

Le coût humain et les conséquences juridiques des armes nucléaires en droit international humanitaire

Louis Maresca et Eleanor Mitchell*

Louis Maresca est conseiller juridique senior à la Division juridique du CICR.

Eleanor Mitchell était stagiaire à la Division juridique du CICR au moment de la rédaction.

Résumé

L'usage éventuel d'armes nucléaires est, depuis longtemps, une préoccupation mondiale. Cet article souligne les principales règles du droit international humanitaire (DIH) régissant la conduite des hostilités qui sont applicables aux armes nucléaires, ainsi que les questions qui surgiraient si ce type d'armes venait à être utilisé à nouveau, en particulier les conséquences graves et considérables pour les personnes civiles, les biens civils, les combattants et l'environnement.

Une attention accrue a été portée récemment aux conséquences humanitaires des armes nucléaires. Se fondant sur les recherches approfondies relatives aux conséquences humanitaires et environnementales depuis leur première utilisation en 1945 et leurs implications pour le DIH, il semble approprié de conclure que l'usage des armes nucléaires dans, ou près, de zones peuplées équivaldrait à une attaque sans discrimination et que leur utilisation à l'extérieur de ces zones devrait être présumée illicite.

Mots clés : armes nucléaires, droit international humanitaire, dissuasion, désarmement, conséquences humanitaires.



* Les opinions exprimées par les auteurs dans cet article le sont à titre personnel et ne reflètent pas nécessairement celles du CICR. Les auteurs aimeraient remercier Knut Dörmann, Kathleen Lawand, Iris Müller, Thomas De Saint Maurice et Laurent Gisel pour leurs commentaires dans l'écriture de cet article.

L'emploi des armes nucléaires et le DIH : une question qui mérite un examen approfondi

Beaucoup a été dit sur la compatibilité des armes nucléaires avec le droit international humanitaire (DIH) et il pourrait être facile de conclure que rien de nouveau ne peut être exprimé à ce sujet. Pourtant, des développements récents ont suscité un regain d'attention pour cette question. En 2010, les États parties au Traité sur la non-prolifération des armes nucléaires (Traité sur la non-prolifération, TNP) se sont dits « vivement préoccup[és] par les conséquences catastrophiques sur le plan humanitaire qu'aurait l'emploi d'armes nucléaires » et ont réaffirmé « la nécessité, pour tous les États de respecter en tout temps le droit international applicable, y compris le droit international humanitaire¹ ». C'est la première fois que les États parties au TNP ont collectivement reconnu la pertinence du DIH en ce qui concerne les armes nucléaires. De plus, des conférences internationales récentes ont apporté un éclairage supplémentaire sur les effets des armes nucléaires du point de vue humanitaire ainsi que sur les risques associés à leur explosion, qu'elle soit intentionnelle ou accidentelle. Les résultats des recherches présentés lors de ces conférences ont souligné les conséquences humanitaires catastrophiques de l'emploi des armes nucléaires et ont conduit le président du Comité international de la Croix-Rouge (CICR), Peter Maurer, à demander « à ce que tous les États procèdent à une réévaluation juridique et politique des armes nucléaires² ».

Cet article reviendra sur les principales dispositions du DIH applicables aux armes nucléaires et sur les questions qui surgiraient si ce type d'armes venait à être utilisé de nouveau. Toute analyse dans ce domaine se doit de débiter avec le constat que le DIH n'interdit pas explicitement l'emploi des armes nucléaires. Ceci contraste avec plusieurs autres catégories d'armes qui soulèvent de sérieuses inquiétudes sur le plan humanitaire et dont l'usage est interdit par des instruments et des dispositions spécifiques du DIH³.

Ceci dit, le DIH contient une série de règles générales encadrant la conduite des hostilités, de nature coutumière, qui s'appliquent à toutes les armes utilisées dans les conflits armés. Sont particulièrement pertinentes : a) le principe de distinction ; b) l'interdiction des attaques indiscriminées ; l'interdiction des attaques disproportionnées ; d) l'interdiction de bombardement de zone ; e) l'obligation de prendre des précautions dans l'attaque ; f) l'interdiction de faire usage d'armes qui sont de nature à causer des maux superflus ou des souffrances inutiles et g) les règles sur la protection de l'environnement naturel. Les règles et restrictions relatives aux repréailles sont également pertinentes. Les problèmes qu'engendrerait l'emploi des armes nucléaires au regard de chacune de ces règles seront abordés ci-après.

1 Conférence des Parties chargée d'examiner le Traité sur la non-prolifération des armes nucléaires en 2010, Rapport final, vol. 1, Doc. NU NPT/CONF.2010/50, 2010, p. 19.

2 Peter Maurer, « Armes nucléaires : mettre fin à une menace pour l'humanité », discours prononcé devant le corps diplomatique de Genève, 15 février 2015, reproduit dans la partie « Rapports et documents » du présent numéro de la *Sélection française* de la *Revue*.

3 Ceci inclut les balles qui s'épanouissent, les balles explosives pesant moins de 400 grammes, les armes chimiques et biologiques, les armes aux éclats non localisables par les rayons X, les armes à laser aveuglantes, les mines antipersonnel et les armes à sous-munitions.

Cette discussion serait incomplète si elle ne prenait pas en compte l'avis consultatif de la Cour internationale de justice (C.I.J.) de 1996 sur la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires* (avis consultatif sur les armes nucléaires)⁴. Dans cette décision, rendue il y a vingt ans, la C.I.J. a reconnu les « caractéristiques propres » aux armes nucléaires, qui sont « potentiellement d'une nature catastrophique⁵ ». Elle a également souligné que « [l]e pouvoir destructeur des armes nucléaires ne peut être endigué ni dans l'espace ni dans le temps⁶ ». À la lumière de ces observations (et d'autres également), la Cour a conclu que l'emploi d'armes nucléaires « serait généralement contraire aux règles du droit international applicable dans les conflits armés, et spécialement aux principes et règles du droit humanitaire⁷ ». En revanche, la Cour n'a pas pu conclure, de façon définitive, que l'usage des armes nucléaires serait illicite en toutes circonstances. Elle a laissé ouverte la question de savoir si ces armes seraient licites « dans une circonstance extrême de légitime défense dans laquelle la survie même d'un État serait en cause⁸ ».

Cette conclusion fut controversée, y compris parmi les membres de la C.I.J. : la décision fut adoptée grâce uniquement à la voix prépondérante du président de la C.I.J. et chacun des quatorze juges a ressenti le besoin de joindre une déclaration à l'avis, opinion individuelle ou opinion dissidente. Comme de nombreux et éminents chercheurs ont étudié en détail l'avis consultatif sur les armes nucléaires, cet article ne le fera donc pas⁹. Néanmoins et malgré le temps qui s'est écoulé, bon nombre des observations formulées par la Cour demeurent pertinentes. De ce fait, le présent article s'appuiera parfois sur l'avis consultatif et sur les observations des États lors de l'examen de cette question.

La préoccupation humanitaire : les conséquences catastrophiques des armes nucléaires

Avant d'examiner l'emploi des armes nucléaires au regard des règles du DIH, il est nécessaire de brièvement présenter leurs effets. Comme relevé ci-dessus, la C.I.J. a considéré que les armes nucléaires sont uniques en ce qu'elles combinent des forces immensément puissantes, autrement dit, des ondes de choc puissantes, de la chaleur intense sous forme de radiations thermiques et d'importantes quantités de rayonnements ionisants. Leur explosion crée également des particules radioactives résiduelles (appelées retombées radioactives) qui ont le potentiel de s'étendre sur de

4 C.I.J., *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1996, 8 juillet 1996 (avis consultatif sur les armes nucléaires).

5 *Ibid.*, par. 35.

6 *Ibid.*

7 *Ibid.*, par. 105, 2), E.

8 *Ibid.*

9 Voir, par exemple, les articles publiés dans le numéro spécial de la *Revue internationale de la Croix-Rouge* « L'avis consultatif de la Cour internationale de Justice concernant la licéité de l'arme nucléaire et le droit international humanitaire », vol. 79, n° 823, 1997 ; Daniel Thurer, « The Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons: The ICJ Advisory Opinion Reconsidered », in *Volkerrecht und die Dynamik der Menschenrechte: Liber Amicorum Wolfram Karl*, Vienne, 2012 ; Shabtai Rosenne, « The Nuclear Weapons Advisory Opinion of 8 July 1996 », *Israel Yearbook on Human Rights*, vol. 27, 1997.

très grandes distances¹⁰. Ces caractéristiques font que les armes nucléaires ont un immense pouvoir destructif et qu'elles peuvent engendrer de larges conséquences, néfastes pour la santé humaine, les infrastructures civiles et l'environnement.

Les études ont démontré que l'explosion d'une arme nucléaire causerait d'innombrables morts et blessés, ainsi que des dommages étendus, particulièrement si elle se produisait dans ou près d'une zone peuplée¹¹. Il y aurait énormément de victimes de graves brûlures et de traumatismes dans les minutes suivant l'explosion et ce en raison des ondes de choc et de l'émanation de radiations thermiques. Comme une telle explosion libère du carburant et des substances inflammables qui explosent ou qui brûlent, ceci peut entraîner des incendies et des tempêtes de feu, causant un grand nombre de victimes supplémentaires¹². De plus, parmi les personnes ayant survécu aux effets de la chaleur et de l'explosion, seront par la suite victimes de maladies imputables aux radiations qui ne se manifesteront parfois que plusieurs jours ou semaines après l'explosion¹³. Les retombées radioactives pourraient, avec le vent, être transportées sur des distances considérables, dans d'autres pays et territoires ; en conséquence, des personnes se trouvant à l'extérieur de la zone immédiate de l'explosion se trouveraient également exposées à un risque accru de développer certains types de cancer comme la leucémie et le cancer de la thyroïde, qui peuvent se manifester des dizaines d'années après l'explosion¹⁴. Selon les informations récemment publiées par le Comité international de la Croix-Rouge (CICR) et la Croix-Rouge japonaise, quelques soixante-dix ans après le largage des bombes atomiques sur Hiroshima et Nagasaki, les hôpitaux de la Croix-Rouge japonaise dans ces villes traitent, encore aujourd'hui, plusieurs milliers de victimes chaque année pour des cancers et des maladies imputables aux bombardements de 1945¹⁵. La santé des enfants, nés de survivants dans les années qui ont suivi leur exposition directe aux explosions, est également étroitement surveillée. S'il est démontré que l'exposition aux radiations a causé des dommages aux gènes de leurs parents, tout comme ce fut le cas dans le cadre d'études sur les animaux, la transmission héréditaire des conséquences des radiations constituera une autre préoccupation à long-terme et une autre génération de victimes pourrait nécessiter des traitements à long-terme¹⁶.

10 Bureau des affaires de désarmement des Nations Unies, *Étude d'ensemble des armes nucléaires*, Rapport du Secrétaire Général, Doc. NU, A/45/373, 1991, pp. 75-78.

11 *Ibid.*, pp. 76-80 ; British Medical Association, *The Medical Effects of Nuclear War*, John Wiley and Sons, Chichester, 1983, pp. 45-56 (analysant les victimes que causerait une attaque nucléaire sur le Royaume-Uni) ; Frederic Solomon et Robert Q. Martson (dir.), *The Medical Implications of Nuclear War*, National Academy Press, Washington D.C. 1986.

12 Bureau des affaires de désarmement des Nations Unies, *op. cit.* note 10, p. 86.

13 *Ibid.*, pp. 86-88.

14 L'étendue des maladies dues aux radiations dépendra de plusieurs facteurs. Parmi ceux-ci, l'endroit où l'explosion s'est produite (haut dans les airs ou près du sol), la puissance de l'arme, la direction des vents et les conditions météorologiques ainsi, que le fait de savoir si les individus se trouvant dans la zone des retombées peuvent demeurer à l'abri, spécialement pendant les jours suivant l'explosion, durant lesquels la radioactivité serait la plus intense.

