

La proportionnalité de l'emploi des armes nucléaires en droit international public

par Benoît GREMARE

*Officier de marine, doctorant en droit public, IRENEE,
Université de Lorraine*

« Il y a moins que jamais
proportionnalité entre force et sécurité »¹

L'arme nucléaire ne laisse pas indifférent. Les réactions à son égard sont passionnelles et rarement proportionnées, entre les pouvoirs publics en charge de sa gestion et les groupes, gouvernementaux ou non, favorables à son abolition.

Si elle a contribué à modifier le jeu diplomatique, comme l'écrivait Raymond Aron, l'arme nucléaire a engendré une proportionnalité des rapports traditionnels entre ressources et force, puissance et sécurité d'un État². « *Il y a moins que jamais proportionnalité entre les moyens de force d'un État et sa capacité d'imposer aux autres sa volonté*³ ». Ainsi « *c'est la possession ou non de l'arme nucléaire qui détermine le rôle d'un État sur la scène internationale*⁴ ». Épée de Damoclès pointée tous azimuts, l'arme nucléaire française permet de clamer à l'échelle mondiale une politique d'indépendance nationale et de protéger les intérêts vitaux. Or la terreur qu'elle suscite pour l'humanité a amené la communauté internationale à borner juridiquement son usage avec l'idée de *proportionnalité*.

En droit, le principe de proportionnalité⁵ est un concept qui a de nombreux sens selon les législations. Généralement, il présente une adéquation des

1. Raymond Aron, *Paix et Guerre entre les nations*, Paris, Calmann-Lévy, 1962, p. 430.

2. L'arme nucléaire change l'équation de la puissance, un État-Nation pouvant dissuader un État-Continent de l'agresser à partir du moment où il dispose des moyens de lui infliger des dommages au moins équivalant à l'enjeu du conflit : la dissuasion peut ainsi être proportionnée à l'enjeu.

3. Raymond Aron, *op. cit.*, p. 430.

4. Giovanni Busino, *Pour Raymond Aron (1905-1983). Éléments pour une histoire de la sociologie. Autosuggestion et équilibre général. Langues naturelles et langages formels, Revue Européenne des Sciences Sociales (CVP)*, t. XXII, n° 66, p. 33.

5. En mathématiques, on dit que deux séries de nombres sont proportionnelles quand on peut passer de l'une à l'autre en multipliant ou divisant la première par une même constante non nulle. Sa définition en droit s'établit sur les thèmes sous-entendus.

moyens à un but recherché. Il est donc par lien en adéquation avec deux autres principes, celui de *nécessité* et de *subsidiarité*⁶. Le principe de proportionnalité sous-entend ainsi que le contenu et la forme de l'action n'excèdent pas ce qui est nécessaire pour atteindre les objectifs poursuivis.

En droit des conflits armés, la proportionnalité est exigée entre les belligérants en fonction de l'armement employé, ce qui amène à confronter les principes humanitaires liés aux victimes avec les nécessités militaires liées au champ de bataille. Par exemple, l'interdiction répétée de l'emploi des armes chimiques illustre l'énergie du droit international à abolir leur usage. Mais cette manœuvre s'avère beaucoup plus complexe pour l'arme nucléaire, laquelle tient une position particulière du fait de sa puissance sans nul autre égal⁷.

Aussi peut-on se demander si, au regard de l'actualité et par son impact, l'arme nucléaire ne serait pas juridiquement illégale par la puissance qu'elle déploie et l'enjeu qu'elle prétend servir ?

Pour y répondre, il est nécessaire d'aborder la jurisprudence de la proportionnalité de l'arme nucléaire (I), perçue différemment par le droit suivant la démesure de ses effets, de manière à détailler en détails l'enjeu juridique de sa finalité d'usage au travers de la notion de légitime défense comme responsabilité intrinsèque de l'État (II).

I. Jurisprudence de la proportionnalité de l'emploi des armes nucléaires

Pour un juriste, l'avis consultatif de la Cour internationale de Justice (C.I.J.) du 8 juillet 1996 *sur la licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*⁸ présente toujours l'état de la question au regard du droit international positif (A) car si l'existence de la règle de proportionnalité est effective (B) en droit positif, son contenu reste indéfini – les États évitant généralement d'en préciser les contours⁹. Aussi, il importe de faire la balance

6. La responsabilité d'une action publique incombant aux exécutants avant les décideurs.

7. La dernière en date étant celle du 7 juillet 2017 avec l'adoption par l'Assemblée Générale des Nations Unies de la résolution L 41 établissant un traité d'interdiction des armes nucléaires, conformément au paragraphe 8 de la résolution 71/258 de l'Assemblée générale en date du 23 décembre 2016 en vue de l'adoption d'un instrument juridiquement contraignant visant à interdire les armes nucléaires en vue de leur élimination complète, dans le but de renforcer l'article 6 du Traité *sur la non-prolifération des armes nucléaires*.

8. C.I.J., Avis consultatif, 8 juillet 1996, *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, avis consultatif*, Rec., p. 226 (ci-après Avis AGNU). Cet avis résulte de la décision prise par l'Assemblée générale, par sa résolution 49/75 K adoptée le 15 décembre 1994, de soumettre à la C.I.J., pour avis consultatif, la question suivante : « *Est-il permis en droit international de recourir à la menace ou à l'emploi d'armes nucléaires en toute circonstance ?* ».

