

LE RÔLE DU JUGE INTERNATIONAL:
L'APPORT AU DROIT INTERNATIONAL
HUMANITAIRE DE L'AVIS DE LA CIJ SUR LA
LICÉITÉ DE LA MENACE OU DE L'EMPLOI
D'ARMES NUCLÉAIRES *

Abdelwahab BIAD **

Maitre de conférences, Université de ROUEN

Le 24 novembre 1961, l'Assemblée générale des Nations unies (AGNU) adoptait la Résolution 1653 (XVI) dans laquelle elle considérait l'emploi de l'arme nucléaire comme « un crime contre l'humanité et la civilisation »⁽¹⁾. Elle demandait au Secrétaire général de procéder à une consultation des États sur la possibilité de convoquer une conférence internationale chargée d'adopter une convention sur l'interdiction de l'arme nucléaire. S'inspirant de cette résolution aux termes sans équivoques, l'Inde avait déposé en 1982 à l'Assemblée générale un projet de *Convention sur l'interdiction de l'utilisation des*

* cet article a fait l'objet d'une publication dans un ouvrage collectif intitulé : «Un siècle de droit national humanitaire » (Centenaire des conventions de la Haye et cinquanteenaire des conventions de Genève) Bruxelles: Ed. Bruylant, 2001.

** Le secrétariat de rédaction de la revue IDARA a omis de préciser que l'article de M.A.BIAD intitulé : «La dimension humaine de la sécurité dans le partenariat euro-méditerranéen» paru dans le numéro 23 de la revue (2002-1)vol 12, pp.57-93est extrait de Marie-Françoise LABOUZ(sous dir) «Le partenariat de l'Union-européenne avec les pays tiers : conflits et convergences» Bruxelles : Bruylant 2000,pp.73-87.

Le secrétariat de rédaction s'excuse auprès de Mr. BIADpour cette omission.

1. Voir aussi depuis les résolutions 33/71 B (14 décembre 1978), 34/83 G (11 décembre 1979), 35/152 D (12 décembre 1980), 36/92 I du 9 décembre 1981, 45/59 B du 4 décembre 1990.

armes nucléaires, qui fait depuis chaque année l'objet d'une résolution votée avec une confortable majorité par l'Assemblée Générale des Nations unies (AGNU). A l'occasion du vote de cette résolution, la Chine est la seule puissance nucléaire à appuyer la revendication ⁽²⁾, tandis que les États-Unis, la France et le Royaume-Uni votent contre invoquant le droit de légitime défense et que la Russie s'abstient.

Après plusieurs années de revendications anti-nucléaires restées sans suite, l'AGNU décide de franchir un nouveau pas avec l'adoption le 15 décembre 1994 par 78 voix pour, 43 contre et 38 abstentions, de la résolution 49/75 K dans laquelle elle demande à la Cour internationale de justice (CIJ) s'il est « permis en droit international de recourir à la menace ou à l'emploi d'armes nucléaires en toute circonstance » ⁽³⁾. Après avoir rejeté les demandes en incompétence et en irrecevabilité formulées par les États-Unis, la France et le Royaume-Uni ⁽⁴⁾, la Cour a sur le fond, conclu:

2. Pékin a réaffirmé à plusieurs reprises son engagement formulé dès son accession au Club atomique en 1964 « de ne jamais, et en aucune circonstance employer ou menacer d'employer des armes nucléaires contre des États qui n'en sont pas dotés ou des zones qui en sont exemptes » (Déclaration à la Conférence du désarmement, CD/1309 du 5 avril 1995).

3. En fait la Cour était saisie de deux demandes d'avis émanant de l'OMS et de l'AGNU. L'OMS posait à la Cour la question suivante: « Compte tenu des effets des armes nucléaires sur la santé et l'environnement, leur utilisation par un État au cours d'une guerre ou d'un conflit armé constituerait-elle une violation de ses obligations a regard du droit international, y compris la Constitution de l'OMS » (Résolution WHA 4640 du 14 mai 1993). La Cour a rendu un refus d'avis dans le cas de l'OMS estimant que la question posée ne portait pas sur des problèmes juridiques se présentant dans le cadre de l'activité de cette organisation, comme l'exigeait l'article 96, § 2 de la Charte des Nations unies (Licéité de l'utilisation des armes nucléaires par un État dans un conflit armé, Avis du 8 juillet 1996, §§ 20 et s.).

4 Exposés oraux et écrits de ces États mentionnés dans l'Avis, §§10-19. On rappellera qu'en vertu des article 65, §§ 1 et 96 de la Charte, la CIJ peut donner des avis consultatifs à la demande du Conseil de sécurité, de l'AGNU ou de tous autres organes des Nations unies et des institutions spécialisées ayant reçu une autorisation de l'AGNU à cet effet. La Cour peut refuser de donner suite à la demande d'avis mais, une fois formulé, un avis consultatif a un caractère non contraignant.

- qu'il « ressort des exigences susmentionnées que la menace ou l'emploi de l'arme nucléaire serait généralement contraire aux règles du droit international applicable dans les conflits armés, et spécialement aux principes et règles du droit humanitaire »

-mais qu' au vu de l'état actuel du droit international ainsi que des éléments de fait dont elle dispose, la Cour ne peut cependant conclure de façon définitive que la menace ou l'emploi d'armes nucléaires serait illicite dans une circonstance extrême de légitime défense dans laquelle la survie même d'un Etat serait en cause » ⁽⁵⁾.

Cette conclusion a sérieusement divisé les juges et ne fut adoptée qu'avec sept voix contre sept avec la voix prépondérante du Président Bedjaoui ⁽⁶⁾. Tous les juges ont estimé devoir faire soit des déclarations (Bedjaoui, Herezegh, Shi, Vereshchetin, Ferrari Bravo), des opinions individuelles (Guillaume, Ranjeva, Fleischauer) ou des opinions dissidentes (Schwebel, Oda, Shahabuddeen, Weeramantry, Koroma et Higgins). Sur les sept juges qui ont voté en faveur du § 105 alinéa 2 E, quatre indiquent dans leurs opinions individuelles que l'emploi d'armes nucléaires est indubitablement illégal au regard des règles du Droit international humanitaire (DIH) (juges Bedjaoui, Ranjeva, Herezegh et Fleischhauer), et un cinquième juge estime ces armes illégales en droit coutumier (juge Ferrari Bravo). Sur les sept juges qui ont voté contre, trois considèrent que leur emploi pourrait être licite au regard du DIH dans certaines circonstances extrêmes (juges Schwebel, Guillaume et Higgins), trois estiment que leur emploi est forcément illicite en DIH (juges Shahabuddeen, Weeramantry et Koroma), et le septième (juge Oda) pense que la Cour aurait dû s'abstenir de rendre un avis consultatif sur la question.

