

LÉGITIME DÉFENSE, TERRORISME ET PRÉEMPTION

Sélim El Sayegh

Quelle sécurité collective face à la menace terroriste ? Cette question n'est pas nouvelle et les réponses sont toujours en attente. A peine les conflits localisés pour organiser l'héritage post-soviétique sont-ils réglés dans les Balkans et en Asie centrale que le monde reprend conscience de la présence latente et certaine de conflits sans nom et sans visage mais à caractère universel : le terrorisme.

Cette nouvelle menace ne pèse pas seulement sur les personnes ou les biens, ni exclusivement sur les structures de la société et son organisation, elle ne touche pas non plus uniquement les Etats en tant que garants de l'ordre interne et international. Elle va en effet au-delà du concevable, pour agir au nom de la guerre entre les civilisations. Même s'il ne s'agit pas encore d'un choc entre les civilisations, nous considérons que le principal objectif du terrorisme est la destruction de la civilisation existante. Incapable de proposer un modèle alternatif, le terrorisme ne défend aucune civilisation, il est plutôt une expression de la négation de la civilisation.

Face à ce nihilisme, l'enjeu est global. Car toutes les collectivités organisées, étatiques ou pas, sont concernées par la survie de leurs civilisations. La défense de la civilisation par le maintien de l'ordre qui la produit et dont il est aussi l'émanation se fait dans un climat d'incertitude. Pas d'informations fiables n'existent sur l'ennemi, ni sur ses alliés, leurs intentions, leurs plans, leurs manœuvres, leurs armes, etc. Dans ce cas d'asymétrie de l'information avec l'ennemi invisible, toute négociation devient capitulation, toute tentative de solution devient abdication de la responsabilité de l'Etat, et du coup, aucune modification de l'ordre des choses n'est possible par la voie pacifique¹. Mal habitué à bien gérer le risque, l'Etat n'en prendra aucun et réagira avec tous les moyens dont il dispose au nom de la légitime défense.

Cette notion du droit international existe depuis la naissance de la civilisation. Elle appartient au droit naturel inhérent à chaque collectivité organisée, devenue plus tard l'Etat, de défendre ce qui lui est essentiel, ses éléments constitutifs. Si la population, le territoire ou le gouvernement se

trouvent être « l'objet d'une agression », au sens de l'article 51 de la Charte de l'ONU, l'Etat est alors en droit de recourir au principe de légitime défense pour repousser cette agression. Il s'agit donc d'une notion bien précise qui la distingue de la prérogative de l'Etat de recourir à la force pour se faire justice, une prérogative interdite par le droit international. La légitime défense est la seule exception de l'interdiction générale du recours à la force dans les relations internationales. Toute autre action armée doit être faite de manière concertée dans le cadre du système de sécurité collective sous l'égide du Conseil de Sécurité de l'ONU. Or, à l'heure actuelle, l'application de la légitime défense semble être inadaptée, ce qui ouvre la voie à une sécurité collective aménagée.

I. La légitime défense inadaptée

L'examen de la légitime défense à la lumière de l'évolution des contraintes que pose la nouvelle menace révélera l'insuffisance de ses critères et montrera que les Etats hésitent à prendre l'approche adéquate dans la lutte contre le terrorisme.

L'insuffisance des critères de la légitime défense

La légitime défense a toujours supposé une menace bien identifiée. Elle ne vise pas à punir mais à prévenir la continuation du fait illicite et le retour au *statu quo ante bellum*². Elle est assortie de trois critères : immédiateté, nécessité et proportionnalité. La nécessité implique que le recours à la force doit être un dernier recours surtout si l'intention de l'attaquant n'est peut-être pas l'agression mais une opération de police limitée ou une erreur des forces armées. La proportionnalité indique que la réaction à une agression limitée ne doit pas être illimitée, le principe de « la juste mesure » devant être ici appliqué. L'immédiateté suppose que l'Etat qui est l'objet de l'agression doit réagir de façon spontanée et directement, une fois fait le constat de l'agression. Une réaction tardive n'est plus légale, car il est supposé qu'il revienne aux Nations unies de mettre en place le mécanisme de sécurité collective prévu à cet effet. Tels que présentés, ces trois critères sont sous tension depuis l'émergence des nouvelles technologies, du nucléaire et de la propagation du terrorisme.

Ainsi une attaque cybernétique peut créer plus de dommage qu'un raid aérien. Un missile en vol vers sa cible met à défi tous les mécanismes de prévention ou de règlement pacifique des différends. La menace de la bombe nucléaire appelle soit à la capitulation, soit à la course aux armements, ou alors elle déclenche le mécanisme de la sécurité collective. La protection territoriale demeure la clé de voûte du système et son extension n'est concevable qu'à travers la coopération avec l'ensemble des partenaires qui agiront sur leur propre territoire.

