

L'utilisation des armes nucléaires et les droits de l'homme

Stuart Casey-Maslen

Le Dr Stuart Casey-Maslen est professeur honoraire à l'Université de Pretoria. Il est co-directeur, avec Gro Nystuen et Annie Golden Bersagel, de *Nuclear Weapons Under International Law*, publié en 2014 par Cambridge University Press. Il a participé à plusieurs conférences diplomatiques visant à l'adoption de traités relatifs aux armes, pour l'UNICEF (le Protocole II annexé à la Convention sur certaines armes classiques, tel que modifié en 1996), pour le CICR (la Convention sur l'interdiction des mines antipersonnel de 1997) et pour *Norwegian People's Aid* (la Convention sur les armes à sous-munitions de 2008) et il a été conseiller juridique de la délégation Suisse lors de la négociation du Traité sur le commerce des armes de 2013.

Résumé

Le droit international des droits de l'homme est demeuré jusqu'à présent un domaine du droit international peu utilisé dans l'évaluation de la licéité des armes nucléaires et le combat pour leur élimination. Il offre un éventail bien plus large de mécanismes de mise en œuvre que le droit international humanitaire (DIH) et renforce, sans aucun doute, les protections accordées aux civils et aux combattants en vertu du DIH, notamment dans le cadre des conflits armés non internationaux. Sont d'une particulière importance, le droit à la vie, le droit à un traitement humain, le droit à la santé et le droit à un environnement sain, ainsi que le droit à un recours pour toutes les violations des droits de l'homme.

Mots clés : droits de l'homme, droit à la vie, traitement humain, recours, compétence, *lex specialis*, radiations, brûlures, nécessité, proportionnalité.

Introduction

L'époque où il était possible d'affirmer que le droit international relatif aux armes – cette branche du droit international, en constante évolution, qui régit le développement, la production, le stockage, les essais, le transfert ainsi que l'emploi d'armes conventionnelles et d'armes de destruction massive – n'était composé que du droit international humanitaire (DIH) et du droit du désarmement, est révolue. Le droit international de l'environnement et surtout le droit international des droits de l'homme s'appliquent également aux armes et à leur contrôle, en particulier à leurs essais, leurs transferts et leur utilisation. Si les essais et le transfert d'armes nucléaires dépassent son cadre strict, cet article soutient que les limites imposées par le droit international des droits de l'homme à l'usage de la force ainsi que la responsabilité encourue en cas d'utilisation illicite (laquelle pourrait inclure toute utilisation future d'armes nucléaires), apportent un complément précieux aux règles du DIH régissant la conduite des hostilités.

Les règles du droit des droits de l'homme relatives à l'usage de la force

Le droit des droits de l'homme régit-il vraiment l'usage de la force ? La réponse à cette question peut sembler évidente pour certains. Il est néanmoins important de réaffirmer sans équivoque, que ce corpus du droit international prévoit des règles strictes et claires à tout usage de la force, tout particulièrement à des fins de maintien de l'ordre. C'est le cas que la force soit utilisée dans le cadre d'un conflit armé ou dans une autre situation de violence. Lorsque l'on n'est pas en présence d'un conflit armé ou que le recours à la force n'est pas lié à un conflit armé, le DIH n'est pas applicable. Ainsi, le droit des droits de l'homme doit pouvoir contrôler efficacement la conduite de l'État dans sa réponse à des actes de violence illicites, qu'il s'agisse d'infractions pénales ordinaires ou d'infractions terroristes¹.

La réglementation relative à l'utilisation de la force en droit international des droits de l'homme comporte deux principes fondamentaux. En premier lieu, toute usage de la force doit seulement se limiter au minimum nécessaire (principe de nécessité). Deuxièmement, l'utilisation de la force doit être proportionnelle à la menace (principe de proportionnalité)². Ces règles sont cumulatives et la violation de l'une d'entre elles signifie que les droits de l'homme (notamment le droit à la vie et/ou le droit à ne pas subir de traitements inhumains) ont été violés. Toutefois, leur mise en œuvre doit demeurer « réaliste » car, en effet, la jurisprudence relative aux droits de l'homme a démontré qu'une « marge d'appréciation » peut être accordée à un État, dans des circonstances exceptionnelles, lorsqu'il est confronté à un attentat

1 Le terme « terroriste » est utilisé ici pour décrire une ou plusieurs attaques commises contre la population générale en vue de provoquer de la terreur et/ou de faire changer une politique gouvernementale.

2 En ce qui concerne l'utilisation intentionnelle de la force létale, elle n'est licite que lorsqu'elle est « absolument inévitable », afin de protéger la vie – c'est ce que le Rapporteur spécial des Nations unies (NU) sur les exécutions extrajudiciaires, sommaires ou arbitraires, Christof Heyns, a nommé le principe de la « protection du droit à la vie ». Voir, p. ex., *Rapport du Rapporteur spécial sur les exécutions extrajudiciaires, sommaires ou arbitraires*, Christof Heyns, doc. NU A/HRC/26/36, 1^{er} avril 2014.

terroriste par exemple³ et doit alors s'efforcer de trouver un juste équilibre entre les impératifs de protection et de sécurité. Toutefois, les règles sont claires et spécifiques tant dans leur contenu normatif que dans leur mise en œuvre pratique. Ce ne sont pas de simples souhaits.

En dehors d'une situation de conflit armé – par exemple lorsque l'État est confronté à des manifestants pacifiques protestant contre le régime en place, ou lorsqu'il fait face à des groupes armés d'opposition, dès lors que la violence n'est ni régulière ni intense et/ou si l'opposition ne s'est pas fédérée en un ou plusieurs « groupes armés organisés⁴ » – toute utilisation d'armes nucléaires par un État sur son propre territoire, violerait incontestablement ces règles. L'emploi de telles armes ne pourrait jamais être qualifié de force minimum nécessaire et, de ce fait, une telle utilisation de la force violerait le droit international des droits de l'homme. Le DIH, à l'évidence, ne serait tout simplement pas applicable.

Heureusement, un tel scénario est plutôt exagéré bien qu'il ne soit pas tout à fait invraisemblable. À cet égard, Ritchie fait référence à la « strongman rhetoric » (rhétorique de l'homme fort [traduction CICR]) du Professeur Colin Gray, expert en politique internationale et en études stratégiques à l'Université de Reading, évoquée en ces termes devant le Comité de défense de la Chambre des communes du Royaume-Uni en 2006 :

Je ne voudrais certainement pas que les terroristes et ceux qui les soutiennent se disent qu'ils peuvent utiliser des armes de destruction massive contre la Grande-Bretagne et nous allons faire de notre mieux pour les faire plier avec nos armes conventionnelles. Ils doivent savoir qu'ils sont en train de s'en prendre à une puissance nucléaire [traduction CICR]⁵.

Indéniablement, l'une des raisons militaires affichées pour conserver et éventuellement utiliser des armes nucléaires – à savoir répondre à une menace ou à une véritable attaque nucléaire émanant d'un groupe terroriste – pourrait même être perçue par ces groupes comme un encouragement supplémentaire à acquérir des matières nucléaires. Provoquer une réponse illicite et un cataclysme pourrait être leur intention délibérée.

Cependant, une hypothèse plus probable réside dans l'emploi d'armes nucléaires dans le cadre de la conduite des hostilités lors d'un conflit armé. Dans ce cas, la situation juridique est plus complexe.

3 Voir, p. ex., Cour européenne des droits de l'homme (CEDH), *Finogenov et autres c. Russie*, requêtes n° 18299/03 et 27311/03, jugement (Première Section), 20 décembre 2011 (tel que rendu au final le 4 juin 2012), par. 213, disponible sur : <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-108231>. (Toutes les références sur Internet ont été vérifiées en juin 2018).

4 Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (TPIY), *Le Procureur c. Dusko Tadić*, affaire n° IT-94-1, arrêt relatif à l'appel de la défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence, 2 octobre 1995, par. 70.

5 Nick Ritchie, *A Nuclear Weapons-Free World: Britain, Trident, and the Challenges Ahead*, Palgrave Macmillan, Basingstoke, 2012, p. 89 ; voir aussi Jerry Miller, *Stockpile: The Story behind 10,000 Strategic Nuclear Weapons*, Naval Institute Press, Annapolis, 2010, pp. 216-217 ; et voir, p. ex., Robert Ayson, « After a Terrorist Nuclear Attack: Envisaging Catalytic Effects », *Studies in Conflict & Terrorism*, vol. 33, n° 7, 2010.

