

ANNUAIRE FRANÇAIS
DE
RELATIONS
INTERNATIONALES

2016

Volume XVII

**PUBLICATION COURONNÉE PAR
L'ACADÉMIE DES SCIENCES MORALES ET POLITIQUES**

(Prix de la Fondation Edouard Bonnefous, 2008)



Université Panthéon-Assas
Centre Thucydide

DISSUASION ET DROIT INTERNATIONAL

PAR

NICOLAS HAUPAIS (*) (**)

En 1962, le maréchal Sokolovski, alors chef d'état-major de l'armée et de la marine soviétiques, regarde l'avenir : « *Quels seront les traits caractéristiques d'une guerre future, du point de vue des objectifs stratégico-militaires et des moyens de la conduire ? On peut prévoir que les belligérants utiliseront les moyens les plus efficaces et les plus décisifs pour anéantir l'adversaire et obtenir sa capitulation dans le plus bref délai. Dans ces conditions, la question se pose de savoir ce qui constitue le principal objectif stratégico-militaire de la guerre : la défaite des forces armées ou bien la destruction des objectifs intérieurs suivie d'une désorganisation complète du pays vaincu ? La réponse de la stratégie militaire soviétique est que les deux objectifs doivent être atteints simultanément. L'anéantissement des forces armées ennemies, la destruction des objectifs situés dans ces zones de l'arrière et la dislocation de l'intérieur sont un seul et même procédé.* » (1)

Partons de ce passage, certes daté et correspondant à des doctrines stratégiques révolues, non pour en faire une exégèse juridique, mais plutôt pour en dégager une impression : face à un tel emploi de l'arme nucléaire, on a le net sentiment que le droit s'arrête, qu'il n'a rien à dire, que tout ce qu'il prescrit est aboli. Alors que le droit est certainement une pensée des limites, alors que le droit international serait profondément un droit de limitation de la violence des Etats, l'arme nucléaire est fondée sur des principes exactement contraires : elle promet une violence sans limite, soudaine, barbare. Les distinctions fondamentales sont anéanties, en particulier celle qui doit être établie par les belligérants entre les civils et les combattants et qui constitue un principe cardinal, certains diraient impératif, du droit des conflits armés. Plus radicalement se pose la question de savoir ce que peut contenir réellement le droit international à partir du moment où des Etats rentrent dans la logique de la dissuasion. Les approches des juristes et des stratèges sont alors radicalement différentes.

(*) Professeur de Droit à l'Université d'Orléans (France).

(**) Ce texte est la version, plus synthétique, d'une contribution au colloque « Limites du droit », organisé à Toulon, en avril 2015 et dont les actes sont publiés aux éditions Mare & Martin.

(1) Texte cité in G. CHALIAND, *Anthologie mondiale de la stratégie*, Robert Laffont, Paris, p. 1358. Sur les questions nucléaires, cf. en particulier : B. TERTRAIS, *L'Arme nucléaire*, PUF, Paris, 2008 ; G. LE GUELTE, *Les Armes nucléaires. Mythes et réalités*, Actes Sud, 2009 ; L. FREEDMAN, *The Evolution of Nuclear Strategy*, Palgrave & Macmillan, 3^e éd., 2003.

Comme le souligne Vincent Coussirat-Coustère, « *les premiers 'souhaitent' que les armes nucléaires soient 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* » (2). Le droit international apparaît contraint parce qu'il est susceptible d'être concurrencé par des pratiques, des discours qui lui assignent une place fortement réduite. Les discours de la dissuasion et ceux du droit international apparaissent séparés, cloisonnés.

Ce qu'on voudrait explorer ici, c'est la non-coïncidence entre deux catégories de discours qui s'ignorent à peu près l'un l'autre : celui du droit, en particulier international, à l'intérieur du droit international, humanitaire, d'une part, et les doctrines de la dissuasion nucléaire, produites par des militaires, des stratèges, des penseurs des relations internationales, d'autre part. Le droit n'est d'ailleurs pas mobilisé par les stratèges, les théoriciens ou les décideurs politiques lorsqu'ils évoquent les dévastations issues d'une guerre nucléaire.

Pour comprendre l'irréductibilité des discours juridiques et politico-stratégiques, il convient de partir, selon nous, des seconds. Comment l'arme nucléaire a-t-elle été perçue par les spécialistes de la chose militaire ? Evidemment, on conçoit que la pensée ait ici été évolutive, d'autant plus qu'elle est étroitement dépendante de données techniques et de l'évolution de la possession de l'arme, c'est-à-dire de l'entrée en lice de nouveaux Etats dotés et de la course à la puissance qui a existé entre l'Union soviétique et les Etats-Unis. A l'issue de la Seconde Guerre mondiale, à une époque où l'approche est tâtonnante sur le plan conceptuel, les premiers penseurs de l'arme nucléaire conçoivent évidemment bien que la guerre nucléaire a vocation, tout d'abord, à être d'une ampleur sans doute inégalée jusqu'à présent – c'est la dimension technique, en termes de puissance, de l'arme –, ensuite à n'être entravée par aucune règle juridique. L'argument avancé en 1946 par Bernard Brodie (*The Absolute Weapon, Atomic Power and World Order*) sur l'inanité d'une régulation juridique de l'emploi de l'arme se lit ainsi : « *Le fait que la bombe est inévitablement une arme de destruction aveugle ne pèsera d'aucun poids dans une guerre où elle sera employée. Même au cours de la Seconde Guerre mondiale, alors qu'on pouvait, dans une zone urbaine donnée, sélectionner les objectifs industriels et les distinguer des quartiers résidentiels, les distinctions imposées par les lois internationales entre les objectifs 'militaires' et les objectifs 'non militaires' se trouvèrent entièrement dissipées* ». Cette approche s'inscrit, on le voit, dans une perspective classique, au demeurant reprise par René Girard dans un ouvrage récent consacré à Clausewitz (3) : l'idée du caractère inéluctable de la montée aux extrêmes dans la détermination des moyens

(2) Cf. « Armes nucléaires et droit international. A propos des avis consultatifs du 8 juillet 1996 de la Cour internationale de justice », *AFDI*, 1996, pp. 337-356, notamment p. 342.