15 CICR et Croix-Rouge japonaise, « Long-Term Health Consequences of Nuclear Weapons: 70 Years On, Red Cross Hospitals Still Treat Thousands of Atomic Bomb Survivors », note d'information n° 5, juillet 2015.

16 *Ibid.*

Pour aggraver la situation, des évaluations entreprises par le CICR ont souligné un manque de capacités dans la majorité des pays comme au niveau international, pour répondre de façon adéquate aux explosions nucléaires et pour fournir l'assistance nécessaire à une grande partie des survivants¹⁷. Le CICR a estimé que les décès et les besoins médicaux des blessés et des malades seraient vraisemblablement énormes, avec un nombre effarant de personnes nécessitant des soins immédiats pour des blessures sévères et potentiellement mortelles¹⁸. Or, une telle assistance et de tels traitements ne seraient vraisemblablement pas disponibles dans un délai bref dès lors que la plupart des personnels médicaux seraient morts ou blessés et que la plupart des établissements de santé seraient détruits ou hors d'état de fonctionner. L'accès à la zone serait également sévèrement compromis par les débris et les dommages causés aux infrastructures et les opérations des services de secours seraient également limitées en raison des risques pour la santé que présente l'exposition aux rayonnements ionisants¹⁹. Une étude, conduite en 2014 par l'Institut des Nations Unies pour la recherche sur le désarmement (UNIDIR) a exprimé des préoccupations analogues et a mis l'accent sur le manque de préparation et de capacité de la part du système des Nations Unies pour répondre à de telles situations²⁰.

Des études ont également souligné l'impact d'une explosion nucléaire sur l'environnement et en particulier sur l'atmosphère et le climat, cet impact étant susceptible d'avoir de lourdes conséquences pour les humains, la faune et la flore²¹. Ces études ont démontré que même une confrontation nucléaire limitée pourrait réduire la lumière du soleil, amoindrir la pluviométrie et engendrer un appauvrissement de la couche d'ozone. Il est avancé que de telles conséquences affecteraient la production agricole et alimentaire, causant des famines dans plusieurs régions

17 Gregor Malich, alors chef de l'unité de réponse opérationnelle NRBC du CICR, « Challenges in Responding to the Use of Nuclear Weapons », présentation faite à la Conférence sur l'impact humanitaire des armes nucléaires, Oslo, 4-5 mars 2013, disponible sur : https://www.regjeringen.no/globalassets/upload/ud/vedlegg/hum/hum_malich.pdf (toutes les références électroniques ont été vérifiées en juillet 2017). Voir aussi Robin Coupland et Dominique Loye, « Armes nucléaires, radiologiques, biologiques ou chimiques – qui portera assistance aux victimes, et comment ? », *Revue internationale de la Croix-Rouge*, vol. 89, *Sélection française* 2007, pp. 131-149 ; Robin Coupland et Dominique Loye, « Assistance internationale aux victimes de l'emploi d'armes nucléaires, radiologiques, biologiques et chimiques – Une approche plus réaliste s'impose-t-elle ? », *Revue internationale de la Croix-Rouge*, vol. 91, *Sélection française* 2009, pp. 161-174 ; Gregor Malich, Robin Coupland et Johnny Nehme, « Incidents nucléaires, radiologiques, biologiques ou chimiques : le cadre de la réponse humanitaire du Comité international de la Croix-Rouge », dans le présent numéro de la *Sélection française* de la *Revue*.

18 G. Malich, *op. cit.* note 17.

19 R. Coupland et D. Loye, « Qui portera assistance aux victimes... », *op. cit.* note 17, pp. 131-149. Selon le niveau de radiations, des mesures protectrices pourraient devoir être mises en œuvre, comme maintenir une distance de sécurité autour des zones contaminées, limiter le nombre de travailleurs humanitaires et leur temps passé dans ces zones, éviter le contact direct avec les éléments contaminés.

20 John Borrie et Tim Caughley, *An Illusion of Safety: Challenges of Nuclear Weapon Detonations for the United Nations Humanitarian Coordination and Response*, NU, Genève, 2014.

21 Voir Mark A. Harwell et Thomas C. Hutchinson, *Environmental Consequences of Nuclear War*, vol. 2, *Ecological and Agricultural Effects*, 2^e édition, Wiley, New York, 1989 ; Owen B. Toon, Alan Robock et Richard Turco, « Environmental Consequences of Nuclear War », *Physics Today*, décembre 2008 ; Committee on the Atmospheric Effects of Nuclear Explosions, *The Effects on the Atmosphere of a Major Nuclear Exchange*, National Academy Press, Washington, DC, 1985.

du monde et exposant des millions – potentiellement un milliard – de personnes au risque de mourir de faim²².

Même si cette information était en grande partie disponible et débattue durant la Guerre froide, elle fit l'objet d'un regain d'attention lors des trois conférences internationales sur l'impact humanitaire des armes nucléaires qui se sont tenues en 2013 et 2014. Ces rencontres, qui eurent lieu à Oslo (Norvège), Nayarit (Mexique) et Vienne (Autriche), furent les premiers rassemblements multilatéraux consacrés aux conséquences des armes nucléaires envisagées exclusivement sous l'angle humanitaire et elles ont permis de réaffirmer de nombreuses inquiétudes à propos de l'utilisation des armes nucléaires. Bien qu'elles soient amplement traitées par d'autres articles du présent numéro de la *Revue*, soulignons les principales conclusions de ces conférences²³ :

- L'emploi des armes nucléaires, même à une petite échelle, pourrait avoir de graves conséquences, probablement à long terme, sur la santé et le bien-être des personnes, l'environnement, le climat, la production alimentaire et le développement socio-économique.
- Les effets sur la santé peuvent persister des décennies et même avoir un impact sur les enfants de survivants en raison des dommages génétiques chez leurs parents.
- Il n'existe pas, dans la plupart des pays et à l'échelle internationale, de moyens efficaces ou réalisables permettant de porter assistance à la majeure partie des survivants dans les moments qui suivent une explosion nucléaire tout en protégeant de façon adéquate ceux fournissant cette assistance.
- Des explosions accidentelles dues à des armes nucléaires demeurent un danger bien réel. Des défaillances, erreurs, fausses alertes ou des informations mal comprises ont failli entraîner l'explosion, accidentelle ou délibérée, d'armes nucléaires, à plusieurs reprises depuis 1945²⁴.
- Les effets d'une explosion nucléaire, indépendamment de son origine, ne seraient pas confinés à des frontières nationales et pourraient avoir des conséquences à l'échelle régionale et même mondiale²⁵.

22 Ira Helfand, *Nuclear Famine: A Billion People at Risk*, Physicians for the Prevention of Nuclear War and Physicians for Social Responsibility, International Press, Somerville, MA, 2012.

23 Conclusions sélectionnées des résumés établis par la présidence de chaque conférence. Voir Conférence sur l'impact humanitaire des armes nucléaires, Oslo, 3-5 mars 2013, résumé de la présidence, disponible sur : www.regjeringen.no/en/aktuelt/nuclear_summary/id716343/ ; deuxième Conférence sur l'impact humanitaire des armes nucléaires, Nayarit, 13-14 février 2014, résumé de la présidence, disponible sur : <http://www.reachingcriticalwill.org/images/documents/Disarmament-fora/nayarit-2014/chairs-summary.pdf> ; Conférence sur l'impact humanitaire des armes nucléaires, Vienne, 8-9 décembre 2014, rapport et résumé des conclusions de la conférence, disponibles sur : <http://www.reachingcriticalwill.org/images/documents/Disarmament-fora/vienna-2014/ChairSummary.pdf>. Voir aussi Alexander Kmentt, « The Development of the International Initiative on the Humanitarian Impact of Nuclear Weapons and Its Effect on the Nuclear Weapons Debate », dans la version anglaise du présent numéro de la *Revue*.

24 Voir aussi Eric Schlosser, *Command and Control: Nuclear Weapons, the Damascus Accident and the Illusion of Safety*, Penguin Press, New York, 2013 ; Patricia Lewis, Heather Williams, Benoit Pelopidas et Sasan Aghlani, *Too Close for Comfort: Cases of Near Nuclear Use and Options for Policy*, Chatham House, Londres, 2014.

25 À cet effet, l'emploi d'armes nucléaires peut également soulever des questions au regard du droit de la neutralité, dont les règles coutumières s'appliqueraient. Voir l'avis consultatif sur les armes nucléaires, *op. cit.* note 4, par. 88-90.

Ces résultats renforcent les recherches déjà effectuées sur cette question, tout comme les conclusions de la C.I.J. sur les caractéristiques des armes nucléaires qui font qu'elles sont uniques et « potentiellement d'une nature catastrophique ». Ils sont également au cœur de l'évaluation des armes nucléaires au regard du DIH.

Évaluer l'usage des armes nucléaires sous le prisme du DIH

Comme souligné ci-dessus, le DIH n'interdit pas explicitement l'emploi des armes nucléaires. En revanche, le DIH comprend plusieurs dispositions applicables à l'utilisation des armes durant les conflits armés. Pour la plupart, ce sont des règles du droit international coutumier, applicables dans les conflits armés tant internationaux que non internationaux et qui sont donc opposables à tous les États et à toutes les parties impliquées dans les hostilités. Plusieurs de ces règles figurent également dans le droit conventionnel et sont intégrées au Premier Protocole additionnel aux Conventions de Genève de 1977 (PA I)²⁶.

Le statut coutumier de ces règles est important puisqu'au moment de ratifier le PA I, la France, le Royaume-Uni et plusieurs autres États – principalement des membres de l'OTAN – ont formulé des déclarations ou des réserves selon lesquelles les nouvelles dispositions introduites dans le PA I devaient être interprétées comme s'appliquant uniquement aux armes classiques ; elles n'étaient donc pas destinées à réglementer ou interdire le recours à l'arme nucléaire²⁷. Cette position fut également exprimée dans nombre des conclusions adressées à la C.I.J. au moment de son avis consultatif sur les armes nucléaires²⁸. Bien que la Cour n'ait pas abordé, à titre principal, la question de l'application du PA I aux armes nucléaires, elle a confirmé que tous les États étaient liés par les règles coutumières du DIH préexistantes que le PA I s'est contenté d'exprimer²⁹.

En tant que règles du droit coutumier, celles-ci réglementeraient l'emploi des armes nucléaires par tout État lors d'un conflit armé international. De la même façon, le droit coutumier réglementerait l'utilisation d'armes nucléaires par tout État ou par tout groupe armé non étatique qui viendrait à les acquérir, dans le cadre d'un conflit armé non international.

Depuis l'adoption du PA I et depuis l'avis consultatif sur les armes nucléaires, la pratique des États dotés l'arme nucléaire a confirmé que les principes généraux du

26 Protocole additionnel I aux conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux, 1125 RTNU 3, 8 juin 1977 (entrée en vigueur le 7 décembre 1978) (PA I).

27 Il s'agit de la Belgique, du Canada, de l'Allemagne, de l'Italie, des Pays-Bas et de l'Espagne. On peut trouver les déclarations de ces États sur la base de données du CICR, disponible sur : <https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/dih.nsf/vwTreatiesByCountry.xsp>.

28 Voir, par exemple, déclarations écrites des Pays-Bas, des Îles Salomon, du Royaume-Uni et des États-Unis.

29 Avis consultatif sur les armes nucléaires, *op. cit.* note 4, par. 84 ; Stefan Oeter, « Means and Methods of Combat », in Dieter Fleck (dir.), *The Handbook of Humanitarian Law in Armed Conflicts*, 3^e édition, Oxford University Press, Oxford, 2013, pp. 158-160 ; Yves Sandoz, Christophe Swinarski et Bruno Zimmerman (dir.), *Commentaires des Protocoles additionnels*, CICR, Genève, 1987 (Commentaires du CICR), par. 1852.

