

ABHANDLUNGEN

Le bombardement stratégique d'après le Protocole additionnel I aux Conventions de Genève

*Henri Meyrowitz**

Sommaire

Introduction

I. L'état du droit relatif au bombardement stratégique avant le Protocole I

1. Sources écrites

A. Traités

B. Règlements nationaux

2. La pratique des Etats

3. Jurisprudence

4. La doctrine

5. Le fondement du principe de l'immunité civile

II. La définition des objectifs militaires dans le Protocole I

1. La notion d'objectif militaire

2. Régime unique des attaques

3. L'immunité de la population civile et des personnes civiles

4. La protection des biens civils

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

Abréviations: Actes = Actes de la Conférence diplomatique sur la réaffirmation et le développement du droit humanitaire applicable dans les conflits armés, Genève (1974—1977) (Berne 1978); Annuaire IDI = Annuaire de l'Institut de droit international; C/C = W. F. Craven and J. L. Cate (eds.) (USAF Historical Division), The Army Air Forces in World War II. 7 vols. (Chicago 1948—1958); CG = Conventions de Genève de 1949; CICR = Comité international de la Croix-Rouge; CLH = Convention de La Haye; D.C.A. = Défense Contre Avions; HDv = Heeresdienstvorschrift; OTAN = Organisation du Traité de l'Atlantique Nord; RGDIP = Revue générale de droit international public; RLH = Règlement concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre (annexé à la IV^e Convention de La Haye de 1907); TMI = Tribunal militaire international de Nuremberg, ou: Procès des grands criminels de guerre devant le Tribunal militaire international, Nuremberg, 14 novembre 1945 — 1^{er} octobre 1946 (Nuremberg 1949); W/F = C. K. Webster and N. Frankland, The Strategic Air Offensive against Germany, 1939—1945, 4 vols. (London 1961); ZDv = Zentrale Dienstvorschrift.

I ZaöRV 41/1

5. Contenu de la définition des objectifs militaires (art. 52, § 2)
 - A. Méthode de définition
 - B. Objects matériels
 - C. Caractère non exhaustif de la définition
 - D. Les critères de l'objectif militaire
 - a) «... apportent une contribution effective à l'action militaire»
 - b) «... dont la destruction totale ou partielle offre un avantage militaire précis»
 - c) «... en l'occurrence»
 - E. Concrétisation de la définition: les «catégories d'objectifs militaires»
 6. Les biens spécialement protégés
 7. «Localités non défendues»
 - III. Modalités des bombardements stratégiques
 1. Les deux compléments nécessaires au principe de l'immunité civile
 2. L'interdiction des bombardements sans discrimination
 - A. Définition des attaques sans discrimination (art. 51, § 4)
 - B. Bombardement de zone (art. 51, § 5, a)
 - C. Attaques causant des pertes ou dommages civils indirects «excessifs» (art. 51, § 5, b)
 3. Les «précautions dans l'attaque» (art. 57)
 - A. Nature des obligations prévues à l'art. 57
 - B. Les deux obligations impératives: § 2, a (iii) et b
- Conclusion

Introduction

L'expression *bombardement stratégique* appartient au vocabulaire militaire, où sa définition est d'ailleurs assez floue. Elle est inconnue du droit de la guerre, tout comme le sont les noms de *stratégie* et de *tactique* et les adjectifs dérivés. Le terme de *bombardement* lui-même, qui figure dans le RLH (art. 25, 26, 27) ainsi que dans la IX^e CLH de 1907, concernant le bombardement par des forces navales, a été, avec raison, abandonné par les rédacteurs du Protocole additionnel I aux CG, adopté en 1977. Les différents types de bombardements y sont confondus sous le terme général d'*attaques*, définies à l'art. 49 comme s'entendant des «actes de violence contre l'adversaire, que ces actes soient offensifs ou défensifs»¹. Quant à la distinction entre bombardements tactiques et bombardements stratégiques,

¹ A quoi il faut ajouter les précisions importantes des deux paragraphes suivants:

«2. Les dispositions du présent Protocole concernant les attaques s'appliquent à toutes les attaques, quel que soit le territoire où elles ont lieu, y compris le territoire national appartenant à une Partie au conflit mais se trouvant sous le contrôle d'une Partie adverse.

3. Les dispositions de la présente Section s'appliquent à toute opération terrestre, aérienne ou navale pouvant affecter, sur terre, la population civile, les personnes civiles et les biens de caractère civil. Elles s'appliquent en outre à toutes les attaques navales ou aériennes dirigées contre des objectifs sur terre, mais n'affectent pas autrement les règles du droit international applicable dans les conflits armés sur mer ou dans les airs».

elle est sans aucune pertinence en droit, quels que soient les critères retenus par la doctrine militaire². Dans cet article, nous employons l'expression «bombardement stratégique» dans le sens qui est le plus généralement admis, comme s'appliquant à des attaques à longue distance, par avion, par bombardement d'artillerie à longue portée ou par missiles balistiques, attaques dont les objectifs terrestres sont situés au-delà de la zone des opérations.

En arrêtant les dispositions concernant les attaques, les rédacteurs du Protocole I ont envisagé principalement, mais non exclusivement, le bombardement stratégique. Ce genre d'attaques a fait au cours de la seconde Guerre mondiale, en Allemagne et au Japon, plus d'un million de victimes civiles³ et causé d'immenses destructions de biens civils, au point que l'on a pu dire que ce sont les bombardements aériens stratégiques qui ont imposé leur empreinte à ce conflit. Et nombreux ont été les juristes qui, au lendemain de la dernière guerre, ont soutenu que, pour autant qu'il était permis de parler d'un «droit» relatif au bombardement stratégique, ce ne pouvait être que celui qui se dégageait de la pratique des bombardements effectués par les Alliés contre l'Allemagne et le Japon. Cette pratique aurait été constitutive d'une coutume ayant rendu caduques les règles anciennes. Ceux qui refusaient de souscrire à ces thèses n'en étaient pas moins forcés d'admettre qu'une grande incertitude régnait dans ce domaine. Ce n'étaient

² Le caractère relatif de la distinction des *armes* dites tactiques et des armes dites stratégiques ressort des deux chiffres suivants: la fusée tactique américaine "Honest John" a une portée de 40 km; celle de la fusée "Pershing", également classée parmi les missiles «tactiques», est de 700 km.

³ Selon E. H a m p e (*et al.*), *Der Zivile Luftschutz im Zweiten Weltkrieg* (Frankfurt a. M. 1963), p. 141, le nombre des victimes civiles allemandes des bombardements aériens effectués avant l'arrivée des armées alliées, en 1944/45, dans les régions considérées s'est élevé à 410 000 (soit 0,59 % de la population du Reich en 1939). Ce chiffre représente 9,79 % du nombre total des victimes allemandes de la guerre; il ne comprend pas les personnes tuées, par bombardement, lors de l'évacuation des territoires allemands de l'Est, dont le nombre est évalué à 120 000. – Cf. *Dokumente deutscher Kriegsschäden*. Hrsg. vom Bundesminister für Vertriebene, Flüchtlinge und Kriegsgeschädigte, vol. I (Bonn 1958), p. 57.

Pour le Japon, les chiffres diffèrent grandement selon qu'il s'agit de sources américaines ou japonaises. Sur la base d'enquêtes effectuées au lendemain de la guerre, les Américains estiment le nombre de civils tués dans les bombardements à 900 000; d'après les Japonais, ce nombre serait de 330 000 (*The U.S. Strategic Bombing Survey. The Effects of Strategic Bombing on Japanese Morale*. June 1947, p. 34). Rappelons que le premier grand bombardement incendiaire de Tokyo, du 9 mars 1945, a fait près de 84 000 victimes, quelques milliers de plus que la bombe de Hiroshima, deux fois plus que celle de Nagasaki. (C/C, vol. V, pp. XX, XXIV–XXV.)

pas seulement les règles, dans la mesure où elles existaient ou étaient généralement admises en 1939, qui faisaient l'objet de controverses, mais les principes mêmes dont ces règles découlaient étaient contestés. Aussi n'est-il guère exagéré de qualifier d'historique l'apport du Protocole I en cette matière, puisqu'il ne s'agit de rien de moins que du *redressement* par le droit conventionnel d'une pratique internationale. En adoptant les règles nouvelles, la Conférence diplomatique sur la réaffirmation et le développement du droit international humanitaire applicable dans les conflits armés a ôté à une certaine forme de bombardements stratégiques pratiquée dans la seconde Guerre mondiale le caractère de *précédent*⁴.

Après avoir montré l'incertitude qui caractérisait, antérieurement au Protocole I, l'état du droit relatif aux bombardements stratégiques (I), nous examinerons successivement la définition des objectifs militaires, définition dont l'objet est d'assurer l'immunité de la population civile et des biens civils contre des attaques directes (II), et les règles concernant les modalités d'attaque, règles destinées à assurer la protection de la population civile et des biens civils, d'une part contre des attaques sans discrimination, et d'autre part contre des pertes et dommages indirects excessifs résultant d'attaques dirigées contre des objectifs militaires (III).

I. L'état du droit relatif au bombardement stratégique avant le Protocole I

Rappeler l'état du droit international relatif au bombardement stratégique tel qu'il se présentait avant 1977 n'a pas qu'un intérêt théorique et historique, mais garde une importance pratique pour le cas où, faute de ratification, ou par suite de dénonciation conformément à l'art. 99, le Protocole ne serait pas applicable soit à un conflit dans son entier, soit aux rapports entre certains belligérants dans une guerre de coalition. Mais ce rappel permettra surtout de mesurer le progrès réalisé par le Protocole I.

⁴ La présente étude ne traite que des bombardements avec des armes classiques. Sur la question de l'applicabilité ou de la non-applicabilité formelle aux armes nucléaires des règles nouvelles établies par le Protocole I, voir M. Bothe/K. Ipsen/K. J. Partsch, *Die Genfer Konferenz über humanitäres Völkerrecht. Verlauf und Ergebnisse*, ZaöRV, vol. 38 (1978), pp. 1-84 (pp. 43-44), et H. Meyrowitz, *La stratégie nucléaire et le Protocole additionnel I aux Conventions de Genève de 1949*, RGDIP, vol. 83 (1979), pp. 905-961. Qu'il suffise ici d'indiquer que les règles arrêtées en 1977 sont destinées à s'appliquer à des *conflits classiques* ou, s'agissant de *conflits à opérations mixtes*: classiques-nucléaires, à l'ensemble des personnes, des faits, des situations et des rapports visés par le Protocole, à l'exception de l'emploi des armes nucléaires.

1. Sources écrites

A. Traités

Le principe de l'immunité d'attaque de la population civile n'était formulé explicitement dans aucun instrument international avant 1977. Sous la forme converse: les attaques doivent être dirigées contre les seules forces armées, le principe est énoncé dans la célèbre phrase du préambule de la Déclaration de Saint-Petersbourg du 29 novembre/11 décembre 1868: «... le seul but légitime que les Etats doivent se proposer durant la guerre est l'affaiblissement des forces militaires de l'ennemi». Le RLH fait, aux art. 1^{er} et 2, application du principe de l'immunité civile, ou, ce qui revient au même, du principe de la distinction des combattants et des personnes civiles, sous une forme doublement converse: il définit non pas les personnes qui sont les seuls objets légaux d'attaques, mais celles qui en sont les seuls sujets légaux, étant sous-entendu que cette qualité exclusive de sujets actifs d'attaque fonde l'exclusivité de leur qualité de sujets passifs. Le principe de l'immunité d'attaque directe de la population civile est également sous-jacent à l'art. 25, qui interdit «d'attaquer ou de bombarder, par quelque moyen que ce soit, des villes, villages, habitations ou bâtiments qui ne sont pas défendus». Bien que les mots «par quelque moyen que ce soit» aient été insérés en 1907 pour englober dans l'interdiction des attaques aériennes, la question de savoir si cette disposition s'appliquait au bombardement aérien dit autonome était controversée entre les deux guerres mondiales. Cette controverse, cependant, ne touchait pas le principe de l'immunité de la population civile, mais le point de savoir si, dans une localité non défendue, il était permis de bombarder des objectifs militaires.

C'est la IXe CLH, concernant le bombardement par des forces navales, qui, ayant repris, à son art. 1^{er}, al. 1, l'interdiction formulée à l'art. 25 du RLH, a introduit, à l'art. 2, non pas le terme, mais la notion des *objectifs militaires*, situés dans l'enceinte d'une ville «non défendue» et par conséquent non attaquant *in globo*. «Toutefois, ne sont pas compris dans cette interdiction les ouvrages militaires, établissements militaires ou navals, dépôts d'armes ou de matériel de guerre, ateliers et installations propres à être utilisés pour les besoins de la flotte ou de l'armée ennemie, et les navires de guerre se trouvant dans le port». La solution adoptée consiste dans les trois principes suivants: *a) principe de base: l'immunité d'attaque de la population civile et des biens civils; b) objectifs militaires*, objets licites d'attaque; *c) précautions dans l'attaque: aa)* «sommation avec délai raisonnable», sous réserve des «nécessités militaires exigeant une action immédiate»; *bb)* non-responsabilité pour les dommages civils indirects involon-

taires; cc) obligation pour le commandant de prendre «toutes les dispositions voulues pour qu'il en résulte pour cette ville le moins d'inconvénients possible».

Bien que les *Règles de la guerre aérienne* formulées en 1923 par la Commission de juristes chargée de la révision du droit de la guerre⁵ ne soient pas passées dans le droit positif, ce document ne doit pas être rangé sous la rubrique «doctrine»: les membres de la commission y siégeaient non pas à titre personnel, mais comme délégués de leur pays; les délégations comprenaient un nombre impressionnant d'experts militaires. L'art. 22 a posé le principe: «Le bombardement aérien dans le but de terroriser la population civile ou de détruire ou d'endommager la propriété privée sans caractère militaire ou de blesser les non-combattants, est interdit»⁶. L'art. 24 est capital⁷. Il a introduit, outre la notion clef et une définition des *objectifs militaires*, une règle qui a dû attendre plus d'un demi-siècle pour entrer dans le droit écrit: l'interdiction du bombardement sans discrimination.

⁵ Commission instituée par la résolution du 4 février 1922 de la Conférence de Washington pour la limitation de l'armement. Pour le compte rendu des travaux et le rapport de la Commission, voir: *La Guerre aérienne. Révision des lois de la guerre*, La Haye 1922–1923 (Paris 1930).

⁶ Rendre, dans le texte français, authentique, le verbe "to injure" par *blesser*, au lieu de *tuer ou blesser*, était évidemment une faute.

⁷ «Art. 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.

(2) Un tel bombardement n'est légitime que s'il est dirigé exclusivement contre les objectifs suivants: forces militaires, ouvrages militaires, établissements ou dépôts militaires, usines constituant des centres importants et bien connus employés à la fabrication d'armes, de munitions ou de fournitures militaires caractérisées, lignes de communication ou de transport dont il est fait usage pour des buts militaires.

(3) Le bombardement de cités, de villes, de villages, d'habitations et d'édifices qui ne se trouvent pas dans le voisinage immédiat des opérations des forces de terre est interdit. Dans le cas où les objectifs spécifiés à l'al. 2 seraient situés de telle manière qu'ils ne pourraient être bombardés sans entraîner un bombardement sans discrimination de la population civile, les aéronefs doivent s'abstenir de bombarder.

(4) Dans le voisinage immédiat des opérations des forces de terre, le bombardement des cités, villes, villages, habitations et édifices est légitime, pourvu qu'il existe une présomption raisonnable que la concentration militaire y est assez importante pour justifier le bombardement, en tenant compte du danger ainsi couru par la population civile.

(5) L'Etat belligérant est soumis à la réparation pécuniaire des dommages causés aux personnes ou aux biens, en violation des dispositions du présent article par un quelconque de ses agents ou l'une quelconque de ses forces militaires».

*B. Règlements nationaux*⁸

Il est significatif qu'il n'existe pas de manuel ou de règlement militaire national concernant le droit de la guerre aérienne. Un auteur américain a voulu connaître les raisons pour lesquelles le département de l'armée de l'air avait renoncé à publier un tel manuel, dont un projet avait été rédigé en 1960. Questionné à ce sujet, un juriste «compétent et bien informé» de l'Air Force a indiqué les motifs suivants, après avoir affirmé que, dans ce domaine, le droit international résulterait, dans une large mesure, des «pratiques coutumières». «Since the United States is the one that is principally involved in the use of a variety of sophisticated weapons, to assert restraint on the use of weapons not required by the current status of the law, yet demanded by certain segments of the international community, is painful indeed. Such self-imposed restraint designed to accommodate moral sensitivities, develop a customary rule of law and yet win the war is an almost impossible task»⁹. En 1971, l'état-major de l'U.S. Air Force exposait son interprétation du droit international relatif au bombardement aérien dans un mémorandum destiné au Director of Plans¹⁰. Ce texte, non publié, illustre l'opinion que nous venons de citer. «Depuis l'apparition des opérations aériennes, et sous la pression des nécessités militaires, le concept des objectifs militaires s'est élargi. Il comprend maintenant l'ensemble de la puissance militaire, économique et industrielle de l'ennemi» (pp. 5-6). L'énumération limitative des objectifs militaires à l'art. 24, § 2, des Règles de 1923 est qualifiée de «self-defeating», «la nature et l'importance sans cesse changeante des objectifs rendant improbable que des belligérants potentiels consentent à immuniser de larges secteurs du territoire et de l'économie de l'ennemi» (p. 13). Seul l'art. 22 pouvait, selon le document, être considéré comme déclaratif d'une «norme coutumière fondamentale». La portée de cette proposition était toutefois neutralisée par les remarques concernant le bombardement de zone. Selon le mémorandum, cette pratique a eu sa cause et trouvait sa justification dans la densité de la défense

⁸ Sous cette expression, incorrecte dans certains cas, nous englobons, sans nous arrêter à la question de leur qualification selon le droit des Etats dont ils émanent, des textes officiels relatifs au droit de la guerre, publiés par ou sous l'autorité du ministère de la Défense de divers pays.

⁹ H. DeSaussure (Col.), *The Laws of Air Warfare: Are there any?*, *The International Lawyer*, vol. 5 (1971), pp. 527-548 (p. 547).

¹⁰ Department of the Air Force, Headquarters U.S. Air Force: Memorandum for Director of Plans. Subject: Law of War Regulating Aerial Bombardment (28 April 1971).

anti-aérienne et dans les techniques de camouflage allemandes, qui rendaient pratiquement impossibles l'identification et l'attaque d'objectifs déterminés. "Such tactic, obviously, carries the concomitant risk of widespread destruction of non-military objectives. While these unfortunate results have frequently accompanied aerial bombardment, illegality will follow only if they be the specific objective" (p. 16). Voilà une doctrine – celle de l'intention méchante – qui sera récusée par le Protocole I. En accord avec cette idée fausse, le mémorandum comprenait sous l'interdiction du bombardement sans discrimination la "wanton destruction of cities, towns or villages"¹¹ ou encore la dévastation non justifiée par la nécessité militaire.

Postérieure à la guerre du Vietnam, contemporaine des travaux de la Conférence diplomatique de Genève, une brochure publiée par l'état-major de l'U.S. Air Force et destinée non pas aux aviateurs, mais aux magistrats militaires, précise prudemment qu'elle n'a pas un caractère réglementaire et que, tout en se référant aux "policies" des Etats-Unis, du département de la Défense et de l'Air Force, elle ne formule pas la politique officielle du gouvernement¹². Le contraste avec les positions antérieures

¹¹ Cf. la définition des crimes de guerre à l'art. 6, *b* du Statut du Tribunal militaire international de Nuremberg et à l'art. II, 1, *b* de la loi n° 10 du Conseil de contrôle allié, du 20 décembre 1945: "... wanton destruction of cities, towns or villages". Le texte français du Statut porte ici: «la destruction sans motif des villes et villages» (le pluriel «des», article défini, est une faute). L'expression "wanton destruction" est difficile à traduire; le *Harrap's Standard French and English Dictionary* la rend par «destruction pour le simple plaisir de détruire», ce qui ne couvre qu'une des significations de ce terme. (La même remarque s'applique à l'expression allemande »mutwillige Zerstörung«, figurant dans la traduction – non authentique – du Statut et de la loi n° 10). L'adjectif "wanton" n'exclut point un «motif», ni une finalité, la criminalité de l'acte qualifié de *wanton* pouvant précisément résider dans ce motif ou dans cette finalité. Il s'agit en général d'attaques qui supposent le contact physique avec les choses qui en sont l'objet. C'est avec ce sens que cette notion figurait dans la liste des chefs sous lesquels étaient classées les violations des lois de la guerre reprochées aux Allemands dans le rapport présenté à la Conférence de Versailles par la Commission des responsabilités des auteurs de la guerre et sanctions (chap. II, chefs n°s 18 et 20). C'est aussi le sens que revêtait cette expression dans la proposition soviétique qui est à l'origine de l'insertion de cette incrimination dans le texte du Statut (Report of Robert H. Jackson, U.S. Representative to the International Conference on Military Trials, London 1945 [Washington 1949], p. 327). Le Protocole I a raison de n'avoir pas retenu cette notion vaseuse et de renoncer à la recherche des motifs ou de l'intention qui peuvent être à l'origine d'une attaque illicite.

¹² Department of the Air Force, Headquarters U.S. Air Force, AF Pamphlet 110-31: Judge Advocate General Activities, International Law – The Conduct of Armed Conflict and Air Operations (19 November 1976).

des autorités américaines est frappant. Jusque dans la terminologie employée, mais surtout dans son esprit, la brochure est, sur à peu près tous les points, conforme aux solutions adoptées par le Protocole I.

A défaut de manuels ou de règlements militaires spécifiquement consacrés au droit de la guerre aérienne, il faut consulter les textes officiels qui traitent du droit de la guerre terrestre ou navale, étant d'ailleurs entendu que ni l'absence de manuels ou de règlements nationaux ni les lacunes ou les erreurs que ceux-ci pourraient éventuellement contenir ne modifient pas les obligations, selon le droit international, de tous ceux parmi les nationaux des Etats belligérants qui, en quelque qualité que ce soit, accomplissent des actes justiciables du droit de la guerre.

Le *manuel américain du droit de la guerre terrestre*¹³ ne contient, sur la question qui nous intéresse, qu'un pauvre paragraphe, se bornant à constater qu'«il n'existe pas d'interdiction d'application générale concernant le bombardement aérien de villes, de places défendues ou d'autres objectifs militaires légitimes» (§ 42). Le *manuel du droit de la guerre navale*¹⁴ ne parle pas de bombardement aérien¹⁵, mais il énonce quelques «principes généraux du droit de la guerre» qui doivent être considérés comme applicables aussi bien à la guerre terrestre qu'au bombardement naval ou aérien dirigé contre des objectifs sur terre. A la suite de la formulation du «principe coutumier» de la distinction des combattants et des personnes civiles et de l'immunité de ces dernières contre des dommages «non accessoires à des opérations militaires dirigées contre des forces combattantes et d'autres objectifs militaires», le texte précise qu'«il est interdit de faire des non-combattants l'objet d'une *attaque directe* ... si une telle attaque n'est pas reliée à un objectif militaire»¹⁶. Une «*attaque directe*» contre des personnes civiles serait donc permise si elle présente un rapport, ou si on la présente comme ayant un rapport, avec un objectif militaire? Une note accompagnant ce paragraphe explique que le principe de la distinction «n'est valable maintenant que sous la réserve de restrictions très importantes, notamment en ce qui touche la conduite des opérations aériennes». A côté de facteurs

¹³ Department of the Army. Field Manual No. 27-10: The Law of War on Land, 1956.

