

BEAUCOUP DE QUESTIONS ET PEU DE RÉPONSES. AUTOUR DE L'IMPUTABILITÉ D'UN ACTE TERRORISTE À UN ETAT

Péter KOVÁCS

I. INTRODUCTION

Les événements du 11 septembre 2001, ainsi que la suite, et les conséquences ont donné la possibilité aux internationalistes se réfléchir sur le caractère adéquat et opportun du droit international public tel que nous le connaissons, l'avons appris et enseignons¹ Il faut sans doute éviter les extrêmes, à savoir fermer les yeux ou constater que le droit international traditionnel ne serait plus en vigueur, ou bien prétendre que les "Grands" bafouent à leur guise les principes élémentaires du droit des gens parce que leurs actes semblent se heurter aux lignes directrices des relations interétatiques réfléchies dans notre mémoire dans le contexte réduit des anciens "précédents".

Certes, les défis posés par les nouvelles formes du terrorisme s'insèrent difficilement dans le cadre stricte du droit international traditionnellement interétatique. On va voir *infra* que les réponses des Etats à ce défi rencontrent les mêmes problèmes: elles puisent leur raisonnement dans les institutions nées et développées dans l'interétatisme. Or, tandis que certaines de ces

1. Cfr. en particulier le débat dans la version internet du *European Journal of International Law: The Attack on the World Trade Center: Legal Responses*: http://www.ejil.org/forum_WTC/ny; PELLET, Alain: *No, This is not War!*; CASSESE, Antonio: *Terrorism is also Disrupting Some Crucial Legal Categories of International Law*; DUPUY, Pierre-Marie: *The Law after the Destruction of the Towers*; GAJA, Giorgio: *In What Sense was There an "Armed Attack"?* Cf. également le débat en automne 2001 sur le Réseau Internet pour le Droit International. *Actualité et Droit International*; et en particulier: CHARVIN, Robert: *L'affrontement Etats Unis. Afghanistan et le déclin du droit international*: <http://www.ridi.org/adi/200111chr.htm>; DAVID, Charles-Philippe: *Après le 11 septembre, le déluge?* <http://www.ridi.org/adi/200111dav.htm>.

Pour une étude approfondie, rédigée avant le 11 septembre 2001, cfr. BOURGUES HALIF, Catherine: *Le terrorisme international* (in: ASCENCIO-DECAUX-PELLET (ed): *Droit international pénal*, Pédone 2000, Paris, pp. 457-475).



institutions s'adaptent *grosso modo* bien aux relations infra/méta/supra-étatiques, d'autres ont des difficultés. Alors, la question se pose: est-ce que c'est le droit international qui est mis en cause ou bien seulement sa perception traditionnelle, vainement défiée par Georges Scelle, fondateur de la fameuse théorie du dédoublement fonctionnel² et partisan de la participation de l'individu ès qualité du sujet³ dans le droit international?

II. LES RELATIONS ENTRE TERRORISME ET L'IMPUTABILITE A L'ETAT

Le terrorisme est un défi à l'humanité toute entière. Afin de mieux comprendre ce qu'on entend par terrorisme, on pourrait peut-être suivre la démonstration du juge Guillaume qui constate que les éléments suivants devront être réunis pour pouvoir qualifier un acte comme un acte de type terroriste. Il s'agit de la coïncidence : a) des actes de violence de nature à provoquer des morts ou des dommages corporels graves ; b) d'une entreprise individuelle ou collective tendant à la perpétration de ces actes; c) d'un but avoué: créer la terreur dans le public⁴.

Peut-on ou doit-on établir la responsabilité d'un Etat pour un acte terroriste? Et si oui, comment?

2. " Dans les sociétés interétatiques, notamment dans la société internationale globale, ces normes se retrouvent également, exprimées sous la forme coutumière ou sous la forme conventionnelle, mais la technique de leur garantie et de leur application soulève des malentendus; répétons, en effet que l'ordre juridique interétatique se caractérise par ce fait que les fonctions sociales y sont accomplies par les agents et gouvernants nationaux selon la *règle fondamentale du dédoublement fonctionnel*, qui correspond d'ailleurs au double rattachement des sujets de droit à la fois à l'ordre juridique interétatique et aux ordres juridiques internes, et qui est commandé par une nécessité de fait: l'inexistence d'institutions publiques superétatiques. Mais cette réalité juridique et matérielle est voilée par des habitudes d'esprit traditionnelles". SCELLE, Georges: *Précis de droit des gens (Principes et systématique I et II)*, CNRS 1984, Paris (reproduction de l'édition Sirey 1932 et 1934), p. 21.

3. "(...) dans les différentes sociétés internationales le sujet de droit est toujours et ne peut être que l'individu, soit dans le domaine du droit public, soit dans le domaine du droit privé, et qu'au moins dans le domaine du droit privé, les individus qui sont sujets de droit en droit interne le *sont aussi* en Droit international. Les individus seuls sont sujets de droit en droit international public. Il n'y a pas lieu de répéter ici la démonstration que nous avons faite en parlant du Droit en général. Ce qui est vrai dans une société quelconque l'est évidemment dans une société internationale". SCELLES, Georges: *op. cit.*, p. 42.

