresseur dans la suite et ce sera l'agresseur qui se défendra — en employant le mot en sens militaire. Dans certains cas, ça peut être motivé par la légitime défense si p.ex. les bases sur lesquelles l'agression est partie sont au-delà de la frontière et sans occupation desquelles l'attaque se poursuivrait.²⁶⁶

Mais cela fait exception, dans la plupart des cas *un pareil emploi des forces ne peut pas être considéré même de jure comme légitime défense*, sa nature juridique peut être différente.

Mais tout ça ne signifie pas que l'emploi des forces après le détournement de l'attaque serait de toute façon injuste; on peut le qualifier p.ex. de mesures de sécurité pour prévenir une nouvelle attaque; mais il peut prendre pour but de punir l'attaquant ou de forcer le traité de paix offrant la réparation; en cas dernier, c'est une sanction. *Donc, c'est possible que la force employée dans l'origine pour repousser l'attaque soit employée plus tard comme sanction contre l'agresseur.*

Cela ne veut pas dire que l'Etat attaqué ait droit à justifier son propre but conquérant par l'attaque même; après le détournement de l'attaque il est obligé de replier ses troupes derrière les frontières.²⁶⁷

Selon les créateurs de la Charte des Nations Unies la légitime défense collective, c'est la défense collective et commune de l'Etat, mais la Charte même n'a pas déterminé particulièrement les caractéristiques de la légitime défense collective, ainsi sa notion ne doit être établie que sur la base des travaux préparatoires ou du droit coutumier international.

Le projet de la Charte achevé à Dumbarton Oaks (9 octobre 1944) ne contient pas encore de règles de légitime défense applicable individuellement par les Etats non plus.²⁶⁸

Les grandes puissances qui travaillaient sur le projet ont pensé que c'est uniquement le Conseil de Sécurité qui doit prendre des mesures impérieuses et, ce sont seulement les conventions régionales qui puissent employer la force sous le contrôle du Conseil de Sécurité. Ce contrôle signifiait que la force employée en vertu des conventions régionales ait été précédemment permise par le Conseil de Sécurité.²⁶⁹

²⁶⁶ V. David écrit le suivant à ce propos: "La légitime défense peut durer jusqu'à la défaite totale de l'ennemi, l'attaqué ne peut pas être empêché de passer sur le territoire de l'agresseur et de le priver de la possibilité de le mettre en danger de nouveau; p.ex. il peut liquider les bases sur le territoire de l'agresseur." (Sankce... p. 58.) L'opinion de E. Skakunov (op. cit. p. 112.) est la même.

²⁶⁷ V. David (Sankce... p. 58) partage lui aussi cet avis. Le représentant mexicain s'est prononcé de même façon en 1970 durant la discussion sur la notion de l'agression: "L'Etat ne peut pas se procurer le territoire ou une partie d'un autre Etat au cours de l'exercice du droit de la légitime défense." (Cf. E. Skakunov: op. cit. p. 112.)

²⁶⁸ Cf. R.O. Yakemtchouk: op. cit. p. 57.

²⁶⁹ Ainsi selon le deuxième paragraphe de la Section C du chapitre VIII du Projet: "... aucune mesure coercitive ne devrait être appliquée en vertu d'arrangements régionaux sans l'autorisation de Conseil de Sécurité." (Citation de R.O. Yakemtchouk: op. cit. p. 57.)

A San Francisco c'était la délégation turque qui a déposé une motion concernant la légitime défense applicable individuellement par les Etats. Selon elle, en cas d'urgence, ce serait désavantageux pour l'Etat attaqué s'il devait attendre la décision du Conseil de Sécurité avant l'assistance qu'on lui donne sur la base des conventions régionales. Ainsi se serait pratique si ces conventions régionales fonctionnaient automatiquement dans les cadres de la légitime défense collective, à condition qu'elles prennent la défense pour but. La proposition turque est la suivante: "Le projet ne contient aucune disposition au sujet de la légitime défense. Bien que ce droit ait un caractère évident, il serait utile d'insérer dans la Charte une disposition justifiant la légitime défense pour répondre à une attaque par surprise par un autre Etat. Toutefois, même dans ce cas, le Conseil doit avoir toute latitude et liberté pour juger des circonstances dans justification des mesures prises par la partie qui s'est trouvée contraint de se défendre."²⁷⁰

L'article 51, contenant la question de la légitime défense a été élaboré par la délégation des Etats-Unis. Les dispositions étaient rédigées surtout par le sénateur Vanderberg qui s'est précédemment prononcé de telle façon: "We here recognize the inherent right of self-defence, whether individual or collective, which permits ... any qualified regional groupe of states to ward off attack pending adequate action by the parent body".²⁷¹

La première proposition rédigée par la délégation des Etats-Unis n'a pas encore employé à propos de la légitime défense l'expression légitime défense collective, mais elle a reconnu que cette "légitime défense immédiate" peut être appliquée par un groupe d'Etats aussi; cependant, elle a probablement entendu par là quelque pacte régional.²⁷²

C'étaient les Etats latino-américains qui jouaient aussi un certain rôle dans l'élaboration du sens et du contenu de l'article 51, surtout en ce qui concerne la légitime défense collective. C'est que les Etats du continent américain ont conclu peu avant à la conférence à San Francisco (le 3 mars 1945) l'Acte de Chapultepec, et selon eux les accords régionaux mentionnés dans l'article 52 de la Charte *ne signifiaient que* ce contrat de sécurité panaméricain. Il est de fait qu'à l'époque ni l'OTAN, ni le Pacte de Varsovie n'existaient et c'étaient les accords bilatéraux qui remplaçaient le régionalisme en Europe.

Les Etats latino-américains ont admis non sans heurt que le régionalisme panaméricain — qui, selon eux, était tout à fait capable de

²⁷⁰ Voir R.O. *Yakemtchouk*: op. cit. p. 59; J. *Delivanis*: op. cit. pp. 45-46.

²⁷¹ Voir L. *Forlani Picchio*: *La sanzione nel diritto internazionale*, Padova, 1974. p. 250., note 171.

²⁷² Le texte de la proposition américaine est le suivant: "Nothing in the Charter should interfere with the right of immediate self-defence by a nation or a group of nations in cases where the Security Council had not decided to take action and when an armed attack and actually been launched on a State. On the other hand, any action taken under a regional pact should be immediately reported to the Security Council whose general authority in maintaining and restoring international peace is to be regarded as unpaired." (Voir R.O. *Yakemtchouk*: op. cit. p. 65.)

maintenir la paix et la sécurité sur le continent américain — soit remplacé par un système général de sécurité qui n'a pas encore prouvé son aptitude à fonctionner et qui n'a pas de règles exactes pour pouvoir fonctionner. Ainsi à la réunion du Comité numéro III/4 sur la question de la légitime défense le 23 mai 1945, le délégué colombien, chargé de la présidence, Alberto Lleras Camargo a interprété le droit à la légitime défense collective sur le modèle américain (selon l'Acte de Chapultepec), c'est-à-dire si n'importe quel Etat américain est attaqué, cela signifie l'agression contre les autres Etats américains aussi.²⁷³

Camargo a dit concernant la légitime défense collective: "The Latin American countries understood, as Senator Vanderberg has said that the origin of the term "self-defence" is identified with the necessity of preserving regional systems like the Inter-American one...". Camargo à l'Acte de Chapultepec en vue ici et, en relation avec celui-ci il dit: "... it may be deduced, that the approval of this article implies that Chapultepec is not contravention of the Charter".²⁷⁴

De cette façon, il a identifié la légitime défense collective avec le système de sécurité des accords régionaux; cette idée a été admise par les autres délégués latino-américains aussi,²⁷⁵ mais, en revanche, d'autres se sont prononcés de manière différente.

Selon le délégué français, les accords d'assistance mutuelle, conclus en Europe doivent être considérés, au point de vue de l'emploi de l'article 51 comme accords régionaux tandis que selon le délégué égyptien ce sont les relations géographiques qui deviennent très importantes entre les Etats du pacte de sécurité régional et, il dit encore que les contrats qui, en dehors de la coopération militaire renferment une coopération économique, sociale et culturelle aussi doivent être qualifiés de pactes régionaux.²⁷⁶

Par conséquent, selon la position égyptienne la Charte ne concerne pas les alliances militaires et elle considère les accords comme accords régionaux qui ont établi p.ex. l'Union Panaméricaine ou la Ligue Arabe.²⁷⁷

Bien que ces accords aient renfermé des obligations militaires aussi, leur destination a été beaucoup plus importante puisque ils ont prévu la coopération régionale dans le domaine politique, économique, culturel et celui du droit aussi. La position égyptienne a été refusée par un grand nombre

²⁷³ "In the case of the American states, an aggression against on American state constitutes an aggression against all the other American and all of them exercise their right of legitimate defence by giving support to the state attacked, in order to repel such aggression. This is what is meant by the right of collective self-defence." (Voir J. Kunz: Individual and Collective Self-Defence..., p. 873.) La notion de la légitime défense collective est employée en ce sens même actuellement dans la littérature internationale de droit à l'Amérique latine. (Voir p.ex. *Oliveiros, L. Litrento: Manual de Direito Internacional Publico*, Rio de Janeiro, 1968. pp. 132-133.)

²⁷⁴ J. Kunz: Individual and Collective Self-Defence... p. 873.

²⁷⁵ Voir D. Bowett: Self-Defence... pp. 115-116.

²⁷⁶ Cf. Nguyen Quoc Dinh: op. cit. p. 247.

²⁷⁷ Cf. H. Saba: Les accords régionaux dans la Charte de l'ONU, Recueil des Cours, 1952. Tome 80. p. 691.

d'Etats; on a rejeté p.ex. le rapport géographique comme condition parce qu'à l'époque dans les cas des accords d'assistance plus importants en Europe il n'y avait pas de frontière commune entre les parties contractantes (voir p.ex. l'accord franco-soviétique ou soviéto-britannique).

Au cours des débats sur l'article 51 on a déposé plusieurs amendements mais ils n'ont pas été admis.²⁷⁸

Ainsi le comité préparatoire n'a pas défini exactement ou que voulait dire la légitime défense collective et le traité de sécurité non plus, par conséquent la définition concernant ne se trouve pas dans la Charte.

Ce manque de législation a résulté de différentes interprétations de la légitime défense collective dans la jurisprudence internationale. Comme on a déjà vu, selon D. *Bowett* la légitime défense collective n'est pas plus, après la Charte, que l'admission du droit des membres à exercer collectivement le droit qui est leur droit individuel. Son opinion est motivée qu'on a été autorisé à conclure des traités défensifs à l'époque où on n'a pas encore limité le droit des Etats aux guerres, et le système de la sécurité collective a été décentralisé. Le système rédigé dans la Charte est significativement différent parce qu'il interdit la violence *et* donne le système de la sécurité collective où c'est le Conseil de Sécurité qui est au premier lieu responsable du maintien de la paix et la sécurité et, où les membres consentent à admettre et à effectuer les décisions du Conseil de Sécurité. Dans ce cas-là, comme *Bowett* a dit, admettre la liberté de l'assistance, cela veut dire admettre que les Etats peuvent juger — de leur propre initiative — que les autres Etats exercent légitimement l'auto-défense; ça n'est pas compatible avec la construction générale de la Charte.²⁷⁹

On ne peut pas admettre cette position parce que dans le cas de la légitime défense collective aussi bien que dans le cas de la légitime défense employée individuellement le Conseil de Sécurité a droit à réviser la légitimité de l'assistance et ses décisions doivent être admises par tous les Etats. Donc, si le Conseil de Sécurité rend une décision, il peut réviser tout et il peut arrêter les mesures illégitimes, y compris l'assistance immotivée.

Mais, par contre, il ne prend pas de mesures — et c'est ce qui se passe plus souvent —, il laisse la question d'agir en suspens, c'est-à-dire donne la possibilité aux Etats de décider qui est l'attaqueur et qui est l'attaquant dans un conflit. Quand les Etats en décident, ils ne sont pas naturellement tout libres, mais leur comportement n'est limité que par les règles du droit international.

Concernant la légitime défense collective, Y. *Dinstein* introduit une classification remarquable avec 4 catégories:

- a) légitime défense individuelle exercée individuellement;
- b) légitime défense individuelle exercée collectivement;
- c) légitime défense collective exercée individuellement;

²⁷⁸ Voir H. *Al Chalabi*: La légitime défense en droit international. Caire, 1952. pp. 52-55.

²⁷⁹ D. *Bowett*: Self-Defence... pp. 216-217.

d) légitime défense collective exercée collectivement.²⁸⁰

Dans le premier cas, c'est un seul Etat qui soit attaqué et c'est lui qui se défend. Dans le deuxième cas l'agresseur attaque en même temps plusieurs Etats qui se défendent bien sûr ensemble, collectivement. Dans le troisième cas l'Etat attaqué est aidé par l'un de ses alliés, et enfin, dans le quatrième cas, ce sont plusieurs Etats qui donnent l'assistance avec forces à l'Etat attaqué.²⁸¹

Cette distinction est théoriquement parfaite mais de jure elle ne renferme que deux possibilités: on peut se défendre comme attaqué et dans ce cas c'est tout à fait indifférent qu' un ou plusieurs Etats soit (soient attaqué/s), d'autre part, la légitime défense peut être collective, et dans ce cas la légitimité de la défense dépend d'autres conditions aussi qui sont négligées en cas de la légitime défense individuelle — comme on en parlera plus tard.

Mais, au premier coup d'oeil, la légitime défense collective signifie que les Etats qui donnent l'assistance — et qui ne sont pas attaqués — sont *dans la même condition juridique l'Etat attaqué*, c'est-à-dire ils peuvent prendre des mesures repoussante. D'autre part, cela peut signifier aussi que *les conditions d'emploi de la légitime défense collective (proportionnalité, nécessité) sont compétantes concernant cette variation de la légitime défense aussi*, comme le jugement cité de la Cour Internationale de Justice a déclaré. Bien que la condition juridique soit la même, *il existe un grand nombre de problèmes à propos de la légitime défense collective qui ne se présentent pas dans le cas de la légitime défense exercée individuellement.*

La question la plus importante est: dans quelles conditions et qui peut donner l'assistance, et la Charte des Nations Unies est-elle suffisante de donner l'assistance ou bien est ce nécessaire qu'on conclue un accord de sécurité régional? La réglementation de la défense collective, rédigée dans la Charte, est devenue enfin différente de l'interprétation panaméricaine, c'est-à-dire *l'assistance donnée sur la base de différents systèmes de sécurité régionaux ne tombe pas sous l'effet de la disposition de l'article 51.*²⁸²

Ça se montre nettement dans l'article 53 qui *rattache* les démarches de pression employées par des organisations ou des accords régionaux à *l'autorisation* du Conseil de Sécurité *qui suppose par ailleurs le consentement précédant*, par l'opposition à la légitime défense individuelle ou collective qui est applicable en vertu de l'article 51 et dans ce cas là, *ce n'est qu'une information ultérieure qui est nécessaire au lieu de l'autorisation précédante.*²⁸³

²⁸⁰ Y. Dinstein: op. cit. p. 230.

²⁸¹ Y. Dinstein: op. cit. pp. 230—232.

²⁸² A ce propos W. Friedman pense lui aussi que les actions militaires de l'Organisation des Etats Américains (Organization of American States) sont plutôt semblables à la sécurité collective internationale, et elles se sont écartées de la légitime défense décidée individuellement qui est rédigée dans l'Article 51 de la Charte. (W. Friedmann: General Course in Public International Law, Recueil des Cours, 1969. Tome 127. p. 89.)

²⁸³ V. David interprète de même façon lui aussi la Charte (Sankce..., p. 56.)

Mais tout ça ne veut pas dire que les Etats qui appartiennent à un accord régional de sécurité collective ne peuvent pas bénéficier de leur droit à la légitime défense rédigé dans l'article 51.²⁸⁴

Si les Etats au cours de l'emploi des mesures défensives agissent *en leurs propres noms*, selon moi ils doivent se conformer aux dispositions concernant la légitime défense de l'article 51, tandis que s'ils agissent au nom de l'accord régional international (p.ex. comme l'Organisation des Etats Américains) c'est l'article 53 de la Charte qui est décisif. *Donc, la participation à un accord de sécurité régional n'empêche pas qu'on puisse exercer la légitime défense individuelle ou collective.*

Une autre question se pose d'autre part: la légitime défense collective peut-elle se baser uniquement sur la Charte? La doctrine internationale n'est pas unie sur ce point. Certains spécialistes du droit international — bien qu'ils ne rattachent pas l'emploi de la légitime défense collective aux systèmes régionaux de sécurité — trouvent qu'il faut au moins *un* accord de défense au préalable.

J. *Delivanis* est de même avis, lui aussi; selon lui sans un pareil accord n'importe qui et n'importe quand pourrait se mêler de tous les conflits internationaux et pourrait justifier même l'intervention.²⁸⁵

Mais, par contre, d'autres spécialistes pensent que pour donner l'assistance collective, ce n'est pas nécessaire de conclure au préalable un accord d'assistance. H. *Kelsen*,²⁸⁶ *Goodrich-Hambro*,²⁸⁷ V.K. *Sobakin*²⁸⁸ et A. *Eisenberg*²⁸⁹ partagent cet avis.