(3) R. GIRARD, *Achever Clausewitz*, Carnets Nord, Paris, 2007.

de guerre, l'idée donc que, dans le cadre d'une guerre totale, idéologique, les belligérants s'alignent sur le standard le plus désastreux.

Cette conception contient évidemment une part de vérité. Les stratégies de l'âge nucléaire ont des difficultés à penser la limitation de la guerre nucléaire. Toutefois, en réalité, cette conception méconnaît profondément la logique de cette dernière. L'erreur, si l'on ose dire, c'est d'envisager « une guerre où elle sera employée ». Globalement, on pare l'arme nucléaire d'une vertu (4) : elle consiste à dissuader un agresseur potentiel de tenter toute action qui pourrait lui valoir un préjudice irréparable en retour. C'est de la doctrine stratégique élémentaire : si l'arme est utilisée, c'est qu'elle a échoué à réaliser les objectifs qu'on attendait d'elle. Donc le discours sur le caractère illimité de la guerre nucléaire, sur l'inanité du respect du droit des conflits armés pendant son déroulement vise moins à penser une guerre qui ne doit pas avoir lieu, à être l'outil descriptif d'une guerre impossible, qu'à dissuader l'adversaire d'adopter un comportement qui lui causerait un préjudice irrémédiable.

C'est là qu'apparaît peut-être une nouvelle irréductibilité, non pas plus fondamentale que celle qui existe entre l'arme nucléaire et les règles du droit international humanitaire, mais de niveau différent, entre la première et la fonction même qu'on assigne au droit international de la « paix et de la sécurité ». Si on admet que le but de la possession de l'arme nucléaire est de prévenir, c'est-à-dire d'empêcher, la survenance de la guerre nucléaire mais également une attaque conventionnelle qui aboutirait à une riposte nucléaire, il convient alors d'admettre que cette arme, intégrée dans des doctrines de dissuasion, remplit la fonction de garantir la paix et la sécurité des Etats qui la possèdent. Elle définit des rapports entre Etats dans le cadre du recours à la force, indépendamment, apparemment, des règles juridiques posées par ailleurs. Il ne s'agit pas, comprenons-le d'ores et déjà, d'affirmer que dissuasion et droit international sont incompatibles. Il s'agit de montrer que certains Etats ont élaboré des doctrines et des techniques qui se situent à côté du droit et dont les fonctions sont finalement comparables. Penser l'arme nucléaire comme un ordre de contrainte, le percevoir comme concurrent des mécanismes de sécurité collective, c'est ainsi penser l'une des limites fondamentales du droit international public au sens classique du terme, avec ses traités, ses coutumes, ses normes appelées à réguler la violence des Etats, à contenir la guerre.

L'ORDRE DE CONTRAINTE NUCLÉAIRE

En 1966, Thomas Schelling publie *Arms and influences*. Il est l'un des rares penseurs du nucléaire à monter d'un niveau dans la production de discours, à regarder non pas l'arme elle-même, mais le système global, dans lequel sont incluses les fameuses postures et leurs fonctions. Il s'agit

(4) Cf. les propos d'H. MEYROWITZ, « Problèmes juridiques relatifs à l'arme à neutrons », *AFDI*, 1981, p. 94.

de dire que les doctrines d'emplois font partie de l'arme elle-même, que les doctrines ne sont pas au service des armes mais que, d'une certaine manière, ce sont les armes qui sont au service des postures, qu'elles sont la caution de leur efficacité, leur garantie concrète. Schelling distingue deux formes de violence, dont la logique est absolument irréductible l'une par rapport à l'autre, la force brutale et la coercition : « *La force brutale agit quand on l'emploie alors que le pouvoir de nuire est plus efficace lorsqu'on le tient en réserve. C'est la menace du dommage ou de plus grands dommages à venir qui peut amener quelqu'un à céder ou à se soumettre. C'est la violence latente qui peut influencer le choix de quelqu'un, violence qui peut être encore retenue ou infligée ou dont une victime pense qu'elle peut être retenue ou infligée. La menace de la douleur tente de structurer les mobiles de quelqu'un alors que la force brutale tente de triompher de la sienne. Malheureusement, le pouvoir de nuire découle souvent de quelque emploi réussi qu'on en a fait. Que ce soit la pure violence terroriste pour induire une réaction irrationnelle ou la violence froidement préméditée pour persuader quelqu'un que vous êtes bien décidé et pouvez recommencer, ce qui importe, ce n'est pas la douleur et le dommage eux-mêmes, mais leur influence sur le comportement de quelqu'un. C'est l'attente de plus de violence qui détermine le comportement voulu, à condition bien sûr que le moyen de nuire soit capable d'obtenir ce résultat* ».

Ce passage, qui n'est pas écrit par un juriste et n'emploie pas rigoureusement le vocabulaire de ce dernier, sonne toutefois curieusement aux oreilles d'un « vrai » juriste. Il fait remonter quelques réminiscences. On y verra peut-être des traces du Nietzsche de la *Généalogie de la morale*, sur la vertu de la douleur dans la naissance des sentiments moraux et, partant, des obligations juridiques. On y verra, surtout et dans un tout autre univers intellectuel, des traces du Kelsen de la *Théorie pure du droit*, qui définit l'obligation juridique comme le commandement, comme la prescription d'un comportement obligatoire sous peine de sanctions matérielles, le fameux « *sollen* » qui s'adresse à chaque sujet de droit et qui lui dit : « si tu ne comportes pas comme je te le prescris, tu seras puni par l'amende, l'enfermement, la décapitation », sachant que les prisons, les forces de l'ordre, les bourreaux – là où ils officient encore – sont les preuves tangibles, matérielles que la menace n'est pas une menace en l'air.