9. Linos-Alexandre Sicilianos, *Les réactions décentralisées à l'illicite – Des contre-mesures à la légitime défense*, Paris, LGDJ (coll. « Bibliothèque de droit international », t. 102), 1990, 532 p.

entre la souffrance superflue qu'est susceptible d'engendrer la « bombe » et l'avantage militaire qu'elle est censée procurer à ses possesseurs (C).

A. Coutume et *statu quo* en droit international

Dans son avis consultatif du 8 juillet 1996, la Cour, qui a rappelé le caractère coutumier de la soumission de l'exercice du droit de légitime défense aux conditions de nécessité et de proportionnalité, a précisé que malgré l'absence d'une mention spécifique de la proportionnalité dans l'article 51 de la Charte, cette condition s'applique tout de même à l'exercice de la légitime défense¹⁰. Pourtant, et bien que l'arme nucléaire puisse être considérée comme nécessairement disproportionnée dans ses effets, la Cour déclare dans son paragraphe 42 que : « *Le principe de proportionnalité ne peut pas, par lui-même, exclure le recours aux armes nucléaires en légitime défense en toutes circonstances* ».

Cette idée est reprise au paragraphe 48 où la Cour, portant l'un des premiers avis juridiques sur la politique de la dissuasion, réaffirme cette disposition en excluant les limitations d'emploi de l'arme nucléaire : « *Il peut en effet être justifié d'inférer de la possession d'armes nucléaires qu'on est prêt à utiliser celles-ci. Pour être efficace, la politique de dissuasion, par laquelle les États qui détiennent des armes nucléaires ou qui se trouvent sous leur protection cherchent à décourager l'agression militaire en démontrant que cette dernière ne servira aucun objectif, nécessite que l'intention d'employer des armes nucléaires soit crédible*¹¹ ».

En conséquence, dans le cas où la menace contre un État devient grave au point de mettre en cause sa survie, les moyens de réponse permettant de repousser ou d'arrêter l'attaque incluent l'arme nucléaire pour les États qui la possèdent, une hypothèse d'emploi¹² dans les circonstances les plus dramatiques, résumée au paragraphe 96 de l'avis consultatif de la C.I.J. : « *la Cour ne saurait au demeurant perdre de vue le droit fondamental qu'a tout État à la survie, et donc le droit qu'il a de recourir à la légitime défense, conformément à l'article 51 de la Charte, lorsque cette survie est en cause*¹³ ».

Soucieuse de prévenir une escalade quant à la question des représailles massives et la frappe anti-cité, lesquelles soulèvent de nombreuses questions sur les objectifs visés par les frappes nucléaires, la Cour a érigé en « *considérations supplémentaires* » de la proportionnalité « *la nature même de toute arme nucléaire et les risques graves qui lui sont associés*¹⁴ ». Cette

10. Avis AGNU, § 41, p. 245.

11. Avis AGNU, § 48, p. 246-247.

12. Yann Leroy, « La notion d'effectivité en droit », *Droit et société*, 3/2011, n° 79. En droit, lorsqu'un principe est posé, celui-ci n'est pas nécessairement suivi d'effet, l'effectivité en droit désignant une situation de fait, au présent, laquelle n'est pas obligatoirement factuelle, n'entraînant pas d'application concrète dans l'avenir.

13. Avis AGNU, § 96, p. 263.

14. *Id.*, § 43, p. 245.

grille conduit à considérer comme illicites les stratégies de riposte massive et anti-citées sauf dans le cas où l'État défend sa survie, au contraire des frappes opérationnelles et flexibles qui ne sont pourtant pas en elles-mêmes contraires au droit coutumier de la légitime défense en visant un avantage tactique.

Pour Maurice Torrelli, doyen honoraire de l'Institut du Droit de la Paix, « dans ce jeu abstrait qu'est la stratégie de la dissuasion, telle qu'elle est conçue par la France, jusqu'à présent du moins, le droit peut en effet apparaître comme un risque pour la paix. Ainsi, la dissuasion du "faible au fort" et la stratégie de frappe anti-cités qui l'accompagne sont, faut-il le rappeler, fondées sur la promesse de la destruction de 100 millions de civils, ce qui constituerait à l'évidence le plus abominable des crimes contre l'humanité »¹⁵, et ce, sauf à considérer que l'État ennemi ait décrété une mobilisation générale de sa population laquelle, embrigadée et enrégimentée, passe du statut de civil à militaire, devenant par cela un objectif militaire – la distinction étant flouée par l'État ennemi lui-même qui emploie sa population comme ressource de guerre voire comme bouclier¹⁶.

Dans son application, le droit des conflits armés touche l'humanitaire dont l'un des principes fondamentaux, à savoir la protection des populations civiles, résulte aussi d'une question de proportionnalité lorsqu'il est question d'employer l'arme nucléaire.

B. De l'effectivité : les proportionnalités qualitatives et quantitatives

Dans son avis consultatif de 1996 sur la licéité d'emploi de l'arme nucléaire, la C.I.J. devait se prononcer sur la question de la quantité et de la qualité de la force légitime pour mettre un terme à l'agression ennemie à l'aide de l'arme nucléaire.

