LA LICÉITÉ DES RÉCENTS ESSAIS NUCLÉAIRES INDIENS ET PAKISTANAIS

par

Florent BAUDE

Attaché d'Enseignement et de Recherche à l'Université de Lille II
Chercheur à l'Institut de Recherches Internationales Européennes et de Défense

Le 23 juin 1997, l'Inde et le Pakistan ont conclu un accord de sécurité visant à réduire les tensions réciproques issues d'une discorde sur le Cachemire. Cet accord met notamment en place un mécanisme pour prévenir les possibilités de conflit entre ces deux Etats [1]. Une année plus tard, ceux-ci franchissent néanmoins le seuil nucléaire en réalisant des essais atomiques à contre-courant de la pratique suivie par la Communauté internationale [2] depuis l'adoption du *Traité d'interdiction complète des essais nucléaires* (ci-après T.I.C.E.N.), le 26 septembre 1996 [3].

Les essais indiens [4] et pakistanais [5] ont étonné. La doctrine internationaliste, spécialisée dans le droit de la sécurité et le désarmement, a pu mesurer à quel point il est délicat de prendre des positions juridiques fermes dans ce domaine. De fait, dans une conférence prononcée à Aix-en-Provence en décembre 1997, un spécialiste aussi averti que le professeur Serge Sur n'estimait-il pas que : "*sans être en vigueur, le T.I.C.E.N. exerce un effet de pression et l'on ne peut imaginer qu'un État, dans les circonstances présentes, envisage de reprendre les essais*" [6]. C'est dire si ces essais nucléaires battent en brèche un nombre conséquent d'acquis et de convictions juridiques. Il importait donc d'y revenir et de mesurer leur impact au plan du droit international de la sécurité. Pour autant, il était cependant utopique de le faire "*à chaud*", sans le recul nécessaire et suffisant. Pratiquement deux années après l'ouverture de la boîte de Pandore, il est désormais possible de tirer certaines conclusions.

Sur le plan juridique, en effet, la question de la licéité des essais nucléaires et pakistanais se pose avec d'autant plus d'acuité que ces essais ont été condamnés par la Communauté internationale alors que ni l'un ni l'autre des États concernés ne sont juridiquement rattachés au régime juridique de non-prolifération des armes atomiques. De prime abord, ces essais semblent donc correspondre à un acte licite de souveraineté (I). Cependant, après examen, ils constituent sans conteste possible un manquement à une *communis opinio juris* (II).

I. UN ACTE LICITE DE SOUVERAINETÉ ?

Dès l'origine, l'Inde a été l'un des plus farouches opposants de la bombe nucléaire. En novembre 1964, le Premier ministre Shastri déclare ainsi que son pays ne fabriquera pas de bombe nucléaire [7]. Postérieurement, le 15 septembre 1965, ce pays est au nombre de ceux qui concluent un mémorandum commun pour

1 V. Chronique des faits internationaux, *RGDI Publ.*, 1997-II, p. 1036.
2 *Cf. Déclaration de la Chine sur l'arrêt de ses essais nucléaires*, Pékin, 29 juillet 1996 *in D.A.I.*, 1996, 11, n° 354, p. 774 ; *Intervention du représentant permanent de la France auprès de la Conférence sur le désarmement annonçant l'arrêt définitif pour la France de ses essais nucléaires à compter de la signature du T.I.C.E.N. à l'automne 1996* (Genève, 10 août 1995), *in D.A.I.*, 1995, 19, n° 284, p. 638 ; *Déclaration des cinq membres permanents du Conseil de sécurité de l'O.N.U. sur la non-prolifération et le désarmement nucléaires* (New-York, 8 avril 1997), *in D.A.I.*, 1997, 11, n° 142, p. 357.
3 Le traité a été adopté par 158 Etats et a fait l'objet de 3 votes négatifs (Inde, Bhoutan et Libye) et de cinq abstentions (Cuba, Tanzanie, Syrie, Liban et Maurice) ; sur ce point, v. notamment Paul Tavernier, "L'adoption du Traité d'interdiction complète des essais nucléaires", *Annuaire fr. dr. int.*, 1996, pp. 118-136 ; Joëlle Bourgeois, "L'interdiction complète des essais nucléaires", *in* S.F.D.I., *Le droit international des armes nucléaires*, Journée d'études, Paris, Pédone, 1998, pp. 75-83 ; Hubert Thierry, "L'entrée en vigueur du TICE", *in Mélanges Raymond Goy, Du droit interne au droit international, le facteur religieux et l'exigence des droits de l'homme*, Publications de l'Université de Rouen, 1998, pp. 449-454.
4 Les essais indiens ont eu lieu le lundi 11 mai 1998 (3 essais) et le mercredi 13 mai 1998 (2 essais) sur le site de Pokhran, dans le désert du Rajastan.
5 Les cinq essais pakistanais se sont déroulés le jeudi 28 mai 1998 et le samedi 30 mai 1998 sur le site de Chagaï, dans le désert occidental du Balouchistan.
6 Il est vrai que l'auteur évoquait une "*reprise*" des essais par les Etats possesseurs d'armes nucléaires, *cf.* Serge Sur, "Les Nations Unies et le désarmement", *L'observateur des Nations unies*, 4-1998, p. 96.
7 *Cf.* Georges Fischer, *La non-prolifération des armes nucléaires*, Bibliothèque de droit international, Paris, L.G.D.J., 1969, p. 156.

résoudre le problème de la non-prolifération des armes nucléaires [8].

Finalement, en 1974, soit moins de dix années plus tard, l'Inde procède pourtant à une expérimentation qualifiée de "*pacifique*" défiant ainsi les Etats occidentaux, peu de temps avant la première Conférence des parties chargées de l'examen du *Traité sur la non-prolifération des armes nucléaires* (ci-après T.N.P.) qui devait se tenir à Genève du 5 au 30 mai 1975 [9]. Depuis lors, l'Inde et le Pakistan – qui calque son attitude sur celle de son voisin – ont toujours refusé d'adhérer audit traité. Ceci explique, par suite, que les essais nucléaires indiens et pakistanais ne soient guère justiciables du régime *conventionnel* de non-prolifération (1.1.). De surcroît, même si un mouvement vers l'universalisation du T.N.P. est observable, ces Etats ne sauraient davantage être considérés *a priori* comme des insoumis, négateurs de la "*légalité internationale*", car leurs essais apparaissent conformes à l'une des brèches entrouvertes par l'avis rendu par la Cour internationale de justice sur la *licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires* [10], le 8 juillet 1996 (1.2.).

1.1. Des essais non justiciables du régime conventionnel de non-prolifération

Le régime de non-prolifération se compose évidemment du T.N.P. qui, selon l'expression consacrée, en constitue la pierre angulaire. Pour autant, ce traité quasi universel [11] n'épuise pas le domaine. Font notamment partie de ce régime les directives de Londres [12] et de Varsovie [13] ainsi que les traités établissant des zones exemptes d'armes nucléaires (ci-après Z.E.A.N.) [14]. Il serait également approprié d'y rattacher le *Traité interdisant les essais d'armes nucléaires dans l'atmosphère, dans l'espace extra-atmosphérique et sous l'eau,* ouvert à la signature le 8 août 1963 [15]. Cependant, ce traité doit être ici écarté car il ne prohibe nullement les essais souterrains.

Aussi, dans la mesure où les directives susvisées ne concernent pas directement l'interdiction des essais et parce que nulle Z.E.A.N. n'est établie en Asie du Sud, c'est uniquement de l'absence de violation du T.N.P. (1.1.1.) et du T.I.C.E.N. (1.1.2.) dont il faut faire état, ces deux traités interdisant d'effectuer des essais souterrains.