DIH et les règles sur la conduite des hostilités sont pertinents au regard de l'emploi d'armes nucléaires. En 2013, le Rapport du Secrétaire américain de la Défense sur la stratégie d'emploi des armes nucléaires par les États-Unis précise que :

Les nouveaux principes directeurs montrent clairement que tous les plans doivent être conformes aux principes fondamentaux du Droit des conflits armés. En conséquence, les plans appliqueront, par exemple, les principes de distinction et de proportionnalité et s'efforceront de minimiser les dommages collatéraux sur les populations civiles et les biens civils. Les États-Unis ne cibleront pas délibérément les populations civiles et les biens civils [traduction CICR]³⁰.

De la même façon, le *Joint Service Manual* du Royaume-Uni de 2004 indique que « [l]a licéité de l'emploi de leurs [les armes nucléaires] dépend de l'application des règles générales du droit international, y compris celles réglementant l'usage de la force et la conduite des hostilités [traduction CICR]³¹ ». Malgré la déclaration formulée par le Royaume-Uni lors de sa ratification du PA I, le *Joint Service Manual* continue en identifiant une série de règles du DIH relatives à la conduite des hostilités dont l'application aux armes nucléaires n'est pas explicitement exclue³². Pour la plupart, ces règles sont conformes à ou utilisent un langage similaire à celui des dispositions correspondantes du PA I³³. Ceci contraste avec les règles du *Manual* sur la protection de l'environnement à propos desquelles le *Manual* indique clairement qu'elles « n'ont aucun effet sur et qu'elles ne réglementent ou n'interdisent pas l'emploi d'armes nucléaires [traduction CICR]³⁴ ».

Jusqu'à présent, c'est l'étude du CICR sur le droit international humanitaire coutumier du CICR (Étude du CICR sur le droit coutumier) qui offre le panorama le plus complet des règles coutumières du DIH, y compris celles relatives à la conduite des hostilités³⁵. Même si l'étude n'a pas proposé de règle spécifique sur les armes nucléaires, elle demeure une source adéquate pour les règles coutumières générales sur la conduite des hostilités applicables à l'emploi des armes nucléaires³⁶.

Le principe de distinction

Le principe de distinction est un principe fondamental du DIH et constitue le socle primordial d'autres obligations régissant la conduite des hostilités. Il s'agit, selon

30 Secrétaire américain à la Défense, Nuclear Employment Strategy of the United States specified in Section 491 of 10 USC, juin 2013, pp. 4-5.

31 Ministère de la Défense du Royaume-Uni, *Joint Service Manual of the Law of Armed Conflict*, Joint Service Publication n° 383, 2004, p. 117 n. 82, qui redirige le lecteur vers le Chapitre 5 du *Manual* sur la conduite des hostilités.

32 *Ibid.*, chapitre 5.

33 *Ibid.*, par exemple, chapitre 5.23, p. 68 et Section D sur le principe de précaution dans l'attaque, p. 81.

34 *Ibid.*, chapitre 5.29.3, p. 76.

35 Voir Jean-Marie Henckaerts et Louise Doswald-Beck, *Droit international humanitaire coutumier*, vol. 1. Règles, Bruylant 2006, (Étude sur le droit coutumier du CICR).

36 En particulier, les règles sur la protection de la population civile. Pour une analyse du statut coutumier des règles sur la protection de l'environnement, discuté par certains États, cf. *infra*.

l'expression de la C.I.J., d'un principe cardinal du DIH³⁷. Ce principe exige des parties à un conflit armé de distinguer, en tout temps, d'une part entre les civils et les combattants, d'autre part entre les objectifs militaires et les biens civils³⁸. Les attaques ne peuvent être dirigées que contre des combattants ou des objectifs militaires. Tous les membres des forces armées d'une partie au conflit, à l'exception du personnel médical et des aumôniers, sont des combattants³⁹. Les objectifs militaires sont les « biens qui, par leur nature, leur emplacement, leur destination ou leur utilisation apportent une contribution effective à l'action militaire et dont la destruction totale ou partielle, la capture ou la neutralisation offre en l'occurrence un avantage militaire précis⁴⁰ ».

Il résulte de ce principe que dans les zones où des civils et des biens de caractère civil se mêlent aux combattants et aux objectifs militaires, l'attaquant « doit faire tout ce qui est pratiquement possible pour vérifier que les objectifs à attaquer sont des objectifs militaires⁴¹ » et ne doit pas conduire une attaque en utilisant des moyens ou méthodes qui sont de nature à frapper sans distinction des objectifs militaires et des civils ou biens de caractère civil. De la même façon, l'attaquant ne peut pas traiter « comme un objectif militaire unique un certain nombre d'objectifs militaires nettement espacés et distincts situés dans une ville, un village ou toute autre zone contenant une concentration analogue de personnes civiles ou de biens de caractère civil ». De telles attaques seraient qualifiées d'attaques indiscriminées et sont abordées plus en détail ci-après.

Conformément au principe de distinction, une arme nucléaire doit, si elle est employée, être dirigée contre un objectif militaire déterminé. Une telle obligation a des implications claires pour tout type d'utilisation, que ce soit en mode offensif ou défensif. Des listes de cibles établies durant la Guerre froide, récemment dévoilées, montrent que l'utilisation des armes nucléaires avait été envisagée contre des agglomérations⁴² et des chercheurs continuent de considérer ou de percevoir de tels objectifs comme entrant, encore aujourd'hui, dans le domaine du possible⁴³. Sous réserve de l'éventuelle l'exception de l'emploi de l'arme nucléaire dans le cadre de représailles (ce qui est abordé plus en détail ci-dessous), diriger une arme nucléaire

37 Avis consultatif sur les armes nucléaires, *op. cit.* note 4, par.78.

38 Étude sur le droit coutumier du CICR, *op. cit.* note 35, règle 1, p. 3 et règle 7, p. 34. PA I, *op. cit.* note 26, art. 48.

39 Étude sur le droit coutumier du CICR, *op. cit.* note 35, règle 3, p. 15. PA I, *op. cit.* note 26, art. 43.

40 Étude sur le droit coutumier du CICR, *op. cit.* note 35, Règle 8, p. 29; PA I, *op. cit.* note 26, art. 52, par. 1.

41 Voir Étude sur le droit coutumier du CICR, *op. cit.* note 35, règle 16, p. 55; PA I, *op. cit.* note 26, art. 57, par. 2, a) et i).

42 Scott Shane, « 1950's U.S. Nuclear Target List Offers Chilling Insight », *The New York Times*, 22 décembre 2015. Les archives complètes des listes déclassifiées des cibles américaines durant la Guerre froide sont disponibles sur : <https://nsarchive.gwu.edu/nukevault/ebb538-Cold-War-Nuclear-Target-List-Declassified-First-Ever/>.

43 Jonah Friedman, « Countervalue v. Counterforce », *Center for Strategic and International Studies blog*, 2 juin 2011, dans les dossiers des auteurs ; Thérèse Delpech, *Nuclear Deterrence in the 21st Century: Lessons from the Cold War for a New Era of Strategic Piracy*, Rand Corporation, Santa Monica, CA, 2012, pp. 35-37 ; Farah Zhara, « Pakistan's Road to a Minimum Nuclear Deterrent », *Arms Control Today*, 1 juillet 1999, disponible sur : www.armscontrol.org/print/516.

contre une ville, un village ou autre concentration de civils ou de biens de caractère civil, serait contraire au principe de distinction⁴⁴.

L'interdiction des attaques indiscriminées

Tel qu'exposé ci-dessus, les attaques de nature à frapper sans distinction des objectifs militaires et des personnes ou des biens civils constituent des attaques « sans discrimination » qui sont interdites. Le DIH énumère plusieurs types d'attaques sans discrimination⁴⁵. Parmi celles-ci, les attaques :

- qui ne sont pas dirigées contre un objectif militaire déterminé ;
- dans lesquelles on utilise des méthodes ou moyens de combat qui ne peuvent pas être dirigés contre un objectif militaire déterminé ; ou
- dans lesquelles on utilise des méthodes ou moyens de combat dont les effets ne peuvent pas être limités comme le prescrit le DIH ;

et, qui sont donc, dans chacun de ces cas, « propres à frapper indistinctement des objectifs militaires et des personnes civiles ou des biens de caractère civil⁴⁶ ». Les attaques disproportionnées et les attaques effectuées par « bombardements de zones » sont également qualifiées par le DIH d'attaques sans discrimination et sont abordées ci-dessous.

Le premier volet du principe interdisant les attaques sans discrimination concerne les attaques qui ne sont pas dirigées contre un objectif militaire déterminé. Ceci englobe les situations dans lesquelles aucun effort n'est fait au cours de l'attaque pour distinguer, tel que l'exige le principe de distinction. Tirer ou viser aveuglément est interdit. *A minima*, l'attaquant devrait disposer de renseignements précis et récents sur la nature et la localisation de l'objectif spécifique ciblé afin de s'assurer qu'il s'agit bien d'un objectif militaire⁴⁷.

Les deuxième et troisième volets du principe mettent spécialement l'accent sur les moyens et méthodes de guerre utilisés et sont donc particulièrement pertinents pour évaluer la compatibilité des armes nucléaires avec l'interdiction des attaques indiscriminées. En ce qui concerne les moyens de guerre, ceux qui ne peuvent en aucune circonstance être dirigés contre un objectif militaire déterminé ou dont les effets ne peuvent pas être limités comme le prescrit le DIH peuvent être considérés, en vertu du droit international humanitaire coutumier, comme des armes qui sont de nature à frapper sans distinction et dont l'utilisation constituerait inévitablement une attaque indiscriminée⁴⁸. L'analyse de ce point sera au cœur de cette partie.

44 Voir aussi S. Oeter, *op. cit.* note 29, p. 146: « Sur un plan abstrait, on peut seulement dire qu'une stratégie de "représailles massives" – du moins sous la forme d'une menace de première frappe ou d'escalade – est probablement incompatible avec les principes généraux de distinction et d'interdiction de méthodes de guerre indiscriminées. Des représailles contre une agglomération serait permise uniquement s'il s'agit d'une frappe préventive constituant des représailles militaires [traduction CICR] ».

45 Étude sur le droit coutumier du CICR, *op. cit.* note 35, règle 12, pp. 40-41; PA I, *op. cit.* note 26, art. 51, par. 4.

46 Étude sur le droit coutumier du CICR, *op. cit.* note 35, règle 12, pp. 40-41; PA I, *op. cit.* note 26, art. 51, par. 4.

47 Commentaires du CICR, *op. cit.* note 29, par. 1952, p. 635.

48 Étude sur le droit coutumier du CICR, *op. cit.* note 35, règle 71, p. 247. Voir aussi Stuart Casey-Maslen,

Les armes nucléaires sont-elles, par nature, des armes qui frappent sans distinction ? La première question à se poser est de savoir si les armes nucléaires peuvent être « dirigées contre un objectif militaire déterminé » tel qu'exigé par le second volet du principe. En bref, y-a-t-il une quelconque caractéristique dans leur conception ou leur fabrication qui rendrait ces armes incapables de cibler correctement ? Avant la C.I.J., les États-Unis et le Royaume-Uni ont soutenu que les armes nucléaires modernes peuvent cibler avec suffisamment de précision pour satisfaire à cette exigence⁴⁹. Aujourd'hui, les commentateurs semblent accepter cette conclusion dès lors que des armes nucléaires sont généralement munies d'un guidage de précision ou qu'elles sont larguées de la même façon que les bombes aériennes classiques ; on peut donc raisonnablement s'attendre à ce que les armes puissent être dirigées contre les cibles visées⁵⁰.

