

## L'ARME NUCLEAIRE DEVANT LA COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE

### AS ARMAS NUCLEARES SEGUNDO A CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA

*Laurent Sermet<sup>1</sup>*

#### RÉSUMÉ

La CIJ a été saisie pour la troisième fois de la question de l'arme nucléaire. L'occurrence des deux premières décisions (un arrêt et un avis) a creusé l'embarras de la Cour mondiale, soulignant tant l'impropriété de l'office judiciaire pour résoudre le statut hautement politique de l'arme nucléaire que l'imperfection du droit international. Avec la requête de la République des îles Marshall, la Cour saura-t-elle imposer une obligation conventionnelle et coutumière de désarmement nucléaire aux Etats dotés et ainsi faire cesser le risque, ni plus, ni moins, d'atteinte à la survie de l'humanité?

**MOTS CLÉ:** CIJ; Arme nucléaire; Essais atmosphériques; Usage et menace d'usage; Obligation de désarmement; Article VI TNP; Obligation coutumière.

#### RESUMO

A CIJ foi solicitada pela terceira vez para se manifestar quanto à questão das armas nucleares. Nas duas primeiras decisões (um parecer consultivo e um caso contencioso) a Corte Mundial se viu diante de uma encruzilhada, na qual se ressaltou tanto a impropriedade de um foro jurisdicional internacional para resolver o estatuto altamente político das armas nucleares, quanto às imperfeições do direito internacional no tocante à regulação dessa matéria. Com a petição da República das Ilhas Marshall, surge o questionamento se saberá a Corte impor uma obrigação convencional e costumeira de desarmamento nuclear aos Estados detentores de tais armas, e assim, fazer cessar o risco à própria sobrevivência de humanidade.

**PALAVRAS-CHAVE:** CIJ; arma nuclear; testes atmosféricos; uso e ameaça de uso; obrigação de desarmamento; Artigo VI do TNP; obrigação costumeira.

---

<sup>1</sup> Professeur d'Institut d'études politiques d'Aix-en-Provence, France.

## INTRODUCTION

### *Réaction, arme nucléaire stratégique ou tactique, sûreté et sécurité nucléaires : de quoi parle-t-on ?*

La réaction nucléaire procède de deux formes distinctes. La première génération de réaction nucléaire repose sur la fission des atomes lourds ; la seconde génération est produite par la fusion des atomes légers (bombe H, bombe à hydrogène ou thermonucléaire). L'uranium et le plutonium, qui sont des atomes lourds, se trouvent respectivement dans la nature ou sont fabriqués par l'homme. L'uranium à l'état naturel (Niger, Brésil ...) n'est pas fissile spontanément. Son enrichissement est nécessaire, sachant que l'uranium est composé de trois isotopes et que la part de l'uranium 235, qui est seul l'objet d'enrichissement, ne se trouve dans la nature qu'à hauteur de moins 1 %. Il convient de l'enrichir à hauteur de 4% pour pouvoir procéder à une réaction nucléaire. Un enrichissement de qualité militaire suppose un enrichissement à hauteur de 90%, pour une quantité de 25 kg. Lorsque le Général de Gaulle, Président de la République, lança le programme nucléaire français, il misa sur le plutonium. C'est le plutonium 239 qui est travaillé. 8 kg. suffisent à produire une bombe.

La réaction de fission est multiple : énergie, rayonnement, neutrons qu'il faut canaliser et déchets nucléaires. Par comparaison, l'effet de la réaction nucléaire de fusion est plus propre (pas de neutron, pas de déchet) et plus efficace (plus d'énergie). La matière première nécessaire à la réaction de fusion (l'hydrogène et isotope d'hydrogène) est abondante et répartie également sur la terre.

Historiquement, les Etats-Unis mirent au point le premier programme de fission nucléaire militaire et procédèrent au premier test nucléaire de l'histoire, le 16 juillet 1945 (Trinity), sur leur propre territoire. La première utilisation eut lieu les 6 et 9 août 1945 à Hiroshima et Nagasaki, au Japon, comme arme de guerre. Les bombes furent lâchées à 500 m. de hauteur, afin de produire le maximum d'effets. Elles entraînèrent la mort immédiate de quelques 70.000 personnes, toutes catégories confondues : hommes, femmes, enfants, civils et militaires.

L'arme nucléaire peut être à vocation stratégique et viser des cibles intercontinentales à longue portée (centres industriels / centres de population). Elle suppose un vecteur stratégique (missile). Envisagée comme arme tactique, l'arme nucléaire vise des cibles de courte portée pour frapper des forces conventionnelles. Nombre d'armes nucléaires ne sont pas immédiatement opérationnelles dès lors qu'elles ne sont pas déployées.