Pour Kelsen, la contrainte matérielle est l'essence même du droit : « *Un autre caractère distinctif commun aux ordres sociaux que l'on appelle droits, est que ce sont des ordres de contrainte, cette dernière expression voulant dire qu'ils réagissent par un acte de contrainte à certaines circonstances considérées comme indésirables parce que socialement nuisibles, en particulier à des faits de comportement humain de cette nature. Par acte de contrainte, on entend un mal – tel que le retrait de la vie, de la santé, de la liberté, de biens économiques et autres – qui doit être infligé à celui qu'il atteindra, même contre son gré, et, si besoin est, en employant la force*

physique » (5). Si on admet cette conception, il faut en déduire que l'arme nucléaire agit exactement comme une norme juridique – ce qui ne signifie pas à ce stade qu'elle en soit nécessairement une. Tout l'art est d'ailleurs de savoir ici jouer de l'incertitude, de ménager une zone de flou, et on ne peut pas dire que l'ordre juridique nucléaire est exactement fondé sur le principe de légalité des délits et des peines. C'est ainsi par exemple que l'adversaire ne doit pas savoir exactement quel degré de violence sera toléré comme seuil de déclenchement d'une attaque, ce qui incitera à la prudence. Toutefois ces différences ne changent rien : comme l'ordre international des « internationalistes », l'arme nucléaire définit un ordre de contrainte dont les règles sont synthétisables sous l'expression de dissuasion.

La question de décider si l'arme nucléaire définit un ordre juridique dépend évidemment de la définition qu'on en retient. Celle de Kelsen renvoie à la notion de sanction matérielle, ce qui permet finalement de qualifier de juridique des systèmes de contrainte extrêmement frustes. Le critère de la juridicité est donc extrêmement faible, ce qui autorise à qualifier des modes de contrainte comme étant juridiques alors qu'ils ne s'accompagnent que d'une institutionnalisation très faible ou en tout cas très peu explicitement formalisée. Il qualifie comme juridiques des systèmes adossés à des mécanismes extrêmement brutaux, ce qui pose un problème, on y reviendra. D'autres conceptions du droit, telles que celle de Hart, distinguent les normes primaires des normes secondaires, qui institutionnalisent des procédures afin de créer effectivement des règles prescriptives de comportement humain. Dans ce cas, le test de la juridicité pour les doctrines de la dissuasion risque d'être beaucoup plus difficile à passer.

La doctrine institutionnaliste, telle que celle de Santi Romano (6), peut apparaître d'un grand secours en ce qu'elle est pluraliste, c'est-à-dire qu'elle admet la coexistence d'ordres juridiques variés, et peu formaliste dans la qualification de ces derniers : Etats, corporations, Eglises, mais aussi familles forment des ordres de cette nature, alors qu'ils apparaissent parfois fort peu institutionnalisés. Cela étant la doctrine de Santi Romano s'adapte mal à l'ordre nucléaire, car elle est fondée sur la notion d'institution, laquelle semble présupposer, chez cet auteur, un certain degré d'affinités, de solidarité, d'amitié peut-être, entre ses membres : l'institution, c'est ce qui regroupe des hommes pour la réalisation d'un intérêt commun. On la conçoit difficilement comme fondée sur une pure logique d'opposition réglée par la capacité mutuelle de destruction. Et les passages de son ouvrage majeur, relatifs au droit international, laissent finalement planer beaucoup d'incertitudes (7). On y apprend que le droit international représente le droit d'une communauté qui comprend tous

(5) H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, Dalloz, Paris, 1962, p. 46.

(6) SANTI ROMANO, *L'Ordre juridique*, Dalloz, Paris, 2002.

(7) *Ibid.*, pp. 39-48.

les Etats. Et qu'il n'existe qu'un « seul » droit international, contrairement à certaines positions doctrinales pluralistes qui considèrent qu'il existe autant d'ordres juridiques qu'il existe de relations possibles entre Etats. En outre, ce qui définit cette communauté, ce qui la structure, est relativement nébuleux.

Les réticences à sauter le pas pour qualifier de juridique l'ordre nucléaire s'expliquent aisément. Le droit apparaît aussi attaché à des valeurs et on oppose couramment le droit à la force, les modes de régulation juridiques étant précisément destinés à réguler l'usage de la violence « naturelle » des hommes, voire, chez Hobbes, à introduire la figure du tiers – l'Etat – afin de dépasser le règlement des différends fondé sur leur brutalité... Si les conflits juridiques et politiques sont réglés par la guerre, il s'ensuit que la guerre ne peut être considérée comme réalisant le droit.

Dans le cadre des relations interétatiques, le droit international est précisément destiné à se substituer aux rapports de force (8). C'est ainsi, par exemple, que les Conventions de La Haye de 1899 et 1907 sont censées inciter les Etats à préférer un règlement de type juridictionnel à un règlement d'ordre militaire. Le droit fait inéluctablement reculer la guerre, autour d'une antinomie droit (civilisation)/guerre (barbarie/état de nature). Notons simplement que cette opposition a été longtemps étrangère au droit des gens, fondé sur la doctrine de la guerre juste, c'est-à-dire non sur une opposition guerre/droit, mais sur celle qui sépare la guerre licite et la guerre illicite, sachant que la guerre, bien menée, bien décidée, est perçue comme le moyen de réaliser le droit, la voie « procédurale » par laquelle un tort sera redressé.

