



Lancement d'une frappe nucléaire : analyse comparée des procédures et garde-fous prévus par le droit américain, britannique et français

Recherches & Documents

N°01/2021

Marie-Alix Lanternier

Janvier 2021



SOMMAIRE

LANCEMENT D'UNE FRAPPE NUCLEAIRE : ANALYSE COMPAREE DES PROCEDURES ET GARDE-FOUS PREVUS PAR LE DROIT AMERICAIN, BRITANNIQUE ET FRANÇAIS.....	1
INTRODUCTION	1
1. LES PROCEDURES DE LANCEMENT D'UNE FRAPPE NUCLEAIRE	2
1.1. La procédure américaine	2
1.2. La procédure française	3
1.3. La procédure britannique	4
2. LE POUVOIR DES DIRIGEANTS D'ORDONNER UNE FRAPPE NUCLEAIRE : LEGITIMITE POLITIQUE ET FONDEMENT JURIDIQUE	5
2.1. Le cas des États-Unis et du Royaume-Uni : une procédure intégrée aux dispositions constitutionnelles pré-existantes	5
2.2. Le cas de la France : l'adoption d'une « Constitution atomique ».....	7
3. LES CONSEQUENCES SUR LA DIVISION DES POUVOIRS DE GUERRE.....	8
4. L'EFFICACITE DE LA DISSUASION AU DETRIMENT DE LA MAITRISE DU RISQUE NUCLEAIRE.....	11
5. LA POSSIBILITE DE DESOBEIR A UN ORDRE ILLEGAL COMME GARDE-FOU DU DROIT D'ORDONNER UNE FRAPPE NUCLEAIRE	13
5.1. L'arbitrage entre principe de légalité et principe d'obéissance	14
5.2. Obéissance à un ordre illégal, désobéissance à un ordre légal : le subordonné est-il systématiquement juridiquement responsable ?	15
5.3. La possibilité de désobéir à un ordre illégal : un garde-fou efficace ?	17
CONCLUSION.....	18

Lancement d'une frappe nucléaire : analyse comparée des procédures et garde-fous prévus par le droit américain, britannique et français

Introduction

En novembre 2017, un an après l'élection de Donald Trump et dans un contexte de tensions avec la Corée du Nord, le *Committee on Foreign Relations* du Sénat américain a tenu une audition concernant le pouvoir d'ordonner l'utilisation des armes nucléaires. La dernière fois qu'une audition sur ce sujet avait été tenue, c'était quarante-et-un ans plus tôt sous le mandat de Richard Nixon, pour des raisons similaires. On retrouve en effet les mêmes inquiétudes concernant l'absence de contrôles et de garde-fous encadrant le pouvoir du Président d'initier un conflit nucléaire, alimentées par un comportement impulsif et des déclarations dont l'esprit pourrait s'apparenter à une stratégie de la « théorie du fou »¹.

Si ces inquiétudes sont légitimes, elles ont pu susciter une mise en question du système de commandement et de contrôle américain. Or, si le Président est le seul à avoir le pouvoir de donner l'ordre d'une frappe nucléaire, cela ne signifie pas pour autant qu'il prendrait cette décision seul. Certes, aucune disposition juridique ne lui impose la consultation d'un tiers, mais le système constitutionnel américain est conçu pour que le Président puisse consulter ses conseillers avant toute décision importante. Brian McKeon, ancien sous-secrétaire à la politique de Défense, disait ainsi en 2017 qu'il lui paraissait raisonnable d'estimer qu'ayant trait à la sécurité nationale, la décision d'ordonner une frappe nucléaire serait prise après consultation non seulement des plus proches conseillers civils et militaires du Président, mais aussi du Conseil de sécurité nationale (*National Security Council*)². A supposer qu'elle soit rationnelle, la décision découlerait en effet d'un contexte politique qui donnerait lieu à une anticipation et donc logiquement à une délibération collective sur l'opportunité de faire usage des armes nucléaires. Évidemment, cela ne concerne pas le cas de figure de représailles immédiates qui seraient ordonnées le plus rapidement possible sans qu'il n'y ait du temps pour une délibération collective. On comprend donc que les préoccupations exprimées lors des auditions du Sénat ne peuvent en fait concerner qu'une seule situation particulière : celle d'un Président qui prendrait une décision irrationnelle et soudaine d'ordonner une frappe nucléaire en premier.

¹ Emmanuelle Maitre, « [Un an après l'élection de Trump : réflexions sur les procédures d'utilisation des armes nucléaires américaines](#) », *Bulletin mensuel de l'Observatoire de la dissuasion*, Fondation pour la recherche stratégique, n° 49, décembre 2017.

² Brian McKeon, Prepared statement for the United States Senate Committee on Foreign Relations Hearing, « [Authority to Order the Use of Nuclear Weapons](#) », 14 novembre 2017.

Il est donc intéressant de se demander dans quelle mesure les dirigeants d'États dotés de l'arme nucléaire peuvent se voir opposer des contrôles et des garde-fous (« *checks and balances* » et « *safeguards* ») quand ils ordonnent une frappe nucléaire. Le problème étant que l'efficacité de la dissuasion repose sur l'assurance qu'un ordre donné par le Président sera exécuté, on constate que ces freins sont parfois peu nombreux, voire inexistant, et que les États-Unis ne sont pas la seule démocratie libérale dotée de l'arme nucléaire dont le système de commandement et de contrôle peut bouleverser les équilibres constitutionnels, dont la division des pouvoirs de guerre. Pourtant, les dirigeants ne peuvent pas pour autant agir en dehors de toute légalité, et, comme l'a souligné le professeur américain Peter Feaver lors de l'audition du Congrès tenue sur la question en 2017, la procédure de lancement d'une frappe nucléaire ne se résume pas à un bouton qui se trouverait sous le bureau du Président, sur lequel il pourrait même appuyer par accident, déclenchant ainsi le lancement immédiat de missiles. Le processus de lancement est une procédure humaine et un Président qui décide d'ordonner le lancement d'une frappe a besoin de la coopération de toutes les personnes qui forment la chaîne de commandement nucléaire³.

1. Les procédures de lancement d'une frappe nucléaire

1.1. La procédure américaine

Si sa décision est bien rationnelle, le Président américain n'arriverait donc normalement pas seul à la conclusion qu'il faut donner l'ordre d'une frappe nucléaire⁴. En revanche, il est bien le seul à détenir le pouvoir de donner un tel ordre, que ce soit en représailles ou pour une attaque en premier. Un ordre de lancement d'une frappe nucléaire ne sera donc exécuté que s'il peut être authentifié donc vérifié comme émanant bien de la personne du Président ou de son successeur légitime. De manière générale, la chaîne de commandement militaire va du Président au chef d'État-Major des armées en passant par le secrétaire à la Défense. Mais en ce qui concerne l'utilisation des armes nucléaires, un certain flou demeure autour du rôle du secrétaire à la Défense. D'après Jeffrey Lewis et Bruno Tertrais, auteurs d'une étude comparative des procédures de lancement d'une frappe des États nucléaires, si le secrétaire à la Défense serait normalement impliqué dans l'organisation d'une opération militaire qui pourrait mener à l'utilisation d'armes nucléaires⁵, la plupart des témoignages affirment que le Président aurait la possibilité de donner l'ordre directement au chef d'État-

³ United States Senate Committee on Foreign Relations Hearing, « [Authority to Order the Use of Nuclear Weapons](#) », 14 novembre 2017 (Peter Feaver : « *I can't speak in open session about the particularities, but I will say that the system is not a button that the President can accidentally lean against on the desk and immediately cause missiles to fly, as some people in the public, I think, fear it would be. It requires the President to work with military aides who are attending him and who have possession of the materials that he needs. And it requires personnel at all levels of echelon command all the way down to the missile silo to carry out an order. The President by himself cannot press a button and cause missiles to fly. He can only give an authenticated order, which others would follow and then cause missiles to fly* », pp. 34-35).

⁴ Brian McKeon, *op. cit.*

⁵ Jeffrey Lewis, Bruno Tertrais, « The Finger on the Button: The Authority to Use Nuclear Weapons in Nuclear-Armed States », *CNS Occasional Paper*, n° 45, février 2019.