Mais tout ça, selon la majorité, n'exclut pas que tels Etats donnent l'assistance à un Etat attaqué qui sont liés à celui-ci par un accord. En relation avec cette question, dans la jurisprudence internationale on fait la distinction que dans le cas de l'accord régional ou bilatéral *l'Etat est obligé de donner l'assistance*, tandis que faute de tel accord, selon l'article 51, *l'Etat n'a que l'autorisation à donner l'assistance*.²⁹⁰

Quant à moi, *l'article 53 de la Charte veut plutôt empêcher que certaines organisations régionales puissent reprendre les fonctions des Nations Unies dans la région pour maintenir la paix et la sécurité.*

²⁸⁴ C'est l'opinion de Y. *Dinstein* aussi: "... a multilateral mutual assistance treaty, in creating a collective duty of collective Self-defence, does not diminish from the individual right of collective self-defence under the Charter." (op. cit. p. 238.)

²⁸⁵ J. *Delivanis*: op. cit. p. 156. L'avis de H. *Saba*: op. cit. p. 695. et de *Neubold - Hummer - Schreuer*: Handbuch des Völkerrechts, Band I. Wien. p. 267. est le même.

²⁸⁶ H. *Kelsen*: The Law of the United Nations, p. 796.

²⁸⁷ L.M. *Goodrich* — E. *Hambro*: The Charter of the United Nations, London, 1949. p. 302.

²⁸⁸ V.K. *Sobakin*: Kollektivnaya bezopasnost — garantiya mirnogo sosuchchestvovaniya. Moscou, 1962. p. 312.

²⁸⁹ A. *Eisenberg*: op. cit. p. 944.

²⁹⁰ J. *Kunz*: Individual and Collective Self-Defence..., p. 875. partage p.ex. cet avis. V. *David* (Sankce... p. 55.) souigne lui aussi le même.

En d'autres termes, c'est l'Organisation des Nations Unies à qui appartient de droit aux questions de la paix et de la sécurité; cette constatation se trouve d'ailleurs dans la plupart des accords de sécurité régionaux aussi: ces accords prescrivent que les mesures prises à titre de la légitime défense soient sans délai reportées au Conseil de Sécurité.²⁹¹

Selon certaines opinions, si on interprète le texte de l'article 51 mot à mot, on ne peut parler de la légitime défense que dans le cas où un Etat membre soit attaqué.²⁹²

Mais on se demande si l'interprétation textuelle est convenable, si les Etats qui ne sont pas membres ont droit à la légitime défense ou si l'Etat membre peut être aidé d'un Etat non-membre.

Hans Kelsen pense que la défense de la violation est obligatoire pour l'Etat non-membre aussi et il dit: "... that the right of self-defence as stipulated in Article 51 cannot be denied to non-members ...", par conséquent les Etats membres peuvent donner l'assistance à l'Etat non membre²⁹³ ou bien l'assistance est légitime aussi contre l'attaque d'un Etat non membre.²⁹⁴

V. David, spécialiste tchécoslovaque est de même avis mais son raisonnement est le suivant: si l'article 51 considère le droit à la légitime-défense comme *droit inhérent* (inherent right), ce droit pris du droit coutumier concerne les membres aussi bien que les non-membres de l'ONU.²⁹⁵

E. Jimenez de Arechaga pense que en dehors des Etats membres, ce sont les Etats non-membres en voie de formation et ainsi reconnus qui jouissent aussi du droit de la légitime défense, comme p.ex. la Corée du Sud ou l'Israël.²⁹⁶

Je suis d'accord avec ces opinions, d'autant plus qu'il est très difficile à s'imaginer un droit inhérent (le mot anglais "inherent" signifie "inné" aussi) qui concerne certains Etats et ne concerne pas d'autres. Nous voyons le même avis si nous signalons que dans la jurisprudence internationale d'avant 1945 l'auto-défense est considérée comme droit inaliénable appartenant à la souveraineté d'Etat²⁹⁷ qui compète à tous les Etats. La pratique de l'ONU d'ailleurs le montre, elle aussi puisque elle est intervenue dans la guerre coréenne qui a été

²⁹¹ Une telle disposition se trouve p.ex. dans l'article 5 du Pacte Atlantique Nord, l'article 4 du Pacte de Varsovie, l'article 4 du Traité de l'Asie du Sud-Est, fait en 1954 à Manille, etc.

²⁹² "Letteralmente, condizione di liceità dell'azione di legittima difesa è un attacco armato contro uno Stato membro (e non contro qualsiasi Stato)." (Souligné dans l'original) L. Fortati Picchio: op. cit. p. 252.

²⁹³ H. Kelsen: The Law of United Nations, p. 793.

²⁹⁴ H. Kelsen: ibid. p. 798. L'opinion de E. Jimenez de Arechaga est la même. (International Responsibility..., pp. 413-414.)

²⁹⁵ V. David: Sankce... p. 59.

²⁹⁶ E. Jimenez de Arechaga: Derecho constitucional de las Naciones Unidas, p. 414.

²⁹⁷ Voir p.ex. la constatation de E. Kaufman: "le droit de self-défense est inhérent à la souveraineté..." o. cit. p. 582. L'avis de A. Ulloa: "La defensa armada es uno de los atributos de la Soberanía..." est le même (op. cit. Tomo I. p. 283.)

un conflit entre deux Etats non membres et, de cette façon, elle a reconnu la situation de légitime défense d'un Etat non-membre aussi.

D'autres conditions de l'assistance sont liées à l'Etat attaqué. Cela veut dire avant tout que bien que l'agression fasse naître un rapport de responsabilité qui concerne en principe tous les Etats²⁹⁸ mais *donner l'assistance ce n'est possible qu'avec l'agrément de l'Etat attaqué.*

La jurisprudence internationale prend cette position.²⁹⁹

Si l'Etat qui veut donner l'assistance n'est pas limitrophe de l'Etat attaqué, *il est nécessaire pour donner l'assistance armée d'avoir l'agrément de l'Etat aussi par lequel les forces doivent traverser.*³⁰⁰

Donc, le droit international général et la Charte des Nations Unies ne font que rendre possible à employer la légitime défense collective mais la décision peut être prise seulement avec l'agrément commun des Etats intéressés. Quant à l'Etat attaqué, la Cour Internationale de Justice a retenu pour indispensable non seulement l'agrément mais *la demande* de l'Etat attaqué pour l'assistance soit juste. "Quoi qu'il en soit, la Cour note qu'en droit international coutumier qu'il soit général ou particulier au système juridique interaméricain aucune règle ne permet la mise en jeu de la légitime défense collective sans la demande de l'Etat se jugeant victime d'une agression armée. La Cour conclut que l'exigence d'une demande de l'Etat victime de l'agression alléguée s'ajoute à celle d'une déclaration par laquelle cet Etat se proclame agressé."³⁰¹

Selon la Cour l'Etat attaqué réclame l'assistance en des conditions normales,³⁰² mais, par contre, la Costa Rica et le Honduras censément attaqués n'ont pas demandé l'assistance des Etats-Unis. Et ce n'était que le 15 août 1984 quand l'El-Salvador s'est jugé victime d'une agression armée tandis que les Etats-Unis n'ont pas fait le rapport, ordonné dans l'article 51 de leur mesures au Conseil de Sécurité jusqu'au moment du jugement;³⁰³ par conséquent "les mesures de la légitime-défense collective" ont été employées par les Etats-Unis avant que l'agression ait été déclarée. D'où il résulte que *l'engagement à faire un rapport au Conseil de Sécurité compétent concerne la légitime défense individuelle aussi bien que la légitime défense collective.* Le texte de l'article

²⁹⁸ Cf. B. Graefrath: Völkerrechtliche Verantwortlichkeit für internationale Verbrechen, p. 103.

²⁹⁹ Ainsi p.ex. D.B. *Levine* constate que la condition de l'application du droit de la légitime défense, c'est le consentement de l'Etat attaqué à ce qu'un Etat tiers lui donne un aide armé. (D.B. *Levine*: Mejdunarodnoe pravo i sokhraneniye mira, p. 158.) L'opinion de E. *Skakunov* est la même (op. cit. p. 45.)

³⁰⁰ De même façon V. *David*: Sankce... p. 56.

³⁰¹ Activités militaires et paramilitaires (Arrêt), C.I.J. Recueil, 1986. p. 105, point 199.

³⁰² "Il est non moins évident que, si l'Etat agressé souhaite qu'un autre Etat lui vienne en aide dans l'exercice du droit de légitime défense, dans des conditions normales il le lui demandera expressément." (Cf. C.I.J. Recueil 1986. p. 102, point 232.)

³⁰³ Voir les points 233-2354 de l'Arrêt (C.I.J. Recueil, 1986. pp. 120-121.)

51 de la Charte est très clair concernant la question. Cela veut dire que ce n'est pas suffisant si l'Etat attaqué fait un rapport au Conseil de Sécurité des mesures de légitime défense prises par lui, mais l'autre Etat qui lui donne l'assistance et qu'il est ainsi dans la situation de légitime défense collective *doit faire un rapport spécial, lui aussi.*

La légitimité de la légitime défense collective est liée, elle aussi à l'Etat attaqué. Malgré la demande de l'Etat attaqué la défense collective n'est légitime que dans les cas où l'Etat réclament l'assistance est *en effet la victime d'une agression*,³⁰⁴ c'est-à-dire *la menace d'attaque ou d'autres actes injustes ne donnent pas droit à l'Etat à demander l'assistance.*³⁰⁵

Mais à propos de la question qui est l'agresseur et qui est attaqué, c'est chaque Etat qui en décide,³⁰⁶ ce vient en toute logique du caractère et de la nature de la légitime défense puisque elle est employée quand le Conseil de Sécurité n'a pas encore pris des mesures et on n'a pas le temps de demander l'autorisation ou la justification préventive au Conseil de Sécurité.

C'est l'Etat qui décide par son tribunal concernant la légitime défense dans le droit interne c'est pourquoi ici existe toujours la possibilité du contrôle judiciaire ultérieur qui est très rare dans le droit international. C'est le contrôle du Conseil de Sécurité qui pourrait remplacer le contrôle judiciaire, mais on y voit très rarement une décision valable et qui prescrit des mesures. Ainsi c'est l'opinion publique internationale qui contrôle ainsi que l'acte attaquant tout comme la défense.

Pour conclure tout ce qu'on a dit jusqu'ici de la légitime défense collective, on peut constater *que si plusieurs Etats sont attaqués en même temps, leur défense ne se montre pas défense collective mais c'est une défense individuelle exercée collectivement* — même si elle est coordonnée militairement. Ils peuvent en décider individuellement, sans l'autorisation et agrément des autres ou un à un, y compris le droit à terminer la guerre défensive.

S'il s'agit de la légitime défense collective, les Etats de secours ne sont pas attaqués et ne peuvent pas donner l'assistance sans autorisation de celui-ci.

Une autre question, c'est celle de l'achèvement de la légitime défense collective, c'est-à-dire: si l'Etat qui donne le secours est lié à la demande de l'Etat attaqué, est-il également lié concernant l'achèvement? En examinant les exemples d'histoire il est incontestable que *si l'Etat péri victime de l'agression se fait battre et se rend, donc s'il arrête la légitime défense, les Etats qui ont pris les armes pour le défendre ne sont pas obligés de faire ça.*

304 La situation est la même en cas du pacte d'assistance mutuelle aussi (Cf. K.A. Baguinyan: Vooroujennaya agressiya pod predlogom samooboroni, Sovetskoe gossudarstvo i pravo, 1959. N. 1. p. 127.)

305 Cf. E. Jimenez de Aréchaga: International Responsibility, pp. 405-406.

306 De même façon H. Delbez: Les principes généraux du Droit International Public, III^e éd, Paris, 1964. p. 371 et J. Basdevant: op. cit. p. 549.

Ainsi, pendant la II^e guerre mondiale quand en septembre 1939 la résistance polonaise s'est écroulée, la Grande-Bretagne et la France qui ont pris les armes pour la défendre, ont continué à lutter et leur combat n'a pas cessé d'être une lutte défensive.

C'est que l'illégitimité à l'égard de la Pologne n'a pas cessé d'être non plus, son territoire s'est fait sous l'occupation étrangère (allemande et soviétique). La situation aurait été différente si la situation de légitime défense avait cessé d'exister pour la Pologne (p.ex. si elle aurait conclu un armistice qui lui aurait assuré l'intégrité territoriale). Quant à moi, je pense que dans ce cas les alliés ne doivent pas continuer, eux non plus, la guerre à titre de la légitime défense collective, ou bien s'ils continuent quand même à lutter, cette action ne peut pas être considérée comme légitime défense parce que la condition de *nécessité*, de plus, le fait de la lutte armée a cessé d'exister.

VI.

L'attaque armée comme condition primordiale de la légitime défense

Plusieurs problèmes se posent en relation avec cette question. L'un d'eux est: peut-on prendre des mesures armées préventives à titre de la légitime défense ou bien on doit attendre l'attaque avant de faire ça? Comme on a déjà vu, dans le droit coutumier international la légitimité de l'acte préventif contre la menace à titre de l'auto-défense a été généralement admise. Par conséquent on trouve un grand nombre d'exemples dans la pratique des Etats où la force armée a été employées sous prétexte de prévenir l'attaque.

Ainsi p.ex. au cours du procès de principaux criminels de guerre japonais, la défense a invoqué devant le Tribunal Militaire International d'Extrême-Orient que la Hollande a déclaré la guerre au Japon le 8 décembre 1941 et l'attaque japonaise n'a commencé qu'après cette déclaration de guerre. Mais le projet de l'attaque japonaise a été fait par l'état-major japonais justement le jour de la déclaration, ainsi le Tribunal a refusé l'argument que l'attaque japonaise contre la Hollande et les Indes ait été juste à cause de la déclaration de guerre hollandaise.

I. *Brownlie* en a conclu que la déclaration de guerre hollandaise a été légitime comme légitime défense collective, mais le Tribunal ne s'en est pas occupé parce qu'il n'a examiné que la légitimité des opérations militaires de Japon.³⁰⁷

Dans la plupart des cas on a pris des mesures préventives sans contrôle judiciaire. Ainsi p.ex. le 10 mai 1940 les forces britanniques ont occupé l'Islande, et la Grande-Bretagne a motivé l'occupation qu'une attaque allemande ait été probablement faite et l'Islande n'ait pas pu être capable d'empêcher les Allemands d'envahir l'île. Mais ainsi que l'Islande tout comme le Danemark ont

³⁰⁷ I. *Brownlie*: op. cit. p. 258.

protesté contre l'occupation britannique en contestant qu'elle ait été motivée.³⁰⁸

Les conditions de l'emploi de la légitime défense n'ont pas été nettement délimitées avant la Charte des Nations Unies non plus. Trancher la question comment on peut prendre des mesures préventives *après* la Charte des Nations Unies, c'est peut être d'après l'interprétation de l'article 51. Pendant les débats sur la définition de l'agression, la délégation norvégienne a dit que cet article peut avoir deux sens. L'un d'eux est que le droit de la légitime défense compète tous les Etats sur la base du droit coutumier, *sans compter l'article 51*, mais cela signifierait que la défense soit légitime non seulement contre une attaque armée, mais contre la menace aussi.

Selon l'autre sens: étant donné que l'article 51 a modifié la notion traditionnelle de l'auto-défense, elle ne peut être employée que dans le cas d'une attaque armée.³⁰⁹

On peut en effet interpréter l'article 51 de telle façon que la règle de droit coutumier — qui a permis l'auto-défense préventive — est valable actuellement aussi puisque selon l'article 51 de la Charte des Nations Unies "... ne porte atteinte au droit naturel de légitime défense, individuelle ou collective." Certains Etats ont essayé d'admettre cette interprétation, ainsi p.ex. en 1975 l'Israël s'est reporté à l'auto-défense préventive quand il a attaqué le Liban ou bien, en 1981, quand il a détruit par bombardement la centrale nucléaire irakienne — que nous avons déjà citée. L'auto-défense préventive est permise selon les Etats-Unis et les pays occidentaux aussi — comme on a déjà dit — mais cette conception est opposée au sens grammatical et logique de l'article 51 qui considère l'attaque armée comme condition primordiale de la légitime défense. C'est que la légitime défense rédigée dans l'article 51 de la Charte des Nations Unies — d'après l'opinion très exacte de *Skakunov* — est attachée indissolublement au 4^e point de l'article 2 car l'attaque armée est une action injuste, contraire à cet article et signifie l'infraction de l'obligation internationale concernant la défense de la violence.³¹⁰

En même temps, *l'illégitimité de l'emploi des forces armées ne se montre pas au premier lieu dans le caractère de l'action* — puisque la même action peut être qualifiée d'attaque armée aussi bien que de légitime défense —, *mais dans la question qui a employé le premier la force.*³¹¹

Donc, subir le premier la force, c'est l'origine de la situation de légitime défense de l'Etat attaqué, et ça explique pourquoi on ne doit pas exercer la légitime défense contre le danger de l'attaque. En conséquence, c'est

308 I. *Brownlie*: op. cit. p. 311.

309 Cf. T. *Bruba*: op. cit. p. 168.

310 E. *Skakunov*: op. cit. p. 93.

311 Ça se voit expressément dans la définition de l'agression de l'Assemblée générale prise en 1974 dont l'article 2 commence ainsi: "L'emploi de la force armée en violation de la Charte par un Etat agissant le premier constitue la preuve suffisante à la première vue d'un acte d'agression..."

généralement reçu dans la littérature internationale que la légitime défense ne peut pas avoir un caractère préventif. Ainsi p.ex. Q. Wright dit que selon la Charte des Nations Unies toutes les guerres préventives qui ont été commencées par les gouvernements de leur propre initiative sont qualifiées d'agression.³¹²

C.A. Pompe,³¹³ H. Kelsen,³¹⁴ N. Quoc Dinh,³¹⁵ Al Chalabi,³¹⁶ Jimenez de Arechaga,³¹⁷ S. Calogeropoulos — Stratis,³¹⁸ K.A. Baguinyan,³¹⁹ Árpád Prandler,³²⁰ F.A. von der Heydte,³²¹ K. Skubiszewski,³²² A. Eisenberg,³²³ M. Sørensen,³²⁴ et V. David³²⁵ partagent cet avis tandis que certains qui trouvent la notion de la légitime défense dans le droit coutumier international pensent que la légitime défense peut être exercées dans le cas du danger de l'attaque aussi.³²⁶

De nos jours ce n'est pas le "droit naturel" qui est resté de la vague notion de l'auto-défense, réglementée dans le droit coutumier international, qui n'est pas opposé à l'article 51; il s'agit surtout de la possibilité d'employer les forces contre une attaque non-armée, comme on en a déjà parlé.