L'application du droit des droits de l'homme à la conduite des hostilités

On peut identifier deux obstacles majeurs à l'application du droit des droits de l'homme à la conduite des hostilités, obstacles qui doivent être abordés avant d'évaluer le contenu substantiel du droit : le premier a trait aux limites géographiques de la compétence du droit des droits de l'homme et le second concerne son champ d'application matériel. Je vais examiner successivement ces deux aspects.

Les limites géographiques de la compétence du droit des droits de l'homme

Un frein susceptible d'empêcher l'application du droit des droits de l'homme à l'utilisation des armes dans un conflit armé, y compris les armes nucléaires, est l'idée selon laquelle la géographie naturelle vient limiter la portée juridictionnelle du droit. Les États-Unis ont été un grand défenseur de cette position, affirmant en particulier, à propos du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (PIDCP), que l'obligation, acceptée par chaque État partie, de « respecter et [de] garantir à tous les individus se trouvant sur leur territoire et relevant de leur compétence les droits reconnus⁶ » signifie que seules les personnes se trouvant sur leur territoire peuvent formellement bénéficier de la protection des droits de l'homme. Le Comité des droits de l'homme a rejeté explicitement cette position, à la fois de manière générale, mais aussi spécifiquement à l'égard des États-Unis⁷.

De plus, la Cour internationale de justice (C.I.J.) a, bien qu'implicitement, rejeté l'extraterritorialité comme un élément qui empêcherait *ipso facto* l'application du droit des droits de l'homme à l'emploi d'armes nucléaires en temps de guerre. En effet, elle relève que : « En principe, le droit de ne pas être arbitrairement privé de la vie vaut aussi pendant des hostilités⁸ ». Ainsi, en jugeant que les droits de l'homme continuaient de s'appliquer à la conduite des hostilités dans les conflits armés et compte tenu du fait que l'avis consultatif de la Cour de 1996 sur la menace de l'emploi ou l'emploi d'armes nucléaires (avis consultatif sur les armes nucléaires) ne portait que sur les situations de conflit armé international⁹, il est possible de conclure que la C.I.J. a accepté l'idée qu'il n'y a pas de limitation juridictionnelle à la portée du

6 Pacte international relatif aux droits civils et politiques (PIDCP), New York, 16 décembre 1966 (entrée en vigueur le 23 mars 1976) 999 RTNU 171, art. 2, par. 1.

7 Voir, p. ex., Comité des droits de l'homme, Observations finales concernant le quatrième rapport périodique des États-Unis d'Amérique, Doc. NU CCPR/C/USA/CO/4, 23 avril 2014, par. 4.

8 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), par. 25.

9 La Cour a affirmé que : « Les termes de la question posée à la Cour par l'Assemblée générale dans la résolution 49/75 K pourraient aussi, en principe, couvrir la menace ou l'emploi d'armes nucléaires par un État à l'intérieur de ses propres frontières. En l'espèce, aucun État n'a cependant traité de cet aspect particulier de la question par écrit ou oralement lors des audiences. La Cour considère qu'elle n'est pas appelée à examiner la question d'un emploi d'armes nucléaires au plan interne. » *Ibid.*, par. 50. Bien sûr, une arme nucléaire pourrait exploser à l'intérieur des frontières d'un État pendant un conflit armé international, mais le scénario bien plus probable est celui du lancement ou du largage de telles armes sur le territoire souverain d'un autre État.

droit international des droits de l'homme, du moins en ce qui concerne l'emploi d'armes nucléaires¹⁰.

Le champ d'application matériel du droit des droits de l'homme

Au cours des décennies précédentes, certains États ont voulu soutenir la position selon laquelle les droits de l'homme ne s'appliquent qu'en temps de paix et non en période de conflit armé. Non seulement cet argument est absurde, mais il a été infirmé par la jurisprudence. L'absurdité de cette position repose globalement sur le fait que les États impliqués dans des conflits armés demeurent obligés de prévenir et de réprimer les crimes de droit commun commis sur leur territoire (au moins en dehors des zones d'hostilités actives entre les parties au conflit) ainsi que sur les autres territoires relevant de leur compétence. De telles opérations de maintien de l'ordre public doivent être clairement effectuées en conformité avec le droit pénal interne et conformément aux obligations de l'État en vertu du droit international des droits de l'homme¹¹ et non avec les règles du DIH beaucoup plus restrictives en matière de distinction et de proportionnalité dans l'attaque.

De plus, tel que l'observe la C.I.J. dans son avis consultatif sur les armes nucléaires de 1996, certains ont soutenu que l'un des traités phares des droits de l'homme, le Pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966, « vise la protection des droits de l'homme en temps de paix, alors que les questions relatives à

10 Certes, la CEDH a adopté une approche nettement différente dans l'affaire *Banković*, estimant que le bombardement aérien d'une station de radio et de télévision serbe par les forces de l'OTAN ne relevait pas de la compétence de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 213 RTNU 222, 4 novembre 1950 (entrée en vigueur le 3 septembre 1953) (Convention européenne des droits de l'homme, CEDH). CEDH, *Banković et autres c. 17 États de l'OTAN*, requête n° 52207/99, Décision relative à la recevabilité (Grande Chambre), 12 décembre 2001, par. 75. Cependant, tel que Louise Doswald-Beck l'a observé, dans l'affaire postérieure *Mansur Pad et autres c. Turquie* concernant le meurtre de personnes en Iran par un hélicoptère turc se trouvant près de la frontière entre les deux États, la CEDH est arrivée à une conclusion différente. En l'espèce, la Cour a déclaré qu'il n'était « pas nécessaire de déterminer l'emplacement exact [traduction CICR] » où les personnes avaient été tuées par les tirs d'hélicoptère ; le fait qu'elles aient été les victimes de la fusillade signifie qu'elles se trouvaient « sous la juridiction de la Turquie à l'époque des faits [traduction CICR] ». Louise Doswald-Beck, « Human Rights Law and Nuclear Weapons », in Gro Nystuen, Stuart Casey-Maslen et Annie Golden Bersagel (dir.), *Nuclear Weapons under International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2014, pp. 440-441, faisant référence à CEDH, *Mansur Pad et autres c. Turquie*, requête n° 60167/00, Décision relative à la recevabilité, 28 juin 2007, par. 54-55.

11 Plus précisément, le droit international du maintien de l'ordre est composé de trois éléments principaux :

- le droit international des droits de l'homme, particulièrement le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité, celui de protester pacifiquement (un droit générique comprenant un certain nombre de droits indépendants), ainsi que le droit d'être protégé contre la torture et autres traitements inhumains ;
- le droit international coutumier, découlant, *inter alia*, des normes de droit pénal, plus spécifiquement du Code de conduite des agents chargés de l'exécution des lois de 1979 et des Principes de base des Nations Unies sur le recours à la force et l'utilisation des armes à feu par les responsables de l'application des lois de 1990 ; et
- les principes généraux du droit, qui reflètent les principes fondamentaux du droit pénal national pour les nations démocratiques.

Pour plus de détails voir Stuart Casey-Maslen (dir.), *Weapons under International Human Rights Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2014.

la privation illicite de la vie au cours d'hostilités sont régies par le droit international applicable dans les conflits armés¹² ». La C.I.J. a écarté cet argument en ces termes :

La Cour observe que la protection offerte par le pacte international relatif aux droits civils et politiques ne cesse pas en temps de guerre, si ce n'est par l'effet de l'article 4 du pacte, qui prévoit qu'il peut être dérogé, en cas de danger public, à certaines des obligations qu'impose cet instrument. Le respect du droit à la vie ne constitue cependant pas une prescription à laquelle il peut être dérogé. En principe, le droit de ne pas être arbitrairement privé de la vie vaut aussi pendant des hostilités¹³.

Par conséquent, la Cour a accepté qu'en principe le droit des droits de l'homme fait partie du *jus in bello*, le droit applicable dans les conflits armés¹⁴. Dès lors, toutes les dispositions du PIDCP pourront potentiellement s'appliquer lors d'un conflit armé, sous réserve de la possibilité de déroger à certaines d'entre elles en cas de danger public exceptionnel¹⁵.