De manière plus contemporaine, Kelsen, encore en 1932, dans la « première » période de sa vie scientifique, définit le droit international comme « *un ordre qui prescrit ou règle l'emploi de la contrainte d'Etat à l'Etat, en déterminant les conditions qui seules permettent cette intervention dans la sphère d'intérêts d'un Etat – illicite sans cela –, ces actes d'emploi de la force, ces mesures de contrainte collective, que l'on appelle représailles ou la guerre* » (9). La guerre n'est pas ici, on le voit, antinomique du droit. Et, globalement, la pratique de la Charte des Nations Unies – et son texte même – montre qu'elle n'est pas expulsée du monde du droit. Simplement,

(8) Sur l'antinomie entre droit et force, cf. en particulier D. ALLAND, *Anzilotti et le droit international public*, Pédone, Paris, 2012, pp. 49-58. Pour Anzilotti, la guerre doit être considérée comme « hors le droit ». Les guerres, constate l'auteur italien, sont peu déclenchées pour un intérêt juridique, mais pour des motifs d'ordre politique, ce qui contredit la doctrine de la guerre juste et la conception kelsénienne de la guerre. La guerre n'apparaît pas la plupart du temps protectrice d'un ordre, mais fondatrice d'un nouveau : « [l]a guerre, ses causes et ses finalités sont en dehors du droit puisqu'il s'agit d'une activité dirigée vers la constitution d'un droit » (D. ALLAND, *ibid.*, p. 54). G. SALVIOLI (*in Le concept de la guerre juste d'après les écrivains antérieurs à Grotius*, Bossard, 1918 (2^e éd.), p. 124, cité *in* D. ALLAND, *ibid.*, p. 55) note : « Pour le moment, la guerre est un fait qui reste en dehors comme au-dessus du droit. Dans son essence, la guerre est un phénomène anti-juridique puisqu'elle nie que l'on puisse réaliser un droit sans la force et puisque c'est par la force qu'elle veut imposer aux autres une règle qui deviendra le droit ».

(9) H. KELSEN, « *Théorie générale du droit international public. Problèmes choisis* », *RCADI*, 1932-42, notamment pp. 128-129.

elle est présentée comme une opération de police internationale incluant des moyens militaires. Outre l'article 42 de la Charte qui permet aux Nations Unies de décider d'actions coercitives qui peuvent être assimilées à des actes de guerre, des précédents plus ou moins récents montrent que le recours à la force armée est l'une des voies par laquelle le respect du droit international est garanti. La première guerre du Golfe en apporte un témoignage éclatant : la résolution 678 donne aux Etats le droit d'utiliser « *tous moyens* » (y compris militaires) pour libérer le Koweït, agressé, envahi et annexé en violation flagrante de la Charte des Nations Unies. Si les Etats ne peuvent la décider unilatéralement, la guerre – qu'on ne désigne d'ailleurs plus jamais ainsi dans le champ du droit – est un procédé acceptable de réalisation du droit.

Synthétisons. Si « l'ordre nucléaire » n'est pas juridique, se pose la question de déterminer ce qu'il est réellement. Il faut ainsi penser des ordres de contrainte non juridiques, dont le mode de fonctionnement serait trop fruste pour qu'ils atteignent cette dignité, mais qui incluent des traits également présents dans le monde du droit. La difficulté du débat relatif à la qualification de l'ordre nucléaire provient, on le voit, de la présence d'un élément commun à cet ordre et à ce qui semble également présent dans les ordres juridiques « incontestables » : la contrainte, qui produit un effet de dissuasion. L'un des objectifs du droit est d'atteindre, dans une certaine mesure, cet objectif. R. Aron fait ainsi, quand il ouvre sa réflexion sur l'arme nucléaire, cette réflexion quelque peu prosaïque : « *La dissuasion, mode de relation entre deux personnes ou deux collectivités, est aussi vieille que l'humanité. L'éventualité de la gifle dissuade l'enfant de déchirer les livres de la bibliothèque paternelle, comme l'éventualité de la contravention dissuade l'automobiliste de stationner, dans la zone bleue, au-delà de l'heure marquée au cadran* » (10). On le voit, sont ici mélangés, comme exemples d'ordre de dissuasion, des phénomènes qui sont incontestablement juridiques (la police du stationnement relevant de l'Etat et de ses collectivités) et d'autres qui ne peuvent l'être que dans certaines conceptions théoriques juridiques (la famille comme ordre juridique autonome, avec des parents prescripteurs de commandements pour leurs enfants)... Nous laisserons donc la question en suspens. Cela étant, quoi qu'il en soit, l'ordre nucléaire est un ordre de contrainte, de quelque manière qu'on le définisse. Il est un ordre à lui seul, parallèle au droit international classique, « normal ». Et c'est la raison pour laquelle il peut difficilement s'insérer dans le cadre du droit existant car il constitue un « droit » à côté du droit international, ayant un objet partiellement commun, celui de régler les relations entre Etats, ici entre rivaux.

(10) R. ARON, *Paix et guerre entre les nations*, Calmann-Lévy, Paris, 2004, p. 400.