4. GUILLAUME, Gilbert: *Terrorisme et droit international*, R.C.A.D.I., 1989-III vol. 215, p. 304.



La responsabilité internationale de l'Etat se fonde sur le caractère illicite de l'acte qui est attribuable à l'Etat⁵. Le caractère attribuable qu'on appelle souvent *imputabilité* est lié aux différentes branches du pouvoir d'Etat (le législateur, l'administration ou la justice) par action ou omission⁶. La pratique internationale ainsi que la codification de la Commission de droit international ont admis aussi les hypothèses où les actes des particuliers sont attribuables à l'Etat - *grosso modo* dans le cas où ces individus peuvent être qualifiés "fonctionnaires *de facto*" ou que l'omission grave de l'Etat puisse être constatée ou encore que les insurgés antigouvernementaux arrivent postérieurement au pouvoir.

Comment peut-on insérer la mise en cause de l'acte terroriste dans le cadre du régime des responsabilités?

On peut certainement établir plusieurs hypothèses reflétant la manifestation de l'imputabilité à un Etat pour le terrorisme. Comme hypothèse de travail, on propose de prendre comme point de départ la version suivante:

1. le terrorisme est exercé par l'Etat,
2. le terrorisme est aidé par l'Etat,
3. le terrorisme est toléré par l'Etat,
4. le terrorisme est subi par l'Etat.

Ad 1: Il va de soi que l'Etat ne puisse pas exercer de terrorisme dans sa politique étrangère.

Le terrorisme d'Etat irait évidemment à l'encontre des buts et des principes contenus dans les articles 1 et 2 de la Charte des Nations Unies et en particulier du respect de l'intégrité territoriale et du principe de non recours à la force. Recourir au terrorisme, serait sans doute manifestement "*incompatible avec les buts des Nations Unies.*" Dans la résolution 2625 (XXV) sur les principes du droit international touchant les relations amicales et la

5. Comme le projet de la Commission du Droit International stipule dans son article 2: "Il y a fait internationalement illicite de l'Etat lorsqu'un comportement consistant en une action ou une omission a) est attribuable à l'Etat en vertu du droit international; et b) constitue une violation d'une obligation internationale de l'Etat".

6. Selon l'article 4(1) du projet de la CDI "Le comportement de tout organe de l'Etat est considéré comme un fait de l'Etat d'après le droit international que cet organe exerce des fonctions législative, exécutive, judiciaire ou autres, quelle que soit la position qu'il occupe dans l'organisation de l'Etat et quelle que soit sa nature en tant qu'organe du gouvernement central ou d'une collectivité territoriale de l'Etat".



coopération entre les Etats on trouve la condamnation *expressis verbis* du terrorisme:

“Chaque Etat a le devoir de s’abstenir d’organiser ou d’encourager l’organisation de forces irrégulières ou de bandes armées, notamment de bandes de mercenaires, en vue d’incursions sur le territoire d’un autre Etat. *Chaque Etat a le devoir de s’abstenir d’organiser ou d’encourager des actes de guerre civile ou des actes de terrorisme sur le territoire d’un autre Etat, d’y aider ou d’y participer, ou de tolérer sur son territoire des activités organisées en vue de perpétrer de tels actes, lorsque les actes mentionnés dans le présent paragraphe impliquent une menace ou l’emploi de la force*”.

Il est vrai que, au cours des décades passés, et malgré la formulation catégorique, plusieurs Etats semblaient interpréter ces sentences comme si la dernière tournure “l’emploi de la force” voulait tacitement dire “emploi de la force *illégal*” et surtout dans le cas où une force politique sous leur protection se réclamait partisan de la lutte pour la disposition des peuples d’eux-mêmes ou de la légitime défense. Alors, ils ont souvent fermé les yeux sur les éléments terroristiques de la tactique ou de la stratégie de ces organisations.

Les actes terroristes peuvent acquérir une telle ampleur qu’on peut, le cas échéant, aussi constater l’agression selon la résolution 3314 (XXIX) et en particulier:

“ *L’envoi par un Etat ou en son nom de bandes ou de bandes armées, de forces irrégulières ou de mercenaires qui se livrent à des actes de force armée contre un autre Etat d’une gravité telle qu’ils équivalent aux actes énumérés ci-dessus ou le fait de s’engager d’une manière substantielle dans une telle action*”.

En laissant de côté le *jus ad bellum* disparu progressivement au XXe siècle, on peut constater que même dans le *jus in bello*, les principes élémentaires de l’humanité ainsi que certaines règles précises du droit international humanitaire ne laissent pas de place à l’utilisation de la terreur dans les opérations militaires. Les règles de base des Conventions de la Haye (1899, 1907) et de Genève (1949) veulent épargner directement ou indirectement la population civile de la conduite des hostilités y compris par la prohibition d’attaquer les biens et les vies civils, l’interdiction de lancer de représailles contre les civils, ainsi que les règles contenues dans le Protocole additionnel



n° 1 de 1977 et en particulier l'obligation d'éviter les dommages collatéraux disproportionnés, la protection renforcée de l'individu, l'interdiction des bombardements en tapis et des atteintes graves à l'environnement, pour ne pas parler de l'interdiction de l'utilisation des armes déguisées (camouflées) de la Convention de 1981, ne donnent guère l'occasion de recourir licitement à des méthodes terroristes dans un conflit armé international. La définition des crimes de guerre dans les conventions et protocoles de Genève, ainsi que la définition des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité dans les statuts des tribunaux pénaux internationaux de Yougoslavie et de Rwanda et de la future Cour Criminelle Internationale y ajoutent des sanctions individuelles pour les auteurs. Même si, en général, le terrorisme n'est pas mentionné *expressis verbis* dans ces documents, on peut l'utiliser comme couvrant plusieurs actes prohibés.

