

LE PRINCIPE DES MAUX SUPERFLUS

*De la Déclaration de Saint-Pétersbourg de 1868
au Protocole additionnel I de 1977*

par Henri Meyrowitz

A l'occasion du centenaire de la Déclaration de Saint-Pétersbourg, la *Revue internationale de la Croix-Rouge* avait consacré à cet important document, qui marque l'origine du droit de la guerre conventionnel, un article étudiant la relation entre la notion de *but légitime de la guerre*, tel que celui-ci était défini dans la Déclaration, et les *moyens de guerre*, dont la licéité était déclarée limitée par leur conformité à ce but légitime et par leur nécessité. Depuis cette date, le droit des conflits armés internationaux s'est enrichi du Protocole additionnel I aux Conventions de Genève de 1949. Celui-ci, sur le point qui est au centre du préambule de la Déclaration de 1868, à savoir la notion de *maux superflus* — qui n'a reçu ce nom qu'en 1899, à l'article 23(e) du *Règlement concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre*, mais qui, comme nous le montrerons, remonte au préambule de la Déclaration —, a développé cette notion, d'une part, en élargissant son champ d'application aux *méthodes de guerre*, et, d'autre part, — et surtout —, par l'introduction d'une règle nouvelle, d'une portée considérable: la *limitation de la définition des objectifs militaires licitement attaquables*.

C'est cette évolution du concept général ou, comme il convient de l'appeler, du *principe des maux superflus*, que nous nous proposons d'étudier dans le présent article.

I. LA GENÈSE ET LE DÉVELOPPEMENT DU PRINCIPE DES MAUX SUPERFLUS

On sait que ce n'est pas dans son dispositif, qui prévoit la renonciation des Etats contractants «à l'emploi par leurs troupes de terre ou de mer de

tout projectile d'un poids inférieur à 400 grammes, qui serait explosible, ou chargé de matières fulminantes ou inflammables» et qui est considéré comme périmé, mais dans son préambule que réside l'importance de la Déclaration de Saint-Pétersbourg. Rappelons le texte de ce préambule, dont les considérants ont gardé toute leur valeur:

«Sur la proposition du Cabinet impérial de Russie, une commission militaire internationale ayant été réunie à Saint-Pétersbourg, afin d'examiner la convenance d'interdire l'usage de certains projectiles en temps de guerre entre les nations civilisées, et cette commission ayant fixé, d'un commun accord, les limites techniques où les nécessités de la guerre doivent s'arrêter devant les exigences de l'humanité, les soussignés sont autorisés par les ordres de leurs gouvernements à déclarer ce qui suit:

Considérant:

Que les progrès de la civilisation doivent avoir pour effet d'atténuer autant que possible les calamités de la guerre;

Que le seul but légitime que les Etats doivent se proposer durant la guerre est l'affaiblissement des forces militaires de l'ennemi;

Qu'à cet effet, il suffit de mettre hors de combat le plus grand nombre d'hommes possible;

Que ce but serait dépassé par l'emploi d'armes qui aggraveraient inutilement les souffrances des hommes mis hors de combat, ou rendraient leur mort inévitable;

Que l'emploi de pareilles armes serait dès lors contraire aux lois de l'humanité».

On doit d'abord remarquer que le quatrième considérant indique clairement que la notion de *souffrances inutiles*, à laquelle certains gouvernements et la majorité des auteurs veulent réduire la portée de la Déclaration, ne rend que la moitié de la signification de ce considérant: elle passe sous silence l'idée, pourtant clairement exprimée, de *mort inutile*. De même, l'expression «calamités de la guerre», au premier considérant, dépasse la notion de souffrances inutiles. Enfin, il faut noter que dans le mémoire du ministre de la Guerre russe, dont le président de la Conférence a donné lecture et qui est annexé au Protocole I des Conférences militaires tenues à Saint-Pétersbourg, on trouve les deux phrases suivantes:

«Les parties belligérantes ne doivent tolérer que les calamités qui sont impérieusement nécessitées par la guerre. Toute souffrance et tout dom-

*mage qui n'auraient pas pour seul résultat d'affaiblir l'ennemi n'ont aucune raison d'être et ne doivent être admis d'aucune manière».*¹

La première phrase rend explicite le sens de la notion de *nécessités de la guerre* comme condition de la licéité des actes de violence, sens qui est présent mais caché dans le préambule de 1868.² La deuxième phrase étend la notion de *souffrances* à celle de *dommages*.

A beaucoup d'égards, la Conférence de Bruxelles de 1874, convoquée elle aussi par le gouvernement de Saint-Pétersbourg, doit être considérée comme la suite de la Conférence de 1868. Dans les travaux de cette conférence, qui ont abouti à l'adoption d'un Projet de Déclaration embrassant l'ensemble des règles du droit de la guerre sur terre, on trouve des indications qui permettent, et même obligent, de lire certaines expressions du préambule de 1868 dans le sens qui leur a été donné six ans plus tard, par des hommes qui étaient animés du même esprit. Il est remarquable que les deux textes ne sont pas l'œuvre d'une Conférence diplomatique, mais d'une *Commission militaire*³: ils sauraient donc difficilement être taxés d'«idéisme».

Le Projet de Déclaration internationale de 1874, concernant les lois et coutumes de la guerre, qui devait servir un quart de siècle plus tard de base au Règlement annexé à la Convention de La Haye concernant les lois et coutumes de la guerre, dont les principales dispositions ont été reprises par le Règlement annexé à la Convention de 1907 et ont acquis la qualité de règles du droit coutumier, déclarait interdit à son article 13 (e) «l'emploi d'armes, de projectiles ou de matières propres à causer des maux superflus, ainsi que l'usage de projectiles prohibés par la Déclaration de Saint-Pétersbourg de 1868». Ce paragraphe remplaçait donc ou, pour mieux dire, corrigeait la notion de souffrances inutiles par celle de *maux superflus*, notion qui renferme celle de «morts superflus» contenue dans le quatrième considérant de la Déclaration de 1868; mais en même temps, ce paragraphe commettait une erreur en insinuant que la Déclaration de Saint-Pétersbourg se réduisit à son dispositif. Erreur sans

¹ Annexe au Protocole I des Conférences militaires tenues à Saint-Pétersbourg, «Mémoire sur la suppression de l'emploi des balles explosives en temps de guerre», *Nouveau Recueil général des Traités...*, T. XVIII, Gottingue, 1873, p. 460.

² Sur ce point, voir plus loin: II, C,a.

³ Notant que «parmi les 32 membres de la Conférence, il y avait 18 militaires, 10 diplomates et 4 juristes ou hauts fonctionnaires, étrangers à l'armée et à la diplomatie», G. Rolin-Jaequemyns a reconnu que le résultat de la Conférence avait démenti les inquiétudes que cette inégalité de proportion entre les différents éléments représentés lui avaient inspirées. «Chronique du droit international 1871-1874», *Revue de droit international et de la législation comparée*, VII, 1875, pp. 90-91.

conséquence, qui a été corrigée par l'article 23(e) du Règlement de 1899 et de 1907, lequel a donné au quatrième considérant de la Déclaration de 1868 la forme par laquelle il a accédé au droit positif et au rang de *principe* du droit coutumier.

Bien que sans lien direct avec notre sujet, une autre idée consignée dans les Actes de la Conférence de Bruxelles mérite, pensons-nous, d'être relevée. Dans les instructions que le baron Jomini, président de la Commission militaire, avait reçues du gouvernement russe et qui précisaient le but et la portée du Projet de Déclaration, il était fait référence aux deux idées qui se trouvent au centre du fondement du droit de la guerre: les *nécessités de la guerre* et «*les intérêts solidaires de l'humanité*», formule admirable, à laquelle correspond celle de «*droits imprescriptibles de l'humanité*», exprimée par le baron Jomini dans un autre document.⁴ Il est permis de se demander, pensons-nous, si ces formules n'expriment pas d'une façon plus juste le véritable fondement du droit de la guerre que ne le fait le recours à la notion des droits de l'homme; celle-ci, comme on le sait, fait, depuis quelques années, l'objet de critiques dont il faut reconnaître qu'elles ne sont pas toutes injustifiées.