LES FONCTIONS DE L'ORDRE NUCLÉAIRE :
COÏNCIDENCE PARTIELLE AVEC LE SYSTÈME DES NATIONS UNIES

L'arme nucléaire n'est pas une arme qui détermine l'efficacité militaire d'une campagne. Elle n'est pas un élément d'un éventail plus large au sein duquel les armées piocheraient. Elle n'est pas, selon l'expression consacrée, une arme d'emploi. Son existence, sa raison d'être sont entièrement orientées vers la régulation de la décision de recourir à la guerre. Dans la logique de la dissuasion, l'arme nucléaire n'est pas une arme qu'on utilise pendant la guerre, mais une arme destinée à l'empêcher. Dans la logique de la dissuasion, qui est l'achèvement des doctrines militaires nucléaires, le point vers lequel elles ont convergé, l'arme nucléaire est la garantie de la paix sur le territoire, la sanctuarisation de ce dernier. Elle est profondément une arme dont on attend qu'elle protège un Etat, un bloc politique contre une agression. Et c'est à ce point qu'apparaît un certain paradoxe, puisque le système des Nations Unies tel qu'issu de la Charte est précisément destiné à empêcher l'agression et à instituer des mécanismes de régulation de la violence : légitime défense et sécurité collective par le biais du Conseil de sécurité. Certes, on pourrait réintégrer, et c'est ce que fait partiellement la Cour internationale de Justice (CIJ), l'arme nucléaire dans la légitime défense, considérer qu'elle est le vecteur de la légitime défense. Cependant, c'est encore une fois réintégrer l'arme nucléaire dans le déroulement des opérations armées, ne pas les considérer dans leur interdépendance, oublier que la fonction n'est pas de répondre à une agression mais de l'empêcher radicalement. En ce sens, la légitime défense n'est jamais loin quand on évoque la dissuasion, elle rôde dans les parages, elle est certainement un argument juridique permettant de réintégrer l'arme nucléaire dans le droit international existant – la porte d'entrée dans ce monde –, mais rien de plus...

La convergence est réelle mais elle n'est évidemment pas parfaite. Tout d'abord, on constate une incroyable différence dans les techniques de régulation. L'ordre juridique nucléaire est un ordre juridique primitif au sens kelsénien du terme, c'est-à-dire décentralisé. Il est un droit de se faire justice à soi-même et, avant cela, un droit d'assurer soi-même sa sécurité. Il est technologiquement très pointu, stratégiquement subtil, mais, dans son principe, d'une rusticité difficilement dépassable. Il promet une violence d'essence terroriste à celui qui n'en respecterait pas les ordres. Certes, il est de coutume de dire que l'ordre juridique international est primitif, mais, précisément dans le domaine de la paix et de la sécurité, il est censé en être sorti, par la Charte qui centralise la réaction et qui confine la légitime défense à des mesures provisoires en attente, précisément, de l'intervention du Conseil de sécurité... Il est intéressant à ce titre de noter que les Etats qui adhèrent à la doctrine de la dissuasion ont finalement fait le choix de la primitivité, qu'ils considèrent comme mieux à même de garantir la sécurité. En ce sens, ces Etats n'ont pas confiance dans des mécanismes

abstraites pour eux, juridiques et non garantis par une force matérielle suffisante – les Nations Unies en particulier n'ont pas de forces armées, malgré les prescriptions de la Charte. Il est également frappant que ces ordres se mettent en place de manière concomitante – la Charte est rédigée à peine quelques mois après la première utilisation de l'arme nucléaire – et que ces rapports entretiennent des rapports très ambivalents : la priorité est à la course aux armements lorsque le système des Nations Unies est paralysé, tandis que la pression nucléaire se relâche avec la réactivation des mécanismes onusiens après la chute de l'Empire soviétique.

Il convient également de noter que la non-coïncidence existe dans la limite de la prohibition de l'usage de la force assignée à chaque système. Celui de la Charte est conçu sur la vision de l'intérêt général d'une communauté universelle dont chaque membre doit être protégé. Il est fondé sur une dimension intégrative, coopérative, dans laquelle la force est perçue comme un mal résiduel qu'il conviendra de résorber par le développement économique, social et culturel (11). L'ordre nucléaire est profondément lié à une conception selon laquelle les Etats assurent par eux-mêmes leur propre sécurité, ne s'en remettant qu'à leur propre force. Il est d'une part profondément égoïste – c'est d'ailleurs pour cela que la France se dote d'une force propre, ne croyant pas en la crédibilité de la promesse étatsunienne de riposter en cas d'attaque sur le continent européen – (12) et, en ce sens, primitif au sens hobbsien du terme, puisque limité à la préservation de ses biens et de sa vie ; il est d'autre part fondé sur l'acceptation d'une violence résiduelle.

Il va de soi en effet que l'arme nucléaire ne peut pas être utilisée par l'Etat pour n'importe quelle atteinte à ses intérêts sécuritaires, à n'importe quelle agression, et qu'il existe donc un seuil de violence en deçà duquel la réponse ne pourra se situer sur le terrain nucléaire. L'âge nucléaire est celui de la stratégie indirecte, théorisée par André Beaufre, c'est-à-dire « *l'art de savoir exploiter au mieux la marge étroite de liberté d'action échappant à la dissuasion par les armes atomiques et d'y remporter des succès décisifs importants malgré la limitation parfois extrême des moyens militaires qui peuvent y être employés* ». L'ordre nucléaire canalise la violence, la réoriente, la contient. Il n'est pas censé l'empêcher. Cette question de la violence résiduelle est évidemment centrale pour notre propos car elle montre la non-coïncidence entre les deux ordres de régulation : des violations de la Charte et, globalement, des principes du droit international seront considérées comme « acceptables » dans l'ordre nucléaire, puisque se situant dans le champ, il est vrai flou, de cette violence indirecte, périphérique... Les ordres diffèrent dans la violence qu'ils tolèrent. Cependant, aussi imparfait qu'il soit, l'ordre nucléaire n'en reste pas moins effectif et doté

(11) Cf. N. HAUPAIS, « Utopisme ? Réalisme ? La centralisation du recours à la force au sein des Nations Unies », *Annuaire français des relations internationales*, vol. XII, 2011, pp. 79-94.

