

COSMIC TOP SECRET

NORTH ATLANTIC COUNCIL 14

CHE

2968 847

UNCLASSIFIED
107

REC'D
300

1991

1989

COPY No. 22

ORIGINAL: FRENCH
4th October, 1962

CHEF D'ARCHIVES

PO/62/637

To : Permanent Representatives

From : Acting Secretary General

BERLIN CONTINGENCY PLANNING

In Note PO/62/581 of 11th September, 1962, the Secretary General drew your attention to the fact that certain of the proposed maritime Berlin contingency plans might have legal implications liable to influence Council decisions on this issue. He therefore instructed our Legal Adviser to study this question with a view to preparing a paper for consideration by the Council.

2. Mr. Guillaume has just sent me a note on this subject, a copy of which is attached at Annex. Because of the very intricate character of the legal problems involved, I have deemed it desirable to send you the material prepared before submitting it officially to the Council.

3. I would like you to transmit this paper to your authorities and to let me have their views on it as soon as possible.

4. When they are known, the Legal Adviser will be able to finalise a document which I shall then submit to the Council.

(Signed) G. COLONNA

DOWNGRADED TO NU
SEE : DN(qa)2

NATO UNCLASSIFIED

(Page 1 of 16 pages)

DECLASSIFIED - PUBLIC DISCLOSURE / DÉCLASSIFIÉ - MISE EN LECTURE PUBLIQUE

1970 1971 1968 1974
1979 1980
1986 1970
1972
1990 1983 1971 1973
1992 1975
1981
1984
1985
1987
1988
1993
1994
1996
1998
1999

25th September, 1962

NOTE BY THE LEGAL ADVISER

To : Secretary General

From : Legal Adviser

LEGAL PROBLEMS INVOLVED IN THE IMPLEMENTATION OF
THE MARCON AND BERCON DELTA PLANS

1. Pursuant to document PO/62/581 dated 11th September, 1962, you instructed me in Note SG(62)584 to study the legal problems which would arise in the event of implementation of the MARCON and BERCON DELTA plans. These problems differ with the circumstances assumed to attend the execution of the plans. In this context, three possibilities must be considered:

- (a) The Soviet Union and its Allies commit acts which, although annoying for the occupying powers or the inhabitants of West Berlin, cannot be regarded as inconsistent with international law.
- (b) The Soviet Union and its Allies commit illegal acts without, however, delivering an armed attack, and in the absence of any imminent threat of attack.
- (c) The Soviet Union and its Allies deliver an armed attack, or there is the imminent threat of such an attack.

2. In the first case, the MARCON and BERCON DELTA Plans should be examined from the standpoint of their consonance with international maritime law; in the second, from the standpoint of the right to resort to reprisals; in the third, from the standpoint of the right to self-defence.

SECTION ITHE MARCON AND BERCON DELTA PLANS AND INTERNATIONAL
MARITIME LAW

3. The rules of international maritime law applicable in peacetime would differ according to whether the proposed measures were to be taken:

- (a) on the high seas,

COSMIC TOP SECRET
ANNEX to
PO/62/637

-4-

- (b) in the territorial waters of member states of the Alliance,
- (c) in the interior waters of these States.

1 - On the high seas

4. The position in regard to the high seas is governed by two very widely accepted principles:

- (a) The high seas are freely open to the shipping of all countries.
- (b) Ships on the high seas are subject to no authority other than that of the State under whose flag they are sailing.

These principles, which derive from the practices of the 18th and 19th centuries, were explicitly upheld by the Permanent Court of International Justice in its Judgment of 7th September, 1927, on the affair of the Lotus (Publications of the Court, Series A Recueil des arrêts - No. 10, page 25). They are, moreover, recognised by all Western writers (e.g. Hackworth, Volume II, page 653 et seq.; Higgins and Colombos "International Law of the Sea", paragraphs 70 and 270; Rousseau "Traité de Droit International Public" page 418; Guggenheim "Traité de Droit International Public" - Volume I, page 446) and Soviet authors (see, in particular, Keiline "Soviet Maritime Law"). They are, moreover, clearly enunciated in the Convention on the High Seas signed in Geneva on 30th October, 1958.

5. The foregoing principles are liable to only three exceptions which must be examined in order to determine whether there would be legal sanction for introducing the MARCON and BERCON DELTA Plans on the high seas:

- (a) exercise of the right of approach;
- (b) exercise of the right of self defence;
- (c) exercise of certain treaty rights.

6. The right of approach permits a warship sailing on the high seas to ascertain the nationality of a merchant ship held in suspicion. By virtue of this right, the warship may pursue the suspect and, after hoisting its flag, order the latter to do likewise. If the merchant ship complies and if the warship has no reasonable ground for believing that it is engaged in piracy or in the slave trade or that it is sailing under a false flag and is, in reality, of the same nationality as the warship, the investigation must go no

COSMIC TOP SECRET

-4-

further (see Oppenheim-Lauterpacht, Volume I - 553 et seq.; Gidel "Droit International Public de la Mer," Volume I, page 289 et seq.; see also Article 22 of the Convention on the High Seas, dated 30th October, 1958).

Only if the behaviour of the merchant ship is suspicious may the warship order it to stop for a visit which, in most cases, consists in sending an officer on board the merchant ship to examine its papers and, if this proves inadequate to conduct a search of the ship. It should, however, be noted that a warship which approaches a merchant ship with a view to identifying, boarding or searching it does so at its own risk (see the decision of the United States Supreme Court in the case of the "Marianna Flora" reported, inter alia, by Higgins, paragraph 272), that the merchant ship consequently has the right, in certain circumstances, to defend itself and that in any case, boarding or searching without a well-founded reason involves the responsibility of the State whose warship has taken unwarranted action.

7. Apart from the right of approach, certain jurists, mainly British (see, in particular, Higgins - paragraph 274) recognise a right of self defence extending as far as the search and even the seizure of a ship held in suspicion, whatever flag it may be flying, in the event of imminent danger to the security of the country concerned; other writers cite this practice without comment (Hackworth, Volume II, page 709); others, however, challenge it (Gidel, Volume I, page 348; de Hartingh "Soviet concepts of the Law of the Sea", page 82). At all events, this theoretical right has, in the whole of maritime history, been exercised in only few exceptional situations which could hardly justify execution of the MARCON and BERCON DELTA Plans.

8. Furthermore, a State with merchant ships sailing under its flag may, by agreement, authorise the warships of other States to check their identity in specified circumstances. The Soviet Union has perhaps partially followed this course in a few bilateral or multilateral agreements on sealing and whaling in certain Arctic waters. A further study of this question might perhaps be undertaken with the help of the countries concerned.

9. Subject to this reservation, the relevant rules of international maritime law are seen to lead to the following findings with respect to implementation of the MARCON Plans for the high seas:

- (a) Plans MARCON 1 and MARCON 2 are not in conflict with the principles of international law.
- (b) It is difficult to assess the legal implications of Plan MARCON 3, which is rather loosely worded.