II. L'ARTICLE 23(e) DU RÈGLEMENT DE LA HAYE ET L'ARTICLE 35(2) DU PROTOCOLE ADDITIONNEL I

Contenue, dans son principe, dans le préambule de la Déclaration de Saint-Pétersbourg, et articulée dans le Projet de Déclaration de Bruxelles de 1874, l'interdiction de *maux superflus* est entrée dans le droit positif par l'article 23(e) du Règlement annexé à la II^e Convention de La Haye de 1899 concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre, dont le libellé a été pris à l'article 23(e) du Règlement annexé à la IV^e Convention de La Haye de 1907:

«*Outre les prohibitions établies par des conventions spéciales, il est notamment interdit:*

...e) D'employer des armes, des projectiles ou des matières propres à causer des maux superflus.

⁴ *Actes de la Conférence de Bruxelles de 1874 sur le Projet d'une convention internationale concernant la guerre*. Paris, Ministère des Affaires étrangères, Documents diplomatiques, 1874, respectivement p. 4 et p. 48.

De considérant qu'il était dans la Déclaration de 1868, le principe est devenu une *règle*, du même rang que les autres interdictions, toutes de caractère spécifique, énoncées à l'article 23(e). Ce défaut, au point de vue théorique et formel, a été corrigé à l'article 35(2) du Protocole additionnel I de 1977, lequel a attribué au principe de 1899/1907 le rang d'une norme autonome, qualifiée de «règle fondamentale», en ajoutant au texte de l'article 23(e) les mots «des méthodes de guerre», et en remplaçant l'expression «propres à» par «de nature à», qui a exactement le même sens.

Pour l'interprétation de cette règle fondamentale, il faut donc déterminer quels sont les *moyens* ou *méthodes de guerre* qui entrent en question, quels sont les *maux* visés par le texte, et quel est le sens à attribuer au qualificatif «*superflus*».

A. Quels moyens, quelles «méthodes de guerre»?

Il importe d'abord de remarquer que l'article 23(e) du RLH et l'article 35(2) du PA⁵ interdisent le recours à des moyens ou des méthodes de guerre dont l'utilisation n'est prohibée par aucune autre règle du droit de la guerre, et qui sont dirigées contre des objectifs militaires répondant à la définition de l'article 52(2), auquel nous reviendrons plus loin.

Les *moyens* visés par la règle ne sont pas limités à des *armes* au sens technique, ni à des «matières». La terminologie employée par le Protocole sur ce point n'est pas d'une rigueur scientifique. Si l'article 35(1) et (3) parle de «méthodes ou moyens de guerre» et l'article 36 de «moyens ou méthodes de guerre», l'article 51(4) *b*) et *c*) utilise l'expression «méthodes ou moyens de combat». Le terme général de *moyens* convient le mieux pour résumer les «armes, projectiles et matières» visés à l'article 23(e) du RLH et à l'article 35(2) du PA, ce mot étant compris comme désignant tout agent, de quelque nature qu'il soit, qui est de nature à causer des maux superflus. La règle exige par définition une interprétation «futuriste». S'y applique donc par excellence l'article 36 du PA, relatif à «la mise au point, l'acquisition ou l'adoption d'une nouvelle arme, de nouveaux moyens ou d'une nouvelle méthode de guerre».

S'il est bien établi que l'article 23(e) du RLH a la qualité d'une règle de droit coutumier, l'introduction, à l'article 35(2) du Protocole, de «méthodes de guerre» est un élément nouveau qui n'a, présentement, que le caractère d'une règle conventionnelle. Celle-ci découle du principe

⁵ Par souci d'abréviation, on désignera dans la suite le Règlement de La Haye de 1899 ou de 1907 par les initiales *RLH*, et le Protocole additionnel I de 1977 par *PA*.

qu'exprime l'article 23(e) du RLH, mais pour devenir une règle du droit positif, il fallait l'intervention du législateur international. Il en est ainsi de toutes les règles qui, se fondant, expressément ou non, sur le principe de l'article 23(e), prohibent l'emploi de certains moyens de guerre, considérés comme propres à causer des maux superflus.

«*Méthodes de guerre*», dans le contexte de l'article 35(2) du PA, a le sens de manières d'utiliser un certain moyen ou certains moyens de guerre selon une certaine conception, une certaine tactique. C'est celle-ci, *en soi*, qui est visée par l'interdiction nouvelle, alors que l'emploi des moyens par lesquels la méthode de guerre est appliquée ne tombe pas sous le coup de l'interdiction, s'ils ne sont pas prohibés en tant que moyens. L'article 54(1) du Protocole I «interdit d'utiliser contre les civils la famine comme méthode de guerre». Cette règle nouvelle ne constitue pas une application du principe formulé à l'article 23(e) du RLH, ni, malgré l'expression «méthode de guerre», de l'article 35(2) du PA, mais du principe de l'immunité de la population civile. Mais on voit bien dans cet exemple que la notion de «méthode de guerre» est indépendante du caractère licite ou illicite des moyens par lesquels la méthode en question est exécutée. Sous l'aspect «méthodes de guerre», la règle ne s'adresse pas seulement aux stratèges, mais aussi aux dirigeants politiques.

B. Quels «maux»?

La remarque préliminaire faite plus haut au sujet des moyens visés par les articles 23(e) du RLH et 35(2) du PA s'applique aussi aux *maux*: en sont exclus — ou plutôt: y sont compris, mais faisant double emploi — les moyens qui sont l'objet d'autres règles, fondées sur le principe de l'immunité de la population civile, des personnes civiles et des biens civils, et sur ses deux corollaires: le principe de discrimination et celui de proportionnalité

La discussion sur la question de savoir ce qu'il faut entendre par «maux» a été dès le début faussée, et continue de l'être, par la façon dont ce mot a été rendu dans les traductions anglaise et allemande du texte français authentique. Alors que dès le Projet de Déclaration de Bruxelles de 1874, l'expression de «souffrances inutiles» contenue dans le paragraphe 4 du préambule de la Déclaration de Saint-Pétersbourg a été, comme on la rappelle, remplacée par la notion de «maux superflus» (article 13 *e*), les traductions anglaise et allemande du Projet de Bruxelles et celles de l'article 23(e) du Règlement de La Haye de 1899 et de 1907 disent: «unnecessary suffering» (1874), «superfluous injury»,

«unnötigerweise Leiden» (1899); «unnecessary suffering», «unnötig Leiden» (1907). Bien que n'ayant pas de caractère authentique, ces traductions erronées du mot «maux» dans le contexte de l'article 23(e), par rapport au sens de cette notion dans le préambule de la Déclaration de 1868 et dans l'article 13 e) du Projet de Déclaration de 1874, ont dominé, dans la doctrine de langue anglaise et allemande, l'interprétation de l'article 23(e). La difficulté de rendre en anglais et en allemand le terme «maux» peut expliquer mais non pas excuser l'incorrection des traductions citées, incorrection qui consiste à ne retenir de la notion de «maux» que les *souffrances* et de laisser donc de côté, d'une part, les «*morts superflus*» et, d'autre part, les *dommages* causés à des biens matériels.