(12) Cf. sur ce point l'analyse classique de R. ARON, *op. cit.*, pp. 406-407.

d'une forte puissance d'imposition et cela est lié à la force matérielle à laquelle il est consubstantiellement lié. Durant la Guerre froide, l'humanité (en particulier l'Afrique et l'Asie) vit dans le monde de la stratégie indirecte, pas dans celui de la Charte des Nations Unies.

LES RAPPORTS ENTRE L'ORDRE NUCLÉAIRE
ET L'ORDRE JURIDIQUE INTERNATIONAL

Si on considère que l'arme nucléaire constitue un ordre de contrainte – quasi juridique ou juridique –, nous nous retrouvons face à un nouveau gouffre, celui des rapports entre cet ordre et l'ordre juridique international « classique ». Comment le droit international envisage-t-il l'arme nucléaire ? Quelles sont les stratégies des Etats dans la conduite de leur politique juridique extérieure ? Il nous semble que trois figures peuvent être dégagées.

***Le droit international « vecteur » de l'organisation
de l'ordre nucléaire***

La dissuasion, telle qu'elle a été progressivement dessinée, suppose un jeu particulièrement subtil entre les potentiels rivaux, qui se retrouvent finalement associés pour élaborer de concert un ordre plus ou moins stable, plus ou moins précaire. Elle définit une relation trouble, complexe, faite à la fois d'hostilité, c'est évident, mais aussi de complicité (13). Les puissances nucléaires ont finalement élaboré conjointement un ordre dont elles veulent préserver les caractéristiques fondamentales. Les vecteurs de ce dialogue sont finalement nombreux et subtils. Ils peuvent se traduire par la publication de « postures nucléaires », officielles, qui s'adressent à des publics extrêmement divers, mais évidemment en particulier aux potentiels ennemis. Du temps des premières décennies de la Guerre froide, la communication pouvait prendre des formes très peu officielles et consistait à la fois à ménager une large zone de flou et à laisser malgré tout filtrer des informations susceptibles de guider le comportement de l'adversaire potentiel. Les Etats nucléaires utilisent désormais aussi le canal formalisé du droit international, par le biais de la conclusion de traités.

Le droit international est en premier lieu mobilisé pour organiser le fonctionnement de l'ordre nucléaire, pour le contenir dans des proportions raisonnables et réciproquement consenties. C'est la logique ici de *l'arms control*, initié dans les années 1970, tout d'abord pour contenir la course aux armements (Traités SALT I et II) puis pour réduire la pression nucléaire par la réduction du nombre d'ogives et de vecteurs possédés par chaque partie (START I, II et III), tout cela dans le but de créer une forme de parité entre adversaires potentiels. Cela va très loin : qu'on songe au Traité, certes devenu caduc à la suite de sa dénonciation définitive, dit

(13) Sur cette ambivalence, cf. en particulier S. SUR, *Relations internationales*, Montchrestien, Paris, 2009 (5^e éd.), pp. 484-485.

ABM, datant de 1972. Il s'agit d'un traité interdisant aux deux Etats qui l'ont élaboré, URSS et Etats-Unis, de construire des systèmes de défense antimissiles, donc d'un traité de renonciation à se défendre, un traité qui laisse le territoire ouvert aux armes de l'adversaire. Un tel engagement ne se comprend qu'au regard de la volonté des protagonistes de préserver les caractéristiques de l'ordre juridique qu'ils ont bon an mal an mis en place. Entre eux doit être maintenue une logique d'équilibre de la terreur, seule garante des effets pacificateurs du système.

Les débats sur la prolifération, anciens et passés, sont évidemment à relier à la stabilisation de l'ordre nucléaire. Dans les années qui ont précédé l'adoption du Traité de non-prolifération (TNP) du 1^{er} juillet 1968, ils ont eu lieu autour de la question de déterminer quel était le meilleur système d'organisation de l'arme nucléaire. Certains ont considéré que la prolifération – tous les Etats qui souhaitent posséder l'arme nucléaire le peuvent – était finalement un outil garantissant une paix stable puisque tous les Etats étant réciproquement placés dans une logique égalitaire de dissuasion, aucun d'entre eux ne pourrait prendre le risque de déclencher un conflit pouvant conduire à une frappe nucléaire de représailles (14). Cependant ces arguments sont massivement réfutés, au nom même de la stabilité déjà acquise de l'ordre de la dissuasion, puisque rien ne garantit l'égalité des « rapports nucléaires » et la rationalité des différents acteurs du « jeu nucléaire » en situation « proliférante ». Georges Fischer peut ainsi noter, dans des termes très éclairants pour notre propos : « *La dissémination consiste à introduire dans une équation de nouvelles et nombreuses variables indépendantes. Le monde actuel, déjà étrange, serait encore plus surprenant, moins prévisible, davantage à la merci d'une erreur de calcul.* Les deux Grands, qui acceptent maintenant tous deux certaines règles identiques, qui sont familiarisés avec les mêmes procédés de calcul et de prévision, verraient – du fait des autres – leur insécurité s'accroître » (15). C'est donc, tout au moins en partie, la préoccupation de ne pas heurter un système dont on constate empiriquement qu'il est relativement réglé et stable – malgré la crainte qu'il inspire – qui aboutit à la décision non de désarmer, mais de cristalliser une situation nucléaire autour d'Etats dotés de l'arme, autorisés à la conserver, et d'Etat non dotés, qui se voient dénier le droit de l'acquérir.