Dans tous les cas, il sera difficile de limiter la réaction à la première frappe nucléaire, d'utiliser les moyens adéquats pour répondre à une attaque électronique, de vérifier l'intention belliqueuse d'une agression

par missiles, ce qui pose d'emblée un obstacle sérieux quant à la mise en œuvre des critères de proportionnalité et de nécessité. Le problème va s'aggraver avec la mise en application du principe de l'immédiateté. Ici nous poserons toute la problématique de la légitime défense anticipatoire ou préemptive.

La légitime défense anticipatoire vise à intercepter une opération militaire ou terroriste avant son occurrence effective. La légitime défense préemptive vise plus précisément à intervenir pour empêcher une opération dont l'exécution a commencé³. Cette théorie n'est pas nouvelle. Elle s'est trouvée revigorée avec la stratégie nucléaire dans les années 60. Elle a émergé de nouveau dans les années 80 avec la montée du terrorisme international. Elle refait surface avec la stratégie préemptive avancée par l'administration américaine à la veille de la guerre d'Irak. La logique et les soucis qui président à cette évolution récente en trois temps sont les mêmes : un missile en vol, même s'il n'a pas atteint le territoire est une agression armée ; la dissuasion des terroristes et la destruction de leurs infrastructures, comme dans le cas libyen en 1986, est une action de légitime défense ; et dernière illustration de cette évolution : l'empêchement du Président irakien d'acquiescer des armes de destruction massive est aussi fait au nom de la légitime défense anticipatoire.

Cette pratique est admise par les Etats puissants dotés des moyens de leur intervention et faisant l'objet d'actes terroristes, notamment les Etats-Unis. Elle est néanmoins refusée par les autres puissances, moins menacées. C'est ainsi que la légitime défense échappe au cadre prévu par la Charte pour revenir au berceau du droit coutumier. Elle occupe un domaine plus vaste qui s'approche de la notion de se faire justice soi-même que de réfléchir dans le cadre d'une action collective concertée et centralisée, c'est-à-dire, sous l'égide du Conseil de Sécurité.

Par exemple, les Etats-Unis invoquent la carence de l'ONU qui n'a pas réussi à adopter une résolution mettant en place le mécanisme de sécurité collective dans le cas irakien, lui préférant la voie longue des inspections. Mais c'est aussi leur propre constat d'échec d'arriver à un consensus sur la définition de la paix et sa mise en œuvre. Dans leur pragmatisme légendaire, les Etats-Unis, première puissance mondiale, s'interrogent sur l'utilité des Nations unies dont ils n'ont pas besoin pour lancer l'opération irakienne. Mais leur absence de vision aussi légendaire entache leur politique étrangère d'un ensemble d'incohérences. La question sur l'utilité de l'ONU serait plus adéquatement posée depuis la libération du Koweït en 1991 jusqu'à la guerre contre le terrorisme en Afghanistan en passant par le Soudan, les Balkans ou Haïti, toutes actions militaires de grande envergure autorisées par l'ONU et commandées par les forces américaines.

Ces incohérences ainsi constatées ne diminuent pas la validité de l'argument de fond. En effet, des insuffisances subsistent quand la conciliation de la nécessité de l'action rapide et l'impératif respect de la règle du droit sont difficiles à conceptualiser. Difficile mais pas impossible ; nous l'examinerons plus loin. A ces carences s'ajoute

l'hésitation dans le choix effectué par les Etats face à la menace terroriste.

L'approche hésitante des Etats

La légitime défense a été conçue pour un système étatique où le gouvernement contrôlait l'ensemble des activités émanant de son territoire. La territorialité des relations internationales était la norme exclusive. Aujourd'hui, les flux prennent une importance telle que la tension sur les structures étatiques les oblige à se réinventer. Corollaire aux flux est la menace⁴. Pour une fois, la menace n'est plus internationale, émanant d'une nation ou d'un ensemble de nations à l'égard d'une ou d'un ensemble d'autres nations. Elle est universelle. Et cet universalisme est d'une nature double : la valeur défendue et la méthode utilisée. La valeur de la menace est dans les dogmes véhiculés dont l'apothéose est l'établissement d'un ordre post-apocalyptique. En optant pour le fonctionnement par réseaux, la méthode terroriste ne s'appuie que très peu sur le contrôle territorial dans sa marche vers la victoire finale. Le cas d'Al Qaida a semblé être un contre exemple de cette méthode, mais nous constatons rapidement après la guerre en Afghanistan que la menace continue à peser différemment mais certainement. De surcroît, la méthode terroriste opère avec les armes de défense individuelles, en commençant par le couteau et en finissant avec l'avion civil.