Il est à noter que rejeter la légitime défense préventive à l'époque des guerres nucléaires possibles, c'est peut être risqué parce qu' exiger l'attente de

312 Q. Wright: *International Law and the United Nations*, London, New York, Bombay, 1960. p. 100.

313 C.A. Pompe: op. cit. p. 98. et p. 100.

314 H. Kelsen: *The Law of United Nations*, p. 797.

315 "Les législations étatiques n'autorisent pas la légitime défense préventive, l'action de l'individu attaqué doit rester dans le cadre d'une mesure de police répressive. Dans le même sens, les Etats signataires de la Charte ne pourront plus désormais baser leur action en légitime défense sur l'existence d'une simple menace de violence; ..." N. Quoc Dinh: op. cit. p. 240.

316 H.A.H.A. Chalabi: op. cit. pp. 79-81.

317 E. Jimenez de Arechaga: *Derecho constitucional de las Naciones Unidas*, pp. 402-403.

318 S. Calogeropoulos — Stratis: op. cit. p. 228.

319 K.A. Baguinyan: op. cit. p. 134.

320 Á. Prandler: *AZ ENSZ Biztonsági Tanácsa (Le Conseil de Sécurité de l'ONU)*; Budapest, 1974. p. 137.

321 F.A. von der Heydte: op. cit. II. Band p. 122.

322 K. Skubiszewski: *The Postwar Alliances of Poland and the United Nations Charter*, A.J.I.L. 1959. p. 622.

323 "Después de la Carta es imposible sostener con alguna seriedad que exista la legitima defensa preventiva." (A. Eisenberg: op. cit. p. 939.).

324 M. Sørensen: *Principes de droit international public*, Recueil des Cours, 1960. Tome 101. pp. 239-241.

325 V. David: *Sankce...* p. 57.

326 A. Cassese considère comme possible le légitime défense préventive "when certain and irrefutable proof exists that a massive armed attack... is about to be launched... (Is the First Use of Nuclear Weapons Prohibited? pp. 49-50.) L'opinion de D. Bowett (*Self-Defence...* pp. 188-189.) et de U. Shoham (op. cit. p. 233.) est la même aussi.

l'attaque — comme H. *Waldock* constate — cela signifie qu'on défende le droit de l'agresseur à faire le premier coup.³²⁷

Mais le droit au premier coup n'entre pas dans la notion de la légitime défense même à l'époque des forces nucléaires.

C'est dans une règle de droit regional internationale que pour la première fois s'est apparue la définition de la notion de l'attaque armée. Le 3 juillet 1933 à l'initiative soviétique huit Etats ont conclu un pacte international en relation de cela³²⁸ dont se sont rallié au parti encore cinq Etats.³²⁹

D'après ce pacte, l'Etat qui commet le premier les actes ci-dessous nommés est qualifié d'agresseur:

Article II. "... 1. Déclaration de guerre à un autre Etat; 2. Invasion par ses forces armées, même sans déclaration de guerre, du territoire d'un autre Etat; 3. Attaque par ses forces terrestres, navales ou aériennes, même sans déclaration de guerre du territoire, des navires, ou des aéronefs d'un autre Etat; 4. Blocus naval des côtes ou des parts d'un autre Etat; 5. Appui donné à des bandes armées qui formées sur son territoire, auront envahi le territoire d'un autre Etat, ou refus, malgré la demande de l'Etat envahi, de prendre, sur son propre territoire, toutes les mesures en son pouvoir pour priver ledites bandes de toute aide ou protection."³³⁰

Le pacte reflète la conception soviétique de l'agression que la délégation soviétique a déposé à la conférence de désarmement à Genève aussi mais on n'a pas conclu un pacte général sur sa base, et la définition de la notion n'a pas été faite par le droit international général.

La situation n'a pas changé après la II^e guerre mondiale non plus, la Charte des Nations Unies ne définit pas non plus la notion de l'attaque armée — sans laquelle pourtant il n'existe pas une situation de légitime défense — bien qu'elle l'interdit explicitement. Ce qui fait qu'il y a une action de jure illicite, le contenu et le comportement de commission de laquelle sont incertains.

L'opinion du Comité des Affaires étrangères du Sénat des Etats-Unis en 1949 était que la notion de l'attaque armée, cela va de soi.³³¹

Mais cela ne se voit pas puisque la définition de l'acte attaquant c'est-à-dire celle de l'agression a été le point de controverse depuis plus de 50 ans et ce

³²⁷ H. *Waldock*: *The Regulation of the Use of Force by Individual States in International Law*, pp. 497-498.

³²⁸ Ces Etats sont la Pologne, l'Estonie, la Lettonie, la Roumanie, la Turquie, l'Iran (la Perse d'alors), l'Afghanistan et l'URSS; les premiers 7 pays étaient limitrophes de l'URSS.

³²⁹ Ces Etats sont la Finlande, la Yougoslavie, la Lituanie et la Tchécoslovaquie.

³³⁰ Le texte original français du Pacte aussi bien que les traductions en allemand et en russe ont été publiés: *Die Entstehung der UNO, Dokumente 1*. Berlin, 1977. pp. 90-92. Voir le texte anglais *Ferencz Benjamin: Defining International Aggression: The Search for World Peace. A documentary history and analysis*, New York, 1975. I. p. 202-204.

³³¹ "Experience has show that armed attack is ordinarily self-evident." (R.H. *Heindel* — T.V. *Kalijarvi* — F.O. *Wilcox*: *The North Atlantic Treaty in the United States Senate*, A.J.I.L. 1949. p. 645.)

n'est que le 14 décembre 1974 que l'Assemblée générale a reçu la définition suivante: "L'agression est l'emploi de la force armée par un Etat contre la souveraineté, l'intégrité territoriale ou l'indépendance politique d'un autre Etat ou de toute autre manière incompatible avec la Charte des Nations Unies ..." et, d'après l'article 3 de la résolution c'est l'agresseur qui commet l'un des actes ci-dessous nommés *le premier*:

a) L'invasion ou attaque du territoire d'un Etat par les forces armées d'un autre Etat, ou toute occupation militaire, même temporaire, résultant d'une telle invasion ou d'une telle attaque, ou toute annexion par l'emploi de la force du territoire ou d'une partie du territoire d'un autre Etat;

b) Le bombardement, par les forces armées d'un Etat, du territoire d'un autre Etat, ou l'emploi de toutes armes par un Etat contre le territoire d'un autre Etat;

c) Le blocus de ports ou des côtes d'un Etat par les forces armées d'un autre Etat;

d) L'attaque par les forces armées d'un Etat contre les forces armées terrestres, navales ou aériennes, ou la marine et l'aviation civiles d'un autre Etat;

e) L'utilisation des forces armées d'un Etat qui sont stationnées sur le territoire d'un autre Etat avec l'accord de l'Etat d'accueil contrairement aux conditions prévues dans l'accord ou tout prolongation de leur présence sur le territoire en question au-delà de la terminaison d'accord;

f) Le fait pour un Etat d'admettre que son territoire qu'il a mis à la disposition d'un autre Etat soit utilisé par ce dernier pour perpétrer un acte d'agression contre un Etat tiers:

g) L'envoi par un Etat ou en son nom de bandes ou de groupes armés, de forces irrégulières ou de mercenaires qui se livrent à des actes de force armée contre un autre Etat d'une gravité telle qu'ils équivalent aux actes énumérés ce-dessus ou le fait de s'engager d'une manière substantielle dans une telle action."

L'énumération n'est pas complète, le Conseil de Sécurité peut qualifier d'agression d'autres actions aussi, ainsi c'est difficile à imaginer un tel acte qui ne pourrait pas être considéré au moins ultérieurement, comme un acte ayant un caractère d'attaque.

Ce travail ne veut pas rentrer dans les détails du problème qui mérite d'ailleurs une monographie spéciale³³² mais il soulève quelques questions parce que malgré la définition exacte de l'attaque armée on y voit des questions contestables.

332 Cf. J. *Zourek*: La définition de l'agression et le droit international, Recueil des Cours, 1957. Tome II. p.1. et ss.; J. *Hazard*: Why try again to define aggression? A.J.I.L. 1968. p. 701. et ss.; E. *Hambro*: The Question of the Definition of Aggression before the 22-nd Session of the General Assembly, in: Festschrift til Professor Alf Rosse, København, 1969. p. 153. et ss.; B. *Broms*: The Definition of Aggression, Recueil des Cours, Tome 154. (1977. I.) p. 299. et ss.; Ferencz *Benjamin*: op. cit.; T. *Bruha*: Die Definition der Aggression, (op. cit.) A.M. *Rifaat*: International Aggression, Stockholm, 1979.

L'une de telles questions est: comment peut-on décider qui a commis le premier les comportements de commissions énumérés? La survenance de la légitime défense est en effet qualifiée par l'Etat qui s'y reporte, et les Etats se reportent souvent aux actions attaquantes pas faites quand ils cherchent matière à justifier leur propre attaque. D'ailleurs, même le commencement de l'attaque peut être contesté — même dans le cas où la politique de l'Etat est de bonne foi —, or *le commencement de l'attaque est le seul facteur qui peut décider qui est l'agresseur est qui est dans la situation de légitime défense.*

Un exemple pratique: si un Etat reçoit une déclaration de guerre d'un autre Etat sans attaque immédiate, on ne sait pas si l'Etat qui a reçu la déclaration de guerre est automatiquement entré dans la situation de légitime défense.

Y. Dinstein donne une réponse négative à cette question et constate que la déclaration de guerre — même le fait de la mobilisation —, c'est peu pour se reporter à la légitime défense.³³³

Etant donné que l'attaque armée, c'est une sorte de l'agression et, ni la déclaration de guerre, ni la mobilisation ne figurent pas sur la liste des comportements de commissions, elles ne peuvent être qualifiées que de menace de l'attaque qui d'ailleurs est aussi défendue selon la Charte et se montre peu pour être en situation de légitime défense. La situation est la même dans le cas d'une démonstration navale. Mais elle peut être différente si la flotte est lancée vers les côtes d'un autre Etat dans l'intention de l'attaquer (après une déclaration de guerre éventuelle) comme p.ex. pendant la II^e guerre mondiale quand le 26 novembre 1941 la flotte japonaise est partie des îles Kouriles sans déclaration de guerre préalable dans l'intention d'attaques Pearl Harbour, mais elle n'est arrivée que le 7 décembre si proche qu'elle ait pu commencer l'attaque aérienne des bateaux porte-avion contre la flotte des Etats-Unis. Si cette flotte avait été attaquée par les Etats-Unis pendant qu'elle s'approchait de Pearl Harbour, il serait injuste rendre responsable les Etats-Unis pour une attaque contre le Japon comme Y. Dinstein dit.³³⁴

Cette constatation est vraie dans le cas cité mais s'il n'y a pas une volonté ferme pour attaquer, alors on ne sait pas si cette attaque est irréversible. La flotte attaquante peut être arrêtée et retournée même après des jours et alors l'attaque ne se réalise pas. Donc, sans une intention d'attaquer la bonne position est la suivante: *l'attaque s'est réalisée dans le cas où les événements sont déjà irréversibles*; si p.ex. la flotte attaquante atteint la mer bordière (ou au moins la zone jointe), les avions entrent dans l'air territorial d'un autre Etat, les chars attaquants franchissent la frontière, etc. Mais tout ça n'est pas si simple dans la pratique. Selon moi dans l'exemple mentionné c'est également la démontrabilité qui décide de la question de la légitimité, comme dans toutes les guerres. Etant donné que le droit international ne contient pas la contrôle judiciaire qui se trouve dans le droit interne, ainsi le Conseil de Sécurité de

³³³ Y. Dinstein: op. cit. pp. 173–174.

³³⁴ Y. Dinstein: op. cit. p. 179.

l'ONU doit être considéré comme corps qui décide légalement l'agresseur à condition qu'il soit capable de prendre une mesure valide. Dans ce cas-là ce n'est pas important qui a tiré le premier car les gardes-frontières de l'Etat attaqué peuvent tirer les premiers sur les chars ennemis qui sont en train de franchir la frontière, ils seront tout de même dans la situation de légitime défense parce que — comme H. *Webberg* a constaté dans une de ses études publiées en 1938 — l'agresseur est toujours celui l'armée duquel met le pied la première sur le territoire d'un autre Etat.³³⁵ Pour qu'une attaque armée soit survenue, il n'est d'ailleurs nécessaire de tirer ni à l'un ni à l'autre côté. Selon le point c) de la définition citée de l'agression c'est la seule présence de la force armée, même sans toute sorte de hostilités, qui se montre agression sur le territoire d'un autre Etat, après l'expiration du permis de séjour.

En même temps, en examinant la définition citée, il est évident aussi que *l'agression ne signifie pas dans tous les cas la franchise de la frontière de l'Etat violé*, l'attaque armée peut se produire soit en haute mer, soit sur le propre territoire de l'Etat, ou bien elle peut se diriger contre les forces militaires qui sont stationnées dans un Etat tiers; dans ces cas-là c'est absolument le premier tir qui décide l'agresseur.

Selon la définition on parle de l'agression aussi si l'attaque se dirige vers les établissements civils étrangers se trouvant n'importe où et contre les moyens de transport (p.ex. contre les bateaux de commerce) et elle fait entrer dans la situation de légitime défense l'Etat qui exerce la souveraineté sur ces établissements (p.ex. sur un phare).

Si l'attaque est dirigée contre *les citoyens étrangers*, se pose la question de l'intervention *humanitaire* pendant l'action faite à la faveur de ceux-ci; on n'y aborde que la question comment peut être qualifiée l'action de l'Etat dirigée contre les représentants officiels d'un autre Etat.

Y. *Dinstein*, après le drame des otages de Téhéran a dit que la Cour Internationale de Justice a considéré la capture du personnel de l'ambassade américaine comme attaque armée,³³⁶ mais son affirmation ne serait convaincante que dans le cas où la Cour aurait pris position dans l'affaire mais, elle ne l'a pas fait.

La prise en otage les représentants officiels de l'Etat, c'est sans doute un acte illégitime qui provoque la responsabilité juridique internationale de l'Etat qui l'a commis, mais ce n'est pas une attaque armée, par conséquent on ne doit pas commencer à ce titre-là des opérations militaires (p.ex. bombardement ou le blocus) contre cet Etat, mais on ne peut prendre que des représailles appropriées et proportionnées ou bien on peut s'il y a lieu délivrer les otages à titre de l'état de nécessité.

Une question qui s'y rapporte aussi: l'attaque de quelles forces provoque-t-elle le droit de la légitime défense? Cela ne fait aucun doute que

³³⁵ H. *Webberg*: Das Kriegsproblem in der neueren Entwicklung des Völkerrechts, Die Friedens-Warte, 1938. Nr. 3/4. p. 139.

³³⁶ Cf. Y. *Dinstein*: op. cit. p. 185.

l'attaque de propre forces régulières ou irrégulières de l'Etat rende légitime la prise des mesures armée défensives, mais la situation se montre douteuse si les forces qui effectuent l'attaque soient les forces irrégulières en fonctions dans un autre Etat. L'opinion du Comité des affaires étrangères du Sénat des Etats-Unis. Citée plus tôt, il semble ne considerer pas d'ailleurs comme attaque armée même l'action de propres forces armées irrégulières: ... the words "armed attack", clearly do not mean an incident created by irresponsible groups or individuals...³³⁷

I. *Brownlie* est de même avis³³⁸ mais il ajoute: si ces forces sont soutenues par un gouvernement d'un autre Etat, l'action sera qualifiée d'attaque armée.³³⁹

C'était la position que la Cour internationale de Justice a prise dans l'affaire Nicaragua contre Etats-Unis. La Cour a constaté que la plupart des manoeuvres militaires, y compris la pose des mines, contre le Nicaragua n'avaient pas été directement faites par les forces armées des Etats-Unis mais, l'opposition armée nicaraguayenne, les groupements irréguliers des "contras" qui avaient été subventionnés, soutenus des armes et instruits par les Etats-Unis tandis que de la part des Etats-Unis ce n'étaient que les agents civils qui avaient participé aux actions armées; mais les manoeuvres ont été projetées, dirigées, soutenues par ces agents, ainsi la Cour a constaté: "Il apparait donc à la Cour que l'imputabilité des ces attaques aux Etats-Unis est établie".³⁴⁰

Quand la Cour a qualifié cette attitude, elle a constaté que instruire, armer, munir, subventionner et encourager les contras par les Etats-Unis, c'est l'infraction à la défense de l'intervention dans les affaires intimes d'autres Etats,³⁴¹ ensuite, avec la pose des mines dans les eaux territoriaux du Nicaragua les Etats-Unis non seulement ont intervenu dans les affaires d'un autre Etat et violé la souveraineté de celui-ci, mais ils ont violé les règles de droit coutumier aussi qui concernent la défense de l'emploi de la force.³⁴²

Bien que la décision de la Cour n'ait pas déclaré *ex pressis verbis* que les Etats-Unis ont attaqué avec forces le Nicaragua, elle a établi les bases de l'opinion qu'une attaque armée peut être accomplie à l'aide des forces irrégulières étrangères aussi puisque l'acte illégitime qui appelle la légitime

³³⁷ R.H. Heindel – T.V. Kalifarvi – F.I. Wilcox: op. cit. p. 645.