Si l'Etat ordonne et effectue un acte terroriste, ceci est par la force des choses illicite et imputable à cet Etat, donc dans ce cas, il engage sa responsabilité internationale.

Ad 2: Bien évidemment, l'Etat ne peut pas non plus aider le terrorisme. Les conventions onusiennes référées *supra* contiennent des obligations de non assistance et en plus, de nombreuses conventions internationales ont été conclues ayant comme but de prévenir toute forme d'assistance étatique aux organisations terroristes. On trouve des obligations de ce genre incombant à l'Etat déjà dans la convention de 1937 de la Société des Nations⁷, mais les Nations Unies⁸ et les autres organisations internationales, universelles ou régionales, ont aussi multiplié leurs efforts dans cette direction⁹.

7. Cette convention a été élaborée après l'assassinat d'Alexandre, roi de Yougoslavie en 1934 à Marseille.

8. Convention sur la prévention et la répression des infractions contre les personnes jouissant d'une protection internationale y compris les agents diplomatiques, adoptée à New York, le 14 décembre 1973; Convention internationale contre la prise d'otages, adoptée à New York, le 17 décembre 1979; Convention internationale pour la répression des attentats terroristes à l'explosif, adoptée à New York, le 15 décembre 1997; Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme, adoptée à New York, le 9 décembre 1999.

Les Nations Unies ont aussi fait élaborer par leurs institutions spécialisées des conventions liées à la sécurité des communications aérienne ou maritime: *Convention relative aux infractions et à certains autres actes survenant à bord des aéronefs*, signée à Tokyo le 14 septembre 1963; *Convention pour la répression de la capture illicite d'aéronefs*, signée à La Haye le 16 décembre 1970; *Convention pour la répression d'actes illicites dirigés contre la sécurité de l'aviation civile*, conclue à Montréal le 23 septembre 1971; *Convention sur la protection physique des matières nucléaires*, adoptée à Vienne le 26 octobre 1979; *Protocole pour la répression des*



Ces conventions ont obligé les Parties contractantes non seulement à ne pas aider mais aussi à réprimer les actes terroristes. Le cercle des Etats participants est relativement large, mais le fait de ne pas adhérer à ces instruments ne donne pas de main libre à l'Etat: sa liberté reste préservée seulement quant aux règles précises de la coopération.

De nombreuses résolutions¹⁰ du Conseil de Sécurité —adoptées souvent en vertu du chapitre VII— contiennent des références explicites aux obligations incombant aux Etats à lutter et à coopérer contre le terrorisme international. Ainsi par exemple dans sa résolution 1377(2001), le Conseil de Sécurité “*souligne* que les actes de terrorisme international sont contraires aux buts et aux principes énoncés dans la Charte des Nations Unies et que le financement, la planification et la préparation des actes de terrorisme international, de même que toutes les autres formes d'appui à cet égard, sont pareillement contraires aux buts et aux principes énoncés dans la Charte des Nations Unies; (...) *Souligne* l'obligation qu'ont les Etats de refuser un soutien financier et toutes autres formes d'appui ainsi que l'asile aux terroristes et à ceux qui appuient le terrorisme”.

La responsabilité internationale de l'Etat sera donc engagée si ses autorités assistent de terroristes. L'illicéité d'une telle assistance est évidente mais *quid* d'assistance et comment l'Etat peut constater que ses organes effectivement apportent leur aide à des organisations terroristes —cachées

actes illicites de violence dans les aéroports servant à l'aviation civile internationale, complémentaire à la Convention du 23 septembre 1971, conclue à Montréal le 24 février 1988; Convention pour la répression d'actes illicites contre la sécurité de la navigation maritime, conclu à Rome, le 10 mars 1988; Protocole à la Convention du 10 mars 1988 pour la répression d'actes illicites contre la sécurité des plates-formes fixes situées sur le plateau continental, conclu à Rome le 10 mars 1988; Convention sur le marquage des explosifs plastiques et en feuilles aux fins de détection, conclue à Montréal le 1 mars 1991.