¹⁴ Law of Naval Warfare (Issued in 1955 by the Chief of Naval Operations), dans: R. W. Tucker, The Law of War and Neutrality at Sea (U.S. Naval War College, International Law Studies 1955 [Washington 1957]).

¹⁵ Sauf dans l'énumération des crimes de guerre, où figure «le bombardement aérien ayant pour seul but d'attaquer et de terroriser la population civile» (§ 320 [b], 6). La conjonction *and* a ici le sens alternatif, non pas copulatif: cf. note 15 sous le § 221 (b).

¹⁶ § 221 (b), italiques dans l'original; même formule à la note 15 sous ce paragraphe.

économiques, sociologiques et historiques ayant «affecté d'une façon marquée la distinction autrefois fondamentale des combattants et des non-combattants», se trouve mentionné le «développement des engins téléguidés et des armes atomiques et thermonucléaires». La remarque est importante. Elle dénote, outre la prétention de faire entériner *de plano* par le droit l'emploi d'armes nouvelles, quel qu'en puisse être le pouvoir destructeur massif et aveugle¹⁷, une tendance à faire sanctionner par les lois de la guerre classique les effets de l'utilisation d'armes nucléaires, alors que c'est précisément la question de la légalité *générale* de cette utilisation qui fait problème. Le Protocole I est venu couper court à cette tentative de renversement de la charge de la preuve de légalité et à ce risque de corruption du droit de la guerre par la simple existence des armes nucléaires.

Quant au *manuel militaire britannique du droit de la guerre terrestre*¹⁸, il déclare que malgré l'évolution résultant de la pratique suivie par les belligérants au cours de la seconde Guerre mondiale, le principe de la distinction des combattants et des personnes civiles, qui interdit de faire de ces dernières l'objet d'attaques «exclusivement dirigées contre elles», est demeuré en vigueur (§ 13). Un autre paragraphe indique que la distinction est devenue «de plus en plus floue» et énumère, en note, une série de faits ayant «affecté profondément» le principe classique de la distinction: l'augmentation du nombre des combattants; l'accroissement du nombre des civils engagés dans des activités industrielles en rapport avec la guerre; les bombardements aériens stratégiques; la guerre économique; l'avènement d'Etats totalitaires (§ 86, note 2, a). La note conclut toutefois: «Cependant, bien que ces facteurs aient eu pour effet d'estomper à beaucoup d'égards la distinction acquise et de rendre nécessaire la modification de certaines règles existantes, ils ont laissé intacte la règle fondamentale que les non-combattants ne doivent pas être faits l'objet d'une attaque directe par les forces armées de l'ennemi»: *Attaque directe* corrige heureusement la formule «attaque dirigée exclusivement contre eux», employée au § 13.

Les directives ou instructions publiées par le *ministère fédéral allemand*

¹⁷ C'est contre cette prétention de forcer le droit à «suivre» les armes que réagira l'art. 36 du Protocole I en prescrivant l'ordre chronologique et normatif inverse: «Dans l'étude, la mise au point, l'acquisition ou l'adoption d'une nouvelle arme, de nouveaux moyens ou d'une nouvelle méthode de guerre, une Haute Partie contractante a l'obligation de déterminer si l'emploi en serait interdit, dans certaines circonstances ou en toutes circonstances, par les dispositions du présent Protocole ou par toute autre règle du droit international applicable à cette Haute Partie contractante».

¹⁸ The War Office: *The Law of War on Land*, being Part III of the *Manual of Military Law*, 1958.

de la Défense¹⁹ échappent aux critiques que l'on doit adresser aux textes américains et britannique. Le principe de l'immunité de la population civile contre des attaques directes y est formulé sans réserve, avec cette précision que l'immunité couvre également les ouvriers des industries de l'armement²⁰. A propos de la définition des objectifs militaires, le critère de l'«avantage militaire net» est emprunté textuellement aux Règles de La Haye de 1923 (art. 24, § 1)²¹. Le bombardement de zone est visé dans l'interdiction de «traiter plusieurs objectifs militaires et les quartiers d'habitations situés entre ces objectifs comme un objectif unique et de diriger des tirs et des bombardements indistinctement sur toute l'étendue de cette surface»²². Reproduction presque littérale de l'art. 10 du Projet de règles du CICR de 1956²³, lequel (art. 8, a) a également servi de modèle à la prescription de choisir, lorsque l'option est ouverte entre plusieurs objectifs militaires susceptibles de procurer un avantage équivalent, celui dont l'attaque comporte le moins de danger pour la population civile²⁴. Alors que le manuel américain du droit de la guerre navale tend à voir dans les engins téléguidés un moyen qui non seulement ne se laisse pas soumettre intégralement aux restrictions prévues par les lois de la guerre, mais qui est susceptible d'affecter la validité générale du principe coutumier de la distinction des combattants et des personnes civiles, l'instruction ZDv 15/10 (§ 90) rappelle que «l'emploi de ces engins est assujéti aux mêmes limitations de droit international que tous les autres moyens de guerre».

¹⁹ Voir notamment: Völkerrechtliche Grundsätze der Landkriegführung. Sonderdruck des Anhangs Teil III zu HDv 100/2 »Führungsgrundsätze des Heeres für die atomare Kriegführung«, April 1961. – Kriegsvölkerrecht. Leitfaden für den Unterricht (Teil 7). Allgemeine Bestimmungen des Kriegführungsrechts und Landkriegsrecht (Lehrschrift) März 1961 (ZDv 15/10).

²⁰ HDv 100/2, § 65.

²¹ ZDv 15/10, § 68. – L'Allemagne n'était pas représentée à la Commission de juristes de La Haye. Le commandement de la Wehrmacht avait cependant inséré le texte des Règles de 1923 dans son instruction »Kriegsvölkerrecht. Sammlung zwischenstaatlicher Abkommen von Bedeutung für die höhere Führung«, du 1^{er} octobre 1939, avec cette note: «Les Règles de la guerre aérienne de La Haye n'ont pas de caractère juridiquement obligatoire, mais elles sont pratiquement importantes à connaître, comme indicatives de l'orientation future du droit de la guerre aérienne». (E. Spetzler, Luftkrieg und Menschlichkeit [Göttingen 1956], p. 221.) Mais voir *infra*, note 31.

²² *Ibid.* et HDv 100/2, § 76.

²³ Projet de règles limitant les risques courus par la population civile en temps de guerre, 1956 (2e éd. Genève 1958).

²⁴ ZDv 15/10, § 69 et HDv 100/2, § 77. Cette dernière règle est devenue l'art. 57, § 3, du Protocole I. – De même, ajoutent ZDv 15/10, § 69 et HDv 100/2, § 78, entre

2. La pratique des Etats²⁵

On sait qu'entre les deux guerres mondiales, quelques théoriciens militaires avaient préconisé une forme de *guerre aérienne autonome* qui, dans ses principes, mais non point dans les scénarios imaginés, n'était pas très éloignée de la pratique des bombardements stratégiques que devaient adopter, à partir de 1942, les Anglais, imités bientôt par les Américains. C'est Giulio Douhet qui a donné son nom à cette doctrine. Aux Etats-Unis, les idées similaires défendues par le général William Mitchell ont exercé une certaine influence sur une partie de l'état-major de l'armée de l'air mais n'ont pas reçu de sanction officielle. Mitchell a cherché à fonder en raison — et, s'imaginait-il, en morale — le postulat de la *substitution des centres urbains, c'est-à-dire de la population civile en tant que telle, à l'armée comme objectif stratégique principal*, voire comme seul objectif stratégique. L'armée ennemie, écrivait-il, est devenue un «faux objectif, les objectifs véritables étant les centres vitaux»: les villes, les zones agricoles et industrielles²⁶. En Grande-Bretagne, le douhetisme avait séduit quelques aviateurs (à leur tête le maréchal de la Royal Air Force [R.A.F.] Hugh Trenchard) et hommes politiques (parmi lesquels Churchill); mais ses thèses et hypothèses, du reste fondées sur une grossière sous-estimation du nombre et du poids des bombes nécessaires pour produire les effets matériels et moraux escomptés, n'ont pas été adoptées par le gouvernement et le commandement^{27, 28}.

plusieurs moyens de guerre disponibles offrant les mêmes chances de succès, il faut choisir celui dont il y a lieu d'attendre le moins d'incidences sur la population civile.

²⁵ Pour les bombardements stratégiques au cours de la seconde Guerre mondiale, outre les deux ouvrages historiques de base: C/C et W/F, voir notamment: G. W. Feuchter, *Geschichte des Luftkriegs, Entwicklung und Zukunft* (Bonn 1954); N. Frankland, *The Bombing Offensive against Germany* (London 1965); G. H. Quester, *Deterrence before Hiroshima. The Airpower Background of Modern Strategy* (New York 1966); F. M. Sallagar, *The Road to Total War* (Rand Corp. 1969; New York 1975); A. Verrier, *The Bomber Offensive* (London 1968).

²⁶ W. Mitchell, *Skyways – A Book on Modern Aeronautics* (Philadelphia 1930), p. 255; *id.*, *Winged Defense* (New York 1925), pp. XV–XVI.

²⁷ C'était aussi le cas dans la patrie même de Douhet: la *Loi de la guerre italienne* promulguée en 1938 était irrécusablement classique.

²⁸ L'expérience de 1939–1945 n'a pas confirmé la prophétie «optimiste» de Douhet et de Mitchell selon laquelle la stratégie contre-villes prônée par eux aurait la vertu d'abrégé la guerre. Cette expérience n'a pas davantage vérifié la prophétie pessimiste de l'emploi de gaz dans le bombardement des populations. Nous nous bornons à mentionner ces deux démentis que l'histoire a donnés aux prédictions du douhetisme, en nous

En juin 1938, le Premier ministre Chamberlain déclara devant les Communes qu'à défaut d'une codification internationale du droit de la guerre aérienne, il existait, en tout cas, trois règles ou trois principes de droit international applicables aussi bien à la guerre aérienne qu'à la guerre sur mer ou sur terre. «Premièrement, il est contraire au droit international de bombarder les civils en tant que civils, de s'attaquer de propos délibéré aux populations civiles ... Deuxièmement, il faut que les cibles visées du haut des airs soient identifiées. Troisièmement, il faut qu'en attaquant ces objectifs militaires, on prenne soin, dans des limites raisonnables, d'éviter que, par inconscience, les populations civiles du voisinage soient bombardées»²⁹. Les réponses faites par les gouvernements britannique, français et allemand à l'appel lancé, le 1^{er} septembre 1939, par le président Roosevelt, outre qu'elles souffraient du manque de force juridique des engagements qu'elles exprimaient, étaient trop sommaires pour ne pas comporter des ambiguïtés, d'ailleurs facilitées par le libellé rudimentaire de l'appel³⁰. Ce dernier demandait aux gouvernements belligérants de déclarer publiquement qu'en aucun cas et sous aucun prétexte, leurs forces aériennes ne bombarderaient des populations civiles ni des «villes non fortifiées», sous réserve que ces mêmes règles fussent observées par tous les adversaires³¹.

gardant d'en tirer une conclusion, historique ou prophétique. Notons toutefois que si l'expérience de 1939–1945 a «falsifié» les théories douhetistes, les stratégies – à tout le moins les stratégies occidentales – de la *dissuasion nucléaire* sont fondées sur une prémisse douhetiste.

²⁹ Revue générale de droit aérien 1938, p. 221. – Ces trois règles ont été reprises presque textuellement dans une résolution de l'Assemblée de la Société des Nations du 30 septembre 1938.

³⁰ Texte dans J. M. Spaight, *Air Power and War Rights* (3e éd. London 1947), p. 259.

³¹ Tandis que les gouvernements de Paris et de Londres déclarèrent que leurs forces avaient reçu l'ordre de n'attaquer que des «objectifs strictement militaires», Hitler s'en tenait à l'expression «objectifs militaires». Ce qu'il ne révélait pas – et ce qui démontre l'insuffisance du principe de l'immunité d'attaque directe de la population civile, non concrétisé par une *définition* convenue des *objectifs militaires*, – c'est que, selon ses plans d'attaque, cette notion comprenait «les ressources alimentaires, de matières premières et de moyens de production», l'industrie d'armement n'étant mentionnée qu'en dernier lieu (directives du 10 mai 1939 pour la guerre économique contre l'Angleterre: objectifs assignés à la Luftwaffe: doc. C-120, TMI, t. XXXIV, p. 406). Cf. directive n°9, du 29 novembre 1939, § 4, c: «Destruction des réserves anglaises, réserves de pétrole, réserves alimentaires dans les frigorifiques et les silos à céréales». (Hitlers Weisungen für die Kriegführung 1939–1945. Hrsg. von W. Hubatsch [Frankfurt a. M. 1962], p. 41). Voir également le mémoire de Jodl du 30 juin 1940 relatif à la poursuite de la guerre contre l'Angleterre: «Associé à la propagande et à un certain

La controverse survenue les dernières années de la guerre entre les Anglais et les Américains au sujet du *bombardement de zone* a souvent été exagérée ou mal interprétée. "The choice between precision and area bombing", écrivent les historiens de l'U.S. Army Air Forces, "was not conditioned by abstract theories of right and wrong, nor by interpretations of international law. It was ruled by operational possibilities and strategic intentions. Though these matters have been much confused by propaganda, the Germans, the British and the Americans, too, adopted the policy of area attack when they considered that precision bombing was either impossible or unprofitable"³². La participation massive des forces aériennes américaines au bombardement de Berlin et de Dresde, en février 1945, et le lancement, vers la même époque, des raids incendiaires des B-29 contre les villes japonaises prouvent que les scrupules de certains chefs militaires américains responsables du théâtre européen de la guerre, si sincères qu'ils fussent, ne purent résister à l'«avalanche de l'escalade».

C'est précisément dans un document officiel américain, relatif au bombardement des villes japonaises, que l'on trouve un exposé de la doctrine qui est à la base de la *stratégie «contre-moral»*³³ synonyme en fait de la stratégie du bombardement de zone. Exposé d'autant plus significatif qu'il a été rédigé après 1945 et que la stratégie contre-population – par bombardement classique – y est présentée comme une caractéristique intrinsèque, définitivement acquise, de la guerre contemporaine. Le passage en question mérite d'être cité *in extenso* parce que le Protocole I est venu prendre le contre-pied de la doctrine énoncée:

"But among the great majority of professional military men, and among other citizens as well, morale has come to be recognized as one of the primary targets of attack and an essential consideration in the organisation of defense ...

nombre de raids de terreur – déclarés actes de représailles –, cet affaiblissement croissant de la base alimentaire anglaise paralysera la volonté de résistance de la population, obligeant ainsi le gouvernement à capituler» (Doc. PS-1776, TMI, t. XXVIII, p. 302).

³² C/C, vol. III, p. 727.

³³ *Le moral de l'ennemi* – entendons: de la nation ennemie indistinctement, armée, gouvernement, population – n'est pas, en soi, un objectif illicite. Ni, bien sûr, comme objectif indirect: atteindre le moral de l'ennemi pour fléchir sa volonté, n'est-ce pas le but même de la guerre? Ni comme objectif direct: le droit de la guerre autorise des actions dirigées spécialement contre le moral de l'adversaire, telles que propagande, corruption, incitation à la désertion ou à la rébellion, provocation à la subversion, la distinction entre combattants et personnes civiles étant ici sans objet. Mais ces opérations «contre-moral» ne sont permises que par des moyens de «guerre psychologique». Ce qui est interdit, c'est de chercher à atteindre le moral de l'ennemi par des actes de guerre physiques dirigés contre des personnes ou des biens qui ne sont pas des objectifs militaires.

The war against Japan exemplified clearly a number of the distinguishing characteristics of modern warfare. The attack was directed against the nation as a whole – not only against the army, the fleet, the factories and the supply lines, but also against the entire population and its ability and will to resist. Thus the people of Japan were directly and indirectly involved in the fight. American bombs were aimed at them and their homes because of their critical importance to the fighting strength of the enemy. They were workers, and the ultimate outcome or length of the contest rested in good part on their output of weapons and tools. They were citizens whose willingness to make sacrifices would enable the enemy to throw his full strength into the fight, or whose unwillingness to make sacrifices would require him to turn resources away from the purposes of the war”³⁴.

Sur le continent européen, le bombardement de zone a été inauguré officiellement par la directive britannique du 14 février 1942, qui désignait au Bomber Command comme objectifs principaux «le moral de la population civile ennemie, et en particulier des travailleurs industriels»³⁵. On a cherché à justifier l'*area bombing* en assimilant, par un raisonnement sophistique, la stratégie contre-moral (= contre-population) aux attaques contre l'industrie de guerre. Le bombardement, concédait-on, visait bien la population et son environnement; mais l'objectif véritable, ce n'étaient pas les habitants, ni les habitations, c'était l'industrie ennemie elle-même: les attaques étaient destinées à ébranler la volonté et la capacité de travail des ouvriers, par la destruction de leurs maisons et des installations des services publics: gaz, électricité, transports. D'où cette trouvaille: la notion d'«attaques contre le *moral industriel*». “Area bombing of town centres was an attack upon industrial morale, but it was also and in its main aim an attack on industry itself”³⁶.

La directive du ministère de l'Air du 29 octobre 1942 prouve que, contrairement à une partie de la doctrine, le gouvernement britannique ne considérait point la stratégie contre-villes comme une pratique qui tirerait sa licéité de l'évolution des conditions socio-politiques et économiques de la guerre ainsi que des possibilités et limites opérationnelles de l'aviation de bombardement. La directive admettait implicitement, mais sans équivoque, que cette pratique se plaçait hors du droit. Elle prescrivait les règles applicables aux bombardements stratégiques effectués dans les *territoires*

³⁴ The U.S. Strategic Bombing Survey. The Effects of Strategic Bombing on Japanese Morale. June 1947, p. 9.

³⁵ W/F, vol. IV, p. 144.

³⁶ W/F, vol. III, p. 56.

occupés de l'Europe occidentale³⁷. Il y était rappelé que le bombardement devait être limité aux objectifs militaires; l'attaque délibérée des populations civiles comme telles était interdite; les objectifs devaient être identifiables. L'attaque devait être exécutée avec des précautions raisonnables pour éviter des pertes exagérées (*undue losses*) parmi la population civile à proximité de l'objectif. En cas de doute quant à la possibilité d'attaquer l'objectif avec précision, ou si une erreur importante devait impliquer le risque de causer de sérieux dommages à une zone peuplée, on devait renoncer à l'attaque. Les objectifs militaires étaient définis de façon assez large, incluant toutes industries, toutes sources d'énergie ou tous moyens de transport essentiels pour l'activité militaire. Finalement, la directive précisait qu'aucune de ces règles ne devait s'appliquer aux opérations aériennes contre les territoires allemand, italien et japonais, car «en conséquence de l'adoption par l'ennemi d'un système de guerre aérienne sans restriction, le Cabinet a autorisé une politique de bombardement qui comprend l'attaque du moral de l'ennemi»³⁸.

Ainsi, le texte national relatif aux bombardements stratégiques qui s'est rapproché le plus de la réglementation que devait adopter trente-cinq ans plus tard la Conférence diplomatique de Genève date du milieu de la guerre, et il émane de la puissance qui a créé et poussé au maximum la pratique du bombardement de zone³⁹. Mais ce texte n'était applicable qu'aux attaques contre des objectifs dans les territoires alliés occupés⁴⁰. Deux remarques s'imposent au sujet de cette directive. 1° La phrase finale fondait la non-applicabilité des règles énoncées au bombardement des territoires ennemis (au pluriel) sur l'adoption par l'ennemi (au singulier: il s'agissait de l'Allemagne) d'une politique de guerre aérienne sans restriction; implicitement, cette non-application était présentée, et justifiée, comme étant une mesure de *représailles*. – 2° Quoique la directive ait été inspirée par des motifs politiques, il est clair qu'il ne s'agissait pas, dans l'esprit du ministère, d'un code de règles de conduite relevant de l'opportunité et de la convenance, mais bien de règles de droit. Cela résulte du rappel des «trois principes de droit international» de Chamberlain ainsi que de la

³⁷ C/C, vol. II, p. 240; la directive n'y est pas reproduite mais résumée par les auteurs.

³⁸ Le passage entre guillemets est une citation, par C/C, du texte de la directive.

³⁹ La directive s'appliquait également aux forces aériennes américaines stationnées en Grande-Bretagne.

⁴⁰ Une phrase visait la petite fraction du territoire national britannique occupée par la Wehrmacht: "Special consideration was to be given to the Channel Islands, should attacks on enemy installations there become necessary".

référence faite aux Conventions de Genève. Il faut par conséquent lire la phrase finale comme qualifiant aussi bien la méthode de guerre aérienne reprochée à l'Allemagne que la *bombing policy* arrêtée par le gouvernement britannique, et notamment la pratique du bombardement «contre-moral», d'actes en soi contraires au droit international.

En ce qui concerne, en l'occurrence, la justification historique de l'argument de représailles, il ne peut être question, dans le cadre de cet article, d'en examiner le fondement. Disons seulement qu'il nous paraît difficile de ne pas partager l'opinion du général Telford Taylor, qui, en sa qualité de procureur général près les Tribunaux militaires américains de Nuremberg, a écrit: "If the first badly bombed cities – Warsaw, Rotterdam, Belgrade, and London – suffered at the hands of the Germans and not the Allies, nonetheless the ruins of German and Japanese cities were the results not of reprisal but of deliberate policy"^{41, 42}.

Pour que la pratique du bombardement de zone pût être constitutive d'une *coutume*, la principale condition requise était la reconnaissance de cette pratique comme étant le droit (*opinio iuris*) ou, au moins, comme étant du droit en formation, autrement dit, comme étant pour le moins

⁴¹ Final Report to the Secretary of the Army on the Nuernberg War Crimes Trials under Control Council Law No. 10, by Telford Taylor, Brigadier General, U.S.A. Chief of Counsel for War Crimes (Washington, 15 August 1949), p. 65. – En revanche, nous récusons la conclusion que Taylor croyait devoir tirer de cette constatation, en terminant la phrase citée: "and bore eloquent witness that aerial bombardment of cities and factories has become a recognized part of modern warfare as carried on by all nations".