La question de la prolifération a été reposée par l'émergence de nouvelles menaces, liées à l'émergence de candidats non autorisés à la possession de l'arme nucléaire, la Corée du Nord et l'Iran. Dans sa résolution adoptée le 24 septembre 2009 (16), le Conseil de sécurité a « *soulin[é] que toute situation de non-respect des obligations en matière de non-prolifération sera porté à l'attention du Conseil, qui appréciera si cette situation constitue une*

(14) Pour une présentation – très critique – de ces théories, cf. en particulier G. FISCHER, *La Non-prolifération des armes nucléaires*, LGDJ, Paris, 1969, notamment pp. 29-39.

(15) *Ibid.*, p. 32 (c'est nous qui soulignons).

(16) Résolution 1887 (S/RES/1887(2009)).

menace pour la paix et la sécurité internationales ». Il est intéressant de noter que le Conseil se fait ici le garant de l'ordre existant, en tant que facteur-condition de la garantie de la paix et de la sécurité internationales.

LA PRÉSERVATION DE L'ORDRE NUCLÉAIRE
PAR L'EXCLUSION DE L'APPLICATION DE NORMES INTERNATIONALES

Il s'agit de considérer que certaines normes appartenant à l'ordre juridique international peuvent avoir un effet perturbant sur celui de l'ordre nucléaire. Les Etats refusent donc d'intégrer dans le corpus des normes internationales qui leur sont opposables des normes qui pourraient les contraindre dans l'utilisation de l'arme nucléaire ou tentent préventivement de s'aménager des échappatoires juridiques qui leur permettraient de préserver les intérêts supérieurs de l'Etat, à savoir la « liberté nucléaire » dans certaines circonstances. Ces stratégies peuvent prendre plusieurs formes. Réellement, elles se manifestent à tous les « moments » de la vie juridique des Etats, au moment de la conclusion, de l'application et de la terminaison des traités.

La forme la plus évidente consiste à refuser de rentrer dans des mécanismes conventionnels qui heurtent la politique nucléaire d'un Etat. L'Inde, le Pakistan, Israël ont ainsi refusé de ratifier le TNP. Ils auraient été classés comme Etats non dotés d'armes nucléaires et à ce titre privés du droit de se doter d'un arsenal de ce type, en application de l'article 3§1. Désirant se réserver le droit de l'acquérir ou la développant, ils refusent d'être liés par un accord en contradiction manifeste avec leurs intentions nucléaires. Cette manière de faire appelle fort peu de commentaires. Elle est seulement l'illustration qu'en droit international la liberté est le principe et « *les limitations de souveraineté* » l'exception. La logique nucléaire prévaut ainsi quand l'Etat en a décidé ainsi.

Ce refus de se lier se manifeste aussi, cela est fort logique, par la production de réserves à des engagements consentis par l'Etat ou de déclarations interprétatives – dont l'effet semble clairement équivalent aux premières. L'exemple le plus frappant est celui des réserves françaises lors de la ratification du Protocole I aux quatre Conventions de Genève de 1977, qui date de 2001. C'est la réserve/déclaration interprétative contenue dans le point 2 qui doit retenir l'intérêt. Elle se lit ainsi : « *Se référant au projet de Protocole rédigé par le Comité international de la Croix-Rouge, qui a constitué la base des travaux de la Conférence diplomatique de 1974-1977, le gouvernement de la République française continue de considérer que les dispositions du Protocole concernent exclusivement les armements classiques et qu'elles ne sauraient ni réglementer ni interdire le recours à l'arme nucléaire, ni porter préjudice aux autres règles du droit international applicables à d'autres armes, nécessaires à l'exercice par la France de son droit naturel de légitime défense.* » La portée exacte de cette disposition est controversée. En tout cas, si elle ne semble pas exclure par principe

l'application de toute norme du droit international humanitaire, elle est clairement destinée à circonscrire la portée d'un engagement conventionnel souscrit par l'Etat. Cette volonté de préserver l'autonomie de l'Etat s'est traduite également lors de la délicate ratification du traité START III, aussi bien par la Russie que par les Etats-Unis. Les deux ratifications ont été accompagnées de déclarations interprétatives. Par exemple, la déclaration russe détermine les conditions dans lesquelles la Russie pourrait se retirer du Traité et insiste sur l'importance du lien établi par le préambule entre les armes offensives et défensives (17). Globalement, les déclarations montrent que le Traité s'insère dans une réalité fragile qui en est la condition d'existence. Plus précisément, l'engagement consenti par les deux parties est étroitement subordonné à un intérêt supérieur, celui de la préservation de la crédibilité de l'arsenal nucléaire dont elles disposent. Dès lors que cette dernière serait remise en cause, la sortie du Traité est perçue comme une issue inéluctable.

Cela amène logiquement à la possibilité de se dégager d'obligations conventionnelles. La préservation de la logique nucléaire se traduit ainsi par des clauses de retrait – au demeurant rendues ineffectives par la pratique du Conseil de sécurité – dans des traités tels que le TNP. La formulation retenue dans ce dernier apparaît très significative. Il s'agit d'affirmer que lorsqu'un Etat voit sa situation sécuritaire compromise pour des causes « *relié[es]* à l'objet du traité », il pourra en sortir, c'est-à-dire se doter d'un armement nucléaire s'il le souhaite. Telle que nous la comprenons, cette clause consacre un droit de rentrer dans une logique de dissuasion face à un Etat qui, de son côté, ne respecterait pas ses obligations en matière de prolifération ou face à un Etat légalement doté qui deviendrait menaçant. Les Etats se ménagent donc la possibilité de changer de paradigme, au nom de leurs intérêts suprêmes, qui sont fréquemment perçus comme un droit de s'armer.

Le droit international intégrateur de l'ordre nucléaire ?