- (c) Plans MARCON 4 and MARCON 5 are inconsistent with the principles referred to in paragraph 6 above. Boarding, searching and, with still greater reason, seizing a foreign ship on the high seas, are breaches of international law which involve the responsibility of the State whose Navy commits them (see, in connection with French practice during the Algerian war - *Annuaire français de droit international* 1959, page 833; see also the case of the Soviet tanker "Touapsé" seized in the Formosa Straits by a Chinese warship - *Annuaire français de droit international* 1955, page 80).
- (d) Plan MARCON 6 is at variance with the principle of freedom of the seas.

2 - Territorial Waters

10. To carry Plans MARCON 3 to MARCON 6 into effect the territorial waters of member States of the Alliance would be an easier matter. In these waters, the coastal State exercises full sovereignty, subject to permitting foreign ships free passage, on certain conditions.

11. In these circumstances, there would be no legal obstacle to the implementation of Plans MARCON 3 and MARCON 4. In particular, Soviet bloc merchant ships could be boarded and searched under the legislation and regulations of each country in regard to customs, police and sometimes health requirements (see Rousseau page 443; Gidel, Volume II, page 99; Guggenheim, Volume I, page 420).

There are even cases in which, under municipal law, the right to board and search might be exercised beyond the limits of territorial waters, in waters contiguous to the latter (see in Higgins, paragraphs 112 and 113, the comparison of United States and United Kingdom regulations in this respect). Furthermore, the right of hot pursuit might, in certain circumstances, be pleaded to justify the boarding on the high seas of merchant ships already pursued in territorial waters.

12. On the other hand, there would be serious objections to the seizure, in these waters of certain merchant ships in implementation of Plan MARCON 5. Generally speaking, such action can be taken only if damage has been caused or offences committed by the crew or by the owner of the ship concerned and by decision of the administrative or legal authorities empowered to order such action. Moreover, the fleet of each of the Soviet bloc Socialist States in question enjoys a considerable degree of immunity from jurisdiction in a great many countries, in particular with respect to means of enforcement (with reference to this difficult problem, see Higgins, paragraphs 227 to 229; Guggenheim, Volume I, pages 515 to 517; Gidel, Volume II, pages 350 to 357).

13. With regard to Plan MARCON 6, a distinction should be made between:

- (a) prohibiting Soviet bloc ships from entering the territorial waters of NATO member countries;
- (b) prohibiting them from leaving these waters (embargo).

14. Neither of these measures can normally be applied to merchant ships. Under international law, they enjoy the right of "innocent passage" which allows them to enter and to leave without hindrance all territorial waters (Higgins, paragraphs 108 and 275; Rousseau, page 443; Gidel, Volume III, page 195 et seq.)

15. The question of whether warships enjoy the same right is a much disputed doctrinal point (Higgins, paragraphs 109 and 215; Gidel, Volume III, page 277 et seq.; Rousseau, page 443) and has not been settled by the Courts (see the cautiously worded judgment, of the International Court of Justice in the Corfu Straits case - Records 1949, page 4). Most writers, however, appear to allow that, in accordance with the practice followed by many States and including the Soviet Union, territorial waters may, by a decision notified in advance through diplomatic channels, be closed to the warships of one or more powers. This, however, does not apply to ships obliged to put into port through stress of weather nor to ships passing through straits constituting international straits (e.g. the Baltic Straits) or governed by special treaty provisions (particularly the Turkish Straits).

16. Although international maritime law would sanction, within the above limits, the closing of territorial waters to Soviet bloc warships in application of Plan MARCON 6 it could not on the other hand, be invoked to justify placing an embargo on these ships without prior notification which would render such a measure ineffective.

3 - Interior waters

17. Plans MARCON 1 to MARCON 4 could be implemented in interior waters in the same circumstances as in territorial waters. The same obstacles would stand in the way of the execution of Plan MARCON 5. Plan MARCON 6 might be applied to warships in the same conditions (see Higgins, paragraph 216 et seq.; Guggenheim, Volume I, page 420).

18. However, certain additional possibilities would be open to the States concerned for Plan MARCON 6 to merchant ships. Whereas no State can prohibit the "innocent passage" of these ships

ANNEX to
PO/62/637

in its territorial waters, it can, on the other hand, close its ports to them in certain specific circumstances about which there is little agreement between the authors consulted but which might obtain in the event of a serious international crisis (Rousseau, page 431; Higgins, paragraphs 141; Gidel, Volume II, page 55; Guggenheim, Volume I, page 419, note 5).

4 - The International Artificial Canals

19. Since the possibility of a blockade of the Kiel and Panama Canals was raised at the meeting of the North Atlantic Council on 19th September, 1962, and since such a blockade is envisaged in Plans MARCON 6 and BERCON DELTA, it should be clearly understood:

- (a) that under the terms of Articles 380 to 388 of the Treaty of Versailles, the Kiel Canal must remain open to the merchant ships and warships of all nations at peace with Germany;
- (b) that free passage through the Panama Canal is guaranteed under the HAY-PAUNCEFOTE Treaty of 18th November, 1901 and the HAY-BUNAU-VARILLA Treaty of 18th November, 1903 (Rousseau page 409; Higgins paragraph 167 et seq.).

From the peacetime legal standpoint, the blockade of these canals would therefore be unlawful.

20. To sum up, it is apparent that, under international maritime law:

- (a) Plans MARCON 1 and 2 do not present any difficulties;
- (b) Plan MARCON 3 may easily be applied in the territorial and interior waters of member countries of the Alliance. A few additional particulars would be needed for an evaluation of its applicability on the high seas;
- (c) Plan MARCON 4 can be applied only in the territorial and interior waters of member States of the Alliance;
- (d) Plan MARCON 5 could, in certain exceptional circumstances, be applied in territorial and interior waters; it could not, however, be applied on the high seas without violation of rights;
- (e) Plan MARCON 6 could be applied partially:
 - to warships in certain territorial and interior waters;
 - to merchant ships in certain interior waters.

The same remarks can be made in respect of the corresponding BERCON DELTA Plans.

SECTION II

THE MARCON AND BERCON DELTA PLANS AND THE RIGHT OF REPRISAL

21. Should the Soviet Union and its Allies commit illegal acts without, however, delivering an armed attack and in the absence of the threat of any imminent attack, it would be possible to find legal sanction for some of the MARCON and BERCON DELTA plans, pursuant to the theory of reprisals. The application of that theory in the present case would, however, present real difficulties.

22. In response to an infringement of rights committed to its detriment, a State may take retaliatory measures or resort to reprisals. The latter are in themselves illicit, but can exceptionally be justified by the fact that they are provoked by an earlier illicit measure of which they frequently tend to obtain withdrawal. They are subject, however, to various rules which must be noted before applying them to the MARCON and BERCON DELTA plans.

23. The traditional distinction is between armed reprisals (such as pacific blockade or naval bombardment) and unarmed reprisals (such as use of the embargo, sequestration or the blocking of funds). The former are explicitly prohibited to members of the United Nations by Article 2, paragraph 4 of the Charter which stipulates:

"All members shall refrain in their international relations from the threat or use of force against the territorial integrity or political independence of any state, or in any other manner inconsistent with the Purposes of the United Nations."