La nature des relations entre le droit des droits de l'homme et le DIH à propos de la conduite des hostilités

S'il est maintenant généralement accepté que le droit des droits de l'homme s'applique à l'utilisation des armes dans une situation de conflit armé, le consensus s'arrête cependant là. En 1996, la C.I.J. a clairement exprimé sa position en 1996 sur la manière dont elle interprète les relations entre le droit des droits de l'homme et le DIH à propos de la conduite des hostilités :

C'est toutefois, en pareil cas, à la *lex specialis* applicable, à savoir le droit applicable dans les conflits armés, conçu pour régir la conduite des hostilités qu'il appartient de déterminer ce qui constitue une privation arbitraire de la vie. Ainsi, c'est uniquement au regard du droit applicable dans les conflits armés, et non au regard des dispositions du pacte lui-même, que l'on pourra dire si tel cas de décès provoqué par l'emploi d'un certain type d'armes au cours d'un conflit armé, doit être considéré comme une privation arbitraire de la vie contraire à l'article 6 du pacte¹⁶.

Ce que la C.I.J. affirme, c'est que l'emploi d'une arme dans le cadre de la conduite des hostilités – du moins dans une situation de conflit armé international – violera

12 Avis consultatif sur les armes nucléaires, *op. cit.* note 8, par. 24.

13 *Ibid.*, par. 25.

14 À ce sujet, voir également C.I.J., Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé, avis consultatif, 9 juillet 2004, *C.I.J. Recueil 2004*, par. 106.

15 L'article 4 du PIDCP dispose : « Dans le cas où un danger public exceptionnel menace l'existence de la nation et est proclamé par un acte officiel, les États parties au présent Pacte peuvent prendre, dans la stricte mesure où la situation l'exige, des mesures dérogeant aux obligations prévues dans le présent Pacte, sous réserve que ces mesures ne soient pas incompatibles avec les autres obligations que leur impose le droit international et qu'elles n'entraînent pas une discrimination fondée uniquement sur la race, la couleur, le sexe, la langue, la religion ou l'origine sociale. »

16 Avis consultatif sur les armes nucléaires, *op. cit.* note 8, par. 25.

le droit des droits de l'homme, seulement si cette utilisation constitue également une violation des règles du DIH. Si l'emploi d'une arme ne transgresse pas le DIH, il ne violera pas non plus le droit des droits de l'homme, puisque le DIH est supposé être une source normative régissant la conduite des hostilités plus spécifique que le droit des droits de l'homme.

Ce recours à la méthode de la *lex specialis derogat legi generali* afin de résoudre un conflit de normes a largement été critiqué. Christian Tomuschat a qualifié la position de la C.I.J. de « vision un peu myope [traduction CICR]¹⁷ » ; William Schabas a décrit l'approche de la Cour comme « au mieux maladroite [traduction CICR]¹⁸ » ; et Noam Lubell l'a considérée comme « une approche sans doute stupide [traduction CICR]¹⁹ ». Marko Milanović a appelé à ce que la *lex specialis* soit « abandonnée en tant que brève explication magique de la relation entre le DIH et le [droit international des droits de l'homme], car elle la brouille bien plus qu'elle ne la clarifie [traduction CICR]²⁰ ». Toutefois, bien que la C.I.J. semble avoir fait machine arrière vis-à-vis de cette position absolutiste dans l'affaire contentieuse de la *République démocratique du Congo c. Ouganda*²¹ et dans la mesure où cette décision ne concernait pas spécifiquement l'utilisation des armes, il est probable que l'opinion exprimée dans son avis consultatif sur les armes nucléaires de 1996 fasse encore autorité en ce qui concerne l'emploi d'armes nucléaires ou d'autres armes dans la conduite des hostilités²².

Si la C.I.J. avait raison dans ses affirmations antérieures, est-ce que cela voudrait dire que le droit des droits de l'homme ne pourrait offrir aucune protection supplémentaire en cas d'une utilisation future des armes nucléaires dans les conflits

- 17 Christian Tomuschat, « The Right to Life – Legal and Political Foundations », in Christian Tomuschat, Evelyne Lagrange et Stefan Oeter (dir.), *The Right to Life*, Brill, Leiden, 2010, p. 11.
- 18 William Schabas, « The Right to Life », in Andrew Clapham et Paola Gaeta (dir.), *Oxford Handbook of International Law in Armed Conflict*, Oxford University Press, Oxford, 2014.
- 19 Noam Lubell, *Extraterritorial Use of Force against Non-State Actors*, Oxford Monographs in International Law, Oxford University Press, Oxford, 2011, p. 240. Plus récemment, en soumettant une demande d'autorisation pour intervenir à titre d'*amicus curiae* devant la CEDH avec la Professeure Françoise Hampson, Lubell a noté que « [l]a référence à la *lex specialis* est inutile, ce qui peut expliquer pourquoi la C.I.J. a décidé de ne pas inclure la dernière phrase dans sa citation du par. 106 de l'avis consultatif dans l'affaire contentieuse suivante [République démocratique du Congo c. Ouganda, discutée ci-dessous]. Bien que, en termes généraux, sa signification soit claire, son sens précis et son application semblent être interprétés différemment par chaque commentateur. L'utilisation de ce terme a embrouillé le débat plutôt que de le clarifier. Il a été conçu pour faire face à une situation différente – une relation verticale entre un régime général et des régimes spécifiques [...] La relation entre DCA/DIH et droit des droits de l'homme comporte un problème différent – la collision horizontale de deux régimes juridiques distincts. L'une n'est pas une forme plus spécifique que l'autre [traduction CICR] ». CEDH, *Georgie c. Russie (II)*, 38263/08, demande d'autorisation pour intervenir à titre d'*amicus curiae* soumise par la Professeure Françoise Hampson et le Professeur Noam Lubell du Centre des droits de l'homme, Université d'Essex, 2014, par. 18.
- 20 Marko Milanović, « Norm Conflicts, International Humanitarian Law and Human Rights Law », in Orna Ben-Naftali (dir.), *Human Rights and International Humanitarian Law*, Collected Courses of the Academy of European Law, vol. 19, n° 1, Oxford University Press, Oxford, 2010, p. 6.
- 21 C.I.J., *Affaire des activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda)*, jugement, 19 décembre 2005, C.I.J., *Recueil 2005*, par. 216.
- 22 Voir, à cet égard, Vera Gowlland-Debbas, « The Right to Life and Genocide: The Court and an International Public Policy », in Laurence Boisson de Chazournes et Philippe Sands (dir.), *International Law, the International Court of Justice and Nuclear Weapons*, Cambridge University Press, Cambridge, 1999.

internationaux ? Pas du tout. Outre le caractère vague du contenu concret des règles essentielles régissant la conduite des hostilités, lorsqu'elles sont effectivement appliquées et telles qu'elles sont présentées ci-après à propos des situations de conflit armé non international, le DIH souffre également du manque criant de mécanismes de mise en œuvre et ce, d'autant plus que le seuil élevé (tant juridique que politique) exigé pour pouvoir poursuivre les crimes de guerre en vertu du droit pénal international, rend la mise en œuvre de la responsabilité pour des violations de cet important corpus juridique tout à fait inadéquate. Heureusement, c'est un domaine où le droit des droits de l'homme est relativement robuste et tant le Conseil des droits de l'homme des Nations unies (NU) (malgré ses défauts) que les organes des traités sur les droits de l'homme et les procédures spéciales, ainsi que les cours régionales des droits de l'homme en Afrique, dans les Amériques et en Europe, peuvent fournir de précieuses occasions d'enquêter sur des violations présumées du droit international. L'un des éléments du droit à la vie réside dans l'obligation d'enquêter et, le cas échéant, de poursuivre²³. Les mécanismes de mise en œuvre du droit des droits de l'homme, comme les cours régionales des droits de l'homme en Afrique, dans les Amériques et en Europe peuvent même conduire, selon la juridiction et les circonstances, à des jugements exigeant une réparation effective dans le but de pleinement se conformer à la mise en œuvre de la responsabilité des États pour de telles violations²⁴.

La notion de droits de l'homme exige, ceci est fondamental, que chaque victime d'une violation des droits de l'homme dispose d'un droit à un recours effectif. Ce droit à un recours et à une réparation appartient au droit coutumier²⁵ et constitue

23 Dans *Kolevi c. Bulgarie*, p. ex., la CEDH déclare que : « L'obligation pour les États de protéger le droit à la vie [...] nécessite implicitement qu'il y ait une enquête officielle et efficace lorsque des individus ont été tués [...] L'enquête doit être efficace dans le sens où elle peut mener à l'établissement de faits pertinents et à l'identification et à la sanction des responsables [...] Bien que l'obligation d'enquêter soit seulement une obligation de moyens et qu'il n'existe pas un droit absolu d'obtenir une poursuite ou une condamnation, toute lacune lors de l'enquête qui porte atteinte à sa capacité d'établir les circonstances de l'affaire ou la personne responsable, est susceptible de ne pas respecter les mesures d'efficacité requises [traduction CICR] ». CEDH, *Kolevi c. Bulgarie*, requête n° 1108/02, jugement (cinquième section), 5 novembre 2009, par. 191, 192.