⁴² Rappelons qu'en 1944, J. M. Spaight, qui fut principal secrétaire adjoint au ministère de l'Air, a loué son gouvernement d'être entré, le premier, dans la voie des bombardements stratégiques, – en mai 1940, par quelques attaques isolées, tout à fait insignifiantes, mais, il est vrai, significatives, – «décision splendide», qu'il célébrait en ces termes: "It was heroic, as self-sacrificing as Russia's decision to adopt her policy of 'scorched earth'" (Bombing Vindicated [London 1944], pp. 58, 74.) En fait, la disproportion était criante entre le nombre des victimes civiles des bombardements britanniques en 1940 – au maximum un total de quelques centaines – et celui des victimes civiles des attaques de la Luftwaffe contre Londres, dont le total se montait, au 30 juin 1941, à 41 000 morts et 45 000 blessés (W/F, vol. IV, p. 258). Le passage à la méthode des attaques de nuit, excluant la discrimination, a bien été inauguré par la Luftwaffe. Force est de conclure que dans cette montée aux extrêmes de la violence, le premier pas – le franchissement du seuil formel du bombardement stratégique – a été accompli, en mai 1940, par les Anglais; le deuxième pas, décisif celui-là puisqu'il marquait le passage du seuil matériel du bombardement sans discrimination, par les Allemands (lesquels étaient de toute façon, même sans l'initiative prise par la R.A.F., décidés de bombarder Londres comme ils l'ont fait); le troisième pas, consistant dans la consécration du bombardement de zone, par les Anglo-Américains.

susceptible de devenir du droit généralement accepté, ce qui signifie: comme *méritant* de devenir du droit. Or, cette condition faisait défaut chez les auteurs mêmes de la pratique. Eussent-ils d'ailleurs proclamé cette reconnaissance, cela n'aurait pas suffi: ce n'eût été qu'une *prétention*, qui aurait eu besoin d'être ratifiée par un nombre suffisant d'autres Etats pour accéder à la qualité de coutume. Comme le prouve la directive du 29 octobre 1942, le gouvernement britannique s'est gardé d'élever pareille prétention. Bien mieux, dans les derniers mois de la guerre, ce gouvernement a manifesté, avec éclat, voire avec esclandre, sa réprobation de l'*area bombing*. Dans une note du 28 mars 1945 destinée au comité des chefs d'état-major et au chef de l'état-major de l'Air, le Premier ministre exposa que le moment lui semblait venu de revoir la question du bombardement des villes allemandes "simply for the sake of increasing the terror, though under other pretexts"⁴³. "The Foreign Secretary has spoken to me on this subject, and I feel the need for more precise concentration upon military objectives, such as oil and communications behind the immediate battle-zone, rather than on mere acts of terror and wanton destruction, however impressive". En critiquant, avec une grande sévérité, ce jugement, Webster et Frankland ont sans doute raison de rappeler la responsabilité de Churchill et de son gouvernement dans l'adoption de la politique des bombardements contre-moral, pratique que, concèdent-ils, «il n'est peut-être pas inexact de qualifier de *terror bombings*»⁴⁴. Le repentir n'en est que plus remarquable, même s'il a été déguisé sous des considérations d'intérêt égoïste: la crainte d'avoir à occuper un "utterly ruined land". A la suite de la protestation du chef de l'état-major de l'Air, Churchill dut retirer la note et en rédiger une nouvelle, moins susceptible d'offenser ses destinataires⁴⁵. Le premier texte n'en constitue pas moins un document historique, qui témoigne du malaise – pour ne pas dire plus – ressenti, tardivement, par le gouvernement britannique à l'égard des bombardements de destruction massive. La disgrâce – relative – du maréchal Harris, chef du Bomber Command, au lendemain de la guerre⁴⁶ en a été un autre signe.

⁴³ W/F, vol. III, p. 112.

⁴⁴ *Op. cit.*, p. 116.

⁴⁵ P. 117. – Sur cet incident, et sur le sort fait à Harris, voir également D. Irving, *La Destruction de Dresde* (13 février 1945) (trad. Paris 1964), pp. 280-286.

⁴⁶ W/F, vol. III, p. 284.

3. Jurisprudence

Les Etats victimes de bombardements sans discrimination étaient en droit de poursuivre pour crimes de guerre, sans attendre la fin des hostilités, les aviateurs tombés en leurs mains et convaincus d'avoir participé à des raids contre-population⁴⁷. Seul le Japon eut recours à ce moyen. Une loi édictée en août 1942 prévoyait des peines contre des aviateurs ennemis coupables d'attaques dirigées intentionnellement contre des personnes civiles ou contre des objectifs non militaires⁴⁸. Un certain nombre d'aviateurs américains ont été condamnés à mort en vertu de cette loi, et exécutés. Des officiers japonais ayant concouru à ces procès ont été condamnés, après 1945, par des tribunaux militaires américains. Le crime de guerre qui leur était reproché ne consistait pas dans le fait d'avoir appliqué la loi en question, dont la licéité internationale a été implicitement admise, mais dans celui d'avoir ordonné l'exécution des prisonniers sans les avoir fait bénéficier d'un procès régulier^{49, 50}.

Ni devant le Tribunal militaire international ni devant les Tribunaux

⁴⁷ Sous la réserve – importante – du problème de l'obéissance à l'ordre du supérieur, problème doublement difficile, à l'époque, à cause de l'incertitude du droit international en ce qui concerne, d'une part, la *légalité des ordres* en cause, et, d'autre part, la question de la *responsabilité des militaires en raison de l'exécution normale d'ordres* relatifs à des opérations s'inscrivant dans des plans stratégiques conçus par le commandement conformément aux décisions du gouvernement et dont l'illégalité n'était pas manifeste.

⁴⁸ Voir Law Reports of Trials of War Criminals, vol. V (London 1948), p. 67.

⁴⁹ Voir également International Military Tribunal for the Far East; Judgment, Tokyo, 1 November 1948, pp. 1025–1031.

⁵⁰ Responsables eux-mêmes du bombardement systématique sans discrimination de l'agglomération londonienne durant la bataille d'Angleterre, les Allemands n'ont pas suivi l'exemple japonais. Ils se sont contentés de ne pas prévenir ni réprimer – voire d'encourager – des actes de lynchage commis contre des aviateurs alliés par la population (ordre de Himmler aux chefs suprêmes de la police et des SS, 10 août 1943, doc. R-110, TMI, t. XXXVIII, p. 314; cf. motifs de la condamnation de Kaltenbrunner pour crimes de guerre, TMI, t. I, p. 311). A cet égard, une distinction a été faite entre, d'une part, les attaques considérées comme des actes de terrorisme, et, d'autre part, le bombardement stratégique sous toutes ses formes. Seules étaient «justiciables» de lynchage les aviateurs tenus pour coupables d'attaques de la première catégorie; s'ils échappaient au lynchage, ils étaient remis au S.D. (service de sécurité) pour être exécutés. Les actes qualifiés de terroristes étaient uniquement des attaques dirigées intentionnellement, avec des armes automatiques, contre des personnes civiles, des trains de passagers du trafic civil, des hôpitaux militaires ou civils ainsi que contre des trains sanitaires marqués de l'insigne de la croix-rouge (cf. lettre de Keitel du 15 juin 1944 au commandant en chef de l'armée de l'air: doc. PS-729, TMI, t. XXVI, p. 272).

militaires américains de Nuremberg, ni devant aucun autre tribunal militaire allié, des Allemands n'ont été jugés pour des actes de bombardement considérés comme contraires aux lois de la guerre⁵¹. Sous la forme d'un *obiter dictum*, tel ou tel des Tribunaux militaires américains a effleuré le sujet des bombardements stratégiques. Ainsi, le jugement dans l'affaire de l'*I.G. Farben* est allé jusqu'à excuser implicitement le bombardement des villes (catégorie de faits dont ce tribunal n'avait pas à connaître) en invoquant l'argument du changement de circonstances et celui de l'incertitude du droit positif en la matière⁵². Dans le *Hostage Case*, le Tribunal a affirmé: "The methods of warfare employed at Rotterdam, Warsaw, Belgrade, Coventry, and Pearl Harbor can aptly be said to provide the sources of the alleged modern theory of total war". Mais il conclut: "It is not our purpose to discuss the lawfulness of any of these events"⁵³. Ainsi que H. Lauterpacht l'a fait observer, l'attitude du TMI ne doit pas être interprétée comme signifiant nécessairement que le Tribunal ait considéré les bombardements sans discrimination comme licites; il peut avoir refusé de tenir les accusés pour pénalement responsables d'une méthode de guerre qui a été par la suite adoptée par les Alliés eux-mêmes "on a very extensive scale"⁵⁴.

Le jugement du Tribunal de district de Tokyo du 7 décembre 1963 dans l'affaire *Shimoda et al.* contre l'*Etat japonais*⁵⁵, dont l'objet était la question de l'indemnisation pour des dommages dus au lancement des bombes atomiques à Hiroshima et à Nagasaki, ne nous intéresse ici que dans la

⁵¹ Hersch Lauterpacht a écrit à tort que "the charge of indiscriminate bombing was included in the indictment of the German major war criminals before the IMT at Nuremberg" (International Law, vol. II [7e éd. London 1952], p. 529). Le passage en question de l'acte d'accusation – chef d'accusation n° 3 (crimes de guerre), VIII, G: «destruction sans raison (*wanton destruction*) de cités, villes et villages et dévastations non justifiées par les nécessités de la guerre», TMI, t. I, pp. 64–65 – visait exclusivement des destructions opérées par l'armée allemande ou les SS dans les territoires occupés.

⁵² Trials of War Criminals Before the Nuernberg Military Tribunals, vol. VIII (Washington 1952), p. 1138; passage repris presque textuellement de H. Lauterpacht, The Law of Nations and the Punishment of War Crimes, British Year Book of International Law 1944, pp. 58 et s. (p. 75).

⁵³ Trials ..., vol. XI (1950), p. 1317. Cf. The *Einsatzgruppen Case*, *ibid.*, vol. IV, pp. 466–467.

⁵⁴ *Op. cit. supra* note 51, p. 529, ajoutant, à juste titre, que "such a basis of exculpation is controversial".

⁵⁵ Traduction anglaise dans Japanese Annual of International Law 1964, pp. 212–252. Pour la traduction allemande de la partie principale du jugement, voir ZaöRV, vol. 24 (1964), pp. 711–733.

mesure où les motifs de la décision se rapportent aux règles du droit international applicables, à l'époque, au bombardement aérien stratégique⁵⁶. C'est en s'appuyant sur ces règles que le tribunal est arrivé à la conclusion que le bombardement des deux villes constituait une violation du droit en vigueur. Il s'est fondé en premier lieu sur les art. 22 et 24 des Règles de La Haye de 1923, qui avaient, selon lui, le caractère de règles de droit coutumier. L'emploi d'une bombe atomique, a-t-il déclaré, doit être assimilé au bombardement aérien aveugle, ou bombardement sans discrimination, d'une ville non défendue⁵⁷. Tout en admettant que l'évolution de la guerre ne permet pas de considérer la notion d'objectif militaire comme définitivement fixée et que les conditions de la guerre totale ont conduit à un élargissement de cette notion, le tribunal a déclaré que le principe de la distinction des objectifs militaires et des personnes et objets non militaires était demeuré intact. Quant au bombardement de zone, le tribunal a estimé que dans le cas où l'avantage militaire et la nécessité militaire dépassent en importance la proportion des dommages civils incidents, il n'est pas exclu que cette forme de bombardement doive être regardée comme licite, même si elle transgresse les bornes posées par le principe de la limitation des attaques aux objectifs militaires. En l'occurrence, cependant, les villes de Hiroshima et de Nagasaki ne constituaient pas des aires présentant une concentration d'objectifs militaires qui eût pu justifier l'application de la méthode du bombardement de zone⁵⁸.

4. La doctrine

Les auteurs n'ont pas peu contribué à l'incertitude touchant les règles de droit international applicables au bombardement aérien stratégique. Dès avant la seconde Guerre mondiale existait une école qui, sans aller jusqu'à épouser tous les présupposés et toutes les implications du douhetisme,

⁵⁶ Les arguments du gouvernement japonais, défendeur, tendant à justifier ou, au moins, à innocenter l'emploi des deux bombes, auraient pu être rédigés à Washington. La protestation adressée par le gouvernement de Tokyo, le 10 août 1945, au gouvernement américain, y lit-on, était une déclaration émanant d'un Etat en guerre: une «appréciation objective» du lancement des deux bombes atomiques ne conduit pas nécessairement à la même conclusion que celle exprimée dans la protestation d'alors (p. 713; le texte de cette dernière est reproduit *ibid.*, note 6).

⁵⁷ *Ibid.*, p. 721.

⁵⁸ P. 722. – Les demandeurs ont cependant été déboutés, pour des motifs tenant au droit international, général et particulier, relatif à l'indemnisation pour des dommages de guerre, d'origine délictuelle ou non délictuelle.

professait que l'idée et la réalité de la *guerre totale* devait fatalement modifier d'une manière profonde le droit de la guerre, en particulier dans le domaine de la «guerre aérienne indépendante»⁵⁹. La notion de «*quasi-combattants*», lancée par Spaight en 1930, séduisit maints juristes. Selon cet auteur, non seulement les ouvriers des usines d'armements, mais encore ceux des industries métallurgiques, des usines d'aviation et d'automobiles ainsi que des raffineries de pétrole devaient, en tant que «quasi-combattants», être réputés cibles légales. «The person who makes the killing machine is more dangerous than the soldier or sailor who uses it, for he has the skill to multiply the instruments of killing which the latter uses»⁶⁰. «Quoique personnes civiles, ces ouvriers ne peuvent être considérés comme des non-combattants durant le temps de leur travail». Spaight insistait sur cette dernière restriction en précisant que les habitations de ces «quasi-combattants» ne devaient «pas être considérées comme des objectifs légitimes».

Le vice essentiel de la notion de «quasi-combattants» réside dans la confusion qu'elle renferme entre *victimes licites* et *objectifs licites*. En bonne théorie et en droit positif, les «quasi-combattants» sont des personnes civiles, purement et simplement. A aucun moment et en aucun endroit, ni sous aucun prétexte, ces personnes ne peuvent être des *objectifs* de bombardement. Mais si leur mort est le résultat incident d'attaques dirigées contre leurs lieux de travail, lesquels constituent par définition des objectifs militaires, ce seront alors des victimes civiles licites⁶¹. La notion de «quasi-combattants» n'est pas seulement inutile; elle est illogique. Mais elle est

⁵⁹ Voir, par exemple, M. W. Royse, *Aerial Bombardment and the International Regulation of Warfare* (New York 1928), pp. 140–141; N. Sloutzki, *Les combattants et les non-combattants dans les guerres modernes*, *Revue de droit international et de législation comparée* 1928, pp. 346–358 (pp. 355–56); E. C. Stowell, *International Law* (New York 1931), p. 525.

⁶⁰ J. M. Spaight, *Air Power and the Cities* (London 1930), p. 151. Cf., dans le même sens, M. Sibert, *Les bombardements aériens et la protection des populations civiles*, *RGDIP* 1930, pp. 621 ss. (p. 643).

⁶¹ A un point de vue cependant, les personnes civiles employées dans des établissements constituant des objectifs militaires sont, pendant qu'ils séjournent dans l'enceinte de ces établissements, traitées différemment par le droit que la population civile se trouvant à l'extérieur de ces lieux. Considérées comme faisant corps avec l'objectif militaire, ces personnes n'entrent pas dans le calcul des «pertes en vies humaines dans la population (et) des blessures aux personnes civiles», susceptibles d'être causées incidemment, dont le caractère «excessif par rapport à l'avantage militaire concret et direct attendu» serait constitutif d'une attaque sans discrimination: art. 51, § 5, *b* du Protocole I. Cela s'applique aussi à l'art. 57, § 2, *a* (iii): obligation de s'abstenir de lancer une

surtout pernicieuse parce que, comme l'expérience de la seconde Guerre mondiale l'a montré, la distinction entre travailleurs *cibles licites dans les usines mais protégés chez eux* ne résiste pas à la pression de ceux pour qui le «moral industriel» constitue un objectif permis. Spaight lui-même n'a pas manqué de glisser de sa notion de «quasi-combattants» à l'idée que les villes industrielles – contenant l'habitat ouvrier dont, en 1930, il avait affirmé l'immunité d'attaque – devaient être considérées comme des *zones de combat*. Dans un livre publié en 1944, alors qu'il occupait un poste élevé au ministère de l'Air, il expliquait que les grandes agglomérations urbaines, siège des industries d'armements, sont en fait des *"battle-areas"*. "The making of arms is war-making. An enemy would be failing in his duty to his own country if he did not try to interrupt it. He is entitled to do so by striking at the battle-towns"⁶².

Dans ce même ouvrage, il résumait l'apologie du bombardement de zone dans cette phrase: "The bomber is the saver of civilisation"⁶³. Invoquant d'une part un argument d'ordre militaire et, d'autre part, un argument d'ordre moral, il cherchait à démontrer la nécessité technique et la justification politique de l'*area bombing*. L'argument d'ordre opérationnel: «Le bombardement de zone, par grosses bombes, a été la réponse adéquate à l'intensification de la défense anti-aérienne allemande, qui rendait impossible et inefficace le bombardement de précision»⁶⁴. L'argument politico-moral: «Je crois fermement que la civilisation aurait été détruite s'il n'y

attaque, et *b*: obligation d'annuler ou d'interrompre une attaque. – Cf. dans le même sens, en substance: A. Euler, *Die Atomwaffe im Luftkriegsrecht* (Köln, Berlin 1960), p. 59.

⁶² Bombing Vindicated, *op. cit. supra* note 42, p. 78; cf. *id.*, Air Power and War Rights, *op. cit. supra* note 30, pp. 261–263. – Parmi les auteurs favorables à l'idée de différenciation des personnes civiles, il faut citer A. Meyer, *Völkerrechtlicher Schutz der friedlichen Personen und Sachen gegen Luftangriffe. Das geltende Kriegsrecht* (Königsberg, Berlin 1935), pp. 82, 106; La protection par le droit des gens de la population civile contre les attaques aériennes, *Revue de droit international*, t. XXIII (1939), pp. 108–137 (p. 120); H. Lauterpacht – avec des nuances –, *op. cit. supra* note 51, p. 525; et surtout J. Stone, *Legal Controls of International Conflict* (London, New York 1954), pp. 628–629. – Le concept de *"battle-towns"* a été accueilli, sous l'appellation de «villes stratégiques», par Ming-Min Pen, *Les bombardements aériens et la population civile depuis la seconde guerre mondiale: La bombe atomique*, *Revue générale de l'Air* 1952, pp. 302 et s. Selon cet auteur, le «bombardement d'aire d'une ville» n'est licite que s'il s'agit de «villes stratégiques», définies comme «centres importants industriels, militaires et politiques, dont la destruction partielle ou totale est indispensable à la poursuite d'un but direct et immédiat de la guerre» (p. 304).

⁶³ Bombing Vindicated, p. 7.

⁶⁴ *Ibid.*, pp. 97–98.

avait pas eu de bombardement au cours de cette guerre»⁶⁵. Il continua à soutenir cette opinion en 1947. Les pertes en vies humaines subies par la population civile, et qui étaient un résultat incident, ni recherché ni voulu, "must be held to have been justified by the 'proportionate cause' which was at stake. This was the ending of the regime responsible for the horrors of Buchenwald, Belsen, Dachau, etc."⁶⁶.

Après la seconde Guerre mondiale, la thèse de la *désuétude* du principe de l'immunité d'attaque de la population civile a été soutenue notamment par Taylor⁶⁷, Jessup⁶⁸, Le Goff⁶⁹, O'Brien⁷⁰ et Schwarzenberger⁷¹. Selon Giraud, ce principe a été *aboli par la coutume*, les

⁶⁵ *Ibid.*, p. 7.

⁶⁶ Air Power and War Rights, *op. cit. supra* note 30, p. 272. Un an plus tard, son jugement fut plus réservé: "Precept was unexceptionable, but whether practice invariably conformed to it is less certain" (The Atomic Problem [London 1948], pp. 16-17). Dans une conférence faite en 1954 devant un auditoire d'officiers, ce n'était plus seulement la réserve, mais la réprobation qui transparaissait (Weapons of Mass Destruction, Journal of the Royal United Services Institution, February 1954).

L'argument de la justification du recours à des moyens de guerre illicites par l'excellence de la *cause*, ou du *but de guerre*, est classique. Voir par exemple Frankland, *op. cit. supra* note 25: "Surely the morality must be determined by the war aim and not by the particular arm which is pursuing it ... [I]t seems that the two most important considerations are first the causes for which the war is being fought and the nature of the enemy, for the means adopted must be in scale with the ends sought, and secondly, the range of available alternatives, for the amount of destruction must be the minimum compatible with the achievement of the aim" (pp. 112-113). A l'encontre de l'idée qui sous-tend cet argument, il faut maintenir que le droit de la guerre ne prend pas en compte les fins poursuivies par les parties, ni la «nature de l'ennemi». Aux finalités, par définition particulières et antagonistes, des belligérants, il oppose sa propre finalité, qui est universelle et unissante, étant celle de l'humanité. Ce n'est qu'en refusant de prendre en compte les finalités des parties au conflit et en se bornant à réglementer les *moyens* de guerre qu'il est à même de remplir sa fonction de civilisation.

⁶⁷ Le droit pénal international et la guerre atomique, Revue de droit international, de science diplomatique et politique 1951, pp. 1 et s. (p. 10).

⁶⁸ A Modern Law of Nations (New York 1950), p. 215, allant jusqu'à envisager l'"indiscriminate killing of civilians" dans une action coercitive entreprise par les Nations Unies contre un Etat agresseur.

⁶⁹ Manuel de droit aérien (Droit public) (Paris 1954), pp. 455-456.

⁷⁰ Legitimate Military Necessity in Nuclear War, World Polity, vol. II (1960), pp. 35-120 (pp. 85-86); Biological/Chemical Warfare and the International Law of War, Georgetown Law Journal, vol. 51 (1962), pp. 1 et s. (p. 40); Nuclear War, Deterrence and Morality (Westminster, New York 1967), p. 30.

⁷¹ Report on Self-Defence under the Charter of the U.N. and the Use of Prohibited Weapons, International Law Association, Report of the 50th Conference, Brussels 1962, pp. 192 et s. (pp. 217-218); International Law, vol. II (London 1958), pp.

gouvernements ayant «affirmé par leur comportement et par des déclarations non équivoques leur position négative à l'égard des anciennes règles de droit»⁷². Nous avons montré plus haut que si le comportement des belligérants au cours de la seconde Guerre mondiale allait effectivement dans le sens de la non-discrimination, il n'est pas exact que leurs déclarations aient été «non équivoques»; certaines d'entre elles, comme la directive britannique d'octobre 1942, admettaient implicitement le maintien du principe de discrimination, et les règlements militaires publiés après 1945 réaffirment, avec plus ou moins de netteté, la validité de ce principe. Aussi, avons-nous conclu, faute d'*opinio iuris* et de *consensus omnium*, la prétendue règle coutumière abrogative n'a-t-elle pu se former⁷³.

5. Le fondement du principe de l'immunité civile

Une des causes des erreurs qui ont été professées en cette matière consiste dans une réflexion insuffisante touchant le fondement du principe de l'immunité d'attaque des personnes civiles et des biens civils. Or, c'est la conception de ce fondement qui commande l'étendue du principe de l'im-

157–158. – G. Schwarzenberger a fondé sa démonstration sur une interprétation erronée de l'art. 14 de la IV^e CG, relatif aux zones sanitaires et de sécurité, de l'art. 4 du projet d'accord concernant ces zones, annexé à la convention, ainsi que de l'art. 8 de la Convention de La Haye de 1954 pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé. L'énumération des objets mentionnés dans ces textes et dont les zones sanitaires et de sécurité ou les biens culturels bénéficiant d'une protection spéciale doivent être éloignés ou démunis ne pouvait en aucune façon être assimilée à une définition des objectifs militaires, ni à une légalisation implicite du bombardement de zone (comme le prétend H. DeSaussure, *Belligerent Air Operations and the 1977 Geneva Protocol I*, *Annales de Droit aérien et spatial*, vol. IV (1979), pp. 459–481 (p. 466).

⁷² *Annuaire IDI*, vol. 52 (1967 II), p. 112. Cf., dans le même sens, DeSaussure, *loc. cit.*, p. 481.

