

Quel droit de la guerre pour l'OTAN? What About Laws of War for NATO?

Henri Meyrowitz

Volume 17, numéro 3, 1986

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/702046ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/702046ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Institut québécois des hautes études internationales

ISSN

0014-2123 (imprimé)

1703-7891 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Meyrowitz, H. (1986). Quel droit de la guerre pour l'OTAN? *Études internationales*, 17(3), 549–569. <https://doi.org/10.7202/702046ar>

Résumé de l'article

The debate which has been going on for many years now among governments of the member countries of NATO on the ratification of the Additional Protocol I to the 1949 Geneva Conventions, signed in 1977, focusses mainly on the effects of such an instrument on deterrence and nuclear strategy. It is the fear of these effects that France has used to justify her refusal to become part of Protocol I. At the time of the signing of Protocol I, the US and Great Britain made the declaration that the new regulations as introduced by Protocol I "are not intended to have any effect on and do not regulate or prohibit the use of nuclear weapons". It appears that, for a reason which has nothing to do with atomic weapons, the Reagan administration intends not to ask the Senate for ratification of Protocol I. The governments of Italy and Belgium who ratified the Protocol in February and May 1986 respectively, have supplemented their ratification with a declaration similar to that of the two powers. As for the legality of the use of nuclear weapons, the answer must from now on rely on the combination of Protocol I and the "nuclear clause" from the declaration of the two powers and their allies. Hence the status of nuclear weapons in international law is comprised of three elements : a) The first use of nuclear weapons is not, in itself prohibited. - b) This use is subjected to the regulations of the common law of war, as has been "reaffirmed" by Protocol I, and which applies both to conventional and nuclear weapons. - c) The bans and restrictions, as provided for in these regulations, and which mark out the thin bounds which allow for the use of atomic weapons, pertain only to the use of these arms and not to nuclear deterrence.

QUEL DROIT DE LA GUERRE POUR L'OTAN?

Henri MEYROWITZ*

ABSTRACT — What About Laws of War for NATO?

The debate which has been going on for many years now among governments of the member countries of NATO on the ratification of the Additional Protocol I to the 1949 Geneva Conventions, signed in 1977, focusses mainly on the effects of such an instrument on deterrence and nuclear strategy. It is the fear of these effects that France has used to justify her refusal to become part of Protocol I. At the time of the signing of Protocol I, the US and Great Britain made the declaration that the new regulations as introduced by Protocol I "are not intended to have any effect on and do not regulate or prohibit the use of nuclear weapons". It appears that, for a reason which has nothing to do with atomic weapons, the Reagan administration intends not to ask the Senate for ratification of Protocol I. The governments of Italy and Belgium who ratified the Protocol in February and May 1986 respectively, have supplemented their ratification with a declaration similar to that of the two powers. As for the legality of the use of nuclear weapons, the answer must from now on rely on the combination of Protocol I and the "nuclear clause" from the declaration of the two powers and their allies. Hence the status of nuclear weapons in international law is comprised of three elements: a) The first use of nuclear weapons is not, in itself, prohibited. — b) This use is subjected to the regulations of the common law of war, as has been "reaffirmed" by Protocol I, and which applies both to conventional and nuclear weapons. — c) The bans and restrictions, as provided for in these regulations, and which mark out the thin bounds which allow for the use of atomic weapons, pertain only to the use of these arms and not to nuclear deterrence.

I — LE DÉBAT SUR LA RATIFICATION DU PROTOCOLE ADDITIONNEL I AUX CONVENTIONS DE GENÈVE DE 1949

Près de neuf ans après la signature des deux Protocoles additionnels aux Conventions de Genève de 1949 adoptés par la Conférence diplomatique sur la réaffirmation et le développement du droit international humanitaire applicable dans les conflits armés, ces instruments n'ont encore été ratifiés que par 59 États, pour ce qui est du Protocole I, concernant les conflits armés internationaux, et par 52 États quant au Protocole II, relatif aux conflits armés non internationaux. Parmi les États parties au Protocole I figurent jusqu'à présent une seule puissance nucléaire, la Chine, et quatre des seize membres de l'Alliance atlantique: la Norvège, le Danemark, l'Italie et la Belgique¹. La France, qui, de même que la Turquie, n'avait

* *Docteur en droit, avocat honoraire à la Cour d'appel de Paris.*

1. On sait que la Norvège et le Danemark, qui ont ratifié les Protocoles respectivement en décembre 1981 et juin 1982, se sont interdit d'accepter le stationnement sur leur territoire, en temps de paix (sauf en cas de menace de guerre) d'armes atomiques. — La ratification par l'Italie date de février 1986, celle par la Belgique de mai 1986.

pas signé les Protocoles, a adhéré au Protocole II, en proclamant sa décision de demeurer étrangère au Protocole I. Entre les gouvernements des autres pays membres de l'OTAN, et au sein même de ces gouvernements, entre les ministères et les services intéressés, ainsi que dans les commissions parlementaires compétentes, les discussions sur l'opportunité de la ratification du Protocole I – celle du Protocole II ne soulevant pas de problème – se poursuivent. D'après ce que l'on sait, il paraît improbable que l'administration Reagan demandera au Sénat l'approbation du Protocole I. Cela n'a pas empêché l'Italie et la Belgique de ratifier les deux Protocoles. Le gouvernement belge semble prêt à proposer au Parlement la ratification dans les prochains mois. Quant à la République fédérale d'Allemagne, le ministre d'État aux Affaires étrangères a annoncé devant le Bundestag, en septembre 1985, que le gouvernement a l'intention de ratifier le Protocole I dès qu'une puissance nucléaire occidentale l'aura ratifié.² L'on doit cependant se demander si, dans le cas où la Grande-Bretagne déciderait à son tour de ne pas devenir partie au Protocole I, la République fédérale pourra rester à l'écart de ce Protocole. Le gouvernement a trop souvent proclamé sa ferme intention de le ratifier, la pression exercée par les sociaux-démocrates et les Verts est trop forte, et l'exemple donné par l'Italie, la Belgique et les Pays-Bas sera trop contraignant pour qu'il puisse se permettre de refuser ou de renvoyer la ratification aux calendes grecques. Du reste, il a confirmé que le gouvernement américain ne pèse absolument pas sur sa décision.

Aucun des États membres du Pacte de Varsovie, qui ont tous signé les deux Protocoles, ne les a encore ratifiés. Sans doute cette différence des réactions manifestées par les membres des deux blocs reflète-t-elle l'opposition entre le monolithisme imposé à l'Est et la liberté étatique de décision, maintenue à l'Ouest. Mais elle traduit aussi la différence très marquée existant entre, d'un côté, l'hétérogénéité de l'espace géostratégique de l'alliance occidentale et, de l'autre côté, l'homogénéité géostratégique de l'Europe de l'Est. N'est-il pas normal, en effet, que des intérêts divergents, proprement vitaux, notamment quant aux dangers auxquels se trouveraient exposés dans un conflit armé surgissant en Europe la population civile et les biens civils, conduisent à des avis et des décisions opposées touchant la question de savoir s'il convient ou non pour un pays de souscrire à des règles juridiques nouvelles qui intéressent directement sa sécurité?

La lenteur des ratifications s'explique d'autant mieux que, contrairement à ce que suggère son titre, le Protocole I n'a pas pour objet unique « la protection des victimes des conflits armés internationaux ». Ce texte présente en effet cette nouveauté importante de réunir dans une seule et même convention de codification ce qu'on appelle le « droit de La Haye », c'est-à-dire les règles formulées dans les Conventions de la Haye de 1907 et qui ont essentiellement pour objet la limitation des moyens de guerre licites et la définition des cibles licites, et le « droit de Genève ». Pour nécessaire qu'ait été cette unification, elle soulève forcément des problèmes, dont le moindre n'est pas celui de concilier le souci – et le devoir – de la protection maximale de la population avec le souci – et le devoir – d'assurer une défense active aussi efficace que possible. Ces difficultés sont encore augmentées et

2. Cf. *Deutscher Bundestag, Plenarprotokoll*, 26 septembre 1985, p. 11969.

compliquées par celles qui sont inhérentes à toute oeuvre de codification mais qui, dans le cas du Protocole I, présentent une gravité particulière: certaines de ses dispositions, et parmi les plus importantes, manquent de clarté ou énoncent des prescriptions d'une grande complexité. Or ces règles devront être interprétées et appliquées en maintes circonstances par des militaires d'un rang relativement peu élevé. Toutes ces difficultés ont été dénoncées, à la Conférence diplomatique, par diverses délégations, dont les gouvernements ont cependant, après un délai de réflexion de six mois, signé le Protocole I, certains d'entre eux en assortissant leur signature de déclarations interprétatives. D'autres difficultés, pratiques ou théoriques, sont apparues après la signature, à un examen plus approfondi du texte du Protocole. Aucune d'entre elles ne revêt un caractère dirimant, qui empêcherait tel ou tel pays de devenir partie au Protocole I, en associant au besoin à la ratification des déclarations interprétatives, ou des réserves qu'il jugerait nécessaires et qui seraient permises selon le droit des traités.