1.1.1. L'absence de violation du T.N.P.

La Convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités consacre le principe de l'effet relatif des traités [16]. Or, ni l'Inde ni le Pakistan ne sont parties au *Traité sur la non-prolifération des armes nucléaires.* Sur le plan strict du droit conventionnel, les essais nucléaires indiens et pakistanais ne violent aucunement la stipulation aux termes de laquelle : "*tout État non doté d'armes nucléaires qui est Partie au traité s'engage (...) à ne fabriquer ou acquérir de quelque (...) manière des armes nucléaires ou autres dispositifs nucléaires explosifs*" (art. II). Quoi qu'il en soit, indépendamment de tout processus coutumier, il importe de rechercher si cet instrument est susceptible de générer des obligations en dehors de celles pouvant découler de la signature et/ou de la ratification.
Le T.N.P., ouvert à la signature à Londres, Moscou et Washington le 1er juillet 1968, est entré en vigueur le 5 mars 1970 [17]. Il comporte une obligation de *non-prolifération horizontale* qui interdit à un Etat non doté d'armes nucléaires (ci-après E.N.D.A.N.) de le devenir

8 *Mémorandum commun sur la non-prolifération des armes nucléaires,* 15 septembre 1965, *in Documents officiels de la Commission du désarmement, Supplément de janvier à décembre 1965,* document DC/227, annexe I, sect. E.
9 *Cf.* Georges Fischer, "La Conférence des parties chargées de l'examen du Traité sur la non-prolifération des armes nucléaires", *Annuaire fr. dr. int.*, 1975, pp. 9-43.
10 C.I.J., avis, 8 juillet 1996, *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, Rec.* 226.
11 Au 17 juin 1999, le T.N.P. comprenait 187 Etats parties (le dernier Etat à y avoir adhéré est le Brésil, le 18 septembre 1998) alors que par comparaison l'Organisation des Nations unies compte 188 membres, depuis l'admission de la République de Kiribati, de la République de Nauru et du Royaume de Tonga, le 14 septembre 1999. Ces chiffres proviennent des serveurs *internet* de l'A.I.E.A. (http ://www.iaea.org) et de l'O.N.U. (http ://www.un.org).
12 *Directives relatives aux transferts d'articles nucléaires, adoptées par le Groupe des 15 fournisseurs nucléaires,* Londres, 21 septembre 1977, INFCIRC/254, 1977, *in Les Nations Unies et la non-prolifération des armes nucléaires,* Série Livres bleus des Nations Unies, Vol. III, 1995, doc. 19, p. 119 ; *Directives relatives aux transferts d'articles nucléaires* (révision des Directives de Londres), Lucerne, 1er avril 1993, INFCIRC/254/Rev. 1/Part 1/Mod. 1, août 1993, *id.*, doc. 41, p. 175.
13 *Directives applicables aux transferts d'équipements et de matières à double usage dans le domaine nucléaire, ainsi que les technologies s'y rapportant* (Directives de Varsovie), Varsovie, 3 avril 1992, INFCIRC/254/Rev. 1/Part 2, juillet 1992, *id.*, doc. 39, p. 172.
14 *Traité visant l'interdiction des armes nucléaires en Amérique latine,* 14 février 1967, Mexico, Nations Unies, Recueil des Traités, vol. 634, p. 281 ; *Traité sur la zone dénucléarisée du Pacifique Sud,* Rarotonga, 6 août 1985, *I.L.M.*, vol. XXIV, 1985, p. 1440 ; *Traité sur une zone exempte d'armes nucléaires en Afrique,* Addis Abeba, 11 avril 1996, *I.L.M.*, vol. XXXV, 1996, p. 453 ; *Traité sur une zone exempte d'armes nucléaires en Asie du Sud-Est,* Bangkok, 15 décembre 1995, *I.L.M.*, vol. XXXV, 1996, p. 698.
15 *Traité interdisant les essais d'armes nucléaires dans l'atmosphère, dans l'espace extra-atmosphérique et sous l'eau,* 5 août 1963, Nations unies, *Rec. des traités,* vol. 480, n° 6964, p. 43.
16 *Convention sur le droit des traités,* Vienne, 23 mai 1969 *in RGDI Publ.*, 1969, p. 919 : Art. 34 : " Un traité ne crée ni obligations, ni droits pour un Etat tiers sans son consentement ".
17 *Cf.* Jean Klein, *Maîtrise des armements et désarmement, les accords conclus depuis 1945,* Paris, La documentation française, 1991, p. 73 sqq.

(art. II). En revanche, il n'interdit pas aux Etats dotés d'armes nucléaires (ci-après E.D.A.N.) d'améliorer leur arsenal en augmentant le nombre d'armes dont ils disposent ou leur qualité. Il ne contient donc guère d'obligation de *non-prolifération verticale* [18]. En somme, le T.N.P., traité multilatéral général quasi universel, érige un droit dans lequel les armes nucléaires ne sont légales qu'entre certaines mains. On sait d'ailleurs que c'est principalement pour ce motif que l'Inde et le Pakistan ont refusé d'y adhérer.

Hormis cette différence de traitement, c'est la distinction de "*statut*" entre E.D.A.N. et E.N.D.A.N. dont il convient d'apprécier la valeur juridique. A cet égard, force est de constater que les dispositions de l'article IX § 3 sont insérées dans les clauses finales dudit traité. Ces dispositions précisent que :

"*Aux fins du présent traité, un Etat doté d'armes nucléaires est un Etat qui a fabriqué et fait exploser une arme nucléaire ou un autre dispositif nucléaire explosif avant le 1er janvier 1967*".

Même si les parties contractantes ont pris à l'origine la précaution de préciser que ledit statut d'E.D.A.N. était limité *aux fins du présent traité*, l'insertion dans les clauses finales tend à démontrer sa validité *ab initio*. Qui plus est, la Cour Internationale de Justice semble l'interpréter comme un véritable statut objectif, s'imposant *erga omnes*, et n'hésite pas à employer l'expression en dehors de toute référence au T.N.P. [19]. Or, à notre connaissance, mis à part ce dernier instrument et certaines résolutions [20], il n'y a que le *Traité sur la zone dénucléarisée du Pacifique Sud* qui utilise cette expression [21].

En tout état de cause, la Cour ne saurait créer le droit. C'est pourquoi le recours, en dehors de ces deux traités, à la locution "E.D.A.N." constitue, au plus, une facilité de langage. En fait, la validité d'un statut objectif dépend de la capacité des Etats qui en sont promoteurs d'en garantir le respect par les Etats tiers. Pour les professeurs Daillier, Pellet et Nguyen Quoc Dinh, "*l'effectivité prédomine en ce domaine*" [22]. A cet égard, les essais indiens et pakistanais feraient plutôt état d'une absence d'effectivité d'un tel régime, ou à tout le moins, de lézardes dans les fondations d'une effectivité étayée depuis plus de trente ans...

1.1.2. L'absence de violation du T.I.C.E.N.

Ici encore, ni l'un, ni l'autre de ces Etats n'ont signé et ratifié le T.I.C.E.N. excipant, une nouvelle fois, de son caractère discriminatoire. Par principe, ils ne sauraient donc être obligés sur ce fondement. L'obligation fondamentale de l'article 1er selon laquelle : "*chaque État partie s'engage à ne pas effectuer d'explosion expérimentale d'arme nucléaire ou d'autre explosion nucléaire* (...)" [23] leur est *res inter alios acta*. Une difficulté surgit cependant de leur insertion dans l'annexe 2 dudit traité [24]. Celle-ci contient effectivement la liste des pays dont la ratification est indispensable pour son entrée en vigueur. De fait, les États ainsi répertoriés possèdent tous des centrales nucléaires et des réacteurs de recherche. Il convient donc d'examiner si cette insertion est porteuse d'une obligation particulière. C'est ce que l'Inde a pu croire. Ayant, en effet, annoncé antérieurement à l'insertion de cette annexe, son intention de ne pas signer le T.I.C.E.N., elle a manifesté son désaccord en affirmant qu'une telle annexe : "*est sans précédent dans la pratique des négociations internationales et va à l'encontre du droit international coutumier qui stipule* (sic) *qu'un traité ne crée pas d'obligations pour un État tiers sans son consentement*" [25].