The most eminent writers have unanimously deduced from this text that, apart from self-defence or the application of any enforcement measures decided by the Security Council, members of the United Nations could henceforth not resort to armed reprisals (Guggenheim, Volume II, page 59; Oppenheim-Lauterpacht, Volume II, page 153; Higgins, paragraph 399 in fine; Rousseau, page 467).

This view, moreover was upheld by the International Court of Justice in the judgment delivered on 9th April, 1949 in the Corfu Straits case (Reports 1949, page 35). In this case, the Court ruled that the United Kingdom in proceeding with mine-sweeping operations, under naval and air protection in Albanian territorial waters, had violated Albania's sovereignty.

ANNEX to
PO/62/637

Refuting the United Kingdom claim to a right of reprisal leased on the alleged repeated breaches of international law committed by Albania, the Court stated that it could not accept such a line of defence. "The Court can only regard the alleged right of intervention as the manifestation of a policy of force, such as has, in the past, given rise to most serious abuses and such as cannot, whatever be the present defects of the International Organization, find a place in international law."

In the present state of law and jurisprudence, it is therefore apparent that the United Nations Charter prohibits United Nations member States from having recourse to armed reprisals should unlawful action be taken by the Soviet Union and its Allies.

Furthermore, under the terms of Article 2, paragraph 6 of the Charter, this prohibition would also appear to cover states which are not members of the United Nations (on this point see Oppenheim-Lauterpacht, Volume II, page 155 - Note 2). In any event, it concerns all the NATO member States, since the only one not to have been admitted to the United Nations accepted, on 3rd October, 1954, the obligations set forth in Article 2 of the Charter (see the statement of the German Federal Republic at Annex A to the Council Resolution of 22nd October, 1954)..

24. Since armed reprisals at present constitute breaches of international law, it would seem that, in the event of unlawful action in Berlin by the Soviet Union and its Allies, the only measures which might be legally justified would be:

- (a) the retaliatory measures referred to in paragraph 20 above;
- (b) unarmed reprisals.

Plan MARCON 3 might fall into this category, as would Plans MARCON 4, 5 and 6, in so far as they could be implemented without the use of force. For instance:

- Plan MARCON 4 might perhaps be applied on the high seas, if the Soviet bloc merchant ships accepted without resistance, boarding and search;
- seizures might be possible on interior waters, in application of Plan MARCON 5;
- an embargo might be decreed under the same conditions, within the context of Plan MARCON 6.

On the high seas, these measures might be put into effect, by the ships of any member of the Alliance. In the territorial or interior waters of a NATO member state, they should normally be carried out by the State concerned or, by agreement with the latter, with the help of other members of the Alliance.

25. However, though armed reprisals are prohibited under international law, it does not follow that unarmed reprisals are necessarily lawful. They must comply with various conditions established by doctrine and jurisprudence (see the arbitral award of 31st July, 1928, in connection with the dispute between Germany and Portugal over damage caused in the Portuguese colonies in Southern Africa - United Nations Report of Arbitral Awards, Volume II, pp. 1014, 1027 and 1028).

- (a) The right of reprisal is, in principle, a bilateral one. Reprisals ordered by the injured State alone, must be directed only against the State having violated a right, not against other States (see, for instance, Guggenheim, Volume II, page 85);
- (b) such reprisals as have been decided must not be out of proportion to the unlawful action having motivated them;
- (c) The culpable State must previously have been called upon to cease the unlawful action.

Though the last-mentioned of these conditions would appear to be fairly easy to comply with in this particular case, the first two on the other hand, involve difficult problems it would be well to examine.

26. The traditional theory of reprisals is unquestionably a theory concerning relations between one State and another (see, on this point, the Report by the Sub-Group of Legal Experts on the legal aspects of possible economic countermeasures - C-M(61)99, paragraph 6). Should a crisis develop in Berlin, it could, in principle only justify reprisals directed at the Soviet Union and possibly the "German Democratic Republic", by the three occupying powers and, possibly, by the German Federal Republic.

The members of the Sub-Group stressed, however, in paragraph 7 of the above-mentioned report, that the members of NATO could invoke two arguments in favour of collective reprisals:

- (a) unlawful action by the Soviet Union might, in certain circumstances, be equivalent to an imminent threat of armed attack justifying the exercise of the right of self-defence;
- (b) the machinery for taking decisions and the military structure of NATO and of the Warsaw Pact Organization are such that the unlawful actions envisaged would affect all the member States of both the Alliances.

The Sub-Group recognised, however, that the latter theory "might not be considered to be an uncontroversial expression of existing principles of international law, but could only be based on considerations of what represents the progressive development of the law in contemporary conditions of international affairs".

This conclusion left each government free to judge whether it considered it lawful or not:

- (a) to join in unarmed reprisals decided in response to a crisis arising in Berlin;
- (b) to direct such reprisals not only at the Soviet Union and the GDR, but also at the other members of the Warsaw Pact, or even the Chinese Popular Republic, Outer Mongolia, North Korea and North Vietnam.

In view of the divergent opinions held by the experts, it is difficult for me to take a stand on this matter. I wish, however, to draw the Council's attention to the fact that reprisals are normally **bilateral** in character and that it is therefore only with caution that measures which are themselves unlawful should be envisaged against the ships of Soviet bloc countries other than the Soviet Union and the "German Democratic Republic."

27. It should also be noted that reprisals must not be out of proportion to the unlawful action which has motivated them. It is difficult to judge whether, in this respect, the MARCON and BERCON DELTA plans are in order. They appear to be mere adjuncts of the BERCON ALPHA, BRAVO and CHARLIE plans. It is the nature of the action taken in Berlin by the Soviet Union or the "German Democratic Republic" and the objectives of the BERCON plans applied which would be the deciding factor, from this point of view, in assessing the regularity of the maritime plans.

28. In conclusion, it would seem that the reprisals theory might, in the event of the commission of unlawful actions in Berlin by the Soviet Union or the "German Democratic Republic", justify the application of the measures set out in paragraph 24 above to ships flying the Soviet and "German Democratic Republic" flags. Serious doubt, however, subsists as to whether such measures could lawfully be applied to other Soviet bloc ships. In any event, these measures, if accompanied by implementation of the BERCON plans, would have to form an aggregate in keeping with the faults committed or the damage inflicted in Berlin.

SECTION III

THE MARCON AND BERCON DELTA PLANS AND THE RIGHT OF SELF-DEFENCE

29. If the Soviet Union and its Allies delivered an armed attack on Berlin or the approaches to Berlin, the NATO member countries might justify their own action by invoking the right of individual and collective self-defence recognised by Article 51 of the United Nations Charter. This right could, it would seem, be invoked not only by the NATO member countries belonging to the United Nations, but also by the German Federal Republic (see Oppenheim, Volume II - 155 - Note 2). This would authorise counter-action which, in such circumstances, might take the form of armed reprisal.

30. The point at issue, however, is whether the same reasoning might be applied to an imminent threat of Soviet armed attack. Some writers, on the authority of Article 51 of the Charter, seem to rule out the plea of self-defence in such an eventuality (Oppenheim, Volume II - 155). Others, on the authority of Article 2 paragraph 4, seem to accept it (Aronéanu "The Definition of Aggression," page 94). The report of the Sub-Group already mentioned, supported the latter view (CM(61)99 - paragraph 4). It is indeed, acceptable on the understanding that in every case an assessment must be made of the imminence and effectiveness of the threat invoked.