Au centre du débat, dans et entre les pays membres de l'OTAN, sur la ratification se trouve le problème de la licéité, selon le Protocole, de l'emploi des armes nucléaires et, partant, la question de l'incidence de cette codification sur la dissuasion et les stratégies nucléaires.

II – LE PROTOCOLE I ET LES ARMES NUCLÉAIRES

Le texte du Protocole I ne nomme aucune catégorie particulière d'armes. Les interdictions et limitations qu'il énonce se rapportent à la définition des cibles licites, aux effets des armes et aux conditions et circonstances de leur emploi. Au lendemain de la signature du Protocole, une controverse a divisé les commentateurs sur la question de savoir dans quel sens il fallait interpréter la position adoptée par la Conférence diplomatique sur la question des armes nucléaires. Cette controverse peut être regardée aujourd'hui comme dépassée. Malgré le silence du Protocole sur ce sujet, la détermination du statut des armes atomiques en droit international doit être considérée comme résultant définitivement du Protocole I, plus exactement, de l'ensemble des actes relatifs à cette oeuvre de codification. Si malaisé qu'il soit de concilier cette solution avec les règles d'interprétation des traités, codifiées dans la Convention de Vienne sur le droit des traités, de 1969, force est de reconnaître que la réponse ne peut être trouvée dans le texte du Protocole, mais qu'il faut prendre en considération les tenants et les aboutissants de la Conférence diplomatique, et en particulier deux actes qui, bien que postérieurs à l'adoption du Protocole, sont liés matériellement à ce qu'on appelle ses travaux préparatoires. Nous voulons parler des *déclarations* faites par les États-Unis et la Grande-Bretagne lors de la signature du Protocole I, en décembre 1977, déclarations qui contiennent une clause touchant la question de l'applicabilité du Protocole I à l'emploi des armes nucléaires. C'est sur le libellé, la portée et les effets juridiques de cette clause que portent les discussions en cours.

Que dit la clause? Celle qui figure dans la déclaration faite par les États-Unis est ainsi conçue: "It is the understanding of the United States of America that the rules established by this protocol were not intended to have any effect on and do not

regulate or prohibit the use of nuclear weapons.” Le libellé de la clause britannique est légèrement différent: “... that the new rules introduced by the Protocol are not intended...” Il ressort de l’interprétation donnée, postérieurement à la signature du Protocole, par le chef de la délégation américaine que les mots “the rules established by...” doivent être entendus dans le sens de la formule britannique: “the new rules introduced by...”. Ce qui nous permet de parler de la « clause nucléaire » au singulier. C’est dans le sens du libellé de la déclaration britannique que la clause a été comprise aussi par les gouvernements de l’Italie, de la Belgique, des Pays-Bas et de la République fédérale d’Allemagne et que ceux-ci ont formulé³ ou se proposent de formuler une déclaration interprétative lors de la ratification du Protocole I.

Avant de regarder de plus près le contenu de cette clause, il convient de noter qu’elle forme l’un des trois éléments dont se compose le statut des armes nucléaires en droit international à la lumière du Protocole. Ces trois éléments sont les suivants :

- L’emploi en premier des armes nucléaires n’est pas, en soi, interdit.
- Cet emploi est soumis aux règles posées par le droit coutumier de la guerre, règles réaffirmées par le Protocole I et qui sont applicables indifféremment aux armes classiques, ou « conventionnelles », et nucléaires.
- Les interdictions et limitations prévues par ces règles ne concernent que l’emploi des armes atomiques, et non pas la dissuasion nucléaire. Entre les deux formes d’« utilisation » des armes atomiques, l’emploi effectif dans la guerre et la dissuasion anti-guerre, la distinction et la séparation normatives sont absolues: la dissuasion n’est en rien limitée par les règles restreignant l’emploi des armes nucléaires; inversement, ces règles ne sont en aucune manière fonction des nécessités propres de la dissuasion.

Reprenons ces trois points.

A — L’emploi en premier des armes nucléaires n’est pas interdit en tant que tel

Une agression tombe sous le coup du droit international, quelles que soient les armes employées. Ce délit n’entraîne aucune conséquence sur le plus du *jus in bello*: dans l’exercice du droit de légitime défense selon l’article 51 de la Charte des

3. La clause en question de la déclaration faite par l’Italie est ainsi conçue: “It is the understanding of the Government of Italy that the rules relating to the use of weapons introduced by Additional Protocol I were intended to apply exclusively to conventional weapons. They do not prejudice any other rule of international law applicable to other types of weapons.” – La clause correspondante de la déclaration interprétative formulée par la Belgique diffère de la clause anglo-américaine quant à son libellé, mais non pas quant au sens dans lequel elle doit être lue: « Le Gouvernement belge, considérant les travaux préparatoires de l’instrument international présentement ratifié, tient à souligner que le Protocole a été établi en vue d’élargir la protection conférée par le droit humanitaire exclusivement lors de l’usage d’armes conventionnelles dans les conflits armés, sans préjudice des dispositions de droit international relatives à l’usage d’autres types d’armements. » son assentiment à une stratégie qui impliquerait une menace existentielle pour l’empire soviétique en Europe orientale. » (p. 556.) – Ajoutons que cette hostilité est aussi le motif des fortes résistances manifestées par les Allemands à l’égard du concept de l’*AirLand Battle*.

Nations Unies, l'État victime de l'agression est lié par les règles du droit de la guerre strictement de la même façon que l'agresseur. Pour recourir à des armes nucléaires contre une agression effectuée avec des armes classiques, l'agressé non seulement n'a pas besoin d'invoquer le motif de représailles, mais l'expression de « représailles nucléaires » est dans ce cas, au point de vue juridique, une faute grossière. La non-interdiction du *first use* signifie que le fait de franchir le seuil nucléaire, si grave que soit cette décision sur le plan politique et moral, n'est pas, en soi, prohibé par le droit international. Celui-ci réglemente les conditions de l'emploi des armes, classiques ou atomiques: contre quelles cibles, dans quelles circonstances, selon quelles modalités et dans quelles limites les armes peuvent-elles être employées licitement. Ces règles s'appliquent à l'emploi en premier d'armes nucléaires comme à la riposte au *first use*.

B — Les règles du droit coutumier de la guerre applicables à l'emploi des armes nucléaires

1. La « clause nucléaire ». — C'est la clef du statut des armes atomiques en droit international. Son applicabilité, en effet, n'est pas limitée aux deux puissances. Son importance est capitale. Elle tient à plusieurs faits, à commencer par cette constatation que si, au point de vue formel, la clause se rattache à un acte conventionnel, sa validité et sa valeur ne dépendent point de la ratification de cet acte. La force obligatoire d'une règle coutumière ou d'un ensemble de règles coutumières n'est pas subordonnée à la ratification, procédure propre au droit des traités: pour autant que cette force obligatoire dépende d'une manifestation verbale, une déclaration formelle et non équivoque du gouvernement suffit. La teneur de la clause n'a été contredite jusqu'à présent par aucun des États parties au Protocole I. Mais l'importance principale de la clause réside en ceci: Premièrement, le Protocole doit son existence à la participation des deux puissances auteurs de la clause: or cette participation était subordonnée à l'*understanding* qui forme le contenu de la clause nucléaire. Deuxièmement, sans le Protocole et la clause — ces deux actes étant indissociables —, la question cruciale du statut des armes nucléaires en droit international aurait continué d'être plongée dans l'obscurité, une obscurité qui avait amené certains auteurs à affirmer que ces armes échappaient à l'empire du droit international.