Effectivement, l'article XIV de cet instrument prévoit que si le traité n'est pas entré en vigueur

18 Sur la distinction entre non-prolifération verticale et horizontale, v. Georges Berlia, *Problèmes de sécurité internationale et de défense*, Paris, Les cours de droit, 1975, p. 137.

19 La Cour affirme, p. ex., que "le protocole [du Traité visant l'interdiction des armes nucléaires en Amérique latine (Traité de Tlatelolco)] a été signé et ratifié par les *cinq Etats dotés d'armes nucléaires*", *in* C.I.J., avis, 8 juillet 1996, *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, *loc. cit.*, § 59 (l'expression E.D.A.N. n'est nullement insérée dans ce traité).

20 Comme la résolution S-10/2 de l'Assemblée générale de l'O.N.U. : "*Tous les Etats, en particulier les Etats dotés d'armes nucléaires, devraient considérer diverses propositions visant à assurer le non-recours aux armes nucléaires et la prévention de la guerre nucléaire*", *in* Nations Unies, *Document final de la dixième session extraordinaire consacrée au désarmement*, Service de l'information, New-York, §§ 60-63 (nos italiques); v. également la résolution 3472 B (XXX) qui porte notamment "*Définition des principales obligations des Etats dotés d'armes nucléaires à l'égard des zones exemptes d'armes nucléaires et des Etats qui en font partie*", *in* A/ Rés. 3472 B (XXX), *Etude complète de la question des zones exemptes d'armes nucléaires sous tous ses aspects*, 11 décembre 1975.

21 *Traité sur une zone exempte d'armes nucléaires dans le Pacifique Sud*, *loc. cit.*, (art. 4).

22 Patrick Daillier, Alain Pellet et Nguyen Quoc Dinh, *Droit international public*, 6e éd., Paris, L.G.D.J., 1999, p. 248.

23 *Traité d'interdiction complète des essais nucléaires*, 10 septembre 1996, *in D.A.I.*, 1996, 11, n° 21, p. 851.

24 Annexe 2, Liste d'États établie en application de l'article XIV, *id.*

25 *In* A/50/PV. 123, p. 16 ; A/50/PV.125, p. 4.

trois ans après son ouverture à la signature, une Conférence des Etats ayant ratifié le texte pourra être réunie et envisager de prendre des mesures "*suivant le droit international en vue d'accélérer le processus de ratification et de faciliter ainsi l'entrée en vigueur à une date rapprochée*". Est-ce à dire qu'il y aurait une obligation de signer et ratifier pour certains Etats et pas pour les autres ? Et qu'à défaut, des sanctions pourraient être prises à l'encontre des réfractaires ? Cette annexe est effectivement insolite. Néanmoins, coupant court à toute extrapolation, le président du Comité spécial, M. Ramaker, a catégoriquement exclu, dans sa déclaration du 9 août 1996, le recours à des sanctions prévues dans le cadre du Chapitre VII de la Charte des Nations unies [26]. Ce dernier a par ailleurs exprimé sa forte conviction que l'article litigieux ne portait pas atteinte au droit souverain de tout Etat de décider seul de signer le T.I.C.E.N. ou de ne pas le faire [27].

Cette conférence s'est tenue du 6 au 8 octobre 1999. Dans une déclaration finale, les Etats qui ont signé et/ou ratifié le T.I.C.E.N. se sont contentés d'appeler "(...) *all States that had not signed the Treaty to sign and ratify it as soon as possible and refrain from acts that would defeat its object and purpose in the meanwhile*"(...tous les États qui n'avaient pas signé le traité à le signer et à le ratifier aussitôt que possible et dans l'intervalle, à s'abstenir d'actes qui nuiraient à son objet et à son but). Ils ont également réaffirmé "*their commitment to the Treaty's basic obligations and their undertakings to refrain from acts which would defeat the object and purpose of the Treaty pending its entry into force*" (leur accord avec les obligations basiques du traité et leur engagement de s'abstenir d'actes qui nuiraient à l'objet et au but du traité dans l'attente de son entrée en vigueur) [28]. On voit bien par là que l'article XIV n'édicte nullement une obligation de résultat. Et, plutôt que de porter atteinte aux droits de l'Inde ou du Pakistan, il nous semble qu'il contribue au contraire à renforcer leur position respective, en les élevant au rang d'*Etat directement intéressé* dont l'absence de plein accord empêche une interdiction complète des essais nucléaires [29]. En revanche, ce qui peut *a priori* davantage étonner réside dans le fait que la jurisprudence consultative de la C.I.J. concoure également à "*légaliser*" les essais contestés.

1.2. Des essais conformes à l'avis de la C.I.J. relatif à la licéité de l'emploi ou à la menace d'emploi d'armes nucléaires

Dans son avis consultatif du 8 juillet 1996, la Cour a rejeté par un raisonnement *a contrario* l'illégalité *per se* intrinsèque [30] de la menace ou de l'emploi de l'arme nucléaire et, donc *a fortiori,* de l'arme nucléaire en tant que telle [31]. Partant, deux Etats non parties au T.N.P. et au T.I.C.E.N. peuvent donc "*légalement*" détenir des armes nucléaires (1.2.1.) ; qui plus est à des fins dissuasives (1.2.2.).

1.2.1. La légalité de la détention d'armes nucléaires par l'Inde et le Pakistan

Antérieurement à ce que la C.I.J. ne rende son avis, la situation des "*Etats du seuil*" ou "*officieusement nucléaires*" [32] est claire. Politiquement, la détention d'armes nucléaires est difficilement tenable. Que ce soit à l'Assemblée générale des Nations Unies ou lors des Conférences d'examen du T.N.P., leur situation fait l'objet d'une dénonciation, le but ultime étant l'universalité du T.N.P. [33]. Au surplus, ceux-ci subissent la pression de son

26 *In* CD 1425, p. 14 ; à cet égard ; v. Paul Tavernier, "L'adoption du Traité d'interdiction complète des essais nucléaires", *loc. cit.*, p. 134.
27 *In* CD 1425, p. 14 ; v. Carole Breiller Tardy, "Le Traité d'interdiction complète des essais nucléaires", *Arès, défense et sécurité*, vol. XVI/2, 1998, p. 45.
28 *Final Declaration unanimously adopted at CTBT Conference*, Vienna, 8 octobre 1999, *in* http ://www.ctbto.org/article_xiv/press_release5.shtml.

29 Sur la problématique de l'Etat intéressé en droit international, v. Jean-Pierre Quéneudec, "La notion d'Etat intéressé en droit international", *R.C.A.D.I.*, 1995/V, vol. 255, pp. 339-451.
30 Illegality *per se* ou " *intrinsic illegality* ", *in* Nagendra Singh, Edward Mc Whinney, *Nuclear Weapons and Contemporary International Law*, 2e éd., 1989, p. 307 ; le qualificatif " intrinsèque " s'applique à une légalité ou une illégalité générale (complète et universelle) ne souffrant d'aucune exception (au contraire d'une illégalité "*extrinsèque*" qui est celle retenue par la Cour internationale de justice : pour celle-ci : " (...) *la menace ou l'emploi d'armes nucléaires serait généralement contraire aux règles du droit international applicable dans les conflits armés, et spécialement aux principes et règles du droit humanitaire* ", cependant, " *au vu de l'état actuel du droit international, ainsi que des éléments de fait dont elle dispose, la Cour ne peut cependant conclure de façon définitive que la menace ou l'emploi d'armes nucléaires serait licite ou illicite dans une circonstance extrême de légitime défense dans laquelle la survie d'un Etat serait en cause* " [§ 2) E], *in* C.I.J., avis, 8 juillet 1996, *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, loc. cit.*, p. 266).
31 "*Ni le droit international coutumier ni le droit international conventionnel ne comportent d'interdiction complète et universelle de la menace ou de l'emploi des armes nucléaires en tant que telles* " [§ 2) B], *loc. cit.*.
32 Selon le mot de Mme Marie-Hélène Labbé, *in La tentation nucléaire*, Paris, Payot, 1995, p. 57 ; on englobe généralement sous ce vocable, l'Inde, le Pakistan et Israël.
33 *Cf.* notamment *Déclaration finale de la Conférence de 1975 des parties chargée de l'examen du T.N.P.*, NPT/CONF/35/1, 30 mai 1975 ; *Déclaration finale de la troisième conférence des parties chargée de l'examen du T.N.P.*, NPT/CONF.III/64/I, 21 septembre 1985.

régime. En conséquence, aucun d'entre eux n'ose franchir le seuil de la détention ostentatoire d'armes nucléaires.