⁷³ En 1971, Mme Bindschedler-Robert tirait de l'état du droit international relatif à cette question la conclusion suivante: "However, if a rule limiting the freedom of action of states begins to be questioned as obsolete, and is not replaced by another limitative rule, the doubt concerning the existence of the *opinio juris*, or even the affirmation of another *opinio juris* by certain states, may make the validity of the rule at least dubious. The negative proof of the non-emergence of a different *opinio juris* is not sufficient to confirm its validity" (*A Reconsideration of the Law of Armed Conflicts*, dans: *Report of the Conference on Contemporary Problems of the Law of Armed Conflicts*, Geneva: 15–20 September 1969 [New York 1971], pp. 3–61 [pp. 19–20]). A l'époque, ces remarques étaient exactes. Elles ne le sont plus après l'adoption du Protocole I – sous la réserve touchant l'emploi des armes nucléaires (*supra*, note 4) –, même si ce traité ne devait pas être ratifié par certaines grandes puissances.

munité civile: c'est lui qui détermine les limites de la définition des objectifs militaires et trace ainsi *les limites de la limitation* que cette définition peut légitimement imposer au principe de l'immunité d'attaque des personnes civiles et des biens civils. L'idée généralement mise en avant, selon laquelle cette immunité serait fondée sur le caractère *innocent* des personnes civiles n'est pas pertinente, sans parler du fait qu'elle est impuissante à fonder le principe de l'immunité des *biens* civils. Même employé dans le sens d'*inoffensif*, le mot «innocent» n'est jamais entièrement dépouillé d'une coloration morale. Le soldat n'est pas moins innocent, moralement, que le sont sa mère, sa femme et ses enfants. Il est une cible licite, non pas à cause de son défaut d'innocence, mais en vertu de son *statut* selon le droit de la guerre: il fait partie des «forces» définies par le droit international, c'est-à-dire du corps social auquel est confiée, selon les règles de son Etat national conformes aux normes du droit international, la fonction d'exécuter les tâches guerrières d'attaque et de défense. De cette fonction légale découle le caractère exclusif de sa double qualité de sujet actif et passif d'actes de guerre. Pas plus que l'innocence ou la non-innocence au sens moral, l'*innocuité* n'est propre à fonder un critère distinctif. Il est parfaitement vrai que des civils peuvent, par leur activité dans le domaine industriel, économique ou politique, être aussi ou plus nuisibles à l'ennemi que des soldats. Ils n'en font pas moins partie de la population civile, couverte par l'immunité d'attaque directe.

Le véritable fondement de l'immunité civile est de nature objective. Il réside dans la *nécessité* de ce principe, dans ce qu'on pourrait appeler la nécessité du long terme, la nécessité de l'outre-guerre, ou tout simplement la *nécessité civile*. Il ne faut pas entendre cette dernière expression dans un sens polémique, comme s'opposant à la nécessité militaire, correctement comprise. Car le principe de l'immunité civile concède à la nécessité militaire ce que celle-ci est en droit d'exiger. Il en est ainsi notamment de la proportion, techniquement inévitable et répondant aux conditions limitatives précisées aux art. 51 et 57 du Protocole, des victimes civiles incidentes et des dommages incidents causés aux biens civils. Ainsi délimité, mais appliqué intégralement, le principe de l'immunité des personnes civiles représente une barrière indispensable, qui, grâce à sa nature de *seuil reconnaissable*, constitue l'unique moyen mettant la civilisation en mesure de survivre, en résistant à la destructivité, potentiellement illimitée, de la guerre moderne.

II. La définition des objectifs militaires dans le Protocole I

1. La notion d'objectif militaire

La notion de *moyens de guerre* et celle d'*objectifs militaires* sont les deux notions centrales du droit de la guerre. Elles commandent la nature, l'étendue et l'intensité de la violence permise. C'est dire qu'elles constituent des éléments obligatoires de la stratégie militaire. La notion d'objectifs militaires sert à désigner, et donc à délimiter, les personnes et les biens qui peuvent, dans une guerre, être légalement l'objet d'actes de violence, offensifs ou défensifs⁷⁴. En accord avec l'usage général, le Protocole I emploie l'expression «objectifs militaires» comme synonyme d'*objets licites d'attaques directes* (cf. art. 48, *in fine*). Cette synonymie ne doit cependant pas être entendue dans le sens d'une équation. La fonction de la notion d'objectifs militaires, la fonction normative de la définition des objectifs militaires, est double. Elle consiste en premier lieu dans la protection des personnes civiles et des biens civils contre des attaques qui les viseraient directement. Mais en définissant les cibles licites d'attaques, le droit protège aussi les personnes civiles et les biens civils contre les effets incidents liés aux attaques contre des objectifs militaires (effets désignés dans le langage militaire par l'appellation pudique de «dommages collatéraux»). En resserrant la définition des objectifs militaires, le Protocole a réduit le nombre des causes légales possibles de pertes et de dommages civils indirects.

2. Régime unique des attaques

L'art. 49 (cité plus haut, note 1) a aboli plusieurs distinctions que connaissait le droit antérieur relatif aux bombardements: distinction entre bombardement de destruction et bombardement d'occupation, distinction découlant de celle faite entre villes, villages, habitations et bâtiments

⁷⁴ A l'art. 48, le terme «objectifs militaires» est utilisé dans la même phrase à la fois au sens étroit, visant seulement des biens matériels, et au sens large, désignant l'ensemble des objets licites d'attaques, englobant des personnes – les combattants – et des biens. Il en est de même à l'art. 52, § 2, dont la première phrase désigne sous l'expression «objectifs militaires» des personnes et des objets, tandis que la deuxième phrase, contenant la définition des objectifs militaires au sens étroit (et habituel), s'applique aux choses. Dans le sens large doit aussi être comprise l'expression «objectif militaire déterminé» à l'art. 51, § 4, *a* et *b*, et également, en principe, l'expression «objectifs militaires» au par. 5, *a*; sur ce dernier point, voir cependant *infra*, n° 2.

«défendus» et ceux qui ne sont pas défendus (art. 25 RLH)⁷⁵; distinction entre le bombardement dit tactique et le bombardement dit stratégique, distinction identique ou correspondant à celle entre le bombardement dans la zone de combat ou dans son voisinage immédiat et le bombardement dirigé contre des objectifs situés à l'arrière ennemi.

L'art. 25 RLH⁷⁶ a toujours été interprété comme permettant *a contrario* le bombardement de *localités défendues* sans discriminer entre objectifs militaires et personnes et biens civils. La définition unitaire des attaques à l'art. 49 du Protocole est venue mettre fin à la situation juridique particulière de ces localités, situation caractérisée par l'absence totale de protection de la population. La règle fondamentale de l'art. 52, § 2: «Les attaques doivent être strictement limitées aux objectifs militaires» s'applique également aux lieux défendus. Cependant, il est clair que la population de ces derniers est exposée à subir les risques inhérents au combat dont ces localités sont l'objet. Par définition, celles-ci contiennent des combattants et des armes, les uns et les autres camouflés et mobiles. Sans forcer la lettre ni l'esprit de la définition des objectifs militaires à l'art. 52, § 2, il semble permis, dans certains cas tout au moins, de considérer toute l'étendue de l'agglomération effectivement défendue par des forces terrestres comme un objectif militaire unique⁷⁷. Aussi l'ubiquité des forces défendant la ville rend-elle impossible d'appliquer littéralement l'interdiction des attaques

⁷⁵ Sur ces notions et sur l'interprétation de l'art. 25 RLH, voir K. Ipsen, Die »offene Stadt« und die Schutzzonen des Genfer Rechts, dans: Beiträge zur Weiterentwicklung des humanitären Völkerrechts für bewaffnete Konflikte (hrsg. von D. Fleck) (Hamburg 1973), pp. 140–196; W.-R. Born, Die offene Stadt, Schutzzonen und Guerillakämpfer. Regelungen zum Schutz der Zivilbevölkerung in Kriegszeiten (Berlin 1978), pp. 29–45. Sur la notion de «localités non défendues» au sens de l'art. 59 du Protocole, voir *infra*, n° 7.

⁷⁶ L'art. 49, § 3 du Protocole entraînera, pour les Etats parties à cet acte et à la IXe CLH, l'abrogation de ce dernier traité, dont l'art. 2, al. 1 donne aux objectifs militaires une définition beaucoup plus étroite que l'art. 52, § 2.

⁷⁷ Historiquement et intrinsèquement, la notion de villes défendues appartient à la guerre terrestre, et plus précisément aux opérations dont l'enjeu est la prise de la localité par l'assaillant. La *défense anti-aérienne d'une ville à l'arrière* contre des bombardements stratégiques ne fait pas de cette ville une «ville défendue», et encore moins la défense d'une région par l'aviation de chasse fait-elle de cette zone une «zone défendue», l'une et l'autre attaquables sans discrimination. Cette règle était incontestablement de droit positif déjà avant 1977. Si des auteurs alliés ont invoqué l'intensité des tirs de la D.C.A. allemande pour justifier la décision de recourir au bombardement de zone, cet argument se situait sur le terrain des faits et celui de l'efficacité ou de la nécessité militaires; il n'essayait pas de se baser sur la règle coutumière (ancienne) permettant l'attaque sans discrimination des localités défendues.

sans discrimination. Mais il s'agit là d'une question d'espèce et de mesure. Le droit de l'assaillant d'attaquer la localité défendue n'est pas illimité. Il trouve une première limite dans le principe de proportionnalité: l'envergure de ses attaques doit être en rapport avec la nature, le degré et l'étendue spatiale de la défense qui lui est opposée. Outre les dispositions de la I^{re} et de la IV^e CG relatives à la protection des unités et établissements sanitaires, des hôpitaux militaires et civils, des trains de blessés et de malades, l'attaquant sera tenu de respecter l'interdiction du bombardement «dont le but principal est de répandre la terreur parmi la population civile» (art. 51, § 2) ainsi que les règles formulées aux art. 53 à 56 concernant certaines catégories de biens spécialement protégés.

3. L'immunité de la population civile et des personnes civiles

Bien que résultant déjà de la «règle fondamentale» de l'art. 48, qui prescrit aux belligérants de faire en tout temps «la distinction entre la population civile et les combattants ainsi qu'entre les biens de caractère civil et les objectifs militaires et, par conséquent, (de) ne diriger leurs opérations que contre des objectifs militaires» (= personnes ou objets matériels), le principe de l'immunité de la population civile et des personnes civiles est réaffirmé à l'art. 51, § 2: «Ni la population civile en tant que telle ni les personnes civiles ne doivent être l'objet d'attaques». Lue à la lumière de la définition des personnes civiles à l'art. 50, § 1: «Est considérée comme civile toute personne n'appartenant pas à l'une des catégories visées à l'art. 4, A, (1), (2), (3) et (6) de la III^e Convention et à l'art. 43 du présent Protocole» et de celle de la population civile comme comprenant toutes les personnes civiles (art. 50, § 2), l'interdiction énoncée à l'art. 51, § 2 condamne implicitement mais clairement la théorie des «quasi-combattants» (*supra*, I, n° 4).

Le par. 3 de l'art. 50 soulève une difficulté: «La présence au sein de la population civile de personnes isolées ne répondant pas à la définition de personne civile ne prive pas cette population de sa qualité». *Quid* si le nombre des personnes ne répondant pas à la définition de personne civile – combattants réguliers, irréguliers, ou illégaux – et mélangées, fortuitement ou délibérément, à la population civile est tel que l'on ne peut parler raisonnablement de «personnes isolées»? Le paragraphe vise en fait principalement des combattants irréguliers: membres de mouvements de résistance selon l'art. 4, A (3) de la III^e CG ou de groupes armés et organisés remplissant les conditions de l'art. 43 du Protocole I, et des situations où la population civile se trouve dans la zone des opérations militaires. Mais la

règle s'applique aussi à la présence de membres des forces régulières au sein de la population des villes ou zones de l'arrière. Il va sans dire que, si dense qu'elle puisse être, la présence d'éléments non-civils ne fait jamais d'une agglomération une «localité défendue» au sens que nous venons de rappeler. Mais si cette présence ne permet pas de considérer la localité comme un objectif militaire unique, elle n'en constitue pas moins un rassemblement d'objectifs militaires, éparpillés et mouvants, dont l'adversaire ne disposera jamais d'informations suffisantes pour en déterminer la localisation exacte. C'est ce dernier facteur qui, même dans les cas où la présence de combattants au sein de la population n'est pas fortuite, empêche de comparer cette situation à celle visée au par. 7 de l'art. 51, lequel interdit aux belligérants d'utiliser la présence ou les mouvements de la population civile ou de personnes civiles pour mettre certains points ou certaines zones à l'abri d'opérations militaires, «notamment pour tenter de mettre des objectifs militaires à l'abri d'attaques». La violation des interdictions énoncées à ce paragraphe n'a pas pour effet d'empêcher l'autre partie d'attaquer les objectifs militaires, mais, stipule le par. 8, ne la dispense pas de ses «obligations juridiques à l'égard de la population civile et des personnes civiles, y compris l'obligation de prendre les mesures de précaution prévues par l'art. 57». La situation n'est sans doute pas identique dans la zone des opérations et à l'arrière. En tout cas, le bombardement stratégique d'une localité ne pourra jamais être justifié par la seule «présence au sein de la population civile» d'éléments non-civils.

La 2^e phrase de l'art. 51, § 2 – «Sont interdits les actes ou menaces de violence dont le but principal est de répandre la terreur parmi la population civile» – n'a de signification propre qu'en ce qui concerne l'interdiction des *menaces* de violence tendant à terroriser la population. Quant aux *actes* de violence contre la population, ils sont déjà interdits par la 1^{re} phrase de ce paragraphe, et ce *quel que soit leur but*. A-t-on voulu viser des actes qui ne tombent pas déjà sous l'interdiction des attaques dirigées contre des personnes ou des biens civils, actes qui seraient donc en soi licites mais qui seraient prohibés si leur but principal était de répandre la terreur parmi la population? Ce ne pourraient être que des attaques visant des objectifs militaires, personnels ou matériels. Or, s'agissant d'objets matériels, la destruction effectuée dans le but de terroriser la population civile ne procurerait pas à l'attaquant cet «avantage militaire précis» dont l'art. 52, § 2 fait un élément constitutif de la définition même de l'attaque. Partant, l'attaque d'un objet militaire dans le but de terroriser la population civile est déjà interdit en vertu de l'art. 52, § 2, en tant qu'attaque d'un objet qui n'entre pas dans la définition légale des objectifs militaires. Pour ce qui est de

l'attaque de cibles militaires personnelles, le Protocole I n'a ajouté aucune restriction nouvelle à celles prévues par le droit de la guerre antérieur et qui – en dehors de celles énoncées à l'art. 23 RLH – sont d'ailleurs peu claires. Mais on peut difficilement imaginer des opérations contre des éléments de l'armée ennemie dont le but principal serait de terroriser la population civile. Il faut donc conclure que, en ce qui concerne les actes de violence, l'interdiction formulée dans la phrase critiquée est – hormis, peut-être, le cas du bombardement tactique des localités défendues dont nous avons parlé plus haut (n° 2) – une redondance, au surplus peu opportune, parce que susceptible de donner lieu à des interprétations *a contrario*, erronées ou de mauvaise foi.

4. La protection des biens civils

L'*immunité* d'attaque des biens civils était de droit positif dès avant le Protocole I; mais ce principe n'était pas énoncé explicitement: il résultait indirectement du principe de la limitation du droit d'attaque aux objectifs militaires, et, implicitement, du libellé de l'art. 25 RLH. En formulant expressément le principe de la *protection* – et non pas seulement de l'immunité d'attaque directe – des biens civils, après celui de la protection des personnes civiles, mais dans les mêmes termes, en consacrant à la concrétisation et au développement de ce principe un chapitre entier, le Protocole I a conféré aux biens civils la dignité de *valeurs* civiles. Valeurs non pas au sens économique – qui est celui que revêt, par exemple, la notion de *propriété privée* dans le droit de la guerre navale et dans le droit de la neutralité –, mais au sens de valeurs humaines, de valeurs de civilisation. Ce ne sont pas seulement les habitations de la population civile qui sont protégées contre l'attaque directe et contre le risque de dommages incidents excessifs, mais c'est *l'habitat de l'homme*, avec toute la densité historique, culturelle et morale dont cette notion est chargée, qui fait l'objet de la protection⁷⁸. Ajoutons que la question de la *propriété, privée ou publique*, des «biens de caractère civil» est sans intérêt. L'art. 22 des Règles de La

⁷⁸ On ne comprend pas bien pourquoi le CICR, dans son projet du Protocole I, a choisi l'expression, maintenue par les rédacteurs de l'acte, de «biens de caractère civil», au lieu de dire simplement «biens civils». Le texte anglais porte “civilian objects”, expression dont la sécheresse semble contredire notre interprétation. Mais ce texte dit aussi “cultural objects” pour «biens culturels». Et il s'agit en effet d'*objets*. La qualité de *valeurs*, avec le pathos que nous n'hésitons pas d'attribuer, en l'espèce, à cette notion, ne tient pas au mot «biens», mais au rang qui est reconnu à ces objets dans le système de protection établi par le Protocole.

Haye de 1923 parlait encore du «bombardement aérien dans le but de détruire ou d'endommager la propriété privée sans caractère militaire». C'est qu'à l'époque on pensait que le fondement de l'immunité des biens civils devait être cherché dans le principe sacro-saint de la propriété privée⁷⁹.

5. Contenu de la définition des objectifs militaires (art. 52, § 2)

A. Méthode de définition

Conformément au projet du CICR, les rédacteurs du Protocole ont adopté la méthode de la définition abstraite, qui mérite en effet la préférence. Si la concrétisation de cette définition soulève inévitablement, en théorie et en pratique, des difficultés qui ne pourront manquer de donner lieu à des controverses, la méthode opposée, celle de l'énumération, présente des inconvénients théoriques et pratiques encore plus grands. Il est du reste peu probable qu'à la Conférence diplomatique un accord eût pu être réalisé sur une énumération exhaustive des catégories d'objets devant être rangées dans la classe des objectifs militaires. Les difficultés d'interprétation de la définition abstraite ne devraient normalement concerner que des catégories de biens se situant dans la bande grise qui marque la frontière, nécessairement floue, entre les biens civils incontestés et les biens qui sont civils par leur nature ou leur destination, mais qui peuvent entrer temporairement, pour toute la durée ou pendant une partie de la guerre, dans la classe des objectifs militaires. Mais il ne faut pas se tromper: le caractère marginal de ces cas litigieux concerne la place théorique des objets en question aux confins des biens civils et des objectifs militaires; en pratique, il peut s'agir de catégories de biens dont la subsumption sous l'une ou l'autre classe a une grande importance, soit en raison de la nature des biens en question et de leur fonction dans la vie économique, sociale et politique du pays belligérant, soit en raison du nombre et de la situation des biens concernés. Ce qui augmente encore la gravité de ces difficultés, c'est le fait que les contestations qu'elles engendrent ne sont pas susceptibles de solution au cours du conflit, les deux litigants étant à la fois juges et parties, et, en plus, exécuteurs de leur jugement.

⁷⁹ L'art. 53 de la IV^e CG a déjà mis fin, en ce qui concerne l'immunité des biens civils en territoire occupé, à la distinction entre propriété privée et propriété publique.

B. Objets matériels

Quoique compris dans l'expression «objectifs militaires» – et cela dans le paragraphe même qui contient la définition des objectifs militaires: art. 52, § 2, 1^{re} phrase –, les objectifs militaires *personnels* ne sont pas définis explicitement dans le Protocole I. Leur définition résulte indirectement de la définition des personnes civiles à l'art. 50, § 1, cité plus haut. Dans cette définition est sous-entendue la règle coutumière selon laquelle les combattants répondant aux conditions énoncées dans les dispositions mentionnées à l'art. 50, § 1 sont, en vertu de leur statut de sujets actifs exclusifs d'actes de violence guerrière également les sujets passifs exclusifs de ces actes. Ce sont donc uniquement des *biens* que l'art. 52, § 2, 2^e phrase considère comme des 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 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»⁸⁰.

Ce qui est désigné, dans ce texte, sous le nom de *biens* sont des objets matériels, des choses. Si la définition ignore des biens immatériels, c'est parce que le Protocole n'a en vue que des choses sujettes à être détruites ou endommagées. Le Protocole n'entend pas couvrir tout le droit de la guerre, et la définition des objectifs militaires prétend à l'exhaustion seulement en ce qui concerne les biens matériels. Elle laisse ouverte la question de savoir si le droit de la guerre admet des «objectifs» consistant dans des *biens immatériels*, biens que l'ennemi cherche à atteindre par des actes qui ne constituent pas des *attaques* au sens de l'art. 49, § 1. Il y a au moins un bien immatériel et une catégorie d'actes hostiles dirigés contre ce bien immatériel – à savoir le *commerce* ennemi – qui sont réservés, implicitement, dans une disposition du Protocole: l'art. 49, § 3, qui précise que les règles relatives à la protection des personnes civiles et des biens civils contre les effets des hostilités s'appliquent aux attaques navales contre des objectifs sur terre, «mais n'affectent pas autrement les règles du droit international applicable aux conflits armés sur mer». Par cette dernière expression (d'ailleurs mal choisie) sont visées non seulement les règles relatives aux hostilités sur mer, mais aussi celles qui concernent la guerre économique, laquelle connaît comme objectifs des biens immatériels. D'autres biens immatériels universellement considérés comme des objectifs licites relèvent de la guerre

⁸⁰ L'art. 52 a été adopté par 79 voix contre zéro, avec sept abstentions.

psychologique⁸¹. Le Protocole ne traite ni de celle-ci ni de celle-là. Cependant, s'il n'a pas légiféré en ces matières, il n'en a pas moins pris, en ce qui les concerne, un parti en formulant la définition des objectifs militaires, et ce parti, d'une grande importance pratique, s'impose aussi pour l'interprétation de la définition. Il consiste dans le refus de laisser la définition des objectifs militaires applicable aux *choses* – et aux *attaques* – contaminer par les règles ou les usages relatifs à la guerre navale, à la guerre économique et à la guerre psychologique.

C. Caractère non exhaustif de la définition

«En ce qui concerne les biens», dit l'art. 52, § 2, «les objectifs militaires sont limités aux biens qui...». Mais contrairement à ce qu'affirment ces mots, la définition qui les suit n'est pas exhaustive. Elle doit être complétée à l'aide de la définition – implicite – des objectifs militaires *personnels*. Ainsi, une caserne est un objectif militaire typique, qui n'est pourtant soumis à aucun des critères-conditions énoncés dans la définition. C'est que sa qualité d'objectif militaire est fondée sur la qualité légale des personnes qu'elle contient normalement: des combattants. Or ceux-ci constituent des cibles légales en tout temps et en tous lieux, et ils communiquent ce caractère aux bâtiments destinés à les abriter (tout comme les murs d'une usine d'armements reçoivent leur caractère d'objectifs militaires de ce qu'ils contiennent, le contenant et le contenu étant inséparables).

Une autre incorrection renfermée dans l'art. 52 est l'affirmation formulée à la 2^e phrase du par. 1.: «Sont biens de caractère civil tous les biens qui ne sont pas des objectifs militaires au sens du paragraphe 2». Cette phrase met en rapport deux notions qui, au point de vue sémantique, ne sont pas comparables. La notion de biens civils désigne une classe d'objets et une qualité, attachée à ces objets: le «caractère civil». La notion d'objectifs militaires désigne une classe d'objets auxquels sont associées deux qualités: le caractère militaire et la qualité d'objectif militaire. En laissant de côté la catégorie particulière d'objets militaires dont nous venons de parler à l'alinéa précédent et qui est ignorée aussi bien par la définition au par. 2 que par la phrase citée du par. 1 de l'art. 52, la qualité militaire des objets visés dans la définition consiste dans une certaine relation existant entre ces choses et leur détenteur, relation qui forme l'objet du premier critère de la définition: la *contribution effective à l'action militaire*. C'est lui qui fonde le caractère militaire de ces objets et les sépare de la classe des biens civils.