La notion de sûreté nucléaire concerne la bonne maîtrise de la réaction nucléaire et de ce qui en dépend (déchets et rayonnement...). La notion de sécurité nucléaire intéresse la protection contre l'appropriation illicite de l'arme nucléaire et les trafics qu'elle suppose, ou encore les accidents ou attentats.

### ***Quelles puissances nucléaires ?***

Une multitude de situations se présente au regard de la détention de l'arme nucléaire. Du point de vue légal, le traité sur la non-prolifération de 1968 distingue les puissances nucléaires *de jure* ou P5 (les Etats-Unis, la Fédération de Russie, la République populaire de Chine, la France, le Royaume-Uni), et les puissances nucléaires *de facto* (Inde, Pakistan, Israël et Corée du Nord). A ces neuf puissances nucléaires, il convient d'ajouter les Etats du seuil, qui disposent d'une capacité technologique qui leur permet d'accéder à la maîtrise de la bombe. L'Iran fait partie des Etats du seuil. La notion d'Etat du seuil est floue car elle implique de considérer la combinaison de plusieurs critères dont : la capacité technologique, la volonté politique, l'aptitude militaire, la participation à la prolifération nucléaire. Il y aurait au Brésil une tentation nucléaire dans laquelle les Présidents Lula et Sarkozy seraient impliqués. Un échange de bons procédés, en raison de l'uranium qui se trouve en Amazonie ? Les Etats repentis du « nucléaire » ont eu accès à l'arme nucléaire et n'en veulent officiellement plus, comme l'Ukraine, qui était une puissance nucléaire sous le régime communiste. Il y a enfin les « démentelants » comme l'Afrique-du-Sud, l'Argentine et officiellement le Brésil.

### ***Quelles doctrines de dissuasion nucléaire ?***

Dès lors qu'une relation causale existe entre l'arme nucléaire et la doctrine de dissuasion (l'inverse étant vrai également) : la doctrine justifie la pérennisation de l'arme nucléaire. Il peut être soutenu que le terme des doctrines nucléaires signerait la fin de l'arme nucléaire. Les doctrines des P5 sont propres à chacun d'entre eux. Des similitudes se dessinent, toutefois, entre les deux Grands, qui détiennent 90 % de l'arsenal nucléaire, et les trois autres puissances nucléaires. L'analyse du discours de dissuasion peut être appréhendé en termes d'hypothèses de recours légitime et de proportionnalité de son usage.

S'agissant des hypothèses de déclenchement de l'arme nucléaire, l'atteinte aux intérêts vitaux de l'Etat apparaît comme une justification commune aux différentes doctrines de dissuasion. Le Royaume-Uni considère que le risque d'une confrontation nucléaire en justifie la possession et l'usage, bien qu'il n'y ait pas de risque particulier à l'indépendance et à l'intégrité britanniques privilégiant un risque potentiel<sup>2</sup>. Pour la France<sup>3</sup>, l'usage de l'arme se justifierait en cas d'atteinte aux « intérêts vitaux » de la Nation, conduisant à établir une relation intime entre sécurité et liberté. Il semblerait que le recours à l'arme ne puisse se justifier que dans une « circonstance extrême de légitime défense », par renvoi à la formule de la Cour internationale de Justice, dans

<sup>2</sup> Etude présentée au Parlement par le Gouvernement lors du renouvellement de la capacité nucléaire britannique, centrée sur les forces océaniques.

<sup>3</sup> Discours du Président de la République française, 19 février 2015.

son avis du 8 juillet 1996 relatif à l'usage et la menace d'usage de l'arme nucléaire. Pour les Etats-Unis<sup>4</sup>, ce sont les atteintes aux intérêts vitaux nationaux et ceux des alliés qui justifient le recours à l'arme nucléaire.

S'agissant de la proportionnalité, le discours se partage entre deux séries de considération : l'usage doit-il rester défensif ou peut-il être préventif ? ; l'usage doit-il rester stratégique ou peut-il être tactique ? Adhérant à la « no first use policy », la France<sup>5</sup> et le Royaume-Uni sont favorables à un usage nucléaire strictement défensif. C'est aussi le cas de la Chine<sup>6</sup>. Mais en 2013, le White Paper chinois n'a pas réitéré la doctrine de la « No first use policy ». Faut-il voir un renoncement par la Chine à sa doctrine défensive ? Si les analystes ne semblent pas le considérer, l'ambiguïté est pendante. La possibilité d'une « First use policy » américaine est envisagée comme possibilité exceptionnelle de recourir à une attaque nucléaire en premier usage. La Fédération de Russie, au moins à deux reprises, a admis pouvoir utiliser l'arme en premier recours. En 1993, le Président Boris Ieltsine avait réservé la possibilité d'utiliser l'arme contre les Etats-Unis et leurs alliés en cas de conflit. En 2000, le Président Wladimir Poutine a réitéré cette position.