24 Selon l'article 1 du projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite de 2001, élaboré par la Commission du droit international et transmis par l'Assemblée générale des NU, « [t]out fait internationalement illicite de l'État engage sa responsabilité internationale ». De plus, selon l'article 31 de ce projet d'articles :

1. L'État responsable est tenu de réparer intégralement le préjudice causé par le fait internationalement illicite.
2. Le préjudice comprend tout dommage, tant matériel que moral, résultant du fait internationalement illicite de l'État.

25 En 2001, dans l'affaire *Cantoral Benevides*, par exemple, la Cour interaméricaine des droits de l'homme (CIDH) a déclaré que l'article 63, par. 1 de la Convention américaine relative aux droits de l'homme (CADH), 1144 RTNU 123, 22 novembre 1969 (entrée en vigueur le 18 juillet 1978) (régissant les recours et les réparations), « exprime une règle de droit coutumier qui constitue l'un des principes fondamentaux du droit international contemporain au regard de la responsabilité des États. Lorsqu'un acte illicite imputable à un État est commis, cet État devient immédiatement juridiquement responsable de la violation d'une norme internationale comportant l'obligation de réparer et de mettre un terme aux conséquences de la violation [traduction CICR] ». CIDH, *Affaire Cantoral Benevides*, C. Ser. n° 88 (2001), jugement, 3 décembre 2001, par. 40. Voir aussi, Dinah Shelton, *Remedies in International Human Rights Law*, 2^e édition, Oxford University Press, Oxford, 2005, pp. 27-29, 217.

probablement un principe général du droit²⁶. La Déclaration Universelle des Droits de l'Homme de 1948 envisageait l'exercice du droit à un recours uniquement au regard des procédures nationales²⁷. Aujourd'hui cependant, ce droit a également été intégré dans les traités internationaux²⁸ et régionaux²⁹ relatifs aux droits de l'homme et a clairement été formulé par les différents mécanismes de surveillance et de mise en œuvre établis en vertu de ceux-ci. Les recours collectifs, auxquels on pourrait s'attendre en cas d'utilisation d'armes nucléaires, pourraient nécessiter des procédures exceptionnelles, mais les recours collectifs n'ont rien de nouveau.

Par exemple, bien qu'il ne s'agisse pas d'un organe des droits de l'homme, la commission d'indemnisation des Nations Unies (CINU) instituée pour traiter de la responsabilité financière créée afin de répondre aux obligations financières de l'Irak « du fait de l'invasion et de l'occupation illicite du Koweït » en 1990, illustre comment un organe des droits de l'homme pourrait aborder l'emploi illicite d'armes nucléaires. La CINU a été établie en 1991 en tant qu'organe subsidiaire du Conseil de sécurité des Nations Unies³⁰. La Résolution 687 du Conseil de sécurité réaffirmait déjà, *inter alia*, que l'Irak, « sans préjudice de ses dettes et obligations antérieures au 2 août 1990, qui seront traitées par les voies normales, est responsable, en vertu du droit international, de toute perte, de tout dommage – y compris les atteintes à l'environnement et à la destruction des ressources naturelles [...]»³¹.

La CINU accepta des requêtes de particuliers, d'entreprises et de gouvernements (pour autant que les demandes étaient soumises par des gouvernements), ainsi que celles soumises par des organisations internationales pour le compte de personnes qui n'étaient pas en mesure de voir leurs requêtes introduites par un gouvernement. Plus de 2,6 millions de requêtes furent présentées représentant, au total, plus de 350 milliards de dollars à titre d'indemnisation ; les motifs allaient de préjudices corporels graves à la mort d'un conjoint, d'un parent ou d'un enfant,

26 Voir, p. ex., CIDH, *Velasquez Rodriguez c. Honduras*, C. Ser, n° 7, jugement (réparations), 21 juillet 1989, par. 25.

27 « Toute personne a droit à un recours effectif devant les juridictions nationales compétentes contre les actes violant les droits fondamentaux qui lui sont reconnus par la constitution ou par la loi », Déclaration universelle des droits de l'homme, doc NU. A/810, Paris, 10 décembre 1948, art. 8.

28 Voir, p. ex., PIDCP, *op. cit.* note 6, art. 2 ; Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, 660 RTNU 195, 21 décembre 1965 (entrée en vigueur le 4 janvier 1969), art. 6 ; et Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, 1465 RTNU 85, 10 décembre 1984 (entrée en vigueur le 26 juin 1987) (Convention contre la torture), art. 14.

29 Ainsi, la CEDH (art. 13 et 41), la CADRH (art. 25), la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples de 1981 (art. 7) et la Charte arabe des droits de l'homme de 2004 (art. 12) contiennent toutes le droit à un recours pour les victimes de violations des droits de l'homme. Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, 1520 RTNU 217, Nairobi, 27 juin 1981 (entrée en vigueur le 21 octobre 1986) ; Charte arabe des droits de l'homme, Tunis, 22 mai 2004 (entrée en vigueur le 15 mars 2008), reproduite dans le *Rapport international des droits de l'homme*, vol. 12, 2005, p. 893.

30 CSNU, Rés. 692, 20 mai 1991.

31 CSNU, Rés. 687, 3 avril 1991, par. 16.

résultant de l'invasion et de l'occupation du Koweït par l'Irak³². Au total, 52 milliards de dollars ont été versés aux victimes³³.

En résumé, lorsqu'un acte commis lors de la conduite des hostilités viole le DIH, il est fort probable qu'une violation concordante du droit des droits de l'homme peut, *a minima*, être examinée par un ou plusieurs mécanismes de contrôle³⁴. Dans le cas de l'explosion d'une arme nucléaire, le caractère collectif de possibles requêtes en réparation ne devrait pas être un obstacle insurmontable pour obtenir satisfaction. De surcroît, si l'emploi d'une arme nucléaire relevait non seulement du *in bello*, mais également du *ad bellum*, il serait également possible d'engager une responsabilité distincte et indépendante, fondée sur le droit des droits de l'homme (et aussi, bien sûr, plus généralement sur le droit international public) pour une violation du droit régissant le recours à la force entre États³⁵.

Les droits de l'homme les plus susceptibles d'être violés par l'emploi d'armes nucléaires

Comme l'a relevé Louise Doswald-Beck : « l'effet destructeur immense d'une explosion nucléaire, tout comme les effets radioactifs à long terme, entraîneront vraisemblablement le constat d'une violation de tout ou partie [traduction CICR]³⁶ » de nombreux droits de l'homme. À cet égard, elle cite, entre autres, le droit à la vie, le droit à un traitement humain, le droit à un environnement sain et le droit de jouir du meilleur état de santé physique et mental possible³⁷.

Le droit à la vie

Le droit à la vie est souvent décrit comme « un droit de l'homme fondamental, sans lequel tous les autres droits seraient dépourvus de sens³⁸ ». En principe, le droit à la vie est un droit auquel il n'est pas possible de déroger conformément aux traités

32 CINU, « La Commission d'indemnisation des Nations Unies », disponible sur : www.uncc.ch. Ainsi, tel que l'observe Edda Kristjansdottir, de tels traitements collectifs des réclamations montrent que « lorsqu'il existe une volonté politique et quelques fonds permettant de verser une indemnisation ou de restituer des biens, l'instruction de centaines de milliers, voire de millions, de plaintes dans un laps de temps relativement court est difficile, mais pas insurmontable [traduction CICR] ». Edda Kristjansdottir, « *International Mass Claims Processes and the ICC Trust Fund for Victims* », dans Carla Ferstman, Mariana Goetz et Alan Stephens (dir.), *Reparations for the Victims of Genocide, War Crimes and Crimes against Humanity: System in Place and Systems in the Making*, Martinus Nijhoff, Leiden et Boston, 2009, p. 169. Voir aussi Linda A. Taylor, « *The United Nations Compensation Commission* », in *ibid.*, en particulier p. 213.

33 Voir CINU, « Summary of Awards and Current Staut Payments », disponible sur : www.uncc.ch/summary-awards-and-current-status-payments.