Ainsi, parmi les 23 avis consultatifs rendus par la CIJ depuis sa création, l'avis sur la licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires est sans doute celui qui a soulevé la plus grande polémique en raison

5. §105 2 E.

6. L'article 55 § 2 du Statut de la Cour stipule qu'« en cas de partage des voix, la voix du Président ou de celui qui le remplace est prépondérante ».

même de sa portée politique et diplomatique. Certains commentateurs ont même qualifié l'avis sur la licéité de l'emploi de l'arme nucléaire comme l'une des plus importantes décisions que la Cour ait jamais rendu ⁽⁷⁾. Le juge américain Schwebel résumait bien l'importance de cet avis en estimant que « plus que toute autre affaire dans l'histoire de la Cour, la procédure actuelle présente une tension titanesque entre pratique des Etats et principe juridique » ⁽⁸⁾.

Les critiques n'ont pas manqué pour commenter les conclusions et le contenu de cet avis et même la question posée. Ainsi, le juge Ranjeva s'est interrogé sur la formulation pour le moins absurde de la question tant il est évident qu'il n'est pas permis en toute circonstance de recourir à la menace ou à l'emploi de l'arme nucléaire; cet emploi n'étant évidemment pas permis là où l'usage de la force est interdit par le droit international ⁽⁹⁾. Plus généralement, les juristes ont mis en exergue, les confusions ou le caractère « lacunaire, défectueux et préoccupant » de l'avis de la CIJ ⁽¹⁰⁾. Dans le concert des commentaires ceux des juges eux mêmes ne sont pas les moins sévères: réponse imprécise et chargée d'incertitude pour le juge Herezegh; décision peu courageuse et de lecture difficile pour le juge Ferrari Bravo; conclusions incomplètes et vagues pour le juge Fleischauer; volonté d'esquiver une réponse claire pour le juge Ranjeva.

Curieusement, les critiques faites par cinq des sept juges qui ont voté en faveur de l'avis semblent en totale contradiction avec les conclusions de la Cour, posant ainsi le problème de la compatibilité des opinions exprimées par les juges avec leurs votes. Certains juristes se sont même demandés si lesdites opinions ne neutralisaient pas le vote lui-même ⁽¹¹⁾.

7. Avant-propos du juge Géza HERCZEG, au numéro spécial de la RICR consacré à cet avis, n° 823, janvier février 1997, p. 4.

8. Opinion dissidente de M. Schwebel, §1.

9. Opinion individuelle du juge Ranjeva, p. 298.

10. L. CONDORELLI, «La Cour internationale de Justice sous le poids des armes nucléaires: Jura non novit curia?», RICR, n° 823, janvier-février 1997, p. 21.

11. A. AZAR, Les opinions des juges dans l'avis consultatif sur la licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires (Avis du 8 juillet 1996), Bruxelles, Bruylant, 1998,

p. 17.

On citera aussi à ce propos la position paradoxale du juge Guillaume, juge dissident s'exprimant dans une opinion individuelle. Il s'en est expliqué en déplorant que la Cour n'ait pas exprimé explicitement (d'où le vote négatif) ce qu'elle semblait avoir admis implicitement (d'où l'opinion individuelle) ⁽¹²⁾.

Aussi passionnées et polémiques que furent les réactions, il n'en reste pas moins que *l'avis consultatif sur la licéité de l'emploi de l'arme nucléaire* est, après l'arrêt sur *l'affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua* et contre celui-ci, la deuxième contribution significative de la CIJ à l'enrichissement de la jurisprudence internationale sur *le jus ad bellum* et *le jus in bello*. En recherchant le droit applicable, la Cour a écarté le droit des droits de l'Homme ⁽¹³⁾, le droit réglementant la prévention et la répression du crime de génocide ⁽¹⁴⁾ et le droit de l'environnement ⁽¹⁵⁾, estimant que le droit pertinent en l'espèce est le droit relatif au recours à la force, le droit applicable dans les conflits armés et les accords relatifs à l'arme nucléaire ⁽¹⁶⁾. Ce faisant, elle va constater les lacunes du droit international quant à la question de l'emploi des armes nucléaires (I) d'une part, mais établit d'autre part qu'un tel emploi violerait généralement des « principes intransgressibles » du DIH (II).

12. Opinion individuelle du juge Guillaume, p. 291, § 9

13. §24 et 25.

14. §26.

15. § 27 à 33 .

16. §34.

I. — LE CARACTÈRE « EMBRYONNAIRE » DU DROIT INTERNATIONAL RELATIF AUX ARMES NUCLÉAIRES

La Cour constate d'abord que la tendance observée jusqu'ici était que les armes de destruction massive soient déclarées illicites. Elle cite à ce propos la Convention de 1972 sur les armes bactériologiques (biologiques) ⁽¹⁷⁾ et celle de 1993 sur les armes chimiques ⁽¹⁸⁾. Mais, c'est pour déduire qu'il n'existe aucun instrument portant spécifiquement sur l'interdiction des armes nucléaires ⁽¹⁹⁾. En effet, la Cour s'est livrée à un examen des instruments et arrangements en vigueur concernant l'arme nucléaire, et en particulier les traités sur la limitation des essais (1963) et la non-prolifération nucléaire (TNP de 1968); les accords de non dissémination des armes nucléaires dans certains espaces (Antarctique de 1959 et espace extra-atmosphérique de 1967); les traités de dénucléarisation régionale (traités de Tlateloleco et de Rarotonga); les déclarations sur les garanties négatives. On constate que parmi ces accords et arrangements, seule une poignée concerne l'emploi et la menace de l'emploi de l'arme nucléaire.