Postérieurement à cette "*jurisprudence*" consultative, la situation est plus équivoque. Le seuil a été franchi. La question se pose donc de savoir s'il existe un possible lien de cause à effet entre les essais indiens et pakistanais et l'avis de la Cour. Il semble que l'absence de condamnation générale de l'arme nucléaire a ouvert une brèche dans la normativité prohibitive *in statu nascendi*. Les juges de La Haye ont en effet rejeté l'existence d'une interdiction de l'arme nucléaire *per se* : aussi, dans la mesure où selon la Cour, l'apparition "*en tant que lex lata, d'une norme coutumière prohibant spécifiquement l'emploi des armes nucléaires en tant que telles se heurte aux tensions qui subsistent entre d'une part une opinio juris naissante et, d'autre part, une adhésion encore forte à la pratique de la dissuasion*" [34], l'Inde et le Pakistan peuvent, au strict regard du droit conventionnel applicable, détenir et faire exploser des armes nucléaires. Il s'agit là d'une application pure et simple d'un des *dictum* fameux du droit international selon lequel : "*les limitations de l'indépendance des Etats ne se présument pas*" [35]. Par conséquent, en l'absence de règles prohibitives, les comportements des Etats sont autorisés.

1.2.2. La légalité de la détention d'armes nucléaires de dissuasion par l'Inde et le Pakistan.

A ce niveau, il est judicieux d'analyser les arguments employés par les gouvernements des deux Etats. D'un côté, le Premier ministre indien affirme :

> "*Consciente de la dégradation de notre sécurité, qui nous a conduits à rester à l'écart du T.I.C.E. (sic) en 1996, l'Inde a procédé à une série limitée de cinq essais souterrains, les 11 et 13 mai 1998. Ces essais étaient essentiels pour assurer une dissuasion nucléaire crédible*" [36].

De son côté, le chef du gouvernement pakistanais déclare :

> "*Les circonstances nous ont contraints à procéder à des essais et à établir une dissuasion nucléaire conformément à notre droit de légitime défense. Nous n'avons violé aucune norme internationale*" [37].

Dans un même registre, son successeur, le général Pervez Musharraf estime, le 17 octobre 1999, que :

> "*L'année dernière, nous avons été forcés de répondre aux essais nucléaires indiens afin de restaurer l'équilibre stratégique, ceci pour des raisons de sécurité nationale, mais aussi pour préserver la paix et la stabilité dans la région*" [38].

On le voit, les deux Etats invoquent, à l'unisson, la dissuasion nucléaire. Le Pakistan évoque en sus la légitime défense et se place résolument dans le cadre d'une véritable "*rétorsion*", c'est-à-dire une "*mesure intrinsèquement licite*" [39].

De prime abord, il serait bon de s'interroger sur l'opportunité de justifier une violation prétendue de la légalité internationale par le recours à un concept politique, en tant que tel dénué de valeur juridique [40]. L'avis consultatif précité de la C.I.J. a, selon le professeur Vincent Coussirat-Coustère, "*incontestablement consacré la dissuasion nucléaire*" [41]. Et, bien que la Cour se défende de se prononcer sur la " pratique dénommée "*politique de dissuasion*" " (§ 67), elle affirme plus avant qu'elle "*ne peut (...) ignorer [une] pratique à laquelle une partie appréciable de la Communauté internationale a adhéré pendant des années*" (§ 96). Au total, la Haute juridiction se fonde sur le droit naturel de légitime défense pour nier l'illicéité en toutes circonstances de la menace et de l'emploi de l'arme nucléaire [42], mais surtout pour agréer,

34 C.I.J., avis, 8 juillet 1996, *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, loc. cit.*, § 73 *in fine*.
35 C.P.J.I., 7 septembre 1927, *Lotus*, série A, n° 10, p. 18.
36 Discours du Premier ministre Atal Behari Vajpayee (New-York, 24 septembre 1998) *in D.A.I.*, 1998, 24, n° 468, p. 944.
37 Discours du Premier ministre Nawaz Sharif (New-York, 24 septembre 1998) *in D.A.I.*, 1998, 24, n° 469, p. 947.
38 Discours-programme du chef de l'exécutif, le général Pervez Musharraf (Islamabad, 17 octobre 1999) *in D.A.I.*, 1999, 24, n° 435, p. 972.
39 *Cf.* Pierre-Marie Dupuy, *Droit international public*, 4e éd., Paris, Dalloz, 1998, p. 444.
40 V. Déclaration du juge Ferrari-Bravo : "La théorie de la dissuasion (...) *n'est pas* une théorie juridique", *in* C.I.J., avis, 8 juillet 1996, *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, loc. cit.*, p. 286; Déclaration du juge Shi Jiuyong : "il ne fait aucun doute que cette pratique (...) relève de la politique internationale et non du droit", *id.*, p. 277.
41 Vincent Coussirat-Coustère, "Armes nucléaires et droit international, A propos des avis consultatifs du 8 juillet 1996 de la Cour internationale de Justice", *Annuaire fr. dr. int.*, 1996, § 27, p. 353 ; v. également du même auteur, La licéité des armes nucléaires en question, *in* S.F.D.I., *Le droit international des armes nucléaires*, journée d'études, Paris, Pédone, 1998, p. 104-105.
42 "(...) *la Cour est amenée à constater qu'elle ne saurait conclure de façon définitive à la licéité ou l'illicéité de l'emploi d'armes*

de manière implicite, la dissuasion [43]. C'est qu'en effet, celle-ci constitue indéniablement l'une des modalités d'exercice de la légitime défense, un accessoire quasiment indissociable de la paix et de la sécurité internationales. Or une dissuasion crédible repose essentiellement sur des gesticulations et partant, des essais.

Aussi, si l'on raisonne sur un mode syllogistique, la dissuasion étant licite, les essais visant à en assurer sa crédibilité – pour un Etat non signataire du T.N.P. et du T.I.C.E.N. [44] – ne sauraient valablement faire l'objet de contestations. Pour n'en être pas moins valide sur le plan formel, ce raisonnement présente cependant un inconvénient majeur : celui d'envisager la possibilité de nouveaux essais nucléaires indiens, pakistanais ou même d'un E.D.A.N. Le Sénat américain n'a-t-il pas récemment refusé de ratifier le T.I.C.E.N. ? [45]. Une *communis opinio juris* semble, malgré tout, en porte-à-faux avec cette possibilité.

II. UN MANQUEMENT À UNE *COMMUNIS OPINIO JURIS*

La doctrine est divisée sur le point de savoir si la coutume peut constituer une source du droit du désarmement et de la maîtrise des armements. M. Boniface estime ainsi qu'elle doit être considérée comme une "*non-source*" de ce droit [46], alors que dans un ouvrage plus récent, M. Lavieille tente au contraire de démontrer sa "*place non négligeable*" [47]. Certes, l'arrêt rendu dans l'affaire sur les *activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* fut l'occasion pour la C.I.J. d'entériner une approche résolument volontariste du droit du désarmement :

> "*Il n'existe pas en droit international de règles, autres que celles que l'Etat intéressé peut accepter, par traité ou autrement, imposant la limitation du niveau d'armement d'un Etat souverain, ce principe étant valable pour tous les Etats sans distinction*". [48]

Pourtant, on ne saurait omettre de mentionner la position que la Cour adopte en 1996 : de fait, si elle rejette l'existence d'une coutume prohibant l'arme nucléaire, c'est bel et bien parce que "*[l']opinio juris naissante [est contredite] par une adhésion encore forte à la pratique de la dissuasion*" [49]. Elle admet donc indéniablement qu'un processus coutumier est en cours, ou à tout le moins possible, en droit international des armes nucléaires. La réaction de la Communauté internationale aux essais nucléaires indiens et pakistanais en constitue d'ailleurs la confirmation. Au total, il est raisonnable de considérer que ces essais constituent le point d'orgue d'une objection persistante à l'émergence d'une norme coutumière (2.1.). Il importe donc de mesurer l'impact desdits essais sur l'effectivité du régime de non-prolifération (2.2.).