Major des armées⁶. Non seulement le secrétaire à la Défense ne serait donc pas nécessaire à la transmission de l'ordre, mais il semblerait également qu'il n'ait pas de droit de veto et qu'il ne soit pas non plus juridiquement tenu de partager ses hésitations ou objections vis-à-vis de l'ordre donné⁷. Or, le secrétaire à la Défense est le seul membre civil de la chaîne de commandement opérationnel et cela veut dire que le régime juridique qui s'applique spécifiquement aux militaires ne le concerne pas. Il ne risque donc pas de sanctions pénales en cas de désobéissance à un ordre. S'il doit être prêt à perdre sa fonction, le secrétaire à la Défense a la possibilité de refuser de suivre un ordre du Président, et ce pour un certain nombre de raisons : parce qu'il considère l'ordre en question illégal mais aussi en raison d'un désaccord sur la politique adoptée ou d'une objection de conscience⁸.

Les règles de succession permettent d'assurer la continuité de la procédure nucléaire dans le cas où le Président, le vice-Président, le Président de la Chambre des Représentants, le Président du Sénat ou leurs successeurs désignés venaient à décéder ou à se trouver dans un état d'inaptitude à remplir leurs fonctions⁹. La dévolution du pouvoir d'ordonner une frappe nucléaire peut être prévue en cas d'urgence quand personne ne peut exercer les pouvoirs du Président par intérim. En revanche, la délégation d'autorité concerne un pouvoir que le Président peut déléguer à un subordonné qui lui permet de prendre certaines mesures dans des circonstances précises et qui ne dépend pas forcément de l'urgence ni de la capacité du Président à exercer ses fonctions. Mais l'idée que les généraux américains ne sont en charge que de l'exécution d'un ordre de frappe nucléaire s'est de plus en plus imposée et ces derniers n'ont vraisemblablement plus aucune responsabilité en la matière¹⁰.

1.2. La procédure française

Comme aux États-Unis, le Président de la République française est la seule personne à détenir le pouvoir d'ordonner une frappe nucléaire. Mais là encore, l'anticipation des crises et le système politique démocratique de l'État fait qu'il serait peu probable que le Président arrive à une telle décision seul. Il est d'ailleurs probable que cette décision serait prise dans le cadre du Conseil des armements nucléaires, une formation spécialisée du Conseil de défense et de sécurité nationale¹¹, qui définit les orientations stratégiques et s'assure de l'avancement des programmes en matière de dissuasion nucléaire¹². Il réunit le Premier ministre, le ministre de la Défense, le chef d'État-Major des armées, le Délégué général pour l'armement et le Directeur des applications militaires du Commissariat à l'énergie atomique, sous la présidence du Président de la République¹³. Le chef d'État-major des armées est chargé d'assurer l'exécution de l'ordre d'engagement donné par le Président. Comme aux États-Unis, la chaîne de transmission de l'ordre n'implique pas le ministre de la Défense. De

⁶ *Ibid.*

⁷ *Ibid.*

⁸ Christopher Fonzone, « What the Military Law of Obedience Does (and Doesn't) Do », American Constitution Society for Law and Policy, *Issue Brief*, mars 2018.

⁹ Alex Wellerstein, « [No One can Stop President Trump from Using Nuclear Weapons. That's by Design](#) », *Washington Post*, 1^{er} décembre 2016.

¹⁰ *Ibid.*

¹¹ Jeffrey Lewis, Bruno Tertrais, *op. cit.*

¹² Article R*1122-9 du Code de la défense.

¹³ Article R*1122-10 du Code de la défense.

plus, les personnes impliquées dans le processus de délibération ou d'exécution jouent un rôle de conseil mais là encore, le Président n'est en rien tenu de suivre ces conseils et ils n'ont aucun droit de veto quant à l'ordre donné.

En ce qui concerne la succession du pouvoir en cas d'inaptitude du Président à remplir ses fonctions, la Constitution prévoit que le Président du Sénat est le successeur temporaire du Président de la République jusqu'à ce que de nouvelles élections soient organisées (en moins de trente-cinq jours, à moins que le Conseil Constitutionnel ne déclare un cas de force majeure)¹⁴. Le Président du Sénat assumerait alors les pouvoirs de défense, dont le pouvoir d'ordonner une frappe nucléaire. Dans le cas d'une urgence qui rendrait le Président incapable de remplir ses fonctions et l'intérim impossible, l'autorité d'emploi peut être dévolue mais les détails de cette procédure ne sont pas publics. D'après l'étude réalisée par Bruno Tertrais et Jeffrey Lewis¹⁵, dans les années 1960, il était connu que cette succession allait du Président au Premier ministre puis au ministre de la Défense. D'après le Code de la défense, si le Président, le Président du Sénat et le Premier Ministre devenaient tous incapables d'exercer leurs fonctions, les responsabilités et pouvoirs de défense seraient alors assumés par le ministre de la Défense (article L-1111-4). La suite de la succession varie ensuite en fonction de ce qui est indiqué dans le décret fixant la composition du gouvernement. Or, il est possible que les dispositions du Code de la défense applicables à la conduite de la guerre soient applicables au nucléaire. Enfin, le Président de la République a la possibilité de désigner une personne, qui, en dernier recours, se verrait conférer l'autorité de pouvoir ordonner une frappe nucléaire en son nom. Mais l'identité d'une telle personne, si et quand elle existe, reste confidentielle. Il est également impossible de savoir quand et comment de tels arrangements seraient appliqués¹⁶.

1.3. La procédure britannique

Au Royaume-Uni, le Premier ministre est lui aussi le seul à pouvoir autoriser le lancement d'une frappe nucléaire. Mais comme en France et aux États-Unis, il serait très étonnant qu'il arrive à la décision de lancer une frappe nucléaire seul, ce d'autant plus qu'au Royaume-Uni, les décisions importantes sont traditionnellement prises de manière collective (généralement au sein du « cabinet », un organe composé des ministres du gouvernement les plus importants et présidé par le Premier ministre). Le temps et les circonstances le permettant, une délibération collégiale aurait probablement lieu, sans doute au sein d'un organe spécialisé comme le *National Security Council* établi en 2010¹⁷. La chaîne de commandement nucléaire va du Premier ministre aux commandants des sous-marins nucléaires lanceurs d'engins (le Royaume-Uni ne possède plus que des missiles balistiques lancés par sous-marin)¹⁸, en passant par un personnel qui authentifie l'ordre à chaque étape, d'abord au sein du Bureau du cabinet, puis au sein de la *Royal Navy*. Là aussi, aucune des personnes impliquées dans le processus n'a de droit de veto vis-à-vis de l'ordre donné, ni

¹⁴ Jeffrey Lewis, Bruno Tertrais, *op. cit.*

¹⁵ *Ibid.*

¹⁶ *Ibid.*

¹⁷ *Ibid.*

¹⁸ John Gower, « [United Kingdom: Nuclear Weapon Command, Control, and Communications](#) », 12 septembre 2019.

n'est tenu de faire connaître ses hésitations ou objections. Il n'existe pas de règle de succession constitutionnelle au Royaume-Uni¹⁹. C'est la raison pour laquelle le Premier ministre peut désigner lui-même jusqu'à trois « adjoints nucléaires » au sein de son gouvernement, dont l'identité reste secrète et qui pourraient ordonner une frappe nucléaire dans un ordre déterminé à l'avance. Cette procédure existait pendant la Guerre froide et a été réinstaurée en 2001²⁰.

Enfin, deux derniers éléments distinguent un peu le Royaume-Uni des États-Unis et de la France : les lettres de dernier recours (« *letters of last resort* ») et le rôle particulier de la Reine. Premièrement, le Royaume-Uni étant un petit pays en termes de superficie, le protocole de dernier recours permet de garantir des représailles dans une situation où il subirait une attaque en premier sur son territoire et fait donc partie intégrante de sa dissuasion. Étant donné que la France ne possède pas non plus de réelle profondeur stratégique, il semble évident qu'elle possède également un tel protocole. Mais la différence est que le mode opératoire du protocole britannique, lui, est connu du grand public. Il s'agit de quatre lettres dites de « dernier recours », écrites par le Premier ministre et adressées directement aux commandants des SNLE de la Marine britannique, qui contiennent des ordres sur les mesures à prendre si une attaque nucléaire ennemie détruisait le gouvernement britannique. Par le passé, le contenu de ces lettres a varié entre quatre options différentes : « engagez les forces », « n'engagez pas les forces », « faites le choix le plus raisonnable », « placez-vous sous commandement allié, si possible »²¹. Deuxièmement, le Premier ministre n'est que le chef du gouvernement, et c'est en fait la Reine qui est le chef de l'État ainsi que le commandant-en-chef des forces armées. Il est donc possible que le Premier ministre, le temps et les circonstances le permettant, consulterait au moins informellement le Souverain avant de donner l'ordre de frappe. De plus, pour Jeffrey Lewis et Bruno Tertrais²², le rôle particulier de la Reine, qui consiste à garantir le respect de la Constitution, pose la question de savoir si elle se permettrait d'empêcher ou d'intercepter un ordre qu'elle considérerait irrationnel ou injustifié.