Qualitativement, la proportionnalité peut se calculer à l'échelle de l'attaque subie ou de la gravité de sa situation qui va s'ensuivre. La première est observable militairement, la seconde se détermine sur la perception subjective du politique. Pour les opposants à l'armement nucléaire, la proportionnalité ne s'apprécie qu'au travers de l'attaque initiale puisque l'arme nucléaire a des effets qualitativement disproportionnés, arguant les causes d'une situation subie et les effets d'une situation théorique. La Cour se contente de répondre que l'emploi de la force en cas de légitime défense doit satisfaire « aux exigences du droit applicable dans les conflits armés,

15. Maurice Torrelli, « La reprise des essais nucléaires français », *Ann. fr. dr. int.*, 1995, note 7, p. 758.

16. Cf. Vincent Coussirat-Coustère, « Armes nucléaires et droit international. À propos des avis consultatifs du 8 juillet 1996 de la Cour internationale de Justice », *Ann. fr. dr. int.*, 1996, p. 342 : « On touche là l'irréductible opposition des points de vue des juristes et des stratèges ; les premiers "souhaitent" que les armes nucléaires doivent être capables de frappes discriminantes, précises et d'effet limité alors que les seconds s'y refusent par crainte d'une rationalisation excessive de la doctrine d'emploi qui lui ferait perdre son caractère dissuasif pour les agresseurs potentiels ».

dont en particulier les principes et règles de droit humanitaire »¹⁷ sauf si, conformément au droit des conflits armés, une riposte nucléaire est dictée par l'impératif de nécessité militaire ou si elle n'a que des effets minimes sur les populations protégées par le droit humanitaire. En d'autres termes, la Cour accepte indirectement l'hypothèse de l'emploi de l'arme nucléaire contre une attaque conventionnelle s'il est conforme aux principes du droit des conflits armés¹⁸.

Quantitativement, la frappe nucléaire dépend des circonstances, des doctrines d'emploi des belligérants et de leurs arsenaux respectifs¹⁹. La Cour aborde le problème de l'incidence d'une escalade nucléaire sur l'appréciation de la proportionnalité quantitative d'une riposte nucléaire par rapport à une attaque de même nature : « *La Cour n'a pas à se livrer à une étude quantitative de tels risques ; elle n'a pas davantage à s'interroger sur le point de savoir s'il existe des armes nucléaires tactiques suffisamment précises pour limiter ces risques : il lui suffira de relever que la nature même de toute arme nucléaire et les risques graves qui lui sont associés sont des considérations supplémentaires que doivent garder à l'esprit les États qui croient pouvoir exercer une riposte nucléaire en légitime défense en respectant les exigences de la proportionnalité*²⁰ ».

Or la question demeure quant à la détermination du degré de proportionnalité dans le cas ultime où un État est particulièrement menacé dans sa survie suite à des agressions nucléaires d'envergure. Entre ceux gardant à l'esprit l'intérêt général de la collectivité internationale et ceux qui insistent sur la priorité de la conservation de l'État, les opinions divergent sur la portée des conditions de proportionnalité et de nécessité dans cette situation extrême et inédite pour le droit. La Cour s'est sentie incapable de trouver la balance entre l'intérêt de la survie de chaque État et l'humanité. Car seule l'arme nucléaire donne à la détermination d'une telle balance une dimension existentielle, défiant les propres faiblesses du droit humanitaire.

C. La caution humanitaire : une balance entre la souffrance superflue et l'avantage militaire

Chaque puissance nucléaire donne à son dirigeant ou à son conseil directeur la décision d'employer l'arme nucléaire. Il n'est qu'un nombre limité de personnes qui peuvent engager le feu nucléaire et le destin de la population. Ce renvoi à l'élément subjectif n'offre pas la sécurité juridique désirée par les environnementalistes et les écologistes, des doutes subsistant

17. Avis AGNU, § 42, p. 245.

18. Selon Abdulhay Sayed, in *Quand le droit est face à son néant. Le droit à l'épreuve de l'emploi de l'arme nucléaire*, Bruxelles, Bruylant, 1998, 203 p.

19. « *À partir d'une certaine capacité nucléaire et pour ce qui concerne la défense directe de chacun, la proportion des moyens respectifs n'a plus de valeur absolue.* », Conférence de presse au palais de l'Élysée, 23 juillet 1964 in Charles de Gaulle, *Discours et Messages*, IV, Paris, Plon, 1970, p. 233.

20. Avis AGNU, § 43, p. 245.

aussi quant à la probabilité de l'annulation d'une attaque nucléaire imminente sur la base de considérations écologiques.

Indépendamment de la question plus générale des souffrances liées à l'utilisation d'armes dans un conflit armé, la question soulevée par le Comité International de la Croix-Rouge concerne la compatibilité avec les règles de base du Protocole additionnel aux Conventions de Genève de l'étendue considérable des dégâts et des dommages incidents d'un bombardement nucléaire. En effet, selon le commentaire du C.I.C.R., la règle de la proportionnalité signifie que : « *L'attaque doit être dirigée contre un objectif militaire, avec des moyens qui n'excèdent pas l'objectif mais sont adaptés à sa seule destruction, et les effets des attaques doivent être limités [...] l'idée que ces pertes et dommages civils, même très étendus, pouvaient être justifiés si l'avantage militaire en jeu présentait une grande importance [...] va à l'encontre des règles de base du Protocole [...] Les pertes et les dommages causés incidemment ne doivent jamais être considérables*²¹ ».