Dans la version anglaise du Protocole I — qui n'est plus une traduction —, cette faute a été corrigée, autant que cela est, linguistiquement, possible. «Maux superflus» y a été rendu par «superfluous injury or unnecessary suffering». Par contre, la traduction officielle allemande — ou, plus exactement, germano-austro-suisse — a encore aggravé la faute des traductions de 1899 et de 1907, en rendant la formule du texte anglais par «überflüssige Verletzungen oder unnötige Leiden». La notion de dommages matériels, contenue dans le mot *injury*, n'est donc pas couverte par la traduction allemande de l'article 35(2) du PA, de même qu'il est douteux que l'expression «überflüssige Verletzungen» soit comprise comme englobant l'idée de «morts superflus». Enfin, cette expression pourra se révéler difficilement applicable aux effets spécifiques causés par des moyens de guerre nouveaux que la science et la technologie pourront créer. Les pays de langue allemande, qui ont tous ratifié le Protocole I, sont, bien entendu, liés non pas par leur traduction, mais par le texte authentique de l'instrument qu'ils ont signé.⁶

Sous le terme «maux», dans le contexte de l'article 23(e) du RLH et de l'article 35(2) du PA, et abstraction faite du qualificatif «superflus», il faut comprendre en premier lieu toute atteinte à la vie ou à l'intégrité

⁶ La seule règle qui soit fondée expressément sur l'article 35(2) du PA est l'interdiction de l'emploi de «pièges qui sont conçus pour causer des blessures inutiles ou des souffrances superflues», disposition figurant à l'article 6(2) du Protocole II annexé à la *Convention sur l'interdiction ou la limitation de l'emploi de certaines armes classiques qui peuvent être considérées comme produisant des effets traumatiques excessifs ou comme frappant sans distinction*, du 10 octobre 1980. Ici, les expressions «blessures inutiles» et «souffrances superflues», dans la version française, sont à leur place, de même que la formule «conçus pour ...», au lieu de «de nature à ...». A l'alinéa 3 du préambule de la Convention est «rappelé» textuellement le libellé de l'article 35(2), qualifié de «principe». Bien que ne se référant pas à cette règle, l'article unique du Protocole I annexé à la même Convention, interdisant «d'employer toute arme dont l'effet principal est de blesser par des éclats qui ne sont pas localisables par rayons X dans le corps humain», peut également être considéré comme fondé sur l'article 35(2) du PA.

physique ou mentale de personnes qui, selon les règles coutumières du droit de la guerre et le Protocole additionnel I, peuvent être licitement l'objet d'actes de violence, eux-mêmes licites. En second lieu, le mot «maux» est susceptible de s'appliquer à des dommages causés à des biens matériels; comme on a vu plus haut, la notion de *dommages*, appliquée à celle de «maux superflus», a été évoquée dès les débats ayant conduit à l'adoption de la Déclaration de Saint-Pétersbourg. Ni du texte de l'article 35 du PA, ni de celui de l'article 36, relatif aux «armes nouvelles», il ne saurait être inféré que les règles posées par les deux articles, y compris le paragraphe 2 de l'article 35, ne s'appliquent qu'à des moyens ou méthodes de guerre qui sont dirigés contre des combattants. Enfin, la règle du Protocole qui constitue l'application de loin la plus importante du principe formulé à l'article 35(2), à savoir l'article 52(2), deuxième phrase, interdit des attaques dirigées contre des biens qui sont des objectifs militaires authentiques, mais qui ne répondent pas à la définition des objectifs militaires licitement attaquables. (Voir plus loin, III).

C. La notion de «maux superflus»

a) Le qualificatif «superflu», ajouté à «maux», qui désigne l'élément dans lequel consiste l'illégalité de l'utilisation des moyens ou méthodes de guerre visés par l'article 23(e) du RLH et l'article 35(2) du PA et indique en même temps la *ratio* de l'interdiction, appelle immédiatement la question: *superflu par rapport à quoi?* Question qui contient elle-même la réponse: à ce qui est *nécessaire*; réponse qui renvoie à la question: *nécessaire à quoi?* Pour déterminer la signification de l'expression «maux superflus» et, par là, définir la portée de la règle fondamentale, il faut donc, d'une part, saisir le sens du mot «nécessaire» impliqué dans l'expression «maux superflus», et, d'autre part, chercher à définir le *réfèrent* par rapport auquel est évaluée la licéité ou l'illicéité des moyens ou méthodes de guerre visés par les articles 23(e) du RLH et 35(2) du PA.

Pour trouver la réponse à ces deux questions, il faut se référer au préambule de la Déclaration de Saint-Pétersbourg et au Projet de Déclaration de Bruxelles de 1874, ou, plus exactement, en ce qui concerne ce dernier document, aux travaux préparatoires relatifs à ce texte. S'agissant du concept de «nécessité militaire», on trouve en effet dans le Projet présenté à la Conférence de 1874 par la Russie une phrase qui traduit exactement le sens du préambule de la Déclaration de Saint-Pétersbourg et qui représente la meilleure formulation de la notion ou, mieux, du *principe de nécessité* dans le droit de la guerre. A la section intitulée

«Principes généraux», le projet russe définissait la fonction de la nécessité militaire en ces termes :

«§ 3. — *Pour atteindre le but de la guerre, tous les moyens et toutes les mesures, conformes aux lois et coutumes de la guerre, et justifiées par les nécessités de la guerre, sont permis*».⁷

L'expression «but de la guerre» rappelle les termes du second considérant du préambule de la Déclaration de 1868. Sur ce point, l'évolution du droit de la guerre n'a pas suivi le vocabulaire de la Déclaration de Saint-Pétersbourg et du paragraphe cité du projet russe de 1874. La notion de «but de la guerre» a été rejetée par le droit international, pour la raison que, par son caractère extensible à volonté, cette notion est tout à fait impropre à former le référent de ce qui, dans la conduite de la guerre, doit être considéré par les parties belligérantes ainsi que par les Etats tiers comme licite ou illicite. Aussi, tout comme l'idée de *cause*⁸, qui lui est apparentée, la notion de but n'a pas de place dans le droit des conflits armés. Il en est de même d'une notion souvent associée à celle de cause: les *valeurs*, référence par définition discriminatoire, essentiellement incompatible avec le principe fondamental de l'égalité des belligérants devant le droit de la guerre.

Le mérite du paragraphe cité du projet russe consiste dans la façon dont il met en lumière la *fonction normative* de la notion ou du principe de nécessité militaire, ce dernier terme ayant, tout en gardant le même sens, remplacé dans la doctrine l'expression «nécessités de la guerre». La phrase dit que, pour être licites, il ne suffit pas que les moyens et les actes — l'article 52(2) du PA commande d'y ajouter les objectifs militaires — répondent aux règles du droit de la guerre; il faut, en plus, que le choix et l'usage qui en est fait soient justifiés par la nécessité militaire. Cela signifie que le principe de nécessité militaire joue le rôle de *limitation supplémentaire obligatoire*, qui s'ajoute à celle qui est contenue dans les règles du droit de la guerre elles-mêmes.

Il est instructif, non seulement au point de vue historique, de comparer le paragraphe cité du projet russe de 1874 avec l'article sur le même sujet

⁷ A. Mechelynck, *La Convention de La Haye concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre d'après les Actes et Documents des Conférences de Bruxelles de 1874 et La Haye de 1899 et 1907*. Gand, 1915, p. 24.

⁸ Voir le dernier alinéa du préambule du Protocole I: «Réaffirmant, en outre, que les dispositions des Conventions de Genève du 12 août 1949 et du présent Protocole doivent être pleinement appliquées en toutes circonstances à toutes les personnes protégées par ces instruments, sans aucune distinction défavorable fondée sur la nature ou l'origine du conflit armé ou sur les causes soutenues par les Parties au conflit, ou attribuées à celles-ci».

des *Instructions de l'Armée américaine* de 1863, dont la rédaction — établie après le début de la guerre de Sécession — est due au juriste Francis Lieber :

«Art. XIV. — *La nécessité militaire, ainsi que la comprennent les nations civilisées modernes, consiste dans la nécessité de mesures indispensables pour atteindre les buts de guerre, et légales selon les lois et usages modernes de la guerre.*»

La différence entre les deux textes est des plus nettes. La formule américaine implique et prescrit une opération mentale qui est l'inverse de celle contenue dans le projet russe. Le texte de Lieber procède ainsi : 1. Tel moyen, telle mesure, sont-ils indispensables — ou, plus exactement, considérés comme tels par les responsables militaires — pour atteindre le but de la guerre (en laissant de côté toute considération relative à la question de la licéité de ce but lui-même, question qui, à l'époque, n'avait pas la même importance qu'elle revêt aujourd'hui)? — 2. Si la réponse est affirmative, il faut s'enquérir si le moyen ou la mesure en question est permis par les règles du droit de la guerre applicables.