Pour mesurer le progrès décisif que représente la clause nucléaire, il suffit de rappeler qu'avant 1976, quelques rares déclarations officielles américaines et britanniques existaient sur ce sujet, figurant dans des textes d'origine militaire dont le caractère juridique est mal défini; le contenu de ces déclarations est extrêmement rudimentaire et en partie ambigu. Le *Department of the Army Field Manual FM 27-10, The Law of Land Warfare*, de 1956, se borne à déclarer (§35): "The use of 'atomic weapons', whether by air, sea, or land forces, cannot as such be regarded as violative of international law in the absence of any customary rule of international law or international convention restricting their employment." La deuxième partie de cette phrase est inexacte: des règles coutumières du droit international existent bel et bien, qui, si elles ne réglementent pas l'usage des armes atomiques "as such", limitent cet emploi. Le manuel de la Marine américaine "*Law of Naval Warfare*",

de 1955, s'exprime d'une façon moins criticable, mais encore insuffisante. §613: "There is at present no rule of international law expressly prohibiting states from the use of nuclear weapons in warfare. In the absence of express prohibitions, the use of such weapons against enemy combatants and other military objectives is permitted."⁴ Une note se rapportant à ce paragraphe précise que l'emploi des armes nucléaires, autorisé seulement sur l'ordre du Président, est soumis aux principes fondamentaux du droit de la guerre, énoncés dans divers paragraphes du manuel: le principe de « nécessité militaire », le principe d'humanité, ainsi que les interdictions générales relatives au bombardement. – Quant au manuel britannique *The Law of War on Land*, de 1958, il est aussi laconique. §113: "There is no rule of international law dealing specifically with the use of nuclear weapons. Their use, therefore, is governed by the general principles laid down in this chapter." Une note au bas de ce paragraphe se réfère à une autre note, où il est dit: "In the absence of any rule of international law dealing expressly with it, the use which may be made of a particular weapon will be governed by the ordinary rules and the question of the legality of its use in any individual case will, therefore, involve merely the application of the recognized principles of international law, as to which, see Oppenheim, vol. II, pp. 346-352." Cette dernière référence, d'ordre littéraire – procédé singulier pour un manuel militaire –, vise la 7^{me} édition, par Hersch Lauterpacht, d'*Oppenheim's International Law* (Londres, 1952).

2. *Distinction des règles coutumières réaffirmées dans le Protocole I et des règles nouvelles, introduites par lui.* Le progrès que représente la clause nucléaire consiste d'abord dans le fait que les deux puissances ont déclaré à la face du monde que l'emploi des armes atomiques est soumis aux mêmes règles coutumières du droit de la guerre, en vigueur avant 1977, que l'est l'emploi des armes classiques. Ce progrès réside ensuite – et cela est bien plus important encore – dans le fait que, par la clause, ces gouvernements se réfèrent, non pas à quelques « principes » mal définis et insuffisants, mais aux règles réaffirmées par le Protocole I.

Les gouvernements et les commentateurs n'ont cependant pas tardé à s'apercevoir que le critère de la distinction posé par la clause renferme des problèmes passablement complexes. Ces problèmes ne sont pas propres au Protocole I, mais sont inhérents à toute convention de codification. Il est en effet extrêmement difficile de faire le partage entre ce qui, dans la formulation des règles adoptées par une conférence de codification, traduit correctement des normes coutumières pré-existantes, par définition informulées, et ce qui constitue une précision, ou, mêlée à celle-ci, une innovation. Toute oeuvre de codification se présente sous la forme d'un mélange, plutôt que de la juxtaposition, d'éléments de *lex lata* et de *lex ferenda*. Or si, en l'occurrence, il est assez facile de désigner celles des dispositions du Protocole qui sont indubitablement des règles nouvelles, il est beaucoup plus malaisé de discerner et, surtout, de définir ce qui, dans les règles réaffirmées, va au-delà du contenu incontesté de la norme coutumière correspondante et relève du développement du droit, c'est-à-dire qui constitue un élément de règle inapplicable à l'emploi des armes nucléaires. Cette difficulté est d'autant plus grande que nombre

4. *Law of Naval Warfare*. Reproduit dans: Robert W. TUCKER, *The Law of War and Neutrality at Sea* Washington Naval War College, Int. Law Studies, vol. XLX, 1957.

de règles du Protocole sont rédigées d'une façon qui laisse une marge assez large à l'appréciation.

Les dispositions qui doivent être considérées *in toto* comme des « règles nouvelles, introduites par le Protocole », sont en nombre très limité. Les plus marquantes sont l'article 51, par. 6, qui interdit des représailles contre la population civile (auquel il faut ajouter l'article 52, par. 1, interdisant des représailles contre les biens de caractère civil), question à laquelle nous reviendrons plus loin, et l'article 49, par. 2, qui stipule que les dispositions du Protocole concernant les attaques s'appliquent également au « territoire national appartenant à une partie au conflit mais se trouvant sous le contrôle d'une partie adverse ». Ici, la clause nucléaire a, théoriquement, une portée extrême. Elle implique que les deux puissances se réservent, plus exactement : conservent, la faculté – à laquelle leurs alliés européens, par une clause identique ou semblable, acquiescent – d'employer, sur le territoire d'un de ces alliés envahi par l'agresseur, des armes atomiques contre les forces de ce dernier ou contre des objectifs utilisés ou susceptibles d'être utilisés par lui, sans se soucier de l'importance des pertes et dommages causés incidemment à la population civile demeurée sur place. Cette faculté est conforme à la conception traditionnelle des compétences de l'État à l'égard de ses nationaux, soldats ou civils, en cas de guerre. Il est cependant plus que douteux que les deux gouvernements aient songé, en formulant la clause, à cette règle nouvelle. Quant à leurs alliés du continent européen, on peut se demander si le devoir naturel et juridique de protection des États à l'égard de leur population ne suffit pas pour neutraliser ou, à tout le moins, pour réduire considérablement la portée théorique de la clause relativement à l'article 49, par. 2. D'un autre côté, il est vrai que le devoir de protection de la population peut entrer en conflit avec le devoir de défense de la nation. Ce dernier, a-t-on soutenu notamment dans la R.F.A., – et l'argument ne saurait être écarté à la légère –, peut conduire les responsables d'un pays agressé à diriger contre les forces de l'envahisseur des attaques susceptibles de provoquer incidemment dans la population des régions envahies des pertes humaines et des destructions qui tomberaient sous le coup de l'article 51, par. 5, *b*, interdisant des « attaques dont on peut attendre qu'elles causent incidemment des pertes en vies humaines dans la population civile, des blessures aux personnes civiles, des dommages aux biens de caractère civil, ou une combinaison de ces pertes et dommages, qui seraient excessifs par rapport à l'avantage militaire concret et direct attendu ».

Mis à part l'article 51, par. 6, et l'article 49, par. 2, le débat relatif à la portée et aux implications de la clause nucléaire ne concerne pas les règles qui sont entièrement nouvelles, dont l'importance pratique est relativement réduite, mais la détermination de l'élément nouveau renfermé dans la formulation de certaines des règles « réaffirmées ».

Par la déclaration contenant la clause nucléaire, les deux puissances ont reconnu – et leurs alliés ayant ratifié ou qui vont ratifier le Protocole I ont reconnu ou vont reconnaître à leur tour – qu'il leur incombe un double fardeau, d'une grande conséquence. Ils ont, en premier lieu, la charge de justifier au regard des règles du droit coutumier de la guerre tout emploi et tout projet d'emploi d'armes atomiques. Il est à peine exagéré de dire que le Protocole et la clause nucléaire ont opéré un

renversement de la présomption de légalité. Pour ce qui est des armes classiques, il existe une présomption en faveur de la légalité de leur emploi, présomption qui est, statistiquement, conforme à la réalité. Au sujet des armes nucléaires, c'est la présomption inverse qui est imposée par les propriétés et les potentialités de destruction de cette catégorie d'armes. La tâche des responsables politiques et militaires est autrement difficile quand il s'agit de prouver que, en l'espèce, la présomption d'illégalité de l'emploi d'armes atomiques doit être écartée – ce qui est effectivement le cas dans un certain nombre d'hypothèses d'emploi, lequel est beaucoup moindre que le nombre d'hypothèses contraires – que lorsqu'il leur faut réfuter l'assertion que la présomption de légalité de l'emploi des armes classiques ne s'applique pas en l'occurrence.

En second lieu, en adoptant et en signant le Protocole I, les deux puissances ont souscrit à une certaine formulation des règles réaffirmées que, par la clause nucléaire, elles ont reconnues applicables à l'emploi des armes atomiques. Si elles prétendent que cette rédaction dépasse le contenu de la norme coutumière dont il s'agit, la charge de prouver que l'énoncé de la règle contient un élément nouveau, et de préciser en quoi consiste cette prétendue innovation, cette charge leur incombe; elle est à l'évidence difficile.

