

APRÈS LE 7 OCTOBRE 2023 : QUELLE LÉGITIME DÉFENSE ?*

PAR

Olivier CORTEN

PROFESSEUR À L'ULB
CENTRE DE DROIT INTERNATIONAL

RÉSUMÉ

La thèse du droit d'Israël à la légitime défense pour riposter à l'attaque du 7 octobre 2023, souvent assénée comme une évidence, se heurte en réalité à pas moins de trois objections déduites des textes et de la jurisprudence qui font autorité dans le domaine du *jus contra bellum*. D'abord, à la veille de cette attaque, Israël occupait le territoire de l'État palestinien, et était à ce titre responsable d'un acte d'agression rendant logiquement délicat l'argument de la légitime défense. Ensuite, l'attaque du 7 octobre a été menée par des forces irrégulières, et peut difficilement être attribuable à l'État palestinien, lequel ne s'est pas non plus impliqué substantiellement dans une telle attaque. On ne peut donc l'assimiler à une « agression armée » au sens strictement juridique de ce terme. Enfin, la manière dont Israël a conçu puis mené l'opération « Épées de fer » apparente cette dernière à une punition collective, ou le cas échéant à une tentative de revenir au *statu quo ante*, c'est-à-dire au maintien d'un « grand Israël » impliquant l'annexion de droit ou de fait de territoires palestiniens. De ce point de vue, il est difficile de conclure à l'existence de mesures « nécessaires » et « proportionnées » à la légitime défense de l'État d'Israël tel qu'il est reconnu en droit international. Dans ce contexte, on ne s'étonnera pas que l'argument de la légitime défense soit loin d'avoir été accepté par la « communauté internationale des États dans son ensemble », ce qui exclut que Gaza soit considérée comme un précédent tendant à réécrire ou réinterpréter l'article 51 de la Charte des Nations Unies.

ABSTRACT

Israel's right to self-defence in response to the attack of October 7, 2023, often taken for granted, is in fact subject to no less than three objections, deduced from authoritative texts and case law in the field of *jus contra bellum*. Firstly, on the eve of the attack, Israel was occupying the territory of the Palestinian State, and as such was responsible for an act of aggression, making the argument of legitimate self-defence logically delicate. Secondly, the attack on 7 October was carried out by irregular forces and can hardly be attributed to the Palestinian State, which was

* Mes remerciements les plus sincères à François Dubuisson, à Evelyne Lagrange et à Rafaëlle Maison pour leurs commentaires et suggestions qui ont permis l'amélioration de ce texte.

not substantially involved in such an attack either. It cannot therefore be equated with 'aggression' in its strict legal sense. Finally, the way in which Israel conceived and then carried out Operation 'Swords of Iron' makes it look like collective punishment, or possibly an attempt to return to the *status quo ante*, i.e. the maintenance of a 'greater Israel' involving the *de jure* or *de facto* annexation of Palestinian territories. From this point of view, it is difficult to conclude that measures are 'necessary' and 'proportionate' for the legitimate defence of the State of Israel as recognised under international law. In this context, it is not surprising that the argument of self-defence is far from having been accepted by the 'international community of States as a whole', which excludes Gaza from being considered as a precedent tending to rewrite or reinterpret Article 51 of the United Nations Charter.

« Depuis un an, celles et ceux qui continuent de suivre la situation en Palestine, essentiellement à travers les journalistes palestiniens présents sur les réseaux sociaux, voient tous les jours des images qui leur retournent l'estomac. Tous les jours, tous les jours, tous les jours : les immeubles pulvérisés ; les enfants blessés allongés sur le sol d'un hôpital ; les corps vivants ou morts coincés sous les décombres ; les blessés dont les bras ou les jambes pendent, presque détachés du reste de leur corps ; les cadavres alignés dans des linéaires, les proches regards de douleur ; les cohortes d'estropiés ; la jubilation mauvaise des soldats israéliens pillant et saccageant les intérieurs de familles déplacées ou tuées ; les enfants agonisants, squelettiques, en raison du blocus sur la nourriture et l'eau annoncé par le ministre de la Défense israélien Yoav Gallant dès le 9 octobre 2023. Je reste aussi hantée par les images, vues à deux reprises, d'enfants au visage intact, mais à la boîte crânienne explosée, béante, complètement vide. Et enfin, ce matin, les images insoutenables de Palestiniens prisonniers des flammes après le bombardement d'abris de fortune installés dans la cour de l'hôpital Al-Aqsa. » (1)

Cet extrait d'une chronique de Mona Chollet nous offre une illustration, parmi beaucoup d'autres, de l'effroi que suscite, au-delà de la lecture quotidienne des glaçants bilans chiffrés qui se succèdent pour être aussitôt dépassés (2), la découverte de ce qui se passe sur le terrain à Gaza. Face à de telles horreurs, le recours au droit peut sembler un exercice de style illusoire, futile, voire inconvenant. Comme l'indique Jean d'Aspremont dans sa contribution au présent dossier (3), on comprendrait cependant mal comment l'internationaliste, au-delà de la remise en cause de son cadre de référence, voire de sa profession que suscitent de tels événements, pourrait s'en dispenser. D'autant que l'arme du droit, on le sait, ne manque pas d'être utilisée non

(1) M. CHOLLET, « Le génocide invisible. Une année d'horreur au Proche-Orient », *La méridienne*, 14 octobre 2024, disponible sur : www.la-meridienne.info/Le-genocide-invisible?fbclid=IwY-2xjawG73spleHRuA2F1bQIXMQABHY_aAwziIUIL_UDrr2QTpSbabYejqan6GrA1KjfdDudS11L-l2UOW0B4o6w_aem_JK4gv_oB7LmBxPr7-yrjHg

(2) Au moment où ces lignes sont écrites, soit peu après la conclusion du cessez-le-feu entré en vigueur le 19 janvier 2025, on évalue généralement à plus de 46.000 le nombre de morts (voy. les différentes sources dans : https://en.wikipedia.org/wiki/Casualties_of_the_Israel-Hamas_war). D'autres publications scientifiques estiment que ce nombre est largement sous-évalué, et avancent des chiffres qui seraient de quatre à cinq fois plus élevés, tenant compte des décès liés à des causes indirectes de la guerre, dont le nombre pourra être évalué à plus long terme : R. KHATIB, M. MCKEE et S. YUSUF, « Counting the dead in Gaza : difficult but essential », *The Lancet*, 20 juillet 2024, vol. 404, pp. 237-238.

(3) J. D'ASPREMONT, « L'ineritiquabilité et le droit international », cette *Revue*.

seulement par les juristes mais aussi par les protagonistes du conflit et, plus largement, par les commentatrices et commentateurs de ces événements.

Une fois sur le terrain du droit international, on sera sans doute amené, en tout premier lieu, à se tourner vers les règles qui protègent les droits humains, y compris en période de conflit armé. L'attaque lancée le 7 octobre 2023 doit-elle être qualifiée de « terroriste » ? S'est-elle traduite par des crimes de guerre, des crimes contre l'humanité, voire des actes de génocide ? Ces qualifications s'appliquent-elles aux opérations armées lancées ensuite par Israël sur la bande de Gaza ? Qui est compétent pour en juger, et selon quelles modalités ? De la Cour internationale de Justice, avec la nouvelle affaire sur l'application de la convention sur le génocide lancée par l'Afrique du Sud (4), à la Cour pénale internationale, qui a émis des mandats d'arrêt contre le commandant des brigades Izz al-Din al-Qassam, la branche militaire du Hamas, ainsi que contre le Premier ministre et l'ancien ministre de la Défense israélien (5), c'est bien sous cet angle que les événements sont le plus souvent analysés (6).

Il est toutefois un autre domaine, en théorie indépendant du premier, qui appelle le débat : c'est celui non plus du droit dans la guerre (ou *jus in bello*) mais du droit contre la guerre (ou *jus contra bellum*), voire de la « guerre juste ». Car, comme on le comprendra mieux en suivant les réflexions proposées par Emmanuelle Tourme-Jouannet dans ce dossier (7), la recherche d'une « juste cause » semble un invariable des discours justificatifs accompagnant toute action militaire. Plus précisément, la guerre de Gaza a donné lieu à un nouvel épisode d'une série bien connue dans le cercle des internationalistes, celle consacrée à la notion de légitime défense. D'un côté, et suivant en cela le récit proposé par Israël dès le premier jour, on a estimé être en présence d'une entreprise de légitime défense, quitte à en qualifier (certaines) modalités de contraires au *jus in bello* (8). Dans cette logique, le « droit naturel » d'Israël s'imposerait comme à la fois une nécessité (car qui peut prétendre empêcher un État de riposter à une agression aussi manifeste que l'attaque du 7 octobre ?) et comme une consécration de la pratique des États qui, après le 11 septembre 2001, auraient reconnu cette possibilité dans le cadre de la guerre contre le terrorisme (9). D'un autre côté, cependant,

(4) CIJ, Affaire relative à l'Application de la convention sur la prévention et la répression du crime de génocide dans la bande de Gaza (Afrique du Sud c. Israël), requête du 29 décembre 2023.

(5) Communiqués de presse du 21 novembre 2024, disponible sur : www.icc-cpi.int/fr/news/situation-dans-letat-de-palestine-la-chambre-preliminaire-i-de-la-cpi-rejette-les-exceptions.

(6) Voy. entre autres R. MAISON, « Gaza : génocide et droits des peuples », cette *Revue* ; plus généralement, voy. J.-M. SOREL, « La guerre entre le Hamas et Israël ou la recherche désespérée de l'effectivité du droit international », *A.F.D.I.*, 2023, pp. 3-47.

(7) E. TOURME-JOUANNET, « L'anéantissement de Gaza au nom de la guerre juste », cette *Revue*.

(8) N. TSAGOURIAS, « Israel's Right to Self-Defense against Hamas », *Lieber Institute. West Point*, 1^{er} décembre 2023, disponible sur : <https://lieber.westpoint.edu/israels-right-self-defence-against-hamas/>.

(9) E. A. HEINZE, « International Law, Self-Defense and the Israel-Hamas Conflict », *Parameters*, 2024, vol. 54, n° 1, pp. 71-86 ; R. VAN STEENBERGHE, « The armed conflict in Gaza, and its complexity under international law : *jus ad bellum*, *jus in bello*, and international Justice », *L.J.I.L.*, 2024, pp. 9-13.

plusieurs voix se sont élevées pour rappeler qu'Israël était un État occupant, et donc agresseur, et qu'il pouvait dans ce contexte difficilement prétendre se défendre, en tout cas en bombardant massivement puis en envahissant le Territoire palestinien (10). Dans cette perspective, suivie par l'auteur de ces lignes dans un (déjà) ancien article consacré à la légitime défense dans le contexte israélo-palestinien (11), l'assouplissement *dans les faits* des conditions strictes consacrées à l'article 51 de la Charte n'aurait pas été accepté *en droit* par la « communauté internationale des États dans son ensemble », y compris au prétexte de lutter contre le terrorisme (12). Il faudrait donc s'en tenir au droit existant et rejeter l'argument de la légitime défense, Israël ayant le droit et le devoir de défendre sa population mais dans le respect du droit international (13).

C'est, peut-être sans surprise, cette deuxième hypothèse que je développerai dans la suite de cette contribution (14). Pour tenter de démêler les fils d'une question particulièrement ancienne et complexe, une perspective essentiellement chronologique sera privilégiée. Dans un premier temps sera posée, toujours au regard du *jus contra bellum*, la question de la qualification de la situation à la veille des attaques du 7 octobre 2023 et, plus particulièrement, du statut de l'occupation du Territoire palestinien par Israël (I). Ce n'est qu'ensuite que sera abordée la question de la qualification de ces attaques d'« agression armée » au sens de l'article 51 de la Charte (II). Dans un troisième temps seront alors envisagées les modalités de l'opération israélienne, au vu des conditions de nécessité et de proportionnalité de toute action de légitime défense (III). Enfin, et de manière plus prospective, ce n'est plus la question de la licéité *in casu* de l'opération israélienne qui sera envisagée,

(10) R. WILDE, « Israel's War in Gaza is not an act of Self-Defence in International Law », *Opinio Juris*, 9 novembre 2023, disponible sur : <http://opiniojuris.org/2023/11/09/israels-war-in-gaza-is-not-a-valid-act-of-self-defence-in-international-law/>; voy. aussi H. GHERARI, *Le conflit israélo-palestinien : que dit le droit ?*, Paris, L'Harmattan, 2024, pp. 128-130, ainsi que M. ASSIRA, « Le droit international à l'épreuve de la guerre entre le Hamas et Israël », *Revue internationale de la recherche scientifique*, août 2024, vol. 2, n° 4, disponible sur : www.revue-irs.com/index.php/home/article/view/354.

(11) O. CORTEN, « L'inapplicabilité du droit de légitime défense au sens de l'article 51 de la Charte des Nations Unies aux relations entre la Palestine et Israël », *R.B.D.I.*, 2012, pp. 67-89. On se reportera aussi à l'étude de Fr. DUBUISSON, « L'applicabilité du droit de légitime défense dans les rapports entre Israël et le Territoire palestinien occupé », in J.-P. KOT (éd.), *Palestine and International Law, New Approaches*, Birzeit University Press, 2011, pp. 89-110.

(12) O. CORTEN, *Le droit contre la guerre*, 3^e éd., Paris, Éditions Pedone, 2020, pp. 223-318 et 698-746; voy. aussi « Contre une invocation abusive du droit de légitime défense pour faire face au défi du terrorisme », Appel signé par près de 300 internationalistes, disponible sur : <https://edi.ulb.ac.be/contre-invoication-abusive-de-legitime-defense-faire-face-defi-terrorisme/>.

(13) CIJ, *Affaire des Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le Territoire palestinien occupé*, avis consultatif du 9 juillet 2004, *Recueil*, 2004, p. 195, § 141 (et les commentaires ci-dessous, point I).

(14) Je développerai ici une réflexion engagée dès le mois de novembre 2023 et qui a fait l'objet d'un exposé oral disponible ici : O. CORTEN, Fr. DUBUISSON, V. KOUTROULIS et A. LAGERWALL, « La guerre de Gaza et le droit international », 22 novembre 2023, disponible sur : www.youtube.com/watch?v=fQ9z2XnbZmo&t=3298s; un autre exposé, réalisé à l'Université Paris-Saclay le 18 mars 2025, est disponible également : www.youtube.com/watch?v=eOjYVOUHOWc.

mais bien celle de sa valeur de précédent susceptible de témoigner d'une évolution de la coutume vers un assouplissement de la légitime défense au sens de l'article 51 de la Charte (IV). De manière générale, les réponses que nous apporterons à ces questions jettent pour le moins le doute sur l'argument israélien de la légitime défense, ce qui explique que celui-ci n'a pas été généralement accepté.

Au-delà, comme le suggèrent les premières lignes de la présente contribution, de la compréhensible émotion qui saisit sans doute chacune et chacun d'entre nous face à ces événements, c'est volontairement sous le prisme d'un langage juridique aussi technique et rigoureux que possible qu'est présentée la réflexion qui suit. Cela n'implique évidemment aucun renoncement ni au jugement moral, ni à une analyse critique sur les limites de ce type de langage dans le champ juridique international (15). Simplement, on postule que ce langage de la légalité formelle est de fait fréquemment utilisé pour justifier le déclenchement d'interventions militaires et que, spécialement si l'on est habité par une certaine fibre pacifiste, il est à la fois possible et opportun de se placer sur ce terrain (16). Une autre conséquence de se placer dans la perspective du *jus contra bellum* est de ne pas envisager, à titre principal en tout cas, la question palestinienne sous l'angle d'un processus entravé de décolonisation, une démarche par ailleurs parfaitement pertinente (17). Le droit à l'autodétermination ne sera donc mentionné qu'à titre incident, dans la mesure où il est susceptible d'influencer la licéité de la riposte militaire israélienne au sens des articles 2, § 4, et 51 de la Charte (18). Précisons enfin que les relations entre Israël et le Liban, la Syrie, le Yémen ou l'Iran ne seront pas abordées ici (19).

(15) J. D'ASPROMONT, « L'incritiquabilité et le droit international », *op. cit.*

(16) O. CORTEN, « Le champ juridique international. Cours général de droit international », *R.C.A.D.I.*, vol. 436, 2024, pp. 9-390, et *Le discours du droit international. Pour un positivisme critique*, Paris, Éditions Pedone, 2009.

(17) Voy. par exemple N. ERAKAT, D. LI et J. REYNOLDS, « Race, Palestine and International law », *A.J.I.L. Unbound*, 2023, vol. 117, pp. 77-81.