31. Although the right of self-defence, in the circumstances referred to in the two preceding paragraphs, may afford legal justification for implementing the MARCON and BERCON DELTA plans, certain rules must nevertheless be followed:

- (a) the measures taken by the NATO member countries should be "immediately reported to the Security Council" (Article 51 of the Charter and Resolution of the General Assembly of 17th November, 1950);

- (b) the armed reprisals ordered should remain within the limits set in paragraph 25 above. In particular, they should normally only be applied to the "aggressor" States, i.e. the Soviet Union and the "German Democratic Republic". It would be desirable only to extend them to ships of other Soviet bloc countries with caution (see paragraph 26 above);
- (c) the MARCON plans should be put into effect in such a way as to respect the rights of countries not belonging either to NATO or to the Soviet bloc. Until there was a declaration of war, the peacetime rules of international maritime law would, in particular, remain applicable to the ships of these countries (see Higgins, paragraph 395, on the subject of pacific blockade);
- (d) the rules of the laws of war should be observed in the conduct of the operations carried out against the Soviet bloc countries.

CONCLUSION

32. In conclusion, it is apparent:

- (a) that, in the event of Soviet action which though annoying is in no respect contrary to international law, only the retaliatory measures listed in paragraph 20 above could lawfully be applied;
- (b) that, in the event of unlawful action of a character other than that of armed attack or of an imminent threat of armed attack, only the retaliatory measures referred to in paragraph 20 and the measures of reprisal listed in paragraph 24 could lawfully be applied within the limits set in paragraph 28;
- (c) that, in the event of armed attack or the imminent threat of armed attack, the MARCON and BERCON DELTA plans could be applied under the conditions set out in paragraph 31.

(Signed) G. GUILLAUME

REFERENCE TABLE (1)

Relevant juris- prudence Plans	International Maritime Law	Right of Reprisal	Right of self-defence
MARCON 1 and 2	Yes (paras. 4-9)	Yes	Yes
MARCON 3	(1) Yes, in territorial and interior waters (paras. 11-17) (2) A moot point as regards the high seas (para.9)	(1) in the case of one of the retaliatory measures covered in the 1st column, or (2) in the case of an unarmed reprisal measure (paras. 21 to 24-28)	(1) in the case of one of the retaliatory or unarmed reprisal measures covered in the 1st and 2nd columns, or (2) in the case of an armed reprisal measure (paras. 29 and 30)
MARCON 4	Yes, but only in territorial and interior waters (paras. 4 to 9-11-17)	(a) applied after attempts at negotiation (para.25(c))	
MARCON 5	No, in practically all cases (paras. 9-12-17)		
MARCON 6	Exclusion from specified area (1) Yes, from territorial and interior waters for warships (paras.15-17); yes, from interior waters for merchant ships (paras.14-18) (2) No, on the high seas (paras.4-9), from certain straits (para.15) and channels (para.19)	(b) directed at the culpable States only (para.26) (c) in keeping with the unlawful act committed (para.27) e.g.: embargo or seizure in interior waters (para.24)	(a) applied after attempts at negotiation, directed at the culpable States only and in keeping with the unlawful act committed (paras. 31(b) and 25 to 27)

(1) The purpose of this table is to facilitate reference to the body of the Note. It does not claim to summarise the latter and should not be used alone.

Relevant juris- prudence Relo- vant Plans	International Maritime Law	Right of Reprisal	Right of self-defence
MARCON 6 Embargo	No (paras. 4-14-16)		(b) subject to modification to the Security Council (para.31(a)) (c) provided that the rights of uncommitted countries are respected (para.31(c)) (d) provided that the rules of the laws of war are observed in the conduct of these operations (para.31(d)).

CONSEIL DE L'ATLANTIQUE NORD

1988 1989
EXEMPLAIRE No 22

ORIGINAL : FRANCOIS
4 octobre 1962

PO/62/637

1963

SECRET D'ARCHIVES

Aux : Représentants Permanents
Du : Secrétaire Général par intérim

PLANS DE CIRCONSTANCE POUR BERLIN

Par note PO/62/581 du 11 septembre 1962, le Secrétaire Général avait appelé votre attention sur le fait que certains des plans maritimes proposés en cas de crise à Berlin pouvaient avoir des conséquences juridiques de nature à influencer les décisions du Conseil en la matière. Il avait alors demandé à notre Conseiller juridique d'étudier cette question en vue de préparer un document à l'intention du Conseil.

2. M. Guillaume vient de m'adresser à ce sujet une note dont vous trouverez copie en annexe. Compte tenu du caractère extrêmement délicat des problèmes juridiques soulevés, j'ai tenu à vous adresser le document préparé avant de le soumettre officiellement au Conseil.

3. Je souhaiterais que vous communiquiez ce document à vos autorités et que vous me fassiez connaître aussi rapidement que possible le point de vue de ces dernières.

4. Une fois celui-ci précisé, il sera possible pour le Conseiller juridique de préparer un document définitif que je soumettrai alors au Conseil.

(Signé) G. COLONNA

DOWNGRADED TO NU
SEE : DMC 99)2

NATO UNCLASSIFIED

DECLASSIFIED - PUBLIC DISCLOSURE / DÉCLASSIFIÉ - MISE EN LECTURE PUBLIQUE

25 septembre 1962

NOTE DU CONSEILLER JURIDIQUE

Au : Secrétaire Général

Du : Conseiller Juridique

PROBLÈMES JURIDIQUES POSÉS PAR L'APPLICATION DES PLANS
MARCON ET BERCON DELTA

1. Suite au PO/62/581 du 11 septembre 1962, vous avez bien voulu me demander par Note SG(52)584 d'étudier les problèmes juridiques que poserait l'exécution éventuelle des plans MARCON et BERCON DELTA. Ces problèmes seraient différents selon la situation dans laquelle l'application de ces plans serait envisagée. De ce point de vue, trois hypothèses doivent être distinguées :

- (a) L'Union Soviétique et ses Alliés se rendraient coupables d'actes qui, quoique gênants pour les puissances occupantes ou la population de Berlin-Ouest, ne pourraient être regardés comme irréguliers du point de vue du droit international.
- (b) L'Union Soviétique et ses Alliés se rendraient coupables d'actes illégaux sans se livrer toutefois à une attaque armée et sans que la menace d'une telle attaque soit imminente.
- (c) L'Union Soviétique et ses Alliés se livreraient à une attaque armée ou la menace d'une telle attaque serait imminente.

2. Dans le premier cas, il conviendrait de juger de la régularité des plans MARCON et BERCON DELTA au regard du droit maritime international; dans le deuxième, au regard du droit des représailles; dans le troisième, au regard du droit de la légitime défense.

SECTION I

LES PLANS MARCON ET BERCON DELTA ET
LE DROIT MARITIME INTERNATIONAL

3. Le droit maritime international applicable en temps de paix serait différent selon que les mesures proposées devraient être exécutées:

- (a) en haute mer,
- (b) dans les eaux territoriales des Etats membres de l'Alliance
- (c) dans les eaux intérieures de ces Etats.