A. - Les accords et arrangements existants relatifs à l'emploi de l'arme nucléaire

On remarque que les quelques accords et arrangements internationaux relatifs spécifiquement à l'emploi de l'arme nucléaire se caractérisent par une extrême diversité tant dans leur forme juridique que dans leur contenu. Ainsi, on y trouve aussi bien l'engagement de ne pas recourir ou menacer de recourir à l'arme nucléaire énoncé dans des Protocoles annexés aux traités instituant des zones exemptes d'armes nucléaires (ZEAN), que des garanties négatives données par les puis-

17. Convention sur l'interdiction de la mise au point, de la fabrication et du stockage des armes bactériologiques (biologiques) ou à toxines et sur leur destruction.

18. Convention sur l'interdiction de la mise au point, de la fabrication et du stockage et de l'emploi des armes chimiques et sur leur destruction.

19. §57.

sances nucléaires en faveur des États parties au TNP, formulées ou non dans une résolution du Conseil de sécurité.

En ce qui concerne les ZEAN, on rappellera que les traités de Tlatelolco et de Rarotonga comportent chacun un protocole additionnel destiné aux puissances nucléaires afin qu'elles s'engagent à ne pas «recourir ni à l'emploi d'armes nucléaires ni à la menace de leur emploi contre les parties » auxdits traités ⁽²⁰⁾. En signant et en ratifiant ces protocoles, les puissances nucléaires ont fait des déclarations interprétatives selon lesquelles ils se réservaient le droit de reconsidérer, dans certaines circonstances, leurs engagements de non-emploi de l'arme nucléaire contre les États parties à ces zones, circonstances qui rappellent les conditions qu'elles ont formulées dans les déclarations portant garanties négatives. Si ces Protocoles n'établissent qu'une restriction régionalisée de l'emploi de l'arme nucléaire, ils n'en portent pas moins l'illustration de ce que pourrait être à l'avenir un accord universel d'interdiction de l'emploi de cette arme.

Quant aux garanties négatives formulées par les cinq puissances nucléaires en vertu desquelles elles s'engageaient à ne pas employer d'armes nucléaires contre des États parties au TNP, elles sont assorties d'exceptions (sauf pour le cas de la Chine) qui en affaiblissent la portée⁽²¹⁾. La résolution 984 (1995) du Conseil de sécurité a pris acte de ces déclarations unilatérales. Cependant, les pays non-alignés (PNA) sont majoritairement réservés à l'égard des garanties négatives, réclamant l'adoption d'une Convention internationale prohibant en toutes circonstances l'emploi et la menace de l'emploi d'armes nucléaires contre les États qui en sont dépourvus ⁽²²⁾. Des discussions sont enga-

20. Article 3, Protocole additionnel 11 du Traité de Tlatelolco et article premier, Protocole 2 du Traité de Rarotonga.

21. Les puissances nucléaires ont stipulé que l'engagement de non emploi contre les États parties au TNP et aux ZEAN cesserait de jouer en cas d'attaque contre elles-mêmes, leurs territoires ou des territoires placés sous leur dépendance, leurs forces armées ou leurs alliés. Voir documents de la Conférence du désarmement de Genève, les déclarations de la Chine (CD/1:309) des États unis (CD/1305), de la France (CD/1307), du Royaume Uni (CD/1306), de la Russie (CD/1311).

22. Conférence du désarmement de Genève, document CD/825, p. 217.

gées à cet effet depuis 1979 au sein de la Conférence du désarmement de Genève en vue de définir une formule commune à inclure dans un accord⁽²³⁾.

On voit que le droit relatif à l'arme nucléaire sur lequel pouvait s'appuyer la Cour ne concerne que la mise au point, la possession et le déploiement des armes nucléaires, et marginalement l'emploi ou la menace de l'emploi en tant que tels. Si la Cour constate que les instruments conventionnels en vigueur « portent exclusivement sur l'acquisition, la fabrication, le déploiement et la mise à l'essai des armes nucléaires, sans traiter spécifiquement de la menace ou de l'emploi », elle n'en déduit pas moins que lesdits traités « pourraient en conséquence être perçus comme annonçant une future interdiction générale de l'utilisation desdites armes, mais ne comportaient pas en eux-mêmes une telle interdiction »⁽²⁴⁾. La Cour semble ainsi rejeter l'idée défendue par certains selon laquelle elle disposait dans les accords existants, notamment sur les ZEAN et dans les résolutions de l'AGNU condamnant l'emploi de l'arme nucléaire, des éléments objectifs permettant de conclure à l'émergence de normes tendant à prohiber un tel emploi. L'inexistence de normes conventionnelles permettant de conclure en faveur d'une interdiction totale et universelle de l'emploi de l'arme nucléaire pousse la Cour à rechercher dans la pratique des Etats, l'existence d'une règle coutumière militant en faveur d'une telle interdiction.

B. - Les lacunes du droit international et le recours à la pratique des Etats

Pour les puissances nucléaires, il ne fait guère de doute qu'en l'absence de prohibition expresse de l'emploi de l'arme nucléaire par le droit international, les États demeurent libres d'agir comme ils l'enten-

23. Voir à ce propos, A. BIAD, « Les arrangements internationaux pour garantir les Etats non dotés d'armes nucléaires contre l'emploi ou la menace de ces armes », AFDI, 1997, vol. XLIII, pp. 227-252.

24. §62.

dent ⁽²⁵⁾. Ainsi, le juge Guillaume s'appuyant sur *l'affaire du Lotus* et en particulier sur le principe de la liberté des États (ou « principe du Lotus ») ⁽²⁶⁾ a estimé que les États choisissent d'interdire une arme par traité, et qu'une arme non prohibée est licite, les États étant alors libres de l'utiliser ⁽²⁷⁾. Cette opinion fut contestée par les juges Bedjaoui, Shahabuddeen et Weeramantry. À ce propos, le président Bedjaoui a relativisé l'importance de la jurisprudence de *l'affaire du Lotus*, expression d'une société internationale moins institutionnalisée qu'elle ne l'est aujourd'hui, pour rappeler qu'il a voté pour l'avis consultatif uniquement à la condition qu'il soit entendu que ce qui n'est pas interdit, n'est pas nécessairement autorisé ⁽²⁸⁾. Semblant aller à contre-courant de la jurisprudence du *Lotus*, la Cour dans son avis de 1996 ne donne pas une liberté absolue aux États en cas de lacune du droit puisqu'elle affirme que ce qui n'est pas expressément prohibé par le droit n'est pas pour autant autorisé par celui-ci.