34 Cela dit, il est triste de constater que les faiblesses du DIH au regard de la protection humanitaire sont aggravées par une absence regrettable de mécanismes de conformité.

35 Voir, p. ex., Stuart Casey-Maslen, « *The Right to a Remedy and Reparation for the Use of Nuclear Weapons* », in G. Nystuen, S. Casey-Maslen et A. Golden Bersagel, *op. cit.* note 10, pp. 463-465.

36 L. Doswald-Beck, *op. cit.* note 10, p. 459.

37 *Ibid.*, pp. 444-459.

38 Rapport du Rapporteur spécial, *op. cit.* note 2, par. 42.

relatifs aux droits de l'homme³⁹, ce qui signifie, ainsi que la C.I.J. l'a observé, que le droit de ne pas être arbitrairement privé de la vie s'applique aussi *in toto* pendant des hostilités⁴⁰. Ce droit est à la fois une norme conventionnelle et une norme coutumière et peut même, fondamentalement, constituer une norme impérative de droit international⁴¹.

Aussi, à l'instar d'autres droits de l'homme, l'obligation de respecter, de protéger et d'assurer sa jouissance, le droit à la vie comporte également d'importants aspects procéduraux qui lui sont associés. La Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) a soutenu que cela implique une obligation pour les États d'enquêter sur les violations présumées du droit à la vie :

Combinée avec le devoir général incombant à l'État en vertu de l'article 1 de la [Convention européenne des droits de l'homme] de « reconna[ître] à toute personne relevant de [sa] juridiction les droits et libertés définis [dans] la (...) Convention », l'obligation de protéger le droit à la vie qu'impose cette disposition requiert par implication qu'une forme d'enquête officielle effective soit menée lorsque le recours à la force, notamment par des agents de l'État, a entraîné mort d'homme [...]⁴².

Ceci s'applique que ces violations présumées soient commises lors d'opérations de maintien de l'ordre ou lors d'un conflit armé⁴³.

Évidemment, on ne peut pas raisonnablement s'attendre à ce que les États enquêtent sur toutes les violations présumées du droit à la vie au cours d'un conflit armé. Certaines d'entre elles ne constitueront pas une privation arbitraire de la vie conformément aux règles du DIH relatives à la conduite des hostilités. De plus, tout emploi d'armes nucléaires placerait les enquêteurs devant des « obstacles » majeurs et des difficultés qui « imposeraient sûrement des moyens d'enquête moins efficaces » et qui, fort probablement, au moins au point zéro, diffèreraient l'instruction. Il n'en demeure pas moins qu'une enquête serait tout de même nécessaire et que certaines

39 L'exception qui confirme la règle figure à l'article 15 de la CEDH (« Dérogation en cas d'état d'urgence »). L'article 15, par. 2 dispose : « La disposition précédente n'autorise aucune dérogation à l'article 2 [qui prévoit et protège le droit à la vie], sauf pour le cas de décès résultant d'actes licites de guerre [...] ». Cette exception est limitée aux situations de conflit armé international, puisque les conflits armés non internationaux relèvent de l'article 2, par. 2, lettre c : « pour réprimer, conformément à la loi, [...] une insurrection. » Voir L. Doswald-Beck, *op. cit.* note 10, pp. 447 n. 60 et 451.

40 Avis consultatif sur les armes nucléaires, *op. cit.* note 8, par. 25.

41 Voir Rapport du Rapporteur spécial, *op. cit.* note 2, par. 42.

42 CEDH, *Al-Skeini et autres c. Royaume-Uni*, requête n° 55721/07, jugement (Grande Chambre), 7 juillet 2011, par.163.

43 « [L']obligation procédurale découlant de l'article 2 continue de s'appliquer même si les conditions de sécurité sont difficiles, y compris dans un contexte de conflit armé [...] À l'évidence, il se peut que, si le décès au sujet duquel l'article 2 impose une enquête survient dans un contexte de violences généralisées, de conflit armé ou d'insurrection, les investigateurs rencontrent des obstacles et que [...] des contraintes précises imposent le recours à des mesures d'enquête moins efficaces ou retardent les recherches [...] Il n'en reste pas moins que l'obligation qu'impose l'article 2 de protéger la vie implique l'adoption, même dans des conditions de sécurité difficiles, de toutes les mesures raisonnables, de manière à garantir qu'une enquête effective et indépendante soit conduite sur les violations alléguées du droit à la vie. » *Ibid.*, par. 164. Voir également, p. ex., *Jaloud c. Pays-Bas*, requête n° 47708/08, jugement (Grande Chambre), 20 novembre 2014.

formes d'enquête seraient encore possibles. Personne ne pourrait sérieusement affirmer que l'utilisation d'armes nucléaires ne nécessiterait pas une enquête approfondie conformément au droit international, y compris sous une perspective droits de l'homme.

En substance, le droit à la vie comprend aussi l'obligation de réduire le recours à la force létale lors des opérations étatiques de maintien de l'ordre tant dans la planification des opérations que par une assistance médicale appropriée à toute personne blessée au cours de leur exécution. Il est également clair que la protection accordée par le droit à la vie ne vise pas seulement les cas où la victime est tuée ; des blessures graves résultant d'un recours à la force létale seront également couvertes. Dans l'affaire *Benzer et autres c. Turquie*, qui était relative au bombardement, en 1994, par les forces aériennes turques de deux villages kurdes dans la région sud-est du pays, la CEDH déclara que l'attaque « qui causa des blessures aux trois requérants, avait été très violente et avait provoqué aveuglement la mort de tant de personnes, que la survie miraculeuse de ces trois requérants ne signifie pas pour autant que leur vie n'avait pas été menacée [traduction CICR] ». Dès lors, la Cour concluait que « les risques induits par l'attaque appelaient l'examen de leurs requêtes [traduction CICR] », conformément au droit à la vie tel qu'énoncé par la Convention européenne des droits de l'homme⁴⁴.

La CEDH jugea que le droit à la vie des trois victimes gravement blessées par le bombardement, avait été violé à la fois sur le fond et sur les aspects procéduraux prévus à l'article 2⁴⁵. Cette interprétation large du droit à la vie est tout à fait appropriée dans le cas des armes nucléaires, non seulement parce que ceux qui survivent à l'explosion peuvent mourir plus tard de leurs brûlures et de leurs blessures que celle-ci aura provoquées, mais également parce que ceux se trouvant plus ou moins proches de l'hypocentre de l'explosion, seront aussi exposés à des débris radioactifs, connus sous le nom de retombées radioactives⁴⁶. En effet, comme cela a été souligné, « la différence la plus fondamentale entre les armes nucléaires et les armes conventionnelles est que les premières libèrent des rayons radioactifs au moment de l'explosion [traduction CICR]⁴⁷ ». Les effets des rayonnements sur le corps sont prodromiques, hématologiques, gastro-intestinaux, pulmonaires, cutanés et neuro-vasculaires⁴⁸.

44 CEDH, *Benzer et autres c. Turquie*, requête n° 23502/06, jugement (ancienne Deuxième section), 24 mars 2014, par. 143.

45 *Ibid.*, par. 185.

46 Des retombées radioactives font référence aux particules de matière dans l'air, rendues radioactives lors d'une explosion nucléaire. Certaines de ces particules tombent dans la zone d'explosion et certaines sont soufflées par des vents en altitude sur plusieurs milliers de kilomètres. Quand elles finissent par tomber par terre, on les appelle retombées. Voir, p. ex., Fun Fong, Cham E. Dallas et Lorris G. Cockerham, « In-Depth Medical Management for Nuclear/Radiological/Conventional Terrorism Agents », Présentation *Power Point*, non daté, disponible sur : https://www.powershow.com/view/17e3-NTY4Y/Medical_Effects_of_Nuclear_Weapons_powerpoint_ppt_presentation. Voir également L. Doswald-Beck, *op. cit.* note 10, pp. 450-451.

47 Déclaration du maire de Nagasaki dans le cadre de l'avis consultatif sur les armes nucléaires, *op. cit.* note 8, p. 36, disponible sur : <http://www.icj-cij.org/files/case-related/95/095-19951107-ORA-01-00-BI.pdf>.