Le droit positif des conflits armés ne connaît la notion de nécessité militaire que dans une acception qui est fort différente de celle de la nécessité militaire entendue comme principe de limitation, à savoir la *nécessité militaire dérogatoire*. Sous différentes appellations censées traduire des degrés différents de gravité — telles que «nécessité», «nécessité absolue», «impérieuse nécessité», «nécessité militaire», «nécessité militaire importante» ou «inéductable», etc. —, certaines règles conventionnelles prévoient des situations où un belligérant peut, exceptionnellement, dans les limites de ce qu'exige la situation de nécessité invoquée, ne pas observer l'interdiction ou la prescription dont il s'agit. Cette faculté est strictement limitée aux dispositions où elle est expressément prévue. Elle est exclue, cela va de soi, dans le cas de toutes les règles spécifiques fondées sur le principe des articles 23(e) du RLH et 35(2) du PA. La nécessité militaire dérogatoire ne pose de problèmes ni en théorie, ni dans la pratique.

Dans le Commentaire de son *Projet d'articles sur la responsabilité des Etats*, la Commission du droit international a, au sujet de l'article 33 du texte provisoire du Projet, intitulé «Etat de nécessité», consacré deux paragraphes à une troisième acception du concept de nécessité, acception qui est rejetée par le droit de la guerre. «Par rapport [aux règles du droit de la guerre]», dit la Commission, «il n'est certes pas question d'une incidence de la «nécessité» en tant que circonstance excluant l'illicéité d'un comportement que la règle applicable n'interdit pas, mais plutôt d'une

incidence de la «non-nécessité» en tant que circonstance excluant la licéité d'un comportement qu'en pratique cette règle autorise. Ce n'est que lorsque l'on doit constater, dans le cas d'espèce, l'absence de cette «nécessité de guerre», dont la prise en considération est à la base de la règle et de son applicabilité, que cette règle du droit spécial de la guerre et de la neutralité ne doit pas s'appliquer, et que la règle générale du droit de la paix interdisant certains agissements reprend son empire. (...) La Commission ne croit pas que l'existence d'une situation de nécessité du type indiqué [à savoir: «dont le but est la sauvegarde de l'intérêt impérieux de la réussite des opérations militaires contre l'ennemi et, en dernier ressort, de la victoire sur lui»] puisse permettre à un Etat de ne pas respecter une des règles du droit humanitaire [applicable aux conflits armés]. (...) Même pour ce qui est des obligations du droit humanitaire qui ne seraient pas de *jus cogens*, il est à considérer qu'admettre la possibilité de ne pas respecter les obligations qui imposent des limitations quant aux méthodes de la conduite des hostilités chaque fois où le belligérant se trouverait dans la nécessité de recourir à un tel moyen pour garantir la réussite d'une opération militaire équivaldrait à admettre un principe qui est absolument en contradiction avec les finalités des instruments élaborés».⁹

Si proches que soient le principe des maux superflus et la notion ou le principe de nécessité militaire, au sens de limitation supplémentaire, ils ne se confondent pas. Outre le fait que la notion de maux superflus est consacrée par le droit conventionnel de la guerre depuis bientôt cent ans, tandis que la notion ou le principe de nécessité militaire au sens de limitation ne figure nommément dans aucun instrument, les deux notions se différencient en ce qu'une règle spécifique fondée sur l'article 23(e) du RLH ou sur l'article 35(2) du PA est applicable obligatoirement et automatiquement telle quelle dans tous les cas qui tombent sous le coup de la règle, alors que le principe de nécessité militaire est applicable selon les circonstances de l'espèce. Autrement dit, le principe des maux superflus intervient, une fois pour toutes, au stade *législatif*, et la règle en question doit être appliquée même dans le cas où, manifestement, l'emploi du moyen visé ne provoquerait pas de maux superflus. L'application de la notion ou du principe de nécessité militaire, par contre, a lieu sous la forme de *décisions et d'actions individuelles*, à l'égard de situations concrètes.

Pour la même raison, il faut considérer comme inexacte l'opinion qui rattache la règle fondamentale de l'article 35(2) du PA au *principe de*

⁹ *Annuaire de la Commission de droit international, 1980*, vol. II, 2^e partie: Rapport de la Commission à l'Assemblée générale sur les travaux de sa trente-deuxième session. (A/CN.4/SER.A/1980/Add. 1 (Part 2) par. 27 et 28).

proportionnalité. Deux autres raisons condamnent d'ailleurs cette interprétation. Premièrement, le nom de principe de proportionnalité est généralement réservé à l'évaluation, au sujet d'une attaque déterminée — ou, selon les déclarations interprétatives de certains Etats occidentaux concernant l'article 51(5) du PA, au sujet d'une «attaque considérée dans son ensemble, et non pas seulement des parties isolées et particulières d'une attaque» —, de la relation licite entre les pertes et dommages civils indirects (les «dommages collatéraux», dans le langage militaire) et «l'avantage militaire concret et direct attendu». Cette proportion n'est licite et ne fait tomber l'attaque sous le coup de l'interdiction des attaques sans discrimination (article 51(4)) que si «les pertes en vies humaines dans la population civile, les blessures aux personnes civiles, les dommages aux biens civils ou une combinaison de ces pertes et dommages» causés incidemment ne sont pas «excessifs par rapport à l'avantage militaire concret et direct attendu». Deuxièmement, dans le cas des articles 23(e) du RLH et 35(2) du PA, qui s'appliquent à des maux causés à des combattants ou à des objectifs militaires matériels, il n'y a pas de place pour l'idée de proportionnalité: la décision prise par le législateur international selon laquelle les maux susceptibles d'être causés par un certain moyen ou une certaine méthode de guerre sont «superflus» interdit d'une façon absolue le recours à ce moyen ou à cette méthode, et exclut donc tout calcul de proportionnalité quant à la relation existant entre les maux qui seraient causés en l'espèce et l'«avantage militaire concret et direct attendu» de l'emploi du moyen ou de la méthode de guerre en question.

En ce qui touche la question du *réfèrent*, le droit de la guerre n'avait pas remplacé la notion de *but*, abandonnée à juste titre, par une autre notion. Ce que les rédacteurs du Règlement de La Haye de 1899 et de celui de 1907 n'avaient pas considéré comme une lacune s'est révélé comme telle dans les deux guerres mondiales. Elle a été remplie au Protocole additionnel de 1977 par le concept d'*avantage militaire concret et direct*, à l'article 51(5)b), ou d'*avantage militaire précis*, à l'article 52(2), concept dont le sens et la fonction sont à l'antipode de la notion de *but*, comme on vient de le voir au sujet de l'article 51(5) b), et comme on le verra encore mieux plus loin, au sujet de l'article 52(2).¹⁰

b) Quant au sens du mot *superflus* relié à *maux*, on aura soin d'écartier des interprétations qui consistent à s'attacher soit à l'*intention* supposée,

¹⁰ Les deux références à la notion d'«avantage militaire» ne sont pas équivalentes; elles se différencient notamment par leur fonction respective.

considérée comme perverse, des auteurs virtuels d'actes contraires à l'article 23(e) du RLH ou à l'article 35(2) du PA, soit au *résultat, en termes d'utilité militaire*, de pareils actes. Au premier groupe appartiennent les interprétations qui associent la notion de maux superflus à l'idée de sadique, de cruel, d'inhumain, etc. Du second groupe relèvent les interprétations qui mettent l'accent sur le caractère, à leurs yeux, irrationnel et contre-productif de l'emploi d'un moyen contraire à l'article 23(e) du RLH.