9. *Convention arabe sur la suppression du terrorisme, signée au Caire le 22 avril 1988; Convention de l'Organisation de la conférence islamique sur la lutte contre le terrorisme internationale, adopté à Ouagadougou le 1 juillet 1999; Convention européenne sur la répression du terrorisme, conclue à Strasbourg, le 27 janvier 1977; Convention de l'OEA pour la prévention ou la répression des actes de terrorisme qui prennent la forme de délits contre les personnes ainsi que de l'extorsion connexe à ces délits lorsque tels actes ont des répercussions internationales, conclue à Washington DC, le 2 février 1971; Convention de l'OUA sur la prévention et la lutte contre le terrorisme, adoptée à Alger, le 14 juillet 1999; Convention régionale de l'ASCR sur la suppression du terrorisme, signée à Katmandou le 4 novembre 1987; Traité sur la coopération à la lutte contre le terrorisme entre Etats membres de la Communauté des Etats indépendants, conclu à Minsk, le 4 juin 1999.*

10. P. ex., 1189(1998), 1267(1999), 1269 (1999), 1333(2000), 1363(2001) ou les fameuses résolutions récentes adoptés après l'attentat du 11 septembre 2001: 1368(2001), 1373(2001), 1377(2001), 1378(2001), 1383(2001) etc.



souvent sous des pseudonymes, entreprise de complaisance¹¹, etc.? Selon Cassese¹², les différentes antennes d'Al Qaeda peuvent être localisées dans soixante pays.

D'ailleurs la constatation de cette responsabilité juridique pour la non-exécution d'une obligation internationale ne conduisent pas automatiquement à constater la responsabilité de l'Etat pour les faits des terroristes au moins en tenant compte des conditions énoncées dans la codification de la CDI.

A cet égard, l'article 8 (*Comportement sous la direction ou le contrôle de l'Etat*) donne de moyens de défense à l'Etat car "le comportement d'une personne ou d'un groupe de personnes est considéré comme un fait de l'Etat d'après le droit international si cette personne ou ce groupe de personnes, en adoptant ce comportement, agit en fait sur les instructions ou les directives ou sous le contrôle de cet Etat". Par la nature des choses, il est extrêmement difficile de prouver —surtout avec une certitude juridique convaincante— l'existence du contrôle sur les unités terroristes. Ce sont souvent seulement les historiens qui puissent fournir la réponse définitive, après que les archives aient été ouvertes...

En plus, la règle définie sur l'assistance à un fait internationalement illicite dans l'article 16 de la codification de la CDI est rédigée *strictu* dans les termes de l'interétatisme, ainsi elle ne fournit pas de solution réelle:

art. 16 : *Aide ou assistance dans la commission du fait internationalement illicite.*

L'Etat qui aide ou assiste un autre Etat dans la commission du fait internationalement illicite par ce dernier est internationalement responsable pour avoir agi de la sorte dans le cas où:

- a) Ledit Etat agit ainsi en connaissance des circonstances du fait internationalement illicite; et
- b) Le fait serait internationalement illicite s'il était commis par cet Etat.

11. Les investigations menées après l'attentat du *World Trade Center* ont révélé qu'un nombre surprenant d'entreprises appartenant à la famille d'Oussama Ben Laden ou au réseau proche d'Al Qaeda fonctionnaient sans souci dans le monde libre y compris les Etats membres de l'OTAN ou l'Union européenne.

12. CASSESE, Antonio: *Terrorism is also Disrupting Some Crucial Legal Categories of International law*, EJIL, cité *supra*.



Ad 3: L'Etat ne peut pas tolérer le terrorisme (et bien évidemment les préparatifs de celui-ci etc. non plus) sur son territoire. Les instruments conventionnels de la SdN, de l'ONU et des autres organisations internationales engagent les Etats à réprimer le terrorisme et à coopérer entre eux, la responsabilité de l'Etat sera donc engagée, s'il n'accomplit pas ce devoir. Les considérations juridiques sont similaires que sous point 2, *supra*. La responsabilité de l'Etat est évidente pour la non observation de la règle de la *zéro tolérance*, énoncée d'une manière conséquente dans les conventions et résolutions internationales.

Par contre, en ce qui concerne la responsabilité pour les faits des terroristes, on rencontre des difficultés quand on prend comme point de départ les hypothèses de l'imputabilité de la codification de la CDI. L'article 8 cité *supra* avec le principe du contrôle restreint considérablement la vraisemblance de l'attribution devant un forum international d'un acte terroriste à un Etat ayant toléré la présence des malfaiteurs.

Ad 4: Que faire si l'Etat, où l'organisation terroriste ou ses branches disposent d'une base logistique, est dans l'incapacité d'agir? On trouve plusieurs exemples sur l'échiquier politique du Proche ou de Moyen Orient pour illustrer le fait que l'Etat est incapable d'exercer les prérogatives de sa souveraineté territoriale vis-à-vis d'une organisation terroriste ayant le fief sur son sol. Les seigneurs de la guerre, les infrastructures militaires locales sont quelquefois plus puissants que la capacité d'action de l'Etat de la souveraineté territoriale¹³. Quelquefois, l'Etat donné peut se trouver —malgré lui— à la proie des pays limitrophes à tel point qu'il deviendra "tampon" entre les prétentions concurrentielles de ses voisins.

Évidemment, c'est un problème encore plus compliqué que les précédents car même s'il serait difficile et injuste d'imputer l'acte des terroristes à l'Etat du refuge de territoire, il est bien douteux qu'on puisse mettre en cause la responsabilité d'un autre Etat.