2. Le pouvoir des dirigeants d'ordonner une frappe nucléaire : légitimité politique et fondement juridique

2.1. *Le cas des États-Unis et du Royaume-Uni : une procédure intégrée aux dispositions constitutionnelles pré-existantes*

Aux États-Unis, ce qui légitime avant tout le pouvoir du Président à donner cet ordre seul et sans possibilité de veto, c'est la Constitution, dont l'article II dispose que le Président est le chef des armées, ainsi que l'élection du Président au suffrage universel. Dans un article écrit pour *The Washington Post*, l'historien spécialiste des armes nucléaires Alex Wellerstein explique que les créateurs du système de commandement et de contrôle américain

¹⁹ Jeffrey Lewis, Bruno Tertrais, *op. cit.*

²⁰ *Ibid.*

²¹ BBC Radio 4 FM Documentary, « The Human Button », 2 décembre 2008.

²² Jeffrey Lewis, Bruno Tertrais, *op. cit.*

considéraient que l'élection du Président renforçait sa légitimité à ordonner une frappe en permettant un contrôle de ce pouvoir. Mais l'élection présidentielle américaine n'étant pas directe, il est probable que la raison pour laquelle cette autorité s'impose comme légitime et n'a été que rarement remise en cause par le public tient surtout à l'environnement stratégique post-1945 dans lequel elle a été mise en place.

Du point de vue de son fondement juridique, cette autorité repose à la fois sur la pratique et sur les textes qui la codifient, que ce soit par le texte de la Constitution ou, de manière plus spécifique, par le texte de rapports au Congrès ou au Conseil de sécurité nationale. Pourtant, la seule fois que l'arme nucléaire a été utilisée, ce n'était pas un Président qui en avait donné l'ordre. L'ordre des frappes de Nagasaki et d'Hiroshima en 1945 avait été présenté au Président Truman et il n'avait en fait qu'un droit de veto. Mais dès le 10 août Truman a interdit la réalisation de toute frappe sans son autorisation préalable et c'est à partir de ce moment-là que l'arme nucléaire fut soumise à l'usage exclusif de la branche civile de l'exécutif, notamment par l'entrée en vigueur de l'*Atomic Energy Act* de 1946. Discuté par le Congrès pendant neuf mois, il établit très clairement que l'arme nucléaire est une arme politique dont l'usage dépasse la tactique militaire²³. Le pouvoir de donner l'ordre d'une frappe nucléaire a donc été placée entre les mains du Président en tant que commandant-en-chef des forces armées en vertu de l'article II de la Constitution. Ce pouvoir est ensuite codifié plus spécifiquement en 1948 par un rapport du Comité spécial de l'énergie atomique au Conseil de sécurité nationale : « *La décision de faire usage des armes nucléaires en temps de guerre revient au chef de l'exécutif, lorsque ce dernier considère qu'une telle décision est nécessaire* »²⁴. En 2013, un rapport du département de la Défense au Congrès rappelle que ce pouvoir repose désormais sur une tradition bien établie : « *En cohérence avec la pratique de ces dernières décennies, le Président, en tant que Commandant-en-chef des forces armées des États-Unis, est seul à posséder le pouvoir de faire usage des armes nucléaires des États-Unis* »²⁵.

Le Royaume-Uni n'a pas un système institutionnel dans lequel le pouvoir du chef de l'État prédomine. Étant donné qu'il s'agit d'une monarchie parlementaire, c'est la Reine qui est le chef de l'État et le commandant-en-chef des forces armées. Pourtant, c'est bien le Premier ministre qui détient le pouvoir d'ordonner une frappe. Cet état de fait paraît légitimé par l'élection indirecte du Premier ministre ainsi que par le fait que c'est lui qui exerce la plupart des pouvoirs de la Reine. En effet, si la responsabilité de donner l'ordre d'une frappe nucléaire revient au seul Premier ministre, il paraît probable que ce pouvoir découle de la possibilité de déclarer la guerre, qui appartient au Souverain et qui, selon la coutume constitutionnelle, est exercée par le Premier ministre en son nom²⁶. Au Royaume-Uni, les différents organes de l'État agissent en effet selon des us et coutumes que les Britanniques appellent des « *constitutional conventions* ». Enfin, la procédure britannique peut aussi s'expliquer par les urgences de la Guerre froide. Comme déjà expliqué, le protocole de

²³ Alex Wellerstein, « [The President and the Bomb](#) », 18 novembre 2016.

²⁴ Jeffrey Lewis, Bruno Tertrais, *op. cit.* Traduction de l'auteur. Version originale : « *The decision as to the employment of atomic weapons in the event of war is to be made by the Chief Executive when he considers such decision to be required* » (p. 4).

²⁵ *Ibid.* Traduction de l'auteur. Version originale : « *Consistent with decades-long practice, the President, as Commander in Chief of the U.S. Armed Forces, has the sole authority to order the employment of U.S. nuclear forces* ».

²⁶ Consultation Paper CP26/07, « [War Powers and Treaties: Limiting Executive Powers](#) », *The Governance of Britain*, 25 octobre 2007.

« dernier recours » s'explique par le fait que le Royaume-Uni (de même que d'autres États de taille moyenne) est vulnérable à une attaque en premier, mais il s'agit du seul pour lequel un tel protocole est de notoriété publique.

2.2. *Le cas de la France : l'adoption d'une « Constitution atomique »*

En France (comme aux États-Unis), c'est aussi avant tout la Constitution et l'élection du Président au suffrage universel qui légitiment ce pouvoir d'ordonner une frappe nucléaire. L'article 15 de la Constitution dispose en effet que le Président est commandant-en-chef des forces armées et cette légitimité a été renforcée en 1962 par l'instauration après référendum de l'élection du Président au suffrage universel direct²⁷. Initiée par De Gaulle, cette réforme avait pour but de légitimer la prééminence croissante du Président dans la vie institutionnelle ainsi que sa capacité de lancer une frappe nucléaire.

Le fondement juridique du pouvoir du Président d'ordonner une frappe nucléaire repose en premier lieu sur la Constitution. Partons de l'article 5, en vertu duquel le Président de la République est le garant de l'indépendance nationale et de l'intégrité du territoire. C'est de là que l'article 15, spécificité de la Ve République, tire sa justification²⁸. Or, c'est plus spécifiquement de l'article 15 que le Président tire son pouvoir de décision en matière de défense nucléaire, c'est-à-dire de sa double qualité de chef des armées et de Président des conseils et des comités supérieurs de la défense nationale²⁹. Si le Premier ministre reste théoriquement « responsable de la défense nationale » (article 21)³⁰, une série de décrets ont confirmé le caractère exclusivement présidentiel de l'autorité sur la force de dissuasion (dans leur ouvrage *Le Président et la Bombe*, Jean Guisnel et Bruno Tertrais énumèrent à cet égard trois décrets successifs : le « décret du 18 juillet 1962 portant sur l'organisation de la défense nationale [qui] dessaisit, dans les faits, le Premier ministre d'une partie de ses prérogatives antérieures » ; le décret du 14 janvier 1964 par lequel le Président se voit « explicitement attribue[r] le pouvoir d'engager les forces nucléaires » ; le décret du 12 juin 1996, qui « a remis d'aplomb, sur le plan juridique, l'exercice formel du pouvoir présidentiel en matière de dissuasion », mis à jour en 2009)³¹.