A cette dernière interprétation, suggérée par le mot «inutilement» (*uselessly*), associé dans le préambule de la Déclaration de 1868 à «souffrances», on répondra que le qualificatif «inutile», appliqué à la notion de maux superflus, ne signifie pas dans tous les cas: dépourvu d'utilité et de rationalité militaire. L'emploi d'un moyen visé par l'article 23(e) du RLH ou d'une méthode de guerre contraire à l'article 35(2) du PA *peut* procurer à un belligérant un avantage militaire, d'ordre tactique ou stratégique, qui pourra être, dans certains cas, décisif pour l'issue du conflit. A cet égard, il faut dénoncer la fausseté de l'idée, partagée par des militaires et certains juristes, qui consiste à assimiler l'ensemble des règles par lesquelles le droit de la guerre régit l'emploi licite de la violence à la doctrine militaire dite de *l'économie des forces*. Cette idée est fautive sur le plan logique et sur celui des faits comme sur le plan philosophique. Ce qui caractérise en effet les normes du droit de la guerre, c'est le fait qu'elles imposent aux belligérants un sacrifice: la renonciation à un avantage que l'État qui se conforme à la règle dont il s'agit est, en l'occurrence, matériellement en mesure de se procurer s'il contrevient à la règle en question, et qu'il ne peut se procurer en recourant à un autre moyen, licite celui-là, dont il dispose. Sur le plan logique et sur celui des faits, l'opposition est totale entre le droit de la guerre et le «principe de l'économie des forces»: les deux ordres de pensée et d'action n'ont pas le même objet: le principe militaire vise l'économie des *propres forces* (hommes, matériel, ressources, argent) d'un belligérant; le droit de la guerre — notamment sous la forme des règles se rattachant au principe des maux superflus et de la notion ou du principe de nécessité militaire, telle que celle-ci a été définie plus haut — vise l'«économie» à observer dans les pertes et dommages *infligés à l'ennemi*.

c) Quant aux éléments dans lesquels peut consister le caractère *superflu* de maux, on notera que ceux-ci peuvent être d'ordre quantitatif ou qualitatif. La Déclaration de Saint-Petersbourg, dans son préambule, a envisagé les deux aspects: le qualitatif sous la forme de souffrances inutiles, le quantitatif sous la forme de «morts superflus». Il faut cepen-

dant observer que l'aspect quantitatif, quand il est pris en considération par le droit de la guerre, revêt un caractère qualitatif, qui consiste dans le fait que l'élément quantitatif, pour faire l'objet d'une règle, est *jugé* sous l'angle des critères du *droit*. A l'article 23(e) du RLH, les deux éléments se trouvent réunis dans la notion de «maux superflus», qui est par essence une notion qualitative, parce que *normative*.

Aux motifs de la règle fondamentale de l'article 35(2) du PA ressortit l'idée que doit être considéré comme illicite le recours à des moyens ou méthodes de guerre qui continuent à produire leurs effets nocifs après la fin des hostilités, affectant ainsi à proprement parler non pas la population civile de l'Etat qui en est victime, mais sa population tout court, à une époque où celle-ci a cessé d'être ennemie.¹¹ Sous cet aspect, il est permis de soutenir que le principe des maux superflus a, ici, une application directe: il interdit l'adoption et l'exécution de stratégies — de «méthodes de guerre» — qui visent spécialement à affaiblir l'Etat ennemi au-delà du temps du conflit en cours, en choisissant comme cibles des objectifs dont la destruction est recherchée dans le but de compromettre la faculté de récupération économique et industrielle de l'Etat devenu ex-ennemi. Mais il n'est pas besoin d'invoquer le principe des maux superflus pour dénoncer l'illégalité d'une telle stratégie: l'application de celle-ci tomberait, pour une grande partie des attaques par lesquelles elle serait exécutée, directement sous le coup de l'article 52(1) et (2).

III. L'ARTICLE 52, PARAGRAPHE 2, DU PROTOCOLE I

a) L'article 52(2) du PA, dont la grande portée n'a pas encore été suffisamment soulignée par les commentateurs, est ainsi conçu:

«Les attaques doivent être strictement limitées aux objectifs militaires. En ce qui concerne les biens, les objectifs militaires sont limités aux biens qui, par leur nature, leur emplacement, leur destination ou leur utilisation

¹¹ Cf. l'article 55(1) du PA, 2^e phrase, interdisant «d'utiliser des méthodes ou moyens de guerre conçus pour causer ou dont on peut attendre qu'ils causent de tels dommages [étendus, durables et graves] à l'environnement naturel, compromettant, de ce fait, la santé ou la survie de la *population*», et non pas de la *population civile*.

apportent une contribution effective à l'action militaire et dont la destruction totale ou partielle, la capture ou la neutralisation offre en l'occurrence un avantage militaire précis».¹²

L'interprète ne doit pas se laisser tromper par le titre de l'article 52: «Protection générale des biens de caractère civil», ni par le fait que celui-ci figure en tête du Chapitre III, lui-même intitulé «Biens de caractère civil» de la Section I du Titre IV: Population civile. Le paragraphe 1 de l'article, après avoir énoncé le principe: «Les biens de caractère civil ne doivent être l'objet ni d'attaques ni de représailles» (ce qui n'est nouveau qu'en ce qui concerne l'interdiction des représailles), stipule: «Sont biens de caractère civil tous les biens qui ne sont pas des objectifs militaires au sens du paragraphe 2». La définition des objectifs militaires, à la deuxième phrase du paragraphe, ne se borne pas à définir ce qu'il faut entendre par «objectifs militaires», mais établit — c'est en cela que consiste l'originalité et l'importance de cette règle —, à l'intérieur de la classe des objectifs militaires, qu'elle définit de façon exhaustive, une *distinction* entre deux catégories: les biens qui sont des objectifs militaires et donc des *cibles licites* et les biens qui *ne le sont pas*. Cette distinction elle-même n'a pas un caractère statique: cible licite d'attaques dans telle occurrence, le même bien ne le sera pas dans telle autre circonstance, tout en conservant sa nature légale d'objectif militaire, cible licite virtuelle.¹³

¹² La référence à la notion d'«avantage militaire» a été introduite par le Projet intitulé *Règles sur la guerre aérienne*, rédigé par la Commission des juristes qui avait été constituée conformément à une résolution de la Conférence de Washington de 1922 sur la limitation des armements et qui était composée d'experts des six Etats suivants: Etats-Unis, France, Italie, Japon, Pays-Bas, Royaume-Uni. Le Projet, qui n'avait que le caractère de recommandation, portait à son article 24(1): «Le bombardement aérien n'est légitime que lorsqu'il est dirigé contre un objectif militaire, c'est-à-dire un objectif dont la destruction totale ou partielle constituerait pour le belligérant un avantage militaire net», *Recueil général des lois et coutumes de la guerre*, documents recueillis et annotés par Marcel Deltenre, Ed. F. Wellens-Pay, Bruxelles, 1993, p. 828.

L'origine du texte de l'article 52(2), 2^e phrase, se trouve dans le paragraphe suivant de la résolution adoptée en 1969 par l'*Institut de droit international*, dont la teneur a été reprise, avec de légers changements, par le CICR dans son Projet du Protocole I: «Peuvent seuls être considérés comme objectifs militaires ceux qui, par leur nature même, leur destination ou leur utilisation militaire, contribuent effectivement à l'action militaire ou présentent un intérêt militaire généralement reconnu, de telle sorte que leur destruction totale ou partielle procure, dans les circonstances du moment, un avantage militaire substantiel, concret et immédiat à ceux qui sont amenés à les détruire» (*Annuaire de l'Institut de droit international*, 1969, T. II, p. 358 et s.). La résolution a été adoptée par 60 voix, contre une, et 2 abstentions.

¹³ Le contenu de l'article 52(1) et (2) a été repris textuellement (en renversant l'ordre des deux paragraphes) à l'article 2(4) et (5) du *Protocole sur l'interdiction ou la limitation de l'emploi des mines, pièges et autres dispositifs* (Protocole II), annexé à la Convention du 10 octobre 1980, ainsi qu'à l'article 1(3) et (4) du *Protocole sur l'interdiction ou la limitation de l'emploi des armes incendiaires* (Protocole III).

L'article a été adopté par 79 voix contre zéro, avec 7 abstentions. Les déclarations interprétatives faites, lors de la ratification du Protocole, par certains Etats au sujet du paragraphe 2 ne portent que sur un point mineur. Plus important est le fait que les Etats-Unis, qui n'ont pas, jusqu'à présent, ratifié le Protocole I, ont adhéré officiellement, par anticipation, au contenu de l'article 52(2), deuxième phrase, en insérant en 1976 dans le Manuel du droit de la guerre de l'Armée américaine *FM 27-10* un amendement qui reproduit le texte de cette phrase, telle qu'elle avait été adoptée en commission, par consensus, lors de la deuxième session de la Conférence diplomatique.¹⁴

b) Au point de vue théorique comme au point de vue pratique, la règle de l'article 52(2), deuxième phrase, représente l'application la plus marquante à la fois du principe des maux superflus et du principe de nécessité.