La seconde question, qui est essentielle pour déterminer si les armes nucléaires sont de nature à frapper sans distinction et qui s'applique indépendamment du point de savoir si les armes nucléaires disposent ou pas d'un guidage de précision, est de savoir si elles ont des effets qui ne peuvent pas être « contrôlés ou limités » comme le prescrit le DIH (le troisième volet de la règle sur les attaques sans discrimination). Ces termes ne sont pas spécifiquement définis en DIH, mais plusieurs documents militaires emploient l'expression « effets incontrôlables » lorsqu'ils évoquent des armes aux effets indiscriminés. Dans un fascicule de 1976 relatif à la conduite des conflits armés et des opérations aériennes, la force aérienne des États-Unis a souligné que le terme « incontrôlable » « se réfère aux effets qui échappent, dans la durée et dans l'espace, au contrôle de l'utilisateur, créant ainsi nécessairement des risques pour les personnes ou les biens civils qui sont excessifs par rapport à l'avantage militaire escompté [traduction CICR]⁵¹ ». La Force de défense nationale sud-africaine a également souligné que « les armes qui sont susceptibles... d'affecter tant les civils que les combattants, sans distinction et dont les effets préjudiciables ne peuvent être

« The Use of Nuclear Weapons under Rules Governing the Conduct of Hostilities », in Gro Nystuen, Stuart Casey-Maslen et Annie Golden Bersagel (dir.), *Nuclear Weapons under International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2014, pp. 97-103.

- 49 Lettre datée du 20 juin 1995 de la part du conseiller juridique par intérim du Département d'État et la Déclaration écrite du Gouvernement des États-Unis, p. 23 ; lettre datée du 16 juin 1995 du conseiller juridique du bureau des Affaires étrangères du Royaume-Uni, du Commonwealth et d'Irlande du Nord avec les Commentaires écrits du Royaume-Uni, p. 52. Dans leur déclaration écrite, les États-Unis ont soutenu que « [p]uisque les armes nucléaires peuvent être dirigées contre un objectif militaire, elles peuvent être utilisées de manière à opérer une distinction et ne sont pas indiscriminées par nature [traduction CICR] » ; lettre datée du 20 juin 1995, *ibid.*, p. 23. Le Royaume-Uni a, de la même manière, affirmé que « [l]es armes nucléaires modernes peuvent cibler beaucoup plus précisément et peuvent donc être dirigées contre des objectifs militaires déterminés [traduction CICR] ». Lettre datée du 16 juin 1995, *ibid.*, p. 52.
- 50 Voir, par exemple, Robert Chatham, « Tactical Nuclear Weapons », *The Reporter*, vol. 37, n° 2, 2010, p. 44 (qui a noté que « [l]es armes nucléaires, en particulier les matériels tactiques de combat, peuvent être dirigées vers des cibles militaires spécifiques [traduction CICR] ») ; S. Casey-Maslen, *op. cit.* note 48, p. 111 (qui décrit cet argument comme étant « relativement non contesté [traduction CICR] » compte tenu de la précision des systèmes modernes de largage).
- 51 Département de l'armée de l'air des États-Unis, *International Law: The Conduct of Armed Conflict and Air Operations*, US Air Force Pamphlet n° 110-31, 1976, ss. 6-3(c) (ce pamphlet indique toutefois qu'il ne reflète pas nécessairement la politique officielle du gouvernement américain).

contrôlés dans le temps et dans l'espace, sont illicites *per se* [traduction CICR]⁵² ». La C.I.J. a également formulé des observations en ce sens lorsqu'elle a conclu que « [l]e pouvoir destructeur des armes nucléaires ne peut être endigué ni dans l'espace ni dans le temps », bien qu'elle n'ait pas défini ces termes⁵³. Quoi qu'il en soit, ces références laissent entendre que, pour être conformes, les effets des armes doivent être limités géographiquement et dans la durée et que tout élément trop imprévisible est exclu.

Il convient d'observer que l'application de ce principe à des armes spécifiques est difficile à évaluer en pratique. Le seul type d'armes largement reconnu comme ayant des effets incontrôlables sont les armes biologiques. Un certain nombre d'autres armes sont également considérées comme de nature à frapper sans distinction, mais la pratique des États précise rarement si c'est parce qu'elles ne peuvent pas cibler correctement ou si c'est car parce que leurs effets sont incontrôlables ou les deux à la fois⁵⁴.

Un enjeu primordial est de savoir si la puissance et les effets d'une arme nucléaire peuvent être précisément limités à l'objectif militaire spécifique visé, de façon à ce que la discrimination requise par le principe de distinction soit effective et que le respect du DIH comme la protection qu'il confère soient garantis⁵⁵.

La plus grande préoccupation est peut-être la diffusion des retombées radioactives, qui ont été reconnues comme « bien plus puissantes qu'elles ne le sont dans le cas d'autres armes⁵⁶ ». La gravité et la diffusion des particules radioactives dépendront de la portée de l'arme et de l'endroit où l'explosion se produit (au sol, dans les airs ou sous l'eau), ainsi que d'une série de facteurs géographiques, climatiques et météorologiques. Ces derniers éléments sont généralement hors du contrôle des parties au conflit, rendant la propagation des radiations presque impossible à contenir. Ainsi, les effets sur la santé, à court et à long terme, des armes nucléaires pourraient traverser les frontières, affectant impactant des États voisins et beaucoup plus de personnes que celles se trouvant dans la zone initialement visée par l'explo-

52 South Africa National Defence Force, *Revised Civic Education Manual*, 2004, chapitre 4, ss. 56(f).

53 Avis consultatif sur les armes nucléaires, *op. cit.* note 4, par. 35: « [La Cour] observe en outre que les armes nucléaires sont des engins explosifs dont l'énergie procède de la fusion ou de la fission de l'atome. Par sa nature même, ce processus, dans le cas des armes nucléaires telles qu'elles existent aujourd'hui, libère non seulement d'énormes quantités de chaleur et d'énergie, mais aussi un rayonnement puissant et prolongé. Selon les éléments en possession de la Cour, les deux premières sources de dommages sont bien plus puissantes qu'elles ne le sont dans le cas d'autres armes, cependant que le phénomène du rayonnement est considéré comme particulier aux armes nucléaires. De par ces caractéristiques, l'arme nucléaire est potentiellement d'une nature catastrophique. Le pouvoir destructeur des armes nucléaires 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 ».

54 L'Étude sur le droit coutumier du CICR, *op. cit.* note 35, mentionne que les États identifient les armes suivantes comme potentiellement incapables de distinguer : armes chimiques, biologiques et nucléaires ; mines antipersonnel ; mines ; poison ; explosifs lancés depuis des ballons ; fusées V-1 et V-2 ; bombes à sous-munitions ; pièges ; missiles Scud et fusées Katyusha ; armes incendiaires et techniques de modification de l'environnement.

55 Ceci inclut le respect et la protection soulignés dans le principe de la distinction ainsi que dans le principe général exposé dans le PA I, art. 51, par. 1. qui dispose que « [l]a population civile et les personnes civiles jouissent d'une protection générale contre les dangers résultant d'opérations militaires ».

56 Avis consultatif sur les armes nucléaires, *op. cit.* note 4, par. 35.

sion. L'ampleur et la dispersion de telles radiations ont été soulignées par plusieurs études. Une communication récente a montré que l'explosion au sol d'une bombe de 200 kilotonnes se propagerait et aurait des conséquences sur la santé de civils sur des centaines de kilomètres⁵⁷. Il fut démontré, dans une autre étude, que 75 % des 100 000 victimes estimées de l'explosion d'une bombe nucléaire à forte pénétration du sol de 10 kilotonnes seraient dues aux retombées radioactives⁵⁸. Tel qu'indiqué plus haut, l'impact des radiations sur la santé humaine peut survenir longtemps après, des maladies et des cancers se déclarant même des décennies après avoir été exposé aux radiations.

De tels effets suscitent de sérieuses inquiétudes au regard des difficultés inhérentes au contrôle ou à la limitation des armes nucléaires dans le temps et dans l'espace. Ces conséquences pourraient conduire à qualifier les armes nucléaires des d'armes de nature à frapper sans discrimination, leur emploi ne pouvant pas être compatible avec l'interdiction de conduire des attaques indiscriminées.

Même si, à l'appui de ce débat, les armes nucléaires n'étaient pas considérées comme de nature à frapper sans discrimination, elles peuvent être considérées comme contraires à l'interdiction de conduire des attaques indiscriminées du fait des circonstances dans lesquelles elles sont utilisées. L'interdiction d'attaques indiscriminées prend en compte le fait que les moyens et méthodes de guerre qui peuvent être utilisés de façon légitime dans certaines situations, pourraient, dans d'autres circonstances, être de nature à frapper des objectifs militaires ainsi que des personnes et des biens civils sans distinction. Au regard de la déflagration, des effets thermiques et radioactifs et des zones auxquelles ces effets se propageraient, on peut considérer que les armes nucléaires iraient à l'encontre du principe de distinction et ce, de façon certaine si elles sont lancées sur des zones peuplées.

L'interdiction des attaques disproportionnées

L'interdiction de lancer des attaques disproportionnées, également connue comme le principe de proportionnalité dans l'attaque, « interdit de lancer des attaques dont on peut attendre qu'elles causent incidemment des pertes en vies humaines dans la population civile, des blessures aux personnes civiles, des dommages aux biens de caractère civil, ou une combinaison de ces pertes et dommages, qui seraient excessifs

57 Matthew McKinzie, Erwin Polriech, Dèlia Arnold, Christian Maurer et Gerhard Wotawa, « Calculating the Effects of a Nuclear Explosion at a European Military Base », présentation faite lors de la Conférence sur l'impact humanitaire des armes nucléaires à Vienne, 8 décembre 2014. Voir aussi l'article par Hans M. Kristensen et Matthew McKinzie dans la version en anglais de ce numéro de la *Revue*.

58 National Research Council Committee on the Effects of Nuclear Earth-Penetrator and Other Weapons, *Effects of Nuclear Earth-Penetrator and Other Weapons*, National Academies Press, Washington, DC, 2005, pp. 75-80. Voir aussi Victor W. Sidel, H. Jack Geiger, Herbert L. Abrams, Robert W. Nelson et John Loretz, *The Threat of Low-Yield Earth-Penetrating Nuclear Weapons to Civilian Populations: Nuclear "Bunker Busters" and Their Medical Consequences*, International Physicians for the Prevention of Nuclear War, 2003 ; Robert W. Nelson, « Low-Yield Earth Penetrating Nuclear Weapons », *Science and Global Security*, vol. 10, 2002 (citant des exemples de bombes à pénétration de très faible puissance (> 1 kt) propageant des doses mortelles de radiations sur des dizaines de milliers de personnes en cas d'explosion dans ou près d'une zone peuplée).

par rapport à l'avantage militaire concret et direct attendu⁵⁹ ». Tel que mentionné ci-dessus, les attaques violant ce principe sont considérées comme une forme particulière d'attaque indiscriminée. Il convient de noter que cette règle s'applique aux attaques dirigées contre des objectifs militaires et qu'elle implique de procéder à une évaluation, avant la décision de lancer une attaque, de l'avantage militaire attendu de l'opération et des pertes civiles incidentes susceptibles d'être causées. L'avantage présenté doit être militaire, concret et direct, ce qui signifie que l'intérêt doit être substantiel et relativement proche, en éliminant les avantages qui ne seraient pas perceptibles ou qui ne se manifesteraient qu'à longue échéance⁶⁰.