Jean Guisnel et Bruno Tertrais affirment que la France est le seul pays dans lequel la possession de l'arme nucléaire a eu un impact sur la nature même du régime politique. En effet, aux États-Unis et au Royaume-Uni, le pouvoir exclusif du Président ou du Premier ministre sur l'atome s'est essentiellement instauré par la pratique et n'a engendré aucune réelle modification constitutionnelle ou politique. En France, l'intégration de l'arme atomique dans l'appareil d'État a été concomitante de l'adoption d'une nouvelle Constitution, qui, pour ces auteurs, s'explique et se justifie essentiellement par l'élément nucléaire, d'où leur expression de « *Constitution nucléaire* ». Le général de Gaulle, qui voulait la bombe comme atout stratégique pour la France, avait compris qu'une dissuasion

²⁷ Jeffrey Lewis, Bruno Tertrais, *op. cit.*

²⁸ Benoît Grémare, « ["L'État nucléaire" ou la Ve République à l'épreuve d'un conflit nucléaire : analyse de la théorie pacienne de l'adaptabilité constitutionnelle aux circonstances de crise](#) », *Civitas Europa* vol. 42, n° 1, 2019, pp. 171-188.

²⁹ *Ibid.*

³⁰ Jean Guisnel, Bruno Tertrais, *Le Président et la Bombe*, Odile Jacob, Paris, 2016.

³¹ *Ibid.*

efficace nécessite un décideur unique qui soit légitime devant le peuple, puisque la dissuasion engage la nation dans son entièreté. Il pouvait donc s'agir du Président de la République, mais la IV^e République, marquée par une tradition parlementaire, ne donnait pas au Président la légitimité nécessaire. Le général de Gaulle fera donc adopter par référendum la Ve République, qui entrera en vigueur le 4 octobre 1958 et désignera le Président comme chef des armées (article 15 de la Constitution). Or, le renforcement du pouvoir exécutif ne se limitera pas à l'atome et la nouvelle Constitution aura pour effet d'instaurer une prédominance du pouvoir présidentiel sur l'ensemble des institutions de la République. Le Président Charles de Gaulle décidera alors que ce pouvoir accru doit bénéficier d'une légitimité solide, non seulement juridique mais aussi politique, ce qui se traduira par la réforme de 1962, qui instaure l'élection du Président de la République au suffrage universel direct. La France est donc non seulement le seul grand pays occidental dans lequel un chef d'État directement élu par le peuple est le chef des armées³² ; elle est également le seul État nucléaire de l'OTAN dont la Constitution et le régime politique ont été déterminés par l'arme nucléaire.

3. Les conséquences sur la division des pouvoirs de guerre

Parce que le lancement d'une frappe nucléaire a pour effet de déclencher des hostilités, ce pouvoir attribué à l'exécutif n'est pas dénué d'implications sur la division des pouvoirs de guerre. En circonstances ordinaires, que l'autorisation de l'organe représentatif du peuple (Parlement ou Congrès) soit formellement requise ou non, il est habituellement attendu de l'exécutif qu'il consulte au moins informellement cet organe avant de prendre une décision aussi importante concernant la sécurité du pays. Or, le pouvoir prépondérant de l'exécutif en ce qui concerne l'utilisation des armes nucléaires peut avoir pour effet de bouleverser cet équilibre.

Aux États-Unis, l'article II de la Constitution donne au Président le statut de « *commandant en chef des armées* », ce qui lui donne le pouvoir de défendre l'État contre une attaque soudaine et d'anticiper une attaque imminente. Le pouvoir de défendre l'État contre une attaque soudaine donne au Président le droit d'ordonner une frappe nucléaire en riposte. Mais c'est le pouvoir d'anticiper une attaque imminente qui lui donne la possibilité de déclencher une guerre puisqu'il lui permet d'ordonner une frappe en premier.

Pourtant, comme nous le dit Brian McKeon, l'article II ne donne pas, en fait, carte blanche au Président pour faire la guerre puisque l'article premier de la Constitution donne ce pouvoir au Congrès. Le pouvoir du Président d'engager les troupes en tant que commandant-en-chef des forces armées est ainsi soumis à un contrôle du Congrès, dont le rôle ici est d'empêcher le Président de pouvoir déclarer la guerre seul. Cette division des pouvoirs de guerre a été prévue par les pères fondateurs dès les origines de la Constitution américaine³³. Pourtant, il n'a pas été rare que l'exécutif américain prenne des libertés vis-à-vis de ces exigences³⁴.

³² *Ibid.*

³³ History, Art & Archives, U.S. House of Representatives, « [Power to Declare War](#) », 6 juillet 2020.

³⁴ Dave Roos, « [US Presidents and Congress have Long Clashed over War Powers](#) », history.com, 16 janvier 2020.

C'est la raison pour laquelle, en pleine guerre du Vietnam, le Congrès a voté la Résolution des pouvoirs de guerre (*War Powers Resolution*) de 1973, qui avait pour but de réaffirmer le pouvoir du Congrès de déclarer la guerre en soumettant la possibilité pour le Président d'engager les forces armées à certaines conditions. Selon cette résolution, il doit en effet notifier le Congrès quarante-huit heures après l'engagement des forces, et les forces armées ne peuvent pas rester engagées plus de soixante jours sans une déclaration de guerre du Congrès ou une autorisation de sa part pour l'usage de la force militaire (*authorization for the use of military force*, soit AUMF).

Un an après l'élection de Donald Trump et alors que ce dernier échangeait des déclarations menaçantes avec son homologue nord-coréen Kim Jong-un, un article du *New York Times* expliquait que cette résolution ne couvre pas le droit du Président de déclencher une guerre en donnant l'ordre d'une frappe nucléaire en premier³⁵. À cet égard, Brian McKeon a expliqué, lors de l'audition du Sénat concernant l'autorité d'ordonner l'utilisation des armes nucléaires de 2017³⁶, que si une décision de lancement d'une frappe nucléaire est rationnelle, la frappe a pour but d'atteindre un objectif de guerre qui, la plupart du temps, nécessitera l'implication des forces armées et donc une autorisation du Congrès. Or, que l'engagement concerne les forces nucléaires ou conventionnelles, l'autorisation du Congrès intervient de toute façon toujours dans un second temps, pour légitimer les actions du Président et leur donner l'aval populaire. Si on suit le raisonnement de Brian McKeon, en ce qui concerne une frappe nucléaire en premier, l'aval du Congrès devrait logiquement intervenir de la même manière que dans le cas où le Président déciderait d'engager les forces armées conventionnelles. Toutefois, il y a une différence importante : une frappe nucléaire en premier peut potentiellement infliger des dommages beaucoup plus importants que les forces conventionnelles et donc engager le pays dans la guerre de manière plus irréversible, avant même d'avoir eu l'autorisation du Congrès. Toujours lors de cette même audition du Sénat, le sénateur du Massachusetts Edward J. Markey est intervenu pour dire qu'il avait introduit une proposition de loi co-sponsorisée par treize de ses collègues sénateurs dans le but de restreindre le pouvoir du Président de lancer une frappe nucléaire en premier sans l'autorisation du Congrès³⁷.

En France, comme aux États-Unis, la Constitution de la Ve République prévoyait, dans son article 35, que « [l]a déclaration de guerre est autorisée par le Parlement ». Une disposition dont il n'a jamais été fait usage et qui n'empêchait pas le gouvernement de faire intervenir les forces armées à l'étranger. Or, l'augmentation du nombre d'opérations extérieures et leur évolution (les opérations de maintien de la paix ont pu impliquer parfois de véritables actions de combat)³⁸ a poussé à l'adoption d'une réforme qui pourrait s'inspirer de la Résolution des pouvoirs de guerre américaine. La réforme constitutionnelle du 23 juillet 2008 modifie ainsi l'article 35 en instituant une procédure d'information et de contrôle du

³⁵ Jeffrey Bader, Jonathan D. Pollack, « [Time to Restrict the President's Power to Wage Nuclear War](#) », *New York Times*, 12 septembre 2017.

³⁶ Brian McKeon, *op. cit.*

³⁷ United States Senate Committee on Foreign Relations Hearing, « [Authority to Order the Use of Nuclear Weapons](#) », 14 novembre 2017. Senator Edward J. Markey: « *The fact that any American President has the unilateral ability to start a nuclear war is why I have introduced legislation cosponsored by 13 of my Senate colleagues to restrict any President's authority to launch a first-use nuclear strike without congressional authorization.* » (p. 29).