2.1. Une objection persistante à la cristallisation d'une norme coutumière

La théorie de l'objecteur persistant [50] est le fait pour un Etat "*qui ne peut empêcher une règle coutumière de se former, [de pouvoir] du moins par sa résistance continue, s'extraire de son champ d'application*" [51]. Au cas particulier, la caractérisation de l'objection persistante (2.1.2.) est d'autant plus évidente qu'il existe un maillage conventionnel solide (2.1.1.) pouvant utilement servir de socle à une cristallisation coutumière.

nucléaires par un Etat dans une circonstance extrême de légitime défense dans laquelle sa survie serait en cause", *in* C.I.J., avis, 8 juillet 1996, *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, *loc. cit.*, § 97.

43 Selon Vincent Coussirat-Coustère : "*la dissuasion n'est pas en soi une menace contraire au droit de la paix et de la sécurité et, dans cette mesure, la Cour l'a banalisée dans le cadre de la légitime défense*", *in* "Armes nucléaires et droit international, A propos des avis consultatifs du 8 juillet 1996 de la Cour internationale de Justice", *loc. cit.*, p. 349.

44 Un Etat signataire doit, en effet, s'abstenir d'actes qui priveraient un traité de son objet et de son but, dans la période qui précède son entrée en vigueur et donc d'effectuer des essais nucléaires (art. 18 de la Convention de Vienne sur le droit des traités), pour un avis conforme, v. Hubert Thierry, "L'entrée en vigueur du TICE", *loc. cit.*, p. 453.

45 La question se pose maintenant de savoir si ce refus est temporaire et lié à la politique interne américaine ou s'il doit être considéré, conformément à l'article 18 a) de la Convention de Vienne précitée sur le droit des traités, comme la manifestation d'une "intention de ne pas devenir partie au traité", ce qui permettrait "juridiquement" aux Etats-Unis de reprendre leurs essais "grandeur nature".

46 Pascal Boniface, *Les sources du désarmement*, Paris, Economica, 1989, p. 216 sqq.

47 Jean-Marc Lavieille, *Droit international du désarmement et de la maîtrise des armements*, Paris, L'Harmattan, Logiques juridiques, 1997, p. 79 sq.

48 C.I.J., arrêt, 27 juin 1986, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, *Rec.* 135.

49 C.I.J., avis, 8 juillet 1996, *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, *loc. cit.*, § 73.

50 Selon la formule du professeur Brownlie, *in* Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, 3e éd., Clarendon Press, Oxford, 1979, pp. 10-11.

51 *Cf.* Georges Abi-Saab, "Cours général de droit international public", *R.C.A.D.I.*, 1987/VII, vol. 207, p. 180.

2.1.1. Un maillage conventionnel important.

Il convient ici de faire le départ entre cristallisation de la norme *non-prolifération horizontale*, interdisant l'augmentation du nombre des Etats militairement nucléaires, et de celle qui vise à proscrire, plus prosaïquement, les essais nucléaires. En pratique, cependant, les deux normes sont en étroite imbrication. La non-prolifération horizontale constitue un genre qui englobe mais ne se limite pas à l'espèce qui vise l'interdiction des essais.

Si l'on s'en tient d'abord à cette dernière interdiction, force est de constater la pluralité des traités qui y sont consacrés, principalement [52] ou partiellement, que ce soit sur un espace internationalisé [53] ou une région densément peuplée [54]. Conséquemment, c'est la quasi totalité des espaces naturels qui est en passe d'être soustraite aux essais d'armes nucléaires : le fond des mers et des océans, l'atmosphère et l'espace extra-atmosphérique ainsi que la plus grande partie de l'hémisphère sud (Amérique latine, Pacifique Sud, Asie du Sud Est, Afrique et Antarctique). En somme, l'entrée en vigueur du T.I.C.E.N. constituerait un aboutissement logique.

En ce qui concerne, à présent, la norme *non-prolifération horizontale*, elle est insérée dans le T.N.P. et dans les quatre traités constitutifs de zones exemptes d'armes nucléaires [55]. Et, on le sait, ces différents instruments interdisent *expressis verbis* à un Etat non nucléaire de le devenir.

Il faut dès lors se rendre à l'évidence : les circonstances nécessaires à l'émergence d'une coutume par généralisation d'une ou de plusieurs solutions conventionnelles sont donc caractérisées. En effet, selon l'article 38 de la Convention de Vienne sur le droit des traités :

> "*une règle énoncée dans un traité [peut devenir] obligatoire pour un État tiers en tant que règle coutumière de droit international reconnue comme telle*".

Se pose donc fort logiquement la question de déterminer la mesure dans laquelle la norme *non-prolifération horizontale* ou celle de l'interdiction des essais d'armes nucléaires peuvent ou ont pu devenir coutume ? Deux hypothèses sont à distinguer.

La doctrine admet d'abord que plusieurs traités aux solutions analogues puissent ériger une ou plusieurs règles coutumières [56]. En pareille hypothèse, la convergence des solutions adoptées par des conventions particulières aboutit *in fine* à la création de règles généralement admises. Sur ce modèle, il est possible d'invoquer une coutume effective d'interdiction des essais nucléaires dans l'atmosphère. C'est qu'en effet, la conduite des Etats dotés d'armes nucléaires est ici étayée par celles de l'Inde et du Pakistan qui n'ont pas jugé admissible la réalisation d'essais aériens [57]. Dans la même veine, l'existence d'une coutume prohibant les essais atomiques à l'intérieur d'espaces hors souveraineté ou sous souveraineté aménagée est pareillement identifiable : l'Antarctique, le fond des mers et des océans, l'espace extra-atmosphérique ainsi que la lune et les autres corps célestes sont d'ailleurs affranchis de toute présence *permanente* de ces armes [58]. Quoi qu'il en soit, peut-on d'ores et déjà invoquer une interdiction générale des essais nucléaires souterrains "*grandeur nature*". Une réponse positive est pour le moins douteuse si l'on prend en compte

52 *Traité interdisant les essais d'armes nucléaires dans l'atmosphère, dans l'espace extra-atmosphérique et sous l'eau*, 5 août 1963, *loc. cit.*, (art. 1) ; *Traité d'interdiction complète des essais nucléaires, loc. cit.*, (art. 1).
53 *Traité sur l'Antarctique*, 1er décembre 1959, Nations Unies, *Rec. des traités*, vol. 402, n°5778, p. 71 (art. 5) ; *Traité interdisant de placer des armes nucléaires et d'autres armes de destruction massive sur le fond des mers et des océans ainsi que dans leur sous-sol*, 11 février 1971, v. A/Rés. 2260 (XXV), 7 décembre 1970, *Documents officiels de l'Assemblée générale*, Vingt-cinquième session, Supplément n° 28, *in* A/8028 (art. 1, § 1) ; *Traité sur les principes régissant les activités des Etats en matière d'exploration et d'utilisation de l'espace extra-atmosphérique, y compris la lune et les corps célestes*, 27 janvier 1967, Nations Unies, *Rec. des traités*, vol. 610, n° 8843, p. 205 (art. 4).
54 *Traité sur la zone dénucléarisée du Pacifique Sud, loc. cit.*, (art. 6) ; *Traité sur une zone exempte d'armes nucléaires en Afrique, loc. cit.*, (art. 5) ; *Traité sur une zone exempte d'armes nucléaires en Asie du Sud-Est, loc. cit.*, (art. 3) ; *Traité visant l'interdiction des armes nucléaires en Amérique Latine, loc. cit.*, (art. 1).
55 *Ibid.*