³³⁸ "Sporadic operations by armed bands would also seem to fall outside the concept of armed attack." (I. *Brownlie*: op. cit. pp. 278–279.)

³³⁹ I. *Brownlie*: op. cit. p. 279.

³⁴⁰ C.I.J. Recueil, 1986.pp. 50–51. point 86.

³⁴¹ "La Cour... 3) Par douze voix contre trois, Décide que les Etats-Unis d'Amérique, en entraînant, armant, équipant, finançant et approvisionnant les forces contras, et en encourageant, appuyant et assistant de toute autre manière des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci, ont, à l'encontre de la République de Nicaragua, violé l'obligation que leur impose le droit international coutumier de ne pas intervenir dans les affaires d'un autre Etat." C.I.J. Recueil, 1986. p. 146.

³⁴² Voir C.I.J. Recueil, 1986. p. 147.

défense signifie l'infraction des règles concernant la défense de la force — comme on l'a déjà vu.

En même temps, ce ne sont pas seulement les propres organes d'Etat qui peuvent directement violer le droit international mais une n'importe quelle personne, y compris même un organe d'Etat étranger *s'ils s'agissent en vertu des instructions de l'Etat responsable. C'est la responsabilité indirecte.*³⁴³

Si existe une responsabilité indirecte, alors on ne peut pas exclure la possibilité d'existence d'une agression indirecte aussi.

On voit cette expression dans la proposition soviétique qui traite dans le détail les comportements de commission de telle agression — qui d'ailleurs ne sont pas toujours des agressions réelles et indirectes —, et ledit "Six-Power draft", soutenu par les Etats-Unis réglemente, lui aussi ces comportements.³⁴⁴

Selon la proposition soviétique l'état de fait de l'agression indirecte est le suivant: "The use by a State of armed force by sending armed bands, mercenaries, terrorists or saboteurs to the territory of another State and engagement in other forms of subversive activity involving the use of armed force with the aim of promoting an internal upheaval in another State or a reversal of policy in favour of the aggressor shall be considered an act of *indirect aggression*" (souligné par moi — K.N.). Le Six-Power draft prescrit, lui aussi: "The term, aggression is applicable... to the use of force in international relations, ouvert or covert direct or indirect by a State against the territorial integrity or political independence of any other State, or in any other manner inconsistent with the purposes of the United Nations." Ensuite le projet de six-pays donne de même que la proposition soviétique la définition du comportement de commission de l'agression en énumérant les comportements suivants: "...6. Organizing, supporting or directing armed bands or irregular or volunteer forces that make incursions or infiltrate into another State;

7. Organizing, supporting or directing violent civil strife or acts of terrorism in another State;

8. Organizing, supporting or directing subversive activities aimed at the violent overthrow of the Government of another State. "Le troisième projet-préparé par les pays non-alignés-n'utilise pas l'expression agression indirecte seulement il prescrit: "7. When a State is a victim in its own territory of subversive and/or terrorist acts by irregular volunteer or armed bands organized or supported by another State, it may take all reasonable and adequate steps to safeguard its existence and its institutions, without having

³⁴³ Cf. Károly Nagy: Responsabilité indirecte dans le droit international. Acta Universitatis Szegediensis de Attila József Nominatae Acta Juridica et Politica, Tomus XXXI., Fasc. 21. Separatum Szeged, 1984. p. 240. et ss.

³⁴⁴ Cette proposition a été pour la première fois présentée par l'Autriche, le Canada, l'Italie, le Japon, la Grande-Bretagne et les Etats-Unis. (Voir A.M. Rifaat: op. cit. p. 254.)

recourse to the right of individual or collective self-defence against the other State under Article 51 of the Charter".³⁴⁵

La notion de l'agression, composée de trois projets fondamentaux a été admise par l'Assemblée générale de l'Organisation des Nations Unies le 14 décembre 1974 qui ne traite que dans un seul point cette variation spéciale de l'agression, notamment dans le point g) de l'article 3 cité, sans souligner le fait de l'incidence. La définition définitive ne contient pas déjà l'expression "l'agression indirecte" et, ça n'est pas un fait du hasard. Les groupes armés mentionnés dans la définition en cas type ne sont pas en effet les organes d'un autre Etat il sont en général seulement des citoyens d'un Etat étranger mais à cause leurs faits la responsabilité internationale appartient à l'Etat qui les soutient et qui leur donne des instructions. Cette responsabilité est cependant *directe*. Il s'agit en effet de la responsabilité indirecte réelle si l'Etat *prend la responsabilité internationale en raison des actes d'un autre sujet de droit international*,³⁴⁶ comme p.ex. dans les cas de l'occupation militaire ou s'il s'agit d'un Etat fédératif. Mais, comme je l'ai déjà développé dans un autre passage, *même dans le cas de ladite "responsabilité indirecte" l'Etat ne répond que de ses propres faits, mais ces faits peuvent être déployés aussi à coups des organes d'Etat étrangers*.³⁴⁷

Et si les bandes armées, les mercenaires, etc. n'appartiennent pas aux forces armées régulières d'un autre Etat, ils doivent être qualifiés de forces armées irrégulières de l'Etat commettant l'agression, la responsabilité des faits desquelles aboutit à une responsabilité internationale directe.

En examinant le rapport entre l'agression et la légitime défense se pose la question si le rôle de l'Etat attaquant et celui de l'Etat en légitime défense peut être échangé, c'est-à-dire l'Etat agissant dans la légitime défense dans l'origine peut devenir plus tard agresseur et vice versa, l'agresseur peut arriver plus tard dans la situation de la légitime défense. En traitant le conflit entre la Somalie et l'Ethiopie, j'ai déjà mentionné que la situation peut changer au point de vue militaire: si l'agresseur a essuyé une défaite, au cours de la guerre elle peut se poursuivre sur son territoire aussi. Enfin, pendant la guerre dans la corne de l'Afrique la situation s'est autrement développée, les troupes éthiopiennes se sont arrêtées à la frontière de la Somalie.

Mais le conflit arabe-israélien s'est différemment formé. L'Israel a été proclamée le 18 mai 1948 et elle a été attaquée déjà le lendemain par les troupes de cinq Etats arabes, ainsi, pendant la première guerre l'Israel était sans

³⁴⁵ Voir le texte de tous les trois projets jouant un grand rôle dans la formation de la notion de l'agression: T. *Bruba*: op. cit. p. 326. et ss.; S.M. *Schwebel*: op. cit. p. 489. et ss.

³⁴⁶ Partagent cet avis p.ex. R. *Ago*: La responsabilità indiretta nel diritto internazionale, Padova, 1936 pp. 15-16., p. 18., p. 26.; F. *Klein*: Die mittelbare Haftung im Völkerrecht, Frankfurt am Main, 1941. pp. 65-66.; L. *Delbez*: La responsabilité internationale pour crime commis sur le territoire d'un Etat et dirigé contre la sureté d'un Etat étranger, Revue G.D.I.P. 1930. p. 464.; G. *Dabm*: op. cit. Band III. p. 204., et d'autres.

³⁴⁷ Cf. Kátoly *Nagy*: Responsabilité indirecte, p. 236.

doute dans la situation de la légitime défense. Mais à la fin de la guerre l'Israël est entrée en possession des territoires qui voudraient être donnés à l'Etat arabe palestinien en vertu de la décision de l'ONU de 1947 concernant le partage de la Palestine, c'est-à-dire l'Israël a repoussé avec succès l'attaque et a obtenu le triomphe.

De cette manière le motif de légitime défense de l'occupation des territoires arabes a cessé d'exister après le refoulement de l'attaque, il n'était plus nécessaire de le maintenir, donc il aurait dû l'arrêter. Après la guerre on n'a pas conclu le traité de paix, on a conclu seulement un armistice par l'intermédiaire de l'ONU qui ne fait pas cesser de jure l'état de guerre. Quand en automne 1956 l'Israël a attaqué l'Egypte à l'aide français et anglais et ses troupes ont atteint le canal de Suez, elle a déjà été considérée comme agresseur par la plupart des Etats et pour cause. Pour occuper le canal de Suez, on peut créer des motifs juridiques aussi, mais *ils ne peuvent pas reposer à aucun prix sur la légitime défense*. C'est que l'Israël a repoussé avec succès l'attaque arabe, il y a des années, et, bien que la guerre n'ait pas pris fin de jure, ses manoeuvres militaires ne voulaient plus à beaucoup près repousser une attaque, le but a été bien différent.

De même manière, la guerre commencée par l'Israël en 1967 n'était pas en rapport avec l'attaque arabe de 1948, cette action israélienne a pris simplement l'expansion territoire pour but.

Les bombardements israéliens sont également inacceptables, jetés à titre de la légitime défense sur la Jordanie, le Liban ou en 1981 sur l'Irak. De toute façon, le Conseil de Sécurité a refusé dans une série de résolutions le caractère de légitime défense de ceux-ci.³⁴⁸

C'est une question suivante à décider: après l'attaque injuste la partie innocente qui se défend, pendant combien de temps peut prendre des contre-mesures? Peut-on parler de la légitime défense après une attaque effectuée, il y a des années? Ici se pose à proprement parler le sens du principe de l'immédiateté.

Quand il s'agissait de la différence entre la sanction et la légitime défense, j'ai déjà mentionné que la légitime défense est toujours employée en *cours de l'attaque pour la repousser* à l'opposé de la sanction qui est toujours employée plus tard. Par conséquent, certaines opinions considèrent l'emploi immédiat de la légitime défense comme élément notionnel de telle défense. Le délégué mexicain s'est placé à ce point de vue en 1965 à l'Assemblée générale

³⁴⁸ Ainsi p.ex Res. 338 (/25. nov. 1966), Res. 265 (1. avril 1969), Res. 270 (26. aout 1969), Res. 279 (12 mai 1970), Res. 313 (28 févr. 1972), Res. 332 (21. avr. 1973), Res. 347 (24. avr. 1974), Res. 488 (19. juin 1981), Cf. O. *Schachter*: Self-Defence and the Rule of Law. AJIL 1989. p. 263, note 23.

des Nations Unies et il a exposé que manque de cela la légitime défense se transforme en représailles armées à l'opposé des objectifs des Nations Unies.³⁴⁹

Mais la question n'est pas si simple parce que par la suite de l'attaque injuste, après la victoire de l'agresseur une partie du territoire ou bien tout le territoire de l'Etat attaqué pourra être occupé par une armée étrangère. L'occupation étrangère, c'est *la conséquence injuste d'un acte injuste contre laquelle la défense peut être légitime même après des années*. Mais on se demande si elle peut être motivée à titre de la légitime défense. Y. *Dinstein* est d'avis que malgré le principe de l'emploi immédiat, on ne peut pas donner une réponse immédiate à une attaque armée parce que l'Etat attaqué doit avoir le temps de s'y préparer, mais un long temps ne peut pas tout de même s'écouler après l'attaque armée.³⁵⁰

A l'opposé de cela, l'opinion de E. *Skakunov* est le suivant: si l'Etat attaqué n'a pas repoussé l'attaque sans délai manque de moyens nécessaires, il peut recourir à légitime défense à tout moment pour arrêter l'occupation ou l'annexion qui se sont réalisées par la suite de l'attaque, c'est-à-dire la légitime défense peut être employée sans restriction de temps.³⁵¹

Quant à moi, cette opinion me semble très contestable, dans les exemples pratiques les Etats sont de toute façon d'avis contraire. Un des cas litigieux y relatif était l'occupation des colonies portugaises Goa, Diu et Damão par la République de l'Inde en décembre 1961. Au cours des débats devant le Conseil de Sécurité le représentant de l'Inde a fourni quatre arguments pour justifier la légitimité de l'action indienne. L'un de ceux-ci a été que étant donné que le Portugal en 1510 avait occupé avec forces ces territoires et depuis ce temps-là il les tient illégalement occupés, l'Inde les a réoccupés à l'état de légitime défense.³⁵²

Cet argument soulève le problème de "*l'agression permanente*".

Il y a en effet des violations concernant desquelles l'article 25 du projet de responsabilité de la Commission de Droit internationale déclare: "1. La violation d'une obligation internationale par un fait de l'Etat ayant un caractère de continuité se produit au moment où ce fait commence. Toutefois, le temps de perpétration de la violation s'étend sur la période entière durant laquelle ce fait continue et reste non conforme à l'obligation internationale."

L'occupation illégitime du territoire d'un autre Etat, c'est une violation d'une obligation internationale très typique, et la durée de la violation s'étend sur la période entière durant laquelle les troupes étrangères ne se retirent pas. *Mais les stipulations du droit contemporain ne peuvent pas être appliquées en remontant bien loin dans le temps*. Il s'agit de cette sorte de l'agression comme

349 "... for the use of force in self-defence to be permissible under the Charter, such force must ... be immediately subsequent to and proportional to the armed attack to which it was an action inconsistent with the purposes of the United Nations." (Cf. M.B. *Baker*: op. cit. p. 34.)

350 Y. *Dinstein*: op. cit. p. 220.

351 E. *Skakunov*: op. cit. p. 107.

352 Cf. Q. *Wright*: The Goa Incident, A.J.I.L. 1962. pp. 620-622.

violation ayant un caractère de continuité *si l'action agressive a été commise après la formulation de la défense générale de l'agression, c'est-à-dire après l'entrée en vigueur de la Charte des Nations Unies et la possession du territoire n'a été justifié ni par un accord international, ni par une autre circonstance faisant naître le droit.*

L'agression irakienne en août 1990 peut être qualifiée de telle violation ayant un caractère de continuité au cours de laquelle il a annexé le Koweït et a supprimé l'existence nationale de celui-ci. Cette action était une agression continuellement commise jusqu'au moment où les troupes d'Irak se trouvaient sur le territoire du Koweït car la prescription acquisitive n'est pas applicable en ce cas-là à cause du principe *ex injuria, jus non oritur*.

La situation est tout à fait différente en cas de Goa, Diu et Damão parce qu'il s'était passé 450 ans après la conquête portugaise et, bien que cette durée soit beaucoup plus longue que la prescription centenaire, appliquée dans le droit international,³⁵³ et bien que l'Inde soit longtemps hors d'état de réoccuper ces territoires (puisque elle était longtemps une colonie anglaise) il y a pourtant doute si l'on peut exercer la légitime défense après un temps si long. Au cours des débats devant le Conseil de Sécurité, Krishna Menon, représentant de l'Inde s'est aussi reporté que le titre d'acquisition du Portugal a été la conquête mais l'Inde ne l'a jamais reconnu.³⁵⁴

Bien que cette idée soit exacte, il n'est pas permis d'oublier qu' *à l'époque de la conquête portugaise l'occupation avec forces, l'annexion avait été encore considérée comme moyen licite d'acquisition du territoire ainsi il n'était pas nécessaire de le reconnaître pour juste ou légitime.*

Mais, même alors si l'attaque n'était pas injuste, il y a des centaines d'années, la conservation du régime colonial avait déjà été injuste à l'époque de nos jours c'était l'opinion majoritaire de l'ONU (voir p.ex la résolution numéro 1514 (XV) de l'Assemblée Générale de l'ONU, prise le 14 décembre 1960), ainsi, à ce titre on peut motiver la légitimité de la démarche indienne aussi.³⁵⁵

De cette façon, les Etats-membres du Conseil de Sécurité avaient des avis différents, ainsi les puissances colonisatrices et leurs alliés: les Etats-Unis, la Grande Bretagne, la France, la Turquie, l'Equateur, le Chili et la Chine (c'est-à-dire le Taiwan à ce temps-là) ont insisté sur le retrait des troupes indiennes tandis que le Ceylan, la Libérie, l'Egypte et l'Union Soviétique ont prétendu au refus de la plainte portugaise et ont condamné le colonialisme.³⁵⁶

Enfin, ni l'une, ni l'autre des propositions n' a été admise ainsi il n'y a pas de position valide. L'opinion publique internationale a fini par prendre acte de l'action indienne parce que celle-ci a été considérée comme démarche pour

³⁵³ De cette raison Q.Wright est d'avis que la souveraineté portugaise "... had a good title to Goa". Q. Wright: op. cit. p. 623.

³⁵⁴ Q. Wright: op. cit. p. 622., note 20.

³⁵⁵ Cf. G. Herczegb: Goa felszabadításának kérdése (La question de la libération de Goa), Jogtudományi Közlöny, 1962/5. pp. 256-257.

³⁵⁶ Cf. J. Dugard: Recognition and the United Nations, Cambridge, 1987. p. 116.

liquider le régime colonial et, en même temps, il n'y avait rien ce qui pourrait montrer que le peuple de Goa aurait aspiré à établir un Etat indépendant. La situation aurait été tout à fait différente s'il y avait eu un mouvement de résistance sur les colonies portugaises en Inde pour acquérir l'indépendance comme ça s'est passé en cas semblable très fort à celui de Goa. Sur l'une des îles indonésienne, Timor il y avait aussi une colonie portugaise où un mouvement insurrectionnel, ledit "Fretilin" faisait des opérations de guérilla, déjà depuis des années, pour s'exempter de la domination portugaise et, en 1975, la République de l'Est-Timor a été proclamée. Immédiatement après les forces armées de l'Indonésie ont occupé l'Est-Timor et annexé son territoire à l'Indonésie. Il s'agit d'un territoire colonial enclavé à un nouvel Etat aussi bien qu'en cas des Goa, Diu et Dāmao, la population par-là n'était pas portugaise non plus, elle s'était liée à l'Indonésie ethniquement, culturellement et au point de vue de la langue, le territoire a été sans doute considéré comme territoire colonial, et pourtant, l'annexion de l'Est-Timor a été jugée d'une manière différente par l'opinion publique internationale et même par l'Organisation des Nations Unies que le cas de Goa.