(18) Durant les débats qui ont précédé l'adoption de la définition de l'agression au sein de l'Assemblée générale des Nations Unies, un nombre substantiel d'États avait plaidé pour reconnaître le droit à la « légitime défense » d'un peuple privé par la violence de son droit à l'autodétermination. La revendication n'avait cependant pu aboutir, faute de consensus (voy. O. CORTEN, *Le droit contre la guerre*, 3^e éd., *op. cit.*, pp. 237-252). Il en résulte que, si l'usage de la violence contre un peuple qui bénéficie d'un droit à l'autodétermination est illicite, il n'équivaut pas pour autant à une agression armée ouvrant le droit à une légitime défense, y compris collective, en faveur de ce peuple. Si ce dernier s'est constitué en État, cependant, le *jus contra bellum* devient bel et bien applicable à la situation, ce qui nous paraît bien être le cas de la Palestine, pour les raisons qui seront exposées plus bas.

(19) Voy. J.-Chr. MARTIN, « L'implication des Houthis dans le conflit : remarques sur les réactions aux attaques contre les navires en mer rouge », cette *Revue*. Pour un aperçu de la position des États, on se reportera à la rubrique consacrée à cette thématique sur le site du Centre de droit international de l'ULB : <https://iusadbellum.wordpress.com/a-loccasion-de-precedents-particuliers/>.

I. — AVANT LE 7 OCTOBRE 2023 : ISRAËL, ÉTAT OCCUPANT, ÉTAT AGRESSEUR ?

Comme en donne un aperçu la contribution de Habib Guerrari sur le statut de Gaza, ainsi que l'ouvrage qu'il a consacré à la question, le statut juridique des territoires palestiniens anciennement sous mandat britannique est délicat à déterminer (20). Sur le plan du *jus contra bellum*, la période postérieure à la création de l'État d'Israël s'est caractérisée par plusieurs guerres qui ont parallèlement donné lieu à des débats juridiques acharnés : celles de 1948-1949 (guerre d'indépendance), de 1956 (crise du canal de Suez/guerre de Suez), de 1967 (guerre des Six Jours), de 1973 (guerre du Kippour), et de 2006 (guerre du Liban) (21). À ces précédents classiques, on peut ajouter plusieurs opérations militaires à Gaza, principalement (mais pas seulement) en 2008-2009 et en 2014 (22). Pour schématiser, dans chacun de ces cas, Israël a prétendu agir en légitime défense, ce qui a été tantôt relayé, tantôt contesté par une partie de la doctrine (23).

Dans le cadre limité de la présente contribution, on ne reviendra pas sur l'ensemble de ces débats en proposant une lecture juridique complète du conflit du Moyen-Orient (24). Postulant que, spécialement pour des questions aussi controversées que celles-là, l'autorité judiciaire est susceptible si pas d'objectiver entièrement, en tout cas de cadrer le débat, on se concentrera sur la position de la Cour internationale de Justice. Car position de l'organe judiciaire principal des Nations Unies il y a eu. Si, faute pour Israël d'accepter la clause de juridiction obligatoire de la Cour, la voie contentieuse semble exclue pour évaluer la licéité d'un recours à la force, la voie consultative était, quant à elle, ouverte. La voie était d'autant plus logique que les Nations Unies en général, et l'Assemblée générale en particulier, assument un rôle spécifique par rapport aux territoires qui étaient anciennement sous mandat de la Société des Nations (25). On ne s'étonnera donc pas, comme cela avait été le cas dans d'autres situations, que l'Assemblée générale ait demandé l'avis de la Cour internationale de Justice, laquelle a rendu deux avis, le 9 juillet 2004 puis le 19 juillet 2024. Que ce soit dans le premier (A) ou le second (B) cas, on peut en effet tirer certains enseignements sur le plan de l'argument de la légitime défense, enseignements qui tendent manifestement à en contenir strictement la portée.

(20) H. GHERARI, « Évolution du statut territorial de la bande de Gaza », cette *Revue*, ainsi que *Le conflit israélo-palestinien : que dit le droit ?*, *op. cit.*

(21) Pour une analyse de chacun de ces précédents, voy. T. RUYS, O. CORTEN et A. HOFER (éd.), *The Use of Force in International Law. A Case-Based Approach*, Oxford, Oxford University Press, 2018.

(22) Chr. HENDERSON, « Israeli Military Operations Against Gaza : Operation Cast Lead (2008-09), Operation Pillar of Defence (2012) and Operation Protective Edge (2014) », in *ibid.*, pp. 729-759.

(23) *Ibid.*, p. 741.

(24) Voy. à ce sujet l'ouvrage précité de H. GHERARI, *Le conflit israélo-palestinien : que dit le droit ?*

(25) M. KOHEN, *Possession contestée et souveraineté territoriale*, Paris, PUF, 1997, chapitre II, section 1, 3, disponible sur : <https://books.openedition.org/iheid/1292?lang=fr>.

A. — 2004, *la Cour au pied du mur : le rejet de la légitime défense contre des actes de violence meurtriers visant la population civile*

Lorsque la Cour est saisie d'une demande l'Assemblée générale, le 8 décembre 2003, on se trouve dans le contexte de la « guerre contre le terrorisme » consécutive à la doctrine Bush formulée après le 11 septembre 2001 (26). La légitime défense tend à être interprétée extensivement, que ce soit en Afghanistan, voire bientôt en Irak, et le débat juridique sur sa portée a été relancé comme jamais depuis l'élaboration de la Charte des Nations Unies (27). À première vue, on n'imaginait pas qu'une opinion juridique sur la construction d'un mur en Territoire palestinien occupé donne l'occasion à la Cour de prendre part au débat. C'était compter sans la formulation, par Israël, d'un argument de légitime défense qui aurait justifié cette construction comme moyen de mettre fin aux attentats meurtriers qui ont jalonné la deuxième *Intifida*, laquelle avait débuté en septembre 2000 (28). C'est en examinant cet argument que la Cour a été amenée à se prononcer, dans un bref mais éloquent passage de son avis. Après avoir cité *in extenso* l'article 51 de la Charte, elle remarque que :

« [L'] article 51 de la Charte reconnaît ainsi l'existence d'un droit naturel de légitime défense en cas d'agression armée par un État contre un autre État. Toutefois, Israël ne prétend pas que les violences dont il est victime soient imputables à un État étranger.

La Cour note par ailleurs qu'Israël exerce son contrôle sur le Territoire palestinien occupé et que, comme Israël l'indique lui-même, la menace qu'il invoque pour justifier la construction du mur trouve son origine à l'intérieur de ce territoire, et non en dehors de celui-ci. Cette situation est donc différente de celle envisagée par les résolutions 1368 (2001) et 1373 (2001) du Conseil de sécurité, et de ce fait Israël ne saurait en tout état de cause invoquer ces résolutions au soutien de sa prétention à exercer un droit de légitime défense.

En conséquence, la Cour conclut que l'article 51 de la Charte est sans pertinence au cas particulier. » (29)

Ce paragraphe, qui a suscité nombre de commentaires (30), rejette clairement et catégoriquement l'argument d'Israël de la légitime défense. Comme

(26) M. BYERS et G. NOLTE (éd.), *United States Hegemony and the Foundations of International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003.

(27) O. CORTEN, *Le droit contre la guerre*, 3^e éd., *op. cit.*, pp. 290-303 et 310-313.

(28) A/ES-10/PV21, 20 octobre 2003, p. 6.

(29) CIJ, *Affaire des Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le Territoire palestinien occupé*, avis consultatif du 9 juillet 2004, *Recueil*, 2004, p. 194, § 139.

(30) R. RIVIER, « *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le Territoire palestinien occupé*, Cour internationale de Justice, Avis consultatif du 9 juillet 2004 », *A.F.D.I.*, 2004, pp. 334-336 ; R. WEDGWOOD, « The ICJ Advisory Opinion on the Israeli Security Fence and the Limits of Self-Defence », *A.J.I.L.*, 2005, pp. 57 et s. ; S. MURPHY, « Self-Defence and the Israeli Wall Advisory Opinion : An *Ipse Dixit* From the ICJ ? », *A.J.I.L.*, 2005, pp. 62-76 ; M. WILLIAMSON, *Terrorism, War and International Law*, Farnham, Ashgate, 2009, pp. 152-153.

la Cour le précise ensuite, il ne suffit pas de montrer qu'on est la victime d'« actes de violence indiscriminés, nombreux et meurtriers, visant sa population civile » (actes qui avaient fait plusieurs centaines de victimes au moment où la Cour s'est prononcée (31)), pour se prévaloir utilement de ce droit (32). Ce dernier, au sens spécifique de la Charte, ne se conçoit que dans les relations entre États. Puisqu'Israël ne reconnaît pas la Palestine comme État, ses actions dans les territoires palestiniens ne relèvent pas de l'article 51 de la Charte, qui est tout simplement « sans pertinence ». La Cour ne se prononce donc pas sur la qualité d'État de la Palestine ; elle semble pointer une certaine incohérence dans l'argumentation israélienne elle-même, qui ne pourrait à la fois dénier la souveraineté à la Palestine et rendre applicable dans ses relations avec elle un régime de *jus contra bellum* conçu en 1945 comme régulant les relations entre États souverains. « Par ailleurs », ajoute la Cour, on ne se trouve pas non plus dans une situation telle que celle « envisagée par les résolutions 1368 (2001) et 1373 (2001) du Conseil de sécurité », lesquelles ne pourraient donc pas être invoquées par Israël, « en tout état de cause ». Cette partie du raisonnement de la Cour est plus elliptique. Les résolutions en question ne font en effet que, dans leurs préambules respectifs, rappeler de manière générale le droit de légitime défense dans le cadre de la lutte contre le terrorisme (33). Elles ne précisent pas à quelles conditions ce droit pourrait être valablement invoqué dans un cas particulier, si ce n'est en rappelant que cela devrait se faire « conformément à la Charte », ce qui témoigne d'une volonté de ne pas modifier le droit existant. Mais la Cour ne souhaite pas se prononcer sur ce point ; elle écarte par principe toute invocation de ces résolutions, sans que l'on puisse rien en déduire *a contrario*, comme l'indique bien l'expression « en tout état de cause ».

Quoi qu'il en soit, et quand bien même l'avis aura suscité les critiques de trois juges (34), la portée de ce précédent est décisive dans le cadre du conflit israélo-palestinien. Au sens strict de l'article 51 de la Charte, la légitime défense suppose que celui qui s'en prévaut le fasse vis-à-vis d'un autre État, et non (seulement) à l'encontre d'individus ou de groupes responsables d'actes de violence répétés et meurtriers contre sa population civile. Si l'on transpose cet enseignement aux événements postérieurs au 7 octobre 2023, on serait tenté de rejeter une fois encore l'argument israélien.

(31) Voy. Wikipédia, « Seconde intifada », disponible sur : https://fr.wikipedia.org/wiki/Seconde_intifada#:~:text=3%20057%20morts%20%3A,tués%20par%20des%20civils%20israéliens.

(32) CIJ, Affaire des *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le Territoire palestinien occupé*, avis consultatif du 9 juillet 2004, *Recueil*, 2004, p. 195, § 141.

(33) O. CORTEN, *Le droit contre la guerre*, 3^e éd., *op. cit.*, pp. 291-295.

(34) Opinion individuelle de la juge Higgins, CIJ, Affaire des *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le Territoire palestinien occupé*, avis consultatif du 9 juillet 2004, *Recueil*, 2004, p. 215, §§ 33 et s. ; opinion individuelle du juge Koojmans, *ibid.*, p. 229, §§ 35 et s. ; déclaration du juge Buergenthal, *ibid.*, p. 242, §§ 5 et s.

Cependant, près de vingt années plus tard, on pourrait tout aussi bien considérer que le contexte factuel (et potentiellement juridique) a substantiellement changé. Il en va particulièrement ainsi du statut de la Palestine, qui est très largement reconnu comme un État, que ce soit de manière officielle par la voie bilatérale ou par des voies plus détournées, spécialement avec l'acquisition d'un statut d'« État non membre » de l'Organisation des Nations Unies (35). Certes, la reconnaissance n'est pas unanime... ce que n'exige pas le droit international et qui n'est au demeurant pas le cas non plus pour l'État d'Israël lui-même (36). Par ailleurs, le débat juridique a lui aussi évolué. Alors que les conceptions élargies de la légitime défense avaient été largement condamnées au sein de l'ONU dans le contexte des excès de la guerre contre le terrorisme menée par l'administration Bush, les années 2010 ont été marquées sur ce point par une relative convergence visant à éradiquer le mal nommé « État islamique », avec à la clé une possible réinterprétation de l'article 51 de la Charte (37). Lorsque la Cour a été priée de rendre un nouvel avis sur la Palestine vingt ans après le premier, certains ont donc sans doute espéré un changement de position allant en ce sens. Toutefois, à la lecture attentive de l'avis du 19 juillet 2024, on peut affirmer qu'il n'en a rien été.

B. — 2024, la Cour consolide son édifice : la dénonciation
de l'occupation comme un recours à la force incompatible
avec le *jus contra bellum*

Au-delà de la question du mur, la Cour a été appelée à se prononcer de manière générale sur les « conséquences juridiques découlant des politiques et pratiques d'Israël dans le Territoire palestinien occupé, y compris Jérusalem-Est », selon le titre de cette affaire. À première vue, une telle question renvoyait à des questions comme les droits et obligations d'un occupant au regard du droit des conflits armés, au droit des peuples à l'autodétermination ou aux droits humains, y compris en lien avec la ségrégation raciale ou l'*apartheid*. Concernant le *jus contra bellum*, la Cour avait le choix entre plusieurs options : ne pas se prononcer, sans dès lors remettre en cause son avis de 2004 ; revenir sur ce dernier en profitant de cette occasion pour consacrer

(35) Assemblée générale, A/RES/67/19, 4 décembre 2012 (138 voix pour, 9 contre et 41 abstentions) ; voy. aussi plus récemment la résolution A/ES-10/L.30/Rev.1, 9 mai 2024 (143 voix pour, 9 contre et 25 abstentions). Voy. Wikipedia, « International Recognition of the State of Palestine », qui comptabilise, en avril 2025, 147 reconnaissances, disponible sur : https://en.wikipedia.org/wiki/International_recognition_of_the_State_of_Palestine ; voy. à ce sujet Fr. DUBUISSON, « “There Will Be Palestine” : Jean Salmon et l'État de Palestine », cette *Revue*, 2023, pp. 233-251.

(36) Voy. Wikipedia, « International Recognition of Israel », qui comptabilise, en avril 2025, 164 reconnaissances, disponible sur : https://en.wikipedia.org/wiki/International_recognition_of_Israel.

(37) O. CORTEN, « L'argumentation des États européens pour justifier une intervention militaire contre l'« État islamique » en Syrie : vers une reconfiguration de la notion de légitime défense ? », *R.B.D.I.*, 2016, pp. 31-67 ; *id.*, « The “unwilling or unable” Theory : has it Been, and Could it Be, Accepted ? », *L.J.I.L.*, 2016, pp. 777-799.

la thèse d'un assouplissement du droit de légitime défense par la voie coutumière, tenant ainsi compte de certaines critiques parfois adressées à la position adoptée vingt ans plus tôt ; ou au contraire se placer dans le fil de cette position en s'opposant à une conception élargie de la légitime défense.

Même si elle ne s'est pas engagée dans le luxe d'une motivation détaillée (et c'est un euphémisme), la Cour a plutôt privilégié cette dernière voie. On le sait, Israël justifie son occupation continue des territoires palestiniens par des considérations de sécurité, liées à l'argument de légitime défense avancé lors de la guerre des Six Jours de 1967 (38). La Cour aurait pu admettre cet argument sur le principe (ou tout simplement omettre de se prononcer sur la question du recours à la force), tout en critiquant certaines modalités de l'occupation. Elle a préféré aborder de front la question au regard du régime prohibant la menace ou l'emploi de la force au sens de la Charte des Nations Unies. Relevant que les territoires palestiniens occupés (y compris la bande de Gaza) sont sous le contrôle de l'occupant israélien, elle avance d'abord que :

« [p]our être autorisé, cet exercice d'un contrôle effectif doit donc être à tout moment conforme aux règles relatives à l'interdiction de la menace ou de l'emploi de la force, notamment l'interdiction de l'acquisition de territoire résultant du recours à la menace ou à l'emploi de la force, ainsi qu'au droit à l'autodétermination » (39).