⁸¹ Voir *supra*, note 33.

Nous appelons ces biens des *objets militaires*. Les éléments de fait qui font de ces objets militaires des *objectifs militaires* sont extérieurs à ces biens et indépendants de leur détenteur; ils doivent être réalisés du côté de l'adversaire: ce sont le critère de l'*avantage militaire précis* offert par la destruction ou l'endommagement de l'objet militaire et le critère-condition qu'expriment les mots «*en l'occurrence*». Le fait que, dans un cas concret, ces deux critères ne soient pas réalisés ne saurait conférer à ces objets – contrairement à ce qu'implique la phrase critiquée du par. 1 – le caractère de biens civils, mais aura pour conséquence d'empêcher qu'ils deviennent, tant que durera cet état de choses, des objectifs militaires, des cibles licites.

D. Les critères de l'objectif militaire

L'idée directrice de la définition consiste à définir les objectifs militaires simultanément par la valeur militaire que représente l'objet en question pour le belligérant qui le détient et par la valeur militaire que représenterait pour l'adversaire la destruction totale ou partielle de cet objet. Les *trois critères* retenus par la définition sont donc:

- a) la valeur de l'objet en tant qu'apportant «une contribution effective à l'action militaire» de son détenteur;
- b) la condition que la destruction ou l'endommagement de l'objet offre à la partie adverse «un avantage militaire précis»;
- c) la condition que cet avantage soit apprécié par rapport aux circonstances concrètes: «en l'occurrence».

Les traits principaux qui caractérisent la définition et qui font son originalité, et en même temps sa difficultés, sont les suivants:

– Le caractère *mobile* de chacun des deux premiers critères, qui fait que le même objet peut constituer, selon l'évolution des hostilités, tantôt un objectif militaire, cible licite, tantôt un objet non attaquant, suivant qu'il remplit ou non, au moment considéré, cumulativement les trois critères-conditions.

– La place très large, voire déterminante, faite à la *subjectivité*. Les éléments de la définition désignés par les mots «contribution effective à l'action militaire» et «avantage militaire précis» ne sont pas de purs faits, mais contiennent déjà une part de subjectivité; leur évaluation objective est difficile en elle-même. Or, ici, l'évaluation, dont dépend la qualité d'objectif militaire du bien en question, et donc la licéité de l'attaque dirigée contre lui, est faite par les deux adversaires, à la fois juges et parties: l'attaquant est juge *et* de la contribution effective qu'apporte l'objet à l'action militaire de l'ennemi *et* de l'avantage militaire précis que la destruction ou l'endomma-

gement de cet objet est susceptible de lui offrir; le défenseur est juge de ces mêmes éléments, mais de son point de vue à lui.

– Troisième trait, lié aux précédents: Pour être en mesure de procéder à la double évaluation dont nous venons de parler, l'attaquant doit disposer d'*informations* précises, constamment à jour; mais le défenseur, lui aussi, pour pouvoir vérifier si l'attaque répond à la condition de l'avantage militaire précis, dans les circonstances du moment, doit posséder des informations concernant la situation militaire exacte de son adversaire. Cette information, de part et d'autre, doit porter non seulement sur la situation tactique de l'ennemi, mais sur ses *plans tactiques*, et même sur sa *stratégie*. N'est-ce pas supposer aux deux parties un véritable don de voyance?

L'énumération de ces traits généraux suffit pour montrer que la définition adoptée est d'une complexité qui, s'ajoutant aux difficultés immanentes à la méthode de définition abstraite, en rendra le maniement malaisé. L'examen des trois critères-conditions confirmera cette constatation. Emprisons-nous cependant d'ajouter, à l'encontre de certaines critiques adressées à l'acte de 1977, que cette complexité ne vient pas, pour l'essentiel, des faiblesses ou des obscurités de son langage, mais qu'elle est inhérente à la matière même qu'il s'agissait de soumettre au droit. Cette matière a atteint un stade de complexité qu'il n'est pas possible de traduire en préceptes simples et limpides.

a) «... apportent une contribution effective
à l'action militaire»

Il s'agit de l'action militaire du détenteur⁸² de l'objet. Les mots «effective», «action» et «militaire» doivent être compris au sens étroit, raisonnablement entendu. *Contribution effective* veut dire: contribution matérielle, concrète et directe. *Action militaire* s'entend de l'action offensive ou défensive et s'oppose aux notions, trop vagues et trop extensives, d'*effort* militaire ou de *potentiel* militaire⁸³. N'entrent pas dans la définition, par exemple, des biens dont la valeur consiste dans leur contribution effective au

⁸² Le détenteur n'est pas toujours le belligérant à qui appartient le territoire où se trouve l'objectif militaire; ce peut être une puissance occupante. Tout comme la question de la propriété publique ou privée, celle de la *nationalité* (y compris la nationalité neutre) du propriétaire de l'objet et celle de la *souveraineté légale* à l'égard du territoire abritant l'objectif sont sans pertinence. (Cf. art. 49, § 2).

⁸³ La comparaison avec d'autres expressions figurant dans le Protocole et désignant la relation entre une certaine *activité* et la guerre permet de cerner un peu mieux le sens de la formule «contribution effective à l'action militaire». Les activités visées supposent

fonctionnement de l'ordre politique, social et économique d'un belligérant, y compris son économie de guerre⁸⁴. Malgré leur caractère vital pour l'existence de l'Etat, ces biens n'apportent pas une *contribution effective à l'action militaire*. De même, ce critère exclut les installations des services publics d'utilité civile, tels que transports urbains, distribution de gaz, d'eau et d'électricité dans les villes, services dont le fonctionnement normal, par son influence sur la régularité et l'efficacité du travail des ouvriers, usagers de ces services, est d'une grande importance pour les industries de guerre; mais le rapport entre ces biens et l'action militaire est trop lointain et trop indirect pour permettre de dire qu'ils apportent une contribution effective à l'action militaire. (L'argument vaut aussi au sujet des deux autres critères; on y reviendra pas).

Lorsque la contribution d'un objet à l'action militaire résulte de sa nature ou de sa destination, la réalisation de la condition semble *a priori* acquise. Cependant, les objets susceptibles d'être qualifiés d'objectifs militaires en raison de leur *destination* peuvent poser un problème qui tient à l'élément de la condition visé par le mot *apportent*. Ce verbe au *présent* signifie-t-il que la contribution effective à l'action militaire doit exister, dans tous les cas, *présentement*, c'est-à-dire au moment de l'attaque? Ce problème est d'une importance pratique capitale en matière de bombardement stratégique. Le critère de la contribution effective à l'action militaire oblige-t-il un belligérant à limiter ses attaques aux "*forces in being*" et à

des *objets*, immobiliers ou mobiliers, ce qui autorise la comparaison avec le premier critère de la définition des objectifs militaires. D'abord une expression qui désigne une relation qui reste *en deçà* de ce qu'exige ce critère: l'art. 60, § 3, *d* parle, à propos des zones démilitarisées, d'«activité liée à l'effort militaire». En sens inverse, d'autres expressions sont plus restrictives que le critère de la contribution effective à l'action militaire: elles désignent un rapport avec l'action militaire que les biens *n'ont pas besoin d'atteindre* pour être qualifiés d'objectifs militaires: art. 59, § 2, *d*: «activité à l'appui d'opérations militaires»; à plus forte raison art. 56, § 2, *a*, *b* et *c*: «appui régulier, important et direct d'opérations militaires».

⁸⁴ Que les termes restrictifs dans lesquels le Protocole a défini les objectifs militaires ne peuvent empêcher des interprétations abusives, un auteur américain, juriste de l'Air Force, en a fourni la preuve. Il a soutenu que la définition des objectifs militaires à l'art. 47, § 1 du projet du Protocole I (devenu l'art. 52, § 2) serait assez élastique pour permettre la pratique des nordistes, au cours de la guerre de Sécession, de détruire le coton des confédérés. Quoique n'ayant pas de valeur militaire en lui-même, «le coton brut constituait le principal bien d'exportation du Sud, il était la source première de la presque-totalité de l'armement et des fournitures militaires des confédérés»; il apportait donc «une contribution effective à l'action militaire» et sa destruction offrait, en l'occurrence ("in the circumstances ruling at the time") un avantage militaire précis à

bombarder les installations militaires, les usines d'armements et leurs productions, les chantiers navals, bases navales, aérodromes, radars, pistes de lancement, raffineries de pétrole, etc. seulement au stade final de leur achèvement? L'argumentation *ad absurdo* condamne une telle interprétation. Elle n'est pas seulement déraisonnable, et hautement irréaliste, mais aussi contraire à la *ratio legis* de l'art. 52, § 2. Elle aboutirait en effet à protéger les objectifs militaires, à favoriser l'augmentation de leur nombre et de leur pouvoir destructeur, sans diminuer aucunement, en fin de compte, les risques courus par la population civile. Il faut donc entendre le présent *apportent* non pas au sens temporel, mais au sens de *causalité adéquate*⁸⁵, de causalité typique. Cette interprétation permet d'englober sous le critère de la contribution effective à l'action militaire, à tous les stades de leur création, des objets construits ou fabriqués aux fins d'une contribution effective à l'action militaire et indispensables à cette action, ainsi que les établissements où ces biens, ou des éléments essentiels de ces biens, sont produits⁸⁶.

L'expression «par leur emplacement» peut s'appliquer à des constructions⁸⁷ dont l'apport à l'action militaire du détenteur consiste uniquement dans les possibilités tactiques qu'elles lui offrent par leur situation.

l'Union. (Captain B. M. Carnahan, Protecting Civilians Under the Draft Geneva Protocol: A Preliminary Inquiry, Air Force Law Review, vol. 18 [1976], pp. 32–69 [pp. 47–48]). – Voilà une interprétation qui étend démesurément la signification de chacun des trois critères légaux des objectifs militaires. (Cette observation s'applique, comme l'interprétation rapportée elle-même, aux *attaques* visant les champs, les récoltes ou les entrepôts de coton, non pas aux mesures relevant du droit de la guerre navale: blocus, droit de prise, etc.).

⁸⁵ L'idée d'appliquer à la définition des objectifs militaires la théorie de la causalité adéquate a été développée par Meyer, *op. cit. supra* note 62, pp. 80 et s., et adoptée notamment par Spetzler, *op. cit. supra* note 21, pp. 181 et s.

⁸⁶ Le CICR, dans son projet de règles de 1956, avait adopté cette interprétation concernant les objets militaires dont la contribution effective à l'action militaire de leur détenteur est future, voire seulement éventuelle: cf. *infra*, sous c.

⁸⁷ Le terme «biens» à l'art. 52, § 1 et 2 s'entend-il seulement des biens faits par l'homme? Les choses naturelles, faits géographiques ou biologiques, sont-elles hors la loi de la guerre? Non. Deux des articles figurant dans le chapitre du Protocole intitulé «Biens de caractère civil» visent des biens naturels, soit des biens agricoles (qui sont, il est vrai, des biens naturels faits par l'homme et pour lui), soit des biens naturels sauvages: l'environnement naturel. Ce dernier est en outre formellement protégé par une disposition qui se trouve dans un des articles solennels du Protocole: l'art. 35, intitulé «Règles fondamentales» (relatives aux méthodes et moyens de guerre), dont le par. 3 interdit «d'utiliser des méthodes ou moyens de guerre qui sont conçus pour

b) «... dont la destruction totale ou partielle offre un avantage militaire précis»

Du point de vue logique, il est sans doute assez étrange que deux des trois critères de la définition des objectifs militaires doivent être réalisés, non pas dans les objets eux-mêmes ou chez leur détenteur, mais du côté de l'attaquant, et cela même s'il s'agit d'objets militaires. Cette particularité accentue le fait que la qualité d'objectif militaire d'un objet n'a pas un caractère fixe. Il en est d'abord ainsi, pour ce qui concerne les objets «mixtes», en vertu du premier critère: leur qualité d'objectif militaire est fonction de facteurs qui ne sont pas stables: la durée et le degré de leur utilisation à des fins militaires. Mais le caractère fluctuant de la qualité d'objectif tient surtout aux deux autres critères, celui de l'avantage militaire et celui qui est exprimé par les mots «en l'occurrence». Si et tant que ces deux critères ne se trouvent pas réalisés du côté de l'attaquant, un objet répondant au premier critère n'est pas un objectif militaire, sans devenir pour cela un bien civil. Il appartient à la classe de biens que nous avons appelés plus haut des *objets militaires*. A ces objets militaires, la qualité d'objectif militaire est attachée en tant que qualité virtuelle, qui deviendra actuelle dès que les deux autres critères-conditions seront remplis par l'attaquant. Il faut croire que ce procédé de définition a, malgré son apparent défaut logique, quelque chose d'obligatoire, puisqu'il caractérisait déjà les deux définitions proposées par des juristes: l'art. 24, 1^o des Règles de La Haye de 1923 et le par. 2 de la résolution d'Edimbourg de l'Institut de droit international.

A côté de la destruction, la définition mentionne la *capture* et la *neutralisation*. L'inclusion du premier terme n'a de sens que pour des biens mobiliers. S'agissant de biens immeubles, la «capture» suppose l'occupation du

causer, ou dont on peut attendre qu'ils causeront, des dommages étendus, durables et graves à l'environnement naturel». L'art. 55 prescrit de conduire les opérations «en veillant à protéger l'environnement naturel contre des dommages étendus, durables et graves. Cette protection inclut l'interdiction d'utiliser des méthodes ou moyens de guerre conçus pour causer ou dont on peut attendre qu'ils causent de tels dommages à l'environnement naturel, compromettant, de ce fait, la santé ou la survie de la population». Le membre de phrase *in fine* semble plus restrictif que le libellé de la même interdiction à l'art. 35, § 3. En réalité, il indique le fondement de la règle; c'est la raison pour laquelle, dans ce paragraphe, le mot *population*, relevant du long terme, n'est pas accompagné de l'adjectif qualificatif *civile*. Ajoutons à cela que la règle coutumière de l'interdiction des dévastations non justifiées par les nécessités militaires doit être considérée aujourd'hui comme protégeant aussi les choses naturelles.

lieu qui est le siège de l'objectif. Or l'occupation rend l'occupant physiquement maître de tous les biens, civils ou militaires, se trouvant sur la fraction de territoire qu'il occupe; les distinctions qu'il doit alors respecter relèvent, non pas de la définition des objectifs militaires, mais des règles de l'*occupatio bellica*. De toute façon, l'hypothèse est sans intérêt pour le bombardement stratégique. La *neutralisation* d'un objectif militaire peut être réalisée par une action de force ne comportant aucune destruction, ou des destructions très ponctuelles, par bombardement tactique ou – beaucoup plus rare parce que plus difficile – par bombardement stratégique, auxquels cas la neutralisation s'identifie avec la destruction partielle, dont elle peut être le but.

Dans l'expression «avantage militaire précis», l'adjectif *précis* ne sert pas à préciser cette notion⁸⁸, ce qui est impossible, mais à prescrire qu'elle doit être entendue dans le sens le plus restrictif qui soit compatible avec une interprétation raisonnable. Il est – relativement – plus facile d'indiquer ce que cette notion exclut que ce qu'elle comprend. Avantage *militaire* s'oppose à avantage *politique*. La guerre de Corée et celle du Vietnam ont offert deux exemples de bombardements effectués en vue d'un avantage non pas militaire mais politique. En mai 1952, las de voir les Coréens du Nord

⁸⁸ La notion remonte aux Règles de La Haye de 1923 (art. 24, 1°), où elle constituait l'unique critère figurant dans la définition générale de l'objectif militaire comme «un objectif dont la destruction totale ou partielle constituerait pour le belligérant un avantage militaire net» (*distinct military advantage*). La résolution d'Edimbourg de l'Institut de droit international parlait de l'«avantage militaire substantiel, concret et immédiat», tandis que le CICR, à l'art. 47, § 1 de son projet, avait choisi l'expression «avantage militaire direct et substantiel».

Le rapporteur du groupe de travail, dans son rapport à la Commission III, a écrit qu'«il a fallu un long débat avant d'aboutir à un accord sur le mot «précis» (*definite*) dans l'expression «un avantage militaire précis» (*definite military advantage*). Parmi les mots examinés et rejetés figurent les mots «distinct» (*distinct*), «direct» (*direct*), «net» (*clear*), «immédiat» (*immediate*), «évident» (*obvious*), «spécifique» (*specific*) et «substantiel» (*substantial*). Le Rapporteur ne voit pas très bien les raisons du choix qui a été fait» (Actes, vol. XV, p. 343).

Le rejet de certains de ces mots n'est cependant pas sans importance pour l'interprétation de l'expression retenue. Le fait, notamment, que l'adjectif «direct» a été écarté reçoit une signification concrète, d'une grande portée pratique, si l'on rappelle le passage suivant des «Commentaires» du CICR (octobre 1973), expliquant les raisons pour lesquelles il avait choisi ce mot: «Par *direct*, on se réfère au lien qui doit exister entre, d'une part, la destruction ou l'endommagement d'un objectif militaire et, d'autre part, les opérations en cours, selon que cette destruction ou cet endommagement est capable de les influencer ou non» (p. 64). La référence aux opérations en cours se trouve aussi dans le passage commentant le mot «substantiel». – Cf. la note 91 ci-dessous.

refuser de faire aboutir les négociations d'armistice, le président Truman autorisa le commandement à bombarder un vaste complexe hydro-électrique qui avait été jusqu'alors épargné, d'une part parce qu'il fournissait du courant électrique également à la Chine, dont on craignait l'intervention, et d'autre part parce qu'il s'agissait d'un bien essentiellement civil⁸⁹. Le bombardement était donc déjà illicite pour cette dernière raison. Mais même s'il s'agissait d'un objectif militaire, l'attaque serait aujourd'hui interdite selon l'art. 52, § 2, l'avantage recherché par l'attaquant, et l'unique avantage que les destructions causées étaient capables de lui offrir, n'étant pas militaire mais politique. L'autre exemple, ce sont les «bombardements de Noël» de 1972 contre Hanoi, décidés par Nixon à seule fin d'amener, ou de ramener, les Nord-Vietnamiens à la table de négociations en vue d'un règlement politique du conflit. Le but de ces attaques, a écrit Townsend Hoopes (ancien Principal Deputy Assistant Secretary of Defense for International Security Affairs, puis sous-secrétaire de l'Air Force), était politique. "It was to conduct terror-morale bombing"⁹⁰.

L'avantage militaire visé par la définition n'est pas nécessairement celui de l'attaquant lui-même: l'expression s'applique aussi à l'avantage militaire susceptible de profiter soit à une coalition dans son ensemble, soit spécialement à un allié de la puissance dont les forces effectuent l'attaque, ou à un cobelligérant. Dans ce dernier cas, il faut évidemment que la condition de l'avantage militaire précis, condition à laquelle, par hypothèse, l'attaquant

⁸⁹ Voir W. G. Hermes, *Truce Tent and Fighting Front* (Washington: Office of the Chief of Military History, U.S. Army, 1966), pp. 319-322.

⁹⁰ T. Hoopes, dans: P. T. Trooboff (éd.), *Law and Responsibility in Warfare. The Vietnam Experience* (Chapel Hill 1975), p. 140. Hoopes ne condamne pas d'une façon générale des attaques à but politique, même contre des biens civils, notamment lorsqu'elles ont pour but d'abrégier la guerre (p. 141). Cf., défendant les bombardements en question, N. R. Thorpe et J. R. Miles (tous deux officiers dans l'International Law Division of the U.S. Air Force Office of the Judge Advocate General), *ibid.*, pp. 145 et s. Selon eux, les bombardements, d'ailleurs dirigés contre des objectifs militaires, visaient à obtenir un «important avantage militaire»: ils étaient destinés – et aboutirent effectivement – à contraindre l'ennemi de consentir à un règlement négocié. – En sens opposé, voir H. DeSaussure and R. Glasser, *ibid.*, pp. 119 et s. Ces auteurs ont proposé d'ajouter à l'article du Protocole contenant la définition des objectifs militaires le paragraphe suivant: "Further, attacks for immediate and predominantly political purposes are unlawful" (p. 139). Mais selon l'art. 52, § 2, des attaques contre des biens non civils répondant au premier critère de la définition des objectifs militaires sont aussi interdites lorsqu'elles sont effectuées pour des buts politiques qui ne sont *pas* immédiats.

lui-même ne répond pas, ainsi que la condition «en l'occurrence» soient réalisées chez le bénéficiaire de l'attaque.

Entre l'avantage offert par la destruction ou l'endommagement de l'objectif et la valeur de ce dernier comme contribution effective à l'action militaire du défenseur, il existe un lien; mais celui-ci est d'ordre purement intellectuel. Il est impossible d'exiger une correspondance, et encore moins l'égalité de valeurs entre, d'une part, la contribution effective de l'objet à l'action militaire de son détenteur, et, d'autre part, l'avantage militaire résultant de la destruction de cet objet. Cela est impossible, d'abord, parce qu'il s'agit, d'un côté, d'un élément positif: la possession de l'objet et sa valeur comme facteur contribuant à l'action militaire de son détenteur, de l'autre côté, d'un élément négatif: l'anéantissement de l'objet et l'élimination du danger ou de l'obstacle qu'il constitue pour l'attaquant. Mais la comparaison est aussi exclue par l'impossibilité d'attribuer des valeurs chiffrées à l'une et à l'autre de ces deux éléments, dont chacun comporte une quantité de variables, d'ordre objectif et subjectif, en partie inconnues de l'adversaire, qui interdisent de mettre dans la balance la perte subie par le défenseur et l'avantage qu'en a retiré, ou qu'était susceptible d'en retirer, l'attaquant. Il y a plus. La définition n'exige pas que l'attaquant obtienne effectivement un avantage militaire grâce à la destruction de l'objet: «*offre un avantage militaire précis*», dit le texte, et non pas: *procure* un avantage⁹¹. C'est que le droit de la guerre ne peut avoir la prétention d'éliminer les aléas de la guerre. Aussi le fait – fût-il prouvable – que, en l'espèce, l'attaque d'un objectif déterminé n'ait en rien amélioré la situation militaire, tactique ou stratégique, de l'attaquant, qu'elle ne lui ait donc pas apporté un avantage militaire précis, ne rendrait pas cette attaque rétroactivement illégale. Il faut en effet convenir que le critère de l'avantage militaire perd beaucoup de sa valeur si l'on considère la difficulté dans laquelle – hormis le cas où l'avantage recherché n'est de toute évidence pas militaire mais politique – se trouve le défenseur de prouver que l'attaque d'un certain objet militaire ne répondait pas à ce critère-condition⁹². La non-réalisation d'un avantage militaire escompté, l'échec d'une opération, l'insuccès

⁹¹ L'opinion contraire est soutenue par Born, *op. cit. supra* note 75, p. 137: »Dieser Zusammenhang [entre la destruction de l'objectif et l'avantage militaire] muß an Hand der Auswirkungen auf die laufenden militärischen Operationen deutlich werden«.