Ainsi p.ex. la résolution de l'Assemblée Générale des Nations Unies, prise le 28 novembre 1977 a confirmé le droit inaliénable d'autodétermination du peuple de l'Est-Timor et a qualifié sa lutte pour l'application de ce droit *légitime*.³⁵⁷

Conformément à cela la Quatrième Commission de l'Assemblée générale de l'ONU a pris et a consulté même en automne 1982, le représentant du mouvement Fretilin,³⁵⁸ Jose Ramos-Horta.³⁵⁹

Les avis des Etats étaient en effet partagés à propos de cette question, certains Etats (le Zaïre, l'Iran, le Malaysia, les Philippines) ont déclaré que Timor fait partie de l'Indonésie, mais la majorité (p.ex. l'Algérie, l'Angola, le Burundi, le Brazzaville-Congo, la Chypre, le Haïti, la Chine, etc.) ont insisté sur le retrait des troupes indonésiennes et ont considéré l'annexion de l'Est-Timor comme agression.³⁶⁰

Les jugements juridiques de l'annexion de deux colonies portugaises étaient différents l'un de l'autre parce qu'en cas de Goa le droit des peuples et nations à disposer d'eux-mêmes semblait se faire valoir en cas de la réunion à l'Inde tandis que en cas de l'Est-Timor c'était la formation de l'indépendance nationale qui aurait pu aboutir à la réalisation de ce droit. C'est le *droit d'autodétermination* qui exerce dans une très grande mesure de l'influence sur la légitimité de l'emploi des forces armées ainsi que sur la légitimité de la légitime défense.

³⁵⁷ Voir Yearbook of the United Nations, 1977. p. 263.

³⁵⁸ Le nom de l'organisation: Frente Revolucionaria de Timor Leste Independente.

³⁵⁹ Voir Chronique des Nations Unies, 1983. N. 1. p. 63.

³⁶⁰ Voir Yearbook of the United Nations, 1977. pp. 868-869.

VII.

Le rapport entre le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes et la légitime défense

Le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes peut être considéré comme institution de droit relativement jeune du droit international puisque il ne s'est apparu qu'au XX^e siècle si on prend en considération son contenu actuel, mais son origine remonte dans le passé. C'était déjà au siècle passé qu'on connaissait la conception que la nation avait droit à constituer son propre Etat, p.ex. l'avis de J.K. *Bluntschli*, spécialiste classique du droit international³⁶¹ ou de L. *Oppenheim* aussi qui en 1905 s'est déclaré de même façon dans son manuel.³⁶²

Mais la reconnaissance que les nations aient droit à créer des Etats ne signifiait pas le développement complet du contenu actuel du droit d'autodétermination et elle n'était pas générale non plus, voir p.ex. le manuel de W.E. *Hall*, publié à la fin du siècle passé qu'en cas de l'annexion le droit international ne nécessite pas que la population intéressée soit interrogée.³⁶³

D'une manière étrange, mais il n'y a pas en effet jusqu'à nos jours de règle juridique internationale qui ordonne un plébiscite obligatoire en cas de l'annexion.

Le droit d'autodétermination s'est pourtant apparu dans la doctrine aussi que dans la pratique mais son sens était longuement imprécis. Ils sont nombreux qui ramènent le droit d'autodétermination des peuples à la conférence de paix à la fin de la 1^{re} guerre mondiale et au président américain W. Wilson,³⁶⁴ tandis que d'autres pensent que l'origine du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes remonte plus loin, p.ex. selon I. *Delbrück* la première apparition du droit d'autodétermination s'était passée en 1860 quand l'on avait ordonné un plébiscite en question de Nice et la Savoie par conséquent duquel ces territoires ont été annexés à la France.³⁶⁵

L'opinion de D. *Tbürer* es la même.³⁶⁶

361 "Jede Nation ist berufen und berechtigt einen Staat zu bilden. Wie die Menschheit in eine Anzahl von Nationen geteilt ist, so die Welt in ebenso viele Staaten zerlegt werden. Jede Nation ist ein Staat. Jeder Staat ist eine Nation." (Johann Kaspar *Bluntschli*: Allgemeine Staatslehre, 6. Auflage, Stuttgart, 1866, p. 107.)

362 L. *Oppenheim*: International Law, I. London, New York, Bombay, 1905. p. 74.

363 W.E. *Hall*: (A) Treaties on International Law, Oxford, 1895. p. 504.

364 Voir p.ex. C. *Economides*: Le Droit des Peuples à disposer d'eux-mêmes, Revue Hellénique de D.J. 1957. p. 298., où T.S. *Ramo Rao*: The right of Self-Determination: its Status and Role in International Law, Internationales Recht und Diplomatie, 1968. p. 19.

365 "In diesen Plebisziten ist der Ursprung des modernen Begriffs der Internationalen Selbstbestimmung zu sehen" (J. *Delbrück*: Selbstbestimmung und Völkerrecht, Jahrbuch für Internationales Recht. 13. B. 1967. p. 182.)

366 D. *Tbürer*: Das Selbstbestimmungsrecht der Völker, Mit einem Exkurs zur Jurafrage, Bern, 1976. p. 18.

Dans la formation de la notion actuelle du droit d'autodétermination c'est la révolution russe, éclatée en octobre 1917 qui a joué un rôle important, le décret des droits des peuples de la Russie, fait le 2 novembre 1917, signé par Lénine et Staline aussi s'est préoccupé de cette question.

D'après la décision du II^e Congrès des Soviets. veut résoudre le problème des nationalités en ce qui suit:

1. Gleichheit und Souveranität des Völker Russland;
2. das Recht des Völker Russlands auf freie Selbstbestimmung bis zur Lostrennung und Bildung eines selbständigen Staaten;
3. Abschaffung aller und jeglicher nationalen und national-religiösen Privilegien und Beschränkungen;
4. freie Entwicklung der nationalen Minderheiten und ethnographischen Gruppen, die das Territorium Russlands bevölkern.³⁶⁷

Ce décret a exercé une grande influence ainsi que sur la jurisprudence internationale tout comme sur les conceptions des politiciens, mais il ne se montre pas encore dans les règles du droit international et dans la pratique non plus. Ainsi en vain W. Wilson, président américain a-t-il déclaré en mai 1917 que "... no people must be forced to live under a sovereignty under which it does not wish to live..."³⁶⁸ les nouvelles frontières, tracées au cours de la I^e guerre mondiale ont plutôt reflété des considérations stratégiques que les frontières réelles de la répartition ethnique de la population;³⁶⁹ c'était sauf dans certains cas particuliers que la population ait été demandée dans quel Etat elle voulait vivre. Ainsi p.ex. aucune clause du Traité de Trianon — qui a été conclu entre l'Entente et la Hongrie — n'a ordonné un plébiscite sur les nouvelles frontières hongroises bien que selon le Traité plus de deux tiers du territoire d'Etat d'avant-guerre ait été annexé aux Etats voisins et de cette manière aucun point de l'ancienne frontière ne restait constant.

Le droit d'autodétermination a été touché dans la Charte de l'Atlantique, rédigée pendant la II^e guerre mondiale³⁷⁰ et dans la Charte des

³⁶⁷ Voir le texte original russe et la traduction citée en allemand du document: Die Entstehung der UNO, Dokumente, Band I. Berlin, 1977. pp. 70–72.

³⁶⁸ J. Delbrück: op. cit. 1. 185.

³⁶⁹ Ainsi p.ex. les frontières hongroises, délimitées par le Traité de Trianon ne suivaient la frontière linguistique que vers l'Autriche, dans la direction de Tchécoslovaquie, Roumanie ou Yougoslavie elles s'avancaient loin dans l'aire linguistique hongroise car ces frontières ont été délimitées de telle façon que les lignes de chemin de fer plus importantes soient sur le territoire des Etats vainqueurs successeurs et puissent garantir la communication directe parmi ces Etats. Voir à ce propos: János Galántay: A trianoni békekötés. (Le Traité de Trianon), Budapest, 1920. et. Zoltán Palotás: A trianoni határok (Les frontières du Traité de Trianon), Budapest, 1990. illustré bien de cartes.

³⁷⁰ Ainsi l'article 2 de la Charte de l'Atlantique déclare que les Etats-Unis et la Grande Bretagne "ne désirent voir aucune modification territoriale qui ne soit en accord avec voeux librement exprimés des peuples intéressés. "L'article 3 se reporte lui aussi au droit d'autodétermination d'après lequel les Etats signataires de la Charte "... respectent le droit qu'a

Nations Unies aussi,³⁷¹ mais il ne se montre pas dans la pratique par la suite non plus, ainsi il n'était pas considéré au cours des délimitations frontières. Si les nouvelles frontières coïncident actuellement avec les frontières ethniques (p.ex. la frontière germano-polonaise actuelle), c'est le résultat du transfert forcé des millions d'Allemands, mais cela signifie l'emploi du principe de la culpabilité collective, condamnable de jure et moralement aussi, c'est-à-dire ce n'est que traîner dans la boue le droit d'autodétermination.

Si on tient compte encore qu'après la II^e guerre mondiale par la suite de la rivalité de grandes puissances certaines nations avaient divisées en deux comme p.ex. l'Allemagne, la Corée, le Vietnam, on peut dire qu'après la II^e guerre mondiale on trouve le droit d'autodétermination dans les documents de droit, mais on ne le trouve guère dans la pratique. La seule exception, c'est la reconnaissance théorique et pratique du droit d'autodétermination des peuples coloniaux et celle de la légitimité de leur lutte; cette reconnaissance est très importante au point de vue du sujet de cette étude parce que le problème de la légitime défense peut être lié à cette lutte de l'indépendance. Par conséquent, dans ce travail j'ai l'intention de me limiter à *ne traiter que* cet aspect du droit d'autodétermination.

Si l'on examine le droit d'autodétermination au point de vue de n'importe quel aspect, on y trouve un grand nombre de questions contestables. P.ex., d'après H. *Neubold*, les gouvernements des Etats occidentaux et les spécialistes du droit international considèrent le droit d'autodétermination, même actuellement, comme principe politique qui s'exprime dans les décisions nonobligatoires.³⁷²

Il est hors de doute que de telles opinions aient été prononcées dans la Commission des Droits de l'Homme (p.ex. celles de Grande-Bretagne, de Hollande ou du Belge)³⁷³ mais la constatation n'est pourtant pas tout à fait exacte.

Le droit d'autodétermination est souvent traité comme principe politique dans la jurisprudence internationale aussi. P.ex. F. *Berber*,³⁷⁴ G. *Dabm*³⁷⁵ et A.P. *Sereni*³⁷⁶ partagent cet avis, L. *Goodrich* et E. *Hambro* dans

chaque peuple de choisir la forme de gouvernement sous laquelle il doit vivre"; (Cf. C.A. *Colliard*: Droit international et histoire diplomatique, Documents choisis, Paris, 1948. p. 394.)

³⁷¹ La Charte des Nations Unies ne fait que se référer au droit d'autodétermination (Article 1, point 2, paragraphe 55) sans donner une définition de contenu de celui-ci.

³⁷² H. *Neubold* – W. *Hummer* – Ch. *Schreuer*: op. cit. Band I. Textteil, p. 285.

³⁷³ Ainsi p.ex. le délégué anglais a déclaré en 1953: "That self-determination was a political principle which might have to be subordinated, in its application to other principles in particular the maintenance of international peace." (Cf. E. *Menzel*: Die Vereinten Nationen und das Selbstbestimmungsrecht der Völker, Jahrbuch für Internationales Recht, 1962. p. 290.)

³⁷⁴ Ainsi *Berber* mentionne le droit d'autodétermination dans son manuel parmi les doctrines de politique extérieures. (op. cit. Band I. p. 75.)

³⁷⁵ G. *Dabm*: op. cit. Band I. pp. 390–391.

leur livre sur la Charte des Nations Unies qualifient le droit d'autodétermination de conception morale exprimée dans la Charte de l'Atlantique,³⁷⁷ selon A. Verdross et B. Simma ce droit n'est que *lex imperfecta*,³⁷⁸ J.M. Ruda, remanieur de manuel de L.A. Podesta Costa le considère comme "moyen principal idéologique" de l'abolition du régime colonial bien qu'il reconnaisse que ce droit ait été réglémenté par plusieurs accords internationaux.³⁷⁹

Mais les avis sont partagés dans l'ouest aussi. Ainsi p.ex. A. Thierry en 1975 a dit que quand bien même il aurait été bien motivé que le droit d'autodétermination a été considéré comme principe politique par la plupart des spécialistes en droit international, cette position doit être révisées désormais.³⁸⁰

En conséquence, un grand nombre des spécialistes en droit international considèrent le droit d'autodétermination comme principe de droit dans l'ouest aussi.

Selon A.A. *Cançado-Trindade*, spécialiste brésilien en droit international le principe d'autodétermination n'est pas seulement une instruction morale, mais une règle de droit internationale aussi.³⁸¹

B. *Conforti*, spécialiste italien considère le droit d'autodétermination, lui aussi comme règle de droit positif international.³⁸²

Selon S.A. *Williams* et A.L.C. de *Mestral* ce principe ayant un caractère de droit: "It is evident from many General Assembly resolutions, covenants and declarations that this right of self-determination is recognized as a legal rights."³⁸³ Cet avis est partagé par d'autres aussi.³⁸⁴

376 A. P. *Sereni* considère le droit d'autodétermination comme principe "purement politique" (*puremente politico*) (op. cit. II. *Organizzazione Internazionale*, Sezione Prima, 1958. p. 293.)

377 L. *Goodrich* – E. *Hambro*: *Charter of the United Nations*, Boston, 1946. p. 255.

378 A. *Verdross* – B. *Simma*: *Universelles Völkerrecht*, Berlin, 1976. p. 255.

379 "... el instrumento ideológico principal utilizado para poner fin al colonialismo." (L.A. *Podesta Costa* – J.M. *Ruda*: *Derecho internacional publico I.*, Buenos Aires, 1979.p. 61.)

380 Cf. *Droit International Public* par H. *Thierry* – J. *Combaçu* – S.Ch. *Vallée*, Paris 1975. p. 491. M.N. *Shaw* considère lui aussi le droit d'autodétermination comme ayant un caractère de droit (*International Law*, Cambridge, 1986. p. 161.)

381 A.A. *Cançado Trindade*: *Princípios do Direito Internacional Contemporâneo*, Brasília, 1981. p. 71.

382 "Il principio di autodeterminazione a oggi una regola di diritto internazionale positivo." (B. *Conforti*: *Diritto internazionale*, Terza ed., Napoli, 1988. p. 21.)

383 S.A. *Williams* – A.L.C. *Mestral*: *An Introduction to International Law*, Chiefly as Interpreted and Applied in Canada, Toronto, 1979. p. 48.

384 Voir p.ex. J. *Crawford*: *The Creation of States in International Law*, Oxford, 1979. p. 87., U.D. *Umozurike*: *Self-determination in International Law*, Oxford, 1969. p. 119., G. *Abi-Saab*: *Wars of National Liberation in the Geneva Conventions and Protocols*, *Recueil des Cours*, 1979. Tome 165. p. 370.

D'autres spécialistes en droit international — surtout à l'ancienne URSS et en Europe orientale — qualifient le droit d'autodétermination expressément de principe fondamental de droit.

Ainsi György *Haraszti* dans le manuel hongrois de droit international traite le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes dans le chapitre des principes fondamentaux du droit international et il écrit le suivant de son caractère de droit: "Le principe de l'autodétermination des nations *s'est formé dans l'origine comme exigence politique* (souligné dans le texte original — K.N.) à l'époque où la lutte des nations européennes pour l'existence nationale indépendante s'est dégagée. "Quand plus tard la Russie a reconnu ce droit dans ses accords bilatéraux, conclus avec certains pays proche-orientaux (p.ex. avec l'Afghanistan, la Perse ou le Turquie), ces accords — selon *Haraszti* — "... ont érigé en règle de droit internationale du principe politique le principe d'autodétermination"³⁸⁵ (souligné dans le texte original — K.N.).

Enfin en conséquence de l'admission de la Charte des Nations Unies le principe des peuples à disposer d'eux-même est devenu principe de droit international de vigueur générale, ajoute enfin *Haraszti*.³⁸⁶

L. *Takács* et M. *Niciu* dans leur manuel établissent le même, selon eux le droit d'autodétermination s'est transformé en un des fondements du droit international moderne.³⁸⁷

D.B. *Levin*, professeur soviétique constate, lui aussi: "Le principe des peuples à disposer d'eux-mêmes est sans doute un des fondements les plus importants du droit international".³⁸⁸

D'où il résulte que certains spécialistes considèrent expressément le droit d'autodétermination comme norme impérative (cogens) comme p.ex. E. *Gayim*.³⁸⁹

³⁸⁵ Gy. *Haraszti* — G. *Herczegh* — K. *Nagy*: Nemzetközi jog (Droit International), Budapest, 1976. p. 94., H. *Bokor* — *Szegő*, spécialiste hongrois en droit international pense lui aussi que le droit d'autodétermination a été à l'origine une disposition ayant le caractère lex imperfecta de la Charte des Nations Unies mais il est devenu plus tard règle positive du droit international. (H. *Bokor* — *Szegő*: The Role of United Nations in International Legislation, Budaepst, 1978. pp. 52–55.)