³⁸ Assemblée nationale, « [Fiche de synthèse n° 47 : La déclaration de guerre et les interventions armées à l'étranger](#) ».

Parlement sur les opérations extérieures. Elle vise donc à empêcher l'exécutif de pouvoir engager les forces armées dans un conflit plus de quatre mois sans l'aval du Parlement et met donc en place des conditions similaires à celles imposées par la Résolution américaine, bien que moins strictes : le gouvernement doit informer le Parlement de sa décision de faire intervenir les forces armées à l'étranger au plus tard trois jours après le début de l'intervention (au lieu de 48 heures) et les forces armées ne peuvent rester engagées plus de quatre mois sans autorisation parlementaire (au lieu de deux mois). On a donc en France une situation semblable à celle des États-Unis où l'exécutif dispose d'une marge de manœuvre importante tant qu'il ne s'agit pas d'une intervention durable. La possibilité pour le Président d'ordonner une frappe nucléaire en premier pose donc les mêmes difficultés que celle abordées pour les États-Unis : si une frappe nucléaire pourrait s'inscrire dans le cadre d'une opération plus large nécessitant l'intervention de forces conventionnelles qui exigerait une autorisation parlementaire, la frappe en elle-même peut potentiellement engager le pays dans la guerre de manière plus irréversible que l'intervention de forces conventionnelles, ce avant même qu'ait été obtenue une autorisation parlementaire. En revanche, une nuance s'impose peut-être en ce que la Constitution de la Ve République assigne de toute façon un rôle prédominant à l'exécutif dans la mise en œuvre de la politique de défense. Ainsi, si le pouvoir du Président d'ordonner une frappe est incohérent avec l'exigence d'une autorisation parlementaire pour déclarer la guerre, elle ne bouleverse pas vraiment l'équilibre constitutionnel en place.

Au Royaume-Uni, aucune règle formelle ne prévoit la participation du Parlement en ce qui concerne la déclaration de guerre. En revanche, non seulement dans la pratique l'exécutif a souvent consulté le Parlement de manière informelle³⁹, mais cette situation pourrait changer puisque depuis 2003 des débats ont émergé qui poussent à la réforme. En effet, en 2011, le gouvernement de coalition a suggéré que depuis 2003 (le Premier ministre Tony Blair avait alors demandé au Parlement de voter sur l'intervention armée en Irak), une « *convention constitutionnelle* » s'est établie selon laquelle la Chambre des Communes doit pouvoir débattre d'une intervention armée et même voter avant qu'elle n'ait lieu. Les membres du Parlement ont en effet procédé à un vote sur l'engagement des forces armées cinq fois depuis 2003, et ils ont notamment opposé leur veto à l'intervention en Syrie en 2013⁴⁰. Mais selon la proposition de loi qui avait alors été mise en avant par le gouvernement de coalition, cette convention constitutionnelle ne devrait pas être observée dans une situation qui la rendrait inadaptée. Elle mentionne alors deux types de situations : quand l'opération en question doit rester secrète ; quand les contraintes temporelles ne permettent pas de demander l'aval préalable du Parlement⁴¹. Si cette loi était votée, elle ne s'appliquerait donc pas à une frappe en riposte, mais elle pourrait s'appliquer à une frappe en premier qui n'est pas urgente.

³⁹ James Strong, « [The War Powers of the British Parliament: What has been Established and what Remains Unclear?](#) », *The British Journal of Politics and International Relations*, 22 janvier 2018.

⁴⁰ *Ibid.*

⁴¹ « [War Powers and Treaties: Limiting Executive Powers](#) », *op. cit.*

4. L'efficacité de la dissuasion au détriment de la maîtrise du risque nucléaire

On peut donc constater que dans les trois États nucléaires de l'OTAN, les procédures relatives à la dissuasion sont avant tout conçues pour en garantir l'efficacité, c'est-à-dire pour garantir qu'une frappe nucléaire pourra toujours être lancée par le Président et seulement par le Président, que ce soit en premier ou en représailles. C'est l'aspect positif du dilemme que le professeur américain Peter Fever (ancien conseiller du *National Security Council*) appelle le « *always/never dilemma* »⁴². Il semble ainsi que les exigences de la dissuasion imposent de supprimer tout obstacle qui pourrait ralentir ou empêcher le Président de prendre cette décision, d'en donner l'ordre et de voir cet ordre exécuté. C'est la raison pour laquelle on y sacrifie notamment la division des pouvoirs de guerre ainsi que le processus de délibération collective propre aux démocraties. L'objectif étant qu'un adversaire ne puisse pas penser qu'il pourrait éviter des représailles avec une attaque en premier bien ciblée. Mais l'aspect négatif du dilemme, qui consiste à garantir qu'une frappe ne pourra jamais être lancée accidentellement ou illégalement, est tout aussi important : il s'agit de la maîtrise du risque nucléaire. Or, l'idée que les procédures de commandement et de contrôle ne permettent pas de garantir la maîtrise de ce risque revient régulièrement dans le débat public. Pourtant, c'est justement à cause de ce risque que le pouvoir d'ordonner une frappe nucléaire a été placé entre les mains du Président et que chacun de ces trois États met en place d'importantes mesures d'authentification.

C'est pourquoi le professeur Alex Wellerstein explique qu'en ce qui concerne le pouvoir de frappe du Président, la question des contrôles et des garde-fous est presque contre-intuitive : parlant des États-Unis, il affirme que si ce pouvoir a été placé sous l'autorité exclusive du Président, c'était pour garantir son indépendance à l'égard des forces armées. Il s'agissait donc bien d'un choix délibéré consistant à garantir le contrôle politique de l'arme nucléaire⁴³. Lors de l'audition du *Committee on Foreign Relations* du Sénat américain de 2017 concernant le pouvoir d'ordonner l'utilisation des armes nucléaires, l'ancien commandant du Commandement stratégique des États-Unis, le général Robert Kehler, a notamment insisté sur le fait que seuls des ordres correctement authentifiés devaient être suivis.

On retrouve cette idée en France, où un important « *contrôle gouvernemental* » est mis en place, non pas pour encadrer le pouvoir de frappe du Président, mais au contraire pour assurer la prééminence de l'autorité politique en matière de dissuasion nucléaire⁴⁴. C'est ainsi que le ministre de la Défense et le chef de l'Etat-Major des armées rendent compte à cet effet au Premier ministre, auquel incombe la responsabilité de ce contrôle. Il est donc à la tête d'un ensemble de mesures et de procédures par lesquelles il est garanti que les forces nucléaires sont disponibles en permanence et seulement pour le Président, et que les ordres exécutés sont bien ceux qui ont été donnés par le Président (authentification des

⁴² Peter Fever, Prepared statement for the United States Senate Committee on Foreign Relations Hearing, « [Authority to Order the Use of Nuclear Weapons](#) », 14 novembre 2017.

⁴³ Union of Concerned Scientists, « [Whose Finger is on the Button? Nuclear Launch Authority in the United States and other Nations](#) », 22 septembre 2017.

⁴⁴ Jean Guisnel, Bruno Tertrais, *op. cit.*

ordres). Elles garantissent également la sécurité des installations, des matières et des armes, et la confidentialité des informations.

Enfin, on retrouve également ce principe au Royaume-Uni, où la procédure de lancement d'une frappe vise à garantir que l'ordre vient du Premier ministre, ce tout au long de la chaîne de commandement. Comme déjà évoqué, la chaîne de commandement nucléaire va du Premier ministre aux commandants des sous-marins nucléaires lanceurs d'engins⁴⁵. Mais l'ordre est authentifié à chaque étape de cette chaîne : d'abord par deux hauts fonctionnaires, un civil et un militaire, du Bureau du cabinet, puis tout au long de la chaîne par des militaires de la *Royal Navy*. Quand l'ordre atteint le SNLE en question, il est authentifié une dernière fois par deux officiers à bord autres que le commandant lui-même (c'est d'ailleurs aussi le cas à bord des SNLE français)⁴⁶.