⁹² Sans doute, selon l'économie de l'art. 52, § 2, c'est à l'attaquant de prouver que l'objet attaqué entrainait dans la définition des objectifs militaires. Il le prétendra toujours. Pour combattre cette prétention, le fardeau de la preuve retombe – injustement peut-être, mais fatalement – sur le défenseur.

d'une campagne prouvent tout au plus que, par rapport à cette opération ou à cette campagne, la destruction de tel objet militaire n'a pas procuré à l'attaquant un avantage militaire précis. Or, ce que le défenseur doit prouver pour établir l'illégalité de l'attaque, c'est que la destruction de l'objectif attaqué *n'offrait pas* en l'occurrence un avantage militaire précis. Ce n'est qu'assez rarement que cette preuve sera possible. Le fait que, par définition, il s'agit d'un objet qui apporte une contribution effective à l'action militaire de son détenteur crée une présomption – simple – en faveur de l'utilité qu'il y a pour l'autre partie, exposée à souffrir effectivement de cette action, de chercher à en éliminer l'instrument. Car en quoi consiste la contribution effective à l'action militaire, sinon dans sa capacité d'infliger des dommages à l'ennemi; dès lors, l'attaque visant à faire disparaître la source de ces dommages ne doit-elle pas dans tous les cas être supposée offrir un avantage militaire précis? Le défenseur sera beaucoup mieux armé pour combattre la présomption s'il est en mesure de démontrer que, en dépit de l'apparence, l'objet en question ne répondait pas au premier critère. Si cette voie est fermée, la preuve que, dans le cas concret, la condition de l'avantage militaire faisait défaut, est-elle rendue plus facile par la condition qu'expriment les mots «en l'occurrence»?

c) «... en l'occurrence»

Le critère-condition de l'avantage militaire précis est considéré comme réalisé seulement s'il répond à une condition supplémentaire, que le texte français et le texte anglais définissent en des termes différents: «en l'occurrence», “in the circumstances ruling at the time”. L'expression *en l'occurrence* a deux sens. Le premier est celui indiqué par la formule anglaise⁹³. Le second correspond à: «en l'espèce», ou «dans le cas concret», expressions dont la signification n'est pas limitée à l'élément temps. Cette différence n'a cependant guère d'intérêt pratique dans le contexte de l'art. 52, § 2: une attaque qui est interdite parce que, en l'espèce, dans le cas concret, la destruction de l'objectif militaire visé n'offrait pas un avantage militaire précis, est aussi illicite en vertu de la formule anglaise. Pratiquement donc, de ces deux formules, l'une n'interdit, ou ne permet, pas plus qu'interdit ou permet l'autre. Qu'exigent-elles au juste?

⁹³ Dans son projet de règles de 1956, le CICR employait, en français, la formule «dans les circonstances du moment» (art. 7, al. 3), formule reprise dans la résolution d'Edimbourg de l'Institut de droit international, mais qui fut remplacée, dans le projet du Protocole I (art. 47, § 1), par «en l'occurrence».

Elles exigent que, tout comme le critère de la contribution effective à l'action militaire, celui de l'avantage militaire précis soit apprécié non pas dans l'abstrait, ni dans la perspective d'événements militaires – et encore moins politiques – éventuels, hypothétiques, mais concrètement et par rapport aux circonstances existant à l'époque où la décision relative à l'attaque est prise. Nous rencontrons ici le même problème que nous avons déjà discuté en nous demandant si l'expression «contribution effective à l'action militaire» doit être entendue dans le sens de contribution *actuelle*. Les arguments qui nous ont conduit à répondre négativement à cette question valent aussi pour le critère de l'avantage militaire offert «en l'occurrence» par la destruction ou l'endommagement de l'objectif militaire dont il s'agit⁹⁴. L'avantage militaire précis que, selon la supputation raisonnable, faite sur la base d'informations sérieuses, la destruction ou l'endommagement de tel objectif militaire est susceptible d'offrir à l'attaquant, n'a pas à être immédiat, c'est-à-dire de nature à influencer sur les opérations en cours (lesquelles, peut-être, ne consistent, à l'époque considérée, que dans des bombardements stratégiques et dans des opérations navales). Une telle exigence reviendrait à proscrire toute une catégorie de bombardements stratégiques typiques: ceux qui se caractérisent précisément par le fait que l'avantage militaire qu'ils promettent est *futur*. Que l'art. 52, § 2 n'exclut pas des attaques qui n'offrent pas un avantage militaire précis actuel, rien ne le prouve mieux que la «liste des catégories d'objectifs militaires» qui accompagnait, à titre indicatif et d'illustration, la définition abstraite des objectifs militaires contenue dans le projet de règles du CICR de 1956. L'art. 7, al. 3 de ce texte précisait que, même s'ils appartiennent à une des catégories visées par la définition, des objets «ne peuvent être considérés comme objectifs militaires lorsque leur destruction totale ou partielle n'offre, dans les circonstances du moment, aucun avantage militaire». Or, parmi les catégories d'objectifs militaires énumérés figuraient «les installations constituant des centres d'études, d'expérimentation et de développement de moyens de guerre»⁹⁵, exemples typiques d'objets militaires qui, quant au moment de leur contribution effective à l'action militaire et à celui de l'avantage militaire précis que leur destruction ou leur endommagement est susceptible d'offrir à l'attaquant, renvoient à un terme futur, indéfini, voire – «études», «expérimentation» – incertain.

⁹⁴ Nous récusons donc l'avis de Born, *op. cit. supra* note 75, p. 138, selon lequel »die Beeinträchtigung des Gegners und der ihr entsprechende [avantage militaire] direkt zum Zeitpunkt der Zerstörung ... gegeben sein muß«.

⁹⁵ *Op. cit. supra* note 23, p. 71.

La difficulté pour le défenseur de prouver que, dans un cas donné, l'attaque d'un objectif militaire déterminé n'offrait pas à l'adversaire un avantage militaire précis est dans une certaine mesure facilitée par la condition supplémentaire qu'expriment les mots «en l'occurrence». Ce n'est pas seulement le cas des attaques à but politique, mais aussi de celles dont le résultat n'était, objectivement, susceptible d'offrir aucun avantage militaire imaginable, présent ou futur. Que l'on ait alors affaire à un conflit d'affirmations dont, durant les hostilités, nul juge ne pourra connaître, ce fait ne diminue pas la fonction normative du critère-condition «en l'occurrence». Celui-ci répond à trois buts: le but général du Protocole: limiter la violence, *même à l'encontre d'objets militaires* (il y a des attaques contre des objectifs militaires qui doivent être qualifiées de *wanton destruction*); le but qui forme l'un des objets spécifiques principaux du Protocole: limiter les *causes de dommages civils incidents*, même non «excessifs»; enfin, un but technique: marquer la distinction entre «catégories d'objectifs militaires» et *objectifs militaires individuels, concrets*.

E. Concrétisation de la définition: les «catégories d'objectifs militaires»

La concrétisation de la définition abstraite des objectifs militaires, qui est la tâche de la théorie et de la pratique militaires ainsi que de la doctrine juridique, passe par l'établissement de *listes de catégories d'objets* qui sont susceptibles d'entrer dans la définition. On parle habituellement de «catégories d'objectifs militaires». Cependant, cette notion recèle une problématique que la définition des objectifs militaires dans le projet de règles du CICR de 1956 permet de toucher du doigt. Cette définition, en effet, employait l'expression «catégories d'objectifs militaires», ce qui entraînait deux conséquences. Premièrement, une «liste des catégories d'objectifs militaires» était annexée à la réglementation. Deuxièmement, la définition était suivie d'une clause qui limitait considérablement la valeur de cette liste et de la notion même de «catégories d'objectifs militaires»: «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». Le Protocole non seulement n'emploie pas l'expression «catégories d'objectifs militaires», mais il rejette cette notion. La définition de l'art. 52, § 2 est centrée sur les *objectifs individuels*. Il s'ensuit que ceux, militaires ou juristes, qui, pour faciliter la compréhension et l'application de la définition abstraite, dressent des listes de «catégories d'objectifs militaires» typiques doivent être conscients du caractère ambigu de cette expression. Les «caté-

gories d'objectifs militaires» ne peuvent jamais être que des schèmes, sans aucun caractère normatif, désignant d'une façon abstraite des catégories d'objets qui entrent dans la définition légale *si, et seulement si*, dans chaque cas individuel, les trois critères-conditions – dont deux sont étrangers à ces objets et échappent par conséquent à la catégorisation! – se trouvent remplis.

La liste qui était annexée au projet de 1956 avait un caractère très – mais non excessivement – extensif, qui apparaît surtout si on la compare avec l'énumération sommaire que contenait l'art. 24, 2° des Règles de La Haye de 1923. A côté de biens dont le caractère militaire n'est pas controversable, étaient mentionnés: les lignes et moyens de communication «qui sont d'intérêt essentiellement militaire»; «les installations des stations de radio-diffusion et de télévision, les centres téléphoniques et télégraphiques d'intérêt essentiellement militaires»; les «industries d'un intérêt essentiel pour la conduite de la guerre»: fabrication d'armements, y compris des pièces accessoires, «et de tous autres moyens de guerre», de fournitures et de matériel de guerre, «les usines ou installations constituant d'autres centres de production et de fabrication essentielles pour la conduite de la guerre, telles que les industries métallurgiques, mécaniques, chimiques, de caractère ou à destination nettement militaire, les installations de dépôt et de transport essentiellement destinées aux industries précitées, les installations productrices d'énergie destinées essentiellement à la conduite de la guerre, telles que des exploitations de charbon, de carburants, d'énergie atomique, de même que des usines à gaz ou des installations d'énergie électrique ayant principalement une destination militaire».

Aucune des catégories énumérées n'est exclue, en tant que *catégorie*, par la définition de 1977. Celle-ci permet-elle une liste théorique plus extensive? Sur certains points, au sujet desquels la liste de 1956 était déjà discutée à l'époque, peut-être⁹⁶. Nous ne voudrions mentionner ici qu'un point qui revêt une importance particulière en raison de ses incidences directes et indirectes. Parmi les catégories d'objets de caractère purement militaire, la liste de 1956 citait «les ministères militaires (par exemple Guerre, Marine, Défense nationale, Armement), et autres organes de direction et d'administration militaire». Le CICR n'avait donc pas suivi les auteurs qui voulaient

⁹⁶ Ainsi on a soutenu qu'il fallait y ajouter les mines de fer et de certains métaux non ferreux; cela est sûrement vrai pour l'uranium. L'expression «exploitations de carburants» semble exclure, en amont, les gisements, mais comprend, en aval, les raffineries; elle englobe aussi – toujours sous la réserve de leur destination principalement militaire – les installations de production et de stockage de gaz naturel.

étendre la qualité d'objectifs militaires à d'autres ministères, dont ils considéraient les fonctions comme essentielles pour la conduite de la guerre; avis qui est partagé par les rédacteurs d'une publication du ministère fédéral allemand de la Défense: l'attaque des bâtiments du ministère de l'Intérieur et de celui des Transports y est déclarée licite⁹⁷. Cette opinion ne peut plus être défendue après l'adoption du Protocole. Il est vrai que parmi les fonctions exercées par ces deux ministères, plusieurs se rapportent directement à l'action militaire; considérée dans son ensemble, l'activité de ces ministères n'en garde pas moins un caractère civil. Il pourrait cependant en être autrement du ministère des Transports lorsque les opérations terrestres auront atteint une phase aiguë et se déroulent sur un vaste front.

L'art. 52, § 2 n'interdit pas, en principe, d'attribuer la qualité d'objectif militaire à un bâtiment ou un ensemble de bâtiments qui ne figure pas dans la liste de 1956: la résidence du chef de l'Etat (ou, selon le droit public de l'Etat considéré, du chef du gouvernement, ou encore du personnage jouant le rôle de chef d'Etat sans en porter le titre) investi de la fonction de commandant suprême des forces armées, ou de «chef des armées». Le problème est cependant plus complexe qu'il ne paraît. En tant que détenteur du commandement des forces armées, le chef de l'Etat (ou son homologue) a, bien qu'il ne fasse pas partie des forces, un caractère militaire éminent qui fait de lui un objectif militaire. Mais il est en même temps, et primordialement, le détenteur du pouvoir politique suprême. L'attaque contre le siège de la tête du gouvernement – Maison Blanche, Kremlin, Palais de l'Elysée, résidence du Premier ministre britannique, chancellerie fédérale⁹⁸ –, licite en tant que dirigée contre l'organe directeur stratégique suprême, l'est-elle comme action visant à la destruction du *gouvernement* de l'Etat ennemi? Cela est loin d'être certain. Comme nous l'avons déjà noté, le Protocole a laissé ouverte la question de la licéité des actions non violentes qui ont pour objectif l'ordre politique de l'Etat ennemi; mais en ce qui concerne les *attaques*, la réglementation édictée a un caractère exhaustif: elle englobe tous les actes de violence dirigés contre l'Etat

⁹⁷ Kriegsvölkerrecht. Sammlung von Fällen mit Lösungen (1961), E 13, Lösung.

⁹⁸ Cf. art. 115, b de la Loi fondamentale, selon lequel en cas d'entrée en vigueur de l'état de défense, le pouvoir de commandement sur les forces sera exercé par le chancelier fédéral. – A noter que, titulaire du pouvoir de commandement sur les forces armées, le chef de l'Etat ou le chef du gouvernement n'en est pas moins, dans les pays démocratiques, constitutionnellement un *civil*. Mais ce n'est pas une *personne civile* au sens de l'art. 50 du Protocole I. C'est en raison de leur qualité de détenteur du pouvoir de *direction stratégique* de la guerre que ces personnages doivent être considérés comme des objectifs militaires, des objectifs stratégiques.

ennemi, quel qu'en soit le but. Le bombardement en question serait donc en même temps légal, parce que dirigé contre un objectif militaire, et illégal, parce que sa cible est aussi le détenteur des fonctions politiques suprêmes de l'Etat ennemi. Ce conflit paraît insoluble en droit. Il appartient à la sagesse politique des gouvernements de le résoudre, en regardant au-delà de la guerre et en choisissant comme guide la raison du long terme⁹⁹.

L'établissement de la liste générale des «catégories d'objectifs militaires» – qui est unique pour tous les belligérants et peut facilement être dressée avant la guerre – n'exige aucune information touchant l'infrastructure militaire et industrielle de l'ennemi potentiel. En passant de cette liste abstraite à la rédaction de listes d'objectifs concrets virtuels, au fur et à mesure que, des objets purement militaires ou dont la destination militaire est manifeste, on descend vers des objets «mixtes», la notion de «catégories d'objectifs militaires» perd son sens. L'appartenance de chacun de ces objets à l'une des «catégories» présuppose en effet que soit établi le fait que l'objet en question répond au premier des trois critères de la définition des objectifs militaires. Pour les principaux parmi ces objets, la réalisation de cette condition est relativement facile à constater. Pour les autres, cet élément doit être vérifié d'après des informations aussi précises que possible. Quant au deuxième et au troisième critère, ils s'opposent, par définition, à l'idée de catégories préétablies, générales, valables partout et toujours.

6. Les biens spécialement protégés

Les articles 53 à 56 se rapportent à quatre catégories particulières de biens qui, en vertu du principe formulé à l'art. 52, § 1 sont des «biens de caractère civil», du seul fait qu'ils «ne sont pas des objectifs militaires au sens du paragraphe 2». Il s'agit des *biens culturels et des lieux du culte* (art. 53), des *biens indispensables à la survie de la population civile* (art. 54), de *l'environnement naturel* (art. 55) et des *ouvrages et installations contenant*

⁹⁹ Il y a une autre considération qui peut faire hésiter à regarder la résidence du chef de l'Etat comme un objectif licite. Selon toute probabilité, le président (ou son homologue) et ses principaux collaborateurs, ainsi que l'équipement technique et électronique de communications lui permettant d'exercer ses fonctions de contrôle, seront hors d'atteinte, protégés qu'ils seront à tout le moins contre les bombes classiques. Le bombardement de la résidence présidentielle n'offrirait donc pas cet avantage militaire précis qu'exige la définition, mais risquerait de causer, en raison de la situation de la cible, des dommages civils incidents qui pourraient le faire tomber sous le coup de l'art. 51, § 5, b et de l'art. 57, § 2, a (iii).

des forces dangereuses (art. 56). En ce qui concerne les biens culturels et les lieux de culte, leur immunité d'attaque est bien assise en droit positif, coutumier et écrit. Les trois autres catégories de biens nécessitaient des stipulations spéciales, car l'étendue de leur immunité, voire, pour certains d'entre eux, le principe même de cette immunité, donnaient lieu à des controverses. L'art. 54 constitue une innovation; à tout le moins la règle qu'il énonce à son art. 1 était, avant 1977, loin d'être unanimement admise¹⁰⁰: «Il est interdit d'utiliser contre les civils la famine comme méthode de guerre». Ce paragraphe abroge la règle antique et coutumière qui permettait à un belligérant de chercher à obtenir la reddition d'une ville assiégée en affamant les habitants. Le par. 2 interdit «d'attaquer, de détruire, d'enlever ou de mettre hors d'usage des biens indispensables à la survie de la population civile, tels que des denrées alimentaires et les zones agricoles qui les produisent, les récoltes, le bétail, les installations et réserves d'eau potable et les ouvrages d'irrigation, en vue d'en priver, à raison de leur valeur de subsistance, la population civile ou la Partie adverse ...». Ainsi les entrepôts de denrées alimentaires¹⁰¹, en dehors de ceux spécialement affectés aux forces armées¹⁰², les récoltes, les fabriques de produits alimentaires sont expressément déclarés objectifs interdits, solution qui résulte déjà, en ce qui concerne les attaques, de l'art. 52.

Des auteurs ont cherché à justifier les attaques dirigées contre des récoltes ou des entrepôts de denrées alimentaires en arguant de la légalité du blocus¹⁰³. Le Protocole n'a pas touché au droit de la guerre maritime; il a donc laissé intactes les règles relatives au blocus. En est-il résulté une contrariété de normes? La différence entre les règles formulées à l'art. 54, applicables à la guerre terrestre – y compris au bombardement stratégique –

¹⁰⁰ Voir E. Rosenblad, *Starvation as a Method of Warfare – Conditions for Regulation by Convention*, *The International Lawyer*, vol. 7 (1973), pp. 252–270.

¹⁰¹ Cf. les directives de Hitler de 1939 concernant la conduite de la guerre contre l'Angleterre, citées plus haut note 31.

¹⁰² Selon le par. 3, les interdictions ne s'appliquent pas si les biens énumérés sont utilisés par une partie adverse: a) pour la subsistance des seuls membres de ses forces armées; b) «à d'autres fins que cet approvisionnement, mais comme appui direct d'une action militaire».

¹⁰³ Voir par exemple les observations d' E. Giraud: «Ainsi la destruction de fabriques de produits alimentaires et de récoltes peut être considérée comme un objectif militaire puisqu'elle est de nature à affaiblir considérablement la résistance d'un pays. Il semble parfaitement illogique d'interdire ces procédés, si on admet que les Etats peuvent pratiquer le «blocus économique» qui vise à affamer un pays en arrêtant ses importations et ses exportations». *Annuaire IDI*, vol. 52 (1967 II), p. 117. – Allant plus loin,

et les règles de la guerre maritime est-elle seulement due, comme le suggérerait à la Conférence diplomatique le délégué britannique, au fait que les problèmes relatifs à la réaffirmation et au développement du droit de la guerre navale n'avaient pas fait l'objet d'études préparatoires comme celles qui ont précédé l'élaboration du Protocole I, de sorte que la Conférence devait se cantonner dans le domaine du droit de la guerre terrestre¹⁰⁴? Nous ne le pensons pas. Cette «contradiction fondamentale» – pour employer l'expression du représentant britannique – n'a pas seulement, ni principalement, des raisons historiques; elle découle de la différence essentielle existant entre le blocus et les actes visés à l'art. 54. Comme l'a rappelé R. L. Bindschedler, le blocus, moyen de guerre économique, n'implique pas la *destruction* des biens frappés par cette mesure, mais vise à priver l'ennemi de certains produits qui lui permettent, directement ou indirectement, de poursuivre la guerre¹⁰⁵. Argument auquel nous ajouterons une remarque qui se rattache à ce que nous avons dit au sujet du fondement de l'immunité des biens civils. Les denrées soumises au blocus ne sont pas des produits du sol même du pays touché, et du labeur de sa population, produits pour ainsi dire physiquement liés à la population civile. Sans tomber dans la sentimentalité, il est permis de dire que, sur *ses* denrées alimentaires, la population a le même droit que sur les autres biens civils, tandis que, à l'égard des produits alimentaires importés, sujets au blocus, l'acheteur – en général, directement ou par intermédiaire, le gouvernement – ne possède qu'un titre. Enfin, on peut faire valoir que les incidences du blocus sur la population n'ont pas le caractère brutal et direct qui distingue les effets de la destruction de denrées alimentaires, mais sont, dans une certaine mesure, susceptibles d'être graduées par des mesures de rationnement et de répartition¹⁰⁶.

des militaires ont, pour justifier le bombardement de zone des villes allemandes, rappelé que dans la première Guerre mondiale, la famine provoquée par le blocus allié avait, selon des sources allemandes, entraîné la mort de près de 800 000 civils: cf. Sir Arthur Harris, *Les bombardiers attaquent* (trad. Paris 1949), p. 151; dans le même sens, W/F, vol. III, p. 117.

¹⁰⁴ Actes, vol. XIV, p. 21.

¹⁰⁵ Annuaire IDI, vol. 52 (1967 II), p. 214, note 1, et *Die Unterscheidung zwischen Zivilbevölkerung und bewaffneten Kräften*, dans: *Internationale Festschrift für Alfred Verdross zum 80. Geburtstag* (München, Salzburg 1971), pp. 55–69 (p. 56).

¹⁰⁶ Ces remarques, dont nous ne méconnaissons pas qu'elles s'appliquent d'une façon très inégale aux cas concrets, ne tendent pas à justifier des mesures de blocus qui visent à affamer la population civile, ou qui risquent d'aboutir au même résultat, mais à démontrer la fausseté d'un raisonnement par analogie. De la légalité du blocus étendu aux

De l'art. 55, relatif à la protection de l'environnement naturel, nous avons déjà parlé plus haut (note 87).

L'art. 56 est d'une rédaction compliquée. Il stipule à son par. 1 que les ouvrages d'art ou installations contenant des forces dangereuses, à savoir les barrages, les digues et les centrales nucléaires de production d'énergie électrique, ne seront pas l'objet d'attaques, même s'ils constituent des objectifs militaires, «lorsque de telles attaques peuvent provoquer la libération de ces forces et, en conséquence, causer des pertes sévères dans la population civile». La même interdiction s'applique aux «autres objectifs militaires situés sur ces ouvrages ou à proximité». S'il s'agit d'ouvrages ou d'installations qui ne constituent pas en eux-mêmes, par application de l'art. 52, § 2, des objectifs militaires, leur immunité résulte de leur qualité de biens civils, et cette immunité est totale. Pour ceux qui constituent des objectifs militaires, ainsi que pour les autres objectifs militaires situés sur ces ouvrages ou à proximité, la protection spéciale prévue par l'art. 56 ne consiste pas dans une immunité absolue, mais ne s'applique qu'à l'égard d'attaques susceptibles de libérer les forces que ces ouvrages ou installations contiennent et de causer, par là, des pertes sévères dans la population civile¹⁰⁷. Cette interdiction exclut, pratiquement, tout bombardement stratégique massif contre ces objectifs – sauf dans des régions faiblement peuplées –, mais non pas des attaques ponctuelles, visant seulement à paralyser le fonctionnement des ouvrages ou installations en question.

produits alimentaires, il n'est pas permis d'inférer que les denrées alimentaires, leurs lieux de production et de stockage, constituent des objectifs militaires. – Dans le même ordre d'idées, on doit rappeler qu'il n'est pas admissible d'interpréter la définition des objectifs militaires en se basant sur les listes des marchandises qui sont traitées par les belligérants comme contrebande de guerre.