Les juges se sont aussi attachés à démontrer l'existence d'une *opinio juris* en faveur soit de la licéité soit de l'illicéité de la menace et de l'emploi de l'arme nucléaire. Les partisans de l'illicéité voient dans la pratique de non-utilisation constante de l'arme nucléaire depuis 1945 et dans les nombreuses résolutions de l'AGNU condamnant l'emploi de ces armes, les éléments constitutifs d'une *opinio juris*. Mais *la Cour* n'a pas retenu cette argumentation en considérant que bien qu'exprimant une inquiétude à l'égard des armes nucléaires, les résolutions de l'AGNU « n'établissent pas encore l'existence d'une *opinio juris* quant à l'illicéité de l'emploi de ces armes » ⁽²⁹⁾. Les adversaires de l'illicéité font valoir pour leur part que *l'opinio juris* pourrait être déduite de la

25. Opinion individuelle du juge Guillaume, parag. 10.

26. CPJI, 1927, Affaire portant sur la compétence pénale à la suite d'une collision en mer.

27. Opinion individuelle du juge Guillaume, parag. 10.

28. § 10-15.

29. § 71.

politique de dissuasion suivie de longue date par les puissances nucléaires.

A ce sujet, un débat a opposé les juges à propos de la valeur juridique de la politique de dissuasion. La Cour a pris note de « la pratique dénommée politique de dissuasion à laquelle une partie appréciable de la communauté internationale a adhéré pendant des années »⁽³⁰⁾, mais elle n'est pas allée jusqu'à reconnaître la licéité de celle-ci. Le juge chinois Shi formulera une réserve à ce propos en estimant qu'en prenant acte de la politique de dissuasion, la Cour a subordonné le droit aux exigences de la politique de dissuasion. « C'est le droit qui devrait régler la politique de dissuasion et non l'inverse » a-t-il souligné⁽³¹⁾. Le juge italien s'inscrit dans la même perspective de déni de toute valeur juridique à la politique de dissuasion en estimant que celle-ci « n'est pas en mesure de créer une pratique sur laquelle fonder le début de création d'une coutume internationale »⁽³²⁾. En revanche, le juge Guillaume reproche à la Cour de ne pas avoir exprimé explicitement ce qu'elle reconnaissait implicitement, c'est à dire « la licéité de la dissuasion pour la défense des intérêts vitaux des États ». A l'instar des juges américain et britannique, le juge français considère que la dissuasion présente un aspect juridique qui trouve son fondement dans le droit de légitime défense⁽³³⁾.

C. - L'argument de la légitime défense

A ce propos, le Président Bedjaoui a contesté l'idée que la légitime défense puisse engendrer une situation dans laquelle un Etat s'exonérerait lui-même du respect des normes du droit international humanitaire⁽³⁴⁾. Le juge Koroma aborde dans le même sens lorsqu'il considère que la légitime défense « n'est pas une exception au jus in bello ». Mais,

30. § 96.

31. Déclaration du juge Shi, p. 277

32. Déclaration du juge Ferrari Bravo, p. 282.

33. Opinion individuelle du juge Guillaume, p. 291, § 9.

34. Déclaration du Président Bedjaoui, p. 273, § 22.

la Cour paraît aller dans le sens des partisans de la suprématie du droit de légitime défense lorsqu'elle déclare ne pas être en mesure de conclure si la menace ou l'emploi de l'arme nucléaire serait licite « dans une circonstance extrême de légitime défense dans laquelle la survie même d'un État serait en cause ». La Cour ne définit toutefois pas ce qu'elle entend par « circonstance extrême de légitime défense dans laquelle la survie même de l'État serait en cause ». Il reviendra donc, comme en déduit le juge Koroma, à chaque puissance nucléaire « de décider tout seul l'emploi de l'arme nucléaire quand sa survie, telle qu'il la perçoit, est en cause et cette décision n'est soumise ni au droit ni au jugement d'un tiers »⁽³⁵⁾. En fait, l'argument de la légitime défense invoqué pour couvrir l'emploi de l'arme nucléaire peut être interprété comme visant à assurer la primauté du *jus ad bellum* sur le *jus in bello*⁽³⁶⁾.

Mais, l'exercice par l'État de son droit naturel à la légitime défense est soumis conformément à une règle coutumière rappelée par la Cour elle-même aux conditions de nécessité et de proportionnalité⁽³⁷⁾. Les conditions de la nécessité et de la proportionnalité font en sorte que l'emploi de l'arme nucléaire en légitime défense ne pourrait être envisagé que face à une attaque d'une gravité comparable et ne pouvant être neutralisée par aucun autre moyen⁽³⁸⁾.

Une riposte nucléaire contre une attaque par des moyens conventionnels serait donc manifestement disproportionnée.

Certains ont estimé que le droit de légitime défense devait de surcroît respecter les restrictions spécifiques du DIH. La Cour semble pencher dans cette direction lorsqu'elle estime que si « la soumission de

35. Opinion dissidente du juge Koroma, p. 560.

36. C'est l'opinion exprimée par Henry MEYROWITZ, « Le débat sur le non-recours en premier aux armes nucléaires et la déclaration soviétique du 15 juin 1982 », AFDI, 1982, pp. 147-167 (cf p. 161).

37. Affaire des Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis), Recueil CIJ, 1986, p.94, §176.

38. L. CONDORELLI, « La Cour internationale de Justice sous le poids des armes nucléaires: Jura non novit curia? », RICR, n°823, janvier-février 1997, p. 9.

l'exercice du droit de légitime défense aux conditions de nécessité et de proportionnalité est une règle du droit international coutumier (...), en même temps, un emploi de la force qui serait proportionné conformément au droit de la légitime défense doit, pour être licite, satisfaire aux exigences du droit applicable dans les conflits armés, dont en particulier les principes et règles du droit humanitaire »³⁹⁾.