³⁸⁶ *Haraszti* — *Herczegh* — *Nagy*: op. cit. ibid. L'opinion du grand manuel publié en URSS est la même: "Le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, c'est sans doute l'un des principes du droit international qui produit des droits et des obligations déterminés pour les participants aux rapports internationaux." (Kours mejdounarodnogo prava, Moscou, 1967. Tome II. p. 215.)

³⁸⁷ L. *Takács* — M. *Niciu*: Drept internațional public. Bucarest, 1976. pp. 43–44. L'avis de G. *Geamănu* est mot-à-mot le même (Dreptul Internațional contemporan, Bucarest, 1965. p. 130.)

³⁸⁸ D.B. *Levine*: Princip samoopredeleniya nacy v mejdounarodnom prave. Sovetsky Yejegodnik Mejdounarodnogo Prava, 1962. Moscou, 1963. p. 29.

³⁸⁹ E. *Gayim*: Reflections on the draft articles of the International Law Commission on State responsibility: Articles 14, 15, 19 in the context of the contemporary international law of self-

Nul doute que le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes se soit apparu en Europe comme exigence politique³⁹⁰ mais son caractère a changé dans la suite des temps comme les avis des Etats y relatif ont changé. Le changement des opinions est étroitement lié au changement, survenu dans la structure de l'Organisation des Nations Unies. Tandis que parmi les 51 Etats membres originels qui ont rédigé la Charte il n'y avait que 4 Etats africains et 9 Etats asiatiques, actuellement, avec la désagrégation des régimes coloniaux la situation est foncièrement changée, ce sont les Etats afro-asiatiques et les Etats latino-américains y ralliés — qui ont été autrefois des colonies, eux aussi — qui constituent la plupart des Etats membres de l'Organisation et ainsi ce sont eux qui exercent une influence décisive sur l'opinion publique, d'autant plus que la colonisation a été condamnée par les pays socialistes aussi.

Les anciennes puissances coloniales ne constituent de nos jours que l'infirmes minorité de la communauté internationale et ça s'est exprimé dans les résolutions de l'Assemblée générale de l'ONU après 1960.

A part cela, le caractère juridique du droit d'autodétermination est déterminé par des faits objectifs aussi. Quand bien même il pourrait être contesté qui soit son sujet, quelle obligation aient exactement les Etats en accomplissant ce droit, etc., cela ne signifie pas que le droit d'autodétermination n'ait pas un caractère de droit. Selon moi, *un phénomène ne peut pas être en effet pris pour celui ayant un caractère politique ou moral qui est réglé par une règle de droit.*

Or, le droit d'autodétermination est défini dans son contenu aussi dans les pactes des droits de l'homme, admis en 1966 dont le premier article déclare: "1. Tous les peuples ont le droit de disposer d'eux-mêmes. En vertu de ce droit, ils déterminent librement leur statut politique et assurent librement leur développement économique, social et culturel.

2. Pour atteindre leurs fins, tous les peuples peuvent disposer librement de leurs richesses et de leurs ressources naturelles, sans préjudice des obligations qui découlent de la coopération économique internationale fondée sur le principe de l'intérêt mutuel et du droit international. En aucun cas un peuple ne pourra être privé de ses propres moyens de subsistance.

3. Les Etats parties au présent Pacte y compris ceux qui ont la responsabilité d'administrer des territoires non autonomes des territoires sous tutelle sont tenus de faciliter la réalisation du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes et de respecter ce droit conformément aux dispositions de la Charte des Nations Unies."

Car ces pactes sont entrés en vigueur en 1976, de plus, ils peuvent être considérés comme règles ayant un caractère universel, l'universalité ne s'est pas encore réalisée, mais c'était le but de ses rédacteurs, ainsi il est hors de doute que le droit d'autodétermination ait un caractère de droit.

determination. Nordisk Tidsskrift for International Ret, Acta Scandinavica Juris Gentium, 1985. Nr. 1-2. p. 85.

³⁹⁰ De même façon: Cours mejdounarodnogo prava... p. 202.

C'est une question très importante au point de vue de notre sujet ce qui est le contenu du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes. En d'autres termes, cela signifie: comment peut-on interpréter le droit de la détermination libre de "statut politique"?

Selon *Seara Vazquez* il y en a plusieurs possibilités. L'une d'elles est que le peuple qui a le droit à disposer de lui-même peut librement choisir la forme de gouvernement qui signifie le principe de la démocratie.³⁹¹

L'autre possibilité d'après *Vazquez* est que le peuple puisse maintenir la situation actuelle de l'économie et de la vie politique et peut la changer sans que d'autres Etats puissent intervenir; cette interprétation est par ailleurs conforme au principe de la non-intervention.³⁹²

La troisième possibilité qui est considéré comme bonne par *Vazquez* aussi, c'est qu'on prenne le droit d'autodétermination comme droit à l'indépendance ou à la sécession, mais ce droit ne compète que les peuples coloniaux et ne compète pas les minorités nationales.³⁹³

J. *Charpentier* donne encore une possibilité, la quatrième, selon laquelle le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes signifie qu'en cas de l'annexion la population qui habite là a droit à manifester son opinion concernant l'annexion.³⁹⁴

Quand bien même on pourrait attacher plusieurs sens à la disposition citée, *la doctrine internationale est plus ou moins uniforme concernant la question que le trait majeur de ce droit, c'est le droit à fonder un Etat indépendant.*

C. *Economides* constate p.ex.: "... le droit de libre disposition reconnaît à certaines populations le droit de se détacher de l'Etat souverain pour s'ériger en Etat indépendant, ou s'agrèger à un Etat déjà existant."³⁹⁵

D. *Thürer* attache le même sens au droit d'autodétermination: "Gelegenheit versteht man unter Selbstbestimmungsrecht eines Volkes das Recht eines souveränen Staates auf faktische Unabhängigkeit und Gleichheit".³⁹⁶ M.N. *Shaw*,³⁹⁷ A. *Ulloa*,³⁹⁸ M. *Akehurst*,³⁹⁹ M. *Chemilier-Gendreau*⁴⁰⁰ et B. *Meissner*⁴⁰¹ partagent cet avis.

³⁹¹ M. *Seara Vazquez*: *Derecho internacional Publico*, Mexico, 1979. pp. 86–87. Le droit d'autodétermination est défini en ce sens par S.A. *Williams* et A.L.C. de *Mestral*: "This right to self-determination does not imply independence but rather a freedom to choose how they will be governed." (op. cit. p. 47.)

³⁹² M. *Seara Vazquez*: op. cit. p. 87.

³⁹³ M. *Seara Vazquez*: op. cit. pp. 87–89.

³⁹⁴ J. *Charpentier*: *Autodétermination et décolonisation*, in: *Le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, Méthodes d'analyse du droit international, Mélanges offerts à Charles Chaumont*, Paris, 1984. p. 117.

³⁹⁵ C. *Economides*: op. cit. p. 296.

³⁹⁶ D. *Thürer*: op. cit. p. 48.

³⁹⁷ M.N. *Shaw*: op. cit. p. 162.

³⁹⁸ A. *Ulloa*: op. cit. Tomo I. p. 132.

La pratique internationale des Etats interprète, elle aussi conformément à cela le contenu du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes. La résolution la plus importante des Nations Unies à ce sujet, prise le 24 octobre 1970 à l'unanimité par l'Assemblée générale (Res. 2625/XXVI) est celle intitulée la Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les Etats conformément à la Charte des Nations Unies qui dispose de l'exercice du droit d'autodétermination: "La création d'un Etat souverain et indépendant, la libre association ou l'intégration avec un Etat indépendant ou acquisition de toute autre statut politique librement décidé par un peuple constituent pour ce peuple des moyens d'exercer son droit à disposer de lui-même."

Si l'Etat qui a l'autorité qualifiée sur le groupe de gens, disposant de ce droit refuse le droit d'autodétermination à ce groupe-là, le peuple opprimé a la seule possibilité de faire prévaloir ce droit avec forces.

Donc, la question est: en dehors des Etats a-t-elle le droit d'employer les forces? Etant donné que le 4^e point de l'article 2 de la Charte des Nations Unies défend généralement même aux Etats d'employer les forces et la menace de celles-ci, la question sera plus simple: cette défense se rapporte-elle aux organes n'ayant pas un caractère étatique aussi ou non?

Si l'on interprète soit l'article 51 de la Charte, soit le 4^e point de l'article 2 à la lettre, il n'y a aucun doute que cette défense ne concerne que les Etats. Mais, dans la pratique, on a trouvé, déjà avant la Charte des Nations Unies qu'on a permis aux mouvements, ne disposant pas d'existence nationale d'employer les forces. Ainsi p.ex. à la fin de la I^e guerre mondiale, en 1917 le Comité National Polonais qui fonctionnait à Paris a été reconnu comme organisation officielle polonaise par la France, la Grande-Bretagne, l'Italie et les Etats-Unis et l'armée polonaise organisée par lui a été considérée comme armée alliée, armée co-belligérente⁴⁰² bien que la Pologne ne se soit constituée que de beaucoup plus tard.

Et après la II^e guerre mondiale, il est souvent arrivé que les mouvements de libération ont été reconnus comme ceux qui représentent leurs peuples quoiqu'ils aient lutté avec forces contre les puissances coloniales. Une telle organisation a été p.ex. le PAIGC, établi par Amilcar Cabral⁴⁰³ qui a commencé la lutte armée en 1963 pour l'indépendance de la Guinée-Bissau⁴⁰⁴

399 M. Akehurst: *A Modern Introduction to International Law*, London, Boston, Sidney, 1983. p. 248.

400 M. Cheimilier—Gendreau: *Droit des peuples à disposer d'eux-mêmes et réfugiés*, in: *Le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, Méthodes d'analyse du droit international, Mélanges offerts à Charles Chaumont*, Paris, 1984. p. 163.

401 B. Meissner: *Der sowjetische Nationsbegriff und das Selbstbestimmungsrecht der Völker. Internationales Recht und Diplomatie*. 1958. p. 131.

402 Cf. G.H. Hackworth: *Digest of International Law*, Washington, 1940. p. 319.

403 *Partido Africano da Independencia de Guine e Cabo Verde*.

404 Voir à ce propos: B. Davidson: *The Liberation of Guiné*, Harmondsworth, 1969.

ct, le 26 septembre 1973 il a proclamé l'indépendance de la Guinée-Bissau. La guerre de l'indépendance était en cours à ce temps-là et pourtant, à la fin de l'année 1973 le mouvement de l'indépendance a été reconnu comme Etat par 40 Etats⁴⁰⁵ bien que la Guinée n'ait été qu'un Etat en voie de formation.

La situation était la même à l'ancien Sahara-Occidental: le Front Polisario s'y est formé en 1973⁴⁰⁶ et a commencé sa lutte de l'indépendance contre l'Espagne. Les Espagnols ont en effet évacué le terrain mais le Maroc et la Mauritanie ont tout de suite partagé et occupé l'ancienne colonie espagnole. Ainsi le Polisario a déclaré en vain le 27 février 1976 la formation de la République Arabe Saharienne Démocratique, l'Etat ne pouvait pas en effet s'établir à cause de l'occupation étrangère et le mouvement de l'indépendance devait continuer sa lutte de guérilla. Malgré tout ça, en 1984 le Polisario a été déjà reconnu comme Etat par 56 Etats.⁴⁰⁷

Comme cet Etat ne s'est pas constitué jusqu' à l'heure actuelle, le mouvement de l'indépendance doit être considéré comme sujet de droit international qui peut être qualifié d'autre part d'Etat en voie de formation, d'Etat "nasciturus".

Les organisations de libération ont été souvent reconnus même par l'Organisation des Nations Unies, p.ex. la SWAPO⁴⁰⁸ a été régulièrement invitée au Comité de Namibie de l'ONU et y a participé depuis 1972 car l'ONU l'a reconnue avant l'indépendance de Namibie comme représentant officiel du peuple de Namibie.⁴⁰⁹

Depuis 1974 l'Organisation de Libération de la Palestine participe régulièrement à l'Assemblée générale des Nations Unies et aux séances d'autres organisations de l'ONU⁴¹⁰ ou on parle des questions qui concernent les

⁴⁰⁵ La Guinée-Bissau a été reconnue déjà le lendemain de son indépendance par l'Algérie, la République populaire du Congo, la Guinée, la Haute-Volta, la République du Tchad, la Tanzanie, la Lybie, la Sénégal, la Surie et la Yougoslavie. (Cf. Ch. *Rousseau*: Chronique des faits internationaux, Revue générale du Droit International Public, 1974.p. 1168.)

⁴⁰⁶ Frente Popular para la Liberacion de Saquia el-Hamra y Rio de Oro.

⁴⁰⁷ Cf. H.A. *Wilson*: International Law and the Use of Force by National Liberation Movements, Oxford, 1988. p. 115.

⁴⁰⁸ South West Africa People's Organization.

⁴⁰⁹ L'Assemblée générale dans sa résolution numéro 3111/XXVIII/ qui a approuvé le rapport du Comité de Namibie – constate: "... that the national liberation movement of Namibia, the South West Africa People's Organization is the authentic representative of the Namibian peoples, and supports the efforts of the movement to strengthen national unity...". (Voir la décision D.J. *Djonovich*: Unites Nations Resolutions, Series I. Vol XIV. 1972–1974. New York, 1978. p. 464.)

⁴¹⁰ C'est la résolution de l'Assemblée Générale, admise le 22 novembre 1974. numéro 3237/XXX/ qui contient l'invitation d'après de laquelle: "L'Assemblée générale,... Notant que la Conférence diplomatique sur la réaffirmation et le développement du droit international humanitaire applicable dans les conflits armés, la conférence mondiale de la population et la Conférence mondiale de l'alimentation ont en fait invité l'Organisation de libération de la Palestine

Palestiniens bien que la Palestine comme Etat ne se soit pas encore constituée parce que son territoire est sous l'occupation étrangère. H.A. *Wilson*, en examinant la pratique des Etats et de l'ONU tire la conclusion que le droit d'autodétermination peut rendre légitime la reconnaissance prématurée des gouvernements aussi et que les mouvements de libération nationale se montrent sujet de droit international.⁴¹¹

Si c'est vrai, il est certain aussi que la lutte armée des mouvements de libération nationale ne se qualifie pas de guerre civile malgré qu'elle soit formellement soutenue à l'intérieur du territoire d'un Etat. C'était un grand nombre de décisions de l'Assemblée générale des Nations Unies qui ont formellement justifié cette formule selon lesquelles les combattants des mouvements de libération ont le droit à avoir le statut de prisonniers de guerre.⁴¹²

Tandis que pendant la guerre civile les insurgés arrêtés peuvent être traduits devant le tribunal.⁴¹³ En dehors de cela la Résolution 3103 /XXVIII/ du 12 décembre déclare: "... 3. Les conflits armés où il y a lutte de peuples contre la domination coloniale et étrangère et les régimes racistes doivent être considérés comme des conflits armés internationaux au sens de la Convention de Genève de 1949 et les autres instruments internationaux doit s'appliquer aux personnes engagées dans une lutte armée contre la domination coloniale et étrangère et contre les régimes racistes."

Les résolutions de l'Assemblée générale de l'ONU ne sont pas de règles de droit, ainsi elles n'ont pas force coercitive. La résolution citée n'a pas été admise à l'unanimité, 13 Etats, surtout les Etats membres de l'OTAN ont voté contre⁴¹⁴ ce qui signifie que la communauté internationale de droit n'est pas

à leurs débats respectifs, Notant également que la troisième Conférence des Nations Unies sur le droit de la mer a invité l'Organisation de libération de la Palestine à participer à ses débats en tant qu'observateur. 1. Invite l'Organisation de libération de la Palestine à participer aux sessions et aux travaux de l'Assemblée générale en qualité d'observateur; 2. Invite l'Organisation de libération de la Palestine à participer aux sessions et aux travaux de toutes les conférences internationales convoquées sous les auspices de l'Assemblée générale en qualité d'observateur; (Le texte français de la Résolution voir: *Rivista di Diritto Internazionale*, 1975. pp. 367-368.)

⁴¹¹ H.A. *Wilson*: op. cit. p. 127.

⁴¹² De telles résolutions étaient: 283 /XXIII/ du 7 novembre 1968, 2508 /XXIV/ du 21 novembre 1969, 2547 /XXIV/ du 11 décembre 1969, 2562 /XXV/ du 3 décembre 1970, 2707 /XXV/ du 14 décembre 1970, 2796 /XXVI/ du 10 décembre 1971. etc.

⁴¹³ Cf. encore la constatation de N. *Ronzitti*: "... in a civil war the government in power can legitimately use force in putting down an insurrection, enjoy the aid of this State and treat the insurgents as ordinary criminals, to the exception of the elementary rules contained in art. 3 common to the tout 1948 Geneva Conventions." (*War of National Liberation - A Legal Definition*. The Italian Yearbook of International Law, Vol. I. 1975. p. 192.)