Plus loin, elle cite *in extenso* l'article 2, § 4, de la Charte, pour relever qu'il s'oppose à l'acquisition de tout territoire par la force, citant sa propre jurisprudence, la Déclaration sur les relations amicales de 1970 et les résolutions adoptées par le Conseil de sécurité, y compris la résolution 242 (1967) (40). Relevant ensuite qu'aucun élément susceptible de fonder une souveraineté territoriale d'Israël sur les territoires palestiniens occupés ne lui a été présenté, et qu'en tout état de cause les différends territoriaux doivent se résoudre pacifiquement, elle conclut que

« [...] le fait de tenter d'acquérir la souveraineté sur un territoire occupé, ainsi que cela ressort des politiques et pratiques adoptées par Israël à Jérusalem-Est et en Cisjordanie, est contraire à l'interdiction de l'emploi de la force dans les relations internationales et à son corollaire, le principe de non-acquisition de territoire par la force » (41).

(38) Pour une consécration de la position israélienne, rejetée en l'occurrence dans l'avis, voy. l'opinion dissidente de la juge Sebutinde, §§ 86-87 (disponible sur le site Internet de la Cour). Cette position a été défendue devant la Cour par quelques rares États, comme Fidji (observations écrites de juillet 2003, p. 5).

(39) CIJ, Affaire des *Conséquences juridiques découlant des politiques et pratiques d'Israël dans le Territoire palestinien occupé, y compris Jérusalem-Est*, avis consultatif du 19 juillet 2024, *Recueil*, 2024, § 109.

(40) *Ibid.*, §§ 175-177.

(41) *Ibid.*, § 179.

Même si la Cour n'utilise jamais l'expression de « légitime défense », son verdict est sans appel : aucune exception à la prohibition du recours à la force n'est acceptable en l'espèce : l'occupation continue des territoires occupés est incompatible avec la règle énoncée à l'article 2, § 4, de la Charte. Si l'on combine cet enseignement avec celui qui résulte du paragraphe 139 de l'avis de 2004 cité ci-dessus (lequel n'est jamais mis en cause, rectifié ou nuancé en 2024), Israël ne peut se prévaloir ni d'attaques terroristes provenant des territoires occupés, ni d'un éventuel titre originel acquis en 1967 au titre de la légitime défense contre d'autres États de la région. La légitime défense ne peut en aucune manière fonder une occupation continue des territoires palestiniens.

En l'absence de motivation détaillée, plusieurs questions subsistent au sujet de la portée de la position de la Cour.

D'abord, on peut se demander dans quelle mesure se reflète encore en 2024 l'affirmation, opérée vingt ans plus tôt, selon laquelle l'article 51 de la Charte serait « sans pertinence ». Plusieurs États ont rappelé cette information devant la Cour, et celle-ci ne l'a jamais contredite (42). D'un autre côté, la question se pose différemment ici, puisque l'avis concerne en grande partie les suites de la guerre des Six Jours, soit un précédent classique de guerre interétatique. Quant aux relations entre Israël et la Palestine, on pourrait, en 2024, les envisager sous ce prisme également. La Cour qualifie en effet à deux reprises la Palestine d'« État observateur » (43) puis, lorsqu'elle décrit la procédure qui s'est déroulée devant elle, mentionne les exposés oraux en commençant par évoquer l'« État de Palestine » (44). Des termes à comparer avec ceux utilisés en 2004, qui renvoyaient plus généralement à « la Palestine » (45) ou aux « autorités palestiniennes » (46). Il est vrai que, lorsqu'elle se réfère à la résolution 242 (1967) du Conseil de sécurité pour appuyer le principe de non-acquisition de territoires par la force, et qu'elle met en lien ce principe avec l'article 2, § 4, de la Charte, la Cour semble envisager la portée de ce dernier de manière plus large. On pourrait en effet estimer qu'elle couvre l'usage de la force tendant à remettre en cause l'intégrité territoriale d'une entité qui dispose du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, et ce, *indépendamment de sa qualité d'État* (47). Comme l'affirme la Cour, « l'annexion par

(42) Un passage qui est rappelé par certains États dans les observations transmises à la Cour dans le cadre de la procédure d'avis ; voy. le Pakistan (exposé écrit du 25 juillet 2023, § 34), l'Égypte (exposé écrit du 25 octobre 2023, § 54 ; CR 2024/7, 21 février 2024, p. 36, § 50), de la Namibie (exposé du 25 octobre 2023, § 73).

(43) *Ibid.*, § 3 et § 70.

(44) *Ibid.*, § 21.

(45) CIJ, Affaire des *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le Territoire palestinien occupé*, avis consultatif du 9 juillet 2004, *Recueil*, 2004, p. 143, § 12 et p. 173, § 91.

(46) *Ibid.*, p. 167, § 77 et p. 180, § 112.

(47) CIJ, Affaire des *Conséquences juridiques découlant des politiques et pratiques d'Israël dans le Territoire palestinien occupé, y compris Jérusalem-Est*, avis consultatif du 19 juillet 2024, *Recueil*, 2024, § 237.

Israël de vastes portions du Territoire palestinien occupé emporte violation de l'intégrité de celui-ci, élément essentiel du droit du peuple palestinien à l'autodétermination » (48). Une telle interprétation pourrait s'appuyer sur la jurisprudence de la Cour qui, notamment dans son avis sur les îles Chagos, insiste sur le respect de l'intégrité territoriale d'un territoire non autonome, et ce, avant même que ce dernier ne devienne formellement un État (49). Dans cette perspective, Israël violerait l'interdiction du recours à la force, quand bien même la Palestine ne serait pas (encore) un État. Enfin, on relèvera qu'une violation de l'article 2, § 4, vis-à-vis de l'État palestinien se heurterait à la circonstance que ce dernier n'est formellement pas partie à la Charte des Nations Unies. Il est vrai que la Cour ne prononce pas explicitement la violation de l'article 2, § 4, comme tel, mais seulement de la règle (par ailleurs coutumière) qui y est énoncée...

Mais une autre question se pose alors. Si l'argument israélien de la légitime défense n'a manifestement pas convaincu, pour quelle raison exactement ? Est-ce que parce que, à l'origine (soit en 1967), cet État n'a pas démontré avoir été la victime d'une « agression armée », comme le prétendaient plusieurs États dans leurs observations écrites ou orales présentées à la Cour dans le cadre de la procédure d'avis (50) ? Ou est-ce plutôt en raison du lien trop ténu entre une occupation qui, au moment où la Cour se prononce, s'est prolongée depuis plus de 57 ans, et le déclenchement de cette hypothétique agression initiale, ce sur quoi insistaient d'autres États encore (51) ? Ce qui

(48) *Ibid.*, § 238 ; voy. E. LAGRANGE, « Droit à l'autodétermination et droit de légitime défense : l'épreuve de la conciliation des normes au Proche-Orient (2023-2024) », cette *Revue*.

(49) CIJ, Affaire des *Effets juridiques de la séparation de l'archipel des Chagos de Maurice en 1965*, avis consultatif du 25 février 2019, *Recueil*, 2019.

(50) Voy. en ce sens les positions du Koweït (exposé écrit, 25 juillet 2003, § 27), du Qatar (exposé écrit du 25 octobre 2023, § 3.19 ; exposé écrit du 25 octobre 2023, § 3.19), de la Gambie (exposé écrit du 25 juillet 2023, § 1.24), de Belize (exposé écrit du 25 juillet 2023, § 33), de la Namibie (juillet 2023, § 142 ; exposé du 25 octobre 2023, §§ 69-70), de l'Arabie saoudite (exposé écrit du 25 juillet 2023, § 36 ; exposé oral, CR 2024/5, 20 février 2024, p. 39, § 31), des Maldives (exposé écrit du 25 juillet 2023, § 19), du Yémen (exposé écrit du 25 juillet 2023, §§ 18-19), de l'Union africaine (exposé écrit du 25 juillet 2023, § 123), de la Ligue des États arabes (exposé du 25 juillet 2023, § 43), du Bangladesh (exposé écrit du 25 octobre 2023, § 8), de la Palestine (exposé du 25 octobre 2023, § 2.26), du Liban (exposé oral, CR 2024/10, 22 février 2024, pp. 23-24, §§ 16-23), de l'Égypte (CR 2024/7, 21 février 2024, p. 33, § 33), de l'Indonésie (CR 2024/11, 23 février 2024, p. 49, §§ 51-53), de l'Organisation de la coopération islamique (comp. exposé d'octobre 2023, § 38 et les propos plus clairs dans CR 2024/13, 26 février 2024, p. 40, § 13).

(51) Au regard des observations écrites et orales qui lui avaient été présentées, la Cour pouvait en ce sens s'appuyer non seulement sur les États qui estimaient qu'Israël était responsable d'une agression dès 1967 (voy. note 46), mais aussi sur d'autres qui insistaient plutôt sur la disproportion entre l'occupation prolongée et une situation initiale de légitime défense, sans que ces États se prononcent nécessairement sur le point de savoir si celle-ci aurait existé ou non. Voy. en ce sens les positions de l'Afrique du Sud (exposé écrit du 25 juillet 2023, §§ 123-127), d'Oman (exposé écrit du 25 juillet 2023, point 2), de Djibouti (exposé écrit du 25 juillet 2023, § 17), du Pakistan (exposé écrit du 25 juillet 2023, § 33 ; exposé du 25 octobre 2023, § 11), de la Chine (exposé écrit du 25 juillet 2023, § 23 ; CR 2024/9, 22 février 2024, p. 15, §§ 23-24), de la Bolivie (CR 2024/6, 20 février 2024, p. 25, § 2), du Japon (CR 2024/9, 22 février 2024, pp. 51-53, §§ 14-20), des Pays-Bas (CR 2024/5, 20 février 2024, p. 46, §§ 25-26).

est sûr, c'est que la première question n'est pas abordée par la Cour, laquelle évite soigneusement de se replonger dans les débats de l'époque sur la responsabilité dans le déclenchement de la guerre des Six Jours. On le sait, la communauté internationale des États s'était alors divisée – certains appuyant la légitimité de l'action israélienne, d'autres la condamnant comme une guerre préventive contraire à la Charte (52) – avant que le Conseil de sécurité (suivi par l'Assemblée générale) n'en vienne, de manière plus pragmatique, à en appeler au retrait des territoires occupés, quelle que soit la légitimité éventuelle de leur invasion (53). C'est cette dernière voie qu'emprunte la Cour et, si l'on revient sur les conditions entourant la légitime défense au sens de l'article 51 de la Charte, on devrait en déduire les considérations suivantes. Indépendamment de l'existence ou non d'une agression armée initiale, la légitime défense doit obéir à une stricte condition de nécessité et, en l'espèce, la Cour estime que cette condition n'est pas remplie. En pointant que « les politiques et pratiques israéliennes équivalaient à l'annexion de vastes parties du Territoire palestinien occupé » (54), la Cour indique qu'on se situe au-delà d'une action défensive. Tout argument fondé sur l'article 51 de la Charte doit donc en tout état de cause être exclu.

Comment, plus précisément, qualifier dans ce cas l'occupation continue du « Territoire palestinien occupé », considéré par la Cour comme un tout incluant la bande de Gaza (55) ? Au-delà du prononcé, qui vise explicitement l'article 2, § 4, de la Charte, peut-on considérer que cette occupation doit également être qualifiée d'« agression » ? La Cour ne l'affirme pas explicitement, mais on serait tenté de répondre par l'affirmative. En application de l'article 3 de la définition de l'agression, considérée par la Cour comme reflétant le droit coutumier (56), doit être qualifiée comme telle « toute occupation militaire, même temporaire, résultant d'une telle invasion ou d'une telle attaque [des forces armées d'un État contre les forces d'un autre État], ou toute annexion par l'emploi de la force du territoire ou d'une partie du territoire d'un autre État » (57). La Cour ayant considéré, on vient de le voir, que les politiques et pratiques israéliennes équivalaient à une annexion, on se trouve manifestement dans le champ

(52) J. QUIGLEY, *The Six-Day War and Israeli Self-Defense. Questioning the Legal Basis for Preventive War*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013 et « The Six Days War – 1967 », in T. RUYSS, O. CORTEN et A. HOFER (éd.), *The Use of Force in International Law. A Case-Based Approach*, op. cit., pp. 131-142.

(53) Conseil de sécurité, Résolution 242 (1967), 22 novembre 1967 ; pour l'Assemblée générale, la résolution la plus précise est celle adoptée sur la base de l'avis rendu le 19 juillet 2024 par la Cour internationale de Justice ; A/ES-10/L.31/Rev.1, 13 septembre 2024, §§ 2 et 3.

(54) CIJ, Affaire des *Conséquences juridiques découlant des politiques et pratiques d'Israël dans le Territoire palestinien occupé, y compris Jérusalem-Est*, avis consultatif du 19 juillet 2024, *Recueil*, 2024, § 179.

(55) *Ibid.*, §§ 78 et 88-94.

(56) CIJ, Affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, arrêt du 27 juin 1986, *Recueil*, 1986, p. 103, § 195 ; Affaire des *Activités armées sur le territoire du Congo*, arrêt du 19 décembre 2005, *Recueil*, 2005, pp. 222-223, § 146.

(57) Article 3, a), de la définition de l'agression.

d'application de cette disposition. À moins de prétendre que, la Palestine n'étant pas un État, cette disposition ne serait pas applicable, un argument qui poserait à son tour problème à un double titre. D'abord en raison de son rejet de la qualité d'État de la Palestine, ce qui, on l'a vu, est loin d'aller de soi. Ensuite parce que, même si l'on se place dans cette perspective, on a vu que la Cour avait en tout état de cause considéré que la règle énoncée à l'article 2, § 4, de la Charte – qui se réfère bien elle aussi aux relations entre États – devait en tout cas s'appliquer au Territoire palestinien en application du droit à l'auto-détermination. Mais alors, on imagine mal que cette application ne s'applique pas aussi à la définition de l'agression qui reprend mot pour mot les termes de l'article 2, § 4, pour ensuite les préciser.

On le voit, l'interprétation des avis rendus par la Cour, en 2004 puis en 2024, est ouverte. En même temps, on ne peut à l'évidence y voir une consécration de l'argument israélien de la légitime défense, quel qu'en soit le sens ou la portée. Dans son dernier avis, la Cour précise cependant qu'elle n'évaluera pas « le comportement adopté par Israël dans la bande de Gaza en réaction à l'attaque menée contre lui par le Hamas et d'autres groupes armés le 7 octobre 2023 » (58). On doit donc considérer, toujours si l'on suit la jurisprudence de la Cour, que le constat qu'elle pose n'est valable qu'à cette date. À la veille des attaques meurtrières du Hamas, Israël occupait illégalement les territoires palestiniens, sans pouvoir se prévaloir utilement d'un argument de légitime défense ou d'une quelconque justification d'un recours à la force.

Pour cette seule raison, il paraît par principe délicat pour Israël, État occupant et donc agresseur, de se prévaloir d'une légitime défense pour riposter à des attaques provenant des territoires occupés (59). Mais, au vu de leur gravité, les événements du 7 octobre 2023 ne peuvent-ils pas modifier la qualification juridique de la situation ? C'est cette question que l'on traitera dans les lignes qui suivent, en faisant provisoirement abstraction du statut de puissance occupante d'Israël.

II. — LES ATTAQUES DU 7 OCTOBRE 2023 : UNE « AGRESSION ARMÉE » AU SENS DE L'ARTICLE 51 DE LA CHARTE ?

Dans son rapport publié le 14 juin 2024, qui s'appuie sur de nombreuses sources dignes de foi, la Commission internationale indépendante chargée d'enquêter dans le Territoire palestinien occupé, y compris Jérusalem-Est, et en Israël, relate les événements de la manière suivante : « [L]e 7 octobre, plus de 1.000 membres de la branche militaire du Hamas et d'autres groupes armés palestiniens, accompagnés de civils palestiniens, ont lancé une attaque

(58) CIJ, *Affaire des Conséquences juridiques découlant des politiques et pratiques d'Israël dans le Territoire palestinien occupé, y compris Jérusalem-Est*, avis consultatif du 19 juillet 2024, *Recueil*, 2024, § 81.

(59) R. WILDE, « Israel's War in Gaza is not an act of Self-Defence in International Law », *op. cit.*

coordonnée contre des cibles civiles et des bases militaires israéliennes dans le sud d'Israël, près de la frontière avec la bande de Gaza. Les assaillants sont entrés en Israël par voies terrestre, maritime et aérienne en profitant d'une attaque sans précédent à la roquette et au mortier visant le sud et le centre d'Israël » (60). Renvoyant aux chiffres fournis par les autorités israéliennes, la Commission constate que « plus de 1.200 personnes ont été tuées directement par des membres de divers groupes armés palestiniens et autres, ainsi que par des tirs de roquette et de mortier lancés depuis la bande de Gaza. Parmi les personnes tuées, on comptait au moins 809 civils, dont au moins 280 femmes et 68 ressortissants étrangers, et 314 militaires israéliens » (61). À ces chiffres, il faut ajouter ceux de près de 15.000 blessé-es et de plus de 250 personnes prises en otage.