II. — LE CARACTÈRE INTRANSRESSIBLE DES PRINCIPES DU DROIT INTERNATIONAL HUMANITAIRE

La Cour se référant notamment aux déclarations des États-Unis, du Royaume-Uni et de la Russie confirme l'applicabilité du DIH aux armes nucléaires. Ces déclarations étaient ainsi libellées:

- Déclaration des États-Unis: « cela fait longtemps que les États-Unis pensent que le droit des conflits armés régit l'emploi d'armes nucléaires comme il régit d'ailleurs celui des armes classiques » (Exposé oral, CR 95/34, p. 85).

- Déclaration du Royaume-Uni: « en ce qui concerne le droit coutumier de la guerre, le Royaume-Uni a toujours admis que l'emploi d'armes nucléaires est assujetti aux principes généraux du jus in bello » (Exposé oral, CR 95/34, p. 45).

- Déclaration de la Russie: « les restrictions imposées par les règles applicables aux conflits armés en ce qui concerne, les moyens et méthodes de guerre s'étendent assurément aux armes nucléaires » (Exposé oral, CR 95/29, p. 52).

La Cour a réaffirmé la nature coutumière de la Convention IV de La Haye et le Règlement annexé de 1907 sur les lois et coutumes de la guerre sur terre, des Conventions de Genève de 1949 et de la Convention sur le génocide de 1948 en estimant que les règles qui y sont énoncées « indiquent ce que sont les conduites et comportements normalement attendus des États ». A ce propos, la Cour a fait référence au juge-

39. §41 et 42.

ment du Tribunal militaire de Nuremberg qui avait établi que les règles contenues dans le Règlement annexé à la Convention de La Haye de 1907 « étaient admises par tous les États civilisés et regardées par eux comme l'expression, codifiée, des lois et coutumes de la guerre »⁽⁴⁰⁾.

Ne voulant pas s'engager dans la problématique des effets des différents types d'armes nucléaires, la Cour n'en a pas moins estimé que l'utilisation de l'arme nucléaire à l'instar des autres armes était régie par les principes du droit humanitaire, principes qui « s'imposent (...) à tous les États, qu'ils aient ou non ratifié les instruments conventionnels qui les expriment, parce qu'elles constituent des principes intransgressibles de droit international coutumier »⁽⁴¹⁾. En usant du terme « intransgressible », la Cour ne voulait-elle pas éviter de les qualifier de principes du *jus cogens* au sens de l'article 53 de la Convention de Vienne? D'ailleurs, elle affirme plus loin « qu'elle ne croit pas devoir trancher la question de savoir s'il s'agit de normes impératives »⁽⁴²⁾. Dans la déclaration qui accompagne l'avis, le Président Bedjaoui a estimé « qu'il ne fait pas de doute pour moi que la plupart des principes et règles du droit humanitaire (...) font partie du *jus cogens* »⁽⁴³⁾. Si on retient l'hypothèse du Président Bedjaoui, la référence aux « principes intransgressibles » du DIH fait incontestablement de ces principes des normes impératives. Il est clair que des normes qui ne peuvent être transgressées - ou intransgressibles - acquièrent la valeur de normes impératives. Du point de vue de la Cour, les normes non susceptibles d'être transgressées en DIH sont précisément ce qu'elle énonce comme étant les « principes cardinaux contenus dans les textes formant le tissu du droit humanitaire », à savoir: le principe de distinction dans l'attaque; l'interdiction de l'emploi des armes causant des maux superflus; la clause de Martens.

40. Procès des grands criminels de guerre devant le Tribunal militaire international, Nuremberg, 14 novembre 1945, Nuremberg, 1947, vol. 1, p. 267.

41. §79.

42. §83.

43. Déclaration du Président Bedjaoui, p. 273, parag. 21.

A. - Le principe de distinction dans l'attaque

Ce principe fondamental du DIH signifie que les États ne peuvent utiliser des armes qui sont dans l'incapacité de distinguer entre cibles civiles et cibles militaires. Ce principe est destiné à protéger la population civile et les biens civils des effets des opérations militaires et à établir la distinction entre combattants et non-combattants. Ce principe, énoncé dans l'article 48 du Protocole additionnel I de 1977 est à l'origine d'autres règles tels le statut du combattant (IIIe Convention de Genève) ou la protection de la population civile contre les effets des hostilités (IVe Convention de Genève et Protocole I). Ce principe a pour conséquence de poser la règle selon laquelle les belligérants n'ont pas un choix illimité quant aux armes qu'ils emploient, règle qui est au cœur du droit des conflits armés codifié pour la première fois dans la Convention de La Haye de 1899.

Une implication majeure de ce principe est l'interdiction de l'emploi d'armes frappant sans discrimination. La CIJ a rappelé à ce propos que « les États ne doivent jamais prendre pour cible des civils, ni en conséquence utiliser des armes qui sont dans l'incapacité de distinguer entre cibles civiles et cibles militaires »⁽⁴⁴⁾. La Cour réaffirme ainsi le caractère coutumier de l'interdiction de l'emploi des armes frappant sans discrimination, déjà formulée dans le Protocole additionnel I de 1977.

« Les Parties au conflit doivent en tout temps faire la distinction entre la population civile et les combattants ainsi qu'entre les biens de caractère civil et les objectifs militaires et, par conséquent, ne diriger leurs opérations que contre des objectifs militaires »(48 PI).

Si la Cour ne définit pas exactement ce qu'elle entend par armes permettant de distinguer *cibles civiles et cibles militaires*, force est de s'en remettre à la seule définition disponible celle énoncée dans le Protocole additionnel I de 1977. En effet, l'article 51 § 4 de ce Protocole définit les « *attaques sans discrimination* » comme: a) des attaques qui ne sont pas dirigées contre un objectif militaire déterminé; b) des attaques dans lesquelles on utilise des méthodes et moyens de combat qui ne peuvent pas être dirigés contre un objectif militaire déterminé; ou c) des

44. §78.

attaques dans lesquelles on utilise des méthodes ou moyens de combat dont les effets ne peuvent pas être limités comme le prescrit le présent Protocole.

L'arme nucléaire correspondrait tout à fait à cette définition. Pourtant la Cour n'ose pas en tirer les conclusions qui s'imposent. Il faudrait alors rechercher ces conclusions dans les déclarations de certains juges.