Plus de contrôle territorial, donc de responsabilité étatique claire, et pire encore, plus de frontière entre la guerre et la paix. Tout évolue dans une zone grise où le mot « crise » est certainement utilisé pour montrer l'implication des pouvoirs publics dans la lutte contre le terrorisme mais insuffisamment approfondi pour surmonter l'incapacité chronique du système pris par surprise à réagir. Il devient alors difficile de caractériser l'agression qui n'est plus nécessairement une attaque armée contre le territoire. Son fait générateur demeure certes l'acte illicite provenant d'une attaque armée ou de toute action assimilée à une attaque armée, y compris le soutien étatique à un groupe armé responsable ou à une révolution, même si l'Etat de soutien n'exerce pas un contrôle effectif sur les groupes armés. Mais les Etats ont montré une grande réserve quant à l'assimilation des actions terroristes à des attaques armées en tant qu'éléments constitutifs de la menace.

Ne pouvant rester inactifs, les gouvernements devaient faire un choix difficile. D'une part, le terrorisme prenait une telle ampleur dans les années 80 qu'il devint évident qu'il fallait recourir à des moyens de guerre pour y faire face et d'autre part, les Etats manquaient de l'assurance politique et de l'assise juridique suffisantes pour les déterminer à proposer une réaction universelle. Ils ont ainsi préféré opter pour une approche moins contraignante politiquement, plus ponctuelle, peu efficace, et dont les limites ont été montrées non en 2001 mais en 1993 avec le même *World Trade Center* ; il s'agit de l'approche policière.

La logique qui semblait être psychologiquement confortable par le déni de l'existence de la menace véritable à caractère universel, fut la suivante :

comme le terrorisme ne peut être caractérisé comme un acte d'agression, pour des raisons politiques, il est considéré comme une simple violation de l'ordre interne ou international. En l'absence d'une force onusienne permanente, seul le mécanisme de répression interne, donc la police, était en mesure de faire face à ce type de violation. Le terroriste devient donc un criminel passible des peines prescrites dans les codes nationaux de droit pénal. Cette approche policière a montré ses carences. En l'absence d'un gouvernement central capable de mettre en application une lutte efficace contre le terrorisme, la communauté internationale a souvent préféré recourir à la politique du moindre risque. Le réalisme politique froid relayé par un positivisme juridique étroit a entraîné l'Occident dans une stratégie de l'impuissance où la règle appliquée est celle de la négociation avec les preneurs d'otages. Dans les années 90, l'administration américaine continuait à traiter le problème de Ben Laden exclusivement avec des moyens de police, l'autorisation de son assassinat par le Président Clinton étant une illustration de cette guerre qui n'osait pas déclarer son nom.

Ni les moyens utilisés par les Etats en Europe et aux Etats-Unis, en Russie ou au Japon, ni la mobilisation timide de l'opinion publique n'ont pu prévenir des attaques des lieux symboles dont le but est la déstabilisation du système comme prélude à sa destruction. Mais l'attaque du 11 septembre a semblé pour un moment remettre tous ces postulats en cause. La réaction américaine à l'attaque du 11 septembre aurait pu signifier la fin d'une époque et le commencement d'une autre. Il s'agit maintenant, tel est son nom officiel, d'une guerre contre le terrorisme. Moyens militaires se conjugueront désormais aux méthodes policières pour mener une guerre totale, faisant appel à tous les moyens, et absolue, visant à l'anéantissement physique de l'ennemi. L'approche policière est toujours utilisée pour se battre contre le terrorisme à l'intérieur du territoire américain avec la nouvelle *National Homeland Security*. Mais cette fois, et puisqu'il s'agit d'une guerre, c'est l'approche militaire qui donnera le ton.

Au regard du lien qui existait entre les Taliban et Al Qaïda, le terrorisme a maintenant un responsable identifié, une structure connue, un territoire démarqué. Le flux a une origine et le réseau, un épicentre. La menace s'est ainsi cristallisée. Les Etats réagissent alors en optant pour l'approche policière concertée et décident aussi pour un recours localisé à la force armée sous l'égide des Nations unies. Cette double réaction s'est révélée être salutaire pour la sauvegarde du système international. La légitimité de l'action était bien ancrée dans le système de la sécurité collective. Et à aucun moment les Etats n'ont fait appel à la légitime défense pour légaliser leur action. Ainsi les terroristes capturés dans les différentes capitales mondiales sont des criminels. De même, les terroristes capturés en Afghanistan, au regard du droit des conflits armés, ne bénéficient d'aucune immunité particulière. Le droit des conflits armés ne leur confère pas le statut de combattant et condamne de surcroît leurs méthodes. Ils sont considérés comme des criminels de guerre, passibles de poursuite devant les tribunaux nationaux et internationaux.