La grande difficulté du droit des conflits armés est de concilier les nécessités de la guerre avec les principes humanitaires, tous deux étant régis par le critère du réalisme. Si un belligérant ne doit pas provoquer de maux *superflus* ou de souffrances *inutiles* aux combattants, la puissance destructrice d'une arme n'est pas automatiquement remise en cause car doivent être pris en considération dans cette question de légalité la souffrance insufflée contrebalancée par l'avantage militaire stratégique acquis, en vue de la fin des hostilités²². Au cours des exposés donnés lors de l'avis consultatif de la C.I.J. du 8 juillet 1996 sur la licéité des armes nucléaires, le Royaume-Uni a affirmé que l'utilisation de l'arme nucléaire n'était pas interdite dans la mesure où les maux qu'entraînerait son usage étaient : « *nécessaires dans l'optique d'un objectif militaire légitime [...] A supposer que tous les autres moyens s'avèrent insuffisants, comment prétendre alors que le recours aux armes nucléaires serait disproportionné ? A moins de postuler l'existence d'un*

21. C.I.C.R., *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, Genève, Martinus Nijhoff, 1986, p. 640-641 § 1979-1980. Pour la C.I.J., s'agissant ainsi de la confrontation des armes nucléaires aux principes et règles du droit international humanitaire, ni les partisans d'un emploi tactique compatible avec ce droit ni les tenants d'une incompatibilité *per se* ne lui ayant fourni les bases nécessaires ou les éléments suffisants pour conclure, la Cour se résout à ne pas se prononcer sur le bien-fondé de l'une ou l'autre thèse (avis AGNU, § 94-95, p. 262-263).

22. Lors des débats sur la licéité de la menace ou de l'emploi des armes nucléaires, le juge Gilbert Guillaume développe ce point au paragraphe 5 de son opinion individuelle (Rec., p. 289) : « *Ainsi le droit coutumier humanitaire comporte une seule interdiction absolue : celle des armes dites "aveugles" qui sont dans l'incapacité de distinguer entre cibles civiles et cibles militaires. Mais à l'évidence les armes nucléaires n'entrent pas nécessairement dans cette catégorie. Pour le surplus, ce droit suppose des comparaisons. Les dommages collatéraux causés aux populations civiles ne doivent pas être "excessifs" par rapport à l'avantage militaire attendu. Les souffrances causées aux combattants ne doivent pas être "superflues", c'est-à-dire, pour reprendre l'expression même de la Cour, "supérieures aux maux inévitables que suppose la réalisation d'objectifs militaires légitimes" (par. 78). Dès lors l'arme nucléaire ne saurait être regardée comme illicite du seul fait des souffrances qu'elle est susceptible de causer. Encore faut-il comparer ces souffrances aux "avantages militaires attendus" ou aux "objectifs militaires" poursuivis* ».

*point à partir duquel la victime d'une agression perd tout droit de se défendre à cause des souffrances que pourrait entraîner sa riposte. Pareil argument est contraire tant à la logique qu'à la pratique*²³ ».

Or s'il est illicite à travers la Convention de Genève²⁴ d'attaquer une population civile et de lui infliger des dommages collatéraux excessifs, risques qu'engendrerait indéniablement une attaque nucléaire, il en demeure pour les tenants de la licéité que le critère crucial reste une proportionnalité qui sache mettre en balance l'avantage militaire résultant d'une attaque et son effet sur la population civile²⁵. Ce n'est que si ce dernier est *entièrement disproportionné au premier* que le principe est violé, suivant l'idée qu'une frappe nucléaire ne puisse être utilisée que dans l'optique d'un avantage militaire très considérable, voire en dernier recours dans le cadre de la légitime défense et la survie de l'État²⁶.

II. Proportionnalité et dissuasion nucléaire : la légitime défense comme responsabilité intrinsèque de l'État

Prévenir et assurer la survie de l'État est l'objet même de la dissuasion qu'il faudra définir à terme pour son volet nucléaire (**D**). Or, bien que cadrée par la légitime défense, l'arme nucléaire interroge pour la proportion de ses effets au regard des représailles massives (**A**) et du *jus cogens* (**B**), un usage qu'il ne faut pas décorréler de l'intentionnalité étatique (**C**).

A. La riposte massive ou la légalité des représailles

L'institution de représailles est admise en droit international. Sont comprises par représailles des mesures plus ou moins violentes et

23. Exposé oral du Royaume-Uni, CR 95/34, p. 39-40 : « *The use of that weapon is not unlawful if the injury it causes is necessary to the achievement of a legitimate military goal. [...] If all the other means at their disposal are insufficient, then how can it be said that the use of a nuclear weapon must be disproportionate? // Unless it is being suggested that there comes a point when the victim of aggression is no longer permitted to defend itself because of the degree of suffering which defensive measures will inflict. // Such a suggestion is insupportable in logic and unsupported in practice* ». Disponible à l'adresse suivante : [<http://www.icj-cij.org/files/case-related/95/095-19951115-ORA-01-00-BI.pdf>].

24. Convention de Genève *relative à la protection des populations civiles en temps de guerre* du 12 août 1949 et Protocoles additionnels.

25. L'unique exemple dans l'histoire jusqu'à présent reste les bombardements atomiques d'Hiroshima et de Nagasaki ayant entraîné la reddition du Japon impérial et la fin à la Seconde Guerre Mondiale. L'avantage militaire s'est mû en avantage politique, le cas d'extrême nécessité de légitime défense reste à illustrer dans l'avenir.