Si l'applicabilité aux armes nucléaires des principes du DIH n'a été contestée par aucun juge, la question de savoir si l'emploi des armes nucléaires était toujours incompatible avec le DIH a donné lieu à des oppositions. Ainsi, la Cour fut divisée en deux camps, les juges qui défendaient l'illicéité de l'emploi de l'arme nucléaire en toutes circonstances (Shahabuddeen, Koroma et Weeramantry) et ceux qui considéraient cet emploi comme illicite dans certaines circonstances (Guillaume, Higgins, Schwebel). Ainsi, le juge Weeramantry est convaincu que « l'emploi et la menace des armes nucléaires sont illicites en toutes circonstances parce qu'incompatibles avec les principes fondamentaux du droit international et attentatoires aux valeurs humanitaires sur lesquelles repose l'édifice du droit humanitaire »⁽⁴⁵⁾.

Même les juges de la majorité (Bedjaoui, Ranjeva, Herezegh, Shi, Fleischhauer, Vereshchetin, Ferrari Bravo) se sont ralliés à la thèse selon laquelle l'emploi de l'arme violait en toutes circonstances le principe de distinction. Ainsi, le Président Bedjaoui considère que « les armes nucléaires paraissent bien - du moins dans l'état actuel de la science - de nature à faire des victimes indiscriminées, confondant combattants et non combattants (...) ». Pour le juge algérien, cette « arme aveugle, déstabilise donc par nature le droit humanitaire, droit du discernement dans l'utilisation des armes »⁽⁴⁶⁾. Le juge allemand Fleischhauer va dans le même sens en estimant que « l'arme nucléaire est, à bien des égards, la négation des considérations humanitaires qui inspire le droit appli-

45. Opinion dissidente du juge Weeramantry, p. 433.

46. Déclaration de M. Bedjaoui, président, parag. 20.

cable au conflits armés » car elle « ne peut faire la distinction entre objectifs civils et objectifs militaires » ⁽⁴⁷⁾.

Cette thèse est rejetée par le juge Guillaume pour qui les armes nucléaires « n'entrent pas nécessairement » dans la catégorie des armes dites « aveugles » qui sont dans l'incapacité de distinguer entre cibles civiles et cibles militaires. Abordant dans le même sens la question, le juge américain Schwebel conteste l'idée que l'emploi de l'arme puisse être systématiquement contraire au DIH, en opposant d'une part, l'emploi massif d'armes nucléaires stratégiques contre les villes et les industries de l'ennemi qui serait illicite et, d'autre part l'emploi d'armes nucléaires tactiques dirigées contre des cibles militaires qui serait en revanche licite ⁽⁴⁸⁾. Pour le Royaume-Uni, « il n'est absolument pas exact que toute utilisation d'armes nucléaires contre un objectif militaire s'accompagnerait inévitablement de très lourdes pertes civiles » car dans « certains cas, tel l'emploi d'une arme nucléaire de faible puissance contre des navires de guerre en haute mer ou sur des troupes dans une région à la population très clairsemée, il est possible d'envisager une attaque nucléaire produisant relativement peu de pertes civiles » ⁽⁴⁹⁾. Ainsi, pour les partisans de la licéité de l'emploi de l'arme nucléaire, le caractère licite ou illicite de cet emploi dépend moins de l'arme elle-même que des conditions et du contexte dans laquelle elle est utilisée.

Evitant de s'engager dans un débat sur les différentes catégories d'emploi de l'arme nucléaire, la Cour pose que « les méthodes et moyens de guerre qui ne permettraient pas de distinguer entre cibles civiles et cibles militaires, ou qui auraient pour effet de causer des souffrances inutiles aux combattants, sont interdits ». Elle précise que « eu égard aux caractéristiques uniques des armes nucléaires (...), l'utilisation de ces armes n'apparaît effectivement guère conciliable avec le res-

47. Opinion individuelle, parag. 2.

48. Opinion dissidente du juge Schwebel, p. 320.

49. Royaume Uni, Exposé écrit. p. 53, parag. 3.70. Voir également Etats Unis, exposé oral, CR 95/34, pp. 89-90.

pect de telles exigences.» Outre le principe de distinction, la Cour mentionne une deuxième exigence humanitaire que l'emploi de l'arme nucléaire risque de violer, l'emploi d'armes qui auraient pour effet de causer des souffrances inutiles.

B. - L'interdiction d'employer des armes causant des maux superflus

La Cour a également réaffirmé la valeur coutumière de la règle qualifiée de « *principe cardinal* » qui interdit de causer des maux superflus ou des souffrances inutiles aux combattants ⁽⁵⁰⁾. Si elle considère que toute menace ou emploi d'une arme qui aurait pour conséquence de frapper sans discrimination ou de causer des maux superflus « contreviendrait au droit humanitaire », elle n'en déduit pas pour autant qu'un tel emploi serait illicite en toutes circonstances.

Cette lacune est parmi celles qui a le plus inspiré les déclarations et opinions dissidentes des juges. Ainsi, il ne fait aucun doute pour le juge Herezegh que « les principes fondamentaux du droit international humanitaire, correctement mis en valeur dans les motifs de l'avis consultatif, interdisent d'une manière catégorique et sans équivoque l'emploi des armes de destruction massive et, parmi celles-ci, des armes nucléaires » ⁽⁵¹⁾. Pour le juge Weeramantry, « les faits (...) sont plus que suffisants pour établir que l'arme nucléaire cause des maux superflus excédant de beaucoup ce qu'exigent les buts de la guerre » ⁽⁵²⁾. A l'opposé le juge anglais Higgins a curieusement soutenu que l'emploi d'armes nucléaires, dans certaines circonstances extrêmes, pourrait ne pas enfreindre la règle interdisant que l'on inflige aux combattants des souffrances inutiles ⁽⁵³⁾.

50. § 78.