3. *Contenu des règles applicables à l'emploi des armes nucléaires*

Ces règles ressortent pour l'essentiel des dispositions suivantes du Protocole I:

– L'article 51, par. 2, et l'article 52, par. 1, réaffirment respectivement le principe de l'immunité d'attaque de la population civile « en tant que telle » et des personnes civiles, et celui de l'immunité des biens de caractère civil. Ces derniers, précise le paragraphe 2 de l'article 52, comprennent tous les biens qui ne répondent pas à la définition des objectifs militaires, seules cibles licites, lesquels sont « limités aux biens qui, par leur nature, leur emplacement, leur destination ou leur utilisation apportent une contribution effective à l'action militaire et dont la destruction totale ou partielle, la capture ou la neutralisation offre en l'occurrence un avantage militaire précis ». L'importance de cette définition est double: d'une part, la qualité de cible licite des biens civils est fonction, non pas de la nature des armes utilisées, mais des propriétés des objets en question. D'autre part, la définition interdit à un belligérant de prendre en considération, dans l'établissement des catégories de cibles d'attaques stratégiques, des projets, des objectifs (au sens abstrait de ce mot) politiques, des buts de guerre ou des motifs tels que l'espoir que des attaques – dirigées contre des biens civils en général ou contre certaines catégories de biens civils qui représentent pour l'ennemi, au point de vue politique ou économique, une valeur particulière – forceraient celui-ci à céder.

– La protection de la population civile et des biens civils que fournit le principe d'immunité est insuffisante sans ses deux compléments: le principe de discrimination et le principe de proportionnalité. Le premier est l'objet de l'article 51, par. 4; le second est formulé à l'article 51, par. 5, b, cité plus haut. C'est avant tout sur ces deux dispositions qu'est centré le débat sur la portée et les incidences de la clause nucléaire. Traduisent-elles correctement les deux principes coutumiers de discrimination et de proportionnalité, ou leur libellé recèle-t-il un élément nouveau, dont l'application à l'emploi d'armes nucléaires serait écartée par la clause?

Le paragraphe 4 de l'article 51 interdit trois formes d'attaques sans discrimination, qui ne peuvent soulever de difficulté qu'au sujet de la lettre *c*: « des attaques dans lesquelles on utilise des méthodes ou moyens de combat dont les effets ne peuvent pas être limités comme le prescrit le présent Protocole ». Pour autant que ces derniers mots renvoient à des dispositions du Protocole qui sont des règles nouvelles, l'interdiction doit être considérée elle-même comme nouvelle; l'importance pratique de cette limitation est réduite. – Le paragraphe 5 définit deux types particulièrement graves d'attaques sans discrimination. La première de ces interdictions, qui vise le bombardement de zone, a le caractère d'une réaffirmation. La seconde formule le principe de proportionnalité dans les termes cités plus haut. Des auteurs ont soutenu que les mots « excessifs par rapport à l'avantage militaire concret et direct attendu » constituent un élément de règle nouveau; avis qui est partagé par le directeur du service juridique du Ministère des affaires étrangères de la R.F.A.⁵ Il nous semble plus correct de dire que, au moment où la Conférence diplomatique s'est réunie, la règle telle qu'elle a été énoncée par celle-ci était en voie de naître. En témoigne le fait qu'une modification introduite, en juillet 1976, dans le manuel de l'Armée américaine *FM 27-10*, mentionné plus haut, utilise textuellement les termes qui figureront à l'article 51, par. 5, *b*: "...loss of life and damage to property incidental to attacks must not be excessive in relation to the concrete and direct military advantage expected to be gained" (§41).⁶

– L'interdiction des représailles contre la population civile (art. 51, par. 6) et contre les biens civils (art. 52, par. 1) est incontestablement nouvelle. La controverse, dont ces deux interdictions sont le sujet, n'est pas limitée à la question de leur applicabilité à l'emploi des armes nucléaires: son acuité n'est pas moindre à propos des attaques par armes classiques. C'est que, si répugnante que soit l'idée de représailles dirigées contre la population civile, et si grand et si grave le risque d'abus et d'escalade en spirale, l'institution – le mot n'est pas impropre – des représailles a une base trop réelle pour que la pensée de pouvoir l'abolir par un trait de plume ne doive pas apparaître comme une utopie, – et une utopie dont la moralité est sujette à caution. Car il ne s'agit pas seulement de la réalité militaire. La notion de représailles ne peut être dissociée du principe de réciprocité, qui est l'un des principes les plus élémentaires et les plus indispensables du droit international relatif à la conduite des hostilités, principe fondé en raison et en équité. – Il n'est pas certain que les termes de la clause nucléaire suffisent à écarter l'application à l'emploi d'armes atomiques de l'interdiction des représailles formulée aux articles 51 et 52. Il y faudrait probablement une réserve, à laquelle, cela est compréhensible, les gouvernements hésitent à recourir. Les difficultés créées par la double interdiction ne peuvent être résolues que par le rappel du principe incontesté de réciprocité, rappel pour lequel une déclaration interprétative suffit, puisqu'elle ne ferait que réaffirmer une norme du droit international coutumier de la guerre, à laquelle le Protocole n'a pas dérogé et n'a pas du déroger. Cette déclaration aurait aussi l'insigne avantage d'éviter, dans ce domaine, une différence particulièrement

5. Voir *Zur Ratifizierungs-Bedürftigkeit des Genfer Zusatzprotokolls I von 1977. Wort-Protokoll einer Anhörung der SPD-Bundestagsfraktion am 23. September 1985*, pp. 64 et 95.

6. Une directive du Département de la défense du 10 juillet 1979 a déclaré applicable à l'ensemble des forces américaines la "doctrine set forth in Army Field Manual 27-10".

choquante entre les règles applicables à l'emploi d'armes nucléaires et celles régissant l'utilisation des armes classiques.

En faisant abstraction de la problématique particulière relative à l'article 51, par. 6, et à l'article 52, par. 1, il ressort des paragraphes 4 et 5 de cet article que les limites que le droit international impose à l'emploi en premier des armes nucléaires sont très étroites. Elles apparaissent en fait encore plus étroites si, en plus des effets de souffle et de chaleur des explosions nucléaires, on tient compte de la propriété spécifique des armes atomiques: les effets de radioactivité.

C — Le Protocole I et la dissuasion nucléaire

En déposant, en février 1984, l'instrument d'adhésion au Protocole additionnel II, la France a tenu à indiquer, dans une communication adressée au gouvernement suisse, dépositaire des Conventions de Genève et des Protocoles additionnels, les motifs de son refus d'adhérer au Protocole I. Cette décision, y lit-on, s'explique « particulièrement par l'absence de consensus entre les États signataires du Protocole I en ce qui concerne la portée exacte des obligations assumées par eux en matière de dissuasion ». ⁷ Bien que l'adjectif « nucléaire » n'y figure pas, c'est évidemment la dissuasion nucléaire qui est visée. Le problème des incidences du Protocole I sur la dissuasion nucléaire préoccupe aussi fortement les responsables politiques et militaires de la R.F.A. ⁸ L'on redoute que l'effet principal et immédiat du Protocole consiste à affaiblir doublement la dissuasion en diminuant à la fois ses moyens matériels et sa crédibilité.

Cette crainte est sans fondement. Elle repose sur la méconnaissance de la différence fondamentale et la séparation absolue entre la dissuasion nucléaire et l'emploi des armes nucléaires. Seul ce dernier est soumis aux règles du droit de la guerre. Obéissant à des nécessités et des conditions qui lui sont propres, la dissuasion n'est justiciable que de la réglementation, très lacunaire et précaire, ressortissant à l'*arms control*. Celui-ci connaît un seul principe qui a acquis le caractère d'un principe général du droit international: le « principe de sécurité égale »; il suffit pour justifier en droit la dissuasion nucléaire. Le Protocole I fournit lui-même une preuve de la séparation normative du *jus in bello* et de la dissuasion. L'article 36 dispose que « dans l'étude, la mise au point, l'acquisition ou l'adoption d'une nouvelle arme », une partie contractante « a l'obligation de déterminer si l'emploi en serait interdit, dans certaines circonstances ou en toutes circonstances, par les dispositions du présent Protocole ou par toute autre règle du droit international applicable à cette Haute Partie contractante ». Cet examen obligatoire de légalité doit naturellement porter aussi sur les armes qui composent la panoplie existante des États parties, y compris les armes nucléaires. Or, cet article n'impose nullement à un gouvernement l'obligation de renoncer à la mise au point ou à la fabrication

7. *Revue internationale de la Croix-Rouge*, juillet-août 1984, p. 239.

8. Cf. les interventions de M. Bertele, directeur du Service juridique du Ministère des affaires étrangères, et du général Hüttel, chef de la section Politique militaire au Ministère de la défense, dans *Wort-Protokoll* (*supra*, note 5), pp. 77-78 et 96.

d'une arme nouvelle, ni de détruire une arme existante, dont il aurait reconnu que l'emploi serait interdit « dans certaines circonstances ou en toutes circonstances ». L'obligation consiste seulement, pour ce gouvernement, – mais elle est importante –, à se rendre conscient de l'illégalité de l'emploi de l'arme en question, et à tenir compte de cette illégalité dans l'établissement de ses plans stratégiques.