Les dommages incidents et les dommages à prendre en compte lors de l'évaluation du caractère excessif incluent, tout d'abord, les effets immédiats comme les pertes civiles directes et les dommages causés aux biens civils. De plus, il est généralement admis que l'évaluation doit considérer les dommages « prévisibles » de l'attaque, c'est-à-dire les effets indirects secondaires et tertiaires, lorsqu'il est possible de les prévoir⁶¹. Ceci provient du langage utilisé dans la disposition relative à la proportionnalité (« dont on peut attendre qu'elles causent incidemment des pertes ») et du principe général du DIH selon lequel les civils « jouissent d'une protection générale contre les dangers résultant d'opérations militaires⁶² ».

Comme souligné ci-dessus, l'utilisation d'une d'arme nucléaire aura des conséquences étendues, immédiates et à long terme, particulièrement si elle est utilisées contre des objectifs militaires situés dans ou près de zones peuplées. Une récente étude a examiné l'impact qu'aurait explosion dans les airs d'une bombe atomique de 20 kilotonnes sur une capitale européenne⁶³. Bien que les effets puissent être influencés par nombre de facteurs, il a été estimé que le rayon de la déflagration s'étendrait à plus de 5 kilomètres de l'épicentre de l'explosion et que la chaleur thermique serait ressentie sur environ 4,5 kilomètres, avec des dizaines de milliers de personnes tuées instantanément ou blessées dans les moments suivant

59 Étude sur le droit coutumier du CICR, *op. cit.* note 35, règle 14, p. 62 ; PA I, *op. cit.* note 26, art. 51, par. 5, b).

60 Commentaires du CICR, *op. cit.* note 29, par. 2209.

61 Voir, par exemple, Cordula Droege, « Sortez de mon "Cloud" : la cyberguerre, le droit international humanitaire et la protection des civils », *Revue internationale de la Croix-Rouge, Sélection française*, vol. 94, n° 886, 2012/2, p. 447 (selon laquelle il est « pratiquement incontesté » qu'il faut tenir compte des dommages prévisibles et qu'« il est raisonnable d'estimer qu'il faut tenir compte des dommages prévisibles, même s'il s'agit de dommages collatéraux à long terme ») ; Michael Schmitt et Eric Widmar, « On Target: Precision and Balance in the Contemporary Law of Targeting », *Journal of National Security Law and Policy*, vol. 7, n° 379, 2014, p. 405.

62 Voir, par exemple, C. Droege, *op. cit.* note 61, p. 572 ; Marco Sassòli et Lindsey Cameron, « The Protection of Civilian Objects: Current State of the Law and Issues de *Lege Ferenda* », in Natalino Rozitti et Gabriella Venturini (dir.), *The Law of Air Warfare: Contemporary Issues*, Eleven International Publishing, La Haye 2006, p. 65 ; Robin Geiss, « The Conduct of Hostilities in Asymmetric Conflicts », *Journal of International Law of Peace and Armed Conflict*, vol. 23, n° 3, 2010, p. 122.

63 Elin Enger et Thomas Vik, Norwegian Defence Research Establishment, « Scenario of a Nuclear Detonation », présentation lors de la Conférence sur l'impact humanitaire des armes nucléaires, Oslo, 4 mars 2013, disponible sur : www.regjeringen.no/globalassets/upload/ud/vedlegg/hum/hum_enge.pdf.

l'explosion⁶⁴. On doit également s'attendre à la destruction massive de bâtiments et d'infrastructures civils⁶⁵.

Bien que ces conséquences seront différentes selon la portée de l'arme et l'environnement dans lequel elle est utilisée, d'importantes pertes en vies humaines peuvent également être provoquées par les incendies et les tempêtes de feu susceptibles de survenir et de brûler de façon incontrôlable immédiatement après l'explosion. Le parcours et la durée de telles forces sont difficiles à anticiper et il serait quasi impossible de limiter les pertes en vies humaines et les dommages causés par les incendies. À Hiroshima et à Nagasaki, par exemple, des incendies ont persisté pendant des heures après l'explosion de la bombe atomique et plusieurs milliers de personnes qui avaient survécu à la première déflagration furent ensuite tués ou blessés par la conflagration. Ne serait-ce qu'à Hiroshima, la tempête de feu ayant suivi le bombardement atomique s'est propagée sur environ 4 kilomètres carrés⁶⁶.

Les décès immédiats et les dommages causés par l'onde de choc et la chaleur thermique d'une explosion nucléaire devraient clairement être pris en compte lors de l'évaluation de la proportionnalité. De plus, les victimes prévisibles des rayons ionisants et des retombées radioactives dans les jours, semaines et mois suivant l'attaque, doivent également être considérées. On peut se demander si l'application du principe de proportionnalité ne conduit pas à évaluer les pertes qui seraient causées dans les années et même les décennies suivant l'attaque, mais une application de bonne foi de ce principe l'exigerait certainement. Comme indiqué précédemment⁶⁷, ces effets sont clairement prévisibles étant donné que les effets à long terme de l'exposition aux radiations sur la santé humaine ont été largement étudiés et compte tenu des précédents d'Hiroshima et de Nagasaki, où des milliers de personnes sont décédées des effets des rayons ionisants dans les mois et les années qui ont suivi l'explosion des bombes atomiques larguées sur ces villes. Aujourd'hui, de telles pertes ne pourraient être considérées comme abstraites ou spéculatives.

Il convient également de noter que le principe de proportionnalité ne définit ni ne suppose de fixer une limite temporelle dans l'évaluation des dommages à prendre en considération. Lors des discussions sur le principe de proportionnalité et les effets à long terme des munitions non explosées et abandonnées (désignées dans ce cadre sous l'expression « restes explosifs de guerre ») qui ont eu lieu entre 2000 et 2003 entre les États parties à la Convention sur certaines armes classiques, la question d'une telle limite n'a jamais été soulevée alors que l'impact de telles munitions, sur plusieurs années et même parfois plusieurs décennies, était largement connu. Lors des

64 En comparaison, la bombe atomique larguée sur Hiroshima fut estimée à une puissance de 16 kilotonnes et le rayon de destruction causé par la puissance de l'explosion fut estimé à 1.6 kilomètres avec 11 kilomètres carrés additionnels détruits par les feux et tempêtes de feu subséquents. Quelques 70 000 à 80 000 personnes, y compris environ 20 000 soldats, furent alors tuées. Voir Committee for the Compilation of Materials on Damage Caused by the Atomic Bombs in Hiroshima and Nagasaki, *Hiroshima and Nagasaki – the Physical, Medical and Social Effects of the Atomic Bombings*, Basic Books, New York, 1981, pp. 55-56.

65 *Ibid.* À Hiroshima, on estime que les bâtiments et les infrastructures ont été détruits sur une surface de 12 kilomètres carrés dans la ville.

66 *Ibid.*, pp. 55-56.

67 Voir l'analyse des conséquences humanitaires des armes nucléaires ci-dessus.

débats, les États et les experts ont semblé accepter que le principe de proportionnalité comprend un élément à caractère prospectif et à long terme. Finalement, un examen des conséquences à travers le prisme du principe général du DIH visant à protéger les civils des dangers résultant d'opérations militaires, militerait en faveur de l'inclusion des victimes et des dommages dont on peut s'attendre à ce qu'ils se manifestent à long terme.

Au vu de tels effets, l'avantage militaire concret et direct à retirer de l'emploi d'une arme nucléaire devrait revêtir une valeur et une importance primordiales pour justifier un tel niveau, élevé et prévisible, de morts, de blessures et de destructions. En réalité, il semble particulièrement difficile d'imaginer un tel avantage d'une attaque lancée dans ou près d'une zones peuplées. En effet, en se fondant sur les connaissances actuelles des effets des armes nucléaires, il est permis d'affirmer que l'emploi d'armes nucléaires contre un objectif militaire situé dans ou près d'une zone peuplée serait contraire à l'interdiction de conduire des attaques disproportionnées.

L'interdiction des bombardements de zone

Les « bombardements de zone », qui constituent une autre forme d'attaque indiscriminée, sont définis en DIH comme des « attaques par bombardement, quels que soient les méthodes ou moyens utilisés, qui traitent comme un objectif militaire unique un certain nombre d'objectifs militaires nettement espacés et distincts situés dans une ville, un village ou toute autre zone contenant une concentration analogue de personnes civiles ou de biens de caractère civil »⁶⁸. Cette règle vise à interdire les pratiques telles que le « bombardement en tapis », le « bombardement intensif » et autres attaques similaires qui furent employées pendant la Seconde Guerre mondiale et dans des conflits ultérieurs, avec de graves conséquences pour les populations civiles.

L'essentiel des discussions sur cette règle a porté sur la signification de l'expression « nettement espacés et distincts ». Il n'existe pas de critères spécifiques assignés à ces termes en DIH et il en résulte que leur définition demeure un exercice plutôt subjectif. Or, quand la distance entre deux ou plusieurs objectifs militaires est suffisante pour qu'ils soient attaqués séparément, en tenant compte des moyens disponibles, ils doivent être ciblés séparément⁶⁹. Lorsque la distance n'est pas suffisante pour les rendre nettement espacés et distincts, d'autres règles, telles que le principe de proportionnalité et le principe de précaution, demeurent applicables.

L'interdiction de bombardements de zone n'a pas souvent été discutée au regard de l'emploi d'armes nucléaires et l'avis consultatif sur les armes nucléaires ne s'y réfère pas spécifiquement⁷⁰. Cela peut s'expliquer par le fait que l'emploi d'une

68 Étude sur le droit coutumier du CICR, *op. cit.* note 35, règle 13, p. 43 ; PA I, *op. cit.* note 26, art. 51, par. 5, a).

69 Commentaires du CICR, *op. cit.* note 29, par. 1975.

70 Mais voir Louise 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 », numéro spécial, *Revue internationale de la Croix-Rouge*, vol. 79, n° 823, 1997, pp. 37-59 ; S. Casey-Maslen, *op. cit.* note 48, pp. 107-108.

arme nucléaire dans une zone peuplée susciterait une foule de questions relatives à d'autres règles importantes du DIH réglementant la conduite des hostilités, tel qu'indiqué précédemment. Néanmoins, au regard de cette interdiction, les principales préoccupations sont liées à l'explosion et aux effets de la chaleur thermique des armes nucléaires dans une zone plus étendue : des caractéristiques qui peuvent rendre ces armes particulièrement attrayantes en tant que moyen efficace de détruire de multiples objectifs militaires. La règle interdisant le bombardement de zone exclut une telle utilisation dans une zone peuplée lorsque les objectifs sont clairement espacés et distincts les uns des autres.

L'obligation de prendre des précautions dans l'attaque

Dans la conduite des hostilités, les parties à un conflit doivent constamment veiller à épargner la population civile, les personnes civiles et les biens de caractère civil⁷¹. Selon le DIH, les précautions particulières exigées dans les attaques signifient qu'il faut faire tout ce qui est pratiquement possible pour vérifier que les objectifs à attaquer sont des objectifs militaires⁷² et prendre toutes les précautions pratiquement possibles en vue d'éviter ou de réduire au minimum les pertes en vies humaines dans la population civile, et les dommages aux biens de caractère civil qui pourraient être causés incidemment⁷³.

Les expressions « tout ce qui est pratiquement possible » et « précautions pratiquement possibles » sont là pour indiquer qu'il n'est pas exigé des forces armées qu'elles fassent ce qui est objectivement impossible⁷⁴. Ces formulations laissent aussi une marge d'erreur à ceux qui agissent de bonne foi tout en gardant la possibilité de reconnaître responsables ceux qui ont agi par négligence⁷⁵. Par « précautions pratiquement possibles », il faut entendre « les précautions qui sont praticables ou qu'il est pratiquement possible de prendre eu égard à toutes les conditions du moment, notamment aux considérations d'ordre humanitaire et d'ordre militaire⁷⁶ ».