Dans son mécanisme, la règle peut être considérée comme un modèle parfait de l'application de l'article 3 du Projet russe de 1874, cité plus haut. Le premier élément de la définition — le statique — correspond à «conforme aux lois et coutumes de la guerre» dans ledit texte, le second — le fluctuant — à «justifiées par les nécessités de la guerre». C'est aussi le mécanisme qui a caractérisé la méthode, différente quant à la forme, par laquelle le CICR avait défini les objectifs militaires dans son *Projet de Règles* de 1956 révisé en 1958. L'article 7 de ce texte disposait à son alinéa 2: «Sont seuls considérés comme [objectifs militaires] les objectifs appartenant à une des catégories qui offrent, par leur nature même, un intérêt militaire généralement reconnu. Une annexe aux présentes règles indique ces catégories». L'alinéa 3 précisait: «*Toutefois, même s'ils appartiennent à une de ces catégories, ils ne peuvent être considérés comme objectifs militaires lorsque leur destruction totale ou partielle n'offre, dans les circonstances du moment, aucun avantage militaire*».¹⁵

L'article 52(2), deuxième phrase, se rattache encore au principe de nécessité militaire par le fait que l'application de la règle s'effectue par des décisions concrètes individuelles, prises «*en l'occurrence*» («*in the circumstances ruling at the time*»). Notons d'ailleurs que l'élément *temps* qui, sous la forme de cette locution, joue un rôle décisif de *limitation* de la définition des objectifs militaires licitement attaquables, intervient déjà, en remplissant la même fonction, dans le premier élément de la définition, sous la forme de la condition traduite par les mots «apportent une con-

¹⁴ Voir *Headquarters, Department of the Army: FM 27-10 — The Law of Land Warfare*, Change No. 1, 15 July 1976, par. 40 c.

¹⁵ CICR, *Projet de Règles limitant les risques courus par la population civile en temps de guerre*, 2^e éd., 1958, pp. 64 et 69.

tribution effective à l'action militaire» (de l'adversaire, détenteur de l'objectif en question).

Le lien par lequel l'article 52(2), 2^e phrase, se rattache au principe des maux superflus est moins aisé à préciser. Le fait que la règle porte sur les objectifs et non pas, comme la Déclaration de 1868 et l'article 23(e) du RLH, sur des moyens de guerre, n'est pas un argument interdisant d'attribuer à la règle nouvelle le même fondement: la notion de «méthode de guerre» introduite par l'article 35(2) du PA ne dépasse-t-elle pas elle-même sensiblement la notion d'«armes, de projectiles ou de matières» dans le texte de 1899/1907? Ce qui relie, en dernière analyse, la règle de l'article 52(2) au principe de Saint-Pétersbourg, c'est leur commune finalité: le souci de diminution des *maux*, en poussant aussi loin que possible «les limites techniques où les nécessités de la guerre doivent s'arrêter devant les exigences de l'humanité», pour employer les paroles figurant dans le premier alinéa du préambule de la Déclaration de 1868.¹⁶

c) Le terme «objectifs militaires» dans la première phrase de l'article 52(2) comprend les objectifs militaires matériels aussi bien qu'humains. Selon son libellé, la deuxième phrase ne vise que les objectifs militaires qui sont des «biens». Dès lors, la question s'impose d'elle-même: la *ratio legis* de cette règle capitale ne s'applique-t-elle pas avec la même force — en tenant compte des différences de fait — aux *combattants*? Cette *ratio legis* est double: immédiate et médiata. La première est celle qui a été mise en avant par le CICR en proposant, dans son Projet de Protocole I, la règle d'où est sorti le texte de l'article 52(2), deuxième phrase, comme cela avait déjà été le cas de l'article correspondant du Projet de Règles de 1956. Dans l'esprit du CICR, la règle nouvelle vise à renforcer la protection de la population civile en ajoutant au principe de l'immunité de la population civile, des personnes civiles et des biens civils (article 51(2) et 52(1)) et aux deux principes complémentaires de discrimination (articles 51(4) et (5)a)) et de proportionnalité (article 51(5)b)) une protection supplémentaire, protection qui résultera indirectement de la limitation des objectifs militaires licitement attaquables.

¹⁶ La violation de l'article 52(2), deuxième phrase, ne figure pas, contrairement à la violation de l'interdiction des attaques sans discrimination définie aux articles 51(5)b) et 57(2)a) iii, dans la liste, à l'article 85, des *infractions graves* au Protocole I. Mais cet article ne prétend pas être une énumération exhaustive des crimes de guerre, même s'il s'agit de la violation d'une règle introduite par le Protocole. Aussi le fait que la règle de l'article 52(2), deuxième phrase, n'est pas dotée explicitement de l'arme répressive ne met-il pas les infractions éventuels à l'abri de poursuites pour crimes de guerre, au titre de la violation des lois et coutumes de la guerre. Se pose ici toutefois, le problème lié au principe *Nullum crimen, nulla poena sine lege*. Cf. plus loin le texte correspondant à la note 26.

La *ratio legis* médiate de l'article 52(2), 2^e phrase, est celle-là même qui soutient le principe des maux superflus. Cette double raison ne vaut-elle pas également en ce qui concerne les attaques contre les membres des forces?

L'extension de la règle de l'article 52(2) aux combattants n'aurait pas, à proprement parler, pour objet de *protéger* ceux-ci, mais de les soustraire, dans certaines circonstances, à la définition des objectifs militaires légalement attaquables. Si grande que soit cette différence avec le champ d'application originel du principe des maux superflus, on peut estimer que cela ne suffit pas à écarter l'idée d'étendre aux forces armées la règle posée à l'article 52(2), deuxième phrase. Les hypothèses où la règle ainsi étendue, *mutatis mutandis*, se trouverait applicable aux combattants sont d'ailleurs beaucoup plus rares que dans le cas des objectifs militaires matériels, pour la raison que, du fait de la grande mobilité des forces, les deux conditions de la définition, exprimées l'une par la formule «apportent une contribution effective à l'action militaire», l'autre par les mots «en l'occurrence», exigeront une interprétation assez large.

Partant d'un raisonnement qui ne pouvait pas être très éloigné de celui que nous venons d'exposer, le CICR, dans son *Projet de Règles* de 1956, avait nommé, en tête de la liste des catégories d'objectifs militaires, les *membres des forces armées*. L'alinéa 3 de l'article 7, cité plus haut, qui définissait, par soustraction, les objectifs militaires licitement attaquables, s'appliquait par conséquent aux combattants au même titre qu'aux biens. Le Comité n'a pas repris cette proposition dans le *Projet du Protocole I*, probablement parce qu'il craignait — avec raison, il faut l'admettre — que cette innovation n'eût pas manqué de rencontrer une opposition risquant de compromettre l'adoption de la règle de l'article 52(2).

Le défaut d'une règle conventionnelle étendant aux membres des forces armées le principe de l'article 52(2), deuxième phrase, n'oblige pas de considérer comme inébranlable, et encore moins comme une norme impérative du droit de la guerre, l'opinion ancestrale selon laquelle les combattants sont, de par leur état, légalement attaquables, sans limites, en tout lieu, en tout temps et en toutes circonstances, sous la seule réserve des règles visant des situations particulières: article 37 du PA (interdiction de la perfidie), article 40 du PA (interdiction du refus de quartier), article 41 du PA (sauvegarde de l'ennemi hors de combat), article 42(1) du PA (occupants d'aéronefs). Pour dénoncer comme illicite, par exemple, le fait d'écraser sous des bombardements une troupe entièrement défaite, encerclée ou battant en retraite, pratiquement sans défense, bombardements qui ne laissent à ces soldats même pas la possibilité de se rendre, on peut invoquer soit, par exception, directement le principe des maux superflus, ou l'article 23(e) du RLH ou l'article 35(2) du PA, soit l'ar-

ticle 40 du PA. Cette dernière règle, en effet, ne doit pas être comprise comme étant limitée au fait d'«ordonner qu'il n'y ait pas de survivants, d'en menacer l'adversaire ou de conduire les hostilités en fonction de cette décision». Qu'elles aient été ordonnées ou qu'elles soient spontanées, que l'intention de ne pas laisser de survivants ait été annoncée à l'adversaire ou non, les attaques conduites avec cette intention tombent sous le coup de cet article. Dans la mesure où il faut voir dans cette règle, en même temps qu'une application du principe d'humanité, un cas d'application du principe des maux superflus¹⁷, cet exemple montre que la porte de l'extension aux combattants de la règle de l'article 52(2), deuxième phrase, ne doit pas être considérée comme fermée.