48 F. Fong, C. E. Dallas et L. G. Cockerham, *op. cit.* note 46.

Le droit à un traitement humain

Les conséquences sont également importantes au regard du droit à ne pas subir de traitements cruels, inhumains ou dégradants comme l'affirment le PIDCP de 1966⁴⁹, la Convention contre la torture de 1984⁵⁰, ainsi que les trois principaux traités régionaux relatifs aux droits de l'homme⁵¹. Bien que le champ d'application matériel et personnel de ce droit ne soit en aucun cas analogue à l'interdiction coutumière et conventionnelle du DIH relative aux moyens ou méthodes de guerre susceptibles de causer des maux superflus ou des souffrances inutiles, en supposant que les armes nucléaires soient d'une telle nature, cela entraînerait une violation de ce droit. « Les radiations affectent le système immunitaire, ce qui interdit aux blessés de se rétablir de la même manière qu'ils pourraient le faire s'ils avaient été victimes d'armes n'ayant pas cet effet. En plus de provoquer davantage de décès que les autres, ces armes ont pour effet de perpétuer les souffrances [traduction CICR]⁵² ».

En outre, tel que nous le rappelle également Louise Doswald-Beck, au moment de l'explosion d'une arme nucléaire, les personnes peuvent devenir aveugles en regardant l'éclair provoqué par l'explosion et ceux qui ne sont pas tués sur le coup peuvent subir d'horribles brûlures⁵³. Or, il est maintenant reconnu que la vue est notre sens le plus important, représentant peut-être 90 % ou plus de notre capacité sensorielle⁵⁴. Si d'autres sens, comme l'ouïe ou le toucher, peuvent faciliter l'adaptation à une vie différente à la suite d'une cécité, aucun d'eux ne pourra jamais remplacer la vue⁵⁵.

Les brûlures occasionnées par les armes nucléaires peuvent dépasser le troisième degré, lorsque toutes les couches de la peau sont détruites, voire aller jusqu'au quatrième degré, caractérisées par des blessures atteignant les muscles et les os. Les brûlures du troisième et du quatrième degrés peuvent être fatales. Ces brûlures posent un défi considérable d'un point de vue médical, car elles requièrent souvent un traitement spécialisé. Toutes sont inévitables et les conséquences de l'emploi d'armes nucléaires sont donc absolument prévisibles. Dans la majorité des cas, cet emploi sera de ce fait considéré comme une violation du droit à un traitement humain.

49 PIDCP, *op. cit.* note 6, art. 7.

50 Convention contre la torture, *op. cit.* note 28, art. 16.

51 CEDH, *op. cit.* note 10, art. 3 ; CADH, *op. cit.* note 25, art. 5 ; Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, *op. cit.* note 29, art. 5.

52 L. Doswald-Beck, *op. cit.* note 10, p. 452, faisant référence au *US Department of Health and Human Services, Radiation Emergency Medical Management*, « Nuclear Detonation: Weapons, Improvised Nuclear Devices: Categories of Medical Effects », disponible sur : https://www.remm.nlm.gov/nuclear_explosion.htm.

53 L. Doswald-Beck, *op. cit.* note 10, p. 452.

54 R. DeVour, « Possible Psychological and Societal Effects of Sudden Permanent Blindness of Military Personnel Caused by Battlefield Use of Laser Weapons », in Louise Doswald-Beck (dir.), *Blinding Weapons: Reports of the Meetings of Experts Convened by the International Committee of the Red Cross on Battlefield Laser Weapons*, 1989-1991, CICR, Genève, 1993, pp. 47, 52.

55 *Ibid.*

Le droit à un environnement sain

Au-delà du préjudice direct causé aux individus par l'explosion d'une arme nucléaire, l'environnement dans lequel ils vivent peut être sérieusement affecté – et ce de façon quasi définitive. Comme la C.I.J. l'a relevé dans son avis consultatif sur les armes nucléaires de 1996, l'arme nucléaire

est potentiellement d'une nature catastrophique [...] Ces armes ont le pouvoir de détruire toute civilisation, ainsi que l'écosystème tout entier de la planète. Le rayonnement libéré par une explosion nucléaire, aurait des effets préjudiciables sur la santé, l'agriculture, les ressources naturelles et la démographie, et cela sur des espaces considérables [...] Le rayonnement ionisant est susceptible de porter atteinte à l'environnement, à la chaîne alimentaire et à l'écosystème marin dans l'avenir, et de provoquer des tares et des maladies chez les générations futures⁵⁶.

Deux traités régionaux relatifs aux droits de l'homme énoncent expressément le droit à un environnement sain⁵⁷. Plus généralement, le droit de jouir du meilleur état de santé physique et mental possible est inscrit dans un certain nombre de traités relatifs aux droits de l'homme, y compris le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels⁵⁸. Doswald-Beck cite une affaire portée devant la Commission africaine des droits de l'Homme et des peuples qui a conclu à une violation au droit à un environnement sain et à une violation du droit de jouir du meilleur état de santé possible, en raison des dommages majeurs causés à l'environnement du peuple Ogoni par la Compagnie nationale de pétrole du Nigéria travaillant avec la société *Shell Petroleum Development Corporation*⁵⁹. Cette négligence de protection a constitué une violation de l'obligation de l'État de « prendre des mesures raisonnables pour prévenir la pollution et la dégradation écologique⁶⁰ [...] » Pour autant, savoir jusqu'à quel point de telles dispositions pourraient s'appliquer à l'emploi d'armes nucléaires (contrairement, par exemple, aux essais nucléaires), demeure flou.

56 Avis consultatif sur les armes nucléaires, *op. cit.* note 8, par. 35. Voir également Ira Helfand, *Famine nucléaire : Deux milliards de personnes en danger ? Les répercussions mondiales d'une guerre nucléaire régionale, sur l'agriculture, les approvisionnements en nourriture et l'alimentation*, 2^e édition, Association internationale des médecins pour la prévention de la guerre nucléaire, novembre 2013, disponible sur : <http://icanfrance.org/wp-content/uploads/2015/11/Famine-nucl%C3%A9aire.-Deux-milliards-de-personnes-en-danger-FR.pdf>.

57 La Charte africaine des droits de l'homme et des peuples de 1981, *op. cit.* note 29, prévoit à l'article 24 que : « [t]ous les peuples ont droit à un environnement satisfaisant et global, propice à leur développement. » Le Protocole additionnel à la CARDH traitant des droits économiques, sociaux et culturels de 1988 dispose à l'article 11 que « [t]oute personne a le droit de vivre dans un environnement salubre [...] » et requiert des États parties qu'ils « encourag[ent] la protection, la préservation et l'amélioration de l'environnement. » L. Doswald-Beck, *op. cit.* note 10, p. 454.

58 Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, 993 RTNU 3, 16 décembre 1966 (entrée en vigueur le 3 janvier 1976), art. 12.

59 Commission africaine des droits de l'homme et des peuples, *The Social en Economic Rights Action Center and the Center for Economic and Social Rights c. Nigéria*, comm. n° 155/96, décision, 27 octobre 2001, par. 50-54 ; voir L. Doswald-Beck, *op. cit.* note 10, p. 455.

60 *Ibid.*

La conduite des hostilités dans un conflit armé non international

À l'époque actuelle, la plupart des conflits armés sont de caractère non international. Malheureusement, c'est à leur égard que le DIH est relativement peu développé, au moins pour ce qui est du droit conventionnel. En effet, l'article 3 commun aux quatre Conventions de Genève ne régleme pas, d'un commun accord, la conduite des hostilités⁶¹. Le Protocole additionnel II aux Conventions de Genève (PA II)⁶², qui s'applique aux conflits armés non internationaux opposant des États parties à un groupe armé s'opposant au régime en place qui exerce un contrôle effectif sur une partie du territoire⁶³, comprend des dispositions réglemant spécifiquement la conduite des hostilités. Son article 13 dispose :

1. La population civile et les personnes civiles jouissent d'une protection générale contre les dangers résultant d'opérations militaires. En vue de rendre cette protection effective, les règles suivantes seront observées en toutes circonstances.
2. Ni la population civile en tant que telle ni les personnes civiles ne devront être l'objet d'attaques. Sont interdits les actes ou menaces de violence dont le but principal est de répandre la terreur parmi la population civile.
3. Les personnes civiles jouissent de la protection accordée par le présent Titre, sauf si elles participent directement aux hostilités et pendant la durée de cette participation⁶⁴.

On pourrait soutenir que l'emploi d'une arme nucléaire dans une zone peuplée violerait indubitablement le paragraphe 2 : si une arme nucléaire peut être utilisée pour cibler avec un haut degré de précision, en revanche ses effets ne peuvent pas être contrôlés⁶⁵ et son utilisation sèmerait assurément la terreur au sein de la population civile (cependant, il serait également possible d'avancer que cette terreur constitue, en fait, l'objectif principal de l'attaque, plutôt qu'une conséquence prévisible de celle-ci).