Voilà pour l'élément matériel de la dissuasion nucléaire. Mais c'est surtout son élément psychologique que visent les craintes exprimées par les responsables politiques et militaires ouest-allemands: la crédibilité de la dissuasion, dans son double aspect: la crédibilité interne, autrement dit l'acceptabilité de la dissuasion par le corps social, et la crédibilité externe, qui est la façon dont le destinataire de la dissuasion perçoit et évalue (plus exactement: dont le dissuadant pense que le destinataire de la dissuasion perçoit et évalue) la volonté du dissuadant de mettre à exécution, le cas échéant, la « menace » dissuasive. S'agissant de la crédibilité interne de la dissuasion, on doit d'abord remarquer que l'érosion de la dissuasion nucléaire ne date pas d'hier. Ce serait faire trop d'honneur au crédit dont jouit dans le public le droit international que de supposer que cette crise soit causée par le Protocole I. Non, la baisse de la crédibilité interne de la dissuasion a des sources plus profondes que la considération du droit. Au dilemme créé par l'écart existant entre, d'une part, les exigences de la dissuasion et le potentiel de destruction des panoplies nucléaires, et, d'autre part, les limites très étroites que le droit international trace à l'emploi de ce potentiel, à ce dilemme correspond un autre, plus directement ressenti par la société: c'est à lui qu'est due la crise qui frappe la crédibilité interne de la dissuasion. La nécessité de celle-ci n'est pas contestée; mais l'exécution des coups nucléaires dont elle « menace » l'agresseur potentiel entraînerait en Europe occidentale, et en premier lieu sur le territoire de la R.F.A., des destructions immenses. D'où ce raisonnement circulaire: pour prévenir ce désastre, il faut renforcer la dissuasion: c'est elle-même qui doit – et c'est elle seule qui peut – empêcher que ne se produise la cause qui déclencherait la catastrophe redoutée.

Un autre argument avancé, dans le débat en cours sur la ratification du Protocole I, par les responsables politiques et militaires ouest-allemands se situe non pas sur le plan de la dissuasion anti-guerre, mais sur celui de l'*intra-war deterrence*. En cas d'échec de la dissuasion, dit-on, les armes nucléaires ne perdraient pas leur qualité primordiale, qui est la seule justification de leur existence: celle d'être des armes politiques. Leur fonction sémantique prendrait alors toute son importance. Le franchissement du seuil nucléaire, d'abord – dans l'hypothèse où l'agresseur n'en aurait pas lui-même pris l'initiative –, l'ascension calculée des échelons de l'escalade, ensuite, autant qu'il en serait besoin, auraient un seul but: mettre fin le plus rapidement possible à l'agression, à des conditions acceptables pour l'Ouest. Or, cette stratégie de *deliberate escalation*, où les attaques nucléaires auraient la valeur de signaux, ne pourrait être exécutée en respectant les interdictions et les limitations imposées par les règles réaffirmées par le Protocole I.⁹ Cette objection s'adresse en réalité aux règles dont les gouvernements des pays membres de l'Alliance atlantique – la France exceptée – proclament depuis trente ans, dans les manuels et les

9. Cf. l'intervention du général Hüttel, *ibid.* p. 96.

directives militaires et dans l'enseignement donné dans les cours d'instruction pour officiers, qu'elles s'appliquent à l'emploi des armes atomiques. Quelle que puisse être, sur le plan militaire et politique, la valeur de la stratégie de *deliberate escalation*, l'exécution de celle-ci se placerait, dès le franchissement des premiers échelons de l'escalade, en dehors du droit international.

Quant à l'appréhension que la ratification du Protocole I, en jetant, devant les citoyens et les soldats, le discrédit sur les stratégies nucléaires, sape la crédibilité externe de la dissuasion, elle n'est pas fondée non plus. La dissuasion continuera de reposer sur la possession ostentatoire d'une panoplie complète d'armes nucléaires perfectionnées et fiables, capables de frapper l'agresseur dans ses oeuvres vives. La « menace » dissuasive est trop réelle pour ne pas être prise au sérieux par l'agresseur potentiel : il ne peut tenir l'exécution de la « menace » pour implausible. Spéculer sur l'obéissance que les responsables politiques et militaires du pays agressé et de ses alliés, ou les exécutants, témoigneraient envers les règles du droit de la guerre régissant l'emploi des armes atomiques, ce serait de sa part une imprudence inouïe. En tout cas, si la crédibilité externe de la dissuasion était vraiment affectée par son discrédit interne, ce ne serait sûrement pas parce que la connaissance du Protocole I aura mis en évidence l'antinomie absolue existant entre la dissuasion nucléaire et les règles du droit de la guerre.

III – LE PROTOCOLE I ET LES STRATÉGIES NUCLÉAIRES

Juger la légalité de l'emploi des armes nucléaires ne présente pas de rapport avec la réalité si l'on considère les armes isolément et détachées des stratégies et des tactiques nucléaires, des concepts d'emploi et des plans de tir. La légalité des stratégies nucléaires doit être appréciée selon les mêmes critères que ceux qui s'appliquent à l'emploi des armes atomiques envisagées individuellement. Il n'est pas besoin de s'arrêter à la stratégie contrevilles (ou « antidémographique »); son illégalité est absolue, non pas comme « stratégie » de dissuasion, mais comme stratégie d'emploi. L'absence de l'intention de violer le principe de l'immunité d'attaque directe de la population civile étant supposée, les autres stratégies nucléaires, officielles, envisagées ou proposées, doivent donc être jugées selon leur conformité aux principes de discrimination et de proportionnalité. Au premier de ces points de vue, le facteur essentiel réside dans la détermination des catégories d'objectifs et l'identification des objectifs concrets entrant dans ces catégories. Au second point de vue, le facteur crucial consiste dans l'étendue des pertes humaines que causeraient dans la population civile, en plus des effets de souffle et de chaleur, les effets cumulatifs de la radioactivité (principalement le *fallout*) produite par l'explosion d'un nombre massif d'armes nucléaires, stratégiques ou tactiques, effets dont l'extension dans l'espace et dans le temps n'est pas contrôlable. La gravité de ces effets est telle qu'il faut en réalité se demander, non pas quelles stratégies et quelles tactiques nucléaires doivent être considérées comme globalement illégales, mais quelles sont celles qui échappent à l'interdiction. On n'en voit guère dont les actes d'exécution, envisagés dans leur ensemble, ne tomberaient pas, d'emblée ou à partir d'un échelon très bas de l'escalade, sous le coup de l'article 51, par. 5, *b* du Protocole I et du paragraphe 41 du manuel américain *FM 27-10* amendé.

En tenant compte de la distinction entre la *declaratory policy* – qui est destinée pour partie à la dissuasion, pour partie à l'usage interne, où elle sert principalement à justifier les exigences budgétaires du Pentagone – et l'*action policy*, et faisant la part – peu importante sous l'angle des questions dont il s'agit ici – du secret qui entoure les détails des plans militaires, les stratégies qui doivent être soumises à l'examen de légalité sont, pour les pays européens membres de l'OTAN, d'abord celles qui sont conçues par les organes de l'Organisation, pour être appliquées, en cas d'agression, par les forces de l'OTAN. Mais ces pays sont également intéressés par les stratégies des États-Unis: la question de la légalité des plans d'attaques établis par le Pentagone peut d'autant moins les laisser indifférents que leur exécution, à laquelle participeraient les forces américaines stationnées en Europe, serait coordonnée avec celle du Plan des opérations nucléaires de l'OTAN.

Certains concepts qui président à la stratégie nucléaire américaine et qui sont traduits dans les plans de tir heurtent les vues et les intérêts des alliés européens, indépendamment de toute référence au droit international. Il en est ainsi d'abord de certains objectifs politiques qui orientent en partie le choix des critères en fonction desquels sont déterminées les catégories de cibles des frappes stratégiques nucléaires. On se trouve ici devant un problème dont les aspects juridiques sont complexes. Ce qu'on appelle les « buts de guerre », conçus en prévision ou au cours d'un conflit armé, n'est pas réglementé par le droit international. Toutefois, les règles du *jus in bello* qui définissent les objectifs licites d'attaques tracent indirectement des limites au choix des objectifs politiques. Les exemples suivants illustrent le rapport factuel et juridique existant entre les deux acceptions du mot « objectif ». Selon certains cercles américains, l'objectif politique que les États-Unis doivent se proposer comme principal but de guerre, en cas de conflit, c'est le démantèlement de l'empire soviétique; et cet objectif devrait se traduire dans l'adoption d'une stratégie favorisant des catégories de cibles spécialement choisies en fonction de ce but politique: les dirigeants et les cadres de l'appareil communiste ("*decapitation*", "*counterpolitical targeting*", "*counterpolitical control*", "*counterpower strategy*"). Ces idées ne peuvent rencontrer que de l'hostilité en Europe¹⁰). Les critiques dont elles sont l'objet aux États-Unis ne visent pas la question de leur conformité au droit international, mais les difficultés et surtout les risques que comporterait leur mise en pratique. Sous l'angle du droit de la guerre, il suffit de noter que l'exécution d'une stratégie contre-pouvoir entraînerait, en raison de la situation des cibles, pour la plupart protégées par des abris dont la destruction exigerait le recours à des armes nucléaires de grande puissance explosant au sol, des pertes énormes dans la population, pertes non seulement sans proportion, mais sans aucun rapport avec – pour citer le paragraphe 41 du manuel *FM 27-10* amendé – "the concrete and direct military advantage expected to be gained".