Les rares cas où ceci est possible sont ceux où on peut effectivement constater la matérialisation de l'assistance à l'organisation terroriste de la part d'un Etat tiers. Par contre, la situation est très obscure quand les Etats

13. Une telle situation a eu lieu notamment en Bulgarie aux années 20 quand l'organisation des Macédoins, musclée pour lutter contre l'empire ottoman a continué ses actions, désormais contre la Serbie mais pour le même territoire. Le VMRO dont l'assassin du roi Alexandre à Marseille en 1934 était membre, est devenu le vrai maître de la Bulgarie occidentale.



(voisins) sont responsables uniquement pour la faiblesse de l'Etat du territoire. Même si la codification de la responsabilité contient la règle de l'assistance dans l'article 16 cité *supra*, on estime que celle-ci ne s'appliquera pas dans le cas d'espèce visant uniquement le lien entre le fait internationalement illicite d'un Etat et un autre Etat.

Les hypothèses traitées sous les points 2-4 peuvent être résolues avec encore plus de difficulté —et surtout quand on tient dûment compte de la tentation des Etats à la “Réalpolitik” quand l'organisation change d'orientation: elle deviendra terroriste après un passé “comme il faut” ou l'inverse: l'organisation terroriste subit de “domestication” et elle renonce aux formes de lutte interdites. La responsabilité d'un Etat pour une contribution antérieure à l'activité d'une organisation devenue postérieurement terroriste, peut-elle être engagée?

III. A PROPOS DE L'IMPUTABILITÉ DES ACTES TERRORISTES D'AL QAEDA A L'AFGHANISTAN - AU MOINS DANS LE MIRROIR DES RESOLUTIONS DU CONSEIL DE SECURITÉ

Les contributions introductives des débats du *European Journal of International Law* et de *l'Actualité et Droit International* ont donné des réponses différentes à la question si, selon les informations disponibles, l'attentat contre les *Twin Towers* est imputable à l'Afghanistan.

Giorgio Gaja analyse l'applicabilité des différents articles du projet de la CDI aux événements du 11 septembre et il arrive souvent à constater qu' il est peu probable (“unlikely”) qu'on puisse attribuer la responsabilité pour les actes d'Al Qaeda à l'Afghanistan des Taliban, sauf peut-être par le biais de la responsabilité pour les organes *de facto*. De toute façon, sa conclusion finale sera philosophiquement énigmatique: “Thus, depending on the factual circumstances, the definition of the terrorist acts of September 11th as “armed attack” may not necessarily imply that the concept actually refers to acts that are not attributable to a state”¹⁴. Pierre-Marie Dupuy semble aussi croire dans une certaine imputabilité juridique à l'Afghanistan¹⁵ allant

14. GAJA, Giorgio: *In What sense was There an “Armed Attack”?*, EJIL, cité *supra*

15. “Afghanistan taken as a State which directly provides active support to entities and persons involved in terrorist acts (...) has breached its international obligation (...) and it has participated in actions falling under the newly enlarged definition of „a



jusqu'à la reconnaissance de la légitime défense, contestée par Pellet¹⁶, Cassese¹⁷, Charvin qui arrive seulement à croire en la responsabilité pour l'hébergement et la non livraison des présumés terroristes ce qui n'est pas synonyme de l'agression"¹⁸. Charles-Philippe David semble être le plus sceptique non seulement à cause de l'absence des preuves irréfutables, mais à cause de la puissance d'Al Qaeda en Afghanistan est il pose la question: "Mais qui est l'invité de qui? Rien ne semble lier les Afghans opprimés à la cause du terroriste " fou"¹⁹.

[Il est à noter cependant que ces articles ont été préparés en septembre-octobre quand le monde disposait de beaucoup moins d'informations qu'en janvier 2002 quand la présente contribution est rédigée].

Récapitulons les constats des résolutions du Conseil de Sécurité prises en la matière:

Les résolutions du Conseil de Sécurité ont attiré depuis longtemps au fait que la situation interne de l'Afghanistan talib constitue une menace à la paix et à la sécurité internationale.

Inter alia la résolution 1363(2001), adoptée le 30 juillet 2001 —donc avant l'attaque contre les *Twin Towers*— a utilisé *expressis verbis* cette formule dont l'apparence de plus en plus répétée aux années 90²⁰ semble être compatible avec l'interprétation par la pratique de l'article 2, par. 7 de la Charte:

"Aucune disposition de la présente charte n'autorise les Nations Unies à intervenir dans les affaires qui relèvent essentiellement de la compétence nationale d'un Etat...".

threat to international peace and security". As a consequence, it may constitute the target country in a self-defensive action whether unilateral or collective". DUPUY, Pierre-Marie: *The Law after the Destruction of the Towers*, EJIL, cité *supra*.

16. PELLET, Alain: *No, This is not War*, EJIL, cité *supra*.

17. CASSESE, Antonio: *Terrorism is also Disrupting Some Crucial Legal Categories of International Law*, EJIL, cité *supra*.

18. CHARVIN, Robert: *L'affrontement Etats-Unis - Afghanistan et le déclin du droit international*, RIDI ADI, cité *supra*

19. DAVID, Charles-Philippe: *Après le 11 septembre - le déluge?*, RIDI ADI cité *supra*.

20. Cfr. les résolutions sur le Haiti, la Serbie-Montenegro, ou bien le tampon sur les accords de Dayton, contenant aussi bien la constitution de la future Bosnie-Herzégovine, etc.