51. Déclaration de M. Herezegh.

52. Opinion dissidente du juge Weeramantry.

53. Opinion dissidente du juge Higgins.

Les armes nucléaires ne devraient-elles pas être considérées comme des armes empoisonnées ? C'est en tous cas l'opinion du juge Koroma⁽⁵⁴⁾ qui à l'instar du juge Weeramantry a mentionné l'illicéité des armes nucléaires en raison notamment de leur toxicité comme composante essentielle de leurs effets. De fait, ces armes seraient alors prohibées au titre non seulement du Règlement annexé à la Convention IV de La Haye de 1907 qui interdit notamment « d'employer du poison ou des armes empoisonnées » (article 23 a.), mais aussi du Protocole de Genève de 1925 qui proscriit « l'emploi à la guerre de gaz asphyxiants, toxiques ou similaires, ainsi que de tous liquides, matières ou procédés analogues ». Certains juristes ont estimé que l'interdiction des « gaz asphyxiants, toxiques ou similaires », et de « tous liquides, matières ou procédés analogues » s'appliquait pleinement aux armes nucléaires en s'interrogeant sur le fait de savoir si les radiations induites par une explosion nucléaire, ne sont pas en définitive équivalentes à une forme d'empoisonnement ?⁽⁵⁵⁾.

Mais, à ce propos la CIJ a constaté que ni le Règlement de La Haye de 1907, ni le Protocole de 1925 ne comportait une définition «*du poison ou des armes empoisonnées* » et que dans la pratique des États « ces termes ont été entendus dans leur sens ordinaire comme couvrant des armes dont l'effet premier, ou même exclusif, est d'empoisonner ou d'asphyxier »⁽⁵⁶⁾. Elle conclut que rien ne permet de déduire que les armes nucléaires sont visées⁽⁵⁷⁾. Ce n'est décidément pas l'opinion de l'Assemblée générale des Nations unies qui dans sa résolution 1653 (XVI) du 24 novembre 1961 considérait que l'emploi d'armes nucléaires était prohibée en vertu précisément des Conventions de La Haye de 1899 et de 1907 et du Protocole de Genève de 1925⁽⁵⁸⁾.

54. Opinion dissidente du juge Koroma

55. Voir à ce propos l'argumentation d'Eric DAVID «l'Avis de la CIJ sur la licéité de l'emploi des armes nucléaires», RICR, n°823, janvier-février 1997, pp.27 à 29

56. §55.

57. §56.

58. Préambule, 3ème alinéa, voir aussi les résolutions 33/71 B (14 décembre 1978), 34/83 G (11 décembre 1979), 35/152 D (12 décembre 1980), 36/92 I du 9 décembre 1981, 45/59 B du 4 décembre 1990.

La Cour reconnaît cependant que « l'arme nucléaire est potentiellement d'une nature catastrophique et que son pouvoir destructeur ne peut être endigué ni dans l'espace, ni dans le temps. Ces armes ont le pouvoir de détruire toute civilisation, ainsi que l'écosystème tout entier de la planète ». Elle reconnaît que « l'emploi d'armes nucléaires ferait courir les dangers les plus graves aux générations futures » parce que le rayonnement ironisant libéré par une explosion nucléaire « est susceptible de porter atteinte à l'environnement, à la chaîne alimentaire et à l'écosystème marin dans l'avenir, et de provoquer des tares et des maladies chez les générations futures »⁽⁵⁹⁾. Pourtant, la Cour ne déduit pas de la « puissance destructrice » de l'arme nucléaire, « de sa capacité d'infliger des souffrances indicibles à l'Homme, ainsi que de son pouvoir de causer des dommages aux générations à venir »⁽⁶⁰⁾, des éléments objectifs permettant de conclure à l'illicéité en toutes circonstances de l'arme nucléaire. La conclusion à laquelle aboutit la Cour laisse perplexe tant elle apparaît largement en retrait par rapport aux motifs développés dans l'avis. L'examen de la clause de Martens dans l'avis nous donne également une autre indication des fluctuations de la Cour.

C. - La clause de Martens

La clause de Martens énoncée pour la première fois dans le préambule de la Convention de La Haye de 1899 puis insérée dans les deux Protocoles additionnels de 1977⁽⁶¹⁾ stipule que dans les cas non prévus par les traités, « les personnes civiles et les combattants restent sous la sauvegarde et sous l'empire des principes du droit des gens, tels qu'ils résultent des usages établis, des principes de l'humanité et des exigences de la conscience publique ». La clause de Martens, représentait déjà au moment de son introduction dans les instruments conventionnels du DIH, « l'expression écrite du droit coutumier préexistant »⁽⁶²⁾. Elle « indique clairement que derrière les règles précises qui ont déjà pu être

59. § 35.

60. §36.

61. Article 1^{er} du Protocole I et préambule du Protocole II.

62. §84.

élaborées, il existe un ensemble de principes généraux suffisamment bien établis pour être susceptibles d'application dans les situations qui ne sont pas encore régies par une règle particulière ». Les principes humanitaires auxquels fait référence la clause de Martens sont « aujourd'hui si profondément ancrés dans la conscience universelle qu'ils sont devenus des règles particulièrement essentielles du droit international général » ⁽⁶³⁾. A ce propos, on rappellera que la CIJ s'était fondée sur « des considérations élémentaires d'humanité » pour rendre son jugement dans *l'affaire du Déroit de Corfou*?

La Cour « voit dans la clause de Martens, qui continue indubitablement d'exister et d'être applicable, la confirmation que les principes du droit humanitaire s'appliquent aux armes nucléaires » ⁽⁶⁴⁾. Elle en déduit que le DIH s'applique à toutes les armes, celles du passé, du présent ou de l'avenir, y compris les armes nucléaires. Ainsi, on peut considérer que cette clause est au cœur d'une des dispositions essentielles du DIH qui pose que « dans l'étude, la mise au point, l'acquisition ou l'adoption d'une nouvelle arme, de nouveaux moyens ou d'une nouvelle méthode de guerre, les États ont l'obligation de déterminer si l'emploi en serait interdit, dans certaines circonstances, par les dispositions du droit international applicable dans les conflits armés » ⁽⁶⁵⁾. Comme le constate la Cour elle-même, la clause de Martens « s'est révélée être un moyen efficace pour faire face à l'évolution rapide des techniques militaires » ⁽⁶⁶⁾.