Au-delà de la question de la qualification de ces actes au sens du droit pénal international, et indépendamment du contexte de l'occupation israélienne, comment les appréhender, sur le principe, au regard de la prohibition du recours à la force ? On pourrait être tenté d'y voir une répétition de ces « actes de violence indiscriminés, nombreux et meurtriers, visant la population civile », déjà évoqués par la Cour dans son avis du 9 juillet 2004 (62). Après tout, le nombre de victimes liées aux événements que la Cour appréhendait alors était assez comparable à celui que l'on vient de mentionner dans le rapport de la Commission indépendante. Dans cette perspective, on resterait dans une situation dans laquelle l'article 51 de la Charte serait « sans pertinence » pour les raisons déjà évoquées, et l'analyse pourrait s'arrêter là. Une telle position se justifierait cependant difficilement au regard de l'intensité sans précédent de l'attaque du 7 octobre 2023, qui permet indéniablement de considérer que l'on est devant une gravité telle qu'elle équivaut, *ratione materiae*, à un recours à la force et même à un acte d'agression.

Mais on revient alors une fois encore au débat lié au caractère, *ratione personae*, interétatique du *jus contra bellum*, si du moins l'on admet que le Hamas et les forces qui s'y sont associées ne peuvent, au moins à première vue, pas être considérées comme des organes d'un État (63). L'alternative serait alors la suivante. Soit on estime que la jurisprudence de la Cour limitant la légitime défense aux relations entre États doit être dépassée, et on estime que l'attaque du 7 octobre a bel et bien déclenché une situation de légitime défense pour Israël. Soit on s'en tient à cette jurisprudence, considérant que celle-ci reflète le droit coutumier, et l'on conclut en sens inverse, puisqu'on se placerait ici en dehors du cadre des relations interétatiques.

(60) Rapport de la Commission internationale indépendante chargée d'enquêter dans le Territoire palestinien occupé, y compris Jérusalem-Est, et en Israël, A/HRC/56/26, 14 juin 2024, p. 3, § 8.

(61) *Ibid.*, § 9.

(62) CIJ, Affaire des *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le Territoire palestinien occupé*, avis consultatif du 9 juillet 2004, *Recueil*, 2004, p. 145, § 191.

(63) Comp. la contribution de Slim Laghmani dans le présent numéro, « Le statut juridique du Hamas ».

Mais, à l'analyse, le débat ne peut se réduire à une telle alternative. Une autre hypothèse, qui sera explorée ici, est que la Palestine peut être considérée comme un État et que l'attaque du 7 octobre 2023 est d'une gravité telle qu'elle équivaut à un acte d'agression. Le régime du *jus contra bellum* (soit l'interdiction du recours à la force, ainsi que le droit de légitime défense qui y est associé) est donc applicable et pertinent en 2024, quand bien même il ne l'était pas en 2004. La question qui se pose alors est de déterminer si l'attaque peut, d'une manière ou d'une autre, mener à établir la responsabilité de la Palestine en tant qu'État agresseur. Ce n'est qu'à cette condition, en effet, que le bombardement intensif puis l'invasion de Gaza, qui ont débuté dans les heures qui ont suivi l'attaque, peuvent être justifiés. Car Israël n'a pas seulement visé le Hamas ou des groupes non étatiques (ce qui peut d'ailleurs être fait sans violer la prohibition du recours à la force, à défaut pour ces groupes de disposer d'une souveraineté ou d'une intégrité territoriale) ; c'est aussi le territoire, la population et les biens palestiniens qui ont été respectivement envahis, tués et détruits. C'est donc (aussi) l'État palestinien qui est l'objet du recours à la force, et la légitime défense doit donc pouvoir, en toute logique, (aussi) être justifiée à son égard. Si l'on admet de se placer dans cette perspective, trois pistes de réflexion méritent alors d'être ébauchées : celle de l'agression au sens de l'article 3, g), de la définition acceptée par les Nations Unies (A) ; celle de l'attribution de l'attaque du 7 octobre au regard des principes de la responsabilité internationale (B) ; et celle d'un défaut de vigilance de l'État palestinien (C).

A. — *Un acte d'agression au sens de l'article 3, g),
de la définition des Nations Unies ?*

Pour rappel, l'article 3, g), de la définition de l'agression annexée à la résolution 3314 (XXIX) de l'Assemblée générale des Nations Unies se lit comme suit :

« L'un quelconque des actes ci-après, qu'il y ait eu ou non déclaration de guerre, réunit [...] les conditions d'un acte d'agression : [...]

g) L'envoi par un État 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 État 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. » (64)

Il est généralement admis que les conditions nécessaires pour entrer dans le champ d'application de l'article 3, g), sont très strictes (65). Une fois démontré que les actes en cause sont « d'une gravité telle qu'ils équivalent » à un

(64) Définition annexée à la résolution 3314 (XXIX) de l'Assemblée générale des Nations Unies adoptée le 14 décembre 1974 et reproduite à l'article 8bis du Statut de la Cour pénale internationale depuis 2010.

(65) O. CORTEN, *Le droit contre la guerre*, 3^e éd., op. cit., pp. 698-746.

recours classique à la force (ce qui, on l'a vu, est indéniablement le cas de l'attaque du 7 octobre 2023), on doit établir que les « groupes armés » ou les « forces irrégulières » (ici le Hamas et les groupes qui s'y sont associés) ont été « envo[yé·es] » par un État (ici la Palestine). À défaut, on peut encore montrer que le même État s'est « engag[é] d'une manière substantielle dans une telle action » (ici l'attaque du 7 octobre).

Quelle que soit les sources d'information disponibles à l'heure où ces lignes sont écrites, elles ne permettent ni d'établir ni même de suggérer que l'on s'est trouvé dans l'une de ces situations. Personne n'a prétendu, et encore moins démontré, que l'Autorité palestinienne avait envoyé les assaillants ou s'était engagée d'une quelconque manière dans l'assaut. À l'évidence, on ne pourrait sérieusement prétendre qu'Israël a été victime d'une agression en application de cette disposition.

C'est sans doute ce qui explique que la doctrine qui soutient une interprétation élargie de la légitime défense préfère écarter, voire le plus souvent ignorer cette disposition, une attitude qui est triplement problématique. D'abord parce que l'article 3, *g*), a été accepté par tous les États à la suite de longs débats opposant la thèse d'une extension de la légitime défense à tous les actes perpétrés par des groupes armés non étatiques, d'une part, à celle d'un refus de prendre en compte une quelconque forme de privatisation de la force, de l'autre (66). Cette disposition représente donc le seul compromis sur lequel un accord de la « communauté internationale des États dans son ensemble » a pu se réaliser, un compromis qui s'est du reste traduit par la reproduction mot pour mot de cet article dans le Statut de la Cour pénale internationale lorsque ce dernier a repris l'incrimination d'agression, en 2010, à Kampala. Ensuite parce que la jurisprudence est constante : l'article 3, *g*), a été considéré comme reflétant le droit coutumier par la Cour internationale de Justice dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, dès 1986, mais aussi dans celle des *Activités armées sur le territoire du Congo*, en 2005 (67). 2005, soit après que le 11 septembre eut généré un nouveau débat sur la nécessité ou l'opportunité d'assouplir les conditions de déclenchement de la légitime défense contre des groupes privés, ce que la grande majorité des États membres des Nations Unies, pas plus donc que son organe judiciaire principal, n'ont accepté (68). Enfin, et en troisième lieu, la pratique qui s'est développée en Afghanistan (2001), au Liban (2006), en Irak (2014) puis en Syrie (2015), pour ne reprendre que quelques exemples, ne permet pas de conclure à une nouvelle interprétation de la notion d'agression qui aurait été acceptée généralement (69). Une partie de la doctrine fait grand cas de cette pratique, soit en omettant de prendre en compte les débats aigus auxquels elle a donné lieu, soit en privilégiant au sein de ceux-ci la position de

(66) *Ibid.*, pp. 702-707.

(67) *Ibid.*, pp. 715-791.

(68) *Ibid.*, pp. 271 et s.

(69) *Ibid.*, pp. 726-746.

quelques États (essentiellement occidentaux) qui, en effet, tendent à assouplir le régime existant (70). Si, en revanche, on prend au sérieux les exigences déduites du caractère impératif de la règle, qui renvoient à un accord de « la communauté internationale des États *dans son ensemble* » (71), on ne pourra écarter les réticences manifestées de manière claire et répétée par une majorité des États parties à la Charte des Nations Unies (72). Le Mouvement des non-alignés, en particulier, a multiplié les déclarations hostiles à toute « nouvelle écriture ou interprétation de l'article 51 de la Charte, conformément à la jurisprudence de la Cour internationale de Justice » (73). Mais, là encore, ces déclarations sont le plus souvent ignorées...

En somme, si l'on ne peut exclure dans son principe tout assouplissement de la rigueur d'un texte de droit impératif, que ce soit en *jus contra bellum* ou dans autre domaine du droit international, un tel assouplissement ne peut s'opérer que sur la base d'éléments précis et concordants, et non de la référence générale à une pratique privilégiant la position d'un nombre limité d'États (74). Dans ce contexte, les textes reconnus comme exprimant le droit coutumier ne peuvent être contournés, spécialement lorsqu'ils visent directement la situation que l'on cherche à appréhender, ce qui est le cas de l'article 3, g), par rapport à l'attaque du 7 octobre 2023. Dans la même logique, on ne peut non plus négliger les principes coutumiers d'attribution en droit de la responsabilité internationale.

B. — Une attaque attribuable à la Palestine au regard des principes de la responsabilité internationale ?

On sait que l'attribution d'un acte illicite à un État est reconnue dans une série d'hypothèses qui dépassent celle de la perpétration de cet acte par un organe officiel. Dans le cas de l'attaque menée par des groupes privés le 7 octobre 2023, cependant, on doit d'emblée exclure un certain nombre d'entre elles. D'abord, il ne saurait être question d'assimiler le Hamas (ou un

(70) Voy. par exemple C. TAMS, « Self-Defence against Non-State Actors : Making Sense of the “Armed Attack” Requirement », in A. PETERS et Ch. MARXSEN (éd.), *Self-Defence against Non-State Actors*, Cambridge, Cambridge University Press, Max Planck Trialogues on the Law of Peace and War, 2019, pp. 90-173.

(71) Nous soulignons ; les termes sont repris dans les articles 53 et 64 de la Convention, qui visent l'établissement d'une règle de droit impératif.

(72) Voy. par exemple l'article de D. TLADI dans le même ouvrage, « The Use of Force in Self-Defence against Non-State Actors, Decline of Collective Security and the Rise of Unilateralism : Whither International Law », *ibid.*, pp. 14-89.

(73) Voy. par exemple *Comments of the Non-Aligned Movement on the Observations and Recommendations contained in the Report of the High-Level Panel on Threats, Challenges and Change* (A/59/565 and A/59/565CORR.1), New York, 28 February 2005, §§ 23-24 ; 17th Summit of Heads of State and Government of the Non-Aligned Movement, Venezuela, 16-18 September 2016, § 25.2 ; NAM, 18th Mid-Term Ministerial Meeting of the Non-Aligned Movement, Baku, 3-6 April 2018, § 27.2.

(74) M. E. O'CONNELL, « Self-Defence, Pernicious Doctrines, Peremptory Norms », in A. PETERS et Ch. MARXSEN (éd.), *Self-Defence against Non-State Actors*, *op. cit.*, pp. 174-257.

autre groupe impliqué) à un « organe de fait » qui, en dépit de son absence de qualité officielle, serait sous la « totale dépendance » de l'État palestinien (75). Au vu de la jurisprudence particulièrement exigeante de la Cour internationale de Justice, un tel seuil, déjà absent pour caractériser les relations étroites entre les États-Unis et les *contras* nicaraguayens dans les années 1980 ou celles entre la Yougoslavie et les Serbes de Bosnie dans les années 1990, n'est certainement pas atteint ici (76). Ensuite, on ne saurait davantage prétendre que les actes des groupes irréguliers palestiniens auraient été accomplis sous le « contrôle effectif » (si l'on s'en tient au critère de la Commission du droit international reflétant la jurisprudence de la Cour) ni même sous le « contrôle global » (si l'on privilégie l'assouplissement suggéré par le Tribunal pénal sur l'ex-Yougoslavie) de l'État palestinien lui-même (77). Bref, les mécanismes permettant d'attribuer informellement des actes posés par des personnes privées à un État paraissent entièrement inefficaces ici.

C'est aussi en vain que l'on prétendrait alors se tourner vers un autre schéma d'attribution, codifié à l'article 9 des Articles de la Commission du droit international sur la responsabilité de l'État. Intitulée « Comportement en cas d'absence ou de carence des autorités officielles », cette disposition prévoit :

« Le comportement d'une personne ou d'un groupe de personnes est considéré comme un fait de l'État d'après le droit international si cette personne ou ce groupe de personnes *exerce en fait des prérogatives de puissance publique en cas d'absence ou de carence des autorités officielles* et dans des circonstances qui requièrent l'exercice de ces prérogatives. » (78)

On le sait, l'Autorité palestinienne est empêchée, depuis 2007 au moins, d'exercer ses prérogatives dans la bande de Gaza, qui est depuis cette date sous l'autorité *de facto* du Hamas (79). Ce dernier assure les services publics, gère l'économie et assure la sécurité sur cette partie du Territoire palestinien. Peut-on dès lors considérer que les actes accomplis pourraient être attribués à la Palestine ? Dans les commentaires qui accompagnent l'énoncé de l'article 9, la Commission du droit international énonce un certain nombre de conditions, dont la suivante : « il faut que les circonstances aient justifié

(75) Voy. O. CORTEN, *Le droit contre la guerre*, 3^e éd., *op. cit.*, pp. 707-712.

(76) CIJ, Affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, arrêt du 27 juin 1986, *Recueil*, 1986, p. 62, § 109 ; CIJ, Affaire relative à l'*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*, arrêt du 26 février 2007, *Recueil*, 2007, p. 205, § 392.

(77) Rapport de la Commission du droit international (CDI), *A.C.D.I.*, août 2001, 53^e session, Commentaire de l'article 8, § 5 ; CIJ, Affaire relative à l'*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*, arrêt du 26 février 2007, *Recueil*, 2007, pp. 208 et s., §§ 400 et s. ; TPIY, ch. app., 15 juillet 1999, aff. IT-94-1-A, §§ 83 et s.

(78) Nous soulignons.

(79) J.-P. FILIU, *Histoire de Gaza*, Nouvelle édition, Paris, Fayard, 2024.

l'exercice de ces prérogatives de puissance publique » (80). Elle ajoute plus loin, insistant sur le caractère exceptionnel de cette hypothèse : « il faut que les circonstances de l'exercice de prérogatives de puissance publique par des personnes privées aient justifié la tentative d'exercer des fonctions de police ou autres en l'absence de tout corps constitué » (81). Dans cette perspective, peut-être pourrait-on attribuer à la Palestine certains actes d'administration publique rendus indispensables à la (sur)vie de la population locale. Le déclenchement d'une attaque militaire en dehors du territoire administré, se traduisant par ailleurs par des meurtres de personnes civiles, des violences sexuelles et des prises d'otages, ne peut à l'évidence connaître le même sort.

Ainsi, pas plus que la *lex specialis* que constitue l'article 3, g), de la définition de l'agression, la *lex generalis* incarnée par les principes de responsabilité internationale ne permet-elle de considérer qu'Israël aurait été la victime d'une attaque armée attribuable à la Palestine. Mais cette dernière ne pourrait-elle pas être tenue responsable d'une autre manière encore ? Et, dans l'affirmative, quelles en seraient les conséquences pour l'invocation de la légitime défense par Israël ?

C. — *Un défaut de vigilance de la part de l'État palestinien assimilable à une agression armée ?*

Le 28 mars 2023, le Comité chargé d'assurer l'application de la Convention relative aux droits des personnes handicapées a considéré que l'État de Palestine avait violé cet instrument. En l'espèce, deux personnes porteuses de handicap, de nationalité israélienne, avaient été enlevées par les forces du Hamas, puis avaient été portées disparues. Le Comité se garde bien d'attribuer ces faits à l'État palestinien mais, s'appuyant sur la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, il rappelle que tout État a l'obligation de prendre des mesures (dites « obligations positives ») pour s'assurer que les droits soient garantis sur le territoire relevant de sa juridiction, même dans l'hypothèse où l'exercice de cette dernière serait entravé par une force tierce qui a acquis le contrôle sur une partie de ce territoire (82). En l'espèce, le Comité avait adopté deux ordonnances en mesures provisoires enjoignant à la Palestine de prendre des mesures visant à enquêter sur le sort des deux personnes concernées. Dans son rapport, il relève qu'il n'a jamais été informé des mesures qui auraient été prises, et en conclut à une violation des

(80) CDI, *Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs*, A.C.D.I., 2001, vol. II (2), p. 116, § 3.