Mais si placer le pouvoir de frappe entre les mains du Président était conçu en soi comme un garde-fou, pour certains, il paraît aujourd'hui trop risqué de placer autant de pouvoirs entre les mains d'une seule personne. Cette idée est avancée notamment par des *lobbies* anti-nucléaires dont l'Union des scientifiques préoccupés (*Union of Concerned Scientists*), pour lesquels il est nécessaire d'encadrer et de limiter le pouvoir du Président d'ordonner une frappe nucléaire. Ils militent notamment pour une réforme du système de commandement et de contrôle américain permettant qu'il ne repose plus sur un décideur unique⁴⁷, et ils soutiennent de manière générale toute possibilité de contrôle ou garde-fou, dont la proposition de loi du Sénateur démocrate Edward J. Markey, qui obligerait le Président à consulter le Congrès avant de pouvoir ordonner le lancement d'une frappe en premier⁴⁸. Les États-Unis sont d'ailleurs le seul des trois États nucléaires de l'OTAN dans lequel ce débat, présent au sein de la société civile, s'est désormais introduit au sein de la sphère gouvernementale. On peut d'ailleurs observer à cet égard une fracture assez nette entre Républicains et Démocrates qui était notamment visible lors des débats de l'audition du Sénat concernant le pouvoir d'ordonner l'utilisation des armes nucléaires de 2017. Dans l'ensemble, les interventions des sénateurs démocrates étaient critiques du système actuel et favorables à la mise en place de contrôles et de garde-fous tandis que les interventions des sénateurs républicains étaient plus prudentes, le Sénateur de la Floride Marco Rubio allant jusqu'à faire remarquer que le simple fait de débattre de ces questions au sein du Sénat pourrait fragiliser la crédibilité de la dissuasion nucléaire américaine⁴⁹.

Les conclusions des intervenants experts (le général Robert Kehler, le professeur Peter Feaver et l'ancien sous-secrétaire à la politique de Défense Brian McKeon) étaient d'ailleurs plutôt prudentes, les trois jugeant que des aménagements législatifs pourraient nuire à la dissuasion. Si le professeur Peter Feaver pense qu'il est toujours intéressant de se pencher sur la question et qu'il y a tout de même des propositions solides discutées au sein du monde académique, il lui paraît plus logique et prudent de prioriser une modernisation de l'arsenal nucléaire des États-Unis qui permettrait de réduire les risques de lancements non

⁴⁵ John Gower, *op. cit.*

⁴⁶ *Ibid.*

⁴⁷ Union of Concerned Scientists, *op. cit.*

⁴⁸ *Ibid.* ; « [Limiting the President's Ability to Start a Nuclear War](#) », 28 mars 2017.

⁴⁹ United States Senate Committee on Foreign Relations Hearing, « [Authority to Order the Use of Nuclear Weapons](#) », 14 novembre 2017.

authentifiés ou accidentels, tout en renforçant la dissuasion plutôt qu'en lui nuisant. Brian McKeon, lui, pense que des aménagements législatifs permettant de restreindre le pouvoir du Président au sein de l'exécutif pourraient avoir des conséquences imprévues. Le dilemme entre efficacité de la dissuasion et maîtrise du risque nucléaire ainsi que la quantité de scénarios envisageables rendent la question difficile à traiter. Or, il pense qu'en droit, les cas difficiles nous amènent parfois à envisager des solutions qui font de mauvais principes (« *hard cases make bad law* »), et qu'il serait dommage de créer un précédent qui pourrait nuire à la dissuasion de manière générale à cause d'une crise de confiance vis-à-vis d'un Président en particulier. Il semble en revanche qu'il soit plutôt favorable à une autorisation préalable du Congrès avant le lancement d'une frappe nucléaire en premier et encourage les membres du Sénat à poursuivre une réflexion sur la division des pouvoirs de guerre afin que l'article II de la Constitution ne puisse pas être utilisé par l'exécutif pour contourner le Congrès. Enfin, le général Kehler est lui aussi sceptique quant à de possibles aménagements des procédures de commandement et de contrôle. Ayant insisté sur le fait que les militaires n'ont d'autre obligation que de suivre des ordres légaux, il lui semble que le meilleur des garde-fous envisageables se trouve là, et il encourage le Sénat à envisager un entraînement et une formation des militaires leur permettant d'être en mesure de désobéir à un ordre illégal.

5. La possibilité de désobéir à un ordre illégal comme garde-fou du droit d'ordonner une frappe nucléaire

Il semble donc qu'aucune des procédures des trois États nucléaires de l'OTAN ne prévoit de garde-fou spécifique destiné à encadrer le pouvoir du Président/Premier ministre d'ordonner le lancement d'une frappe nucléaire. Mais cela ne signifie pas pour autant que ces derniers bénéficient d'un pouvoir absolu en la matière. La tradition de l'état de droit (« *rule of law* ») reste bien ancrée dans chacun de ces trois États. Leurs dirigeants ne peuvent donc normalement pas agir en dehors de toute légalité, quelles que soient les circonstances. Si l'un des dirigeants des trois États en question pourrait bien sûr décider de donner un ordre de frappe bien qu'il soit illégal, il n'est pas certain qu'un subordonné serait juridiquement responsable en cas de désobéissance à un ordre illégal. Évidemment, dans le secteur public et plus encore au sein de l'armée, l'obéissance à ses supérieurs a longtemps été considérée comme devant être absolue. Mais ce principe a pu connaître des atténuations, et des évolutions intéressantes ont pu être observées dans ces trois États, dans lesquels il a été admis qu'un subordonné puisse parfois désobéir aux ordres. Le général Robert Kehler a en effet expliqué lors de l'audition de 2017 qu'en vertu du Code unifié de justice militaire, les militaires sont tenus d'obéir aux ordres légaux et authentifiés⁵⁰. Il considère donc qu'il lui revenait, en tant que commandant du Commandement Stratégique des États-Unis, la responsabilité de faire valoir ses potentielles hésitations et objections concernant la légalité de l'ordre d'une frappe nucléaire, du moins lors du processus de

⁵⁰ General Robert Kehler, Prepared statement for the United States Senate Committee on Foreign Relations Hearing, « [Authority to Order the Use of Nuclear Weapons](#) », 14 novembre 2017 : « *Military members are bound by the Uniform Code of Military Justice (UCMJ) to follow orders provided they are legal and come from appropriate command authority. They are equally bound to question (and ultimately refuse) illegal orders or those that do not come from appropriate authority* » (p. 8).

délibération. De son point de vue, il en allait de même pour ses collègues : le secrétaire à la Défense, le chef d'État-Major des armées, et les autres conseillers civils et militaires du Président impliqués dans le processus de décision. Bien entendu, la question de savoir si un ordre de frappe peut être refusé au moment de son exécution est moins évidente. Mais les débats de l'audition semblaient suggérer que le commandement militaire américain pourrait évoluer en ce sens, avec l'idée qu'il faudrait former les militaires à pouvoir se poser ces questions juridiques au moment de l'exécution d'un ordre. Évidemment, s'il est parfois nécessaire de désobéir, un militaire sait aussi ce qu'il peut risquer en cas de désobéissance injustifiée. Désobéir demande non seulement du courage mais aussi d'être vraiment sûr de soi... donc d'avoir des connaissances juridiques.

5.1. L'arbitrage entre principe de légalité et principe d'obéissance

En France, au Royaume-Uni et aux États-Unis, les hiérarchies militaires ont évolué d'un principe d'obéissance passive vers une subordination éclairée qui doit parfois faire prévaloir la légalité au détriment de l'obéissance.

Aux États-Unis, le point de départ a été la jurisprudence Calley (1975)⁵¹. En mars 1968, le lieutenant de 2^{ème} classe William Calley avait exécuté entre 350 et 500 civils du village de Mai Lai dans le sud du Vietnam. Poursuivi pour meurtre, il s'est défendu devant une cour martiale en disant qu'il ne faisait qu'obéir aux ordres qui lui avaient été donnés. La cour jugera que la première obligation d'un soldat est d'obéir à la loi et que tout soldat a donc l'obligation d'obéir non pas à tout ordre mais à tout ordre légal. L'article 92 du Code unifié de justice militaire dispose d'ailleurs que toute personne soumise au respect de ce code qui viole ou échoue à obéir un ordre général légal ou une régulation légale sera puni tel qu'un juge militaire en décidera⁵².