26. « *Lorsqu'il s'agit de choisir entre la survie nationale et l'assujettissement à la conquête, lequel peut être extrêmement brutal et asservissant, il est dangereusement erroné de dire que l'utilisation d'une arme nucléaire ne saurait jamais répondre au critère de la proportionnalité* », exposé oral du Royaume-Uni, *loc. cit.*, p. 41 : « *Where what is at stake is the difference between national survival and subjection to conquest which may be of the most brutal and enslaving character, it is dangerously wrong to say that the use of a nuclear weapon could never meet the criterion of proportionality* ».

contraignantes²⁷, déroatoires aux règles ordinaires du droit international, qu'un État emploie contre un autre État qui a violé ses intérêts ou ceux de ses nationaux en dépit des devoirs que le droit des gens lui impose, dans le but de rétablir la normalité. Avec l'emploi de bombes atomiques au cours de la Seconde Guerre Mondiale, Stephan Glaser remarqua que l'usage de l'arme nucléaire constitue une voie de fait et non de droit, pouvant s'exercer en temps de paix ou en temps de guerre, intrinsèquement illicites mais dont la justification exceptionnelle réside dans le fait qu'il réponde à un acte illicite dont il entend obtenir le retrait, la réparation ou le redressement²⁸. Cette action de réponse est donc exonérée d'illégalité en raison de la violation à laquelle elle se réfère et pour laquelle la notion de proportionnalité n'est pas effective²⁹ puisqu'elle déroge aux règles du droit international, en vue de se conformer par suite aux règles de droit international.

Conformément à la légitime défense qui suppose une violation préexistante du droit, les représailles concernent une violation consommée du droit. Dans le cadre de l'arme nucléaire, il s'agira de l'invasion du territoire ou de l'attaque armée de la population. Les représailles nucléaires enclenchées se présentent alors comme une procédure de contrainte qui apparaît comme l'unique moyen approprié et efficace pour contraindre un État à abandonner des pratiques contraires au droit et à accorder à l'État qui en est la victime les satisfactions auxquelles il peut légitimement prétendre, la survie.

La légitimité de représailles tient de la cause justificative, bien établie en droit international, aussi bien que de la doctrine d'emploi que de la jurisprudence effective. L'arme nucléaire apparaît comme la garantie ultime de la survie de l'État et, du fait qu'elle soit basée sur la terreur et le recul de l'ennemi si ce dernier ne choisit pas la voie de l'anéantissement, joue pleinement le rôle de représailles, massives dans ses effets subséquents. Ainsi les représailles s'avèrent souvent indispensables car elles apparaissent comme la seule sanction directe apte à rappeler l'adversaire à l'ordre et à le contraindre à se conformer aux règles du droit international. Rôle positif, les représailles sont pleinement appliquées dans la tactique de dissuasion nucléaire en mitigant les tendances violatrices, en maîtrisant les excès de l'ennemi, en tempérant les atrocités. Limiter ou déclarer illégitimes les représailles serait une prime de mauvaise foi à l'ennemi, et « *de la part des gouvernants un crime contre leur pays, que de ne pas employer un moyen de*

27. Les représailles peuvent être positives (accomplissement d'un acte positif dommageable) ou négatives (refus par l'État qui les emploie d'accomplir une obligation contractée par lui ou de laisser l'État adverse jouir d'un droit) ; elles peuvent aussi être pacifiques (embargo, confiscation, expulsion ou arrestation des ressortissants de l'adversaire, dénonciation des traités, rupture des relations commerciales) ou armées (blocus, bombardement naval).

28. Stephan Glaser, *L'arme nucléaire à la lumière du droit international*, Paris, Pedone, 1964, 68 p.

29. Pour être reconnues comme légitimes, les représailles doivent répondre à un acte préalable contraire au droit, être nécessaires, suivre une sommation infructueuse et être proportionnées à la gravité de l'infraction commise par l'adversaire.

*guerre dont l'emploi unilatéral peut assurer le triomphe de l'État coupable*³⁰ ».

Enfin, si les Conventions de Genève de 1949 interdisent des représailles à l'égard de particuliers, elles admettent par ce fait même de telles mesures vis-à-vis de l'État adverse³¹. Leurs légalités ont été en outre reconnues par les tribunaux militaires internationaux de Nuremberg et de Tokyo.

Ainsi l'arme nucléaire doit être considérée comme licite si son usage s'avère justifié à titre de représailles c'est-à-dire s'il apparaît comme une riposte proportionnée à la violation antérieure du droit.

B. L'individu et la bombe : application des armes nucléaires au *Jus cogens*

Du point de vue du droit international, la dissuasion nucléaire 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. En même temps, « *elle la domestique en déclarant que toute doctrine de dissuasion n'est pas admissible au regard de l'article 2 § 4 de la Charte des Nations-Unies, restriction qu'elle accentuera quand elle ajoute qu'est aussi illicite la menace d'un emploi envisagé contrevenant aux exigences du droit international humanitaire* »³².

En parallèle, la Cour a refusé de se prononcer sur le point de savoir si les normes du droit humanitaire font partie du *jus cogens*³³, ce qui était sage, car alors on aurait pu se demander si ce droit primait sur celui de la légitime défense.