Un autre exemple de détermination des catégories de cibles en fonction d'un critère politique est la conception d'une stratégie consistant à discriminer parmi les

10. Cf., par exemple, Josef JOFFE, "Das Unbehagen an der Stabilität: Kann Europa sich konventionell verteidigen?", *Europa-Archiv*, 18/1984, pp. 549-558: « Aucun gouvernement de l'Europe occidentale ne donnera son assentiment à une stratégie qui impliquerait une menace existentielle pour l'empire soviétique en Europe orientale. » (p. 556.) – Ajoutons que cette hostilité est aussi le motif des fortes résistances manifestées par les Allemands à l'égard du concept de l'*AirLand Battle*.

objectifs militaires et surtout industriels selon des préférences ethniques et géopolitiques. Une discrimination à caractère géopolitique n'est pas nécessairement contraire au droit de la guerre: un belligérant peut choisir les objectifs légaux de ses attaques de façon à épargner au maximum tel pays de l'alliance adverse, ou telle région d'un pays ennemi, parce qu'il a, politiquement, intérêt à ménager la population de ce pays ou de cette région. Mais s'il choisit spécialement ses cibles pour frapper particulièrement tel élément ethnique ou géopolitique de la partie adverse¹¹, l'illégalité est flagrante. Les stratégies officielles américaines n'ont pas écarté, dans leurs plans de tir, le critère ethnique; plus importante est la place faite à l'objectif politique consistant à viser directement ou indirectement l'élite soviétique.

Les critiques principales qu'appellent les stratégies nucléaires officielles américaines du point de vue du droit international portent surtout sur deux points. Le premier concerne l'inclusion, dans le plan général de tir (*SIOP = Single Integrated Operational Plan*) de catégories de cibles industrielles choisies sous l'angle du potentiel de récupération de l'appareil de production de biens civils de l'Union soviétique ("*antirecovery targeting*"). Dans cette version de la stratégie contreva-leurs, les limites posées par la définition des objectifs légaux sont doublement transgressées: en ce qui concerne la nature des biens attaqués, et en ce qui concerne l'élément temporel: article 52, par. 2 du Protocole I: « ... dont la destruction totale ou partielle (...) offre en l'occurrence un avantage militaire précis », "*whose total or partial destruction ... in the circumstances ruling at the time, offers a definite military advantage*"; formule figurant textuellement, depuis 1976, au paragraphe 40, c du *FM 27-10*. Le deuxième point concerne l'étendue du *SIOP*, qui fait que toutes les autres critiques – et leur objet: les catégories de cibles auxquelles elles se rapportent – ont au fond un caractère superfétatoire: le nombre et la nature des « objectifs » dont se compose le *SIOP* sont tels qu'ils absorbent tous les critères illégaux imaginables de détermination des catégories de cibles des frappes nucléaires stratégiques. 25 000 "targets" énumérés en 1974 par la National Strategic Target List Division, 40 000 cibles potentielles identifiées en 1980 par le Joint Strategic Target Staff, inscrites dans le nouveau *SIOP*! En face de ce chiffre, et du nombre des victimes civiles « indirectes » ainsi que de l'étendue des destructions « indirectes » de biens civils qu'ils évoquent, même s'il est certain qu'une fraction seulement du plan de tir serait, et pourrait être, exécutée, en face de cet holocauste « collatéral », malgré l'amélioration de la précision du tir et la réduction correspondante de la puissance des charges nucléaires, que vaut l'affirmation, même si elle est vraie, que les États-Unis ne visent plus la population civile soviétique *per se*?

IV – POURQUOI IL FAUT RATIFIER LE PROTOCOLE I

Au moment où sont écrites ces lignes, la raison donnée, officieusement, par de hauts fonctionnaires du Département de la défense pour expliquer le refus du gouvernement américain de ratifier le Protocole I est son hostilité à la disposition de

11. "Where are the criteria for killing Russians", aurait demandé à une réunion de haut niveau Zbigniew Brzezinski, président, sous l'administration Carter, du Conseil national de sécurité; "I mean Russian Russians." Thomas POWER, "Choosing a Strategy for World War III", *The Atlantic Monthly*, novembre 1982, pp. 82-110 (p. 86).

l'article 1^{er}, par. 4, qui inclut dans le champ d'application du Protocole « les conflits armés dans lesquels les peuples luttent contre la domination coloniale et l'occupation étrangère et contre les régimes racistes dans l'exercice du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes », ainsi qu'à l'article 43, par. 1, qui a admis au statut de combattants légaux, et, partant, de prisonniers de guerre, les membres de groupes ou d'unités armés et organisés, placés sous un commandement responsable de la conduite de ses subordonnés devant la « Partie » que constitue un « peuple » visé à l'article 1^{er}, par. 4. Les conditions auxquelles est soumise la reconnaissance du privilège de combattants et la protection comme prisonniers de guerre de cette nouvelle catégorie de personnes sont suffisamment restrictives pour écarter des prétentions abusives émises par des individus ou des membres d'organisations armées. Si, malgré cela, ces deux dispositions paraissent inacceptables à un gouvernement, il est libre de formuler, lors de la ratification, une réserve. Cette question, subalterne par rapport à l'importance du Protocole I, est étrangère aux préoccupations qui font l'objet des discussions entre les gouvernements des États membres de l'OTAN relatives à la ratification du Protocole I, lesquelles portent uniquement sur l'incidence du Protocole sur le problème de la légalité de l'emploi des armes nucléaires et sur ses implications touchant la dissuasion et la stratégie nucléaires.

À ce sujet, la conclusion qui se dégage de ce qui a été dit plus haut, c'est la vanité de la non-ratification. Cette conclusion découle du libellé même de la clause nucléaire, par laquelle les deux puissances ont reconnu – et par laquelle leurs alliés et protégés reconnaîtront – que l'emploi des armes atomiques est soumis aux règles coutumières du droit international – règles qui, pour obliger les États, n'ont d'ailleurs pas besoin d'être reconnues par eux. On ne fera pas l'injure au gouvernement américain de supposer qu'il s'imagine qu'en refusant de ratifier le Protocole I, il pourrait effacer, devant ses nationaux et devant le monde, ce qu'il a écrit en 1956 et développé en 1976 dans le manuel militaire *FM 27-10*, et ce qu'il a, indirectement mais clairement, réaffirmé en 1977 en apposant sous le Protocole I sa signature, assortie d'une déclaration contenant la clause nucléaire. (Serait-ce précisément parce que le *FM 27-10* amendé l'oblige, pour justifier son opposition à la ratification du Protocole I, à chercher un motif étranger à la question des armes nucléaires, que le Pentagone a recours à un argument aussi médiocre que celui mentionné plus haut ?) Rappelons aussi les dispositions du manuel militaire britannique du droit de la guerre. Les directives en vigueur pour la *Bundeswehr* (notamment la *ZDv 15/10*, de 1961, et la *HDv 100/600*, de 1975, sont également explicites sur cette question. Le gouvernement de Bonn, en octobre 1983, dans une réponse écrite¹², et en septembre 1985, dans une déclaration devant le *Bundestag*¹³, a rappelé que les règles du Protocole qui correspondent au droit coutumier sont obligatoires indépendamment de la ratification de cet instrument. Quant à la France, elle ne peut avoir l'illusion que sa décision de rester à l'écart du Protocole I lui confère un statut à part et la délie des obligations résultant des règles coutumières relatives à l'emploi des armes, applicables indifféremment aux armes classiques et aux armes nucléaires.