En France, si le Code de discipline générale des armées de 1933 consacrait une obéissance mécanique en prévoyant que « *tout supérieur obtienne de ses subordonnés une obéissance entière et une soumission de tous les instants* », la prise en compte de la professionnalisation des armées a amené une atténuation de ce principe par le statut général des militaires de 1972, puis par celui de 2005⁵³. L'article 1^{er} du statut de 2005 commence par réaffirmer les principes d'autorité et de discipline mais son article 8 ajoute : « *les militaires doivent obéissance aux ordres de leurs supérieurs et sont responsables de l'exécution des missions qui leur sont confiées. Toutefois, il ne peut leur être ordonné et ils ne peuvent accomplir des actes qui sont contraires aux lois, aux coutumes de la guerre et aux conventions internationales* ». Disposition que l'on retrouve à l'article L. 4111 du Code de la défense. Cette évolution au sein de l'armée française se retrouve plus généralement dans le secteur public français⁵⁴, et se traduit par le développement de garanties et de limitations d'un pouvoir hiérarchique longtemps considéré comme absolu⁵⁵.

⁵¹ *Calley v. Callaway*, 519 F.2d 184 (5th Cir. 1975).

⁵² United States, Uniform Code of Military Justice, article 92 : « *Failure to obey order or regulation: « Any person subject to this code who – (a) Violates or fails to obey any lawful general order or regulation; or ... shall be punished as a court-martial may direct* ».

⁵³ Ronan Doaré, « Ordre légal, ordre illégal », *Inflexions*, vol. 24, n° 3, 2013, pp. 153-162.

⁵⁴ Le Statut général des fonctionnaires dispose, aujourd'hui, que « *tout fonctionnaire, quel que soit son rang dans la hiérarchie, est responsable de l'exécution des tâches qui lui sont confiées. Il doit se conformer aux instructions*

Si au Royaume-Uni l'obéissance aux ordres est également considérée comme une « *vertu cardinale* » de la profession militaire, la jurisprudence traitant de la question de l'obéissance aux ordres illégaux remonte au XVIIe siècle (*Cooke* (1660) 5 St Tr 1077; *Axtell* (1661) 13 St Tr 1146.), et des arrêts reconnaissant une responsabilité juridique pour des actes commis par des subordonnés obéissant aux ordres remontent au moins au XIXe siècle (*R v. Thomas* (1816), *Keily v. Bell* (1866))⁵⁶. De plus, l'article 12 de l'*Armed Forces Act* de 2006 consacre une obligation d'obéissance aux ordres légaux⁵⁷.

5.2. Obéissance à un ordre illégal, désobéissance à un ordre légal : le subordonné est-il systématiquement juridiquement responsable ?

Un subordonné qui fait partie de la chaîne de commandement nucléaire sera-t-il donc forcément juridiquement responsable des actes qu'il commet en désobéissant à un ordre légal ou en obéissant à un ordre illégal ? La réalité n'est en fait pas aussi simple car de manière générale, on ne peut pas attendre de tout militaire d'avoir les connaissances juridiques lui permettant de pouvoir déterminer la légalité de tout ordre, d'autant moins que l'évolution de la conflictualité fait que les opérations militaires s'inscrivent dans un contexte de plus en plus complexe dans lequel s'appliquent des normes juridiques nationales comme internationales⁵⁸. Il y a donc un équilibre à trouver qui s'est traduit par un principe d'« illégalité manifeste » aux États-Unis et en France. Au Royaume-Uni, ce principe est aussi parfois retenu mais il demeure une incertitude autour de cette question.

Aux États-Unis, la solution retenue dans l'arrêt *Calley* de 1975 était celle de l'illégalité manifeste : pour qu'un subordonné soit juridiquement responsable d'actes accomplis en obéissant à un ordre illégal, cet ordre doit être *manifestement* illégal, c'est-à-dire qu'une personne raisonnable n'aurait aucun doute quant à son illégalité⁵⁹. Dans cette affaire, le meurtre de civils innocents constituant l'une des règles les plus évidentes et fondamentales du droit des conflits armés, l'ordre donné était bien manifestement illégal. Le *Manual for Courts Martial* (un guide pour les juges militaires publié par le *Department of Defense*) explique à la règle 916 (d) qu'un militaire peut se défendre devant une cour martiale en disant qu'il ne faisait qu'obéir aux ordres, à moins que ce dernier n'eût connaissance du caractère illégal des ordres, ou qu'un militaire raisonnable en aurait eu connaissance. Mais alors que se passerait-t-il si un subordonné désobéissait à un ordre qui n'était en fait pas illégal ? Si le principe retenu dans l'arrêt *Calley* est que le militaire est responsable des crimes qu'il commet en obéissant à un ordre manifestement illégal, cela veut dire qu'il ne sera pas poursuivi pour des actes commis en obéissant à un ordre qui était illégal mais ne l'était pas de manière manifeste. Il n'a donc normalement aucune raison de désobéir tant

de son supérieur hiérarchique, sauf dans le cas où l'ordre est manifestement illégal et de nature à compromettre gravement un intérêt public » (A. Plantey, « Traité pratique de la fonction publique », LGDJ, 1971, p. 442).

⁵⁵ Ronan Doaré, *op. cit.*

⁵⁶ Ziv Bohrer, « [England and the Superior Orders Defence — Choosing the Middle Path](#) », *Oxford University Commonwealth Law Journal* 273 (2012), 28 août 2012.

⁵⁷ United Kingdom, *Armed Forces Act* 2006, article 12 « Disobedience to lawful commands » : « A person subject to service law commits an offence if — (a) he disobeys a lawful command; ».

⁵⁸ Ronan Doaré, *op. cit.*

⁵⁹ John Ford, « [When Can a Soldier Disobey an Order?](#) », *War on the Rocks*, 24 juillet 2017.

que l'ordre n'est pas manifestement illégal et en dehors d'une illégalité manifeste, une désobéissance est punie par des sanctions disciplinaires ou pénales.

En France, le Code de la défense dispose à son article D. 4122-3 : « *Le subordonné ne doit pas exécuter un ordre prescrivant d'accomplir un acte manifestement illégal ou contraire aux règles du droit international applicable dans les conflits armés et aux conventions internationales en vigueur pour la France* ». La loi ne fournit pas une liste exhaustive de ce qui peut constituer un ordre « manifestement illégal », et il revient donc au juge d'apprécier, souverainement, le caractère légal ou illégal de l'ordre en question⁶⁰. Comme aux États-Unis, un militaire français n'a donc normalement pas de latitude pour désobéir à un ordre en dehors d'une illégalité manifeste.

Au Royaume-Uni, la jurisprudence a parfois opté pour un principe de responsabilité absolue (*R. v. Thomas*, 1816) tandis que d'autres arrêts ont adopté la solution de la responsabilité conditionnelle (*Keily v. Bell*, 1866), qui reprend le système de l'« *illégalité manifeste* » adopté en France et aux États-Unis (le subordonné est responsable s'il savait que l'ordre était illégal ou si une personne raisonnable l'aurait su). De plus, certains arrêts reprennent la solution de la responsabilité conditionnelle mais en avançant que la question n'est pas de savoir si l'ordre était légal ou illégal mais s'il était manifestement immoral⁶¹. En 2001, le Royaume-Uni a incorporé le Statut de Rome de 1998 (le traité international portant création de la Cour pénale internationale) dans sa législation nationale par le biais de l'*International Criminal Court Act*. Or, le Statut de Rome reconnaît à son article 33 le principe de l'« *illégalité manifeste* ». Malheureusement, l'incertitude demeure puisque que l'*International Criminal Court Act* n'a pas inclus cet article. Ainsi, deux camps s'opposent. Certains pensent qu'au regard de la jurisprudence *Keily v. Bell* et du fait que l'*International Criminal Court Act* n'a pas intégré l'article 33 du Statut de Rome dans le droit britannique, ce dernier adopte un principe de responsabilité absolue par lequel le subordonné est systématiquement responsable. D'autres soutiennent qu'au regard de la jurisprudence *R v. Thomas* et du fait que le Royaume-Uni est signataire du Statut de Rome qui reprend le principe de l'« *illégalité manifeste* », le droit britannique adopte un principe de responsabilité conditionnelle. Ce camp s'appuie également sur le fait que la nouvelle version du Manuel du droit des conflits armés (*Manual of the Law of Armed Conflict*) de 2004 a laissé place à la responsabilité conditionnelle lorsqu'il s'agit de crimes de guerre, ce qui en fait le premier manuel de droit de la guerre britannique à ne pas rejeter complètement le principe de responsabilité conditionnelle depuis soixante ans⁶². Un flou juridique demeure donc autour de la question, ce qui veut dire qu'on ne peut pas vraiment savoir ce qui se passerait dans le cas où un subordonné désobéirait à un ordre qui serait considéré légal par les juges. Un subordonné qui désobéirait à un tel ordre ne peut donc pas savoir exactement ce qu'il risque. Le principe de la responsabilité absolue donne en tout cas plus de latitude au soldat pour désobéir : puisqu'il sera toujours responsable de ses actions quand il obéira aux ordres, qu'ils soient légaux ou illégaux, il peut penser avoir une bonne raison de désobéir à partir du moment où l'ordre semble illégal, que son illégalité soit manifeste ou non.