Lors d'une crise nucléaire, dans un contexte de guerre totale et de doctrine totalitariste des sociétés, l'arme nucléaire apparaît comme une arme de masse en direction de la volonté d'un groupe où le concept d'individu n'est pas pris en compte dans ce type d'affrontement. La masse enrégimentée ne se révolte pas sur les choix politiques de la marche à la guerre, si fait le *jus cogens* n'existe plus dans ce type de société. Dans ce contexte, l'arme nucléaire paraît appropriée pour être dirigée vers un ennemi de masse qui ne reconnaît pas l'individu et sa responsabilité pour la destruction massive qu'elle lui causerait, étant en droit positif international la seule de la catégorie des armes de destruction massive à ne pas être interdite en elle-même³⁴, bien que selon la C.I.J. : « *[de] par [ses] caractéristiques, l'arme nucléaire est*

30. Louis Le Fur, *Précis de droit international public*, 4e éd., Paris, Dalloz, 1939, § 875, p. 541.

31. Conventions de Genève, Ière : article 46 ; IIe : article 47 ; IIIe : article 13 ; IVe : article 33.

32. Vincent Coussirat-Coustère, *loc. cit.*, p. 349 ; v. avis AGNU, § 78, p. 257.

33. Avis AGNU, § 79, p. 257 et § 83, p. 258. Le concept de *jus cogens* concerne des principes de droits réputés universels et supérieurs constituant des normes impératives du droit international, sorte de *droit naturel* à savoir des règles fondamentales liées à la conscience universelle de l'humanité.

34. Avis AGNU, § 74, p. 256.

potentiellement d'une nature catastrophique » parce que « *[le] pouvoir destructeur des armes nucléaires ne peut être endigué ni dans l'espace ni dans le temps*³⁵ ».

Si certains principes humanitaires du droit des conflits armés font partie du droit impératif auquel aucune dérogation n'est permise, la situation d'extrême nécessité pour la survie de l'État l'emporte tautologiquement, la revendication du droit et la responsabilité étant subordonnées à l'existence. En termes de droit coutumier, la C.I.J. n'a pas eu à prendre position sur l'appartenance des principes cardinaux du droit humanitaire mais les a qualifiés de « *principes intransgressibles* » ; or dire que l'emploi de l'arme nucléaire ne serait pas nécessairement contraire au droit humanitaire dans une situation extrême de légitime défense, ce serait placer cette situation au-delà encore des circonstances de l'état de nécessité³⁶.

C. De la proportionnalité à l'intentionnalité ?

Dans son avis consultatif de 1996, la C.I.J. a estimé que le droit des droits de l'Homme, soit la protection du droit à la vie et l'interdiction de génocide, n'était pas un instrument de mesure de la licéité de l'arme nucléaire du fait que la première n'envisageant que la privation arbitraire de la vie dépend de la licéité des circonstances de l'emploi des armes, et que la seconde requiert une intentionnalité, caractère qui n'est inhérent à aucune arme³⁷. Sur la définition du génocide, la C.I.J. base le critère de responsabilité à l'article II de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide du 9 décembre 1948 en tenant compte de la notion d'*intentionnalité* à savoir : « *L'intention de détruire, en tout ou en partie, un groupe national, ethnique, racial ou religieux, comme tel* ».

Discriminantes, les armes dites aveugles ont un caractère illicite du fait de leur incapacité de distinguer les éléments civils et militaires, combattants ou non-combattants sur un terrain. Bien qu'il faille différencier la bombe nucléaire dans son acte de lancement et ses effets d'explosion, celle-ci, généraliste dans ses conséquences, reste précise en cause, les moyens techniques modernes permettant de guider un missile balistique intercontinental jusqu'à une cible déterminée.

L'argument d'une incapacité de distinction entre les cibles combattantes et non-combattantes renvoie d'une part à la responsabilité des pouvoirs publics et de la population impliquée dans la zone d'intérêt stratégique, d'autre part aux manœuvres de l'ennemi qui brouilleraient le guidage du

35. Avis AGNU, § 35, p. 243.

36. Cf. Vincent Coussirat-Coustère, *loc. cit.*, p. 355 : « *il semble bien que les mécanismes de l'état de nécessité interdisent l'invocation d'un tel droit à la survie. Il convient de souligner d'abord que, l'existence de l'État faisant partie des intérêts essentiels protégés par le concept de nécessité, le droit à la survie n'a pas de régime propre et différent de celui de l'état de nécessité* ».

37. Vincent Coussirat-Coustère, *loc. cit.*, p. 345.

missile³⁸. Toutefois l'arme nucléaire ne produit pas nécessairement d'effets non discriminatoires sur les civils³⁹ comme le rappelle le Royaume-Uni dans son exposé écrit devant la C.I.J. : « *Il n'est absolument pas exact que toute utilisation d'armes nucléaires contre un objectif militaire s'accompagnerait inévitablement de très lourdes pertes civiles* »⁴⁰.

L'ennemi visé est bien l'État adverse, entité juridique et personne morale, non la population en tant que telle, comme le rappelle l'exposé oral des États-Unis devant la C.I.J. lors de l'affaire sur la licéité des armes nucléaires. Juridiquement, l'acte d'employer l'arme nucléaire fixe une frontière franche entre le *jus ad bellum* et le *jus in bello* du fait que son usage entraîne une absorption de la condition de proportionnalité dans celle de la nécessité, nécessité engendrée par la destruction programmée de l'État attaqué.

Pourtant, sur le principe, le droit de ne pas être privé de la vie est reconnu par la C.I.J. pendant les hostilités, toutefois la Cour ajoute encore qu'en pareil cas, c'est : « *à la lex specialis applicable, à savoir le droit applicable dans les conflits armés, conçu pour régir la conduite des hostilités, qu'il appartient de déterminer ce qui constitue une privation arbitraire de la vie* »⁴¹ et qu' « *ainsi, c'est uniquement au regard du droit applicable dans les conflits armés, et non au regard des dispositions du pacte lui-même, que l'on pourra dire si tel cas de décès provoqué par l'emploi d'un certain type d'armes au cours d'un conflit armé doit être considéré comme une privation arbitraire de la vie contraire à l'article 6 du pacte* »⁴².