L'obligation de prendre les précautions pratiquement possibles lors du choix des moyens de guerre dans l'objectif d'éviter ou de limiter les pertes et dommages civils requiert que la partie qui planifie une attaque évalue des facteurs tels que l'importance de la cible, les différents systèmes d'armement disponibles et l'impact prévisible de ces armes sur les civils et les biens de caractère civil⁷⁷. Bien que le DIH n'impose pas les types d'armes à utiliser pour attaquer des cibles en particulier, il n'est

71 Étude sur le droit coutumier du CICR, *op. cit.* note 35, règle 15, p. 69 ; PA I, *op. cit.* note 26, art. 57, par. 1.

72 Étude sur le droit coutumier du CICR, *op. cit.* note 35, règle 16, p. 74 ; PA I, *op. cit.* note 26, art. 57, par. 2, i).

73 Étude sur le droit coutumier du CICR, *op. cit.* note 35, règle 16, pp. 74-81 ; PA I, *op. cit.* note 26, art. 57, par. 2, ii).

74 Jean François Quéguiner « Precautions under the Law Governing the Conduct of Hostilities », *Revue internationale de la Croix-Rouge*, vol. 88, n° 864, 2006, pp. 809-810.

75 *Ibid.*

76 Protocole sur l'interdiction ou la limitation de l'emploi des mines, pièges et autres dispositifs, tel qu'il a été modifié le 3 mai 1996, art. 3, par. 10 ; Protocole relatif aux restes explosifs de guerre, 28 novembre 2003, art. 5, par. 1.

77 Voir, par exemple, ministère de la Défense du Royaume-Uni, *op. cit.* note 31, p. 83, qui traite des facteurs à considérer lors de la sélection des moyens et méthodes d'attaque conformément à cette règle.

plus guère contesté que s'il existe un choix d'armement pouvant conduire au même résultat militaire, la règle exige de choisir celui qui causerait le moins de victimes et de dommages civils, lorsque c'est pratiquement possible⁷⁸.

À la lumière de ce que nous savons des graves conséquences humanitaires qu'engendrerait l'utilisation des armes nucléaires et compte tenu de l'exigence de veiller constamment à épargner les personnes et les biens civils, les situations dans lesquelles les armes nucléaires pourraient être celles qui seraient choisies, semblent très limitées. L'application fidèle du principe de précaution dans l'attaque exclurait probablement l'emploi d'armes nucléaires dans ou près d'une zone peuplée et exigerait l'emploi de moyens de guerre moins destructeurs et moins dangereux. Quelques commentateurs notent, qu'à la lumière des évolutions technologiques récentes des armes classiques, « presque n'importe quel objectif militaire pour lequel des armes [nucléaires "tactiques", à courte portée] pourraient être utilisées, pourrait également être atteint avec des armes conventionnelles [traduction CICR]⁷⁹ ».

L'interdiction d'employer des moyens ou des méthodes de guerre de nature à causer des maux superflus

Le DIH interdit l'usage de moyens ou méthodes de guerre qui sont de nature à causer des maux superflus. Le sens de cette règle a été exprimé pour la première fois dans le Préambule de la Déclaration de Saint-Petersbourg de 1868, afin d'interdire l'emploi, en temps de guerre, de projectiles explosifs d'un poids inférieur à 400 grammes. Cette expression a plus tard été reprise dans les Conventions de La Haye concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre de 1899 et de 1907. On trouve l'application de cette règle à des armes spécifiques dans les Déclarations de la Haye de 1899 relatives à l'interdiction des gaz asphyxiants et des balles qui s'épanouissent ou s'aplatissent facilement dans le corps humain et dans le Protocole de Genève de 1925 interdisant les gaz asphyxiants et les moyens bactériologiques⁸⁰. Cette expression figure aussi dans des instruments tels que la Convention de 1972 interdisant les armes biologiques, la Convention de 1993 interdisant les armes chimiques, la Convention de 1980 sur certaines armes classiques et la Convention de 1997 interdisant les mines

78 Voir J. F. Quéguiner, *op. cit.* note 74, pp. 802-803, qui soutient que cette règle exigerait l'utilisation d'armes à guidage de précision à la place d'autres types de munitions lorsqu'un État les possède dans son arsenal et qu'il est pratiquement possible de le faire. Voir aussi Michael N. Schmitt et Eric Widmar, « The Law of Targeting », in Paul Alphons Ducheine, Michael N. Schmitt et Frans P. B. Osinga (dir.), *Targeting: The Challenges of Modern Warfare*, Asser Press, La Haye, 2016, p. 138.

79 Voir Dakota Rudesill, « Regulating Tactical Nuclear Weapons », *Georgetown Law Journal*, vol. 102, n° 99, 2013, p. 159, qui conclut que comme des armes classiques peuvent maintenant être utilisées efficacement pour la plupart des opérations militaires pour lesquelles les armes nucléaires « tactiques » auraient auparavant été prévues, « [l]e rôle de combat [des armes nucléaires tactiques] est révolu [traduction CICR] ». Voir aussi Charles Moxley, John Burroughs et Jonathan Granoff, « Nuclear Weapons and Compliance with International Humanitarian Law and the Nuclear Non-Proliferation Treaty », *Fordham International Law Journal*, vol. 34, n° 595, 2011, p. 660.

80 Étude sur le droit coutumier du CICR, *op. cit.* note 35, règle 70, pp. 315-324 ; PA I, *op. cit.* note 26, art. 35, par. 2. Pour une vue d'ensemble de l'origine de cette règle, voir les Commentaires du CICR, *op. cit.* note 29, pp. 403-405.

antipersonnel⁸¹. Cette règle diffère de celles discutées ci-dessus en ce qu'elle a pour principal objectif de protéger les combattants, plutôt que les civils, de blessures et de souffrances qui n'ont pas ou peu, d'intérêt militaire⁸².

Considérer cette règle comme l'obligation juridique d'employer une arme particulière, soulève des questions telle celle de savoir comment évaluer et identifier des « maux superflus ». Concernant les armes, il existe un large consensus sur le fait que cela nécessite d'évaluer la nécessité militaire d'utiliser une certaine arme et la nature des blessures et souffrances que son emploi pourrait engendrer. Des maux qui seraient excessifs par rapport à l'objectif militaire, violeraient cette règle⁸³. À l'instar de l'évaluation exigée pour apprécier la proportionnalité, les effets à prendre en compte dans la mise en œuvre de la règle seraient logiquement limités à ceux qui sont prévisibles.

Comme le CICR le souligne dans ses Commentaires des Protocoles additionnels, ni les effets d'une arme sur les combattants ni le rapport entre ces effets et la nécessité militaire « ne font l'objet d'une interprétation concordante et généralement acceptée » avec pour résultat que la notion des maux superflus a un « caractère relatif et imprécis »⁸⁴. L'étude sur le droit international humanitaire coutumier du CICR a également constaté que les positions des États diffèrent sur la façon dont il est possible de concrètement déterminer qu'une arme cause des maux superflus, bien qu'il existe un certain consensus sur le fait que des souffrances non utiles à la réalisation d'un objectif militaire constituent une violation de la règle⁸⁵ et que l'un des éléments à considérer est le caractère inévitable d'une incapacité grave et définitive ou de la mort⁸⁶.

Dans son avis consultatif sur les armes nucléaires, la C.I.J. a mentionné ce principe comme l'un des principes fondamentaux du DIH et l'a identifié comme ayant une pertinence normative directe en ce qui concerne l'emploi des armes nucléaires⁸⁷. Toutefois, l'application de cette règle à l'utilisation des armes nucléaires est rarement abordée par la doctrine⁸⁸. La préoccupation première, en ce qui concerne les armes nucléaires, est relative à l'impact des radiations sur la santé des combattants. Au regard des connaissances sur les radiations intenses libérées par une explosion nucléaire et sur leurs graves conséquences sur la santé, il serait raisonnable de conclure que

81 Commentaires du CICR, *op. cit.* note 29. Le Préambule de la Convention interdisant les mines antipersonnel de 1997 fait spécifiquement référence à cette règle.

82 Étude sur le droit coutumier du CICR, *op. cit.* note 35, p. 319.

83 Voir, par exemple, M. G. Cowling, « The Relationship between Military Necessity and the Principle of Superfluous Injury and Unnecessary Suffering in the Law of Armed Conflict », *South African Yearbook of International Law*, Vol. 25, n° 131, 2000, p. 142 ; C. Moxley, J. Burroughs et J. Granoff, *op. cit.* note 79, pp. 618-619. Et voir Étude sur le droit coutumier du CICR, *op. cit.* note 35, règle 70, pp. 319-321, qui cite également l'avis consultatif de la C.I.J. sur les armes nucléaires, par. 78, les définissant comme étant « des souffrances supérieures aux maux inévitables que suppose la réalisation d'objectifs militaires légitimes ».

84 Commentaires du CICR, *op. cit.* note 29, p. 411. Voir aussi Simon O'Connor, « Nuclear Weapons and the Unnecessary Suffering Rule », in G. Nystuen, S. Casey-Maslen et A. Golden Bersagel, *op. cit.* note 48, pp. 129-147.

85 Étude sur le droit coutumier du CICR, *op. cit.* note 35, règle 70, p. 319.

86 *Ibid.*, p. 320.

87 Avis consultatif sur les armes nucléaires, *op. cit.* note 4, par. 78.

88 Voir S. O'Connor, *op. cit.* note 84, p. 129.

plusieurs combattants qui survivraient à l'onde de choc et à la chaleur résultant d'une explosion, seront victimes d'une mort plus lente causée par les radiations dans les jours, les semaines et les mois qui suivront. D'autres seraient exposés au risque de développer, plus tard, des cancers, comme la leucémie et le cancer de la thyroïde. De telles souffrances, aboutissant à une mort lente, sont prévisibles et devraient être prises en considération dans la mise en œuvre de la règle.

Un certain nombre d'États – largement sur la base de ce principe – ont conclu que les armes nucléaires causent des maux superflus⁸⁹. Le CICR a également déclaré en 2015 que « les horribles maladies à court et à long terme, les incapacités permanentes et les souffrances causées par l'exposition aux radiations soulèvent de graves questions sur la compatibilité de armes nucléaires [traduction CICR] » avec l'interdiction⁹⁰. Cette conclusion est particulièrement pertinente au regard de l'affirmation selon laquelle des armes nucléaires à faible portée employées contre des combattants dans des lieux éloignés de zones civiles seraient conformes au DIH et soulèverait de sérieuses questions.

Certains ont pu avancer que les effets des radiations sur la santé ne devraient pas être pris en compte dans la mise en œuvre de cette règle car les radiations sont une conséquence inhérente d'une explosion nucléaire et non une caractéristique ajoutée pour accroître la souffrance des combattants⁹¹. Cette opinion se fonde sur une interprétation de la règle sur les maux superflus telle que formulée dans les Règlements de la Haye de 1907 qui dispose en anglais « to employ arms, projectiles, or materials *calculated to cause unnecessary suffering* (nous soulignons)⁹² ». La formulation anglaise « *calculated to cause* » est considérée comme sous-entendant que l'interdiction couvre seulement les situations dans lesquelles une arme est conçue ou modifiée de façon à intentionnellement aggraver la souffrance infligée aux combattants.

En revanche, la version anglaise de 1907 de cette règle est largement considérée comme étant une traduction inexacte du texte authentique en français qui fait foi, qui utilise l'expression « propres à causer des maux superflus » et qui est interprétée à juste titre comme ayant une portée plus large et n'incluant pas un élément intentionnel⁹³. Lorsque la règle fut réaffirmée et négociée dans le cadre du PA I, la version anglaise suivit plus scrupuleusement le texte en français qui fait foi⁹⁴. En conséquence, l'article 5, paragraphe 2 du PA I interdit l'emploi « des armes, des projectiles et des matières ainsi que des méthodes de guerre *de nature à causer des*

89 Étude sur le droit coutumier du CICR, *op. cit.* note 35, règle 70, note 55, p. 324.