La Cour internationale de Justice, interrogée par l'Assemblée générale, a rendu un avis particulièrement riche – d'ambiguïtés – le 8 juillet 1996. Appelée à déterminer si l'emploi ou la menace de l'emploi de l'arme nucléaire est « *licite en toutes circonstances* », la Cour internationale a finalement refusé de donner une réponse tranchée, tout au moins en apparence. La Cour, si on veut brièvement présenter son propos, face à l'absence de normes conventionnelles ou coutumières prohibant spécifiquement l'arme nucléaire, a été amenée à déterminer si des normes plus générales pouvaient aboutir à une prohibition ou une autorisation. C'est en particulier au regard des principes fondamentaux du droit international humanitaire et de la protection de l'environnement que les

(17) Cf. B. SITT, « Le traité Nouveau Start est-il un bon traité ? », *Annuaire français de relations internationales*, vol. XIII, 2012, pp. 623-624.

difficultés les plus importantes se posaient. Il est par exemple difficile de concevoir un usage de l'arme nucléaire qui permette de respecter le principe cardinal de distinction entre les civils et les combattants. La Cour a ainsi répondu. Tout d'abord, elle a refusé de statuer à partir de considérations qu'on pourrait qualifier de techniques. Elle a ainsi considéré que, face à l'affirmation selon laquelle certains usages de l'arme nucléaire pourraient respecter les principes du droit international humanitaire, elle ne disposait pas d'éléments suffisamment probants pour répondre. Elle ne la valide donc pas. Inversement, elle ne fait pas droit à la thèse selon laquelle, par principe, tout usage de l'arme nucléaire est contraire au droit international humanitaire. Elle ne prend donc partie pour aucune des deux thèses et laisse ainsi planer un flou sur un usage intrinsèquement licite de l'arme. Surtout, la Cour va compléter ses conclusions par une affirmation beaucoup plus impressionnante. Elle va ainsi, de manière très elliptique, invoquer le principe de légitime défense reconnu à l'article 51 de la Charte des Nations Unies. Et conclure : « *En conséquence, au vu de l'état actuel du droit international pris dans son ensemble, tel qu'elle l'a examiné ci-dessus, ainsi que des éléments de fait à sa disposition, 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 nucléaires par un Etat dans une circonstance extrême de légitime défense dans laquelle sa survie même serait en cause.* »

Ce qui frappe dans les affirmations de la Cour, c'est la mention de la notion de légitime défense dans le cadre de l'étude de la licéité de l'emploi d'une arme. Globalement, on le sait, le droit international distingue deux corps de règles : celles relatives à la détermination des circonstances dans lesquelles un Etat peut licitement employer la force armée (*jus ad bellum*) et celles relatives à la conduite des opérations armées elles-mêmes (*jus in bello*). Il est d'ailleurs traditionnellement admis que la paroi est relativement étanche entre les deux sphères : une action militaire peut être illicite dans son déclenchement mais conforme dans son déroulement aux normes de droit international humanitaire, alors, qu'à l'inverse, un Etat peut licitement employer la force (par exemple dans le cadre de l'exercice de la légitime défense) tout en violant le droit humanitaire dans ses opérations armées.

Dans une optique classique, l'arme nucléaire devrait être traitée comme n'importe quelle arme, ce qui devrait conduire, ce que fait d'ailleurs la Cour dans un premier temps, à l'évaluer au regard des principes touchant à la conduite des opérations armées : prohibition des maux superflus infligés aux combattants, obligation de discriminer les civils et les combattants... En revanche, évaluer l'arme nucléaire au regard du principe de légitime défense n'est dans cette optique pas cohérent, puisque cela conduit à confondre la fin et les moyens, les armes ne devant être que les outils de l'exercice de la légitime défense. Alors, pourquoi cette confusion ? Tout simplement parce que la Cour situe sur le plan exact la question de l'arme nucléaire, à savoir la perspective d'une arme stratégique et non tactique,

qui définit en quelque sorte un ordre, un type de rapports interétatiques. Elle rattache l'arme nucléaire à une doctrine qui est devenue indissociable d'elle, celle de la dissuasion. Et c'est finalement plus sur cette doctrine, dont l'arme en tant qu'objet est le garant, le symbole, le fétiche, que sur cet objet lui-même que la Cour raisonne, prend position. C'est donc sur l'ordre nucléaire que la Cour statue, sur cet ordre censé orienter la conduite des Etats en les dissuadant d'agresser, d'attaquer. Et c'est cet ordre que la Cour semble reconnaître, valider, au nom du principe de légitime défense qui autorise effectivement l'Etat à assurer par les armes sa propre sécurité.

La Cour sauve, véritablement *in extremis*, le droit international de l'enfer des limites dans lequel il pourrait sombrer face à la question nucléaire : l'arme est effectivement la limite du droit international humanitaire, mais pas celle du droit international dans son ensemble. L'arrivée providentielle de la légitime défense préserve l'harmonie générale et, non, le droit international ne connaît pas de limite parce qu'il peut « digérer » la doctrine de la dissuasion en lui ménageant une place... D'une certaine manière, il préserve sa primauté, sa supériorité, son hégémonie sur des faits sociaux qu'il regarde de haut et qu'il traite comme il l'entend. Cependant, ce n'est peut-être pas de cette manière que les choses se présentent effectivement. La Cour a été, en un certain sens, mise au pied du mur. Et une autre solution, péremptoire, qui aurait consisté à affirmer l'illicéité de l'arme nucléaire se serait confrontée à une limite bien palpable : celle de la réalité, qui aurait vite rappelé l'ordre des priorités, à savoir l'existence d'une arme détenue par des Etats qui ne veulent pas y renoncer. Cette solution aurait finalement été le révélateur de limites que la Cour préfère cacher. Toutefois, une question demeure : le droit international n'est-il finalement pas l'otage de l'ordre nucléaire ?