61 Voir, p. ex., Nils Melzer, *Guide interprétatif sur la notion de participation directe aux hostilités en droit international humanitaire*, CICR, Genève, 2009, p. 29.

62 Protocole additionnel II aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux, 1125 RTNU 609, 8 juin 1977 (entrée en vigueur le 7 décembre 1978) (PA II). En juillet 2015, 168 États étaient parties au PA II, le plus récent étant la Palestine.

63 L'article 1, par. 1 du PA II dispose que le Protocole s'applique à « tous les conflits armés qui ne sont pas couverts par l'article premier du [Protocole additionnel (I) de 1977] et qui se déroulent sur le territoire d'une Haute Partie contractante entre ses forces armées et des forces armées dissidentes ou des groupes armés organisés qui, sous la conduite d'un commandement responsable, exercent sur une partie de son territoire un contrôle tel qu'il leur permette de mener des opérations militaires continues et concertées et d'appliquer le présent Protocole ».

64 PA II, art. 13.

65 L'article 51, par. 4, lettre c), du 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) prévoit que les attaques sans discrimination sont interdites. « L'expression *attaques sans discrimination* s'entend : c) des attaques dans lesquelles on utilise des méthodes ou moyens de combat dont les effets ne peuvent pas être limités comme le prescrit le présent Protocole; et qui sont, en conséquence [...] propres à frapper indistinctement des objectifs militaires et des personnes civiles ou des biens de caractère civil ». Évidemment, l'application du Protocole à l'utilisation des armes nucléaires est contestée par certains États détenant eux-mêmes des armes nucléaires.

Si la règle (également appelée principe) de proportionnalité dans l'attaque, s'applique probablement à tous les conflits armés en tant que norme coutumière du DIH, conformément à la conclusion de la remarquable étude du Comité international de la Croix-Rouge (CICR) de 2005⁶⁶, on ne trouve cette interdiction ni dans le texte final du PA II, ni dans les dispositions relatives aux conflits armés non internationaux figurant dans le Statut de Rome de 1998 portant création de la Cour pénale internationale⁶⁷. De la même façon, aucune interdiction des attaques dirigées contre tous les biens civils (c'est-à-dire tous les biens qui ne sont pas des objectifs militaires) ne figure expressément dans le PA II, pas plus que de telles attaques constituent un crime de guerre dans les conflits armés non internationaux⁶⁸. Une protection spécifique est toutefois accordée aux biens culturels. Le deuxième protocole de 1999 à la Convention de la Haye pour la protection des biens culturels de 1954 renforce la protection en disposant que les biens culturels ne peuvent faire l'objet d'attaques qu'en cas de nécessité militaire impérieuse et pour autant qu'aucune autre solution soit pratiquement possible⁶⁹. En vertu de l'article 22, ce deuxième protocole est spécifiquement applicable aux conflits armés non internationaux⁷⁰.

Le droit des droits de l'homme a certainement beaucoup à apporter à la protection des civils dans les conflits armés non internationaux. La difficulté à définir qui constitue une cible licite conformément au DIH est en principe bien plus grande que dans un conflit armé international, dans la mesure où les groupes armés opèrent clandestinement lorsqu'ils agissent contre le gouvernement. Alors que dans certains conflits, les membres de groupes armés non étatiques revêtent des uniformes et portent ouvertement les armes, ceci constitue plutôt l'exception qui confirme la règle. Toutefois, le DIH ne fait apparemment aucune distinction entre un conflit armé international et non international pour ce qui est l'application des règles fondamentales relatives à la conduite des hostilités. Le principe de distinction et le principe de proportionnalité dans l'attaque constituent les deux principes les

66 Jean-Marie Henckaerts et Louise Doswald-Beck (dir.), *Droit international humanitaire coutumier*, vol I : *Règles*, Bruylant, 2006, règle 14 : « Il est 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 par rapport à l'avantage militaire concret et direct attendu. »

67 Conformément à l'article 8, 2, b, iv) du Statut de Rome de la Cour pénale internationale, 2187 RTNU 90, 17 juillet 1998 (entré en vigueur le 1 juillet 2002), la CPI a probablement compétence sur les « [v]iolations graves des lois et coutumes applicables aux conflits armés internationaux dans le cadre établi du droit international » incluant « [l]e fait de diriger intentionnellement une attaque en sachant qu'elle causera incidemment des pertes en vies humaines dans la population civile, des blessures aux personnes civiles, des dommages aux biens de caractère civil ou des dommages étendus, durables et graves à l'environnement naturel qui seraient manifestement excessifs par rapport à l'ensemble de l'avantage militaire concret et direct attendu ».

68 *Ibid.*, art. 8, 2, e.

69 Convention de La Haye pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé et son règlement d'exécution, 249 RTNU 240, 14 mai 1954 (entrée en vigueur le 7 août 1956), Deuxième protocole, 26 mars 1999, art. 6. La Convention de La Haye de 1954 exige seulement que les parties à un conflit armé non international respectent les biens culturels.

70 Déjà, selon l'article 16 du PA II, il était interdit de « [c]ommettre tout acte d'hostilité dirigé contre les monuments historiques, les œuvres d'art ou les lieux de culte qui constituent le patrimoine culturel ou spirituel des peuples et de les utiliser à l'appui de l'effort militaire. »

plus fondamentaux⁷¹. Si leur formulation, en tant que règles, est claire et largement incontestée, leur application pratique est extrêmement controversée, comme l'affaire *Gotovina* devant le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (TPIY) l'a trop bien démontré⁷².

Dans l'affaire *Gotovina*, la Chambre de première instance du TPIY a établi que les 4 et 5 août 1995, des unités d'artillerie de l'armée croate avaient tiré des roquettes et des obus d'artillerie sur ce que l'on appelle les « quatre villes » de la Krajina⁷³ et après avoir soigneusement comparé les éléments de preuve sur les zones d'impact sur ces villes et les emplacements des cibles militaires possibles, le Tribunal a conclu que les tirs avaient non seulement visé des objectifs militaires, mais aussi des zones totalement dépourvues de cibles licites. La Chambre a donc conclu que les forces croates avaient considéré ces villes elles-mêmes comme des cibles pour des tirs d'artillerie, estimant de ce fait que les bombardements des villes constituaient une attaque indiscriminée contre les villes et une attaque illicite contre des civils et les biens civils⁷⁴.

Dans son mémoire de première instance, le Procureur affirmait à la fois le caractère illicite de l'attaque et son « effet terrorisant⁷⁵ ». Les défendeurs furent reconnus coupables et le Général Ante Gotovina fut condamné à vingt-quatre ans de prison pour plusieurs crimes contre l'humanité et violations des lois et coutumes de la guerre. Il fit appel de cette décision. À la majorité, la Chambre d'appel du TPIY considéra, à tort selon l'avis du présent auteur, que la Chambre de première instance avait fondé sa décision toute entière sur le fait que les attaques étaient illicites dès lors que tous les obus ou roquettes atterrissant à plus de 200 mètres d'un objectif militaire licite, devaient être considérés comme indiscriminés. À l'unanimité, la Chambre d'appel reconnut qu'une telle norme n'existait pas en DIH⁷⁶. La majorité

71 Les précautions dans l'attaque ne sont pas discutées ici, car le défaut de les respecter ne constitue pas formellement une attaque sans discrimination.

72 La Chambre de première instance a conclu – vraisemblablement de manière incorrecte – que les attaques ont été commises dans le cadre d'un conflit armé international. En effet, il apparaît que l'accusation a implicitement avancé qu'un conflit armé non international était en cours en 1995. « L'intensité du conflit entre ces parties bien organisées [...] a varié, mais était suffisamment élevée pour la distinguer de la guerre dite *patriotique* du *banditisme*, des *insurrections inorganisées* et de *courte durée* ou des *activités terroristes* [traduction CICR] ». TPIY, *Le Procureur c. Gotovina et autres*, Affaire n° IT-06-90, Version publique du mémoire en clôture du Procureur, 2 août 2010, par. 469.

73 Knin, Benkovac, Gračac and Obrovac.

74 Voir Chambres PTIY, « Résumé du jugement de Gotovina et autres », La Haye, 15 avril 2011, p. 3, disponible sur : http://www.icty.org/x/cases/gotovina/tjug/fr/110415_Gotovina_summary_fr.pdf.