(81) *Ibid.*, p. 117, § 6.

(82) Comité des droits des personnes handicapées, Constatations adoptées par le Comité au titre de l'article 5 du Protocole facultatif, concernant les communications n^{os} 67/2019 et 68/2019, CRPD/C/28/D/67/2019, 22 mai 2023, p. 14, § 8.4., citant Cour EDH, arrêt du 8 juillet 2004, *Ilaşcu e.a. c. Moldova et Russie*.

instruments pertinents (83). Dans les recommandations qui concluent son rapport, il rappelle que :

« [...] l'État partie est tenu de prendre des mesures pour empêcher que des violations analogues ne se reproduisent. À cet égard, le Comité demande à l'État partie de veiller, en particulier, à ce que les allégations de disparition fassent rapidement l'objet d'une enquête afin d'établir le sort des victimes présumées et le lieu où elles se trouvent, et de faire en sorte qu'elles soient libérées. » (84)

Un tel précédent semble pertinent pour appréhender la situation des otages israéliens qui ont été enlevés et qui sont, si elles ou ils ont survécu, toujours détenu-es par le Hamas. La Palestine a l'obligation de prendre les mesures en son pouvoir pour mettre fin à cette situation, et ce, en application d'un principe coutumier requérant l'adoption de mesures positives visant à faire respecter les droits humains sur le territoire relevant de sa juridiction.

Pourrait-on en déduire, plus généralement, une obligation de prendre des mesures pour empêcher le Hamas, ou d'autres forces irrégulières, d'utiliser le territoire de Gaza pour mener en Israël des opérations gravement attentatoires aux droits humains, comme cela a été le cas le 7 octobre 2023 ? On pourrait certainement s'engager dans cette voie mais, si l'on entre dans le domaine du *jus contra bellum*, encore faudrait-il en déduire que la violation de cette obligation soit *en même temps* assimilable non seulement à un recours à la force au sens de l'article 2, § 4, de la Charte, mais aussi à une agression armée au sens de son article 51. C'est en ce sens que sont apparues certaines doctrines, fustigeant un État défaillant, manquant de volonté ou de capacité (« unwilling or unable ») de mettre fin à des activités terroristes qui se déroulent à partir de son territoire (85). Cette doctrine peut s'appuyer sur la reconnaissance, dans plusieurs résolutions de l'Assemblée générale reflétant le droit coutumier, d'une obligation générale « de s'abstenir d'organiser ou d'encourager des actes de guerre civile ou des actes de terrorisme sur le territoire d'un autre État, d'y aider ou d'y participer, ou de tolérer sur son territoire des activités organisées en vue de perpétrer de tels actes » (86). Pour revenir aux événements de Gaza, et même si la tâche s'avère délicate au vu de la rupture des communications avec la Cisjordanie mise en place et maintenue par les autorités israéliennes, on pourrait peut-être considérer que la Palestine est responsable pour n'avoir pas suffisamment agi afin de prévenir ou de réprimer les activités armées du Hamas qui se déroulent depuis longtemps à partir de ce qui constitue juridiquement son territoire. Dans cette perspective, Israël aurait été en droit de riposter sur le Territoire palestinien en application de son droit naturel de légitime défense.

(83) *Ibid.*, p. 16, § 8.9.

(84) *Ibid.*, p. 17, § 9, b).

(85) L. V. JORDAN, « Unwilling or Unable », *International Law Studies*, 2024, vol. 103, pp. 152-193.

(86) Nous soulignons ; AGNU, Résolution 2625 (XXV), 24 octobre 1970 ; voy. aussi AGNU, Résolution 42/22, 18 novembre 1987, § I.6.

Une telle thèse pose toutefois question à deux égards, comme on le montrera brièvement ici.

D'abord, les textes et la jurisprudence pertinentes distinguent clairement deux seuils dans l'échelle de gravité de l'usage de la violence : l'emploi « simple » de la force, d'une part, et l'emploi aggravé constitutif d'« agression armée », d'autre part. Ce critère de gravité apparaît dans la définition de l'agression et a été affirmé de manière très claire par la Cour internationale de Justice :

« [...] si la notion d'agression armée englobe l'envoi de bandes armées par un État sur le territoire d'un autre État, la *fourniture d'armes et le soutien apporté à ces bandes ne sauraient être assimilés à l'agression armée*. Néanmoins, de telles activités peuvent fort bien constituer un manquement au principe du non-emploi de la force ainsi qu'une intervention dans les affaires intérieures d'un État, c'est-à-dire un comportement certes illicite, mais d'une gravité moindre que l'agression armée. » (87)

Ainsi, à supposer que l'on démontre que l'État palestinien porte une certaine responsabilité pour n'avoir pas empêché le Hamas d'agir (voire pour l'avoir soutenu), on pourrait en déduire un manquement au principe du non-emploi de la force, mais pas une « agression armée », laquelle implique de s'en remettre au critère de l'« envoi » qui, on l'a vu, est repris spécifiquement dans l'article 3, g), de la définition de l'agression.

Ensuite, et en tout état de cause, il faut rappeler que les éléments qui viennent d'être exposés l'ont été sans prendre en compte la situation d'occupation continue des territoires qui a été reconnue par la Cour internationale de Justice dans son avis du 19 juillet 2024 (88). Mais, si l'on replace le débat en intégrant les enseignements de ce dernier, on ne peut que conclure que c'est Israël qui était en violation de l'interdiction de l'emploi de la force et qui, en tant qu'État occupant et responsable d'une annexion *de jure* ou *de facto* de territoires palestiniens, était aussi responsable d'une agression armée contre cet État. Dans ce contexte, quand bien même on en arriverait à conclure que la Palestine a (indirectement) utilisé la force le 7 octobre 2023, cet usage pourrait *a priori* s'entendre comme un acte de légitime défense. Certes, la manière dont cette riposte a été menée a manifestement occasionné de graves violations du *jus in bello* et des droits humains. Mais, dans son principe, le recours aux armes pour mettre fin à une occupation et donc à une agression armée ne pourrait lui-même être exclu.

Au vu de tous ces éléments, il est décidément bien difficile d'affirmer que l'attaque du 7 octobre aurait pu déclencher un droit de légitime défense dans le chef d'Israël, à tout le moins si l'on s'en tient aux textes pertinents et à la jurisprudence de la Cour internationale de Justice. Cela ne signifie

(87) CIJ, *Affaire des Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, arrêt du 27 juin 1986, *Recueil*, 1986, pp. 126-127, § 247.

(88) *Supra*, point I de la présente étude.

évidemment pas qu'une autre position soit impossible à tenir et, de fait, on a relevé d'emblée qu'elle était tenue par une partie de la doctrine. Celle-ci renvoie à la fois à une interprétation axée sur le droit coutumier (qui aurait évolué à la suite d'une pratique, spécialement depuis les années 2000) et sur des considérations liées au caractère « naturel » du droit de légitime défense (qui justifierait de s'émanciper du formalisme des textes ou de la rigidité des précédents jurisprudentiels). On pourrait aussi, pour revenir à la situation à Gaza, épouser le récit historique et juridique israélien : celui d'un État qui a subi de multiples agressions et qui lutte pour sa survie, le 7 octobre n'ayant représenté qu'un épisode de plus de cette menace existentielle. Pour revenir aux événements de ce jour particulier, on pourrait aussi écarter d'emblée toute idée de résistance ou de légitime défense en raison d'un objectif (celui de la destruction d'Israël, voire de l'extermination de sa population) qui irait bien au-delà. Dans cette perspective, cependant, il resterait à soumettre la riposte israélienne qui a suivi au même test, en s'interrogeant non plus sur l'existence ou la qualification d'agression, mais sur la nécessité et la proportionnalité de l'hypothétique « défense ».

III. — LES OPÉRATIONS ISRAËLIENNES À GAZA APRÈS LE 7 OCTOBRE : UNE LÉGITIME DÉFENSE NÉCESSAIRE ET PROPORTIONNÉE ?

Il est généralement admis que, pour être conforme à la Charte, une mesure de légitime défense doit non seulement résulter d'une agression armée mais aussi se révéler « nécessaire » et « proportionnée » à son objectif de riposte (89). Mais comment interpréter cette condition ? Dans l'affaire des *Plates-formes pétrolières*, la Cour internationale de Justice a souligné de manière générale que « l'exigence que pose le droit international, selon laquelle des mesures prises au nom de la légitime défense doivent avoir été nécessaires à cette fin, est rigoureuse et objective, et ne laisse aucune place à "une certaine liberté d'appréciation" » (90). La formule peut paraître excessive, dans la mesure où c'est *a priori* à l'État victime d'une agression qu'il revient d'apprécier si une riposte armée est nécessaire et, si tel est le cas, quelles seront les modalités de la riposte. Elle montre en tout cas que, pour autant, cette compétence discrétionnaire est loin d'être absolue. Dans chaque cas particulier, c'est à l'État qui se prévaut de la légitime défense qu'il reviendra de démontrer que les conditions de nécessité et de proportionnalité sont remplies.

En l'espèce, Israël doit donc prouver que l'ensemble de son opération intitulée « Épées de fer » est restée dans les limites de cette « exigence rigoureuse » énoncée par la Cour. C'est en ce sens que les plus hautes autorités de ce pays ont constamment affirmé que la guerre qu'ils menaient était strictement

(89) O. CORTEN, *Le droit contre la guerre*, 3^e éd., *op. cit.*, pp. 747-776.

(90) CIJ, Affaire des *Plates-formes pétrolières*, *Recueil*, 2003, p. 196, § 73.

défensive, s'assimilait à une « question de survie » et restait confinée aux nécessités militaires mises en œuvre sur le terrain par « l'armée la plus morale du monde » (91).

Le problème, si l'on compare cette problématique avec celle de la définition de l'agression armée, est que l'on ne dispose ici pas de définition des critères de nécessité ou de proportionnalité qui aurait été acceptée par les États, ni par ailleurs d'une jurisprudence très claire lorsqu'il s'agit de les appliquer à des cas particuliers. De l'ensemble des débats pertinents, on peut toutefois engager une réflexion dans trois directions, sachant que leur prise en compte doit être opérée de manière complémentaire, et non pas isolée (92). Dans un but de simplification de cette question complexe, on distinguera ainsi la question du but de la riposte (A), du caractère inévitable des mesures prises à cette fin (B) et des effets qui doivent rester proportionnés au vu des circonstances de l'espèce (C).

A. — « *Épées de fer* » : une opération purement défensive ?

Selon les termes retenus par le rapporteur de la Commission du droit international sur la responsabilité de l'État, Roberto Ago, « le but que le comportement en question [soit l'acte de légitime défense] doit se fixer, sa raison d'être même, est obligatoirement de repousser une agression et d'empêcher sa réussite, et rien d'autre » (93). À notre connaissance, le rapporteur n'a jamais été contredit sur ce point lors des travaux ultérieurs de la Commission. Ici également, il faut sans doute interpréter cette exigence de manière raisonnable. Comme peut l'illustrer l'épisode de la fin de la Seconde Guerre mondiale, une opération militaire de légitime défense s'accompagnera inévitablement d'une pluralité d'objectifs, comme le retour de la stabilité dans la région ou, pourquoi pas, la perspective d'une répression des crimes qui auraient été accomplis pendant le conflit. L'essentiel, toutefois, est de démontrer le caractère essentiellement défensif de l'opération, qui doit manifestement et clairement supplanter d'éventuels autres objectifs.

Si l'on s'entend sur cette grille d'analyse, qu'en est-il de l'opération « *Épées de fer* » ? Deux questions particulières peuvent être soulevées : celles du génocide ou du crime contre l'humanité, d'une part, et celle de l'annexion de fait, de l'autre.

En premier lieu, ne peut-on raisonnablement comprendre cette opération comme une entreprise de répression des crimes qui ont été commis le

(91) S/PV.9451, 24 octobre 2023, p. 12.

(92) Voy. aussi les réflexions menées par Evelyne Lagrange au sein du présent dossier : « Droit à l'autodétermination et droit de légitime défense : l'épreuve de la conciliation des normes au Proche-Orient (2023-2024) ».

(93) R. Ago, « Additif au huitième rapport sur la responsabilité de l'État », *A.C.D.I.*, 1980, vol. II, Première partie, § 119.

7 octobre 2023, relevant davantage de la vengeance que de la stricte défense ? Depuis le 29 décembre 2023 et l'introduction d'une requête par l'Afrique du Sud contre Israël devant la Cour internationale de Justice, cet État est accusé d'avoir commis (ou à tout le moins d'avoir manqué de prévenir ou de réprimer) un génocide contre la population palestinienne de Gaza (94). Ont été citées à l'appui de cette accusation un certain nombre de déclarations des plus hautes autorités israéliennes, dont voici un relevé qui est loin d'être exhaustif (95). Le Premier ministre israélien s'est référé plusieurs fois au récit biblique d'Amalek, dont le passage original contient l'injonction suivante : « tu feras mourir hommes et femmes, enfants et nourrissons, bœufs et menu bétail, chameaux et ânes » ; le Président de l'État israélien a affirmé que « c'est toute une nation qui est responsable. Tous ces beaux discours sur les civils qui ne savaient rien et ne faisaient rien sont faux, absolument faux. [...] et nous nous battons jusqu'à leur briser leur colonne vertébrale » ; le ministre de la Défense a annoncé qu'il imposerait « un siège complet à Gaza. Pas d'électricité, pas de nourriture, pas d'eau, pas de combustible. Tout est fermé. Ceux que nous combattons sont des animaux et nous agissons en conséquence » ; le Vice-président de la Knesset a annoncé publiquement que « [d]ésormais, nous avons tous un même but commun : effacer la bande de Gaza de la surface de la Terre » (96). C'est sur la base de telles déclarations – auxquelles il faut donc en ajouter beaucoup d'autres, à toutes les échelles de la hiérarchie de l'appareil de l'État (97) – ainsi que sur la prise en compte de l'ampleur du nombre des victimes et des destructions constatées sur le terrain, que la qualification de génocide a été retenue par plusieurs rapporteurs ou rapporteuses des Nations Unies (98) ainsi que par des organisations non gouvernementales de protection des droits humains, comme *Amnesty International* ou *Human Rights Watch* (99). Quant à la Cour internationale de

(94) CIJ, *Affaire de l'Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide dans la bande de Gaza (Afrique du Sud c. Israël)*, requête introductive d'instance du 29 décembre 2023.

(95) Voy. aussi la réflexion à ce sujet de R. MAISON, reproduite dans le présent dossier : « Gaza : génocide et droit des peuples ».

(96) Voy. les extraits et les références reprises dans la requête introductive d'instance de l'Afrique du Sud, précitée.

(97) Voy. « Public dossier of openly available evidence on the State of Israel's acts of genocide against the Palestinians in Gaza, as of 4 February 2025 », Lettre datée du 27 février 2025 adressée au Président du Conseil de sécurité par la Représentante permanente de l'Afrique du Sud auprès de l'ONU, S/2025/130, 28 février 2025, 227 p.

(98) Voy. not. Rapport de la Rapporteuse spéciale sur la situation des droits de l'homme dans les territoires palestiniens occupés depuis 1967, Francesca ALBANESE, *Anatomie d'un génocide*, A/HRC/55/73, rapport du 25 mars 2024 ; Comité spécial chargé d'enquêter sur les pratiques israéliennes affectant les droits de l'homme du peuple palestinien et des autres Arabes des territoires occupés, A/79/363, 20 septembre 2024.

(99) AMNESTY INTERNATIONAL, « *You Feel Like You Are Subhuman* ». *Israel's Genocide Against Palestinians in Gaza*, décembre 2024, 296 pp. (voy. spéc. pp. 235 et s.) ; HUMAN RIGHTS WATCH, *Extermination and Acts of Genocide. Israel Deliberately Depriving Palestinians in Gaza of Water*, 19 décembre 2024.

Justice, elle a adopté, entre janvier et mai 2024, trois ordonnances indiquant des mesures conservatoires enjoignant Israël à prendre toutes les mesures pour garantir les droits énoncés dans la convention sur la prévention et la répression du crime de génocide, droits qui risquaient de manière imminente d'être violés (100). À l'heure où ces lignes sont écrites, il est difficile de prévoir quel sera le résultat de cette procédure judiciaire, laquelle a amené plusieurs États à intervenir pour critiquer Israël pour manquement à ses obligations au titre de la convention (101). Pour pouvoir démontrer l'existence d'un génocide, il faudra en tout cas démontrer l'existence d'une intention génocidaire alors que, selon Israël, cette intention serait exclue dans la mesure où son véritable objectif serait non pas de détruire tout ou partie du peuple palestinien mais de garantir sa sécurité au nom de la légitime défense.