I. - La Haute Mer

4. Le régime de la Haute Mer est dominé par deux principes très généralement admis :

- (a) La haute mer est ouverte librement à la navigation des bateaux de tous les pays.
- (b) Les navires en haute mer ne sont soumis à d'autre autorité qu'à celle de l'État dont ils portent le pavillon.

Ces principes qui se sont dégagés de la pratique au cours des 18ème et 19ème siècles ont été explicitement affirmés par la Cour Permanente de Justice Internationale dans son Arrêt du 7 septembre 1927 sur l'affaire du Lotus (Recueil des décisions de la Cour, Série A - n°10, page 25). Ils sont par ailleurs admis par tous les auteurs occidentaux, (par exemple Hackworth - Tome II pages 653 et suivantes; Higgins and Colombes "International Law of the Sea" para.70 et 270; Rousseau "Traité de Droit International Public" page 418; Guggenheim "Traité de Droit International Public" - Tome I page 446), ou Soviétiques (Voir notamment Keiline "Droit Maritime Soviétique"). Ils ont enfin été explicités dans la Convention sur la Haute mer signée à Genève le 30 octobre 1958.

5. Les principes ainsi posés ne comportent que trois exceptions qu'il convient d'examiner afin de déterminer si elles peuvent permettre d'appliquer légalement les plans MARCON et BERCON DELTA en haute mer :

- (a) l'exercice du droit de reconnaissance;
- (b) l'exercice du droit de "self defence";
- (c) l'exercice de certains droits conventionnels.

6. Le droit de reconnaissance permet à un navire de guerre navigant en haute mer de reconnaître la nationalité d'un navire de commerce suspect. En vertu de ce droit, le navire de guerre peut donner la chasse au navire suspect et, après avoir hissé ses couleurs, donner ordre à ce dernier de montrer à son tour son pavillon. Dans le cas où le navire de commerce s'exécute et si le navire de guerre n'a aucun motif sérieux de penser que le navire de commerce se livre à la piraterie ou à la traite des esclaves ou qu'il navigue sous un faux pavillon et possède en réalité la nationalité du navire de guerre, ce dernier doit arrêter là sa vérification (voir Oppenheim-Lauterpacht, Tome I - 553 et la suite; Gidel "Droit International Public de la Mer, Tome I pages 209 et suivantes; voir aussi l'article 22 de la Convention sur la haute mer du 30 octobre 1958).

C'est seulement si la conduite du navire de commerce est suspecte que le navire de guerre peut lui ordonner de stopper, puis effectuer l'enquête de pavillon, c'est-à-dire le plus souvent envoyer un officier à bord du navire de commerce en vue de l'examen des papiers de bord et, si ce dernier examen se révèle insuffisant, perquisitionner à bord du bateau. Il convient toutefois de souligner que le navire de guerre qui s'approche d'un navire de commerce aux fins de reconnaissance, de visite ou de perquisition le fait à ses risques et périls (voir la décision de la Cour Suprême des Etats-Unis dans l'affaire de la "Marianna Flora" rapportée notamment par Higgins, para.272), que le navire de commerce peut par suite être amené dans certaines circonstances à se défendre légalement et qu'en tout état de cause, une visite ou une perquisition effectuée sans motif légitime engage la responsabilité de l'Etat dont le navire de guerre a agi de façon irrégulière.

7. A côté du droit de reconnaissance, certains juristes, en majorité britanniques (voir en particulier Higgins - para.274), admettent un droit de "self-défence" allant jusqu'à la perquisition et même la saisie d'un navire suspect battant quelque pavillon que ce soit, en cas de péril imminent pour la sécurité du pays intéressé; d'autres auteurs citent cette pratique sans le commenter (Hackworth, Tome II page 709); d'autres enfin la contestent (Gidel, Tome I page 248; de Hartingh "Les conceptions soviétiques du droit de la mer page 82). En tout état de cause cette théorie n'a été appliquée que dans quelques hypothèses exceptionnelles au cours de toute l'histoire maritime et pourrait difficilement justifier l'exécution des Plans MIRCOCN et BERCON DELTA.

8. Enfin l'Etat du pavillon peut, par convention, autoriser les navires de guerre d'autres Etats à contrôler ses propres navires de commerce dans certaines circonstances. L'Union Soviétique est peut-être entrée partiellement dans cette voie dans quelques conventions bilatérales ou multilatérales relatives à la pêche des phoques et des baléines dans certaines mers arctiques. Une étude complémentaire sur cette question pourrait éventuellement être entreprise avec l'aide des pays intéressés.

9. Réserve étant faite de ce dernier point, il apparaît que les règles du droit maritime international actuellement applicables conduisent à porter les jugements suivants sur l'exécution éventuelle des plans MIRCOCN en Haute mer :

- (a) Les Plans MIRCOCN 1 et MIRCOCN 2 ne sont pas contraires aux principes du droit international.
- (b) Il est difficile d'apprécier la valeur juridique du Plan MIRCOCN 3 dont la rédaction est assez imprécise.

ANNEXE au
PO/62/637

- (c) Les Plans MARCON 4 et MARCON 5 violent les principes rappelés au para.6 ci-dessus - Visiter un navire étranger en haute mer, perquisitionner à son bord et à plus forte raison le saisir sont des actes contraires au droit international qui engagent la responsabilité de l'Etat dont la Marine de guerre agit de la sorte (voir en ce qui concerne la pratique française pendant la guerre d'Algérie - Annuaire français de droit international 1959 page 833; voir aussi le cas du pétrolier soviétique le "Touapsé" saisi dans le détroit de Formose par un navire de guerre chinois - Annuaire français de droit international 1955, page 80).
- (d) Le Plan MARCON 6 est contraire au principe de la liberté des mers.

§ 2 - Les Eaux territoriales

10. L'application des Plans MARCON 3 à MARCON 6 dans les eaux territoriales des Etats-membres de l'Alliance serait plus aisée. En effet dans ces eaux, l'Etat riverain exerce pleinement sa souveraineté sous réserve de laisser, dans certaines conditions, passer librement les navires étrangers.

11. L'exécution des Plans MARCON 3 et MARCON 4 ne se heurterait dans cette hypothèse à aucun obstacle juridique. Des visites et des perquisitions pourraient notamment être effectuées à bord des navires de commerce du bloc soviétique en application des législations et réglementations adoptées par chaque pays en matière douanière, policière et parfois sanitaire - (voir Rousseau page 443; Gidel, Tome II page 99; Guggenheim, Tome I page 420).

Il est même des cas dans lesquels en vertu des législations locales, le droit de visite et de perquisition pourrait s'exercer au-delà des eaux territoriales dans les eaux contiguës à ces dernières (voir dans Higgins, para. 112 et 113 la Comparaison des réglementations américaines et britanniques en la matière). L'exercice du droit de poursuite pourrait enfin dans certaines hypothèses, permettre la visite en haute mer de navires marchands déjà poursuivis dans les eaux territoriales.