56 *Cf.* Julio A. Barberis, "Réflexions sur la coutume internationale", *Annuaire fr. dr. int.*, 1990, p. 35 ; Paul Reuter, *Introduction au droit des traités*, 3e éd., IUHEI, Paris, P.U.F., 1995, p. 100 ; Paul Guggenheim, *Traité de droit international public*, Tome I, Genève, Georg et Cie, 1967, p. 137.
57 De fait, le Traité de Moscou de 1963 qui interdit les essais nucléaires dans l'atmosphère a été ratifié par plus de cent Etats, à l'exclusion cependant de la France et de la Chine. Dans l'affaire des *essais nucléaires*, des arguments avaient été développés contre les essais aériens ; la Cour s'est cependant contentée d'aborder les questions relatives à la compétence et à la recevabilité et n'a pas jugé le fond, v. C.I.J., arrêt, 20 décembre 1974, *Essais nucléaires*, *Rec.* 253 sqq. ; pour une position réfutant l'existence d'une telle coutume, v. Pascal Boniface, *Les sources du désarmement*, *op. cit.*, p. 222 s.
58 Seul, en effet, le *Traité sur les principes régissant les activités des Etats en matière d'exploration et d'utilisation de l'espace extra-atmosphérique, y compris la lune et les corps célestes* tolère la possibilité de la traversée par des missiles balistiques porteurs d'ogives nucléaires, v. sur ce point Georges Ayache, Alain Demant, *Armements et désarmement depuis 1945*, Paris, Ed. Complexe, 1991, p. 167.

l'absence d'entrée en vigueur du T.I.C.E.N. Pourtant, il est louable de considérer, à l'instar du professeur Hubert Thierry, qu'une "*norme coutumière prohibant les essais nucléaires est en voie de formation sur la base du T.I.C.E.N.*" [59].
Ainsi, il ne faut pas mésestimer les réactions défavorables de la Communauté internationale. Ces essais ont été condamnés de façon éloquente par le Conseil de Sécurité des Nations unies [60], les Pays membres de l'O.T.A.N. [61], la présidence de l'Union européenne [62], les ministres de l'A.S.E.A.N. [63] et par une déclaration conjointe des ministres des Affaires étrangères de différents pays du Tiers monde intitulée : "*Vers un monde exempt d'armes nucléaires : nécessité d'adopter un nouvel ordre du jour*" [64]. Qui plus est, les États-Unis ont pris des sanctions économiques contre l'Inde [65] et le Pakistan tandis que le G8 s'est mis "*d'accord pour oeuvrer au sein de la Banque mondiale (...) pour le report des autres prêts en faveur de l'Inde ou du Pakistan, ainsi que de tout autre pays effectuant des essais nucléaires*" [66]. Manifestement, une partie conséquente de la Communauté internationale valide donc l'existence d'une norme coutumière interdisant les essais nucléaires souterrains.

Une seconde hypothèse a trait non plus à la répétition d'une même règle par une pluralité de traités mais par la mutation en droit coutumier d'une ou plusieurs stipulations d'une seule convention multilatérale générale. On peut effectivement s'interroger sur le point de savoir si le T.N.P. (traité quasi universel) a pu générer une norme interdisant à un État tiers non nucléaire de le devenir, et de manière corollaire, lui prohibant de procéder à une activité connexe comme celle de procéder à un essai nucléaire. Pour qu'il en aille ainsi, il faudrait notamment, selon la C.I.J., que l'on puisse enregistrer "*une participation très large et représentative à la convention (...) à condition qu'elle comprenne les Etats particulièrement intéressés*" [67]. Or, on l'a dit, le T.I.C.E.N. tend maintenant à élever l'Inde et le Pakistan au rang d'État particulièrement intéressé. Consécutivement, tant que ces Etats se refuseront obstinément à "*rentrer dans le rang*", leurs attitudes respectives s'apparenteront véritablement à une objection persistante, qui handicapera, mais n'endiguera pas le processus coutumier visant à interdire à un État non nucléaire de se "*nucléariser*".

2.1.2. La caractérisation de l'objection

A ce niveau, l'attitude des deux États diffère. L'Inde constitue indéniablement un objecteur tenace qui, à plusieurs occasions, a réitéré son opposition à la cristallisation d'une coutume. De fait, elle se prononce traditionnellement contre la résolution adoptée annuellement par l'Assemblée générale des Nations Unies (A.G.N.U.) consacrée à la création d'une Z.E.A.N. en Asie du Sud [68]. En outre, l'Inde a voté contre la résolution de l'Assemblée générale relative à l'adoption du T.I.C.E.N. et n'a jamais laissé sous-entendre – antérieurement aux essais – qu'elle pourrait signer le T.N.P. ou le T.I.C.E.N., tous deux étant en l'état actuel jugés discriminatoires.

Il n'est pas possible d'en dire autant du Pakistan. D'une part, en effet, celui-ci a voté favorablement la résolution de l'A.G.N.U. relative au T.N.P. [69] (même s'il ne l'a pas signé ni ratifié eu égard à l'attitude négative de l'Inde [70]). Son action internationale est au diapason pour ce qui est du T.I.C.E.N. : le Pakistan a voté la résolution relative à l'adoption dudit traité [71]. Enfin, cet État est à l'origine d'une résolution consacrée à l'instauration d'une Z.E.A.N. en Asie du Sud

59 Hubert Thierry, "L'entrée en vigueur du TICE", *in Mélanges Raymond GOY, loc. cit.*, p. 454.
60 Rés. S/1172 (1998) du Conseil de sécurité (New York, 6 juin 1998) *in D.A.I.*; 1998, 14, n° 273, p. 519 ; cette résolution adoptée à l'unanimité avait été précédée quelques jours auparavant d'un *Communiqué conjoint des cinq membres permanents du Conseil de sécurité de l'O.N.U.* (Genève, 4 juin 1998), *in D.A.I.*, 1998, 15, n° 300, p. 579.
61 *Déclaration sur les essais nucléaires de l'Inde et du Pakistan* (Luxembourg, 28 mai 1998), *in D.A.I.*, 1998, 14, n° 259, p. 505.
62 *Déclaration de la Présidence de l'U.E.* (Londres, 25 mai 1998), *in D.A.I.*, 1998, 13, n° 248, p. 489 ; *Déclaration de la Présidence de l'U.E. sur les essais nucléaires du Pakistan* (Bruxelles, 29 mai 1998), *in D.A.I.*, 1998, 14, n° 271, p. 518.
63 *Communiqué final de la 31e réunion ministérielle de l'A.S.E.A.N.* (Manille, 24/25 juillet 1998), *in D.A.I.*, 1998, 19, n° 368, p. 732, § 26.
64 Afrique du Sud, Brésil, Egypte, Irlande, Mexique, Nouvelle-Zélande, Slovénie, Suède, Déclaration conjointe des ministres des Affaires étrangères "*Vers un monde exempt d'armes nucléaires : nécessité d'adopter un nouvel ordre du jour*" (New York, 9 juin 1998), A/53/138, annexe (*D.A.I.*, 1998, 17, n° 331, p. 647).
65 *Communiqué de la Maison Blanche sur les sanctions à l'encontre de l'Inde* (14 mai 1998), *in D.A.I.*, 1998, 13, n° 247, p. 489.
66 *Communiqué des ministres des Affaires étrangères du G8* (Londres, 12 juin 1998), *in D.A.I.*, 1998, 15, n° 303, p. 582, § 10.
67 C.I.J., arrêt, 20 février 1969, *Plateau continental de la Mer du Nord, Rec.* 41-43.
68 Elle agit ainsi depuis 1976, depuis que l'Assemblée n'adopte plus que la seule résolution due à l'initiative du Pakistan. En 1974 et 1975, l'Inde avait été à l'origine d'une résolution visant à contrecarrer celle du Pakistan, v. A/Rés. 3265 B (XXIX), *Proclamation et création d'une zone dénucléarisée en Asie du Sud*, 9 décembre 1974 ; A/Rés. 3476 B (XXX), *Proclamation et création d'une zone dénucléarisée en Asie du Sud*, 11 décembre 1975.
69 A/Rés. 2373 (XXII), *Traité sur la non-prolifération des armes nucléaires*, 12 juin 1968.
70 *Cf.* Ahmad Kahn (M.), "La nucléarisation de l'Asie du Sud et ses conséquences", *Politique étrangère*, 3/98, pp. 501.
71 A/Rés., 50/245, *Traité d'interdiction des complète des essais nucléaires*, 10 septembre 1996.