L'avenir nous dira si la qualification de génocide sera retenue. Pour ce qui concerne le *jus contra bellum*, deux remarques peuvent être formulées. La première a trait à l'hypothèse d'une pluralité d'objectifs qui sous-tendraient l'opération « Épées de fer ». Si l'on cherche à établir l'existence d'un génocide, cette pluralité n'est pas en tant que telle problématique (102). L'article II de la Convention de 1948 requiert l'existence d'une intention génocidaire, mais elle n'exige pas qu'il s'agisse de la seule intention, ni même de l'intention principale. À l'inverse, on l'a vu, une opération de légitime défense doit être principalement ou essentiellement (voire exclusivement, si l'on s'en tient à la formule de Roberto Ago citée plus haut) motivée par la riposte. On ne pourrait moduler celle-ci en fonction d'autres objectifs comme, en l'occurrence, la perpétration d'un génocide contre les Palestiniens de Gaza. Encore faut-il que ce dernier soit établi, comme on l'a signalé. Mais il faut alors formuler une seconde remarque. Si les déclarations des officiels israéliens dont on a donné un aperçu n'étaient pas considérées comme suffisantes pour établir une intention génocidaire, elles pourraient à tout le moins permettre d'établir la volonté d'engager une attaque générale ou systématique contre la population civile. C'est en tout cas l'opinion actuellement avancée par la Cour pénale internationale qui a délivré des mandats d'arrêt visant deux auteurs de ces discours (103). En somme, au-delà de la question difficile du génocide, il faut se demander si l'opération « Épées de fer » ne témoigne pas d'une volonté de s'attaquer aux habitants de Gaza. Si tel est bien le cas, il ne sera plus possible d'affirmer que la raison d'être de cette opération est de « repousser une agression et d'empêcher sa réussite, et rien d'autre ».

(100) CIJ, ordonnances des 26 janvier, 28 mars et 14 mai 2024, dans l'affaire précitée.

(101) Voy. les déclarations d'intervention du Mexique, de la Palestine, l'Espagne, de la Turquie, du Chili, des Maldives, de la Bolivie, disponibles sur le site Internet de la Cour : www.icj-cij.org/fr/affaire/192.

(102) C. J. TAMS, L. BERSTER et B. SCHIFFBAUER, *The Genocide Convention. Article by Article Commentary*, 2^e éd., München, C.H. Beck, 2024, pp. 168-169 (L. BERSTER).

(103) Cour pénale internationale, mandat d'arrêt annoncé le 21 novembre 2024, consultable sur : www.icc-cpi.int/fr/palestine.

À cet égard, on doit aussi prendre en compte un deuxième objectif, celui d'une annexion rampante ou de fait de tout ou partie de la bande de Gaza. On a vu plus haut que, dans son avis du 19 juillet 2024, la Cour avait estimé que la durée et les modalités de l'occupation israélienne équivalaient à une annexion *de facto* de certains territoires occupés, en tout cas en Cisjordanie (104). C'est en s'appuyant sur ce constat qu'elle a qualifié l'occupation israélienne de contraire à la règle énoncée à l'article 2, § 4, de la Charte, excluant par là même tout argument éventuel fondé sur la légitime défense. Ce raisonnement pourrait-il être transposé au cas de Gaza, sur lequel la Cour ne se prononce pas, en tout cas pour la période postérieure au 7 octobre 2023 ? Dans le courant de l'automne 2024, plusieurs sources, relayées notamment par le quotidien israélien *Haaretz*, ont fait état d'une volonté des autorités israéliennes de rétablir, à terme, sa pleine et entière autorité sur la partie nord de Gaza (105). Si cette volonté était avérée, on sortirait indéniablement du cadre de la légitime défense. Et, quand bien même une volonté d'annexer Gaza ne pourrait être établie, une question subsisterait : lorsque cet État prétend se défendre, la défense vise-t-elle Israël dans son territoire de 1967 (non compris, donc, la Cisjordanie ou Jérusalem-Est) ou Israël en tant que puissance occupante des territoires palestiniens, y compris Gaza ? Là encore, la prise en compte des déclarations des dirigeants et responsables politiques israéliens rend difficile d'opter pour la première branche de l'alternative. L'opération militaire « Épées de fer » semble bien destinée à rétablir le *status quo* qui a été mis en cause le 7 octobre 2023, en revenant à la situation qui prévalait alors. De ce point de vue, l'ensemble de l'opération sera subordonnée à l'objectif ultime de préserver l'occupation par l'État d'Israël de territoires qui ne lui appartiennent pas, et non pas seulement de protéger l'existence de cet État.

Bien sûr, et ici également, ces réflexions nourrissent plus qu'elles ne ferment le débat. Dans l'état actuel de nos connaissances, il peut paraître délicat de trancher définitivement ces questions qui, comme chaque fois que l'on doit se prononcer sur l'intention d'un État, restent délicates. Une autre piste peut être explorée alors, qui fait appel en apparence à un raisonnement plus rationnel, c'est celle du choix des moyens à la disposition d'un État en situation de légitime défense.

(104) Ci-dessus, point I.

(105) « Conflit. Le gouvernement de Nétanyahou est-il en train d'annexer le nord de Gaza ? », *Le Courrier international*, 18 octobre 2024 ; « Analyse. Un an après le 7 octobre, l'annexion de Gaza par Israël est plus une réalité qu'une chimère », *Le Courrier international*, 7 octobre 2024 ; B. REIFF, « Israel's true objective in northern Gaza ? Removing Palestinians and annexing the territory », *The Guardian*, 12 novembre 2024 ; Y. SERHAN, « Does North Gaza Reveal Israel's Endgame », *Time*, 15 novembre 2024.

B. — « *Épées de fer* » : une opération inévitable ?

Dans le rapport précité, présenté et discuté à la Commission du droit international dans ses travaux sur la responsabilité de l'État, Roberto Ago ajoute, après avoir mentionné la condition de l'exclusivité du but :

« [e]n soulignant l'exigence du caractère *nécessaire* de l'action armée en état de légitime défense, on veut insister sur le point que l'État agressé (ou menacé d'agression imminente si l'on admet la légitime défense préventive) ne doit en l'occurrence *pas avoir eu de moyen autre d'arrêter l'agression que le recours à l'emploi de la force armée*. Autrement dit, s'il avait pu atteindre ledit résultat par des mesures n'impliquant pas l'emploi de la force armée, la justification du comportement adopté en contradiction avec l'interdiction générale du recours à la force armée ne pourrait pas jouer [...]. L'état de légitime défense ne vaudra comme raison d'exclusion de l'illicéité du comportement de l'État *que si ce dernier ne pouvait pas atteindre le résultat visé par un comportement différent, n'impliquant aucun emploi de la force armée ou pouvant se réduire à un emploi plus restreint de cette force.* » (106)

Une fois encore, on mesure à quel point la nécessité est une exigence qui restreint drastiquement les possibilités d'action en légitime défense même si, une fois encore, l'on doit interpréter cette condition de manière raisonnable. La question est dès lors de rechercher si une alternative crédible était laissée à l'État prétendant agir en légitime défense, auquel cas cette dernière ne se serait pas révélée « nécessaire ». En somme, la question est de déterminer si la riposte militaire, telle qu'elle a été menée, était inévitable.

À supposer qu'Israël ait été la victime d'une agression armée le 7 octobre 2023 (ce qui, on l'a vu, est loin d'être aisé à démontrer), il est difficile de contester qu'une riposte militaire était alors nécessaire. Selon les autorités israéliennes, c'est ce qui aurait justifié le lancement d'une campagne de bombardement massif, aussitôt assortie d'un blocus complet de cette bande de territoire et bientôt doublée d'une invasion au sol (107). Dans un premier temps, on a pu penser que l'opération durerait quelques semaines, ou peut-être quelques mois, le temps de détruire les infrastructures militaires (y compris les fameux tunnels creusés pour échapper au contrôle du territoire par Israël) et d'éliminer un nombre substantiel de combattants du Hamas. Mais il s'est rapidement avéré que l'opération durerait plus longtemps avec, à l'heure où ces lignes sont écrites, aucune perspective crédible d'un cessez-le-feu durable ni encore moins d'un règlement politique propre à rétablir la stabilité dans cette zone dévastée. Toujours selon les autorités israéliennes, il n'existerait cependant pas d'autre moyen pour éliminer la menace constante que fait peser le Hamas sur la sécurité de leur État. Ni le renforcement du système « Dôme de fer », ni le repositionnement de troupes à la frontière de l'enclave (il faut rappeler à ce sujet que, à la veille du 7 octobre, nombre de soldats normalement affectés

(106) Nous soulignons ; *A.C.D.I.*, 1980, vol. II, 1^{re} partie, p. 67, §§ 120-121 ; voy. aussi *A.C.D.I.*, 1980, I, 1619^e s., 25 juin 1980, p. 176, § 24.

(107) Voy. la position israélienne détaillée plus bas, point IV.

au contrôle de la frontière de Gaza avaient été déplacés en Cisjordanie pour protéger des colons israélien·nes qui se livraient à des actes de violence contre des Palestinien·nes), ni une multiplication des actions militaires ciblées qui n'ont jamais cessé à Gaza, ne concourraient à établir une alternative crédible. Seul un usage massif de la force aurait été concevable.

Cette thèse suscite de sérieuses critiques. Si l'objectif de la défense est d'assurer la sécurité d'Israël à la suite non seulement de l'attaque du 7 octobre mais aussi d'autres actions, antérieures et postérieures à cette date, alors pourquoi ne pas s'engager dans la voie d'un règlement de la question conformément au droit international en suivant les positions exprimées par le Conseil de sécurité, l'Assemblée générale et la Cour internationale de Justice ? Le Hamas (et plus largement ce qu'on pourrait appeler la « cause palestinienne », et les critiques consécutives d'Israël) tire essentiellement sa légitimité du refus d'Israël de respecter le droit international (108). Ce dernier offre à la fois un objectif relativement précis (l'existence et la sécurité des deux États dans des frontières précises, soit la « Ligne verte » qui résulte du cessez-le-feu consécutif à la guerre d'indépendance de 1948-1949) et des outils variés, y compris le déploiement d'une Force des Nations Unies destinée à garantir le respect d'un accord, lequel pourrait résulter d'une conférence internationale invitée à consacrer enfin la dernière étape de la mise en œuvre du plan de partage de la Palestine mandataire. En bref, et le constat serait valable depuis bien longtemps, Israël n'a-t-il pas tendance à privilégier la force sur le droit car, si tel est bien le cas, comment alors se prévaloir du droit à la légitime défense ? On pourrait certes écarter ce discours d'un revers de main en le taxant d'idéaliste, d'utopiste, voire de naïf. Mais si l'on opte pour une posture réaliste, que constate-t-on ? La voie de la riposte militaire à chaque acte, pacifique (comme la première *intifada* ou les marches du retour de 2018, avec ces centaines de morts à la clé) ou meurtrier (comme la vague d'attentats du début des années 2000 ou l'attaque du 7 octobre 2023), s'est-elle révélée efficace ? Poser la question, c'est y répondre... Par contre, personne ne peut actuellement répondre à la question de savoir si la voie d'une sécurité d'Israël par la voie du droit se révélerait efficace ou non. Précisément parce qu'elle n'a pas été tentée, ni même sérieusement envisagée, par Israël.

En engageant la réflexion sur le terrain du caractère inévitable ou non d'une riposte militaire, on mesure combien il est difficile de faire abstraction de la question du but. Car, bien entendu, opter pour la voie du droit supposerait que l'opération « Épées de fer » n'ait pour but que la sécurité de l'État d'Israël lui-même, et non la poursuite de son occupation de territoires palestiniens, à Gaza, en Cisjordanie ou à Jérusalem-Est. De la même manière, c'est à l'aune de cette alternative qu'il faut envisager la question de la proportionnalité.

(108) Consulter le « Document sur les principes généraux et les politiques du mouvement Hamas », soit la Charte de ce mouvement, disponible sur : www.chroniquepalestine.com/charte-mouvement-hamas-version-francaise/.

C. — « *Épées de fer* » : une opération proportionnée ?

On a déjà cité les chiffres, aussi imprécis soient-ils, du nombre de morts après une quinzaine de mois d'opérations militaires : entre 45 et 200.000 (selon qu'on y inclue ou non les victimes indirectes), sur une population de plus de 2 millions d'habitants. Par ailleurs, et selon plusieurs estimations, plus de 90 % des habitations auraient été endommagées ou détruites, ce qu'illustrent des vidéos sur lesquelles défilent pendant de longues minutes des paysages de désolation (109). Les journalistes semblent avoir été spécifiquement visés ou menacés, ce qui n'a pas empêché l'information de se diffuser par le biais des personnes survivantes restées sur le terrain, dont les témoignages sont recoupés et évalués par la presse internationale ou par des agences des Nations Unies (110). On a pu ainsi établir que l'opération « *Épées de fer* » s'était traduite par le bombardement de mosquées, d'écoles et d'universités, d'hôpitaux, d'ambulances, de convois humanitaires et de camps de personnes réfugiées ou déplacées, parfois dans des zones préalablement déclarées « sûres » dans lesquelles avaient tenté de s'abriter des civils. Ces derniers sont également soumis à la faim, voire à la famine, à la suite du blocus annoncé et mis en place au lendemain du 7 octobre et des entraves répétées à l'acheminement de vivres dans l'enclave. Quant aux services de santé, ils sont dévastés et ne peuvent s'exercer que dans des conditions dantesques (surmenage du personnel médical, abandon des conditions les plus élémentaires d'hygiène, amputations ou opérations sans anesthésie...). Au vu de leur ampleur et de leur répétition, à mettre en lien avec les multiples déclarations des autorités israéliennes fustigeant la population de Gaza comme composant dans son ensemble un ennemi à abattre, ces actes ne peuvent être considérés comme isolés ou accidentels. Dans son rapport publié en juin 2024, la Commission indépendante des Nations Unies évoque la doctrine « *Dahiya* » (111), selon laquelle la disproportionnalité de la riposte serait non pas le résultat de débordements sur le terrain mais le fruit d'une stratégie politique et militaire visant à dissuader l'adversaire à toute forme de récidive :

« La stratégie de bombardement adoptée par Israël semble cohérente avec l'application de la doctrine *Dahiya* sur la bande de Gaza. La Commission a enquêté sur plusieurs attaques de grande envergure menées contre des cibles civiles et qui mettent en évidence l'utilisation de cette doctrine, et elle a recueilli des preuves de dizaines d'autres attaques, notamment contre des organisations humanitaires, des convois et des camps de réfugiés. Pour bon nombre de ces attaques, la Commission

(109) « En images : l'ampleur des destructions à Gaza », *Le Monde*, 11 novembre 2024, disponible sur : www.lemonde.fr/videos/video/2024/11/11/en-images-l-ampleur-des-destructions-a-gaza_6388361_1669088.html.

(110) D'après REPORTERS SANS FRONTIÈRES, plus de 130 journalistes (dont 32 dans l'exercice de leur fonction) auraient été tués en une année après le 7 octobre 2023 ; voy. <https://rsf.org/fr/au-rythme-ou-les-journalistes-sont-tues-a-gaza-il-n-y-aura-bientot-plus-personne-pour-vous> ;

(111) V^o Wikipédia, « Doctrine *Dahiya* », disponible sur : https://fr.wikipedia.org/wiki/Doctrine_Dahiya.

n'a pas été en mesure de déterminer quelles étaient les cibles militaires. Même lorsque les attaques auraient pu viser des cibles militaires, il n'a pas été tenu compte des principes de distinction, de proportionnalité et de précaution, ce qui fait qu'elles ont entraîné des milliers de blessés et de morts et détruit des quartiers entiers, notamment à Yarmouk, Jabaliya, Maghazi et Rimal el-Chamali. » (112)

Bien entendu, on a l'impression de se retrouver ici dans le domaine du *jus in bello*, et non du *jus contra bellum*. Mais, lorsqu'on s'engage dans l'évaluation d'un critère de proportionnalité, il devient délicat de distinguer radicalement les deux corps de règle, à tout le moins si l'on parle d'une opération dans son ensemble, et non de telle ou telle action qui se déroulerait sur le terrain. Et l'on perçoit ici encore la prégnance de la condition du but « exclusivement défensif » analysée plus haut. Car, si l'on en arrive à la conclusion que la stratégie d'Israël s'est élargie à une destruction, en tout ou en partie, des biens, des infrastructures et de la population de Gaza, il devient difficile de qualifier l'opération de strictement défensive, surtout si, une fois encore, on articule cette stratégie avec l'objectif du maintien d'un « grand Israël » couvrant le territoire de l'État mais aussi ceux qu'il a annexés (y compris Jérusalem-Est) ou qu'il occupe. De ce point de vue, l'ampleur des effets des opérations témoigne à la fois de la disproportion et de l'existence d'un objectif manifestement plus large que la seule défense de l'État israélien dans ses frontières internationalement reconnues (113).