12. *Antwort der Bundesregierung auf die Grosse Anfrage des Abg. Schily und der Fraktion DIE GRÜNEN – Drucksache 10/445*, 5.10.1983, p. 2

13. *Supra*, note 2.

res. Il faut d'ailleurs observer que dans la note au gouvernement suisse, citée plus haut, où il a exposé le motif de son refus d'adhérer au Protocole I, le gouvernement français a parlé de l'incidence de cet instrument sur la dissuasion nucléaire; il s'est gardé d'évoquer le problème du rapport entre le Protocole et la question de la légalité de l'emploi des armes atomiques. Ce problème n'en est pas un pour ses alliés, et il ne peut pas en être un pour la France. Sa situation à cet égard est la même que celle des États-Unis et de la Grande-Bretagne – et celle de l'URSS, que cette dernière ratifie le Protocole, avec ou sans une déclaration contenant une « clause nucléaire », ou ne le ratifie pas.

Le fait que la non-ratification du Protocole I ne modifie en rien le statut actuel des armes nucléaires en droit international, statut qui relève du droit coutumier de la guerre, ce fait ne diminue pas la force des raisons qui commandent de ratifier cette convention de codification, que l'on doit, sans exagérer, qualifier d'historique. Ces raisons se résument en un mot: la nécessité. C'est précisément l'existence des armes nucléaires qui fait que les États ont le plus grand intérêt et le devoir de ratifier le Protocole. Devant l'incapacité de la société internationale d'empêcher la survenance de conflits armés, et à défaut du désarmement nucléaire, objectif utopique, le Protocole constitue le seul bouclier accessible contre l'anéantissement mutuel des sociétés et la barbarie. Bouclier de papier? Non. Il consiste, certes, dans des normes, par définition violables. Mais la violation implique, également par définition, la conscience de l'existence d'une norme dont ceux qui l'ont, en vertu de leur fonction, créée et, selon leur compétence, imposée, ont reconnu la nécessité.

L'importance du Protocole n'est pas moindre en ce qui concerne les armes classiques. Le souvenir des bombardements de Coventry, de Hambourg, de Dresde et de Tokyo suffit pour montrer combien la réaffirmation des règles du « droit de La Haye », mais aussi leur développement, étaient nécessaires. Quant au « droit de Genève », la nécessité de son *aggiornamento* a conduit, au lendemain de la Deuxième Guerre mondiale, à l'adoption des quatre Conventions de Genève, dont la quatrième, nouvelle, est consacrée à la protection des personnes civiles, essentiellement contre les traitements inhumains, et dont la troisième, relative au traitement des prisonniers de guerre, est venue étendre le statut de prisonniers de guerre aux membres de mouvements de résistance remplissant certaines conditions. Ces deux catégories de règles introduites en 1949 ont été améliorées par le Protocole I. Ces règles nouvelles présentent le même intérêt pour les pays européens membres de l'OTAN et pour ceux du Pacte de Varsovie. C'est aussi le cas des règles nouvelles, introduites par le Protocole, qui « développent » le « droit de La Haye ». Aucune des règles nouvelles du Protocole n'avantage l'un ou l'autre des deux camps. Il en est ainsi également de la clause nucléaire, dont, sur le plan juridique comme sur le plan militaire, les effets sont absolument égaux pour les deux blocs, puisqu'elle consiste précisément dans la réaffirmation que pour l'emploi des armes atomiques, les puissances sont assujetties aux règles du droit coutumier de la guerre, qui sont les mêmes pour tous les États.

Que l'on n'objecte pas que dès que, dans un conflit entre les deux alliances, serait franchi le seuil nucléaire, le Protocole I serait réduit en fumée. Entre une guerre classique-nucléaire (en Europe, l'expression « guerre nucléaire » ne peut avoir que le sens de conflit classique-nucléaire), dont les belligérants prétendraient

qu'elle ne serait pas soumise aux règles du droit de la guerre, et qui serait conduite conformément à cette prétention ou à cette idée, et une guerre qui comporterait, « naturellement », des violations des règles réaffirmées par le Protocole, violations commises délibérément ou « par la force des choses », mais que l'État infracteur serait obligé de justifier, fût-ce de la plus mauvaise foi, la différence est grande. Même violé, le Protocole I remplirait une fonction inappréciable : celle de servir de référentiel de civilisation.

V – CONSÉQUENCES DE LA NON-PARTICIPATION DES ÉTATS-UNIS AU PROTOCOLE I

Dans un conflit entre les deux alliances, différentes hypothèses sont à envisager quant aux conséquences de la non-participation d'un ou de plusieurs membres de l'OTAN ou des États du Pacte de Varsovie au Protocole I :

- Hypothèse I : Tous les membres de l'Alliance atlantique, à l'exception des États-Unis, de la France et de la Turquie, sont parties au Protocole, ainsi que les États du Pacte de Varsovie.
- Hypothèse II : La Grande-Bretagne décide, elle aussi, de ne pas ratifier, les États du Pacte de Varsovie étant parties.
- Hypothèse III (peu probable) : Seule parmi les membres européens non nucléaires de l'OTAN, la R.F.A. ne ratifie pas, les États du Pacte de Varsovie étant parties.
- Hypothèse IV (optimiste) : Tous les États membres de l'une et de l'autre alliance sont parties au Protocole I.
- Hypothèse V (pessimiste) : Les États du Pacte de Varsovie ne ratifient pas le Protocole I.

Quelles règles du droit international seraient applicables dans ces différentes hypothèses ?

- Hypothèse I à III : Entre les États parties au Protocole, l'intégralité de celui-ci, mais en tenant compte de la « clause nucléaire » ; entre les puissances non-parties et les États du Pacte de Varsovie, seules les règles du droit international coutumier.
- Hypothèse IV : Tout le Protocole I, en tenant compte de la « clause nucléaire ».
- Hypothèse V : Le Protocole ne serait pas en vigueur entre les États membres des deux alliances ; seules seraient applicables les règles du droit coutumier.

Les hypothèses I à III sont très théoriques. Elles négligent plusieurs facteurs, dont les plus décisifs sont : a) Le degré d'intégration des forces de l'OTAN ; b) le fait que toutes les armes atomiques basées sur le continent européen sont la propriété et se trouvent sous le contrôle des États-Unis ; c) la procédure d'emploi de ces armes, qui exige la coopération entre des membres des forces américaines, pour le déblocage des ogives nucléaires, et des membres des forces du pays de stationnement, qui détiennent et manient les vecteurs ; d) la place qu'occupent au sein, ou pour mieux dire à la tête de l'OTAN, les États-Unis ; e) lié à la situation hégémonique des États-Unis, le caractère politiquement et juridiquement très particulier de la position du Commandant des forces alliées en Europe (SACEUR), qui est en même

temps le Commandant en chef des forces américaines en Europe (CINCEUR). Ces facteurs entrent difficilement dans les présuppositions et les moules du droit international traditionnel, auxquels est aussi ordonné, au point de vue formel, le Protocole I. Ils pourraient, en cas de conflit, et dans l'hypothèse où les États-Unis maintiendraient leur refus de ratifier le Protocole I, déterminer l'URSS et ses alliés à déclarer le Protocole inapplicable dans leurs rapports avec l'ensemble des pays de l'OTAN.

Les règles applicables dans les cinq hypothèses énumérées se différencient donc selon une double distinction, qui est celle-là même qui forme l'enjeu du débat sur la ratification du Protocole I: la distinction entre les règles coutumières du droit de la guerre et l'intégralité des règles du Protocole I, et, coïncidant avec cette distinction, celle entre les règles applicables à l'emploi des armes classiques et des armes nucléaires, et qui lient tous les États, et les règles applicables seulement à l'emploi des armes classiques, règles qui obligent les États parties au Protocole.

Bien que l'utilisation d'armes atomiques donnerait à un conflit en Europe sa physionomie particulière, il ne faut pas perdre de vue que c'est l'emploi des armes classiques qui, numériquement, dominerait. Les armes atomiques américaines en Europe se trouvent profondément engrenées dans les forces conventionnelles. La double distinction dont nous venons de parler prend ici toute son importance. Celle-ci, il est vrai, a été amoindrie par les deux amendements introduits en 1976 dans le manuel américain *FM 27-10*, dont il faut souligner la portée. Ils constituent la répudiation la plus nette des doctrines, d'inspiration douhétienne, des Mitchell, Trenchard, Harris etc., à l'aide desquelles on a tenté de « rationaliser », dans la Deuxième Guerre mondiale, la pratique du *target area bombing*, pratique dont on a argué ensuite pour affirmer la « normalité » et donc la légalité de la bombe de Hiroshima. Il n'en reste pas moins que la double différence continue d'exister, et pas seulement sur le papier. Les membres des forces américaines doivent obéir à un seul code, pour l'emploi des armes nucléaires et classiques: les règles en vigueur avant le Protocole I. Les membres des forces des États parties au Protocole doivent avoir à l'esprit et suivre deux codes: l'un applicable aux seules armes atomiques, et qui est formé des règles coutumières réaffirmées par le Protocole I, l'autre applicable aux armes classiques, qui consiste dans l'intégralité de ce dernier.