¹⁰⁷ La combinaison de l'art. 56 et des dispositions du par. 2, *a* (iii) et *b* de l'art. 57 offre au premier abord quelque difficulté. Si l'on considère que, en tant que règle spéciale, l'art. 56 prévaut sur l'art. 57, il en résulte deux conséquences. Premièrement, l'art. 56, § 1 n'interdit des attaques contre les ouvrages ou installations mentionnés qui constituent des objectifs militaires (ou contre des objectifs militaires situés sur ces ouvrages ou installations ou à proximité) que dans le cas où ces attaques sont susceptibles d'entraîner, par suite de la libération des forces dangereuses, des *pertes sévères dans la population civile*; les attaques qui ne peuvent provoquer que des dégâts matériels ne sont pas interdites, quelle que soit l'importance des dommages aux biens civils. Cette interprétation est étayée par le par. 3 qui renvoie à l'art. 57, mais seulement en ce que celui-ci bénéficie à la population civile et aux personnes civiles. – Deuxièmement, toujours en opposition à l'art. 57, le caractère «sévère» des pertes en vies humaines subies par la population civile n'est pas susceptible d'être «compensé» en comparant ces pertes à l'avantage militaire concret et direct attendu.

Le par. 2 indique les cas où la protection spéciale peut être suspendue. Les faits qui sont normalement constitutifs de la qualité d'objectif militaire, en vertu du premier critère de la définition, n'y suffisent pas; il y faut quelque chose de plus que la simple «contribution effective à l'action militaire». Ce sera, pour les centrales nucléaires, le fait de fournir du courant électrique «pour l'appui régulier, important et direct d'opérations militaires», et pour les barrages et digues ainsi que pour les autres objectifs militaires situés sur ces ouvrages ou installations ou à proximité, le fait d'être «utilisés pour l'appui régulier, important et direct d'opérations militaires». Encore faut-il que soit remplie une condition supplémentaire, celle de la nécessité: ces attaques doivent être le «seul moyen pratique de faire cesser cet appui»¹⁰⁸.

Le par. 5 prévoit que «les Parties au conflit s'efforceront de ne pas placer d'objectifs militaires à proximité des ouvrages ou installations mentionnés au par. 1». La phrase qui suit cette recommandation est passablement obscure. «Néanmoins, les installations établies à seule fin de défendre les ouvrages ou installations protégés contre les attaques sont autorisées et ne doivent pas être elles-mêmes l'objet d'attaques, à condition qu'elles ne soient pas utilisées dans les hostilités, sauf pour les actions défensives nécessaires afin de répondre aux attaques contre les ouvrages ou installations protégés et que leur armement soit limité aux armes qui ne peuvent servir qu'à repousser une action ennemie contre les ouvrages ou installations protégés». Il résulte de ce texte que les postes de défense anti-aérienne

¹⁰⁸ En outre, ces attaques sont soumises aux restrictions indiquées au par. 3, qui prescrit notamment d'observer, «dans tous les cas», les «mesures de précaution prévues par l'art. 57», et de prendre en cas d'attaque «toutes les précautions possibles dans la pratique» «pour éviter que les forces dangereuses soient libérées». Cette prescription revient, pratiquement, à interdire toute attaque contre des centrales nucléaires, même si elles répondent aux conditions énoncées au par. 2, *b*, qui font cesser la protection. Les effets provoqués par l'attaque d'une centrale nucléaire sont imprévisibles, incontrôlables dans l'espace et dans le temps, et échappent, par leur nature, à toute précaution. Bien que théoriquement permise dans l'hypothèse envisagée au par. 2, *b*, une telle attaque tomberait sous le coup de l'art. 57, § 2, *a* (iii) et *b*, dispositions auxquelles renvoie l'art. 56, § 3. Il faut y ajouter une considération qui plaide en faveur de l'immunité absolue des centrales nucléaires: les effets de radioactivité du bombardement par armes classiques d'une telle installation risqueraient de ne guère se distinguer de ceux d'une attaque par une arme atomique tactique ou par une arme radiologique. Techniquement parlant, ce bombardement ne réaliserait pas le franchissement du seuil nucléaire; mais il y ressemblerait fort, et le risque n'est pas à exclure que, dans la tension de la lutte, des organes de l'Etat victime se méprennent sur la cause de la contamination radioactive.

sur les ouvrages ou installations ou à proximité (le texte ne parle que des «objectifs militaires à proximité...»); mais, du moins en ce qui concerne les postes de D.C.A., il s'applique sans nul doute aussi, *a fortiori*, aux postes établis sur ces ouvrages) ne peuvent pas être attaqués. Cette protection des postes de D.C.A. découle déjà de la disposition du par. 2, c, la défense contre des attaques aériennes ne pouvant être considérée comme servant «à l'appui régulier, important et direct d'opérations militaires». Pour ce qui est des installations destinées à défendre les ouvrages ou installations protégés, mais qui sont en fait «utilisés dans les hostilités» autrement que pour repousser des attaques contre ces ouvrages, le par. 3 permet de les attaquer. Il est possible que cette disposition doive être interprétée comme limitant le droit inconditionnel d'attaque aux installations et batteries établies à *proximité* des ouvrages protégés, attaques qui sont évidemment moins dangereuses que celles dirigées contre des installations ou batteries situées sur les ouvrages mentionnés. Il n'y en a pas moins une contradiction entre ce paragraphe et le par. 2: le premier permet, dans l'hypothèse qu'il envisage, d'attaquer les installations et batteries de défense à proximité des ouvrages protégés, sans mentionner les conditions restrictives énoncées au par. 2¹⁰⁹. D'autre part, il va sans dire que dans les cas de cessation de la protection selon le par. 2, les postes de D.C.A., qui ne servent pas alors à repousser une attaque interdite, peuvent être légalement attaqués.

7. «Localités non défendues»

Nous pouvons nous dispenser, ici, de parler de l'art. 59, relatif aux localités non défendues: il ne concerne pas notre sujet. Selon son par. 2, la

¹⁰⁹ Les attaques interdites par l'art. 56 figurent parmi les quatre catégories d'attaques qui constituent aux termes de l'art. 85, § 3 des infractions graves au Protocole, lorsqu'elles sont commises intentionnellement et qu'elles entraînent la mort ou causent des atteintes graves à l'intégrité physique ou à la santé. Pour qu'une attaque visée à l'art. 56 soit considérée comme une *infraction grave*, l'art. 85, § 3 exige que l'auteur de l'infraction – celui qui a «lancé» l'attaque – ait su que celle-ci «causera des pertes en vies humaines, des blessures aux personnes civiles ou des dommages aux biens de caractère civil, qui sont excessifs au sens de l'art. 57, par. 2, a (iii)». Les particularités – ou les singularités – de ce texte, dont l'orthodoxie juridique est douteuse, sont les suivantes. L'inculpé doit avoir su que l'attaque *causera* (et non pas, comme il est dit à l'art. 56, § 1, qu'elle *peut causer*) des pertes et dommages civils excessifs. Par contre, curieusement, il suffit qu'il ait su que l'attaque causera seulement des dommages excessifs aux biens civils, et non pas également la mort de personnes civiles, – bien que l'infraction ne soit réalisée que dans ce dernier cas. Enfin, le texte n'exige pas que les pertes en vies humaines réellement causées soient *sévères* ou *excessives*.

qualification de localité non défendue ne peut être attribuée qu'à un lieu habité «se trouvant à proximité ou à l'intérieur d'une zone où les forces armées sont en contact et qui est ouvert à l'occupation par une partie adverse». Une telle zone se trouve, normalement, en deçà du rayon des attaques stratégiques. On peut s'étonner de la rédaction du par. 1 de cet article: «Il est interdit aux Parties au conflit d'attaquer, par quelque moyen que ce soit, des localités non défendues». Ce langage, calqué sur celui de l'art. 25 RLH, est anachronique. Le Protocole interdit aussi d'attaquer les *localités* qui sont «défendues» (cf. *supra*, II, n° 2). Seuls peuvent être l'objet d'attaques des *objectifs* militaires situés *dans* une localité, défendue ou non.

La raison de l'immunité des localités non défendues ne réside ni dans l'absence – ou la non-utilisation – d'objectifs militaires ni dans l'absence de défense, mais dans la conséquence immédiate de cette non-défense: le fait que la localité est *ouverte à l'occupation* par l'adversaire, dans la possibilité donc qu'a celui-ci de s'emparer, sans rencontrer d'obstacle et sans risque, des objectifs militaires que renferme la localité en question. En d'autres termes, cette immunité d'attaque est fondée sur l'absence de nécessité de bombarder les objectifs militaires dans la localité en question.

La possibilité prévue au par. 4 de créer, par accord entre les parties, des localités non défendues, même si ces localités ne remplissent pas les conditions auxquelles le par. 2 subordonne la déclaration unilatérale de localité non défendue, est exclue, à prendre le texte à la lettre, pour les villes et villages situés à l'arrière. Il est cependant incontestable que la liberté des belligérants de conclure entre eux des conventions limitant le champ de la violence n'est pas limitée. Un accord sur la création d'une localité non défendue est donc possible pour les lieux situés à l'arrière de la zone de contact – et qui ne répondent pas par ailleurs à la définition et aux conditions des *zones démilitarisées* selon l'art. 60 –, même si l'expression de «non-défense», entendue comme localité ouverte à l'occupation par la partie adverse, n'y a pas de sens. Ce qui est impossible, c'est que ces villes et villages puissent être déclarées «localités non défendues» par les autorités locales ou nationales, même si elles répondent aux conditions posées au par. 2; une telle déclaration, faite dans le but de mettre la localité à l'abri d'attaques aériennes, serait inopposable à l'adversaire.

III. Modalités des bombardements stratégiques

1. Les deux compléments nécessaires au principe de l'immunité civile

L'expérience de la seconde Guerre mondiale et de conflits postérieurs a montré que la population civile et ses biens ne sont pas seulement exposés à des attaques qui les visent directement, comme tels; la population a aussi à souffrir des effets de bombardements qui ne prennent pour cibles ni elles ni des biens civils. Ces atteintes non directes peuvent avoir deux causes. La première consiste dans l'*inobservation du principe de discrimination*; la seconde, dans le fait de ne pas tenir compte, de propos délibéré ou par négligence, de l'étendue des *pertes et dommages civils causés incidemment* par des attaques dirigées contre des objectifs militaires. Licites en raison de leurs cibles, des bombardements peuvent en effet devenir illicites lorsqu'ils sont susceptibles, pour différentes causes tenant surtout aux circonstances de l'attaque, de provoquer indirectement des pertes parmi la population civile et des dommages aux biens civils qui doivent être considérés comme *exorbitants*. C'est à ces deux points de vue que le Protocole s'est efforcé à compléter la protection de la population civile et des biens civils. Ce faisant, il a dû quitter la sphère des purs principes pour entrer dans le domaine des réalités militaires et se coller avec les «nécessités militaires». Aussi les règles posées à l'art. 51, § 4 et 5, et à l'art. 57, § 2 ont rencontré des résistances et des hésitations de la part de certains Etats ¹¹⁰ et feront sans doute l'objet de *déclarations* ou de *réserves* lors de la ratification du Protocole I.

2. L'interdiction des bombardements sans discrimination

A. Définition des attaques sans discrimination (art. 51, § 4)

Des attaques sans discrimination, tels certains bombardements de zone de la seconde Guerre mondiale, peuvent procéder d'une doctrine de *néga-tion* du principe de l'immunité civile, doctrine qui prétend que la population civile et les biens civils sont justiciables d'attaques au même titre que les objectifs militaires et que, par conséquent, non seulement il n'y a pas

¹¹⁰ L'art. 51 a été adopté par 77 voix contre une (France) et seize abstentions (parmi lesquelles trois pays membres de l'OTAN: la République fédérale d'Allemagne, l'Italie et la Turquie).

lieu, dans la planification et dans l'exécution des bombardements stratégiques dont les cibles désignées sont des objectifs militaires, de tenir le moindre compte de l'environnement civil de ces objectifs, mais qu'il est permis, si l'attaquant le juge expédient, de frapper indistinctement des objectifs militaires et des personnes ou des biens civils. L'art. 51, § 2, 1^{re} phrase, et l'art. 52, § 2, 1^{re} phrase, condamnent définitivement cette doctrine. Les attaques sans discrimination qui font l'objet des interdictions formulées à l'art. 51, § 4 et 5, procèdent d'autres causes. Il s'agit de bombardements dont le but est exclusivement la destruction ou l'endommagement d'un ou de plusieurs objectifs militaires, mais qui contreviennent, par la façon dont ils sont exécutés, au principe de discrimination.

Selon le par. 4, l'expression «attaques sans discrimination» s'entend a) des attaques qui ne sont *pas dirigées* contre un objectif militaire *déterminé*, b) de celles où l'on utilise des *méthodes ou des moyens de combat* qui ne *peuvent pas être dirigés* contre un objectif militaire déterminé ou c) dont les *effets ne peuvent pas être limités* comme le prescrit le Protocole, «et qui sont en conséquence, dans chacun de ces cas, propres à frapper indistinctement des objectifs militaires et des personnes civiles ou des biens de caractère civil». De ce dernier élément de la définition, il résulte clairement que les moyens dont il est question dans la définition ne sont pas interdits en soi, par ce texte, mais seulement dans les cas où les effets de leur emploi sont susceptibles d'atteindre des personnes civiles ou des biens civils. En revanche, la qualification d'attaque sans discrimination s'applique quel que soit le degré des pertes et dommages civils, et notamment quel que puisse être leur importance «par rapport à l'avantage militaire et concret attendu», critère de licéité prévu au par. 5, b et à l'art. 57, § 2, a (iii) et b pour les types d'attaques qui y sont visés. La raison de cette différence est que dans les cas dont traite le par. 4, b et c, les pertes et dommages civils ne sont pas des effets *incidents*, mais *principaux*, normaux, de procédés de bombardement qui ne peuvent avoir que des effets atteignant simultanément des objectifs militaires et des personnes civiles ou des biens civils.

B. Bombardement de zone (art. 51, § 5, a)

Le par. 5 définit deux «types d'attaques» qui sont «considérés comme effectués sans discrimination». Le premier peut être regardé comme la forme la plus massive de la catégorie d'attaques sans discrimination visée au par. 4, a: «attaques qui ne sont pas dirigées contre un objectif déterminé». Il s'agit des bombardements de zone, terme que le Protocole n'emploie pas et qui n'est utilisé ici que par abréviation pour désigner le type d'attaques

que le par. 5, *a* définit comme «attaques par bombardement ... qui traitent comme un objectif militaire unique un certain nombre d'objectifs militaires nettement espacés et distincts situés dans une ville, un village ou toute autre zone contenant une concentration analogue de personnes civiles ou de biens de caractère civil». On a voulu restreindre la sévérité de cette interdiction en soulignant les mots «nettement espacés et distincts»¹¹¹. Il est vrai que cette formule est moins restrictive que celle employée dans le projet du CICR de 1956: «objectifs militaires distincts l'un de l'autre» (art. 10) et celle de l'art. 46, § 3 du projet du Protocole de 1973: «à une certaine distance les uns des autres». On peut ajouter que les objectifs militaires «nettement espacés» n'ont pas besoin d'appartenir à la même «catégorie», de sorte que l'espace séparant les objectifs militaires dont la destruction ou l'endommagement constitue le vrai but de l'attaque peut être rempli par des objectifs militaires qui n'intéressent pas ou intéressent moins l'attaquant (tout en répondant aux critères de «l'avantage militaire» et «en l'occurrence»), permettant ainsi au bombardement d'échapper à la qualification d'attaque sans discrimination. Il n'en reste pas moins que la sévérité de l'interdiction du bombardement de zone est accusée par le fait que, pour les raisons que nous avons indiquées, la définition ne tient pas compte de l'étendue des pertes et dommages civils – qu'elle refuse de considérer comme ayant été causés «incidemment» –, et notamment pas de leur importance par rapport à l'avantage militaire concret et direct attendu, avantage que, peut-être, dans le cas concret, une attaque sous la forme d'un bombardement de zone serait seule capable d'offrir^{112, 113}.

¹¹¹ Cf. la déclaration du chef adjoint de la délégation américaine à la Commission III: «Pour la délégation des Etats-Unis les mots «nettement espacés» ne s'entendent pas seulement de l'espacement entre plusieurs objectifs militaires que l'on peut observer ou qui sont habituellement séparés; ils introduisent en outre un élément de distance importante. Au surplus, cette distance doit être suffisamment grande pour que les objectifs militaires individuels puissent être attaqués séparément» (Actes, vol. XIV, pp. 325–326).

¹¹² Pour une interprétation selon laquelle – contrairement à l'art. 51, § 4 et 5, *a* – le droit de la guerre en vigueur juge la légalité du bombardement de zone en lui appliquant le principe de proportionnalité, c'est-à-dire en mettant les pertes de la population civile et les destructions de biens civils en rapport avec l'avantage militaire offert par cette forme de bombardement, voir A. R a n d e l z h o f e r, *Flächenbombardement und Völkerrecht*, dans: *Festschrift für Fr. A. Frhr. von der Heydte* (Berlin 1977), pp. 471–493 (pp. 486–490).

¹¹³ Aux attaques sans discrimination s'appliquent les observations que nous avons faites plus haut (note 109) au sujet de l'art. 85, § 3. Ce texte exige, pour qu'une attaque sans discrimination soit considérée comme une infraction grave, que celui qui a «lancé»

C. Attaques causant des pertes ou dommages civils indirects
«excessifs» (art. 51, § 5, b)

La lettre *b* du par. 5 assimile aux attaques sans discrimination «les attaques dont on peut attendre qu'elles causent incidemment des pertes en vies humaines dans la population civile, des blessures aux personnes civiles, des dommages aux biens de caractère civil, ou une combinaison de ces pertes et dommages, qui seraient excessifs par rapport à l'avantage militaire concret et direct attendu». Cette interdiction élargit la définition des attaques sans discrimination au par. 4 à la fois en contredisant les éléments de cette définition et en y ajoutant un élément nouveau. Les attaques dont il est question à la lettre *b* n'entrent, en effet, dans aucun des trois cas définis au par. 4: les bombardements sont dirigés contre un ou plusieurs objectifs militaires déterminés; les méthodes ou moyens de combat utilisés ne contreviennent ni à la lettre *b* ni à la lettre *c* de ce paragraphe. Mais ces attaques se signalent par un élément qui justifie de les assimiler aux attaques sans discrimination: c'est le caractère *excessif* des *pertes et dommages civils incidents* susceptibles d'être causés par ces bombardements, par ailleurs licites. Cette gravité extraordinaire des effets indirects peut avoir différentes causes: la quantité et la puissance des armes employées, en fonction des caractéristiques de l'objectif (étendue, configuration, camouflage, durcissement, etc.); la situation de l'objectif au milieu ou à proximité d'une agglomération urbaine; la nature de l'objectif (dont la destruction peut, à son tour, provoquer des effets analogues à ceux visés au par. 4, c); les caractères de l'environnement civil (nature et densité des constructions, répartition de la population civile, etc.). La sévérité de l'interdiction est accentuée par les mots: «dont on *peut* attendre qu'elles causent» («which *may* be expected to

l'attaque ait su qu'elle causera des pertes et dommages civils «qui sont excessifs au sens de l'art. 57, par. 2, a (iii)». (Les rédacteurs de cet article n'ont même pas eu l'idée de se référer à l'art. 51, § 5, b, siège de l'interdiction, et qui définit le critère «excessif» dans les mêmes termes que l'art. 57, § 2, a (...)). Or, l'art. 51, § 4 et § 5, a rejettent précisément le critère du caractère excessif des pertes et dommages civils, et l'infraction elle-même, aux termes de la phrase introductive de l'art. 85, § 3, est réalisée quel que soit le nombre des personnes civiles tuées ou ayant subi des atteintes graves à l'intégrité physique ou à la santé. Les bizarreries juridiques de l'art. 85, § 3 trouvent, sinon leur justification, mais leur explication dans le souci de limiter l'infraction aux cas de violation délibérée de l'interdiction dont il s'agit. Mais la conscience effective des pertes et dommages civils *excessifs pouvant résulter* de l'attaque pourra-t-elle jamais être prouvée? Le fait que, en l'espèce, les pertes et dommages civils auront été très importants, ne constituera pas cette preuve.

cause”), non pas: dont on *doit* attendre; le texte n'exige pas que les effets néfastes doivent apparaître à un observateur objectif comme certains; mais il ne suffit pas qu'ils paraissent seulement possibles; il faut une certaine probabilité, entre la simple possibilité et la certitude. Tout l'intérêt de la règle porte sur l'interprétation du critère défini par la formule «excessifs par rapport à l'avantage militaire et concret attendu».

Ayant admis la légalité des bombardements stratégiques, le Protocole devait aussi admettre la licéité des pertes et dommages civils indirects inévitablement liés à ces bombardements, – jusqu'à une certaine limite. La formule en question tolère des pertes et dommages civils incidents – c'est-à-dire non recherchés – *étendus*, et même *très étendus*, voire, dans des hypothèses tout à fait exceptionnelles, il est vrai, extrêmement étendus, pertes et dommages qui *excèdent* «l'avantage militaire concret et direct attendu», pourvu que cet «excédent» ne soit pas «excessif». Ces différences et nuances sémantiques – qui peuvent cacher des milliers de morts et des monceaux de ruines – mettent en relief une des difficultés de l'interprétation de la formule. Une difficulté plus fondamentale réside dans l'incommensurabilité radicale des deux grandeurs qui doivent être mises en comparaison l'une avec l'autre pour déterminer l'illégalité de l'attaque projetée. A quoi s'ajoute le fait que les deux termes de comparaison ne sont pas chiffrables ¹¹⁴ et que le critère qui décide de la légalité ou de l'illégalité de l'attaque dépend de l'appréciation, entièrement subjective, du belligérant qui projette l'attaque. Or, par définition, ce belligérant a un intérêt légalement reconnu à attaquer l'objectif ou les objectifs militaires visés: la formule, en effet, présuppose que les trois critères de la définition des objectifs militaires soient remplis et que, par conséquent, l'attaquant réponde, par rapport aux objectifs en question, à la condition de l'avantage militaire précis et à celle exprimée par les mots «en l'occurrence». L'«avantage militaire concret et direct attendu» de l'art. 51, § 5, *b* – et de l'art. 57, § 2, *a* (iii) et *b* – désigne quelque chose de plus complexe que «l'avantage militaire précis» de l'art. 52, § 2. Mais quoi exactement?

¹¹⁴ Le nombre probable (*probable*, car la définition s'applique aux prévisions faites par celui qui projette un bombardement; au bombardement sans discrimination *effectué* s'applique l'art. 85, § 3) des personnes civiles ennemies tuées et la quantité de biens civils ennemis détruits incidemment peuvent-ils être mis en rapport avec le nombre hypothétique de personnes et de biens civils dont la mort ou la destruction seraient probablement empêchées par l'anéantissement de l'objectif ou des objectifs visés? Cette comparaison est impossible en raison du caractère purement conjectural du premier terme de comparaison et du caractère plus conjectural encore du second.