On le perçoit, un examen attentif de la notion de légitime défense mène à une réflexion assez large articulant une analyse des textes juridiques existants, de la jurisprudence internationale, de la doctrine mais aussi des faits, y compris dans leur dimension historique. C'est ce qui explique la persistance de débats animés, y compris entre des juristes qui ne sont pas personnellement impliqués dans ces événements. En ce sens, on consultera avec profit les quelques (rares, si on les compare avec la guerre en Ukraine) déclarations adoptées par des institutions ou sociétés doctrinales, qui s'abstiennent presque systématiquement de se prononcer sur le *jus contra bellum*, préférant se concentrer sur le *jus in bello* ou sur les droits humains (114). Un tel constat n'est cependant pas totalement transposable aux États. À l'occasion des débats qui ont eu lieu aux Nations Unies, mais aussi en dehors de ce cénacle, ils ont occasionnellement pris position au sujet de l'argument de légitime défense avancé par Israël. Bien sûr, ces prises de position sont sans incidence sur la validité de cet argument, en tout cas lorsqu'on l'applique à la situation actuelle. Par contre, dans l'hypothèse où se dégagerait un consensus de la « communauté internationale des États dans son ensemble », on pourrait envisager une confirmation ou au contraire une évolution de la notion

(112) A/HRC/56/26, p. 10, § 45.

(113) S/PV.9451, 24 octobre 2023, p. 12.

(114) Ces déclarations sont reproduites dans le présent dossier ; pour les déclarations relatives à l'Ukraine, voy. le Dossier spécial de cette *Revue*, 2022, pp. 11 et s.

coutumière de légitime défense qui, on l'a vu, a jusqu'ici été définie assez strictement. À moins, comme on le verra dans la dernière partie de notre réflexion, que le désaccord persistant entre États à ce sujet ne permette pas de tirer de conclusion dans un sens ou dans l'autre.

IV. — VERS UN ASSOULISSEMENT DE LA LÉGITIME DÉFENSE AU SENS DE L'ARTICLE 51 DE LA CHARTE ?

Depuis le 7 octobre 2023, la crise de Gaza a été débattue de multiples fois au sein des Nations Unies, et ce, devant un grand nombre des organes compétents de l'Organisation. Le plus souvent, ces débats ont porté sur les mesures à prendre pour mettre fin au conflit ou, plus spécifiquement, sur des questions liées aux droits humains ou au droit des conflits armés. Spécialement au début de la période analysée, des positions ont cependant été affichées, parfois assorties d'arguments en expliquant la teneur, au sujet de la licéité de l'opération israélienne au regard du *jus contra bellum*. Un examen attentif de ces éléments permet de conclure à l'absence manifeste de consensus entre les États (A), ce qui mène à écarter l'hypothèse d'une évolution, dans un sens ou dans l'autre, de la notion de légitime défense au sens de l'article 51 de la Charte (B).

A. — *L'absence manifeste de consensus entre les États*

Quelques heures après l'attaque menée à l'aube du 7 octobre 2023, Israël a envoyé une lettre au Conseil de sécurité fustigeant une « organisation terroriste islamiste meurtrière qui adhère à l'idéologie jihadiste génocidaire de l'EIIL [parfois désignée comme l'« État islamique »] et a pour seul objectif de détruire l'État d'Israël et son peuple » et agissant « sur ordre du régime des ayatollahs en Iran, qui encourage en amont des activités terroristes en Israël et contre des cibles israéliennes et juives dans le monde entier » (115). L'État d'Israël ajoute aussitôt qu'il « agira par tous les moyens nécessaires pour protéger ses citoyens et défendre sa souveraineté contre les attaques terroristes menées depuis la bande de Gaza par le Hamas et d'autres organisations terroristes » (116). Formellement, aucun argument juridique précis n'est donc avancé, ni l'article 51, ni même la légitime défense, n'étant évoqués. Lorsqu'il sera amené à s'exprimer au sein du Conseil de sécurité lors de la première réunion consacrée à la situation, le représentant de cet État mentionnera très généralement « le droit d'Israël de se défendre » (117). Même si le propos ne se caractérise pas par la rigueur ou la précision juridique, au vu de la position

(115) Lettres identiques datées du 7 octobre 2023, adressées au Secrétaire général et au Président du Conseil de sécurité par le Représentant permanent d'Israël auprès des Nations Unies, S/2023/742, 7 octobre 2023.

(116) *Ibid.*

(117) S/PV.9439, 16 octobre 2023, pp. 11-12.

israélienne exprimée avant les événements, on pourrait considérer que c'est une situation structurelle de légitime défense (existant bien avant les événements du 7 octobre) au sens de l'article 51 de la Charte qui est privilégiée ici (118).

Quelles ont été les réactions des autres États ? Sans surprise, au vu de l'histoire de ce conflit, ils ont été profondément divisés. Aucune résolution du Conseil de sécurité (ou d'un autre organe compétent) n'a reconnu un droit de légitime défense d'Israël. C'est d'ailleurs pour protester contre l'absence de mention de ce droit que les États-Unis ont, le 18 octobre 2023, exercé leur *veto* contre un projet de résolution présenté par le Brésil qui avait obtenu douze voix (119). Le Royaume-Uni s'est abstenu pour la même raison (120). Quelques jours plus tard, les États-Unis ont proposé une résolution réaffirmant de manière générale « le droit naturel de légitime défense, individuelle ou collective, de tous les États » (sans, donc, pour autant affirmer qu'Israël pouvait l'exercer en l'espèce), en guise de compromis (121). La tentative a échoué, le projet ayant été appuyé par dix voix mais ayant suscité les votes négatifs de la Chine et de la Russie (122). Indéniablement, ces épisodes, qui se déroulent quelques jours après le déclenchement de cette nouvelle phase du conflit, confirment l'absence d'accord pour reconnaître qu'Israël pourrait justifier son opération militaire par un droit de légitime défense au sens de l'article 51 de la Charte. Il est vrai que, à l'inverse, aucune résolution ne dénonce l'illicéité de l'opération israélienne au regard de l'interdiction du recours à la force. Les qualifications d'« agression » opérées au sein de l'Assemblée générale n'ont pas abouti à une résolution reprenant ce terme, à l'instar de ce qui avait été fait à la suite de l'invasion de l'Ukraine (123). Ce silence des organes des Nations Unies pourrait presque suffire à conclure à une absence de consensus sur la question. Au-delà de cette absence d'indice dans les textes officiels, on peut cependant opérer une recherche plus ample. Sans prétendre présenter de manière exhaustive la position de tous les membres des Nations Unies, on peut, sur la base d'une analyse fouillée de centaines de pages de procès-verbaux et de déclarations émises dans le cadre de cette crise, distinguer quatre grands types de position.

Un premier groupe d'États a clairement appuyé la position israélienne. Les États-Unis et le Royaume-Uni ont respectivement affirmé d'emblée « le droit naturel d'Israël à la légitime défense que lui confère la Charte des Nations Unies » (124) ou « conformément au droit international » (125). Ils ont été suivis

(118) Israël s'était explicitement prévalu de son droit en application de l'article 51 de la Charte lors de son opération menée à Gaza en décembre 2008 ; S/2008/816, 27 décembre 2008 ; aucune référence à cette disposition n'avait en revanche été opérée lors de la nouvelle opération déclenchée en 2014 ; S/PV.7214, 10 juillet 2014, p. 7.

(119) PV.9442, 18 octobre 2023, p. 5.

(120) PV.9442, 18 octobre 2023, p. 9.

(121) S/2023/792, 25 octobre 2023.

(122) S/PV.9453, 25 octobre 2023, p. 4.

(123) A/ES-10/958, 20 octobre 2023.

(124) S/PV.9439, 16 octobre 2023, p. 3.

(125) *Ibid.*, p. 4 ; S/PV.9453, 25 octobre 2023, p. 9 ; A/ES-10/PV.40, 27 octobre 2023, p. 23.

par des États aussi différents que l'Albanie (126), le Gabon (127), le Kenya (128), l'Équateur (129), l'Argentine (130), la Slovénie (131), la Slovaquie (132), la Hongrie (133), l'Irlande (134), l'Italie (135), le Portugal (136), l'Allemagne (137) ou les Philippines (138). Certains États, de même que l'Union européenne (139), ont évoqué plus généralement le droit d'Israël « de se défendre » (140), ou ont évoqué une « volonté légitime de défense et de sécurité nationale » (141) ou « le droit de se protéger » (142), sans plus de précision. On pourrait certes les ranger dans la même catégorie que celle menée par les États-Unis et le Royaume-Uni, mais le classement n'a rien d'évident. On se rappellera en effet que le « droit de se défendre » n'est, dans son principe, contesté par personne, et avait

(126) S/PV.9439, 16 octobre 2023, p. 8 ; PV.9442, 18 octobre 2023, p. 10.

(127) PV.9442, 18 octobre 2023, pp. 8-9 ; S/PV.9451, 24 octobre 2023, p. 20 ; A/ES-10/PV.40, 27 octobre 2023, pp. 8-9.

(128) A/ES-10/PV.41, 27 octobre 2023, p. 24.

(129) S/PV.9451, 24 octobre 2023, p. 27 ; S/PV.9453, 25 octobre 2023, p. 6.

(130) A/ES-10/PV.41, 27 octobre 2023, p. 21.

(131) A/ES-10/PV.39, 26 octobre 2023, p. 19.

(132) A/ES-10/PV.41, 27 octobre 2023, p. 22.

(133) A/ES-10/PV.39, 26 octobre 2023, p. 20.

(134) A/ES-10/PV.41, 27 octobre 2023, p. 18.

(135) A/ES-10/PV.41, 27 octobre 2023, p. 27.

(136) A/ES-10/PV.41, 27 octobre 2023, p. 27.

(137) Assemblée générale, 26 septembre 2024, https://gadebate.un.org/sites/default/files/gastatements/79/de_en.pdf, p. 6.

(138) A/ES-10/PV.41, 27 octobre 2023, p. 16.

(139) A/ES-10/PV.40, 27 octobre 2023, p. 14 ; Assemblée générale, 26 septembre 2024, https://gadebate.un.org/sites/default/files/gastatements/79/gy_en.pdf, p. 10 ; Statement by the High Representative on behalf of the European Union on the attacks against Israel, 7 octobre 2023, www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2023/10/07/statement-by-the-high-representative-on-behalf-of-the-european-union-on-the-attacks-against-israel/ ; Statement by the High Representative on behalf of the European Union on the attacks against Israel, 8 octobre 2023, https://neighbourhood-enlargement.ec.europa.eu/news/statement-high-representative-behalf-european-union-attacks-against-israel-2023-10-08_en ; Statement by H.E. Mr. Olof Skoog, Ambassador, Head of Delegation, Delegation of the European Union to the United Nations, at the 10th Emergency Special Session on Illegal Israeli actions in Occupied Jerusalem and the rest of the Occupied Palestinian Territory [item 5] (40th General Assembly Plenary meeting), 27 octobre 2023, https://estatements.unmeetings.org/estatements/10.0010/2023102710000000/TUK27mSK3lpm/f72SfBvCeSQJ_en.pdf, 27 octobre 2023.

(140) Malte (S/PV.9439, 16 octobre 2023, p. 5 ; A/ES-10/PV.40, 27 octobre 2023, p. 16) ; France (S/PV.9439, 16 octobre 2023, pp. 8-9 et S/PV.9451, 24 octobre 2023, pp. 18-19 ; Assemblée générale, 25 septembre 2025, https://gadebate.un.org/sites/default/files/gastatements/79/fr_fr_0.pdf, p. 2 ; exposé de M. Colas au nom de la France, CIJ, CR2024/8, 21 février 2024, p. 16, § 5) ; Japon (S/PV.9439, 16 octobre 2023, p. 29) ; Luxembourg (S/PV.9451, 24 octobre 2023 (Reprise 1), p. 8 ; A/ES-10/PV.39, 26 octobre 2023, p. 14) ; Nouvelle-Zélande (A/ES-10/PV.40, 27 octobre 2023, p. 8) ; Liechtenstein (*ibid.*, p. 9) ; Singapour (*ibid.*, p. 13 ; A/ES-10/PV.41, 27 octobre 2023, p. 15) ; Autriche (A/ES-10/PV.40, 27 octobre 2023, p. 19) ; Norvège (A/ES-10/PV.41, 27 octobre 2023, p. 10) ; Pologne (Assemblée générale, 24 septembre 2024, https://gadebate.un.org/sites/default/files/gastatements/79/qa_fr.pdf) ; Belgique (Assemblée générale, 24 septembre 2024, https://gadebate.un.org/sites/default/files/gastatements/79/be_fl.pdf, p. 2).

(141) Suisse (S/PV.9451, 24 octobre 2023, p. 22 ; voy. aussi S/PV.9453, 25 octobre 2023, p. 10 ; A/ES-10/PV.41, 27 octobre 2023, p. 13).

(142) Hongrie (S/PV.9451, 24 octobre 2023 (Reprise 1), p. 6) ; voy. aussi le Portugal ((S/PV.9451, 24 octobre 2023 (Reprise 1), p. 10) et le Guatemala (A/ES-10/PV.39, 26 octobre 2023, p. 16).

implicitement été reconnu par la Cour internationale de Justice à Israël en 2004... tout en considérant que l'article 51 de la Charte était « sans pertinence au cas particulier » (143). Car, finalement, toute la question est de déterminer si le droit – et même le devoir – de tout État à protéger sa population peut se traduire par une action militaire menée sur le territoire d'un autre État.

Un deuxième groupe d'États s'est gardé de se prononcer clairement en faveur ou en défaveur de l'argument israélien, en appelant très généralement au cessez-le-feu ou à la fin de la violence. Le Mozambique exhorte ainsi « toutes les parties à cesser immédiatement les attaques, à s'abstenir de toute nouvelle violence et à s'engager dans un dialogue constructif » (144). Dans cette catégorie, il faut aussi citer la résolution de l'Assemblée générale du 26 octobre 2023, qui appelle à un cessez-le-feu sans se prononcer sur la responsabilité de l'un ou l'autre partie au regard du *jus contra bellum* (145). Quant aux États de l'Union africaine, ils ont généralement exprimé leur « profonde inquiétude face aux conséquences de l'impunité, des politiques unilatérales, des provocations et du non-respect du droit international », en appelant aussitôt « le gouvernement d'Israël à veiller à respecter ses obligations au titre du droit international des droits de l'homme et du droit international humanitaire » (146).

Un troisième groupe d'États se place dans l'hypothèse d'une légitime défense d'Israël, sans pour autant la reconnaître dans son principe mais en préférant insister sur la question de la nécessité, sans que l'on sache toujours si l'on se situe en *jus contra bellum* ou en *jus in bello*. Pour Trinité-et-Tobago, par exemple, « [l]e droit de légitime défense ne donne pas et ne peut pas donner légalement la permission de commettre des actes de représailles aveugles et disproportionnés » (147). La Jordanie rappelle que « [l]e droit à la légitime défense n'est pas un permis de tuer en toute impunité. La punition collective n'est pas de la légitime défense. C'est un crime de guerre. » (148) Le Pérou « rappelle que le droit à la légitime défense doit être conforme au droit international, y compris au droit international humanitaire, et aux principes de distinction, de nécessité, de proportionnalité et de précaution » (149). Quant au Brésil, il estime que « ce qui a commencé comme une action terroriste menée par des fanatiques

(143) Selon les termes du paragraphe 141 de l'avis, « [r]este qu'Israël doit faire face à des actes de violence indiscriminés, nombreux et meurtriers, visant sa population civile. Il a le droit, et même le devoir, d'y répondre en vue de protéger la vie de ses citoyens. Les mesures prises n'en doivent pas moins demeurer conformes au droit international applicable » (CIJ, Affaire des *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le Territoire palestinien occupé*, avis consultatif du 9 juillet 2004, *Recueil*, 2004, p. 195).

(144) S/PV.9442, 18 octobre 2023, p. 7 ; voy. aussi A/ES-10/PV.40, 27 octobre 2023, p. 7.

(145) AG/RES/ES-10/21, qui rappelle aux résolutions pertinentes du Conseil de sécurité (dont la résolution 242 (1967)). La résolution est adoptée par 120 voix contre 14, avec 45 abstentions.