Cette dichotomie a un caractère très pratique dans différentes situations, dont nous citerons trois:

– *Les systèmes d'armes dits « dual capable »*. Certains des vecteurs détenus et maniés par des soldats de la *Bundeswehr* peuvent être chargés de munitions atomiques ou classiques; et ce sont les mêmes équipes qui, avec les mêmes engins, doivent exécuter leurs missions alternativement avec des ogives nucléaires ou classiques, et les mêmes commandants qui doivent assigner les objectifs à ces mêmes équipes pour les deux sortes de munitions. N'impose-t-on pas ici à la conscience juridique de ces officiers une véritable gymnastique, cérébrale et morale?

– *La procédure dite de la « double clef »*. Toutes les armes nucléaires américaines affectées à l'OTAN et basées sur le continent européen sont détenues par les forces américaines. Pour une partie de ces armes, environ la moitié selon certaines

sources, les vecteurs sont la propriété du pays de stationnement et mis en action par les forces de ce dernier. C'est le système de la « double clef ». Théoriquement, cette dualité ne devrait pas, pour ce qui est de la question des règles du droit de la guerre applicables au lancement des armes nucléaires, créer des difficultés, les deux « clefs » étant adaptées au même « code », le droit international coutumier: pour les Américains en raison de leur non-participation au Protocole I, pour les Allemands en vertu de la « clause nucléaire ». Dans la pratique, les choses sont plus compliquées. Des divergences surgiraient, inévitablement, touchant l'interprétation des règles coutumières, que les Américains n'entendront pas dans le même sens que les Allemands, pour qui la forme dans laquelle ces règles ont été réaffirmées par le Protocole, et qui est pour eux obligatoire en ce qui concerne l'emploi des armes classiques, est aussi, *prima facie*, applicable à l'emploi des armes atomiques.

En fait, les divergences d'interprétation auraient des causes plus profondes que des controverses juridiques: elles découleraient de conflits d'intérêts inconciliables, dont nous ne mentionnerons que deux. Nous avons déjà parlé de la problématique relative à la règle nouvelle que constitue l'article 49, par. 2, du Protocole. Pour les attaques par armes classiques contre les forces de l'envahisseur et des objectifs militaires situés dans les régions envahies, les Allemands seraient tenus d'observer les mêmes interdictions et limitations, imposées par le Protocole, que pour les attaques contre des objectifs sur le territoire de l'agresseur ou de ses alliés. Pour des attaques nucléaires contre les mêmes cibles, ils seraient obligés seulement, comme le sont les Américains pour leurs attaques nucléaires et classiques, de respecter les règles du droit coutumier. Pour les Allemands, le territoire de la R.D.A. ne serait pas un territoire ennemi à l'égal du territoire des autres pays du Pacte de Varsovie. À leurs yeux, les habitants de « l'autre Allemagne » sont des Allemands; le gouvernement et le peuple de la R.F.A. se sentent responsables de leur protection. Ils accepteraient difficilement que les Américains, dont les "*collateral damage constraints*" distinguent entre les dommages causés involontairement à la population d'un pays « ami » et les autres,¹⁴) fassent entrer la population de la R.D.A. dans cette seconde catégorie. (Observons à ce propos qu'une discrimination « en moins », dans le calcul des dommages collatéraux prévisibles, ne serait pas illicite, pourvu que ceux causés dans la population civile des nations non favorisées ne soient pas « excessifs par rapport à l'avantage militaire concret et direct attendu » [art. 51, 5, *b* du Protocole I: § 41 du *FM 27-10* amendé], pour autant que ce calcul soit possible et que, compte tenu des effets de la radioactivité provoqué par l'utilisation du premier "*nuclear weapons package*" – lequel peut comprendre plus de cent armes atomiques tactiques: c'est cela qu'il faut comprendre sous l'expression de "*first use*"! – la notion de « dommages collatéraux » aurait encore un sens.)

– *Le système des "two hats"*. C'est au sens propre et au sens figuré le couronnement de la dichotomie qui caractérise – en l'absence d'un code unique du droit de la guerre – le régime des règles de droit international obligatoire pour les forces des

14. "Collateral damage is an *undesirable* civilian materiel damage or personnel injuries produced by the effects of friendly nuclear weapons." *Departement of the Army Field Manual FM 101-31-1: Staff Officers' Field Manual, Nuclear Weapons Employment Doctrine and Procedures*, mars 1977, § 2-6, *a* (p. 7).

différents pays de l'OTAN. En tant que chef de l'organisation militaire intégrée de l'OTAN, le SACEUR est responsable devant le Comité militaire, qui est un organe interallié. Mais il cumule cette fonction avec une fonction nationale de la plus haute importance: celle de Commandant des forces américaines en Europe; en cette qualité, il est soumis directement à l'autorité du président des États-Unis. Celui-ci est seul compétent pour autoriser les forces placées en cas de guerre sous la direction du SACEUR d'employer des armes nucléaires. Il communiquera cette autorisation au SACEUR, qui a seul le droit de donner l'ordre de feu nucléaire sur le théâtre européen, après des consultations avec les gouvernements des pays directement touchés par cette décision et le Comité des plans de défense (CPD), – si les circonstances et le temps permettent ces consultations. Mais si le président américain ne peut ordonner au SACEUR le déclenchement du tir nucléaire, qui est une décision relevant de l'autorité de ce dernier en tant qu'organe de l'OTAN, il peut donner à ce même commandant, en sa qualité de CINCEUR, l'ordre de mettre à feu les armes nucléaires non affectées à l'OTAN et placées sous son commandement, qui seront alors lancées par des vecteurs (fusées, avions ou sous-marins nucléaires) américains. Ainsi, quand le SACEUR/CINCEUR agit sous le « chapeau » OTAN, celui-ci coiffe une tête où doivent cohabiter deux consciences juridiques, et qui doit donner des ordres selon cette conscience composite.

Comment l'adversaire réagira-t-il à cet ensemble de facteurs ambigus? Responsabilité solidaire? L'adversaire ne pourra pas toujours, et ne pourra peut-être que rarement, identifier l'élément des forces de l'OTAN d'où seront partis les coups nucléaires dont il est l'objet. Il dirigera ses attaques contre les objectifs qu'il lui paraît nécessaire de frapper, sans se soucier de leur nationalité, – mais qui sont tous situés sur le territoire de la R.F.A. Tant que les attaques nucléaires des forces de l'OTAN n'enfreindront pas les règles coutumières du droit de la guerre, il ne pourra être question que de riposte, non pas de représailles. Si ces mêmes forces emploient des armes atomiques d'une façon illicite, pourra-t-on demander aux Russes de ne recourir à des représailles – non interdites par le Protocole à l'encontre des forces armées et des objectifs militaires – que contre les forces ou des biens appartenant à celui des États membres qu'ils auront identifié comme l'auteur des attaques illicites? Il est difficile de leur contester le droit de diriger des représailles à l'identique (*reprisals in kind*), à leur choix, soit contre les forces américaines, qui ont la propriété et le contrôle des armes nucléaires, soit contre les forces ou des objectifs de la R.F.A. Et cela non seulement dans l'hypothèse où il serait établi que les attaques interdites auraient été effectuées au moyen de vecteurs appartenant à la R.F.A., mais dans tous les cas, pour deux motifs: premièrement la participation de la République fédérale à la planification commune des opérations nucléaires¹⁵; deuxièmement le principe que, en règle générale, un belligérant est responsable des actes de guerre illicites commis sur son territoire ou à partir de celui-ci par les forces d'un allié. Mais n'est-il pas vrai que dès le franchissement des premiers échelons de l'escalade, la distinction entre ripostes licites et représailles deviendrait vite impossible? Dans tous les cas, le territoire de la R.F.A. serait l'objectif désigné des unes et

15. Principe expressément reconnu par le gouvernement de Bonn, dans le contexte spécifique dont il est question dans le texte; cf. *supra* note 12, p. 3.

des autres. Sans doute le fait de ratifier le Protocole I ne pourra-t-il lui épargner ce sort. Mais la protection de sa population sera rendue encore bien plus précaire par la non-participation des États-Unis au Protocole I, décision qui, même si elle ne devait pas entraîner cette conséquence – probable – que l'URSS et ses alliés déclareraient le Protocole I inapplicable dans les rapports avec l'ensemble des pays de l'OTAN, prive la ratification du Protocole par les autres membres de l'OTAN, et en premier lieu la R.F.A., d'une partie importante de ses effets bénéfiques.