⁴¹⁴ La résolution avait 83 voix pour, 13 voix contre et 19 Etats se sont abstenus de voter. (Cf. D.J. *Djonovich*: op. cit. Vol. XIV. 1972-1974. p. 170.)

tout à fait uniforme dans cette question non plus. Cette divergence de vue s'est exprimée plus tard, en 1977 à la conférence internationale où on traitait la préparation des procès-verbaux de Genève, où le délégué italien, professeur. A. Cassese a exposé que la lutte pour exercer le droit d'autodétermination signifie en effet des conflits internes.⁴¹⁵

Par contre, les pays non-alignés ne partageaient pas cet avis, le représentant de la Tanzanie p.ex. a déclaré: "... il est incontestable que les luttes de libération nationale sont des conflits internationaux et la délégation tanzanienne n'est pas disposée à accepter un droit humanitaire élaboré uniquement dans l'intérêt des puissances impérialistes".⁴¹⁶

Etant donné que les pays socialistes soient de même avis que les pays non-alignés,⁴¹⁷ cette position majoritaire s'est trouvée dans le I^e Protocole de 1977 supplémentaire aux procès-verbaux de 1949 de Genève sur les victimes de la guerre qui régleme d'ailleurs les conflits entre Etats, c'est-à-dire ceux ayant un caractère international. Le 4^e point de l^e article de la Convention déclare: "Dans les situations visées au paragraphe précédent sont compris les conflits armés dans lesquels les peuples luttent contre la domination coloniale et l'occupation étrangère et contre les régimes racistes dans l'exercice du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, consacré dans la Charte des Nations Unies et dans la Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les Etats conformément à la Charte des Nations Unies."⁴¹⁸

Donc, la lutte de l'indépendance peut être qualifiée en certains cas de conflit international.

Si l'on analyse les décisions de l'ONU et la Convention citée, on voit qu'elles ne touchent pas *tous les cas* de l'exercice armé du droit

⁴¹⁵ Voir J.A. *Salmon*: Les guerres de la libération nationale, in: The New Humanitarian Law of Armed Conflict, edited by A.Cassese, Napoli, 1979. p. 69.

⁴¹⁶ Cf. J.A. *Salmon*: Les guerres de la libération nationale, pp. 69-70.

⁴¹⁷ Cf. G. *Herczegh*: A humanitárius nemzetközi jog fejlődése és mai problémái (Le développement du droit international humanitaire et ses problèmes actuels), Budapest, 1981. p. 129. Voir encore les remarques de A. Cassese, qui écrit le suivant: "The problem was presented in the following terms: was the Protocol in question applicable only wars between States or could it also applied to wars of national liberation? Both the socialist countries and those of the Third World came together in favour of the second option..." (A. Cassese: A Tentative Appraisal of the Old and the New Humanitarian Law of Armed Conflict, in: The New Humanitarian Law of Armed Conflict, p. 466.) Sur la position prise par les pays socialistes dans le détail voir D. *Ciobanu*: The Attitude of the Socialist Countries, in: The New Humanitarian Law of Armed Conflict, edited by A. Cassese (op. cit. p. 399 et ss.) La position occidentale est analysée par Ch. *Lysaght* (The Attitude of Western Countries), la position afro-asiatique par L. Condorelli (Les Pays Afro-Asiatiques), la position chinoise par N. *Farino* (The Attitude of the People's Republic of China) dans le même documents. (The New Humanitarian Law... pp. 349-360.)

⁴¹⁸ Voir la Convention: Les protocoles aux conventions de Genève du 12 août 1949. Comité International de la Croix-Rouge, Genève, 1977.

d'autodétermination mais seulement trois possibilités: 1) Les luttes contre l'occupation étrangère; 2) Les luttes contre le colonialisme; 3) Les luttes contre les régimes racistes.

En même temps, une des autorisations, venant du droit d'autodétermination — comme on en a déjà parlé —, c'est le droit à la sécession, bien que la pratique des Etats ne le reconnaisse pas en effet, c'est-à-dire la majorité refuse le séparatisme comme on peut voir au cours des débats dans l'ONU sur les Pactes des Droits de l'Homme.⁴¹⁹

On peut observer l'aversion des Etats pour les mouvements considérés comme séparatisme dans certains cas concrets et pratiques aussi. Ainsi p.ex. en Nigéria, au cours de la guerre civile, éclatée en 1967, entre le gouvernement fédéral central et le tribu ibo qui luttait pour la sécession — la grande majorité de la communauté internationale n'a pas reconnu l'Etat, proclamé par les Ibos le 30 mai 1967 en Nigéria occidentale, ladite République du Biafra. La reconnaissance du droit d'autodétermination sous telle forme est surtout à l'opposé du principe de *l'intégrité territoriale* des Etats, c'est-à-dire, comme A.N. Kolombua constate, il y a un certain antagonisme entre l'exercice du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes et le principe de l'intégrité territoriale des Etats⁴²⁰ puisque tous les efforts pour faire sécession touchent l'intégrité territoriale d'un Etat existant. Mais il existe un autre problème aussi: comme la nation du "peuple" n'a pas de définition exacte juridique, on ne peut pas décider qui a droit à lutter. Si l'on entend par l'expression "peuple" en Afrique p.ex. les tribus qui parlent la même langue, dans ce cas-là ils ont droit à faire sécession et à établir un Etat indépendant; ainsi la lutte des Ibos pour la République du Biafra est juste. Mais, par contre, si l'on entend par l'expression "peuple" tous les tribus de Nigéria comme groupes de gens, réunis en une unité étatique, les efforts des Ibos pour faire sécession a été injuste parce qu'ils ont violé le droit d'autodétermination du peuple nigérien. Le jugement juridique de la question est d'autant plus compliquée que la Nigéria occidentale, revendiquée par les Ibos est aussi multicolore au point de vue éthique que la fédération nigérienne même. Selon les renseignements de Ch. R. Nixon les Ibos composent 64% de la population totale, en dehors d'eux les Afis (17%), les Annangis (5,5%), les Ogonis et les Igaw (7,5%) vivent entre autres sur le territoire de ladite République du Biafra.⁴²¹

Donc, si l'on considère la population de la Nigéria occidentale comme peuple, on peut considérer la population totale de la Nigéria comme peuple aussi.

⁴¹⁹ Cf. à ce propos: *Satpal Kaur*: Self-Determination in International Law, The Indian Journal of International Law, 1969. p. 499. et ss.

⁴²⁰ Cf. A.N. *Kolombua*: L'ambivalence des relations entre le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes et l'intégrité territoriale des Etats en droit international contemporaine, in: Mélanges offerts à Charles Chaumont, Paris, 1984. p. 449. et ss. *Cbarpentier* voit le même antagonisme entre le droit d'autodétermination et le principe de l'intangibilité des frontières. (op. cit. p. 128.)

⁴²¹ Ch. R. *Nixon*: Self-Determination: The Nigeria Biafra Case, World Politics 24. p. 480.

Il serait possible bien sûr qu'on puisse donner de certaines notions scientifiques concernant soit la notion du "peuple", soit celle de la "nation", comme on l'avait déjà essayé,⁴²² mais elles, manque de la législation n'engageraient à rien les Etats, ainsi elles ne pourraient pas contribuer à la législation internationale, concernant la validité du droit d'autodétermination d'autant moins que j'ai la conviction qu'*une définition généralement reçue et applicable sur tous les continents ne puisse pas être donnée.*

La meilleure pburtant est celle de J. *Staline* qui est valable en effet pour la plupart des nations européennes mais qui n'est pourtant pas applicable partout. P.ex. la langue commune ne peut pas être considérée comme critère car il y a un grand nombre de *nations parlant plusieurs langues* (la nation canadienne, belge, bolivienne, espagnole, suisse, etc.) et des peuples qui ne se sont pas encore formés en nations peuvent parler des douzaines de langues comme p.ex. dans plusieurs pays africains ou dans d'autres (la Nigéria, l'Etiopie, l'Inde, etc.). En même temps, plusieurs nations ou peuples peuvent parler la même langue (p.ex. l'Anglais, l'Irlandais, l'Australien, le Jamaïquain, etc.), plusieurs peuples peuvent avoir la même religion, plusieurs nations ou peuples peuvent vivre dans le même Etat on bien un seul peuple peut vivre sporadiquement dans plusieurs Etats. Ainsi les Hongrois, vivant sur le territoire géographiquement contigu vivent en tout six (!) Etats en plus grand nombre et parmi ces six Etats c'est l'un qui est leur propre Etat, dans les autres cinq ils vivent en minorité.

Il se peut aussi qu'un peuple vive partout en minorité, p.ex. les Basques en Espagne et en France. Ça peut arriver à plus grands peuples aussi, p.ex. les Kourdes ne constituent l'Etat nulle part, et bien qu'ils vivent sur un territoire contigu, ils le partagent avec la Turquie, l'Iran, la Syrie, l'Irak et l'ancienne URSS, c'est-à-dire ils sont partout en minorité, alors que son effectif total est estimé à 20-25 millions.

L'histoire commune ne peut pas non plus pétrir ensemble les peuples qui vivent ensemble, l'exemple peut être la Monarchie austro-hongroise qui s'est

⁴²² La définition de R. *Laun* est la suivante: "Au sens naturel on peut désigner le peuple comme une communauté morale basée sur une profession de foi personnelle, née d'une communauté d'origine, de souche et d'assimilation progressive et fusionnée en une unité spirituelle par une langue commune." (*Le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes*, Internationales Recht und Diplomatie, 1972. p. 140.) Contrairement à cette notion de nation, nuancée des éléments subjectifs ladite "école allemande" se sert des notions objectives, les critères de la nation sont donc la race (Rasse), la langue, la descendance (Abstammung) et la religion (Cf. D. *Thürer*: op.cit. p. 21.) *Staline* s'efforce lui aussi de définir la notion de la nation sur la base des critères objectifs: "Eine Nation ist eine historisch entstandene stabile Gemeinschaft von Menschen, entstanden auf der Grundlage der Gemeinschaft der Sprache, des Territoriums, des Wirtschaftlebens und der sich in der Gemeinschaft der Kultur offenbarenden psychischen Wesensart." (J.V. *Stalin*: *Der Marxismus und die nationale und koloniale Frage*, Berlin, 1950. p. 32.) La définition de *Staline* a été dans le détail analysée par D.M. *Rogatchev* et M.A. *Sverdline* dans un travail commun (Cf. O ponatii "natiya", *Voprosi istorii*, 1966. No. 1. p. 33. et ss.)

disloquée en 1919, ou bien la Russie, puis son successeur, l'Union Soviétique où non seulement les peuples les plus importants (comme p.ex. les Géorgiens, les Ukrainiens, les Lituanais) ont acquis l'indépendance, mais réclament la secession les peuples aux fragments aussi comme p.ex. les Turcs-Gagaouzes dont l'effet ne s'éleve pas à 200.000 non plus.

Etant donné qu'il n'ait guère des Etats ethniquement tout à fait homogènes, *ce n'est pas possible de considérer la population d'un Etat comme peuple ou nation.*

Manque de critères objectives on peut recourir aux critères subjectives mais elles ne donnent pas la solution de la question non plus.

E. Renan p.ex. a défini la nation que c'est "... un plébiscite de tous les jours",⁴²³ justifiant ainsi l'existence de la nation française unie.

Mais si la nation n'était qu'un groupe de gens, pénétré de la conscience d'aller ensemble,⁴²⁴ c'est notamment le mouvement de sécession qui prouve que les membres du mouvement ont cessé d'être pénétrés de la conscience de la solidarité avec la majorité...

Le droit d'autodétermination comme sujet intéressant et contestable mériterait une étude spéciale, ici il ne me semble nécessaire que de déduire quelques conséquences qui sont liées à la légitime défense.

1. Les mouvements de libération nationale *ont droit à employer les forces armées* pour pouvoir exercer le droit d'autodétermination. C'est la position qui p.ex. a été prise par la conférence des Etats non-alignés à Belgrade en 1961 en relation avec la lutte de l'indépendance de l'Algérie,⁴²⁵ c'était la position prise à la conférence au Caire en 1964 avec un caractère générale⁴²⁶ et enfin, on voit le même dans un grand nombre de décisions de l'Assemblée générale de l'ONU.⁴²⁷

423 E. Renan: Qu'est-ce qu'une nation? Conférence faite en Sorbonne, Paris, 1921. p. 70.

424 La définition de S. Calogeropoulos-Stratis montre cette opinion: "La nation est l'ensemble des personnes ayant les mêmes moeurs, coutumes, traditions historiques et la volonté de vivre ensemble sous une seule autorité. La conscience nationale en est l'élément primordial." (Citation de D. Thürer: op. cit. p. 23.)

425 La résolution y prise déclare: "Les participants à la conférence... estiment que la lutte du peuple algérien pour la liberté, l'autodétermination et l'indépendance et pour l'intégrité de son territoire national, y compris le Sahara, est juste et nécessaire..." (La Conférence des chefs d'Etat ou de gouvernement des pays non-alignés, Belgrade, 1962. p. 275.)

426 "Colonized peoples may legitimately resort to arms to secure the full exercise of their right to self-determination and independence if the colonial powers persist in opposing their natural aspirations." (Voir Indian Journal of International Law, 1964. p. 503.)

427 D'entre des résolutions précédentes p.ex. la résolution 2105 /XXI/, prise le 20 décembre 1965, la résolution 21 /XXI/, prise le 30 novembre 1966 ou la résolution 2326 /XXII/ prise le 16 octobre 1967 déclarent ça, lesquelles ont été confirmées plus tard par d'autres résolutions. Ainsi p.ex. la résolution 3103 /XXVIII/ prise le 12 décembre 1973 de l'Assemblée générale déclare: "1. The struggle of peoples under colonial and alien domination and racist

2. *Cette lutte armée ne se considère pas comme guerre civile*, celle-ci est un conflit international auquel se rapportent les règles du droit de belligérance.

3. *En même temps, l'attaque commencée par le mouvement insurrectionnel ne se qualifie pas d'agression* selon le droit international, cela se voit clairement dans la définition de l'agression dont le 7^e article déclare en liaison avec l'article 3 qui énumère les comportements de commission de l'agression: "Rien dans la présente Définition et en particulier l'article 3. ne pourra en aucune manière porter préjudice au droit à l'autodétermination, à la liberté et à l'indépendance tel qu'il découle de la Charte, des peuples privés par la force, de ce droit et auxquels fait référence la Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les Etats conformément à la Charte des Nations Unies notamment les peuples qui sont soumis à des régimes coloniaux ou racistes ou à d'autres formes de domination étrangère; ainsi qu'au droit de ces mêmes peuples de lutter à cette fin et de chercher et de recevoir un appui, conformément aux principes de la charte et en conformité avec la Déclaration susmentionnée."

4. En dehors de l'article cité et des résolutions de l'Assemblée générale, on peut constater sur la base du droit positif récent aussi que *l'opinion publique internationale considère cette lutte* (et l'appui aussi) *comme juste* car elle condamne le recrutement des mercenaires pour qu'ils répriment la lutte de l'indépendance;⁴²⁸ par conséquent le 4^e point de l'article 2 de la Charte des Nations Unies ne touche pas ce lutte bien qu'il défende l'emploi des forces qui ne sont pas conformes aux objectifs de l'ONU.

En d'autres termes, on peut dire que *les forces, employées par les mouvements de l'indépendance servent à réaliser l'un des objectifs des Nations Unies*, notamment l'exercice du droit d'autodétermination, rédigé dans le 2^e point du premier article de la Charte

5. *Ainsi l'Etat qui fait la guerre contre un mouvement national de l'indépendance ne peut jamais être en état de légitime défense*, en conséquence l'article 51 de la Charte ne le touche pas.

régimes for the implementation of their right to self-determination and independence is legitimate and in full accordance with the principles of international law." (Cf. J. Djonovich: op. cit. Vol. XIV. p. 512.) La légitimité de la lutte de libération nationale est soulignée par la résolution numéro 4481, prise le 8 décembre 1989 de l'Assemblée générale aussi: "... Réaffirmant la légitimité de la lutte que les peuples et leurs mouvements de libération mènent pour leur indépendance, leur intégrité territoriale, leur unité nationale..." (Cf. Rivista di Diritto Internazionale, 1990. p. 223.) La même idée est soulignée par la résolution de l'Assemblée générale, prise le 15 décembre 1989 à l'égard de la lutte du peuple palestinien (Cf. Rivista... 1990. pp. 227-228.)

⁴²⁸ Ainsi le point 2 de l'article 5 du pacte signé le 4 décembre 1989 à New York contre le recrutement et l'application des mercenaires: "Les Etats parties s'engagent à ne pas recruter, utiliser, financer ou instruire de mercenaire en vue de s'opposer à l'exercice légitime du droit inaliénable des peuples à l'autodétermination tel qu'il est reconnu par le droit international..." (Rivista di Diritto Internazionale, 1990. Vol. LXXII. p. 174.)

6. Le problème dernier, c'est à décider si le mouvement de l'indépendance même est en état de légitime défense quand il lutte contre le régime colonial, occupant ou raciste. Quant à moi, la réponse à cette question ne peut être donnée qu'avec différenciation, suivant les types différents des mouvements de l'indépendance.

Si la lutte de l'indépendance est dirigée contre un régime *occupant*, le peuple luttant disposait en générale de l'existence nationale plus tôt. Ainsi, actuellement, l'occupation étrangère se montre typiquement en forme de l'agression contre un Etat, le soulèvement contre celle-ci se qualifie de résistance, employées au cours de l'attaque contre l'agression qui est sans doute *un acte de légitime défense*.