(146) https://estatements.unmeetings.org/estatements/10.0010/2023110215000000/ryoRudco-dFlh/EBAQCdcX2mvT_en.pdf, 3 novembre 2023.

(147) A/ES-10/PV.39, 26 octobre 2023, p. 2.

(148) A/ES-10/PV.39, 26 octobre 2023, p. 10.

(149) A/ES-10/PV.40, 27 octobre 2023, pp. 24-25.

contre des civils israéliens innocents est devenu une punition collective [...] Le droit à la légitime défense s'est transformé en droit à la vengeance. » (150) En ce sens, le Guyana remarque encore : « [l]a punition collective d'une population entière [...] dépasse depuis longtemps le cadre de la légitime défense » (151). Ces États semblent s'appuyer sur les modalités de la riposte, qui se révéleraient contraires aux conditions de nécessité ou de proportionnalité de la légitime défense, quand bien même celles-ci auraient été admises à l'origine.

Enfin, un quatrième groupe, dans lequel on peut compter une majorité des membres des Nations Unies, rejette catégoriquement l'argument de la légitime défense et condamne l'action israélienne dans son principe (et non plus seulement dans ses modalités) comme illicite, y compris au regard de l'interdiction du recours à la force. Dès le premier débat qui a eu lieu sur ce thème au Conseil de sécurité, la Palestine a ainsi dénoncé une « agression [contre son] peuple » (152). Cette position a été exprimée de manière plus juridique par le groupe des États arabes, exprimant par la voie de la Jordanie :

« Nous tenons à rappeler au Conseil que ce que fait Israël ne relève pas de son droit à la légitime défense, et il est fâcheux que certains pays continuent de répéter qu'Israël a le droit de se défendre dans la bande de Gaza, laquelle est un territoire occupé. À cet égard, nous rappelons en particulier le paragraphe 139 de l'avis consultatif de la Cour internationale de Justice du 9 juillet 2004, sur les conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le Territoire palestinien occupé, qui affirme qu'Israël ne peut se prévaloir d'un droit de légitime défense dans le Territoire palestinien occupé (voir A/ES-10/273). Ce qui s'applique en revanche ici, ce sont les dispositions du droit international humanitaire relatives aux interventions militaires en riposte à une attaque armée dans les territoires occupés. Pour terminer, nous soulignons qu'Israël n'obtiendra pas la paix et la sécurité tant que le peuple palestinien n'aura pas obtenu la sécurité et la liberté dans son État indépendant, avec Jérusalem-Est pour capitale, à l'intérieur des frontières du 4 juin 1967. » (153)

La Chine a par ailleurs estimé que « le recours à la force [était] inacceptabl[e] » en estimant que « la cause profonde du conflit israélo-palestinien réside dans l'occupation illégale prolongée des territoires palestiniens, la négligence de longue date du droit des Palestiniens à un État indépendant [...] » (154).

De même, la Russie a dénoncé :

« l'invocation du droit de légitime défense qui, comme cela a été confirmé dans l'avis consultatif de la Cour internationale de Justice sur les conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le Territoire palestinien occupé (voir A/ES-10/273) de 2004, n'est pas applicable dans le cas d'une puissance occupante. Or c'est bien ce qu'est Israël en ce qui concerne les territoires palestiniens. » (155)

(150) Discurso de abertura da 79 Assembleia Geral da ONU, Nova York, 24 de setembro de 2024, https://gadebate.un.org/sites/default/files/gastatements/79/br_pt.pdf, pp. 2-3.

(151) Assemblée générale, 25 septembre 2024, https://gadebate.un.org/sites/default/files/gastatements/79/gy_en.pdf, p. 10.

(152) S/PV.9439, 16 octobre 2023, pp. 9-10.

(153) S/PV.9439, 16 octobre 2023, p. 3 ; voy. aussi S/PV.9451, 24 octobre 2023 (Reprise 1), p. 3.

(154) S/PV.9451, 24 octobre 2023, pp. 28-29.

(155) S/PV.9453, 25 octobre 2023, pp. 3-4.

L'Afrique du Sud a estimé que :

« [l]a Puissance occupante peut utiliser les outils relevant de l'état de droit, y compris les pouvoirs de police, pour faire face à des actes criminels. Dans le cas d'espèce, la notion de droit de légitime défense a été utilisée à tort et délibérément pour justifier des exécutions extrajudiciaires et des punitions collectives, et de nombreux pays ont permis et justifié ces actes illégaux. » (156)

Quant aux États membres du Conseil de coopération du Golfe, ils se déclarent « surpris et indignés par ceux qui qualifient l'occupation de légitime défense. La légitime défense ne s'applique pas dans les territoires occupés et usurpés » (157). Ces États semblent bien endosser l'argument selon lequel Israël, étant occupant et donc agresseur, peut difficilement se prévaloir de la légitime défense (158). D'autres États encore se sont prononcés en ce sens, sans pour autant reproduire une argumentation aussi détaillée (159). La Tunisie « rejette les tentatives d'assimiler l'agresseur occupant à l'agressé, ainsi que les idées erronées sur le droit de légitime défense pour justifier le génocide » (160). Certes, certaines dénonciations peuvent se révéler plus ambiguës. Ainsi, l'Indonésie « condamne l'agression continue et sans précédent d'Israël contre des civils à Gaza » (161), ce qui pourrait laisser entendre que seule la dénonciation d'une violation du *jus in bello* est effectuée. Mais les déclarations collectives ne laissent pas de doute sur l'ampleur de la dénonciation, comme l'attestent les déclarations suivantes :

— Le « Groupe des Amis pour la défense de la Charte des Nations Unies », créé en 2021 et comprenant 19 membres (162), dénonce « l'agression militaire en cours » dès le 27 octobre 2023 (163).

(156) A/ES-10/PV.41, 27 octobre 2023, p. 26.

(157) A/ES-10/PV.40, 27 octobre 2023, p. 4.

(158) Voy. aussi la position de l'Iran (A/ES-10/PV.39, 26 octobre 2023, pp. 11-13). Cet État estime que « [l]e droit à la légitime défense, reconnu par le droit international et la Charte des Nations Unies, s'étend à tous les Palestiniens, y compris aux mouvements de résistance tels que le Hamas, dans leur lutte contre l'occupation et l'agression militaire d'Israël. Priver les Palestiniens de ces droits inhérents est inacceptable tant que l'occupation et l'agression militaire persistent » (A/ES-10/PV.41, 27 octobre 2023, p. 23).

(159) Égypte (S/PV.9451, 24 octobre 2023 (Reprise 1), p. 5 ; A/ES-10/PV.40, 27 octobre 2023, p. 6 ; Assemblée générale, 28 septembre 2024, https://gadebate.un.org/sites/default/files/gastatements/79/eg_ar-1.pdf, p. 5) ; Mauritanie (A/ES-10/PV.39, 26 octobre 2023, p. 22) ; Irak (A/ES-10/PV.40, 27 octobre 2023, p. 22) ; Syrie (A/ES-10/PV.41, 27 octobre 2023, p. 18) ; Qatar (Assemblée générale, 24 septembre 2024 ; https://gadebate.un.org/sites/default/files/gastatements/79/br_pt.pdf, pp. 2-3).

(160) A/ES-10/PV.40, 27 octobre 2023, p. 21 ; voy. aussi A/ES-10/PV.41, 27 octobre 2023, p. 19.

(161) S/PV.9451, 24 octobre 2023 (Reprise 1), p. 9 ; voy. aussi A/ES-10/PV.39, 26 octobre 2023, p. 17.

(162) L'Algérie, l'Angola, la Biélorussie, la Bolivie, le Cambodge, la Chine, Cuba, la Corée du Nord, la Guinée équatoriale, l'Érythrée, la République islamique d'Iran, la République démocratique populaire lao, le Nicaragua, l'État de Palestine, la Russie, Saint-Vincent-et-les-Grenadines, la Syrie, le Venezuela et le Zimbabwe.

(163) https://estatements.unmeetings.org/estatements/10.0010/2023102710000000/TUK27mSK3lpm/SpAAatD9yrYb_en.pdf, 27 octobre 2023.

- L'Organisation de la coopération islamique (56 États membres) et la Ligue des États arabes (22 membres, lesquels sont également membres de la première organisation) ont publié une résolution commune condamnant « l'agression militaire sur la bande de Gaza » et rappelant « la lutte légitime du peuple palestinien pour la libération de tous les territoires occupés, ainsi que la nécessité de mettre fin à l'agression israélienne contre le peuple palestinien et de séparer Gaza de la Cisjordanie, y compris Al Qods Al Sharif » (164).
- Enfin, le Mouvement des non-alignés (120 États membres) a adopté une déclaration en janvier 2024, dont voici les extraits les plus marquants : « [l]es chefs d'État et de gouvernement, réunis à l'occasion du 19^e sommet des chefs d'État et de gouvernement du Mouvement des pays non alignés, tenu à Kampala, en République d'Ouganda, les 19 et 20 janvier 2024 [...] condamnent fermement l'agression militaire israélienne illégale sur la bande de Gaza, les attaques indiscriminées contre les civils palestiniens, les biens civils, le déplacement forcé de la population palestinienne et appellent à un cessez-le-feu humanitaire immédiat et durable ; Réitèrent le besoin pressant de réaliser des progrès substantiels pour mettre fin à l'occupation israélienne, incluant l'accession à l'indépendance et la souveraineté de la Palestine, avec Jérusalem-Est comme capitale, dans le cadre d'une solution à deux États, sur la base des frontières antérieures à 1967, et réaffirment leur soutien à l'admission de l'État de Palestine en tant que membre des Nations Unies afin qu'il trouve sa juste place au sein de la communauté des nations. » (165)

On pourrait disserter longuement sur l'ambivalence de telle ou telle expression. Nul doute cependant que ces prononcés, qui proviennent d'une majorité des membres des Nations Unies, s'avèrent pour le moins incompatibles avec la reconnaissance d'un droit de légitime défense d'Israël qui serait susceptible de fonder son opération militaire à Gaza. Au vu de ces éléments, il devient difficile de voir ici un précédent susceptible de faire évoluer l'interprétation de l'article 51 de la Charte, dans un sens ou dans l'autre d'ailleurs.

(164) www.oic-oci.org/topic/?t_id=39922&t_ref=26755&lan=fr, 13 novembre 2023.

(165) Kampala Declaration of the 19th Summit of Heads of State and Government of the Non-Aligned Movement, 19-20 janvier 2024, p. 5, §§ 5 et 6, disponible sur : www.ris.org.in/Others/NAM-Summit-19-Kampala-Uganda-19-20Jan%202024-Declaration.pdf ; voy. O. CORTEN, « “Discours de guerre” et “guerre de discours” dans le (nouveau) conflit de Gaza », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 2024, vol. 92, pp. 89-94.

B. — *L'absence d'évolution de la notion de légitime défense au sens de l'article 51 de la Charte*

En application de l'article 31, § 3, de la Convention de Vienne sur le droit des traités, une interprétation évolutive peut être établie à partir de « toute pratique ultérieurement suivie dans l'application du traité par laquelle est établi l'accord des parties à l'égard de l'interprétation du traité ». Nul besoin, donc, d'amender l'article 51 de la Charte pour y introduire une conception assouplie (ou tout simplement différente) de la légitime défense (166). Encore faut-il, et c'est le prix à payer pour que l'on puisse éviter la lourdeur et le formalisme de la voie conventionnelle classique, qu'on établisse un « accord des parties », c'est-à-dire des membres des Nations Unies. Cette exigence correspond à celle que l'on pourrait déduire de la prise en compte du droit coutumier, spécialement lorsque l'on est, comme ici, devant un régime impératif. On le sait, l'article 53 de la même Convention de Vienne évoque une « norme acceptée et reconnue par la communauté internationale des États dans son ensemble en tant que norme à laquelle aucune dérogation n'est permise et qui ne peut être modifiée que par une nouvelle norme du droit international général ayant le même caractère ». Ici encore, le seuil requis pour l'établissement d'une « nouvelle norme » est élevé, et renvoie en fait à un accord, si pas de toutes les parties à la Charte des Nations Unies, au moins d'une très grande majorité d'États (167). Ce rappel des exigences nécessaires à une évolution de la règle pourrait paraître superflu, tant il ne s'agit ici que de rappeler des mécanismes élémentaires et qui sont, dans leur principe, très largement consacrés pas la doctrine et la jurisprudence (168). Cependant, au vu de la tendance que l'on rencontre en *jus contra bellum* à s'appuyer sur une pratique limitée à un nombre très relatif d'États pour prétendre faire évoluer la coutume (le droit des traités étant le plus souvent largement ignoré en pareil cas), un tel rappel n'était peut-être pas inutile.

Que déduire, sur cette base, des positions des États telle qu'elle a été exposée plus haut ?

D'emblée, on remarquera que cette absence de consensus n'empêche pas de relever une certaine tendance à condamner l'argument israélien de la légitime défense. Même si l'on interprète souplement la position de certains États en assimilant le simple rappel du droit « de se défendre » à une invocation de la légitime défense au sens de l'article 51 de la Charte, on arriverait à une

(166) O. CORTEN, « Breach and Evolution of the International Customary Law on the Use of Force », in E. CANNIZARO et P. PALCHETTI (éd.), *Customary International Law on the Use of Force : A Methodological Approach*, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff, 2005, pp. 119-144.

(167) O. CORTEN, *Le droit contre la guerre*, 3^e éd., *op. cit.*, pp. 73-103.

(168) Outre la Convention de Vienne de 1969 précitée, voy. *Rapport de la Commission du droit international*, A/73/10, 70^e session (30 avril-1^{er} juin-10 août 2018) : *Projet de conclusions concernant la détermination du droit international coutumier* (C.D.I., A/73/10, 2018-A) et *Projet de conclusions concernant les accords et la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités* (C.D.I., A/73/10, 2018-B).

cinquantaine de membres des Nations Unies qui se seraient prononcés en ce sens (169). À l'autre extrémité du spectre juridique, c'est plus de 120 États qui se sont radicalement prononcés contre cet argument, en dénonçant sans appel l'« agression » d'Israël à Gaza (170).

Certes, on pourrait tenter d'atténuer ce déséquilibre en pointant deux tempéraments. D'abord, certains États semblent ne pas avoir exprimé une position juridique très cohérente. Le Gabon, le Kenya et l'Équateur, par exemple, ont à la fois affirmé le droit de légitime défense d'Israël et, en tant que membres du Mouvement des non-alignés, ont signé une déclaration dénonçant une « agression israélienne illégale » (171). Ensuite, et en approfondissant cette voie, on pourrait pointer un certain flou sur la teneur des arguments juridiques avancés par les États qui ont critiqué Israël. Est-ce en raison de son occupation illégale continue depuis 1967 (qui exclurait par définition l'invocation de la légitime défense « en amont ») ? Ou serait-ce plutôt (ou en même temps ?) en raison de l'ampleur de la riposte, qui serait devenue incompatible avec une authentique « défense » (cette fois « en aval » de l'attaque meurtrière du 7 octobre) ? Peut-on exclure que cette attaque soit assimilable à une agression en raison de son absence d'attribution à un État (palestinien), ou plutôt parce qu'il s'agirait d'un acte de résistance à une occupation incompatible avec le droit du peuple palestinien à l'autodétermination ? Toutes ces questions sont pertinentes, et peuvent en même temps difficilement être tranchées de manière décisive. Ce qui est certain, en revanche, c'est que l'on ne peut certainement pas considérer que ce groupe d'États a exprimé une *opinio juris* favorable à l'argument de légitime défense. Que les raisons n'en soient pas claires ou que la version de cet argument qui a été rejeté reste indéfinie n'y change fondamentalement rien. Même pour la poignée d'États membres du Mouvement des non-alignés qui a occasionnellement soutenu Israël, il est difficile de les classer clairement dans le groupe des États favorables à une conception juridique assouplie de la légitime défense car, précisément, leur manque de cohérence rend problématique l'établissement d'une authentique *opinio juris*.

En somme, et quelle que soit la manière dont on interprète toutes ces déclarations, la diversité de ces dernières rend en tout état de cause illusoire l'établissement d'un « accord des parties à l'égard » d'une nouvelle interprétation de l'article 51, ou d'une position partagée en ce sens par la « communauté internationale des États dans son ensemble ».

(169) Voy. le premier groupe d'États repris plus haut.

(170) Voy. le quatrième groupe, avec en particulier le Mouvement des non-alignés qui maintient une position constante sur ce point depuis de nombreuses années.

(171) Ces États se retrouvent ainsi à la fois dans le premier et le quatrième groupe repris plus haut.