90 Helen Durham, Directrice du droit international et des politiques humanitaires du CICR, « The Use of Nuclear Weapons and International Humanitarian Law », discours prononcé à la Conférence sur l'impact humanitaire des armes nucléaires de Vienne, disponible sur : www.bmeia.gv.at/fileadmin/user_upload/Zentrale/Aussenpolitik/Abruestung/HINW14/Presentations/HINW14_S4_Presentation_Helen_Durham.pdf.

91 Lettre datée du 20 juin 1995, *op. cit.* note 49, pp. 28-29. Voir aussi C. Moxley, J. Burroughs and J. Granoff, *op. cit.* note 79, p. 651.

92 Convention IV de la Haye concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre de 1907, 18 octobre 1907 (entrée en vigueur le 26 janvier 1910), art. 23, e). Souligné par nous.

93 Adam Roberts et Richard Guelff, *Documents on the Laws of War*, 3^e édition, Oxford University Press, Oxford, 2000, p. 77, note 3.

94 S. O'Connor, *op. cit.* note 84, p. 132.

maux superflus » (souligné par nous). Une rédaction similaire a également été retenue dans le Statut de la Cour pénale internationale et dans la règle correspondante du droit international humanitaire coutumier⁹⁵. L'expression « de nature à causer » consacre la formulation acceptée par presque tous les États de nos jours. En conséquence, cette règle est communément comprise comme s'appliquant non seulement aux situations où une arme est conçue ou modifiée avec l'intention d'accroître la souffrance des combattants, mais également aux cas où les maux ne sont pas causés intentionnellement mais sont prévisibles en raison de la conception d'une arme et de son utilisation envisagée. En conséquence, l'impact des radiations et des maux qu'elles causeraient doit donc être examiné en fonction de l'objectif militaire visé. Tel qu'indiqué ci-dessus, les graves conséquences de l'exposition aux radiations sur la santé des combattants suscitent de d'importantes questions au regard de cette règle et semblent affaiblir les arguments selon lesquels les armes nucléaires seraient conformes au DIH lorsqu'elles sont utilisées loin de zones peuplées.

Règles sur la protection de l'environnement naturel

Le DIH contient un certain nombre de règles qui ont pour objectif de protéger l'environnement des effets des conflits armés. Dans ce contexte, l'environnement naturel est généralement interprété dans un sens large et inclut l'air, l'eau, l'agriculture, le bétail, les forêts, la flore, la faune et d'autres éléments biologiques et climatiques⁹⁶.

Les règles générales du DIH réglementant la conduite des hostilités protègent l'environnement naturel en tant que bien de caractère civil⁹⁷. En conséquence, certaines parties de l'environnement peuvent être licitement attaquées mais seulement si elles constituent un objectif militaire. De plus, la destruction de quelque partie que ce soit de l'environnement est interdite, à moins que cette destruction ne soit exigée par une nécessité militaire impérieuse⁹⁸. Les dommages incidents à l'environnement doivent également être pris en compte lors de l'évaluation de la proportionnalité effectuée lors d'attaques lancées contre d'autres objectifs militaires. De tels dommages ne peuvent pas être excessifs par rapport à l'avantage militaire direct et concret attendu. Des précautions pratiquement possibles dans le choix des armes doivent être également être prises afin d'éviter, ou au moins de réduire, les dommages incidents à l'environnement⁹⁹.

Le DIH comporte également une règle spécifique qui interdit l'emploi de moyens et méthodes de guerre qui causent, ou dont on peut s'attendre à ce qu'ils causent, des dommages « étendus, durables et graves » à l'environnement naturel¹⁰⁰. Tel qu'indiqué ci-dessus, le statut coutumier de cette règle a été débattu avec la

95 Statut de Rome de la Cour pénale internationale, Doc. NU, A/CONF.183/9, 17 juillet 1998 (entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2002), art. art. 8, 2, b) xx) ; Étude sur le droit coutumier du CICR, *op. cit.* note 35, règle 70, p. 315.

96 Commentaires du CICR, *op. cit.* note 29, par. 2126, p. 679.

97 Étude sur le droit coutumier du CICR, *op. cit.* note 35, règles 43, 44, pp. 190-201.

98 *Ibid.*, règle 43, pp. 190-195.

99 *Ibid.*, règle 44, p. 195.

100 Étude sur le droit coutumier du CICR, *op. cit.* note 35, règle 45, p. 201 ; PA I, *op. cit.* note 26, art. 35, par. 3. Cette règle est également renforcée dans l'art. 55, par. 1 du PA I.

France, le Royaume-Uni et les États-Unis pour lesquels cette règle ne revêtait pas un caractère coutumier pour ce qui concerne les armes nucléaires¹⁰¹. Néanmoins, ces dispositions peuvent encore être pertinentes quant à l'emploi d'armes nucléaires, pour les États qui sont, ou qui deviendraient, parties au PA I et qui n'ont pas formulé de déclaration ou de réserve excluant l'application de cette règle dans de tels cas.

La principale différence entre cette règle et le traitement de l'environnement comme un bien de caractère civil est que la règle constitue une interdiction absolue. Si des dommages étendus, durables et graves sont prévus ou anticipés, les moyens et méthodes de guerre sont alors interdits.

Les critères permettant d'évaluer si un dommage est « étendu, durable et grave » sont cumulatifs et fixent donc un seuil très haut. Ces termes ne furent pas spécifiquement définis par le PA I, mais ont été synthétisés comme désignant « des perturbations majeures sur la vie humaine ou les ressources naturelles qui excèdent considérablement les dommages dus aux combats auxquels on peut normalement s'attendre dans une guerre [traduction CICR]¹⁰² ». Même si le terme « durable » est généralement compris comme se mesurant en décennies et non pas en mois ou en saisons, ni les commentaires du PA I, ni l'Étude du CICR sur le droit coutumier n'offrent de définitions des termes « étendu » ou « grave »¹⁰³.

Comme souligné précédemment, de nombreuses études ont souligné les graves conséquences qu'aurait l'emploi d'armes nucléaires sur l'environnement naturel. Celles-ci englobent la destruction de la flore et de la faune par le souffle de l'explosion et les radiations thermiques provoquées ; la contamination du sol et des réserves d'eau par des particules radioactives ; et la dispersion de poussière et de suie affectant l'atmosphère et le climat, avec des conséquences potentiellement graves pour les humains, les plantes et la faune¹⁰⁴. La dispersion de poussière et de suie est particulièrement inquiétante en raison de l'impact grave qu'elle peut avoir sur l'agriculture et la production alimentaire, exposant potentiellement des millions de personnes à mourir de faim¹⁰⁵. Cela aurait également un impact sur les autres

101 Spécifiquement, les articles 35, par 3 et 55 du PA I, *op. cit.* note 26 ; voir l'Étude sur le droit coutumier du CICR, *op. cit.* note 35, pp. 205-207. Pour d'autres opinions à ce sujet, voir Erik Koppe, « Use of Nuclear Weapons and Protection of the Environment during International Armed Conflict » in G. Nystuen, S. Casey-Maslen et A. Golden Bersagel, *op. cit.* note 48, p. 259, note 45. Pour une critique détaillée, voir, Jeremy Marsh, « Lex Lata or Lex Ferenda? Rule 45 of the ICRC Study on Customary International Humanitarian Law », *Military Law Review*, vol. 198, n° 116, 2008 ; Jean-Marie Henckaerts, « Customary International Law: A Response to the US Comments », *Revue internationale de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge*, vol. 89, n° 866, 2007, p. 482.

102 S. Oeter, *op. cit.* note 29, p. 126 ; voir aussi ministère de la défense allemand, *Humanitarian Law in Armed Conflicts: Manual*, Joint Service Regulation (ZDv) 15/2, DSK AV230100262, mai 2013, p. 61.

103 Commentaires du CICR, *op. cit.* note 29, p. 417. Ces termes sont utilisés dans la Convention sur l'interdiction d'utiliser des techniques de modification de l'environnement à des fins militaires ou toutes autres fins hostiles (Convention ENMOD) et même s'ils s'appliquent seulement dans ce contexte, le terme « étendu » est interprété comme incluant une zone de plusieurs centaines de kilomètres carrés et le terme « grave » pour désigner « une perturbation ou un préjudice graves pour la vie humaine, les ressources naturelles, économiques ou autres. [traduction CICR] », UN Environmental Protection Programme, *Protection of the Environment during Armed Conflict: An Inventory and Analysis of International Law*, 2009, p. 5. Dans la Convention ENMOD, cependant, les termes ne sont pas cumulatifs contrairement au PA I.

104 Voir les références citées à la note 21.

105 I. Helfand, *op. cit.* note 22 ; British Medical Association, *op. cit.* note 11, pp. 92-100.

plantes et sur la végétation dont les animaux et insectes se nourrissent¹⁰⁶. Bien que l'étendue et le niveau de telles conséquences puissent varier selon la puissance de l'arme utilisée et du contexte dans laquelle elle est utilisée, elles peuvent être aisément imaginables en cas d'utilisation de grosses bombes nucléaires et même avec des armes de puissance plus faible dans le cadre d'une attaque ou d'échanges de tirs nucléaires.

Ces conséquences, comme d'autres effets et dommages prévisibles, doivent être pris en compte lors de la mise en œuvre des règles générales du DIH qui visent à protéger l'environnement naturel. Elles ont une incidence particulière sur le principe de la proportionnalité dans l'attaque, car un dommage incident à l'environnement ou à certaines de ses parties doit être intégré dans l'évaluation de la proportionnalité. Compte tenu des dommages étendus à l'environnement naturel qui seraient provoqués dans la plupart des cas, l'avantage militaire attendu d'une attaque employant des armes nucléaires devrait être très haut pour que l'attaque soit considérée licite. De plus, et compte tenu des effets puissants et à long terme des armes nucléaires, l'application de la règle sur les précautions pratiquement possibles militerait en faveur de l'emploi d'une arme classique plutôt que d'une arme nucléaire dans la très grande majorité des situations où une telle arme serait disponible et le même objectif militaire atteint. Il est difficile d'imaginer qu'une arme classique causerait le même type et niveau de dommages environnementaux que l'emploi d'une arme nucléaire.

De sérieux problèmes surviennent avec l'emploi d'armes nucléaires au regard de l'interdiction des moyens et méthode de guerre dont on peut s'attendre à ce qu'ils causent des dommages étendus, durables et graves à l'environnement naturel. La diversité et la nature des conséquences à long terme sur l'environnement mentionnées ci-dessus, se heurteraient, dans la plupart des cas, aux critères de gravité, d'étendue et de durée énoncés dans l'interdiction. Le fait que certains États détenteurs de l'arme nucléaire aient constamment rejeté l'application de cette règle spécifique à l'emploi des armes nucléaires souligne sa pertinence en tant que limitation.

L'emploi des armes nucléaires à titre de représailles

En dépit des questionnements et des préoccupations juridiques soulignés ci-dessus, il a été avancé que les armes nucléaires pourraient être utilisées comme moyen de représailles lors de conflits armés¹⁰⁷. En résumé, le droit relatif aux représailles autorise (sous certaines conditions) des actes qui seraient normalement illicites au regard du DIH dans la mesure où ils ont pour objectif d'amener un adversaire à respecter ses obligations au regard du DIH¹⁰⁸. Les représailles ont constitué une méthode traditionnelle pour faire respecter le droit des conflits armés, mais, dans les dernières décennies, la tendance s'est orientée vers une interdiction des représailles dirigées contre la population civile dans la conduite des hostilités¹⁰⁹. L'article 51, paragraphe 6 du PA I interdit explicitement les « attaques dirigées à titre de représailles contre la

106 *Ibid.*

107 Voir S. Oeter, *op. cit.* note 29, p. 205. Plus généralement, voir Fritz Kalshoven, *Belligerent Reprisals*, 2^e édition, Brill Academic Publishers, Leiden, 2005.