Les Etats-Unis et la Fédération de Russie estiment que l'usage peut être tactique et/ou stratégique, contrairement à la position anglaise et à la position française qui considèrent les armes comme relevant de la seule dissuasion stratégique. Les Etats européens qui abritent sur leur sol des armes américaines (Allemagne, Belgique, Italie, Pays-Bas) refusent de considérer les armes comme dotées d'un potentiel tactique et estiment ce positionnement obsolète. Les doctrines de dissuasion, qui sont l'expression de la souveraineté des Etats, peuvent-elles être harmonisées ? La Chine en défend le principe, faute d'un désarmement général et complet, de façon à en sécuriser l'emploi<sup>7</sup>. Trois mesures d'homogénéisation sont préconisées : l'adhésion exclusive à la « No first use policy » ; le renoncement en fait et sous la forme d'un engagement conventionnel à ne pas employer l'arme contre les Etats non dotés et contre les zones exemptes d'armes nucléaires ; l'engagement conventionnel des Etats à ne pas recourir en premier lieu à l'arme nucléaire.

### ***L'arme nucléaire : le débat « intégré »***

Du point de vue du droit, le paradigme est simple : les Etats s'étant engagés à juridiquement à désarmer sur la base de l'article VI du traité sur la non prolifération

---

<sup>4</sup> Communiqué de la Maison blanche, 19 juin 2013.

<sup>5</sup> Discours du Président de la République française, 19 février 2015. Selon la position présidentielle, trois critères régissent l'emploi de l'arme : elle est de nature stratégique ; elle est mobilisable dans des cas de stratégie défensive uniquement et non offensive ; elle ne peut être utilisée contre les Etats non dotés, parties au TNP et qui respectent l'obligation de non-prolifération.

<sup>6</sup> China Defense White Paper, 2010.

<sup>7</sup> Intervention de la Chine, Conseil de Sécurité, Sommet mondial consacré à la non-prolifération et au désarmement, 24 septembre 2009.

de 1968, ils sont tenus d'exécuter de bonne foi leur obligation. La réalité est plus complexe : l'argument juridique n'est que l'un des paramètres que les Etats prennent en compte parmi d'autres et il n'est pas déterminant. Un débat « intégré » ou global est tenu, qui rend compte de l'extrême réticence des Etats à atteindre l'objectif du désarmement. Ce débat peut être synthétisé par trois questions principales.

### *L'arme nucléaire reste-t-elle militairement avantageuse ?*

Raymond Aron avait en 1960 posé les termes du débat, dans le contexte de la guerre froide, d'après lequel la chance de la paix était la crainte de l'arme nucléaire<sup>8</sup>. Mais aujourd'hui, la menace d'Etat à Etat serait faible et l'on peut considérer qu'elle serait sans intérêt militaire envers les nouvelles menaces, comme le terrorisme. Entre un Nord post-nucléaire et un Sud pré-nucléaire, la maintenir serait sans utilité et, précisément, ce serait le moment propice pour y renoncer définitivement. Cette position n'est pas partagée par la doctrine britannique de dissuasion nucléaire, qui retient trois hypothèses de persistance du risque nucléaire : la réapparition d'une menace par un Etat doté ; la menace par un Etat nucléaire émergent ; la menace d'un groupe terroriste soutenu par un Etat nucléaire. L'arme nucléaire peut-elle être utilisée contre des armes conventionnelles ? Pratiquement, oui, évidemment. Du point de vue tactique, la doctrine militaire américaine n'y est pas défavorable. Le débat démocratique est-il possible sur l'avantage militaire de l'arme nucléaire ? Il a lieu en France. Michel Rocard, ancien premier Ministre, faisait valoir que la suppression de l'arme nucléaire ferait gagner au budget de la France 16 milliards d'euros<sup>9</sup>. Paul Quilès, ancien ministre de la défense, invoque un *Mensonge français*<sup>10</sup> et plaide pour qu'un débat démocratique s'engage, l'arme nucléaire étant dépassée : que ne l'a-t-il pas entamé en étant Ministre ... Le débat démocratique a lieu aussi dans les universités américaines<sup>11</sup>.