IV. LE RANG ET LA FONCTION DU PRINCIPE DES MAUX SUPERFLUS

Le dernier alinéa de la Déclaration de Saint-Pétersbourg, en déterminant le rang et la fonction du préambule, a défini en même temps la place de cet instrument dans le système des normes du droit de la guerre:

«Les Parties contractantes ou accédantes se réservent de s'entendre ultérieurement toutes les fois qu'une proposition précise serait formulée en vue des perfectionnements à venir que la science pourrait apporter dans l'armement des troupes, afin de maintenir les principes qu'elles ont posés et de concilier les nécessités de la guerre avec les lois de l'humanité».

La Déclaration précise donc que «les principes» posés dans le préambule ne sont pas applicables par eux-mêmes; leur application suppose la création, par la voie conventionnelle, de règles spécifiques, visant des types d'armes nouveaux — ou un certain type d'arme qui existait depuis des années dans l'arsenal de quelques Etats, mais dont le caractère illicite n'avait pas encore été généralement reconnu — dont l'emploi est jugé contraire auxdits «principes». Ce pluriel se résume dans ce que nous avons appelé le principe des maux superflus. Les rédacteurs de la Déclaration lui ont assigné le rang et la fonction d'un *principe directeur*, qui ordonne de soumettre les moyens ou, depuis l'article 35(2), les méthodes de guerre

¹⁷ Voir dans le même sens, reliant à l'article 35 l'interdiction du refus de quartier formulée à l'article 40, CICR, *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, Genève, 1986, p. 483.

à un *jugement de légalité*, dont ce principe constitue le *critère*. Cette conception du principe posé en 1868 dépasse celle de «source d'inspiration», proposée par le professeur Cassese¹⁸, opinion à laquelle semble se ranger le *Commentaire* du CICR.¹⁹

Malgré les termes du paragraphe cité de la Déclaration de 1868, on ne saurait exclure que l'illicéité de l'emploi d'un certain moyen ou d'une certaine méthode de guerre soit constatée dans une règle coutumière. Dans tous les cas, la création de cette règle sera précédée d'une période d'incertitude, où les affirmations unilatérales ou plurilatérales d'illégalité du moyen ou de la méthode de guerre en question se heurteront à la prétention contraire de l'Etat ou des Etats qui détiennent et entendent conserver ce moyen, ou dont la doctrine militaire continue de prévoir la faculté de recourir à une méthode de guerre qui, selon les critiques, est contraire à l'article 35(2) du PA. En dépit du risque de partialité, l'opinion que portent les Etats tiers sur le moyen ou la méthode de guerre contestés est essentielle pour la formation éventuelle d'une règle interdisant le recours à ce moyen ou à cette méthode de guerre. Cette opinion peut être exprimée, par exemple, sous la forme d'un paragraphe du manuel militaire du droit de la guerre d'une puissance qui considère que l'emploi de tel moyen, dont sont dotées les forces d'un ou de plusieurs Etats tiers, ou que le recours éventuel à une certaine stratégie ou une certaine tactique, pratiquée ou envisagée par un tel Etat tiers, tombent sous le coup de l'article 35(2) du PA.

C'est de cette façon qu'a procédé le récent Manuel militaire du droit des conflits armés de la République fédérale d'Allemagne. A la suite du rappel de l'interdiction de l'emploi des balles Dum-Dum (*Déclaration concernant l'interdiction d'employer des balles qui s'épanouissent ou s'aplatissent facilement dans le corps humain*, adoptée par la Première Conférence internationale de la Paix de La Haye, de 1899) ainsi que la prohibition, de caractère coutumier, de l'utilisation de fusils à cartouches

¹⁸ A. Cassese, «Weapons causing unnecessary suffering. Are they prohibited?» in *Rivista di Diritto Internazionale*, Vol. 48, 1975, pp. 12-42: «... a very significant source of inspiration» (p. 37).

¹⁹ *Op. cit.*, p. 404. Dans le sens de notre propre interprétation, voir Erich Kussbach, «Internationale Bemühungen um die Beschränkung des Einsatzes bestimmter konventioneller Waffen» in *Oesterreichische Zeitschrift für öffentliches Recht und Völkerrecht*, Vol. 28, 1977, p. 1-50, qui voit dans le principe de l'article 23(e) du RLH un «principe régulateur général» (*ein allgemeines Regulativ*) et un «principe juridique du droit de la guerre» (*ein Rechtsgrundsatz des Kriegsrechts*), et non pas seulement un principe moral (p. 24).

de petit plomb, le paragraphe 407 du manuel déclare interdit l'emploi d'une catégorie de projectiles nouveaux qu'il désigne non pas par le nom sous lequel ils sont connus, mais par leurs effets spécifiques, considérés par lui comme répondant à la notion de *maux superflus*. Les projectiles visés sont ceux qui «sont de nature à se fendre ou à se déformer en pénétrant dans le corps humain; à basculer pendant l'impact dans le corps humain; ou à provoquer une onde de choc, produisant de larges lésions de tissus et pouvant même causer la mort par choc». A la fin du paragraphe se trouve indiqué le fondement formel, selon les rédacteurs du manuel, de cette prohibition: l'article 35(2) du PA.²⁰

Les effets sommairement décrits dans ce texte sont ceux des projectiles de petit calibre à grande vitesse initiale (*small calibre high-velocity weapons*), qui ont été employés par l'armée américaine dans la guerre du Viet Nam et dont la légalité a été souvent mise en doute par des experts, des organisations non gouvernementales et des juristes²¹, ainsi qu'au sein des Nations Unies. A l'invitation du CICR, un groupe d'experts internationaux a, dans le cadre des travaux consacrés aux armes de nature à causer des maux superflus ou à frapper sans discrimination, étudié les aspects médicaux des effets des projectiles visés par le paragraphe cité du manuel. Dans le rapport publié par le CICR sur ces travaux, l'alinéa résumant la description de ces armes se termine par cette conclusion: «Les projectiles à grande vitesse ayant tendance à basculer, à se déformer dans le corps et à produire des ondes de choc hydrodynamiques particulièrement intenses, les blessures qui en résultent peuvent ressembler à celles des balles Dum-Dum».²² Soulignant le caractère purement documentaire du rapport, le CICR a noté qu'il ne formulait «aucune proposition concrète visant à interdire ou à limiter l'emploi des armes considérées, bien que le CICR, tout comme les experts qu'il a consultés, souhaite que ce soit

²⁰ Bundesministerium des Verteidigung, *Humanitäres Völkerrecht in bewaffneten Konflikten — Handbuch* —, August 1992. La traduction anglaise publiée par le ministère porte le titre: *Humanitarian Law in Armed Conflicts — Manual*.

²¹ Voir par ex. Giorgio Malinverni, «Armes conventionnelles modernes et droit international» in *Annuaire suisse de droit international*, vol. XXX, 1974, pp. 23-54, qui conclut: «(...) les projectiles animés d'une grande vitesse initiale entrent manifestement dans la catégorie des armes qui causent des maux superflus» (p. 47).

²² CICR, *Les armes de nature à causer des maux superflus ou à frapper sans discrimination. Rapport sur les travaux d'un groupe d'experts*, 1973, p. 41.

²³ *Ibid.*, p. 8. Le type d'armes en question a fait l'objet de discussions à la Conférence des Nations Unies sur l'interdiction ou la limitation de l'emploi de certaines armes classiques, mais les débats n'ont pas abouti à un protocole portant sur la réglementation de ces moyens de guerre. La Conférence a dû se borner à l'adoption d'une résolution qui, rappelant l'interdiction des balles Dum-Dum par la Déclaration de 1899, demandait aux Etats de poursuivre les recherches sur les armes de petit calibre sous l'aspect de leurs effets

un jour possible». ²³ S'agissant des armes désignées au paragraphe 407 du manuel, l'interdiction de leur emploi est, aux yeux du ministre allemand de la Défense, de droit positif.