12. La saisie éventuelle dans ces eaux de certains navires de commerce en application du Plan MARCON 5 se heurterait par contre à de graves obstacles. En effet, une telle saisie ne peut le plus généralement être opérée qu'à la suite de dommages causés ou de délits commis par l'équipage ou le propriétaire du navire intéressé et par décision des autorités administratives ou judiciaires compétentes pour ce faire. De plus, la flotte du bloc soviétique appartenant à chacun des Etats socialistes visés jouit dans une large mesure et dans de nombreux pays de l'immunité de juridiction, notamment en matière de voies d'exécution (voir sur ce problème difficile: Higgins para.227 à 229; Guggenheim, Tome I p.515 à 517; Gidel, Tome II pages 350 à 357).

13. En ce qui concerne le Plan MARCON 6, il conviendrait de distinguer entre :

- (a) l'interdiction qui pourrait être faite aux navires du bloc soviétique d'entrer dans les eaux territoriales des membres de l'Alliance;
- (b) l'interdiction qui pourrait leur être faite de sortir de ces eaux (embargo).

14. Aucune de ces mesures ne pourrait normalement être imposée aux navires de commerce. En effet ceux-ci jouissent en vertu du droit international d'un droit de "passage inoffensif" leur permettant d'entrer et de sortir librement de toutes les mers territoriales (Higgins para.108 et 275; Rousseau p.443; Gidel, Tome III pages 195 et suivantes).

15. La question de savoir si les navires de guerre jouissent de ce même droit est très discutée en doctrine (Higgins para.109 et 215; Gidel, Tome III pages 277 et suivantes; Rousseau p.443) et n'a pas été tranchée par la Jurisprudence (voir la rédaction prudente de l'arrêt de la Cour Internationale de Justice dans l'affaire du détroit de Courfou - Recueil 1949 page 4). La majorité des auteurs semble toutefois admettre que, conformément à la pratique suivie par des nombreux Etats et notamment par l'Union Soviétiques, la mer territoriale peut par décision préalablement notifiée par voie diplomatique, être interdite aux navires de guerre d'une ou de plusieurs puissances. Les hypothèses de relâche forcée et de passage à travers des détroits consistant des voies maritimes internationales (par exemple, les détroits danois) ou soumis à un régime conventionnel spécial (notamment les détroits turcs) devraient cependant être réservés.

16. Si le droit maritime international permettait, dans ces limites, d'interdire les eaux territoriales aux navires de guerre du bloc soviétique en application du Plan MARCON 6, il ne saurait par contre justifier un embargo sur ces navires sans notification préalable qui rendrait un tel embargo illusoire.

§ 3 - Les eaux intérieures

17. L'application des Plans MARCON 1 à MARCON 4 pourrait être poursuivie dans les eaux intérieures dans les mêmes conditions que dans les eaux territoriales. L'exécution du Plan MARCON 5 se heurterait aux mêmes obstacles. Le Plan MARCON 6 pourrait être appliqué aux navires de guerre selon les mêmes modalités (voir Higgins para. 216 et suivants; Guggenheim, Tome I P.420).

18. Certaines possibilités supplémentaires seraient par contre ouvertes aux Etats intéressés en ce qui concerne l'application du Plan MARCON 6 aux navires de commerce. Si en effet un Etat ne peut interdire le "passage inoffensif" de ces navires dans ses eaux territoriales, il peut par contre leur fermer ses ports dans certaines circonstances déterminées, sur lesquelles les auteurs

s'accordent d'ailleurs mal, mais qui pourraient se trouver réalisées en cas de crise internationale grave (Rousseau page 451; Higgins para. 144; Gidel, Tome II, page 55; Guggenheim, Tome I p.419, note 5).

§ 4 - Les Canaux internationaux

19. Un blocus éventuel des canaux de Kiel et de Panama ayant enfin été évoqué lors de la séance du Conseil Atlantique du 19 septembre 1962, et un tel blocus pouvant entrer dans le cadre des Plans MARCON 6 et MARCON DELTA, il convient de préciser à ce sujet ;

- (a) qu'en vertu des articles 380 à 388 du Traité de Versailles, le canal de Kiel doit demeurer ouvert aux navires de commerce et de guerre de toutes les nations en paix avec l'Allemagne;
- (b) que la liberté de passage est garantie en ce qui concerne le canal de Panama par les traités HAY-PLEUCHAMPONE du 18 novembre 1901 et HAY-BURNU-VIRILLA du 18 novembre 1903 (Rousseau page 409; Higgins para. 167 et suivants).

Du point de vue du droit de la paix, le blocus de ces canaux serait par suite illicite.

20. En conclusion, il apparaît qu'au regard du droit maritime international :

- (a) les Plans MARCON 1 et 2 peuvent être appliqués sans difficulté;
- (b) le Plan MARCON 3 peut être appliqué aisément dans les eaux territoriales et intérieures des Etats membres de l'Alliance. Il conviendrait d'avoir quelques précisions supplémentaires pour juger de son application éventuelle en haute mer;
- (c) le Plan MARCON 4 ne peut être appliqué que dans les eaux territoriales et intérieures des Etats membres de l'Alliance;
- (d) le Plan MARCON 5 pourrait dans certains cas exceptionnels être appliqué dans les eaux territoriales et intérieures; il ne peut par contre être régulièrement appliqué en haute mer;
- (e) le Plan MARCON 6 pourrait être appliqué partiellement:
 - en ce qui concerne les navires de guerre dans certaines eaux territoriales et intérieures,
 - en ce qui concerne les navires de commerce dans certaines eaux intérieures.

Les mêmes jugements pourraient être portés sur les Plans MARCON DELTA correspondants.

SECTION II

LES PLANS MARCON ET BERCON DELTA ET LE DROIT DE REPRESAILLES

21. Si l'Union soviétique et ses alliés se rendaient coupables d'actes illégaux sans se livrer toutefois à une attaque armée et sans que la menace d'une telle attaque soit imminente, il serait possible de justifier juridiquement certains des plans MARCON et BERCON DELTA en vertu de la théorie des représailles. L'application de celle-ci à l'espèce présenterait cependant des difficultés réelles.

22. Pour répondre à une violation du droit commise à son détriment, un Etat peut user de mesures de rétorsion ou de mesures de représailles. Ces dernières sont en elles-mêmes illicites, mais leur justification exceptionnelle réside dans le fait qu'elles répondent à un acte illicite antérieur dont elles tendent fréquemment à obtenir le retrait. Elles obéissent toutefois à diverses règles qu'il convient de préciser avant de les appliquer au cas des Plans MARCON et BERCON DELTA.

23. La doctrine distingue traditionnellement les représailles armées (par exemple le blocus pacifique ou le bombardement naval) et les représailles non armées (telles que l'embargo, le séquestre ou le blocage de fonds). Les premières ont été explicitement interdites aux membres de l'Organisation des Nations Unies par l'article 2, para. 4 de la Charte qui dispose :

"Les membres de l'Organisation s'abstiennent dans leurs relations internationales, de recourir à la menace ou à l'emploi de la force, soit contre l'intégrité territoriale ou l'indépendance politique de tout Etat, soit de toute autre manière incompatible avec les Buts des Nations Unies."