Les travaux préparatoires ne sont pas d'un grand secours. Les délégations des principaux pays membres de l'OTAN ont fait, à la Conférence diplomatique, des déclarations en termes identiques selon lesquelles l'expression est censée «viser l'avantage attendu d'une attaque considérée dans son ensemble et non pas de phases isolées ou particulières de cette attaque»¹¹⁵. Cette interprétation est incontestablement correcte. Mais on ne peut aller plus loin. Les mots «concret» et «direct» se rapportent clairement à une attaque déterminée, circonscrite dans l'espace et dans le temps¹¹⁶, exécutée par un certain nombre de bombardiers ou d'escadrons de bombardiers auxquels peuvent être assignés des objectifs militaires différents, mais tous situés dans une zone délimitée, opération dont la durée totale n'excède pas le laps de temps qui permet d'englober l'ensemble de l'opération sous le nom d'«*attaque*». C'est à l'avantage attendu de *cette attaque* que doivent être rapportés les pertes et dommages civils incidents, et non pas à celui que les auteurs du projet de l'attaque se promettent de la «campagne» de bombardements stratégiques dont cette attaque fait partie¹¹⁷. Dès que l'on quitte le cadre de l'attaque déterminée, circonscrite, le critère de légalité défini par la formule «pertes et dommages ... excessifs par rapport à l'avantage militaire concret et direct attendu» perd son sens, et l'interdiction son utilité¹¹⁸. A plus forte raison en est-il ainsi lorsqu'on se met à juger la sévérité des pertes et dommages indirects subis par la population civile ennemie par rapport aux «buts de guerre» ou à la valeur politique attribuée

¹¹⁵ Grande-Bretagne, Actes, vol. VI, p. 166 (et la lettre *e* de la déclaration faite lors de la signature du Protocole I); République fédérale d'Allemagne, *ibid.*, pp. 177 et 220; Canada, p. 180; Pays-Bas, p. 195; États-Unis, p. 226; Italie, p. 231.

¹¹⁶ Cf. E. Rauch, Le concept de nécessité militaire dans le droit de la guerre (note pour la Société internationale de droit pénal militaire et de droit de la guerre, Bonn 1979), p. 28.

¹¹⁷ C'est ce que B. L. Brown, reprenant une distinction proposée par T. J. Farer (The Laws of War 25 Years after Nuremberg [Int. Conciliation, May 1971], pp. 16-17), appelle «*case by case interpretation*», par opposition à une interprétation «cumulative» de l'expression «avantage militaire»: «the former refers to the specific tactical objective of a particular action, whereas the latter refers to the manner in which the action will contribute to the belligerent's overall strategic goals». (The Proportionality Principle in the Humanitarian Law of Warfare: Recent Efforts at Codification, Cornell International Law Journal, vol. 10 [1976], pp. 135-155 [p. 141]).

¹¹⁸ Il ne faut cependant pas confondre le cadre spatial et temporel à l'intérieur duquel doit se situer l'attaque visée à l'art. 51, § 5, *b* avec le cadre de l'avantage militaire attendu de l'attaque. La zone de l'attaque ne coïncide pas avec la zone des effets militaires attendus de cette attaque. L'avantage militaire ne doit pas être considéré comme localisé, ni limité, ni lié au lieu de l'attaque. Cet avantage consiste dans les effets stratégiques et tactiques que, selon les prévisions raisonnables du belligérant qui pro-

par l'attaquant à l'enjeu du conflit, autrement dit, si l'on dénature le sens de l'expression «avantage militaire» par des références à des finalités politiques ou idéologiques¹¹⁹.

3. Les «précautions dans l'attaque» (art. 57)

A. Nature des obligations prévues à l'art. 57

Sous le titre de «précautions dans l'attaque», l'art. 57 édicte un certain nombre de prescriptions qui ont toutes le caractère d'obligations de faire, y compris celles qui décrivent l'action qu'elles ordonnent sous la forme d'un commandement négatif: «s'abstenir», «annuler», «interrompre». Les obligations désignées par ces trois verbes au par. 2, *a* (iii) et *b* prescrivent en effet en comportement positif, qui est la conséquence directe, obligatoire, des interdictions formulées aux art. 51 à 56, 59 et 60. Concrètement, elles imposent des actions très complexes, impliquant – notamment en matière de bombardement stratégique – l'intervention d'une pluralité d'agents à des niveaux hiérarchiques divers et l'accomplissement d'une multitude d'actions, allant de l'émission et de la transmission d'ordres jusqu'à toute une série d'actes matériels, effectués tant au sol que – dans les cas prévus au par. 2, *b* – en cours de vol. A côté de ces obligations impératives, dont nous parlerons plus loin, l'art. 57 contient trois prescriptions qui sont caractérisées par le fait que l'obligation qu'elles énoncent n'est pas absolue, mais soumise à la modalité de *possibilité*: § 2, *a* (i): «faire tout ce qui est pratiquement possible pour vérifier que les objectifs à attaquer» sont des cibles

jette l'attaque, les pertes et les destructions infligées aux forces et aux moyens de l'ennemi devront normalement avoir sur les plans et les capacités et possibilités stratégiques et tactiques de ce dernier. Ainsi, l'attaque peut constituer une manœuvre destinée à détourner les forces et les moyens de l'adversaire d'une zone où l'attaquant prépare une opération de grande envergure: offensive, débarquement, etc. Un tel avantage militaire est certainement «concret»; il mérite encore d'être qualifié de «direct» si l'espace de temps entre le moment de l'attaque et le moment où les effets bénéfiques attendus de cette attaque sont présumés se manifester ne dépasse pas un certain délai, impossible à préciser, mais qui doit être *très court*. En aucun cas, l'avantage militaire «direct» ne peut être rapporté, ou reporté, à une opération qui n'est qu'éventuelle.

¹¹⁹ Il nous est difficile de suivre O. Kimminich (Schutz der Menschen in bewaffneten Konflikten [München, Mainz 1979]) quand il suggère qu'il *peut* y avoir une différence, en ce qui concerne l'évaluation de l'avantage militaire au sens de l'art. 51, § 5, *b* et de l'art. 57, § 2, *a* (iii), entre la situation de la victime d'une agression et l'agresseur. L'auteur ne va toutefois pas jusqu'à vouloir porter atteinte au principe de l'égalité des belligérants devant le *ius in bello*, principe qui comprend, il va sans dire,

licites; § 2, a (ii): «prendre toutes les précautions pratiquement possibles quant au choix des moyens et méthodes d'attaque en vue d'éviter et, en tout cas, réduire au minimum» les pertes et dommages civils incidents; § 3: choisir, «lorsque le choix est possible entre plusieurs objectifs militaires pour obtenir un avantage militaire équivalent», celui «dont on peut penser que l'attaque présente le moins de danger pour les personnes civiles ou pour les biens de caractère civil»¹²⁰. Bien que dépourvues de sanction, ces obligations, qui sont des applications du principe général formulé au par. 1 – «Les opérations militaires doivent être conduites en veillant constamment à épargner la population civile, les personnes civiles et les biens de caractère civil» – ont le caractère d'obligations juridiques¹²¹.

l'égalité des populations civiles et des biens civils des belligérants devant le Protocole. Les arguments avancés par Kimminich s'appliquent d'ailleurs au bombardement tactique, non pas stratégique. Ainsi, quand il écrit que «... sind aus Art. 51 und 57 unter anderem auch Verbote abzuleiten, welche die Führung eines Verteidigungskrieges in dicht besiedelten Gebieten erheblich erschweren, weil sie den Einsatz moderner konventioneller Waffen, mit deren Hilfe ein relativ schwacher Verteidiger auch den Angriff eines überlegenen Gegners zum Stillstand bringen bzw. abwehren kann, drastisch beschränken» (p. 244), cette remarque vise non pas des attaques stratégiques contre des objectifs militaires situés en territoire ennemi, c'est-à-dire des pertes et dommages subis incidemment par la *population civile ennemie*, mais des opérations défensives (ou contre-offensives, lesquelles, cependant, selon l'auteur, ne devront avoir pour but que de «refouler l'ennemi jusqu'à ses frontières» [p. 154]), des attaques donc dont les effets indirects frapperaient la population civile *allemande*. Cette hypothèse tombe en effet, en vertu de l'art. 49, § 2, sous le coup de l'art. 51 comme de toutes les autres règles du Protocole I. Mais dans les observations citées, Kimminich n'a pas entendu aborder la problématique de l'art. 49, § 2, et son propos n'est pas de justifier les pertes et dommages indirects excessifs qu'aurait éventuellement à souffrir une partie de la *population civile allemande*, incidemment à des bombardements tactiques effectués par la Bundeswehr ou des forces alliées contre les troupes de l'agresseur, en mettant ces maux en rapport avec l'avantage militaire attendu de ces bombardements: la protection d'une autre partie de cette population.

¹²⁰ L'«obligation» formulée au par. 2, c – «dans le cas d'attaque pouvant affecter la population civile, un avertissement doit être donné en temps utile et par des moyens efficaces, à moins que les circonstances ne le permettent pas» – ne mérite même pas le nom d'obligation «modale». La prescription n'est pas sérieuse. Le belligérant qui, dans une fraction du théâtre de la guerre, détient la maîtrise de l'air utilisera le procédé de l'avertissement, non pas comme une précaution dans l'intérêt de la population civile, mais comme un moyen de guerre psychologique – les Américains y ont eu recours au Japon, à certaines occasions, dans la dernière phase de la guerre –, destiné à démontrer aux populations urbaines sa supériorité écrasante et à inciter les ouvriers à désertir leurs lieux de travail.

¹²¹ A la Conférence diplomatique, les délégations des principaux pays membres de l'OTAN ont fait des déclarations en termes identiques selon lesquelles elles interprètent

B. Les deux obligations impératives: § 2, a (iii) et b

Passons sur l'impropriété consistant à appeler *précautions* les obligations prévues au par. 2, *a* (iii) et *b*, qui prescrivent de s'abstenir de lancer, d'annuler ou d'interrompre des attaques *interdites* par des dispositions du Protocole. Abstraction faite de cette incorrection de langage, le procédé lui-même, qui paraît à première vue illogique ou superfétatoire, se justifie par son utilité. Le par. 2, *a* (iii) prescrit de s'abstenir de lancer une attaque qui répond au type d'attaque sans discrimination prévu par l'art. 51, § 5, *b*, dont il reprend textuellement la définition. Et la lettre *b* de ce paragraphe impose l'obligation d'annuler ou d'interrompre un bombardement «lors-qu'il apparaît» qu'il constituerait une attaque sans discrimination interdite par l'art. 51, § 5, *b*, ou «que son objectif n'est pas militaire ou qu'il bénéficie d'une protection spéciale». Ce qui distingue les obligations prévues par l'art. 57 des interdictions formulées aux art. 51 à 56, 59 et 60, c'est le fait qu'elles n'ont *pas les mêmes destinataires* et qu'elles sont destinées à s'appliquer *à des niveaux et à des stades stratégiques et tactiques différents*. Sans doute les interdictions des art. 51 et s. s'adressent-elles, dans leur généralité, à tous les destinataires possibles. Cependant, pratiquement, leurs destinataires premiers sont ceux qui, au niveau politique et militaire le plus élevé, sont responsables de la définition des «catégories» d'objectifs militaires virtuels, et, au niveau des états-majors, du choix des objectifs individuels ainsi que de la conception des attaques. L'art. 57 suppose que, à tous les échelons supérieurs à celui de ses destinataires – «ceux qui préparent ou décident une attaque» (§ 2, *a*) – et à tous les stades antérieurs à celui de la préparation et de la décision (définitive) de l'attaque, les interdictions des art. 51 et s. aient été respectées. C'est au dernier stade de la préparation

les mots *pratiquement possible* «comme s'entendant de ce qui est faisable ou pratiquement faisable, compte tenu de toutes circonstances au moment de l'attaque, y compris celles qui sont liées au succès des opérations militaires». (R.F.A., Actes, vol. VI, p. 220; Canada, p. 224; Etats-Unis, p. 226. La déclaration de la délégation italienne est allée plus loin, en substituant à l'expression «succès des opérations militaires» les mots «nécessités impérieuses de la défense nationale» [p. 231]. Cf. la lettre *b* de la déclaration faite par la Grande-Bretagne lors de la signature du Protocole I).

On peut douter que cette «réserve du succès des opérations militaires», qui revient à soumettre les obligations énoncées dans les dispositions citées non pas à la modalité de *possibilité*, mais à celle d'*opportunité*, s'accorde avec le sens des mots «pratiquement possible», dans leur contexte. Il est cependant certain que ces déclarations ne rencontreront pas d'*objections*, de sorte que, conforme ou non à la lettre et à l'esprit de l'art. 57, l'interprétation qu'elles donnent de la portée des obligations en question prévaudra. – L'ensemble de l'art. 57 a été adopté par 90 voix contre zéro, avec quatre abstentions.

d'un bombardement et à celui de son exécution que les obligations des deux dispositions entrent en action, soit que, après vérification¹²², sur la base des renseignements les plus récents¹²³, il se révèle que l'attaque préparée tomberait sous le coup de l'interdiction du type de bombardement sans discrimination défini à l'art. 51, § 5, *b*, soit que, parvenus en vue de l'objectif assigné, le ou les officiers responsables de donner l'ordre de déclencher les bombes – «ceux qui décident une attaque» – s'aperçoivent que la cible prévue n'est pas en réalité un objectif militaire ou que l'attaque constituerait un bombardement sans discrimination au sens de l'art. 51, § 5, *b*.

Or – et voici le point essentiel de la problématique des deux dispositions, sur lequel plusieurs délégations ont eu raison d'attirer l'attention – l'obligation de s'abstenir de lancer une attaque, prévue au par. 2, *a* (iii), et celle d'annuler ou d'interrompre une attaque, formulée à la lettre *b*, pour autant qu'elle vise le même type d'attaque, sont soumises à la même restriction que l'interdiction de ce type de bombardement à l'art. 51, § 5 *b*: elles ne s'appliquent qu'à partir du point où les pertes et dommages civils incidents probables «seraient *excessifs* par rapport à l'avantage militaire concret et direct attendu». S'agissant de l'obligation de s'abstenir de lancer une attaque, prescrite à la lettre *a* (iii), l'appréciation exigée par la fameuse formule ne sera pas toujours impossible pour le destinataire de la règle. L'officier responsable du lancement de l'attaque préparée qui, au dernier moment, aura reçu des renseignements sur la cible assignée qui le conduiront à penser que le bombardement causera incidemment des pertes et dommages civils très importants, ne dispose pas, normalement, des éléments nécessaires pour lui permettre de décider si ces pertes et dommages risqueront

¹²² On voit ici que l'obligation de *vérification* prescrite par l'art. 57, § 2, *a* (i) est, malgré la forme modale sous laquelle elle est exprimée, en réalité une obligation impérative: elle participe du caractère impératif des différentes interdictions d'attaque. Il est par conséquent difficile de voir comment cette obligation pourrait être sujette à la réserve du «succès des opérations militaires».

¹²³ Dans les déclarations citées à la note 121, les délégations ont aussi souligné que «les commandants militaires et les autres responsables de la planification et du lancement ou de l'exécution d'attaques doivent prendre nécessairement des décisions fondées sur l'appréciation des renseignements, quelles qu'en soient les sources, dont ils disposent» au moment considéré (déclaration du chef de la délégation britannique, Actes, vol. VI, p. 166; cf. pp. 180, 205, 220, 226, 231, et la déclaration faite par la Grande-Bretagne lors de la signature du Protocole I). Ces déclarations vont sans dire. Elles ne peuvent avoir pour but, et n'auront en tout cas pas pour effet, de dégager les autorités politiques et militaires de leur obligation de ne pas fonder leurs plans et leurs décisions d'attaque sur des renseignements dont elles connaissent, ou devraient connaître, l'insuffisance.

d'être «excessifs» au sens de l'art. 57, § 2, *a* (iii). Il pourra – s'il en a le temps – en référer à ses supérieurs, jusqu'à l'échelon responsable, capable de procéder à cette évaluation, laquelle, dans tous les cas, s'imposera à lui. Mais lorsqu'il s'agit de prendre la décision en cours de vol, l'obligation d'apprécier la proportionnalité licite, qui devra être prise sur-le-champ, dans la tension de l'opération, pèsera sur un officier de grade relativement subalterne, totalement incapable d'y faire face, étant donné son ignorance des plans stratégiques dont dépend l'évaluation de l'«avantage militaire concret et direct attendu» – attendu non pas du bombardement dont la responsabilité lui est confiée, mais de l'ensemble de l'attaque.

Faut-il en conclure que les deux dispositions sont sans valeur, ou qu'elles doivent même être considérées comme dangereuses? Non. Aussi bien le texte de l'art. 85, § 3, *b* (*supra*, note 113) que les règles relatives à la responsabilité pour crimes de guerre excluent que des aviateurs puissent être poursuivis en raison de l'exécution de bombardements dont ils devaient présumer que ceux qui ont conçu et ordonné les attaques avaient tenu compte des interdictions prévues par le Protocole. Finalement, les cas où la responsabilité pénale des officiers «lançant» une attaque est susceptible d'être engagée sont les deux hypothèses visées au par. 2, *b*: attaque – intentionnelle – contre un objectif non militaire ou contre un bien spécialement protégé¹²⁴.

Conclusion

Les reproches qui ont été adressés aux règles du Protocole I relatives au bombardement stratégique sont de deux sortes. Les uns critiquent la complexité, les ambiguïtés, les obscurités, les impropriétés qui marquent les principales de ces dispositions et qui en rendraient l'application difficile. On a souligné notamment que «les règles du Protocole doivent être appliquées par des soldats dans la réalité du combat et devraient par conséquent

¹²⁴ Des juristes américains ayant l'expérience de l'aviation de bombardement ont émis des avis divergents sur le «réalisme» des deux dispositions de l'art. 57. Ainsi, B. L. Brown a écrit: "... the use of various means of information-gathering enables an officer to obtain elaborate and highly sophisticated data about a prospective military target ... By utilizing all the relevant information at his disposal ..., the officer will find that his ability to apply the proportionality principle will be greatly enhanced. He will be able to evaluate alternative means of conducting warfare against a particular target and assess the trade-off in each case and the probable civilian losses". (*Loc. cit. supra* note 117, p. 146. Si ces remarques optimistes s'appliquent au bombardement *stratégique* aussi aisément que semble le supposer l'auteur, paraît quelque peu douteux au profane que nous sommes). – En sens inverse, DeSaussure: "The airman may

pouvoir figurer dans des manuels simples et clairs»¹²⁵. Plus fondamental est le reproche de manque de réalisme. Le Protocole, a-t-on écrit, «a été un projet trop ambitieux» et «on a attaché trop peu d'importance à la nécessité militaire»¹²⁶.

Pour ce qui est du premier groupe de reproches, il est indéniable que certaines règles sont d'une complexité – ou, plus exactement, d'une complication – qu'une rédaction plus soignée eût pu éviter. Mais la langue la plus intelligente et la plus claire ne peut jamais rendre simple une matière complexe. Si l'on s'était donné comme but de réduire la matière à quelques règles rédigées en forme de maximes, on aurait dû se limiter à des principes généraux, d'autant plus facilement accueillis qu'ils se prêtent à toutes les interprétations, ou presque. Parmi les règles concernant le bombardement stratégique, celles qui sont, de très loin, les plus importantes ne s'adressent pas à de «simples soldats», ni à des officiers subalternes, mais aux dirigeants stratégiques, politiques et militaires, et aux états-majors. C'est d'eux que dépendrait la forme que prendrait la guerre aérienne dans un conflit éventuel. La véritable question qu'avait à résoudre la Conférence diplomatique était celle-ci: La prochaine guerre mondiale devra-t-elle commencer là où la dernière a fini? Le droit de la guerre doit-il – peut-il – sanctionner la forme de guerre aérienne qu'ont connue l'Allemagne et le Japon?

Il est certain que ce conflit, s'il devait éclater, ne se déroulerait pas comme le «prévoient» les règles du Protocole. Celui-ci, comme toute œuvre législative, nationale ou internationale, a posé des *normes*, qui ne sont pas des prévisions, mais pas non plus l'expression d'un idéal. C'est un *référentiel de civilisation*, dicté par ce que nous avons appelé la nécessité civile et que l'on pourrait tout aussi bien nommer la nécessité humaine. Autrement dit, la nécessité du droit. Référentiel qui ne nie aucunement les impératifs légitimes de la nécessité militaire, mais qui veille aussi à ce que cette nécessité militaire ne se laisse pas imposer ses impératifs par les possibilités illimitées de la technique, et qui rappelle qu'il ne faut pas confondre nécessité militaire et hybris technico-militaire.

properly ask how he is to know, flying off the wing of his flight leader at 30,000 feet, at night, or over a solid covering of cloud, whether the damage his bombs inflict will meet the test of proportionality or his bombing will be indiscriminate. Or if he does exercise his individual judgment on a particular raid, and refrains from the attack by leaving the formation, what proof can he give when a charge is brought by his own authorities for misbehavior before the enemy". (*Loc. cit. supra* note 9, p. 544).

¹²⁵ Déclaration du chef de la délégation de la République fédérale d'Allemagne, Actes, vol. VII, p. 315.

¹²⁶ Rauch, *op. cit. supra* note 116, p. 48.

Summary

The Strategic Bombardment under the Protocol I Additional to the Geneva Conventions

Arts. 51–58 of Protocol I Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, which contain the provisions regulating attacks in general, though in practice the attacks in question are primarily bombardment attacks, especially strategic bombardment, doubtless comprise the most important part of the 1977 codification of the laws of warfare. The significance of this regulation is not diminished by the fact that the provisions in question, in so far as they establish new international law, were by tacit agreement not made to apply to the employment of nuclear weapons. The new rules signify nothing less than the complete abandonment of the practice of total air warfare as it was waged in the last years of World War II by the Allies against Germany and Japan. Contrary to the teachings of a considerable number of international law theorists who – as the present author explains in the first part of this article – considered that this practice was sanctioned as customary international law, Protocol I clearly and emphatically endorses the principle of the immunity of civilian population and civilian objects.

The Protocol was doubly concerned to ensure the observance of this principle under the conditions of modern air warfare. In the first place, this emerges from the definition of military objectives in Art. 52, which the author analyses in the second part of the article. The originality of this definition, but also the theoretical and practical difficulties which it presents, are to be seen in the mobile character of its criteria, in the broad scope it offers for the subjective element, and finally in the important role it gives to the information which the attacker must possess with regard to the objects to be attacked in order to comply with the conditions set forth in the definition. It is significant that the definition does not refer to “categories” of military objectives, but to specific individual objects.

In the third part of the article, the author considers the provisions relating to methods of attack. In the main, two forms of indiscriminate attack are prohibited, namely, so-called area bombardment and attacks which, although directed against military objectives, may however be expected to cause indirect civilian losses and damage to civilian property “which would be excessive in relation to the concrete and direct military advantage anticipated”. This provision, important from a practical viewpoint, makes allowance, however, for military necessity in that it sanctions to a large extent incidental and unavoidable civilian losses and damage to civilian property, provided that such losses and damage do not grossly exceed the said military advantage.

The much discussed provisions of Art. 57 relating to precautions in attack contain two imperative positive injunctions which correspond to the prohibitions laid down in Art. 51: namely, on the one hand to refrain from deciding to launch

and on the other hand to cancel or suspend any attack which may be expected to cause incidental loss of life or damage to civilian objects which should be excessive in relation to the concrete and direct military advantage anticipated. What distinguishes these positive injunctions from the prohibitions contained in Art. 52 is that they are not addressed to the same authorities and are intended to be employed on different strategic and tactical levels.