### *Le poids de l'arme nucléaire est-il financièrement abordable ?*

Un rapport parlementaire français de 2012 donne les chiffres suivants : le coût annuel d'entretien est de 3,5 milliards d'euros et représente 11% du budget de la défense, soit 1,2 % du budget annuel de la France. La conclusion était alors évidente : « *L'avantage de garantir contre toute attaque ne vaut-il pas 1% du budget de la France ?* »<sup>12</sup>. Qui plus est, l'Etat qui possède l'arme nucléaire est maître d'une

<sup>8</sup> R. Aron, Préface, *Stratégie de l'arme nucléaire*, 1960.

<sup>9</sup> Voir aussi , Le Monde, 14 octobre 2009 : « Pour un désarmement nucléaire mondial, seule réponse à la prolifération anarchique, MM. Juppé, Norlain, Richard et Rocard ».

<sup>10</sup> *Nucléaire, Un Mensonge Français*, éd. Charles Leopold Mayer, 2012, 98 p.

<sup>11</sup> Ward Wilson, *Armes nucléaires. Et si elles ne servaient à rien ? Cinq mythes à déconstruire*, 2015, GRIP, 166 pages, avec une préface de Michel Rocard.

<sup>12</sup> Sénat, *Groupe de travail sur l'avenir des forces nucléaires françaises*, Session extraordinaire 2011-12, n°668, 12 juillet 2012.

technologie nucléaire qui lui donne un avantage commercial indéniable dans le cadre de la coopération nucléaire civile. Le même rapport estimait que la France, grâce à son maintien et sa rénovation permanente, disposait d'un savoir-faire au 1<sup>er</sup> rang mondial.

*L'arme nucléaire est-elle, outre un instrument de sécurité, une garantie de puissance ?*

Comparée à l'ensemble des armes, en particulier celles dites de destruction massive, l'arme nucléaire semble avoir un statut singulier et irréductible à aucune autre, qui peut expliquer sa permanence. Même si cela est discuté et combattu, elle assure à son titulaire plus qu'une garantie de sécurité. Elle est aussi un élément de puissance de l'Etat, comme en témoigne la place réservée au sein des Nations unies aux cinq Grands, qui disposent d'une double dérogation à la condition de l'égale souveraineté des Etats : la permanence et le droit de veto au sein de l'instance principale du maintien de la paix et de la sécurité. Le cas de la France témoigne de l'imbrication entre arme nucléaire, sécurité et puissance. Puissance économique moyenne, puissance démographique limitée, la France dispose grâce à son armement d'une place enviable dans le système onusien, sur laquelle se fonde une partie de son entregent diplomatique et qui justifie son engagement militaire en Afrique noire, en Syrie. Le duel diplomatique entre la France et le Brésil en ce qui concerne les déclinaisons possibles de la contrainte pour garantir la responsabilité de protéger en témoigne. Intervention armée pour l'une, dialogue pour l'autre <sup>13</sup>.

Sécurité, puissance, mais aussi bénéfices économiques et commerciaux. Pour toutes ces raisons, l'arme nucléaire apparaît comme l'arme ultime et indépassable, dont le bénéfice militaire est loin de pouvoir expliquer à lui seul l'intérêt nucléaire des Etats. Elle est une arme et un vecteur de politique nationale et commerciale : toutes ces « vertus » compliquent singulièrement l'œuvre du droit.

***La question du désarmement devant les Nations unies : morale humaniste contre réalisme sécuritaire ?***

Faut-il retenir, des débats aux Nations-unies, un éternel double discours ? Le 24 septembre 2009, le Conseil de sécurité tient un débat général sur l'arme nucléaire, à la demande du Président Obama. A cette occasion, le Japon a eu l'opportunité de présenter sa position. L'Etat estime concentrer les raisons historiques, morales et politiques du désarmement. Seul pays à avoir subi le feu nucléaire en raison d'un conflit armé, le Japon en est à sa troisième génération de survivants aux bombes américaines, ayant causé la mort de plus de 200.000 personnes et continuant à produire des effets liés aux radiations néfastes plus de 60 ans après. Pour le Japon, l'argument historique se meut en une position morale de renoncement au nucléaire militaire. Sur

<sup>13</sup> Voir le concept brésilien de la responsabilité de protéger adressé au Conseil de sécurité, le 11 Novembre 2011, A/66/551-S/2011/701.