Les auteurs les plus éminents ont unanimement déduit de ce texte qu'hors les cas de légitime défense ou d'application des mesures coercitives décidées par le Conseil de Sécurité, les membres des Nations Unies ne pouvaient user désormais des représailles armées (Guggenheim, Tome II p. 59; Oppenheim-Lauterpacht, Tome II p. 153; Higgins para. 399 in fine; Rousseau page 467).

Ce point de vue a de plus été retenu par la Cour Internationale de Justice dans l'arrêt qu'elle a rendu le 9 avril 1949 dans l'affaire du détroit de Corfou (Recueil 1949 page 35). La Cour a dans ce cas estimé que la Grande-Bretagne, en procédant à des opérations de déminage, sous protection navale et aérienne, dans les eaux territoriales albanaises, avait violé la souveraineté de l'Albanie. En réponse à l'argumentation britannique tirée du droit aux représailles que le Royaume-Uni estimait tenir des violations répétées du droit international commises par l'Albanie, la Cour a précisé qu'elle ne pouvait "admettre un tel système de défense. Le prétendu droit d'intervention ne peut être envisagé par la Cour

que comme la manifestation d'une politique de force, politique qui, dans le passé, a donné lieu aux abus les plus graves et qui ne saurait, quelles que soient les déficiences présentes de l'Organisation internationale, trouver aucune place dans le droit international."

En l'état actuel du droit et la jurisprudence, il apparaît donc que la Charte des Nations Unies interdit aux Etats membres de l'ONU de recourir aux représailles armées en cas d'action illicite commise par l'Union soviétique et ses alliés.

Bien plus, en application de l'article 2, para. 6 de la Charte, cette interdiction semble viser également les Etats non membres des Nations Unies (voir sur ce point Oppenheim-Lauterpacht, Tome II, page 155 - Note 2). Elle concerne en tout état de cause tous les Etats membres de l'OTAN puisque le seul d'entre eux qui n'ait pas été admis aux Nations Unies a, le 3 octobre 1954, accepté les obligations définies par l'article 2 de la Charte (voir la déclaration du Gouvernement de la République fédérale d'Allemagne en Annexe A à la Résolution du Conseil du 22 octobre 1954).

24. Le droit international interdisant à l'heure actuelle les représailles armées, il semble qu'en cas d'action illicite commise à Berlin par l'Union soviétique et ses alliés, les seules mesures qui pourraient être éventuellement justifiées sur le plan juridique seraient :

- (a) les mesures de rétorsion précisées au para. 20 ci-dessus;
- (b) les mesures de représailles non armées.

Le Plan MARCON 3 pourrait entrer dans cette dernière catégorie. Il en serait de même des plans MARCON 4, MARCON 5 et MARCON 6 dans la mesure où ceux-ci pourraient être exécutés sans usage de la force. C'est ainsi par exemple que :

- le Plan MARCON 4 pourrait peut-être être appliqué en haute mer dans les hypothèses où les navires de commerce du bloc soviétique accepteraient sans résistance visite et perquisition;
- des saisies pourraient être éventuellement opérées dans les eaux intérieures en application du Plan MARCON 5;
- un embargo pourrait être décrété dans les mêmes conditions en vertu du Plan MARCON 6.

Ces mesures pourraient en haute mer être appliquées par les navires d'un quelconque membre de l'Alliance. Dans les eaux territoriales ou intérieures d'un Etat appartenant à l'OTAN, elles devraient être exécutées normalement par l'Etat intéressé ou pourraient l'être, avec l'accord de ce dernier, avec l'aide d'autres Etats membres de l'Alliance.

25. Mais si les représailles armées sont interdites par le droit international, il n'en résulte pas que toutes les représailles non armées soient licites. Encore faut-il que ces dernières répondent à diverses conditions qui ont été fixées par la doctrine et la jurisprudence (voir la sentence arbitrale du 31 juillet 1928 rendue dans le litige ayant opposé l'Allemagne au Portugal à raison des dommages causés dans les colonies portugaises du Sud de l'Afrique - Recueil des Sentences Arbitrales des Nations Unies, Tome II, pages 1014, 1027 et 1028).

- (a) Le droit des représailles est en principe un droit bilatéral. Les représailles ordonnées par le seul Etat lésé ne doivent être dirigées que contre l'Etat coupable de la violation du droit et non contre d'autres Etats (voir par exemple Guggenheim, Tome II, page 85).
- (b) Les représailles décidées "ne doivent pas être hors de proportion" avec l'acte illicite qui les a motivées.
- (c) L'Etat coupable doit avoir été mis préalablement en demeure de faire cesser l'acte illicite.

Si cette dernière condition paraît pouvoir être remplie assez facilement en l'espèce, les deux premières posent par contre des questions délicates qu'il convient d'examiner.

26. La théorie traditionnelle des représailles est incontestablement une théorie de relation d'Etat à Etat (voir sur ce point le Rapport du sous-groupe de travail sur les aspects juridiques des contre-mesures économiques éventuelles - C-M(61)99, para. 6). En cas de crise à Berlin, elle ne pourrait donc en principe justifier que des représailles dirigées contre l'Union soviétique et éventuellement contre la "République démocratique allemande" par les trois puissances occupantes et éventuellement la République fédérale d'Allemagne.

Les membres du sous-groupe de travail ont souligné toutefois au para. 7 du Rapport précité que les pays membres de l'OTAN qui le désiraient, pourraient faire valoir deux arguments en faveur de représailles collectives :

- (a) l'action illicite commise par l'Union soviétique pourrait, dans certaines hypothèses, équivaloir à une menace imminente d'attaque armée justifiant l'exercice de droit de légitime défense;
- (b) les mécanismes de décision et les structures militaires de l'OTAN et de l'Organisation du Pacte de Varsovie sont tels que les actions illicites envisagées mettraient en cause tous les Etats membres de chacune des Alliances.

Le groupe de travail concluait toutefois que cette dernière théorie "pourrait ne pas être considérée comme une expression inattaquable des principes du droit international en vigueur, mais ne pourrait reposer que sur ce qui est considéré comme représentant une évolution progressive de ce droit en l'état actuel des affaires internationales".

Cette conclusion laissait à chaque gouvernement le soin de juger s'il lui paraissait juridiquement possible ou non :

- (a) de se joindre à des représailles non armées décidées à la suite d'une crise survenue à Berlin;
- (b) de diriger ces représailles non seulement contre l'Union soviétique et la "République démocratique allemande", mais encore contre les autres membres du Pacte de Varsovie ou même contre la Chine populaire, la Mongolie extérieure, la Corée du Nord et le Vietnam du Nord.

Compte tenu des divergences d'opinion qui se sont manifestées entre les experts, il m'est difficile de prendre parti en la matière. Je tiens toutefois à appeler l'attention du Conseil sur le fait que les représailles ont normalement un caractère bilatéral et que par suite ce n'est qu'avec une certaine prudence que des mesures en elles-mêmes illicites devraient être envisagées contre les bateaux des pays du bloc soviétique autres que l'Union soviétique et la "République démocratique allemande".