108 S. Oeter, *op. cit.* note 29, p. 204.

109 Étude sur le droit coutumier du CICR, *op. cit.* note 35, règle 145, p. 675.

population civile ou des personnes civiles » et, bien que cette disposition ne soit pas encore considérée comme un principe du DIH coutumier, on constate un mouvement fort dans cette direction¹¹⁰.

Bien que les critères propres à qualifier de licites certaines représailles ne soient pas complètement fixés, le DIH coutumier a énoncé un certain nombre de conditions et de limites¹¹¹.

1. Les représailles ne peuvent être menées qu'en réponse à une violation grave du DIH et uniquement aux fins d'amener l'adversaire à respecter le droit. En conséquence, les représailles ne peuvent être conduites par anticipation ou à titre préventif. De plus, les représailles doivent être menées en réaction à une violation grave du DIH et non en réponse à des violations d'autres normes de droit. De la même façon, l'adversaire contre qui des représailles ont été dirigées ne peut pas s'en servir pour justifier de les employer à son tour (« contre-représailles »).
2. Les représailles doivent être une mesure de dernier recours. Ceci implique que les autres mesures (politiques, diplomatiques, économiques) devraient avoir été prises avant les représailles pour essayer de mettre fin au comportement illicite. Cette règle suggère également que l'adversaire doit avoir été averti des conséquences engendrées par la persistance de son irrespect avant que des représailles soient exercées.
3. Les représailles doivent être proportionnelles à l'infraction qu'elles ont pour objet de faire cesser.
4. La décision de recourir à des représailles doit être prise à l'échelon le plus élevé. Ceci désigne en principe les échelons les plus élevés du gouvernement ou de l'armée. La décision de recourir aux représailles ne peut pas être prise par des commandants sur le terrain.
5. Les mesures de représailles doivent cesser dès que l'adversaire cesse d'enfreindre le droit.

Ces conditions seraient applicables à l'emploi de n'importe quelle arme nucléaire comme moyen de représailles et en poseraient les limites.

Tel qu'indiqué ci-haut, une des conditions aux représailles est qu'elles soient menées en réponse à une violation grave du DIH. Donc, l'emploi d'une arme nucléaire contre des personnes ou des biens civils à titre de représailles ne pourrait pas être justifié par une violation du *jus ad bellum* ou d'autres normes du droit¹¹². Une attaque surprise ou inattendue, qui violerait le *jus ad bellum*, contre un objectif militaire déterminé, déclenchant un conflit armé, ne pourrait justifier l'emploi d'armes nucléaires comme représailles. Les armes nucléaires peuvent être utilisées en réponse mais leur emploi devrait respecter strictement les règles exposées tout au long du présent article.

110 *Ibid.*, pp. 520-523.

111 Étude sur le droit coutumier du CICR, *op. cit.* note note 35, règle 145, pp. 678-683 ; S. Casey-Maslen, *op. cit.* note note 48, pp. 178-179 ; C. Moxley, J. Burroughs et J. Granoff, *op. cit.* note note 79, p. 661.

112 Christopher Greenwood, « The Twilight of the Law of Belligerent Reprisals », *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. 20, 1989, pp. 40-43 ; Stuart Casey-Maslen, « The Use of Nuclear Weapons as Reprisals », in G. Nystuen, S. Casey-Maslen et A. Golden Bersagel, *op. cit.* note 48, p. 184.

De plus, l'exigence que des représailles soit proportionnelles à la violation initiale semble limiter l'emploi des armes nucléaires à un nombre très restreint de cas. En raison de leurs graves conséquences humanitaires, l'emploi de telles armes en tant que mesure de représailles exigerait, logiquement, que la violation provoquant les représailles soit d'une très grande gravité. Il est difficile d'imaginer qu'une arme nucléaire pourrait être légitimement utilisée en réponse à une attaque ou à des attaques conduites avec des armes classiques. L'attaque illicite initiale devrait plutôt avoir été conduite avec une ou plusieurs armes nucléaires, ou avec un autre type d'armes de destruction massive, contre une zone peuplée avec pour résultat un nombre considérable de victimes civiles¹¹³. À cet effet, il est hautement improbable qu'un État possédant l'arme nucléaire ayant subi lui-même une attaque avec des armes de destruction massive chercherait, en premier lieu et conformément à la seconde condition exposée ci-dessus, à épuiser toutes les mesures politiques, diplomatiques, économiques et autres avant de riposter par des représailles. Il semble donc irréaliste que cette condition soit remplie ou appliquée de façon stricte en pratique¹¹⁴.

Finalement, même si on peut imaginer l'hypothèse où un nombre très limité d'armes nucléaires de faible puissance seraient utilisées pour contraindre un belligérant à se conformer au DIH, cela semble une voie plutôt risquée. Tel que ceci est relevé dans plusieurs manuels militaires, le recours aux représailles a plutôt eu tendance à créer une escalade des attaques sur les civils plutôt qu'à les faire cesser¹¹⁵. Donc, une utilisation unique ou même un échange limité d'armes nucléaires fait courir un risque bien réel d'une escalade nucléaire et de nouvelles violations du DIH, engendrant notamment des conséquences catastrophiques sur le plan humanitaire.

Commentaires conclusifs

Cet article a exposé les principes du DIH régissant la conduite des hostilités qui doivent être pris en compte si une partie à un conflit armé en venait à imaginer de recourir à l'emploi d'une arme nucléaire. Il a souligné les questions soulevées par les conséquences graves et étendues pour les civils, les biens de caractère civil et les combattants que l'emploi d'armes nucléaires engendrerait. Comme cela a été montré par la C.I.J. dans son avis consultatif sur les armes nucléaires, la combinaison et la puissance de l'onde de choc, de la chaleur thermique et des radiations qui résulteraient de l'explosion rendent les armes nucléaires uniques. Peu de moyens de guerre ont des effets qui impliquent autant de dispositions du DIH. Ce sont ces éléments qui ont conduit le Mouvement international de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge à déclarer qu'il « peine à concevoir comment l'emploi, sous quelque forme que ce

113 *Ibid.*, p. 186.

114 Un élément également noté par F. Kalshoven, *op. cit.* note 107, p. 340. Voir aussi Françoise Hampson, « Belligerent Reprisals and the 1977 Protocols to the Geneva Conventions of 1949 », *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 37, 1988, p. 823.

115 Voir Bureau américain du Général Counsel, *Department of Defense Law of War Manual*, juin 2015, chapitre 18.18.4, p. 1099, soulignant plusieurs conséquences pratiques à considérer en cas de recours aux représailles ; C. Moxley, J. Burroughs et J. Granoff, *op. cit.* note 79, p. 664 ; Étude sur le droit coutumier du CICR, *op. cit.* note 35, p. 522.

soit, d'armes nucléaires pourrait être conforme aux règles du droit international humanitaire, en particulier aux règles relatives à la distinction, à la précaution et à la proportionnalité¹¹⁶ ».

Comme souligné dans l'introduction du présent article, il n'existe pas de traité ou de principe du DIH qui interdit spécifiquement l'emploi d'armes nucléaires. Néanmoins, il est difficile de concilier leur emploi avec les règles coutumières du DIH visant à protéger les personnes et les biens civils des effets des opérations militaires, et ce, dans presque toutes les circonstances. Cette conclusion s'applique autant aux armes nucléaires de grande puissance qu'aux armes nucléaires de faible puissance, car toutes causeraient des conséquences graves pour les civils au moment de l'attaque et à plus long terme en raison des effets des radiations et des retombées radioactives sur la santé humaine. Compte tenu de tels effets, il semble raisonnable de conclure que l'utilisation d'une arme nucléaire dans ou près d'une zone peuplée constituerait une attaque indiscriminée.

L'emploi d'armes nucléaires hors d'une zone peuplée est également problématique bien que dans un tel cas le nombre de victimes civiles serait sans doute moindre. Les hypothèses les plus souvent envisagées sont celles de l'emploi d'armes nucléaires contre des navires en mer ou contre des combattants ennemis se trouvant dans le désert ou dans une autre zone isolée¹¹⁷. Il semble logique que ces situations soient évaluées au cas par cas. Tel qu'il ressort clairement de la présente analyse, l'application des principes pertinents du DIH doit tenir compte des conséquences immédiates comme des effets à long terme de l'exposition aux radiations sur la santé des combattants ; de l'impact possible sur l'environnement dans la zone de l'attaque ; et des dangers pour les civils se trouvant en dehors de la zone immédiate de l'attaque en raison du risque et des probabilités que des particules radioactives se diffusent. De plus, les arguments prônant la licéité de l'utilisation d'armes nucléaires dans de tels cas partent souvent de l'hypothèse de l'emploi d'une ogive nucléaire unique et de faible puissance et ne considèrent pas les effets cumulatifs de l'utilisation de plusieurs armes. En effet, si de multiples armes nucléaires devaient être intégrées à l'attaque, leurs effets cumulatifs devraient également être considérés dans l'évaluation préalable.

Une autre préoccupation, bien qu'elle ne soit pas de nature juridique, réside dans le risque d'une escalade nucléaire et de ses conséquences si une ou plusieurs armes à faible puissance étaient utilisées contre un État possédant l'arme nucléaire, tout comme les effets d'un emploi futur si l'absence d'utilisation des armes nucléaires durant les soixante-dix dernières années devait être rompue. En conséquence, les arguments en faveur d'une utilisation licite des armes nucléaires dans ces hypothèses fournissent bien peu d'assurance que les graves conséquences humanitaires de l'emploi d'armes nucléaires ne se reproduiront pas à nouveau.

116 Voir la Résolution 1 adoptée par le Conseil des délégués du Mouvement de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge, décembre 2011.

117 Déclaration du Gouvernement du Royaume-Uni à la C.I.J., *The Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, juin 1995, par. 370 ; Avis consultatif sur les armes nucléaires, *op. cit.* note 4, opinion dissidente du Juge Schwebel, pp. 320-321.

En se fondant sur les conclusions des études approfondies menées sur les conséquences humanitaires et environnementales des armes nucléaires et de leurs effets en miroir du DIH, il semble approprié de suggérer – en plus de la conclusion présentée ci-dessus sur l’emploi d’armes nucléaires dans ou près de zones peuplées – qu’il existe une présomption d’illicéité de l’utilisation de telles armes hors des zones peuplées. En théorie, une telle présomption pourrait être écartée dans certains cas spécifiques.

Toutefois, des cas concrets incluant toute l’information nécessaire pour une évaluation exhaustive des conséquences des armes nucléaires n’ont pas souvent été présentés ou mis à disposition par les États dotés de l’arme nucléaire. Ceci fut souligné par la C.I.J. elle-même dans son avis consultatif sur les armes nucléaires de 1996 et semble être encore le cas aujourd’hui¹¹⁸.

L’emploi possible des armes nucléaires a toujours été une préoccupation mondiale. L’attention accrue donnée à leurs conséquences humanitaires ces dernières années a permis de mettre en lumière leurs effets, graves et à long terme. Cette attention a également soulevé de nouvelles questions quant au statut des armes nucléaires au regard du DIH, ce que le présent article a tenté de clarifier et d’expliquer. Bien que leurs conséquences humanitaires soient mieux connues, les armes nucléaires demeurent des armes dont l’emploi est difficilement conciliable avec les règles actuelles du DIH.

118 Avis consultatif sur les armes nucléaires, *op. cit.* note 4, par. 93.