La pratique des Nations Unies a démontré avec une éloquence évidente que là, où les cinq membres permanents sont d'accord, le Conseil de Sécurité est (à juste titre d'ailleurs) prêt à superposer l'intérêt de l'humanité, de la communauté des nations et de la paix à celui d'un régime temporairement au pouvoir. D'autres résolutions, comme la 1267(1999) ont déploré et condamné le fait que les Taliban ont permis à Oussama Ben Laden d'opérer un réseau de camps d'entraînement sur le sol afghan et d'utiliser le pays comme base pour mener des opérations terroristes internationales.

Dans sa résolution 1368(2001), adopté au lendemain de l'attaque, le Conseil de Sécurité s'est précipité à reconnaître le recours au droit de la légitime défense aux Etats Unis, suite aux événements du 11 septembre. Cette décision, dont le contenu matériel a été très mince, était critiquée dans une partie de la doctrine, essentiellement pour son *considérant* préambulaire relatif à la légitime défense. Cette prise de position a été répétée dans la résolution 1373(2001). Les résolutions adoptées après la chute des Taliban ont réaffirmé le *junctim* entre le régime des Taliban et les actes terroristes. Ainsi la résolution 1378(2001)²¹ condamne —certes dans des termes générales— “les Taliban pour avoir permis que l’Afghanistan soit utilisé comme base d’exportation du terrorisme par le réseau Al-Qaeda et autres groupes terroristes et pour avoir accordé l’asile à Oussama Ben Laden, Al - Qaeda et autres éléments associés, et appuyant dans ce contexte les efforts que fait le peuple afghan pour remplacer le régime des Taliban (...)” tout en rappelant les nouveaux dirigeants à “respecter les obligations internationales de l’Afghanistan, et notamment en coopérant sans réserve à la lutte internationale contre le terrorisme et le trafic de drogues à l’intérieur et à partir de l’Afghanistan.

D'une manière similaire, la résolution 1383(2001)²² a répété que le Conseil de Sécurité est “déterminé à aider les Afghans à mettre fin aux conflits tragiques (...) ainsi qu’à coopérer avec la communauté internationale pour mettre fin à l’utilisation de l’Afghanistan comme base pour le terrorisme”.

La résolution 1386(2001)²³ se félicite “de l’évolution de la situation en Afghanistan, qui permettra à tous les Afghans, affranchis de l’oppression et de la terreur, de jouir de leurs droits et de leurs libertés inaliénables (...)”.

21. Adoptée le 14 novembre 2001.

22. Adoptée le 6 décembre 2001.

23. Adoptée le 20 décembre 2001.



Est-ce qu'on peut en déduire que le Conseil de Sécurité a attribué la responsabilité internationale de l'attentat contre le World Trade Center à l'Afghanistan? La responsabilité d'Oussama Ben Laden semble être établie (même si la divulgation des preuves est loin d'être complète et que même les fameuses vidéoséquences des interviews de Ben Laden diffusées à la télévision arabe d'Al-Jazera en décembre 2001 ayant donné l'impression de reconnaissance explicite ont été critiquées dans la presse internationale mettant en cause l'authenticité) ou au moins on y croit. Mais ces actes commis vraisemblablement sur l'ordre d'Oussama Ben Laden engagent-ils la responsabilité de l'Afghanistan?

Les résolutions du Conseil de Sécurité ne se prononcent pas explicitement dans ce sens, mais évidemment leurs messages vont dans cette direction. Même si on peut déplorer que manifestement, le Conseil de Sécurité n'ait fait que tamponner des décisions déjà prises ailleurs, on doit souligner que finalement, dans le conflit autour du Kosovo, l'organe le plus important des Nations Unies a aussi agi *ex post facto*. Si le Conseil de Sécurité a reconnu le droit à la défense légitime aux Etats Unis et qu'il ait approuvé les résultats de la situation émergée des raids aériens et de la collaboration des unités de l'Alliance de Nord avec les G.I.-s, il serait difficile de mettre en cause l'opinion exprimée par les membres élus et permanents de cet organe.

Est-ce que notre position basée sur le maxime *Roma locuta, causa finita* est opportuniste? Certes, elle l'est dans une certaine mesure. Mais que pourrait en être l'alternative? Dans l'Etat actuel de la juridicisation des relations internationales, toute forme de la mise en cause de l'autorité du Conseil de Sécurité (jusqu'à la modification de la Charte des Nations Unies qui est —certainement— plus urgente que jamais²⁴ pour adapter la situation juridique à la situation de fait) pourrait émietter les pierres angulaires de notre concept sur le droit international. Le Conseil de Sécurité est —malgré toutes ses faiblesses, tout son opportunisme et toute son ambiguïté— comme le *Bon Dieu* chez Voltaire: s'il n'existait pas, il faudrait l'inventer....