Bien que la lutte de libération contre les régimes racistes et les régimes coloniaux soit aussi un acte juste, elle n'est pas touchée par l'article 51 de la Charte qui ne concerne selon plusieurs spécialistes que les Etats et ne donne pas droit à la légitime défense aux peuples qui ne disposent pas de l'existence nationale.⁴²⁹

Il existe l'opinion qui qualifie la lutte de libération de légitime défense⁴³⁰ mais selon moi la solution n'est pas ça. Comme on a déjà mentionné en relation avec Goa, à l'époque de la formation du colonialisme l'annexion a été un titre juste à envahir un territoire et après des centaines d'années on ne pouvait plus s'élever contre à titre de la légitime défense. *Le légitimité de telle lutte de libération vient par conséquent de l'illégitimité du maintien du régime colonial*, puisque ce régime est un crime international selon l'article 19 du projet de responsabilité de la Commission internationale de Droit des Nations Unies, c'est-à-dire une violation si grave contre laquelle on peut légitimement s'élever, comme contre toutes les violations.

⁴²⁹ Voir à ce propos A. Wilson: op. cit. p. 96.

⁴³⁰ G.V. Ignatenko: Ot kolonialnogo rejima k natsionalnoy nezavisimosti, Moscou, 1968. p. 179. partage cet avis.

NAGY KÁROLY

A JOGOS VÉDELEM PROBLÉMÁJA A NEMZETKÖZI JOGBAN

(Rövid összefoglalás)

A jogos védelem intézménye az államok belső jogában alakult ki és onnan került be a nemzetközi jogba. Amíg azonban a háború megengedett volt a nemzetközi jogban, nem volt jogos védelem sem, az csak a háború részleges tilalma után jelent meg. Addig a tudományban és az állami gyakorlatban is csupán önvédelemről beszéltek, amelyet a tudomány az *önfenntartás* jogából, mint legfontosabb állami alapjogból vezetett le. Ez az önvédelem preventív rendszabályok alkalmazását is lehetővé tette.

A nemzetközi szokásjogban keletkezett önvédelmi jogot aztán az ENSZ Alapokmánya szabályozta, mely a fegyveres önvédelmet kizárólag fegyveres támadás esetén engedi meg jogos védelem néven. Létezik azonban továbbra is az önvédelem joga minden, az állam szuverenitását sértő, de nem fegyveres erővel elkövetett cselekménnyel szemben. Ez az önvédelem azonban nem állhat fegyveres erő alkalmazásából és kifejtésére – a Nemzetközi Bíróság álláspontja szerint – kizárólag a sértett jogosított, mások nem.

A jogos védelem – mely egyike a felelősséget kizáró körülményeknek – hasonlít a szükséghelyezethez, ez utóbbi esetben a veszélyhelyzetet az állam egy, a veszély előidézésében rendszerint ártatlan állam sérelmére elkövetett *szükségcselekménnyel* hátrítja el. Ilyennek minősül az Oránban állomásozó francia flotta elsüllyesztése Nagy-Britannia részéről 1940. júniusában. Néha a jogos védelem egybeesik a szükséghelyezettel. Ilyen volt a II. világháború idején az Altmark nevű német hajó brit hajók általi elfogása és a rajta lévő brit hadifoglyok kiszabadítása a semleges Norvégia parti vizein. Ez szükségcselekmény volt Norvégiával szemben, de egyben jogos védelem volt Németországgal szemben.

A Nemzetközi Jogi Bizottság tervezete különbséget tesz szükséghelyzet és *végszükség* között. Ez utóbbi esetben nem az állam, hanem egyes személyek vannak veszélyben. Ez a különbségtétel azonban nem meggyőző, hiszen ha az állam a polgárait fenyegető veszélyt létfontosságú érdekei elleni veszélynek minősíti, úgy a végszükség azonnal szükséghelyzetté változik.

A jogos védelem hasonlít a represszáliához, azaz az önsegély tipikus formájához is, de ez utóbbi a felelősségi jogviszonyból származó kötelezettség kikényszerítésének eszköze, offenzív jellegű cselekmény, azaz szankció. Ezzel szemben a jogos védelem defenzív jellegű intézkedés, mely kizárólag fegyveres támadással szemben, annak folyamatában alkalmazható. A támadás elhárítása után – ha a jogsértő állam vonakodik az okozott kárt megtéríteni – a represszália külön alkalmazható mint önsegély jellegű intézkedés. Maga az

önsegély — a római joghoz hasonlóan — egy még tágabb jogi fogalom, az *önhatalom* kereteibe tartozik. Az *önhatalom* a mai nemzetközi jogban az állami kényszer alkalmazásának a legtágabb gyűjtőfogalmát jelenti, azaz minden, az állam által igénybe vett kényszereszközt magában foglal. Ezek egy része (pl. a fegyveres represszália) azonban tilos. Az *önhatalom* ezért ma *tiltott* és *jogos önhatalomra* osztható fel.

A jogos *önhatalom*nak, mint a jogszerűen alkalmazható kényszer gyűjtőfogalmának négy változata lehetséges:

- a) *jogos védelem* a fegyveres támadással szemben;
- b) *önvédelem* bármilyen más, nem fegyveres jogsértéssel szemben;
- c) *önsegély* az elszenvedett jogsértés megtorlása és a jóvátétel kikényszerítése céljából (retorzió és represszália);
- d) *szükségcselekmény* valamely veszély elhárítása céljából.

A jogos védelem alkalmazásának a feltételeit az ENSZ Alapokmánya nem szabályozza, ezek a nemzetközi szokásjogból következőleg a *szükségesség* és az *arányosság*, valamint egyesek szerint az azonnaliság. Nukleáris fegyverek elsőként való alkalmazása ellentmond az arányosság elvének még akkor is, ha azt a megtámadott állam eszközli.

Az alkalmazási feltételek vonatkoznak a *kollektív jogos védelemre* is. Nem esik a kollektív jogos védelem fogalma alá a regionális szervezetek vagy megállapodások által alkalmazott kényszer, ehhez ugyanis a Biztonsági Tanács felhatalmazása, azaz előzetes hozzájárulása szükséges, míg az Alapokmány 51. cikkében szabályozott kollektív jogos védelem esetében csak utólagos tájékoztatás szükséges. Segítséget nyújtani csak a megtámadott állam beleegyezésével lehet. E nélkül nincs kollektív jogos védelem. A jogos védelem megilleti azokat az államokat is, melyek nem tagjai az ENSZ-nek.

Jogos védelmi helyzetbe az erőszak elsőként való elszenvedése hozza a megtámadott államot, a preventív önvédelem tehát jogtalan. Amennyiben az államok — fegyveres támadás hiányában — katonai akciókat foganatosítanak állampolgáraik védelme címén idegen államok ellen (humanitárius intervenció), ez nem lesz jogos védelem, bizonyos esetekben legfeljebb nemzetközi szükségcselekménynek minősülhet. A jogos védelmi helyzetet létrehozó fegyveres támadás fogalmát az ENSZ Alapokmánya nem határozta meg, részletesen szabályozza ezzel szemben az ENSZ Közgyűlésének az agresszió fogalmáról 1974. december 14-én elfogadott határozata. Az ott felsorolt elkövetési magatartások kifejezhetők idegen irreguláris erők segítségével is, ha azok a felelős állam utasítása szerint járnak el. Ezt nevezték az előzetes javaslatok *közvetett agresszió*nak.

Az azonnaliság nem feltétele a jogos védelem kifejtése jogszerűségének, jogtalan támadással szemben az ellenállás több évi megszállás után is jogos lehet, de mégsem telhet el túl hosszú idő a támadás és a védekezés között. Így nem volt jogos védelem India 1961-ben kifejtett fegyveres fellépése a Portugália által 1510-ben elfoglalt Goa Diu és Damão visszafoglalása érdekében, azonban más címen, pl. a gyarmati népeket megillető önrendelkezési jog címén jogosnak tekinthető.

Az önrendelkezési jog mint politikai elv jelent meg az állami gyakorlatban és bár sokszor hivatkoztak rá, ténylegesen nem érvényesült sem az I., sem a II. világháború után. Miután az emberi jogok 1966-ban elfogadott egyezségokmányai jogilag szabályozták ezt az ENSZ Alapokmányában még csak célkitűzésként szereplő jogot, ma több pusztán politikai elv. Az egyezségokmány első cikke azonban csak azt mondja ki, hogy a népek szabadon dönthetnek politikai státusukat illetően, nem részletezi, hogy mit kell ezalatt érteni. A nemzetközi jog tudománya szerint ez az önálló államalapítás, az elszakadás és csatlakozás jogát jelenti és ezt támasztja alá az ENSZ Közgyűlésének számos határozata is, noha azok ezt a jogosultságot inkább csak a gyarmati népeknek kívánják elismerni. E jog érvényesítéséért folytatott harc már nem belső, hanem nemzetközi konfliktus, azonban az önrendelkezése érdekében fegyvert fogó nép vagy nemzet függetlenségi harca nem jogtalan támadás és így a *gyarmatosító hatalmak nincsenek jogos védelmi helyzetben*. Nem minősül ugyanakkor jogos védelemnek a fajüldöző és a gyarmattartó rendszerek elleni harc sem, mivel az ENSZ Alapokmány 51. cikke csak az államokra vonatkozik és nem ad jogot a jogos védelemre az államisággal nem rendelkező népeknek és nemzeteknek. Ezek felszabadítási harca ugyanakkor kétségkívül jogos tevékenység, mivel ami ellen irányulnak – így a gyarmati uralom fenntartása, vagy idegen államok meghódítása – jogtalan. Jogos védelemnek minősül ellenben egy háború útján megszállt és erőszakosan megszüntetett állam népének fegyveres küzdelme, ha az elfoglalás az ENSZ Alapokmányának keletkezése után történt. A nemzetközi jogban azonban nincsen semmiféle jogszabály arra nézve, hogy melyek az ismérvei annak az embercsoportnak, melynek joga van fegyveres harcot kezdeni, a "nép" és a "nemzet" fogalomra nincs megfelelő tudományos meghatározás sem, mivel minden kontinensre érvényes általános fogalmat valószínűleg nem is lehet alkotni.



A SZEGEDI JÓZSEF ATTILA TUDOMÁNYEGYETEM ÁLLAM- ÉS JOGTUDOMÁNYI KARÁNAK E
SOROZATBAN ÚJABBAN MEGJELENT KIADVÁNYAI

Tomus XLII.

Emlékkönyv dr. Cséka Ervin egyetemi tanár születésének 70. és oktatói munkásságának 25. évfordulójára (Szeged, 1992.)

Nagy Ferenc: Előszó 5–8. p.

Fasc. 1. *Antal Péter*: Végrendelkezés Debrecenben az 1820-as években (Szeged, 1992.) 9–30. p.

Fasc. 2. *Balázs József*: A rablások alakulása és főbb jellemzői az 1967-1989. években (Szeged, 1992.) 31–52. p.

Fasc. 3. *Blazovitch László*: Ludovik Crijević Tubero képe Magyarországról és lakóiról (Szeged, 1992.) 53–68. p.

Fasc. 4. *Blutman László*: Peoples' Rights as Human Rights: Problematic Aspects (Szeged, 1992.) 69–82. p.

Fasc. 5. *Bócz Endre*: "Megismerés" és "bizonyítás" a büntető eljárásban (Szeged, 1992.) 83–96. p.

Fasc. 6. *Cserbáti Ágota*: Elhatárolási problémák a bírósági gyakorlatban (Szeged, 1992.) 97–114. p.

Fasc. 7. *Csiszár Tibor*: Az illegális kábítószer-kereskedelemből származó jövedelmek befektetési (tisztára mosási) és egyéb felhasználási módozatai (Szeged, 1992.) 115–122. p.

Fasc. 8. *Faragó Mészáros Judit*: A kifosztásról (Egy új törvényi tényállás ürügyén) (Szeged, 1992.) 123–134. p.

Fasc. 9. *Földvári József*: A magyar büntetőjog szankciórendszere (Szeged, 1992.) 135–144. p.

Fasc. 10. *Gombos Katalin*: A szabadságjogok fogalmáról (Szeged, 1992.) 145–154. p.

Fasc. 11. *Gönczöl Katalin*: A bűnös szegények helyzete a századfordulás Magyarországon (Szeged, 1992.) 155–174. p.

Fasc. 11. *Grubać, Momčilo*: A büntetőeljárás ésszerűsítése az eljárási formák egyszerűsítése útján (Szeged, 1992.) 175–186. p.

Fasc. 12. *Heinerné Kecskés Aranka*: ILO Legislation Concerning Occupational Safety and Health (Szeged, 1992.) 187–200. p.

Fasc. 13. *Holzbauer, Heinz*: Der gerichtliche Zweikampf (Szeged, 1992.) 201–218. p.

Fasc. 14. *Horvátb Róbert*: A Szegedi Tudományegyetem Statisztikai Tanszékének történetéről (Szeged, 1992.) 219–230. p.

Fasc. 15. *Horvátb Tibor*: A halálbüntetés abolíciója (Szeged, 1992.) 231–246. p.

Fasc. 16. *Jakab Éva*: Rabszolgavételek Rómában (Szeged, 1992.) 247–260. p.

Fasc. 17. *Kamplér Béla*: Hogyan döntsön az egyéni vállalkozó – avagy választási szempontok a személyi jövedelemadó, vagy vállalkozási nyereségadó szerinti adózás szabályai között (Szeged, 1992.) 261–276. p.

Fasc. 18. *Katona Géza*: A nyomozás szabályozása, visszatekintés és perspektíva (Szeged, 1992.) 277–292. p.

Fasc. 19. *Kemenes Béla*: Die neue Wege in der Zivilrechtlichen Haftung (Szeged, 1992.) 293–300. p.

- Fasc. 20. *Kereszty Béla*: A vádelv története és szabályozása az első magyar Bp-ben (Szegeđ, 1992.) 301–314. p.
- Fasc. 21. *Kertész Imre*: Kép- és hangtechnikai eszközök a büntető eljárásban (Szegeđ, 1992.) 315–324. p.
- Fasc. 22. *Merényi Kálmán*: A házasság (család) büntetőjogi védelmének történeti fejlődése Magyarországon (Szegeđ, 1992.) 325–340. p.
- Fasc. 23. *Molnár Imre*: A culpa kérdése a bonae fidei szerződéseknél a klasszikus római jogban (Szegeđ, 1992.) 341–354. p.
- Fasc. 24. *Molnár József*: A bűnöző életmód feladása (Szegeđ, 1992.) 355–376. p.
- Fasc. 25. *Nagy Ferenc*: Az életfogytig tartó szabadságvesztés büntetéséről (Európai áttekintés alapján) (Szegeđ, 1992.) 377–400. p.
- Fasc. 26. *Nagy Károly*: Az erőhatalom (vis major) néhány kérdése a nemzetközi jogi felelősségben (Szegeđ, 1992.) 401–434. p.
- Fasc. 27. *Nagy Katalin*: A német szövetségi választási rendszer főbb sajátosságai (Szegeđ, 1992.) 435–446. p.
- Fasc. 28. *Pusztai László*: A büntető eljárási jog önállósodása (Szegeđ, 1992.) 447–455. p.
- Fasc. 29. *Ruszoly József*: Képviselet és folytonosság. (Bevezetés egy összehasonlító választójogtörténeti munkálathoz) (Szegeđ, 1992.) 456–468. p.
- Fasc. 30. *Schneider, Hans Joachim*: Crime, Criminological Research and Criminal Policy in West and East Germany before and after their Unification (Szegeđ, 1992.) 469–480. p.
- Fasc. 31. *Stipta István*: Intézménytörténeti adalékok az 1870:XLII. tc. végrehajtásához (Szegeđ, 1992.) 481–494. p.
- Fasc. 32. *Szondi Ildikó – Papdi Andrea – Soós Attila*: Empirikus vizsgálat a szegedi joghallgatók életmódjáról (Szegeđ, 1992.) 495–520. p.
- Fasc. 33. *Tbür, Gerhard*: Performulák a görög jogban? (Szegeđ, 1992.) 521–532. p.
- Fasc. 34. *Tremmel Flórián*: Adalékok a közvádmonopólium kérdéséhez (Szegeđ, 1992.) 533–552. p.
- Fasc. 35. *Trócsányi László ifj.*: A közigazgatási bíráskodás és az alapjogok védelmének egyes aspektusai (Szegeđ, 1992.) 553–564. p.
- Fasc. 36. *Vargha László*: A kézeredetire vonatkozó szakvélemény megalapozatlansága (Szegeđ, 1992.) 565–582. p.
- Fasc. 37. *Vauró István*: A közvadás eljárásban jogerősen elítéltek főbb demográfiai jellemzői 1980-89 között (Szegeđ, 1992.) 583–602. p.
- Fasc. 38. *Vígh József*: A kriminológiai nézetek változása (Szegeđ, 1992.) 603–614. p.
- Fasc. 39. *Wiener A. Imre*: Kerettényállások és büntetőjogi garanciák (Szegeđ, 1992.) 615–630. p.
- Fasc. 40. *Cséka Ervin* munkáinak jegyzéke (Szegeđ, 1992.) 631–639. p.

Tomus XLII.

- Fasc. 1. *Czagány László*: Adalékok a gazdasági fejlődés demográfiai feltételeinek vizsgálatához (Szegeđ, 1992.)
- Fasc. 2. *Holzbauer, Heinz*: Geburt der Strafe (Szegeđ, 1992.)
- Fasc. 3. *Horváth Róbert*: Laky Dezső – az egyetemi tanár (Szegeđ, 1992.)
- Fasc. 4. *Nagy Károly*: Le problème de la légitime défense en droit international (Szegeđ, 1992.)
- Fasc. 5. *Stipta István*: Az első polgári kori vármegyetörvény (1848:XVI.tc.) (Szegeđ, 1992.)