Doit-on alors établir pour le droit des conflits armés une *lex specialis nuclearii* qui régirait la légalité d'usage de l'arme nucléaire au cours d'une troisième Guerre Mondiale ? Sa rédaction théorique ne provoquera que l'ire de la communauté internationale, la fin de l'esprit du TNP et une course aux arsenaux nucléaires par les États. Du moins peut-on proposer une définition juridique permettant de cadrer l'exercice de la dissuasion nucléaire.

D. Une définition juridique de la dissuasion nucléaire française

Avec son avis de 1996 sur la licéité d'emploi de l'arme nucléaires et les conclusions afférentes, la C.I.J. a incontestablement consacré la dissuasion

38. Entraînant des dommages civils et collatéraux sur la population dont il a la charge et la responsabilité juridique.

39. Exposé oral des États-Unis, CR 95/34, p. 70 : « *it has been argued that nuclear weapons are inherently indiscriminate in their effect (...) This argument is simply contrary to fact. Modern nuclear weapon delivery systems are, indeed, capable of precisely engaging discrete military objectives* » [<http://www.icj-cij.org/files/case-related/95/095-19951115-ORA-01-00-BI.pdf>]. La citation renvoie au Rapport du groupe de gestion de l'OMS sur la réalisation de la résolution WHA 36.28, *Effets de la guerre nucléaire sur la santé et les services de santé*, OMS, Genève, 1987.

40. Royaume-Uni, exposé écrit, p. 53, par. 3.70, p. 53 [<http://www.icj-cij.org/files/case-related/95/8802.pdf>]. Cette affirmation est reprise dans l'avis AGNU, § 91, p. 262).

41. Avis AGNU, § 25.

42. *Ibid.*

nucléaire⁴³ en répondant explicitement au § 2 B du dispositif que « *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* ».

Bien qu'elle lui donne une qualification a-juridique comme étant « la pratique dénommée politique de dissuasion à laquelle une partie appréciable de la communauté internationale a adhéré pendant des années »⁴⁴, cette pratique n'est pas étrangère au développement des normes relatives aux armes nucléaires. Amenée à s'inscrire dans la coutume, elle comporte d'incontestables éléments juridiques tels que les garanties négatives de sécurité souscrites par les États nucléaires et qui constituent des engagements conventionnels ou unilatéraux. Cette pratique courante depuis la Guerre Froide permet d'apprécier l'existence d'une *opinio juris* relative aux élan réguliers d'interdiction des armes nucléaires dans le monde. La dissuasion nucléaire n'est pas en soi contraire au droit international tant qu'elle est pratiquée dans l'exercice du droit de légitime défense dans le cadre de l'article 51 de la Charte des Nations Unies. Reconnue comme un fait par la C.I.J., elle est fondée sur le droit naturel de légitime défense, et alors que ses alliés préfèrent se référer au principe juridique des représailles armées vis-à-vis des pays non nucléaires, la France a inscrit explicitement sa dissuasion dans le cadre du droit naturel de légitime défense⁴⁵.

Volet défensif de la force de frappe, la dissuasion nucléaire permet l'acte d'user d'une stratégie défensive, politique et militaire, de dissuasion avec une force de frappe constituée d'un armement nucléaire. Au travers des légitimes représailles rappelées par les doctrines des livres blancs sur la défense, la dissuasion devait présenter à l'ennemi « des dommages inacceptables hors de proportion avec l'enjeu d'un conflit⁴⁶ » et des dommages souhaités « hors de proportion avec l'objectif d'une agression⁴⁷ ». Cette notion de dommages incommensurables, donc non directement proportionnés à l'agression immédiate, est un élément classique de la vision française de la dissuasion, bien que la frappe anti-cité ait disparu du langage public depuis les années 1990. A ce stade, une définition juridique de la dissuasion nucléaire est nécessaire, tout système juridique devant être organisé à partir de principes généraux et fondé sur des notions suffisamment permanentes pour en maintenir l'harmonie sans laquelle il se disloquerait, se perdrait en contradictions et deviendrait incompréhensible et impraticable⁴⁸. Le droit ne

43. Vincent Coussirat-Coustère, *loc. cit.*, p. 353.

44. Avis AGNU, § 96, p. 263. De même, elle n'entend pas se prononcer en droit « *sur la pratique dénommée "politique de dissuasion"* » (§ 67, p. 254).

45. Sur ce point, v. Bruno Tertrais, *La France et la dissuasion nucléaire : concept, moyens, avenir*, Paris, doc. fr., 2017, 176 p.

46. *Livre blanc sur la Défense*, Paris, doc. fr., 1994, p. 57.

47. *Livre blanc sur la défense et la sécurité nationale*, Paris, Odile Jacob, doc. fr., 2008, p. 69.