Le Conseil de Sécurité devra trouver sa position dans le nouveau contexte et les Etats devront régler cette position — d'une manière conforme à notre monde qui avait réussi à résoudre de graves problèmes du

24. Cfr. à ce titre VALKI, László: *The Kosovo Crisis and International Law*; et BODNÁR, László: *Challenges at the end of the millennium to principles of international law*, in: KOVÁCS, (ed): *Le droit international au tournant du millénaire - International Law at the Turn of the Millennium* (Pázmány Péter Catholic University 2000 Budapest), pp. 33-48 et pp. 77-95.



passé mais se trouve face à d'énormes défis, comme p. ex. l'hypercent terrorisme. En attendant, il faut vivre dans le contexte de la *présomption* de la licéité des prises de positions de l'ONU.

En plus, le nouveau gouvernement de l'Afghanistan (établi à la conférence diplomatique de Bonn, en décembre 2001) a reconnu ses obligations de traduire devant une justice internationale Oussama Ben Laden et Moullah Omar. (Certes, on peut poser la question: est-ce qu'il a eu une alternative?).

Désormais, on peut trouver même un certain appui à la thèse de l'imputabilité de l'attentat du 11 septembre à l'Afghanistan, reflété aussi dans la codification de la CDI:

L'article 11 (*Comportement reconnu et adopté par l'Etat comme étant sien*) dispose qu' "Un comportement qui n'est pas attribuable à l'Etat selon les articles précédents est néanmoins considéré comme un fait de cet Etat d'après le droit international, si et dans la mesure où, cet Etat reconnaît et adopte ledit comportement comme sien".

IV. REPENSER LA CODIFICATION - *DE LEGE FERANDA?*

Les événements du 11 septembre posent aussi la question de savoir si la codification de la Commission de Droit International ne devrait pas être complétée dans ce sens pour qu'elle puisse fournir des réponses aux Etats victimes du terrorisme international.

Il s'ensuit donc une autre question, notamment s'il ne serait pas judicieux de compléter le projet de la CDI et de l'adapter à ce problème.

A vrai dire, le problème n'est pas nouveau et les tentatives de solutions se sont toujours heurtées aux mêmes difficultés à savoir comment prouver que l'Etat est au courant des plans de l'organisation terroriste. Par la force des choses, les documents d'une valeur probante sur ces affaires sont toujours classifiés "top secret". Les archives s'ouvrent toujours avec une lenteur historique et la "raison d'Etat" militera toujours contre l'ouverture des dossiers quand elle pourrait entraîner des conséquences juridiques. Ironiquement, même l'Etat ayant acquis une information crue "sûre", protège toujours la source, les moyens et même le contenu précis des données ainsi acquises.

Dans le cas où une attaque terroriste de grande envergure pourrait être imputée à un Etat abritant l'organisation, ceci pourrait avoir comme conséquence que les Etats refusent d'octroyer de refuge aux entités de ce genre.



L'état actuel du projet de la CDI peut-il saisir le vif du sujet? Sans doute, on ne peut pas trouver de réponse à toutes les questions *de lege lata*. On peut constater que le caractère "non étatique" de la structure terroriste peut être conçu quelquefois en tant que pouvoir parallèle et les approches de Scelle semblent y retrouver leur utilité²⁵. Les interprétations divergeantes que les participants du débat de EJIL (y compris deux membres de la CDI) ont données aux articles pertinents, laissent penser qu'il y a encore des lacunes ou au moins une certaine ambiguïté dans les règles du projet de la CDI sur la responsabilité quand on veut les appliquer au défi du terrorisme. La difficulté pratique de prouver l'existence du contrôle effectif —condition décisive aussi selon la Cour Internationale de Justice²⁶— est un problème à part qu'on ne peut pas négliger. Il est vrai que la Cour a souligné aussi que l'accueil en soi-même d'une organisation douteuse n'est pas suffisant pour imputer la responsabilité à l'État²⁷. On peut cependant poser la question: est-ce que le

25. "Il serait même parfaitement inutile d'insister sur ce point, si la doctrine traditionnelle n'avait, dans ce domaine, établi entre les rapports du droit privé et du droit public, une *séparation* artificielle qui n'existe pas dans les faits et qui aboutit, pourrait-on dire, à *superposer fictivement* deux catégories de société internationales en partie imaginaires: d'une part *celle des Etats*, d'autre part celle des individus. Or il n'existe en réalité qu'une *seule* espèce de société internationales et celles-ci sont, dans tous les cas, composées uniquement d'individus. Mais les uns sont des particuliers et poursuivent des intérêts privés, tandis que les autres sont des gouvernants et agents publics, chargés de veiller aux intérêts des collectivités nationales et *internationales*". SCELLES, Georges: *op. cit.*, p. 44.

26. "La Cour a estimé (...) que, même prépondérante ou décisive, la participation des Etats-Unis à l'organisation, à la formation, à l'équipement, au financement et à l'approvisionnement des *contras*, à la sélection de leurs objectifs militaires ou paramilitaires et à la planification de toutes leurs opérations demeure insuffisante en elle-même, d'après les informations dont la Cour dispose, pour que puissent être attribués aux Etats-Unis les actes commis par les *contras* au cours de leurs opérations militaires ou paramilitaires au Nicaragua. Toutes les modalités de participation des Etats Unis qui viennent d'être mentionnées, et même le contrôle général exercé par eux eux-mêmes, sans preuve complémentaire, que les Etats-Unis aient ordonné ou imposé la perpétration des actes contraires aux droits de l'homme et au droit humanitaire. (...) Ces actes auraient fort bien pu être commis par des membres de la force *contra* en dehors du contrôle des Etats-Unis. Pour que la responsabilité juridique de ces derniers soit engagée, il devrait en principe être établi qu'ils avaient le contrôle effectif des opérations militaires au cours desquelles les violations en question se seraient produites », C.I.J.: *affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique)* fond 27 juin 1986 p. 54-55 § 115.