La guerre d'Afghanistan a montré que l'approche adoptée avant le 11 septembre était insuffisante. Les démocraties occidentales muées par la gestion de l'immédiat au détriment de l'avenir ont produit des consensus mous sur le plus petit dénominateur, et le plus souvent, sur l'action minimale. Il a fallu que New York soit touchée, Paris, Londres et Berlin menacées, et Moscou déstabilisée, pour comprendre qu'il s'agissait bien d'une guerre.

Mais au sein des Nations unies, la logique qui préside aux travaux du comité contre le terrorisme créé par le Conseil de Sécurité à la suite du 11 septembre ainsi que le projet de convention générale contre le terrorisme international discuté au sein de la VI^e Commission de l'Assemblée générale depuis 1996, montrent que les Etats préfèrent toujours l'approche policière. Le mandat donné au Comité ne va pas au-delà des mesures à mettre en œuvre pour mieux réprimer et éventuellement prévenir les actes terroristes au plan politique. Il s'agit d'un pas avancé dans la bonne voie mais cela reste trop insuffisant par rapport à l'ampleur de la menace. Par ailleurs, nous craignons que les excès de l'utilisation de l'approche militaire, sans mandat onusien, et les dérapages qui en résultent, ne mettent fin à un interventionnisme salutaire en Afghanistan, désastreux en Irak.

II. La sécurité collective aménagée

Pour que l'approche mixte, policière et militaire, soit réussie, il faudrait qu'elle se repose sur les capacités de la puissance, mais aussi et surtout sur la légitimité de la cause défendue et le consensus au sein du Conseil de Sécurité. Si deux voies sont théoriquement possibles, l'adaptation de la légitime défense ou l'élargissement de la sécurité collective, nous expliquerons pourquoi nous écartons la première pour proposer la seconde.

L'adaptation de la légitime défense

Pour que la légitime défense puisse toujours être opérationnelle, il faudrait qu'elle soit capable d'être réactive ou pro-active, face à la menace. La procédure de sa mise en œuvre ne peut être posée, car elle appartient au droit coutumier, et donc elle découle de la pratique constante et reconnue des Etats, surtout les plus puissants. Or tel n'est pas le cas, puisque l'interprétation américaine de la légitime défense est largement contestée. L'aménagement des critères au niveau coutumier ne peut donc être entrepris, même s'il demeure pratiquement nécessaire alors qu'il sera politiquement dangereux, surtout quand les preuves de la violation du droit sont peu convaincantes comme dans le cas irakien.

Il en va de même au plan du droit formel. Les difficultés que rencontre actuellement la VI^e Commission de l'Assemblée générale des Nations unies pour définir le terrorisme rappellent le parcours de la définition du terme « agression » par l'ONU après une cinquantaine d'années de travaux

préparatoires. Le consensus international semble se dégager sur la qualification de l'acte et non sur la qualification de l'auteur. Il y a des actes terroristes et non des organisations terroristes. Les Etats sont libres de qualifier mais cela reste en dehors du cadre de l'ONU. Cette évolution conforte une pratique juridique constante et elle est plutôt rassurante pour éviter les dérapages. Mais seulement elle ne résout pas la question de savoir que faire en cas d'attaque terroriste imminente.

Les Etats-Unis, agissant en véritable puissance, ont toujours opté pour la suprématie du principe de la liberté dans leurs relations internationales. Ils choisissent soit la légitime défense, soit la sécurité collective. Pour légitimer leur action, ils essaient de recourir à la sécurité collective d'abord et ensuite, en cas d'échec au sein du Conseil de Sécurité, ils choisissent la légitime défense. Même si la Charte n'exclut pas la succession et non la coexistence des deux logiques, cette instrumentalisation de l'ONU par les Etats-Unis, rend confuse leur stratégie juridique et décrédibilise leur politique. La légitime défense est un droit inaliénable certes, et elle permet peut-être de gagner la guerre. Mais c'est la sécurité collective, comme les leçons des Balkans et de l'Irak l'ont révélé, qui est capable de gagner la paix. Si la légitimité est indispensable pour le changement de l'ordre, le maintien de celui-ci ne peut être assuré *in fine* que par la légalité.