depuis 1974, date de la résolution 3265 A (XXIX), intitulée *Proclamation et création d'une zone dénucléarisée en Asie du Sud.* On peut noter pour l'anecdote que sa terminologie a changé depuis la résolution 31/73, et s'intitule maintenant : *Création d'une zone exempte d'armes nucléaires en Asie du Sud* [72]. Ceci atteste que le projet lui tient à cœur, qu'il fait l'objet d'une attention soutenue de sa part et que la résolution annuelle pertinente n'est pas forcément une simple répétition des précédentes. Il faut donc en conclure que son action ne correspond pas véritablement à celle d'un objecteur "*persistant*". En pratique, son attitude est directement conditionnée par celle de l'Inde. D'ailleurs, le Pakistan n'a pas hésité, pour se défendre, à rejeter la responsabilité de ses propres essais sur l'Etat indien. Il argue, pour ce faire, de la légitime défense. Or, tout gouvernement qui se justifie avoue, par le fait même, qu'il a commis une entorse au "*comportement standard de l'Etat bien gouverné*". Le Pakistan est donc pleinement conscient d'avoir commis une faute qu'il estime cependant "*excusable*".

On le voit, l'objection des deux Etats est somme toute ambivalente. C'est dire si la répercussion des essais litigieux sur l'effectivité du régime de non-prolifération n'est pas aisément perceptible.

2.2. L'impact sur l'effectivité du régime de non-prolifération

Les essais litigieux ont-ils engendré une onde de choc dévastatrice emportant avec elle le régime juridique de non-prolifération ? Rien n'est moins sûr. Si, on le sait, les réactions à chaud sont à éviter en droit de la sécurité internationale, il apparaît néanmoins que de tels essais ont une répercussion immédiate sur le T.N.P. et que les questions engendrées ne trouvent pas de réponse infaillible (2.2.1.) ; en revanche, après coup, l'effet secondaire induit semble favorable pour les normes coutumières en gestation (2.2.2.).

2.2.1. La répercussion immédiate sur le T.N.P.

Deux principales retombées sont discernables. Elles concernent la révision du traité et les éventuels retraits. A côté des cinq E.D.A.N. *de jure* consacrés par le T.N.P., il existe maintenant des E.D.A.N. *de facto* (ou "*Etats dotés d'une capacité nucléaire militaire*" selon l'expression employée par l'Assemblée générale des Nations unies [73]). Une telle situation est-elle déstabilisatrice ? On peut d'abord s'interroger sur l'effectivité d'un traité qui ne prendrait pas en compte la réalité des faits : "*seules*" nous dit le professeur Jean Touscoz, "*les règles et les situations juridiques dotées d'une certaine effectivité sont valables et opposables*" [74]. Or, les essais indiens et pakistanais ne peuvent difficilement constituer qu'un simple "*fait*" inopposable aux parties au T.N.P. Au contraire, ils contredisent un des pivots du traité en question, à savoir la distinction "*quasi-objective*" entre E.D.A.N. et E.N.D.A.N. A cet égard, est-il envisageable que l'Inde et le Pakistan intègrent ce traité comme Etat non doté d'armes nucléaires ? Ce serait, semble-t-il, consacrer une fiction dangereuse dans la mesure où l'article III du T.N.P. sur le système des garanties n'oblige aucunement ces Etats "*adhérents*" à renoncer à leur armement nucléaire ni même à les déclarer. Il faut donc constater un vide ou une lacune. Est-ce à dire alors qu'il faille réviser le T.N.P. afin d'admettre l'Inde et le Pakistan au rang d'E.D.A.N. ? La date-butoir du 1er janvier 1967 peut difficilement être amendée et ramenée au 1er mai 1998 : ce serait consacrer officiellement la prolifération [75] ! En fait, la révision est juridiquement et politiquement impossible car elle est sous le contrôle des E.D.A.N. : tout amendement au T.N.P. doit nécessairement être approuvé par la majorité des États parties au traité "*y compris les voix de tous les États dotés d'armes nucléaires qui sont Parties au traité*" (art. VIII, al. 2). C'est assez dire que chaque E.D.A.N. dispose d'un droit de *veto*. Qui plus est, l'unanimité se réalise chez ces E.D.A.N. pour considérer que l'Inde et le Pakistan "*ne peuvent avoir le statut d'État doté de l'arme nucléaire*" [76]. En résumé, l'Inde et le Pakistan ne sont pas en mesure aujourd'hui d'imposer un amendement au T.N.P. et, il faut confesser que la question d'une révision du traité en ce sens n'est plus aujourd'hui d'actualité. Sans doute ressortira-t-

72 A/Rés. 31/73, *Création d'une zone exempte d'armes nucléaires en Asie du Sud*, 10 décembre 1976.

73 *Cf.* A/ Rés. 53/77 Y, *Vers un monde exempt d'armes nucléaires : nécessité d'un nouvel ordre du jour*, 4 décembre 1998 : la résolution fait référence à "trois Etats dotés d'une capacité nucléaire militaire (...) n'ayant pas adhéré au Traité sur la non-prolifération des armes nucléaires [qui] continuent de retenir l'option des armes nucléaires" (il s'agit de l'Inde, du Pakistan et d'Israël).

74 Jean Touscoz, *Le principe d'effectivité dans l'ordre international*, Bibliothèque de droit international, Paris, L.G.D.J., 1964, p. 3.

75 Pour une position conforme, *cf.* Marie-Hélène Labbé, "Les essais nucléaires indiens et pakistanais et la non-prolifération", *Politique étrangère*, 3/98, p. 542.

76 Rés. S/1172 du Conseil de sécurité, *loc. cit.*, § 11.

elle des limbes à l'occasion de la conférence d'examen du T.N.P. de l'an 2000.

La crainte subséquente est celle du retrait d'États parties. En vérité, l'article X conditionne tout retrait d'un État, à l'existence "d'*événements extraordinaires*, en *rapport avec l'objet du présent traité*", qui "*ont compromis les intérêts suprêmes de son pays*". Trois conditions cumulatives sont donc instituées. Si les deux premières ne prêtent à discussion, la troisième est sujette à caution. C'est qu'en effet, les essais indiens et pakistanais ne sauraient compromettre les intérêts suprêmes de tous les pays. Seuls les pays limitrophes, ou à tout le moins, ceux qui sont à portée de missiles peuvent craindre une action belliqueuse de l'Inde ou du Pakistan. Certes, une difficulté d'ordre juridique pourrait surgir qui résulterait de la qualification du droit de retrait de "*droit souverain*" : "*Chaque Partie, dans l'exercice de sa souveraineté nationale, aura le droit de se retirer du Traité (...)*". La pratique révèle qu'il ne saurait être question ici d'un droit discrétionnaire. Aucune automaticité n'est discernable, et en cela, ce droit de retrait ne pourrait aucunement être comparé, par exemple, à la réserve automatique de compétence nationale à la juridiction obligatoire de la C.I.J. [77]. Au contraire, l'épisode nord-coréen démontre le droit de regard de la Communauté internationale sur cette faculté "*souveraine*". On le sait, les Etats-Unis et l'A.I.E.A. ont quasiment interdit à la République populaire de Corée du Nord de se retirer du T.N.P. [78] dans la mesure où, fort justement, les conditions d'un retrait n'étaient pas réunies.