75 « Conformément à l'ordre donné par Gotovina [...] les centres peuplés de civils dans la Krajina ont subi des tirs d'artillerie, incluant Knin, Benkovac, Obrovac et Gračac. Dans chacune de ces villes et dans les villages périphériques, les obus et les missiles ont affecté les zones civiles, causant des pertes et des blessures civiles, des dommages aux biens civils et un exode massif de la population civile. Les civils qui furent visés par l'attaque ainsi que des observateurs de nombreuses organisations internationales ont uniformément décrit l'effet terrifiant de l'attaque [traduction CICR] ». TPIY, *Gotovina et autres*, *op. cit.* note 72, par. 484. L'accusation a également cité les rapports de l'armée croate lesquels décrivent que des canons de 130 mm ont été tirés « dans un quartier résidentiel de Knin [traduction CICR] » et « à intervalles irréguliers [...] dans la région de Knin [traduction CICR] ». *Ibid.*, par. 507.

76 TPIY, *Le Procureur c. Gotovina et Markac*, affaire n° IT-06-90-A, jugement (Chambre d'appel), 16 novembre 2012, par. 58-61.

de la Cour ne pouvait pas « exclure la possibilité » que le bombardement visait bien des cibles militaires licites :

Le fait qu'un nombre relativement élevé d'obus soient tombés à plus de 200 mètres des cibles fixes d'artillerie pourrait comprendre une marge d'erreur bien trop importante. Il est également plausible que l'étendue des bombardements sur Knin puisse s'expliquer par l'emplacement dispersé des cibles fixes d'artillerie, entraînant la possibilité d'une marge d'erreur plus élevée [traduction CICR]⁷⁷.

Ceci pourrait soulever une importante question au regard de la protection de la population civile, en particulier dans des villes relativement petites, à l'image de Knin. Dans un *amicus curiae*, d'éminents experts en DIH troublés par la condamnation de Gotovina, ont affirmé que l'évaluation de la licéité des effets d'une attaque devait tenir compte d'un seuil d'erreur acceptable et suggéraient de le fixer à 400 mètres :

En fixant, dans le cas d'espèce, à 400 mètres le seuil permettant d'évaluer les effets de l'attaque, la Chambre d'appel enverra un signal fort pour les conflits armés futurs, selon lequel la responsabilité pénale en cas de décisions de ciblage présumées illicites, ne sera engagée que lorsque tous les éléments de preuve seront véritablement suffisants pour soutenir de telles accusations [traduction CICR]⁷⁸.

La Chambre d'appel n'a pas conclu ainsi. En effet, la Chambre n'est pas parvenue – et c'est pour cela, entre autres, que les deux juges dissidents Agius et Pocar l'ont critiquée si sévèrement, à définir un critère approprié conformément au DIH, comme elle était tenue de le faire selon le mandat conféré au TPIY⁷⁹. Le juge Pocar émit trois principales critiques à l'encontre de ce jugement majoritaire : l'incapacité à définir un critère (et si ce critère devait être mesuré en mètres) ; le fondement d'un critère juridique exact (« La majorité estime-t-elle qu'un critère juridique peut être établi à partir d'une marge d'erreur des armes d'artillerie ? ») ; et les principes juridiques que la Chambre de première instance aurait dû appliquer (« La majorité considère-t-elle que la Chambre de première instance aurait dû, faire reposer son analyse sur les principes du DIH coutumier ? Si oui, à quels principes du DIH la Chambre de première instance aurait-elle dû précisément se référer pour déterminer si l'attaque d'artillerie était licite ? »)⁸⁰.

⁷⁷ *Ibid.*, par. 65.

⁷⁸ TPIY, *Le Procureur c. Gotovina et Markac*, affaire n° IT-06-90-A, Mémoire d'*amicus curiae* déposé et proposé relatif au jugement de la Chambre de première instance du 15 avril 2011 et demandant que la Chambre d'appel reconsidère les conclusions à propos des attaques d'artillerie illicites lors de l'Opération Tempête, 12 janvier 2012, par. 17.

⁷⁹ « En ne déterminant pas le critère juridique exact, la majorité n'a pas corrigé les erreurs juridiques du jugement et ne précise pas le droit que la Chambre de première instance aurait dû appliquer lors de l'évaluation de la licéité d'une attaque dirigée contre des civils et des biens civils. Elle a également omis de déterminer si les attaques d'artillerie contre les quatre villes étaient licites ou non, lors de l'examen des éléments de preuve à la lumière des principes du droit international humanitaire [traduction CICR] ». TPIY, *Gotovina et Markac*, *op. cit.* note 76, opinion dissidente du juge Pocar, par. 13.

⁸⁰ *Ibid.*

Ainsi, l'espoir que l'affaire *Gotovina* devienne le « *Tadić* du droit du ciblage [traduction CICR]⁸¹ » a été tragiquement déçu, laissant à l'état de supposition le seuil de précaution exigé par le DIH en cas d'utilisation de l'artillerie ou de bombardements aériens. Comment, par exemple, une juridiction évaluera aborderait-elle une attaque militaire massive qui emploierait une arme nucléaire « tactique » sur une capitale ? Si la précision et le contrôle des effets exigés par le principe de distinction ne sont pas clairs, quel est alors le niveau de nébulosité de la règle/du principe de proportionnalité ?

Je ne suggère évidemment pas que l'utilisation d'une arme nucléaire dans un conflit armé non international serait licite en vertu du DIH. Mais rien, non plus, ne permet d'affirmer sans réserve qu'elle serait illicite. Le CICR, il faut le reconnaître, a affirmé qu'il était « difficile d'envisager que l'emploi d'armes nucléaires quelles qu'elles soient, puisse être compatible avec le droit international humanitaire⁸² ».

Conclusion

Aussi, quelles sont les perspectives du droit international régissant l'utilisation des armes nucléaires ? Fragmenté, sans doute. Si le droit des droits de l'homme n'interdit pas complètement l'emploi des armes nucléaires, il offre, *a minima*, une perspective raisonnable de mettre en œuvre la responsabilité dans le cas où, Dieu nous en préserve, ces armes seraient à nouveau utilisées. De plus, en dehors des situations de conflit armé, cette branche du droit international interdit clairement leur utilisation. Le degré de protection exigé par le droit des droits de l'homme à l'égard de la vie humaine dans les opérations de police ou militaires de maintien de l'ordre dépasse largement celui exigé par les règles du DIH en vigueur régissant la conduite des hostilités (pour autant que l'on comprenne l'application de ces règles en pratique).

Dans un conflit armé non international, le droit des droits de l'homme irait, je crois, plus loin que le DIH, pour rendre illicite toute utilisation des armes nucléaires (du moins sur terre). Même si une attaque lancée dans une zone peuplée pourrait, d'une façon ou d'une autre, apparaître comme « discriminée », non seulement la catastrophe à court-terme aisément prévisible, mais aussi les conséquences à moyen et à long-terme de l'emploi d'armes nucléaires, en particulier les retombées radioactives et la situation humanitaire qui en résulteraient, porteraient inévitablement atteinte à toute une série de droits de l'homme. Ces limites à l'utilisation de la force constituent encore une « approche réaliste⁸³ », mais elles tiennent compte des

81 PTIY, *Gotovina et Markac*, Mémoire d'*amicus curiae* déposé et proposé, *op. cit.* note 78, par. 2.

82 Voir, p. ex., CICR, « Déclaration du CICR aux Nations Unies sur les armes, 2014 », débat général sur tous les points de l'ordre du jour relatifs au désarmement et à la sécurité internationale, Assemblée générale des NU, 69^e session, 1^{re} Commission, New York, 14 octobre 2014, disponible sur : <https://www.icrc.org/fr/document/declaration-du-cicr-aux-nations-unies-sur-les-armes-2014>.

83 Voir « CICR et Conseil des droits de l'homme : travail complémentaire, respect des différences », déclaration de M. Peter Maurer, Président du CICR, 22^e session du Conseil des droits de l'homme, Genève, 26 février 2013, disponible sur : <https://www.icrc.org/fre/resources/documents/statement/2013/ihl-human-rights-council.htm>.

avancées technologiques en matière d'armement, notamment au regard de la plus grande précision d'exécution offerte par l'armement moderne (réduisant ainsi le besoin d'utiliser des armes à large spectre). Le droit des droits de l'homme garantit que la protection humanitaire s'accroît et qu'elle ne régresse pas, au fil du temps. On peut ainsi dire que la nature statique du DIH tranche nettement avec le dynamisme progressiste des droits de l'homme.