Juridiquement, il s'agit là d'une prise de position unilatérale. Mais même si celle-ci n'est pas suivie par d'autres Etats, elle aura pour conséquence que les gouvernements des pays dont les forces sont ou seront dotées du type d'armes désigné dans le paragraphe cité auront la charge de la preuve de la licéité de l'emploi de ces projectiles. Cette preuve ne peut se limiter à l'argument de l'absence d'une règle conventionnelle prohibant l'emploi des armes en question, Cet argument revêt cependant, en droit positif, son importance quand il s'agit d'évaluer le degré d'acceptation, par la communauté internationale, de l'opinion respective des tenants de la légalité ou de l'illégalité de l'emploi du moyen de guerre, objet de la contestation. Sous cet aspect, on est obligé de constater que la thèse exposée dans le paragraphe cité du manuel allemand relève de la *lex ferenda*. ²⁴

L'application la plus récente du principe coutumier de l'interdiction de l'emploi d'armes propres à causer des maux superflus est l'article 3, alinéa a) du *Statut du Tribunal international pour juger les personnes présumées responsables de violations graves du droit international humanitaire commises sur le territoire de l'ex-Yougoslavie depuis 1991*, adopté par la résolution 827 du Conseil de sécurité, du 25 mai 1993. A la tête de l'énumération des *violations des lois et coutumes de la guerre* à l'égard desquelles le Tribunal est compétent, l'article 3 cite «l'emploi

traumatiques et balistiques spéciaux, et invitait les gouvernements à faire preuve de la plus grande prudence dans la mise au point de ces armes. — Sur un autre type de moyens de guerre nouveaux et les questions qu'ils soulèvent sous l'angle humanitaire, les armes à laser, voir Louise Doswald-Beck (ed.), *Blinding Weapons. Reports of the meetings of experts convened by the International Committee of the Red Cross on Battlefield Laser Weapons, 1989-1991*, ICRC, 1993.

²⁴ On doit sans doute interpréter dans ce sens l'avis prudent du commentateur du paragraphe cité, dans D. Fleck (herausgegeben von), *Handbuch des humanitären Völkerrechts in bewaffneten Konflikten*, C. H. Beck, Munich, 1994.

A cet égard, nous sommes d'accord avec l'opinion du professeur Kalshoven, qui «ne partage pas l'optimisme» de ceux qui «pen[sent] que des 'maux superflus' et des 'effets indiscriminés' notoires constitu[ent] des normes qui pourraient simplement être appliquées à des armes existantes et à d'éventuelles futures armes'. Une application aussi simple et directe est impossible en raison, d'une part, de leurs composantes et, d'autre part, des caractéristiques des armes modernes qui entraînent beaucoup trop de complications et de difficultés d'interprétation». «Les principes juridiques qui sous-tendent la Convention sur les armes classiques», *RICR*, N° 786, novembre-décembre 1990, pp. 556 et ss. (p. 564).

d'armes toxiques ou d'autres armes conçues pour causer des souffrances inutiles» («employment of poisonous weapons or other weapons calculated to cause unnecessary suffering»)²⁵

Cet alinéa donne lieu à la critique suivante:

Quant à la forme. — Entre les *armes empoisonnées*, dont l'emploi est prohibé par l'article 23(a) du RLH, et l'interdiction d'employer des armes propres à causer des *maux superflus*, énoncée à l'article 23(e), il n'existe aucun lien de fait ou de droit qui puisse justifier de les associer dans une seule et même incrimination.

Quant au fond. — Les deux incriminations ne sont prévues ni dans les Conventions de Genève ni dans le Protocole I, et elles ne figuraient pas davantage à la définition des crimes de guerre à l'article 6(b) du Statut du Tribunal militaire international de Nuremberg. Mais ni l'article des Conventions relatif aux infractions graves, ni l'article 85 du Protocole I ne prétendent définir de façon exhaustive les crimes de guerre, et l'article 6(b) du Statut du Tribunal de Nuremberg précisait lui-même qu'il n'avait pas de caractère exhaustif. Le fait d'ériger en *infraction*, c'est-à-dire en incrimination, l'interdiction de l'emploi d'armes empoisonnées, prohibition dont le caractère de règle de droit coutumier est des plus assurés, ne peut soulever d'objection. Il n'en est pas de même de l'interdiction de l'emploi d'«armes propres à causer des maux superflus». Bien que figurant dans le Rapport du Secrétaire général des Nations Unies, qui contenait le projet du Statut, tel qu'il devait être adopté par le Conseil de sécurité, l'incrimination de «l'emploi d'armes conçues pour causer des souffrances inutiles» ne répond pas au souci, exprimé dans le même Rapport, que, en «application du principe *nullum crimen sine lege*», «le Tribunal international applique des règles du droit international humanitaire qui font partie sans aucun doute du droit coutumier, de manière que le problème résultant du fait que certains Etats, mais non la totalité d'entre eux, adhèrent à des conventions spécifiques ne se pose pas».²⁶ La formule dans laquelle est énoncée l'incrimination discutée est bien trop générale pour satisfaire à cette exigence exprimée par le Secrétaire général, exigence qui découle des conditions fondamentales posées par le droit

²⁵ S'il est regrettable que les rédacteurs de la version anglaise aient, par négligence, repris la traduction réductrice de 1907 (*réductrice* par la formule «calculated to cause» et par l'expression «unnecessary suffering»), il est plus que déplorable que les rédacteurs de la version française, au lieu de s'en tenir au texte authentique de l'article 23(e), aient *retraduit* la formule doublement défectueuse du texte anglais.

²⁶ Rapport du Secrétaire général établi conformément au paragraphe 2 de la résolution 808 (1993) du Conseil de sécurité, doc. S/25704, p. 10.

international pénal, comme par le droit pénal interne des Etats de droit. A cette exigence ne répond qu'un nombre très limité de règles conventionnelles spécifiques qui sont des applications de l'interdiction énoncée à l'article 23(e) du RLH: on ne peut guère citer que l'interdiction de l'emploi des balles Dum-Dum ainsi que l'interdiction «en toutes circonstances d'employer des pièges qui sont conçus pour causer des blessures inutiles ou des souffrances superflues», figurant à l'article 6, paragraphe 2, du Protocole II annexé à la Convention de 1980.

Un point que l'on ne saurait oublier en traitant du sujet de la présente étude, c'est l'affirmation de l'applicabilité du principe des maux superflus dans les *conflits armés non internationaux* dans la même mesure où il s'applique dans les conflits armés internationaux et sans qu'il y ait lieu de distinguer entre des conflits relevant de l'article 3 commun des Conventions de Genève et des conflits atteignant le seuil défini à l'article premier du Protocole II. Cette applicabilité, selon nous, est imposée de façon impérative par des raisons élémentaires d'humanité.²⁷

Henri Meyrowitz est docteur en droit, avocat honoraire au barreau de Paris, lauréat de la Faculté de droit de Paris. Né en 1909 à Darmstadt, il a effectué ses études à l'Université de Francfort; il vit depuis 1933 à Paris. Auteur de: *La répression par les tribunaux allemands des crimes contre l'humanité et de l'appartenance à une organisation criminelle*, Paris, 1960; *Les armes biologiques et le droit international*, Paris, 1968; *Le principe de légalité des belligérants devant le droit de la guerre*, Paris, 1970, ainsi que d'une quarantaine d'articles portant sur des questions du droit des conflits armés.

²⁷ Voir, dans le même sens, la *Déclaration sur les Règles du droit international humanitaire relatives à la conduite des hostilités dans les conflits armés non internationaux*, adoptée en 1990 par le Conseil de l'Institut international de droit humanitaire (RICR, N° 785, septembre-octobre 1990, pp. 438 et ss., p. 439). — Sur la question de l'applicabilité des trois Protocoles de 1980 aux conflits armés non internationaux, cf. également Yves Sandoz, RICR, N° 786, novembre-décembre 1990, pp. 517 et s., ainsi que Maurice Aubert, *ibid.*, pp. 521 et ss. (p. 537).