En somme, la répercussion sur le T.N.P. existe, mais ne doit pas être exagérée ; près de deux ans après que ces essais aient eu lieu, aucun retrait n'est à déplorer ! D'ailleurs, le Brésil qui fut longtemps l'un des Etats les plus vindicatifs à l'égard de cet instrument, y a adhéré postérieurement [79], preuve que ces essais ne sont pas uniquement défavorables à l'égard des normes coutumières en gestation.

77 Sur l'automaticité de la réserve de compétence nationale, v. C.I.J., arrêt, 6 juillet 1957, *Certains emprunts norvégiens (France c. Norvège), Rec.* 9.
78 Philippe Richard, "La République Populaire Démocratique de Corée et le T.N.P"., *Arès*, vol. XIV/V, pp. 267-272 ; Philippe Richard, "La République Populaire Démocratique de Corée et le T.N.P., suite", *Arès*, vol. XV, I, pp. 69-72.
79 *Cf.* note 11.

2.2.2. Un effet secondaire favorable pour les normes coutumières en gestation

Ce n'est que de façon médiate que les essais nucléaires indiens et pakistanais auront un retentissement sur la cristallisation en cours. Au surplus, la répercussion ne saurait ici être que bénéfique. Au risque de paraître quelque peu iconoclaste, il faut en effet constater que ces essais n'ont rien apporté de nouveau. Politiquement, la Communauté internationale savait déjà que les "*États du seuil*" dont l'Inde et le Pakistan possédaient des dispositifs nucléaires. Qui plus est, les réactions hostiles obligent maintenant ces deux États à faire des concessions et à adopter une "*pratique*" qui irait plutôt dans le sens de la confirmation du droit *in statu nascendi*.

D'une part, ces essais sont passés pour une violation de la norme de la non-prolifération des armes nucléaires. Ils n'ont aucunement constitué des précédents révélateurs d'une norme nouvelle. C'est qu'en effet, ces violations n'ont pas entraîné l'adhésion d'autres Etats, et au final, "*la norme primitive violée en sort renforcée*" [80].

D'autre part, les gouvernements indiens et pakistanais se sont en apparence dépouillés de leur uniforme d'objecteur persistant et ont tous deux annoncé un moratoire sur leurs essais nucléaires [81]. Il s'agit là d'engagements unilatéraux dotés d'effets juridiquement contraignants [82] qui ont été officialisés dans un Protocole d'accord signé par les ministres des Affaires étrangères indien et pakistanais, le 21 février 1999 [83]. L'assemblée générale des Nations unies en a pris bonne note [84]. En

80 Selon les mots de Salmon (J.), "Changements et droit international public", *Mél. Rigaux*, Bruxelles, Bruylant, 1993, p. 441.
81 *Cf. Réaction du Premier ministre indien à la résolution 1172 du Conseil de sécurité de l'ONU* (New Delhi, 8 juin 1998), *in D.A.I.*, 1998, 15, n° 301, p. 580 ; *Déclarations du gouvernement pakistanais* (Islamabad, 11 juin 1998), *in D.A.I.*, 1998, 15, n° 302, p. 581 ; (par suite, le Sénat américain a assoupli le 9 juillet les sanctions imposées à l'égard de l'Inde et du Pakistan, *cf. Le Monde*, 11 juillet 1998, p. 4).
82 *Cf.* C.I.J., arrêt, 20 décembre 1974, *Essais nucléaires, Rec.* 268 sqq.
83 *Protocole d'accord signé par les ministres des Affaires étrangères indien et pakistanais* (Lahore, 21 février 1999), *in D.A.I.*, 1999, 8, n° 152, p. 319 : "*Les deux Parties continueront de respecter leur moratoire unilatéral respectif suspendant la poursuite des essais nucléaires expérimentales, à moins que l'une ou l'autre Partie, dans l'exercice de sa souveraineté nationale, ne décide que des événements extraordinaires ont mis en péril ses intérêts supérieurs*" (§ 4).
84 L'Assemblée générale note "*que les États concernés ont déclaré un moratoire sur de nouveaux essais et ont annoncé qu'ils étaient disposés à s'engager en droit à ne pas procéder à d'autres essais nucléaires, et réaffirme qu'ils doivent donner un caractère juridique à cet engagement en signant et en ratifiant le Traité d'interdiction complète des essais nucléaires*", *cf.* A/ Rés. 53/77 G, *désarmement général et complet : essais nucléaires*, 4 décembre 1998.

outre, le 11 août 1998, la Conférence du désarmement des Nations unies a créé par consensus un Comité spécial chargé d'entamer immédiatement des négociations en vue d'interdire la production de matières fissiles pour la fabrication d'armes et autres dispositifs explosifs nucléaires [85]. Or cela n'a été rendu possible que par la levée des *veto* israélien, pakistanais et indien. On le voit, d'États "*parias*" dans le domaine du nucléaire militaire, l'Inde et le Pakistan tendent à emprunter la voie de la respectabilité. D'ailleurs, les gouvernements de ces deux pays se sont déclarés prêts à signer le T.I.C.E.N. [86]. A cet égard, le chef de l'exécutif pakistanais a indiqué qu'il voulait que la "*communauté internationale sache que, tout en veillant à sa sécurité et à sa survie, le Pakistan continuera à appliquer une politique de retenue en matière nucléaire et de missiles et qu'il reste en phase avec les objectifs internationaux de non-prolifération et de désarmement*" [87].

Au surplus, la Déclaration de Lahore du 21 février 1999 confirme l'attachement des deux États "*aux objectifs de désarmement et de non-prolifération universels*" [88]. La norme de la non-prolifération des armes nucléaires ne craint donc assurément aucune retombée "*révisionniste*". Jamais, la position de l'Inde et du Pakistan n'a été aussi claire et favorable à son égard. Jamais ces deux pays n'ont été aussi proches de la signature d'un instrument international multilatéral portant sur la non-prolifération.

Il ne faut cependant guère se faire trop d'illusions à brève échéance. Ces déclarations sont avant tout politiques et tendent d'abord à apaiser la Communauté internationale. Elles participent, en même temps, à la gesticulation dissuasive de deux ennemis qui aspirent peut-être, au fond, à s'installer dans le confort relatif et précaire d'une "*guerre froide*" [89]....

F.B.

85 CD/ 1299, à cet égard v. A/Rés. 53/77 I, *Décision de la Conférence du désarmement de constituer, au titre de son ordre du jour intitulé " Cessation de la course aux armements nucléaires et désarmement nucléaire ", un comité spécial chargé de négocier, sur la base du rapport du Coordonnateur spécial (CD/1299) et du mandat y figurant, un traité multilatéral, non discriminatoire et internationalement et effectivement vérifiable interdisant la production de matières fissiles pour la fabrication d'armes et autres dispositifs explosifs nucléaires*, 4 décembre 1998 (*in D.A.I.*, 1999, 5, n° 83, p. 190).

86 *Le Monde*, 26 septembre 1998, p. 5.

87 Discours-programme du chef de l'exécutif, le général Pervez Musharraf (Islamabad, 17 octobre 1999), *loc. cit.*, p. 972.

88 *Déclaration de Lahore signée par les Premiers ministres indien et pakistanais* (Lahore, 21 février 1999), *in D.A.I.*, 1999, 151, 8, n° 151, pp. 318-319.

89 Les tensions entre ces deux Etats ne sont visiblement pas terminées : le 21 septembre 1999, la République islamique du Pakistan a ainsi introduit une instance contre l'Inde au sujet d'un différend relatif à la destruction, le 10 août 1999, d'un avion de type atlantique de la marine pakistanaise non armé, *cf.* C.I.J., communiqué de presse, 99/48, *in* http ://www.icj-cij.org/cijwww/cpresscom/ Cpress1999/cpresscom9948.