La clause de Martens servirait en fin de compte à inverser l'hypothèse classique du droit international selon laquelle ce qui n'est pas expressément interdit par les traités est autorisé ? En d'autres termes, les principes de l'humanité et les exigences de la conscience publique sont

63. Opinion dissidente du juge Weeramantry, pp. 41 43

64. § 87.

65. Article 36 du Protocole additionnel I de 1977.

66. § 78.

des facteurs juridiques de restriction à l'emploi de l'arme nucléaire comme de toute arme en général ⁽⁶⁷⁾.

Au cours de *la conférence diplomatique* chargée de négocier les Protocoles additionnels aux Conventions de Genève, il ne fut pas possible d'inclure les armes nucléaires dans les limitations concernant l'usage des armes. On a estimé en effet que « les armes nucléaires, en particulier, ont une fonction spéciale, qui est de décourager le déclenchement d'un conflit armé de grande envergure entre certaines puissance nucléaires » ⁽⁶⁸⁾. Le Projet de Règles limitant les risques courus par la population civile en temps de guerre présenté en 1956 par le CICR connut le même sort et ne fut pas adopté en raison précisément du refus des grandes puissances de discuter la question des armes nucléaires. L'avis de la Cour sur la licéité de l'emploi de l'arme nucléaire confirme la persistance des obstacles et la frilosité des puissances nucléaires à l'égard d'une arme qu'ils s'évertuent à proclamer comme une arme de non-guerre. Un amalgame curieux (a-t-on déjà conçu par le passé une arme qui n'ait jamais servi dans une guerre?) et qui prêterait à l'ironie si ce n'est la gravité du sujet.

Dans son raisonnement juridique et au vu des conclusions auxquelles elle a abouti dans son § 105, la Cour tout en soutenant que l'emploi d'armes nucléaires serait généralement contraire au DIH, soutien qu'un tel emploi pourrait ne pas être illicite en cas de légitime défense. Elle suggère ainsi que le respect du *jus in bello* serait tributaire des exigences du *jus ad bellum*, semblant ainsi établir une espèce de hiérarchie entre *jus in bello* et *jus ad bellum*. Dans ce contexte, la référé-

67. Voir L., DOSWALD.BECK- « Le droit international humanitaire et l'avis consultatif de la Cour internationale de Justice sur la licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires », RICR, n° 823, janvier-février 1997, p. 52.

68. Y. SANDOZ, C. SWINARSKI, B. ZIMMERMAN (éds), Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 8 août 1949, Genève, CICR/Martinus Nijhoff Publishers, 1986, pp. 602- 603.

rence aux règles intransgressibles du DIH visait moins à créer une nouvelle catégorie juridique entre règle ordinaire et règle du *jus cogens*, mais exprimait surtout le manque d'audace de la Cour pour conclure à la primauté du jus in bello sur le *jus ad bellum*. Au vu des conclusions de la Cour, des questions s'imposent: le caractère intransgressible des règles du DIH ne serait-il donc pas suffisant pour fonder l'illicéité de l'arme nucléaire ? Cet avis ne proclame-t-il pas comme en est convaincu le Professeur Condorelli une *lex specialis* relative aux seules armes nucléaires consacrant ainsi le droit des puissances nucléaires de violer les principes du DIH ⁽⁶⁹⁾ ? La Cour se trouvait-elle bien dans une situation, où, comme le rappelle le Président Bedjaoui, elle « ne pouvait à l'évidence pas aller au-delà de ce que dit le droit (...) et ne pouvait pas dire ce que celui-ci ne dit pas » ⁽⁷⁰⁾ ?

Les réponses à ces questions dépassent les aspects strictement de droit international humanitaire pour concerner un problème de dimension politique et stratégique. L'emploi de l'arme nucléaire soulève en effet des questions sensibles de perception de sécurité des États, du fait de l'attachement des grandes puissances à la dissuasion nucléaire. Des considérations à propos desquelles la Cour ne semblait pas devoir s'arrêter et aller au-delà.

Comme le relève le Professeur David, les considérants sur lesquels se fondent la Cour « mélangent deux problèmes, celui de la possession des armes nucléaires et celui de leur emploi ou de la menace de leur emploi » ⁽⁷¹⁾. En effet, on met souvent en avant le caractère spécifique de l'arme nucléaire qui verrait coexister deux ordres celui de la possession et celui de l'emploi ou menace de l'emploi. Mais, cette théorie des deux ordres n'est en définitive que superficielle si l'on considère que le fondement de la politique de dissuasion est la menace de l'emploi, laquelle menace est inhérente à la possession et au déploiement de

69. Pour reprendre l'expression du professeur L. CONDORELLI(L), op. cit., p. 21.

70. Déclaration du président Bedjaoui, p 270 et p. 272.

71. E. DAVID, « l'Avis... », op. cit., p 32.

l'arme nucléaire, comme le reconnaît le juge américain Schwebel ⁽⁷²⁾. L'arme nucléaire poserait contrairement aux armes conventionnelles une difficulté particulière pour le juriste, celle de devoir l'appréhender sous ses deux dimensions inséparables: d'une part la possession, et d'autre part la menace de l'emploi. Dès lors, réglementer ou interdire l'emploi de l'arme nucléaire n'a de sens que si la codification implique un régime d'interdiction générale. C'est la logique à laquelle on a abouti à propos des armes bactériologiques et chimiques (Conventions de 1972 et de 1993) reconnaissant la fragilité du régime prohibant le seul emploi en vigueur depuis 1925 (Protocole de Genève). C'est ici qu'il faudrait peut être rechercher une des raisons du manque d'audace de la Cour dans l'avis sur la licéité de l'emploi de l'arme nucléaire.

La Cour concluait en fin de compte qu'au vu de l'état actuel du droit international, elle ne pouvait répondre à la question primordiale qui lui était posée sur la licéité de l'emploi de l'arme nucléaire. Cette conclusion de *non liquet* révèle non seulement l'impuissance de la Cour à trancher le conflit de normes qui existe entre le jus ad bellum et le jus in bello, mais surtout correspond à un constat réaliste: celui du rapport des forces dans la société internationale actuelle. En fin de compte, et pour paraphraser une fable célèbre « Selon que vous serez puissant ou faible, la justice internationale vous rendra blanc ou noir ».

72. Opinion dissidente du juge Schwebel, p. 314.