27. "On ne saurait conclure du seul contrôle exercé par un Etat sur son territoire terrestre ou sur ses eaux territoriales que cet Etat a nécessairement connu ou dû connaître tout fait illicite international qui y a perpétré non plus qu'il a nécessairement connu ou dû connaître ses auteurs. En soi, et indépendamment d'autres circonstances, ce fait ne justifie ni responsabilité *prima facie* ni déplacement dans le fardeau de la preuve." C.I.J.: *affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique)* fond 27 juin 1986 p. 94, § 195.



dictum rendu en 1986 dans une affaire aux circonstances différentes est un axiome pour jamais ? Ou bien il est un principe dont l'interprétation est liée à un certain type de lutte avec une ampleur précise que même la Cour pourrait réinterpréter le cas échéant ? Même la Cour a souligné l'importance attribuée aux *circonstances* de l'affaire quant aux considérations développées dans son arrêt...

Il est vrai qu'il est probablement très difficile de trouver une formulation quasi-conventionnelle adéquate sur l'imputabilité du terrorisme à un Etat qui pourrait être acceptable aussi pour les gouvernements. Il est clair cependant que la répétition des clauses obligeant les Etats à prévenir et à persécuter les actes terroristes n'est pas suffisante.

L'imputabilité pourrait être liée à la négligence grave et qualifiée de l'Etat quand il a omis d'agir pour mettre fin à une situation menaçant la paix internationale en cas où il en était conscient et il était en mesure d'action. La présomption de la responsabilité ou bien la postulation de la responsabilité solidaire de l'Etat accueillant consciemment l'organisation terroriste pourront être les éléments à ajouter. Finalement, on n'est pas très loin de penser dans le cadre du *dolus eventualis*, reconnu dans le droit interne des nations. Dans le cas où il y a plusieurs Etats concernés, la responsabilité devra être engagée individuellement, *mutatis mutandis* selon l'article 16 du projet de la CDI. Cependant, il reste toujours à savoir que faire dans la situation quand un État est devenu un refuge de terroristes malgré lui et que son incapacité est due à un scénario écrit par d'autres ?

Il est aussi évident que les Etats seront extrêmement réticents devant l'adjonction d'une clause visant l'imputabilité d'un acte terroriste outre les conditions existantes dans la codification de la CDI.

L'histoire²⁸ témoigne de beaucoup de complicités de ce genre. Un nombre considérable d'Etats ont eu des liens avec l'Oustacha, Carlos, avec l'IRA ou la Rote Armée Fraktion, l'ETA, Mekhmet Ali Agça, Islam Djihad,

28. L'histoire se confronte souvent avec le droit international: en ce qui concerne le meurtre de l'archiduc austro-hongrois François Ferdinand en 1914, il est clair et démontrable aussi par les archives diplomatiques que Gavrilo Princip n'aurait jamais pu effectuer son acte sans le concours et les instructions des services secrets serbes et russes. L'empereur et roi François Joseph n'a pas eu donc (juridiquement) tort quand il donnait l'ordre à son armée en évoquant *inter alia* le principe de la défense légitime suite à l'assassinat du 28 juin 1914. Et en ce qui concerne le meurtre du roi Alexandre à Marseille en 1934, le même problème s'est émergé: est-ce qu'on peut imputer l'acte à un Etat? On a vu que dans le SdN, le débat a été joué et planifié dès le début derrière les rideaux. Ici aussi, les archives laissent penser que l'Italie et l'Allemagne ont bien été dedans et le rôle attribué à la Hongrie n'était que le sommet de l'*iceberg*.



Hisbollah ou même avec Oussama Ben Laden avant que celui-ci devienne l'ennemi numéro 1. Beaucoup d'Etats ont donné d'appui, de logistique ou d'armement aux organisations (déjà ou peut être seulement postérieurement considérées) terroristes.

Mais que se passera-t-il si de plus en plus d'Etats saisissent l'occasion de régler les comptes prétendant qu'ils sont convaincus d'avoir découvert l'Etat à qui on attribue la responsabilité faut de règle évidente de la codification de la Commission de Droit International? Reconnaître *de jure* ou *de facto* le droit à l'unilatéralisme aurait des conséquences quasi aussi brutales au droit international que l'attentat du 11 septembre. Les participants du débat dans l' *EJIL* et dans le *ADI* sont tous d'accord concernant la nécessité de repenser et de renforcer les capacités onusiennes —faute de mieux....

De toute façon, malgré toutes les difficultés et des lenteurs que la CDI a rencontrées lors de ses travaux, compléter un projet, c'est toujours plus simple que de modifier un traité...