48. Ces principes peuvent être propres aux Nations, dus à leur conception sociale et à leur histoire. En droit allemand existent des principes dérivés de la notion de sécurité juridique telle que la protection de la confiance à l'égard de la justice ; en droit britannique le concept

peut constituer un ensemble systématique et rationnel que s'il est sous-tendu par un réseau de concept qui lui donne son organisation intellectuelle. Et souvent le débat reste dans l'impasse du fait que l'arme nucléaire est présumée illicite par ses opposants non en raison de son premier usage mais de ce qui pourrait survenir après. Or une doctrine nucléaire, notamment dissuasive ne saurait « *ex ante être la matière d'une appréciation judiciaire* »⁴⁹ et la construction d'un espace juridique capable d'optimiser juridiquement les mécanismes.

Conclusion : la France aux 24 000 bombes nucléaires ?

Avec l'exercice du droit de légitime défense, placé dans une perspective de survie, la proportionnalité de la riposte nucléaire sera vraisemblablement absorbée dans la nécessité d'infliger le dommage maximum à l'agresseur pour qu'il ne puisse plus profiter de sa victoire, afin de le convaincre de cesser ses attaques et de se retirer. A n'en pas douter, l'idée d'une proportionnalité appliquée à l'arme nucléaire masque en sous-main la volonté d'une limitation et d'une condamnation à court terme de celle-ci sur le plan international, malgré l'apparition de nouveaux acteurs nucléaires sur la scène internationale, contrairement à l'esprit du TNP.

Alors même que le Traité d'*interdiction complète des essais nucléaires* n'est toujours pas en vigueur plus de vingt ans après sa signature, un projet de traité sur l'interdiction des armes nucléaires a été adopté le 7 juillet 2017 à l'ONU par 122 États. Ce texte engageant les signataires : « *en aucune circonstance [à] mettre au point, mettre à l'essai, produire, fabriquer, acquérir de quelque autre manière, posséder ou stocker des armes nucléaires ou autres dispositifs explosifs nucléaires*⁵⁰ ».

Sa ratification débutée le 20 septembre 2017 le fera entrer en vigueur lorsqu'une cinquantaine de pays y adhéreront. Fondé sur l'argument moral selon lequel l'emploi de l'arme nucléaire aura des conséquences catastrophiques sur le plan humanitaire, ce traité espère bannir les armes nucléaires de la scène internationale comme le sont les armes biologiques depuis 1972, et les armes chimiques depuis 1993. La France n'a pas participé aux négociations de ce traité, le qualifiant d'inadapté du fait que le désarmement nucléaire ne se décrète pas mais se négocie entre puissances, et elle n'entend pas y adhérer⁵¹. Et s'il n'interdit pas l'utilisation de l'énergie

d'espérance légitime. Charge à l'Europe de tenir compte de ces spécificités avec le principe de la marge d'appréciation et de subsidiarité.

49. Vincent Coussirat-Coustère, *loc. cit.*, p. 352.

50. AGNU, *Traité d'interdiction des armes nucléaires*, 7 juillet 2017, doc. A/CONF.229/2017/L.3/Rev.1 [<http://www.undocs.org/fr/a/conf.229/2017/L.3/Rev.1>].

51. Communiqué de presse, ministère des Affaires étrangères, « Adoption d'un traité d'interdiction des armes nucléaires » (New York, 7 juillet 2017), [<https://www.diplomatie.gouv.fr/fr/politique-etrangere-de-la-france/desarmement-et-non-prolifération/evénements-lies-au-desarmement-et-a-la-non-prolifération/evénements-lies-a-la-non-prolifération/article/adoption-d-un-traité-d-interdiction-des-armes-nucléaires-07-07-17>].

nucléaire à des fins civiles, le texte met clairement à l'index les bases même de la stratégie de dissuasion, l'arme nucléaire ne devant pas servir même en cas de légitime défense, ce qui est méconnaître la jurisprudence de la C.I.J. depuis juillet 1996.

L'arme nucléaire dispose d'un statut juridiquement flou, n'étant officiellement ni interdite ni autorisée, la C.I.J. renvoyant les États à leurs responsabilités qu'ils ont pris au travers de la politique de dissuasion. Appliquée depuis la Guerre Froide, celle-ci reste un pari sur les intentions de l'adversaire, elle n'est pas une garantie totale si bien qu'une guerre nucléaire, même limitée à quelques objectifs, comporte un risque d'escalade qu'aucun régime n'a encore pris, et contre lequel des engagements internationaux ont été progressivement signés pour limiter juridiquement son emploi.

Comme l'arme nucléaire n'est pas proscrite *per se* – via la C.I.J. Sa détention n'est pas par principe contraire au droit de la Charte mais elle le devient si la doctrine d'emploi affichée par l'État a des objectifs condamnés par la Charte ou si l'emploi défensif envisagé est conçu d'une façon telle qu'il violerait les principes de nécessité et de proportionnalité⁵². Sa puissance absolue est au service d'un absolu, d'un principe transcendant, l'État, lequel a la charge de sa propre survie en toute souveraineté⁵³.

52. Avis AGNU, § 47-48, p. 246-247.

53. Ironiquement, la question de sa proportionnalité, à finalité limitative, peut toutefois être renversée afin de développer les arsenaux nucléaires. À titre de comparaison, les États-Unis possèdent un arsenal nucléaire de 8000 bombes nucléaires pour une densité de 33 habitants au kilomètre carré et la Russie près de 10 000 pour 9. Si elle entendait être proportionnelle au regard de ses intérêts vitaux par rapport aux États-Unis et à la Russie, la France avec ses 99 habitants au kilomètre carré aurait eu à se constituer, sur la base du *ratio* armement – densité de population, un arsenal nucléaire à hauteur de 24 000 bombes.