⁶⁰ Ronan Doaré, *op. cit.*

⁶¹ Ziv Bohrer, *op. cit.*

⁶² *Ibid.*

5.3. La possibilité de désobéir à un ordre illégal : un garde-fou efficace ?

En l'état actuel du droit américain, britannique et français il semble bien qu'un militaire pourrait désobéir à un ordre manifestement illégal. Si on considère que ces principes s'appliqueraient également aux procédures de lancement d'une frappe nucléaire, cela pourrait notamment recouvrir des ordres qui violent de manière manifeste le droit des conflits armés. Le Président américain est ainsi bien tenu de respecter le droit des conflits armés, même lorsqu'il donne un ordre de frappe. Le général Robert Kehler affirmait en effet, lors de l'audition de 2017, que le droit des conflits armés s'applique à l'usage des armes nucléaires américaines, que « *les options et les ordres nucléaires ne diffèrent donc pas, de ce point de vue, de tout autre armement* » et que les « *principes légaux de nécessité, distinction et proportionnalité* » s'appliquent bien à la planification nucléaire⁶³. En France, si le statut général des militaires de 2005 dispose que les militaires « *ne peuvent accomplir des actes qui sont contraires aux lois, aux coutumes de la guerre et aux conventions internationales* », il n'y a pas eu de débat comme aux États-Unis qui permettrait d'affirmer avec certitude que le droit international humanitaire s'applique bien à la planification nucléaire. Ce débat n'a pas eu d'équivalent au Royaume-Uni non plus.

De plus, l'urgence qui accompagnerait très probablement un ordre de lancement d'une frappe nucléaire pose la question de savoir si cette possibilité de désobéir peut vraiment fonctionner comme un garde-fou efficace dans cette situation précise. L'urgence amène en effet les militaires à se fier d'autant plus aux ordres de leurs supérieurs que leur stress est accru, que la situation et le droit applicables paraissent moins clairs et qu'ils n'ont souvent pas le temps nécessaire pour pouvoir bien les analyser. Un militaire qui se trouve dans cette situation et qui sait qu'il n'a pas le droit à l'erreur se trouve donc dans une situation très difficile. Le général Robert Kehler affirme ainsi, lors de l'audition déjà mentionnée, qu'il considérerait que lui revenait la responsabilité de déterminer si un ordre de frappe était bien légal ou non avant qu'il n'atteigne les forces opérationnelles, qui ne sont pas en mesure de déterminer la légalité d'un ordre qui leur est donné⁶⁴. Brian McKeon affirme lui aussi que le système est fait pour protéger le très jeune lieutenant de seconde ou première classe qui se trouve dans la base de lancement en lui épargnant ce genre de réflexions et décisions⁶⁵. Sachant qu'il s'agit de surcroît d'un ordre qui émane directement du Président, il paraît d'autant plus probable que seuls des militaires de haut rang utiliseraient cette possibilité de désobéir. Une telle action aurait d'ailleurs pour effet de remettre en cause l'autorité et la légitimité du Président et engendrerait une crise constitutionnelle majeure.

⁶³ General Robert Kehler : « *The law of war governs the use of U.S. nuclear weapons. Nuclear options and orders are no different in this regard than any other weapon. [...] the legal principles of military necessity, distinction and proportionality also apply to nuclear plans, operations and decisions* » (op. cit., p. 7).

⁶⁴ Ibid. (« [...] *my obligation, my responsibility, as the commander of Strategic Command, was to clear up any of those concerns on behalf of the operating force. They are not in a position really to make a legal determination with an order that is given to them* » ; p. 32).

⁶⁵ Brian McKeon, op. cit. (« *Well, as General Kehler has described, the officers in the chain of command, the senior officers and the Secretary, could raise objections, if they believe the order is illegal. I think the system is designed to protect the first or second lieutenant, 23-year-old Air Force officer sitting in the launch control center from having to make that grave decision. It is really the four stars and the Secretary who need to bear that burden* » ; pp. 29-30).

Conclusion

Il paraît étonnant que, dans les démocraties libérales que sont les trois États nucléaires de l'OTAN, un aussi grand pouvoir puisse être mis entre les mains d'une seule et même personne, surtout pour une action dont les conséquences engagent à ce point la nation tout entière et impactent le monde entier. Les procédures de lancement d'une frappe nucléaire de ces trois États sont en effet conçues pour garantir que le Président, et lui seul, puisse disposer à tout moment des forces nucléaires, et aucune d'entre elles ne prévoit de garde-fou qui viserait à empêcher un ordre irrationnel d'être exécuté. Des procédures spécifiques sont ainsi en place qui bousculent des équilibres respectés par ailleurs. Aux États-Unis par exemple, la chaîne de commandement militaire classique va du Président aux chefs d'état-major des armées en passant par le secrétaire à la Défense alors que la chaîne de commandement nucléaire omet ce dernier, qui, en temps que civil, dispose d'une plus grande marge de manœuvre pour désobéir à un ordre de frappe. De la même manière, quand il s'agit de l'utilisation des armes nucléaires, le Président/Premier ministre peut déclencher des hostilités sans avoir obtenu l'aval du Parlement (même de manière informelle) alors que celui-ci est normalement requis avant toute déclaration de guerre.

Mais s'il en est ainsi, c'est parce qu'une dissuasion crédible ne peut reposer que sur une décision rapide (donc prise par un décideur unique) et efficace (exécutée sans remise en question). Pourtant, les mentalités évoluent... La crise de confiance vis-à-vis de certains dirigeants, mais aussi la baisse de la tolérance pour les dommages collatéraux et les pertes humaines de manière générale (qu'elles soient civiles ou militaires), ainsi que l'idée qui s'impose de plus en plus dans certains cercles que l'utilisation de l'arme atomique pourrait constituer un crime contre l'humanité⁶⁶, font tendre de plus de plus vers l'acceptation qu'un ordre de frappe pourrait être remis en cause, du moins s'il viole les principes fondamentaux du droit des conflits armés. Une sorte de garde-fou donc, qui passe par le fait que les militaires ne doivent obéir qu'aux ordres légaux. Cette obligation est le fruit d'une évolution importante de la justice militaire qui est d'autant plus acceptée que l'obéissance passive aux ordres a déjà trop souvent participé à la commission de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité par le passé. Mais cette idée met-elle en danger la chaîne de commandement nucléaire ? Si ce risque est évident, ce potentiel garde-fou à l'avantage de circonscrire les raisons pour lesquelles un militaire pourrait désobéir à un ordre de frappe. Si le secrétaire à la Défense peut, en temps normal, désobéir à un ordre pour un simple désaccord de choix politique, il est clair que la possibilité pour un militaire de désobéir ne serait valable que devant un ordre manifestement illégal et donc un ordre qui viole les principes de base du droit des conflits armés. Il faut tout de même noter que le droit anglais n'a pas encore fixé ce principe comme l'ont fait le droit américain et le droit français. Or, il serait sans doute dangereux pour la crédibilité de la dissuasion de donner aux militaires un éventail trop large de raisons pour lesquelles ils peuvent désobéir à un ordre de frappe.

⁶⁶ CICR, « [Note d'information n° 4 : Armes nucléaires et droit international humanitaire](#) », mai 2013.

Les opinions exprimées ici n'engagent que la responsabilité de leur auteur.