27. Il convient enfin de souligner que les représailles ne doivent pas être hors de proportion avec l'acte illicite qui les a motivées. Il est difficile de ce point de vue de juger de la régularité éventuelle des plans MARCON et BERCON DELTA. Ceux-ci n'apparaissent en effet que comme secondaires par rapport aux Plans BERCON, ALPHA, BRAVO et CHARLIE. C'est la nature des mesures prises à Berlin par l'Union soviétique ou "la République démocratique allemande" et la portée des plans BERCON appliqués qui, de ce point de vue, seraient décisives dans l'appréciation de la régularité des plans maritimes.

28. En conclusion, il m'apparaît que la théorie des représailles pourrait, en cas d'actes illicites commis à Berlin par l'Union soviétique ou la "République démocratique allemande" justifier l'application des mesures précisées au para. 24 ci-dessus aux navires battant pavillon soviétique et de la "République démocratique allemande". Un doute sérieux subsiste sur la question de savoir si de telles mesures pourraient être appliquées aux autres navires du bloc soviétique. En tout état de cause, ces mesures si elles étaient accompagnées de l'application des Plans BERCON, devraient former un ensemble qui demeurerait en proportion des irrégularités commises et des dommages subis à Berlin.

SECTION III

LES PLANS MARCON ET BERCON DELTA ET LE DROIT DE
LA LEGITIME DEFENSE

29. Si l'Union soviétique et ses alliés se livraient à une attaque armée à Berlin ou dans les voies d'accès à Berlin, les Etats membres de l'OTAN pourraient justifier leur action en invoquant le droit de légitime défense individuelle et collective reconnu par l'article 51 de la Charte des Nations Unies. Ce droit pourrait, semble-t-il, être invoqué non seulement par les Etats membres de l'OTAN appartenant aux Nations Unies, mais encore par la République fédérale d'Allemagne (voir Oppenheim, Tome II - 155 - Note 2). Il autoriserait une riposte qui pourrait en pareille hypothèse, prendre la forme de représailles armées.

30. La question se pose cependant de savoir si le même raisonnement pourrait être fait dans le cas où la menace d'une attaque armée soviétique serait imminente. Certains auteurs, invoquant le texte de l'article 51 de la Charte, semblent écarter en pareille hypothèse la légitime défense (Oppenheim, Tome II - 155). D'autres, s'appuyant sur l'article 2, para. 4 paraissent l'admettre (Aronéanu "La Définition de l'agression, page 94). Le rapport du sous-groupe de travail cité ci-dessus retenait cette dernière solution (C-M(61)99 - para. 4). Celle-ci peut en effet être acceptée, étant entendu qu'il conviendra dans chaque cas d'apprécier le caractère imminent et effectif de la menace invoquée.

31. Si le droit de légitime défense peut permettre, dans les hypothèses visées aux deux paragraphes précédents, de justifier juridiquement l'application des Plans MARCON et BERCON DELTA, celle-ci devrait toutefois respecter certaines règles :

- (a) les mesures prises par les Etats membres de l'OTAN devraient être "immédiatement portées à la connaissance du Conseil de Sécurité" (Article 51 de la Charte et résolution de l'Assemblée Générale du 17 novembre 1950);
- (b) les représailles armées ordonnées devraient rester dans les limites fixées au para. 25 ci-dessus. En particulier, elles ne devraient normalement viser que les états "agresseurs", c'est-à-dire l'Union soviétique et la "République démocratique allemande". Il ne serait souhaitable de les étendre aux navires d'autres pays du bloc soviétique qu'avec une certaine prudence. (Voir para. 26 ci-dessus);
- (c) les Plans MARCON devraient être exécutés de manière à respecter les droits des pays n'appartenant ni à l'OTAN, ni au bloc soviétique. Jusqu'à la déclaration de guerre éventuelle, les règles du droit

maritime international du temps de paix resteraient en particulier applicables aux navires de ces pays (voir pour le blocus pacifique Higgins para. 395);

- (d) les règles du droit de la guerre devraient être respectées dans la conduite des opérations menées contre les pays du bloc soviétique.

CONCLUSION :

32. En conclusion, il apparaît :

- (a) qu'en cas d'action soviétique gênante mais n'ayant aucun caractère irrégulier du point de vue du droit international, seules les mesures de rétorsion mentionnées au para. 20 ci-dessus pourraient être légalement appliquées;
- (b) qu'en cas d'action illicite ne revêtant pas le caractère d'une attaque armée ou d'une menace imminente d'attaque armée, seules les mesures de rétorsion mentionnées au para. 20 et les mesures de représailles énumérées au para. 24 pourraient être légalement appliquées dans les limites fixées au para. 28;
- (c) qu'en cas d'attaque armée ou de menace imminente d'attaque armée, les Plans MARCON et BERCON DELTA pourraient être appliqués selon les modalités précisées au para. 31.

(Signé) G. GUILLAUME

TABLEAU RECAPITULATIF⁽¹⁾

Droit applicable		Droit maritime international	Droit des représailles	Droit de la légitime défense
Plans applicables				
Marcon 1 et 2		Oui (para. 4-9)	<p>Oui</p> <p>(1) Si consiste en une des mesures de rétorsion précisée en 1ère colonne ou</p> <p>(2) Si constitue une mesure de représailles non armées (para. 21 à 24-28)</p> <p>(a) appliquée après tentatives de négociations (para. 25(c))</p> <p>(b) dirigée contre les seuls Etats coupables (para. 26)</p> <p>(c) proportionnée à l'acte illicite commis (para. 27)</p> <p>Par exemple embargo ou saisie dans les eaux intérieures (para. 24).</p>	<p>Oui</p> <p>(1) Si consiste en une des mesures de rétorsion ou de représailles non armées précisées en 1ère et 2ème colonnes ou</p> <p>(2) Si constitue une mesure de représailles armées (para. 29 et 30)</p> <p>(a) appliquée après tentative de négociation, dirigée contre les seuls Etats coupables et proportionnée à l'acte illicite commis (para. 31(b) et 25 à 27).</p> <p>(b) le Conseil de Sécurité étant saisi (para. 31 (a))</p> <p>(c) dans le respect des droits des pays non visés (para 31(c))</p> <p>(d) les opérations étant conduites selon les règles du droit de la guerre (para. 31(d)).</p>
Marcon 3		<p>(1) Oui dans les eaux territoriales et intérieures (para. 11-17)</p> <p>(2) Question à préciser en haute mer (para. 9)</p>		
Marcon 4		Oui, mais seulement dans les eaux territoriales et intérieures (para. 4 à 9-11-17)		
Marcon 5		Non dans la presque totalité des cas (para. 9-12-17)		
Marcon 6	Interdiction de zone	<p>(1) Oui dans les eaux territoriales et intérieures pour les navires de guerre (para. 15-17) ; oui dans les eaux intérieures pour les navires de commerce (para. 14-18)</p> <p>(2) Non en haute mer (para 4-9) dans certains détroits (para. 15) et canaux (para. 19).</p>		
	Embargo	Non (para. 4-14-16).		

(1) Ce tableau a pour objet de permettre de se référer commodément au texte de la Note. Il ne prétend pas résumer celle-ci et ne saurait être utilisé isolément.