Cette dialectique entre légitimité et légalité dans la guerre contre le terrorisme ne changera pas le paradigme juridique. Bien au contraire, l'Etat devient plus que jamais le pilier du système, il se recentre sur ses missions régaliennes classiques, notamment la sécurité. Les relations internationales sont à nouveau régies par un ordre juridique où l'Etat westphalien règne de façon exclusive et certaine sur son territoire. Cette pleine souveraineté crée une responsabilité totale. Elle dépasse en tout état de cause le seul cadre de la légitime défense.

L'élargissement de la sécurité collective

L'Etat doit répondre de tout acte émanant de son territoire et il doit assumer la plénitude de ses droits et obligations. A défaut, il ne pourra plus satisfaire à l'un de ses éléments constitutifs : un gouvernement capable de contrôler effectivement son territoire. Cette carence d'autorité appelle alors à la plus grande vigilance de la communauté internationale et pourrait, au nom de la paix et de la sécurité internationale, ouvrir la voie au recours à la force contre son territoire.

Pour cette raison, nous plaçons pour une sécurité collective universelle qui dépasse la logique exclusivement internationale. Une telle sécurité reprend à son compte les critères stricts de la légitime défense tout en les assouplissant. Seul le Conseil de Sécurité peut agir dans ce sens. De la même façon qu'il a pu agir dans les conflits territoriaux au nom de la protection des droits humanitaires, il peut maintenant mettre en place les structures nécessaires pour répondre à la menace globale par une logique universelle. Ce qui est actuellement fait au plan de la coopération

militaire et policière entre les Etats au plan multilatéral sert comme réponse adéquate à cette menace. Il s'agit dès lors de passer de la logique des alliances à la logique de la réponse centralisée au sein des Nations unies. Si la France, la Russie, la Chine, les Etats-Unis, le Royaume-Uni, l'Allemagne, le Mexique, éminents membres du Conseil de Sécurité, ne sont pas capables de s'accorder sur un mécanisme de sécurité collective adéquat, ils mettraient en danger non seulement le sort de l'ONU mais aussi et surtout le devenir de la civilisation tout entière. Etre plus puissant, cela veut dire être davantage responsable, et cela s'appelle le *leadership*⁵.

La mise en place par les Etats membres, notamment les permanents du Conseil de Sécurité, d'une procédure rapide de saisine et d'adoption des mesures adéquates contre le terrorisme international devient nécessaire. Un état-major spécial sous l'égide du Secrétaire général de l'ONU, comme ce fut le cas dans les Balkans, aurait des compétences renforcées, territorialement illimitées en matière policière et son mandat pourrait couvrir le montage d'opérations spéciales avec ou sans l'approbation des Etats sur les territoires desquels évoluent les terroristes. De cette façon, il peut même aller jusqu'à mener des opérations pré-emptives à caractère ponctuel et à portée bien délimitée. Par ailleurs, et du moment où un Etat est désigné comme soutenant des actes terroristes, donc violant le droit international, sa responsabilité se trouve engagée devant l'ONU, et une décision du Conseil sera alors nécessaire pour adopter des mesures de coercition pouvant aller jusqu'au recours à la force.

C'est en combinant ainsi les approches militaire et policière, que nous pouvons rassurer le plus puissant que sa sécurité sera respectée et le plus faible que sa souveraineté ne sera pas illégalement violée. C'est en intégrant les critères de la légitime défense individuelle ou collective par le seul biais d'une sécurité collective renouvelée et adaptée au sein du Conseil de Sécurité que le plus puissant se reconnaîtra dans l'organisation universelle qu'est l'ONU. A défaut, la légitime défense dans son interprétation extensive défendue par le plus puissant a de beaux jours devant elle.

Sélim el Sayegh est directeur du DESS Diplomatie et Négociations stratégiques de la Faculté Jean Monnet – Université Paris Sud (XI) et du CADMOS, - www.diplomarc.org.

1 Kenneth A. Schultz, *Democracy and Coercive Diplomacy*, Cambridge University Press, Londres, 2001, 301 p.

2 Sélim El Sayegh, *De l'interdiction à l'autorisation du recours à la force dans la guerre du Golfe*, Bibliothèque Charles Rousseau, L.G.D.J., Paris, 1993, 545 p.

3 Les frappes préventives prennent comme cibles le potentiel de l'ennemi afin de l'empêcher d'acquérir les moyens de la menace ou de les déployer. Les capacités sont la source de la menace et non l'intention de leur utilisation.

4 Walter Laqueur, *No end to war, Terrorism in the 21st Century*, Continuum, Londres, 288 p.

5 Voir dans ce sens, Mohamed Elbaradei, (directeur général de l'AIEA), "Towards a safer world", *The Economist*, 18 octobre 2003.