le plan technique, le Japon a fait le choix du seul nucléaire civil, alors qu'il aurait les capacités technologiques de se doter de l'arme nucléaire s'il le souhaitait (refus d'être qualifié Etat du seuil) et qu'il en aurait toutes les raisons (menaces chinoise et nord-coréenne à ses portes). Sa position morale et son histoire l'en défendent et il entend ne pas céder à la pression de l'effet domino asiatique (armement de la Chine, de l'Inde, du Pakistan, de la Corée du Nord, donc du Japon). Pour ces raisons, le Japon aligne sa position morale sur sa position juridique : il a signé puis ratifié le TNP respectivement en 1970 et 1976 ; il a signé puis ratifié le traité sur l'interdiction complète des essais nucléaires (TICE), respectivement en 1996 et 1997.

Pour le Secrétaire général, au cours de ce débat, l'évidence est que le risque nucléaire existe dès lors que les Etats possèdent l'arme, rendant son usage possible. Le désarmement est, en conséquence, la seule voie réaliste, non utopique, car il « faut » donner tort aux cyniques. Sa feuille de route comporte trois points : faire le point sur le potentiel d'armement des Etats dotés (de jure et de facto) ; mettre au point un nouveau traité sur l'interdiction de la production des matières fissiles et procéder aux ratifications manquantes du TICE de façon à ce qu'il entre en vigueur ; réaliser non-prolifération et désarmement nucléaire qui sont deux mesures allant de pair.

### ***L'arme nucléaire, une question de droit ?***

Si l'on observe que l'arme nucléaire est rattachée au droit de l'Etat souverain d'assurer sa sécurité, son indépendance politique et son territoire, tous les doutes sont permis sur le fait que la question relève de la discipline juridique. Quelles seraient donc les limites proprement juridiques au droit de l'Etat d'assurer sa sécurité ?

A l'inverse, la collectivité des Etats a, elle, intérêt à ce qu'il n'y ait pas un développement infini de l'arme nucléaire, pour de multiples raisons, comme l'équilibre des forces, la sécurité globale, le respect de l'environnement, la survie de l'humanité. C'est cet intérêt politique multiforme, qui conduit à admettre que l'arme nucléaire puisse être considérée comme un enjeu juridique. L'intérêt collectif croise aussi l'intérêt individuel de l'Etat qui, étant en possession de l'arme nucléaire, n'a pas intérêt - sauf à se lancer dans une course sans fin à l'arme nucléaire - à ce qu'elle se propage sur tous les continents, dans tous les pays. Mais cette tension centripète entre intérêts divergents explicite évidemment la faiblesse de la pénétration du droit comme sujétion à l'arme nucléaire.

La faiblesse du droit se mesure au regard de l'encadrement juridique des deux autres armes dites de destruction massive : la Convention de 1972 prévoit la destruction des armes biologiques et la Convention de 1993 pose celle des armes chimiques. Rien de tel pour l'arme nucléaire qui continue à prospérer et à faire l'objet de multiples trafics, « proliférer » est le terme usuel. Mais faiblesse ne veut pas signifier inexistence, comme en témoigne le traité sur la non prolifération de 1968 <sup>14</sup>.

<sup>14</sup> Voir Assemblée nationale, Commission de la défense nationale et des forces armées, *Rapport d'infor-*

De quel intérêt juridique pourrait-il s'agir ? La vocation du droit n'est-elle pas, nécessairement, dans le domaine précis de l'arme nucléaire, d'apporter à celle-ci des limites ? Ne s'agit-il pas ici de recourir à la fonction classique et minimaliste du droit international comme élément de limitation de la souveraineté de l'Etat ?

***L'arme nucléaire confrontée à une relation juridique triangulaire inaboutie : « droit du désarmement », ius in bello et ius ad bellum***

Schématiquement, l'on peut illustrer cette relation inaboutie par le rôle de déliement du *ius ad bellum* face aux contraintes du « droit du désarmement » et du *ius in bello*.

Le « droit du désarmement » est moins formé de principes que de tendances et pratiques juridiques qui font apparaître trois séries de contraintes *in crescendo*, dont, outre la réglementation des conditions d'usage d'une arme et l'interdiction de son usage, la destruction serait le point d'aboutissement. Ces tendances normatives ne suffisent pas à déduire qu'il existerait une juridicité du « droit du désarmement ». Si la pratique des traités bilatéraux américano-russes de désarmement fait apparaître une pratique véritable de réduction du niveau des arsenaux respectifs et, donc, de leur destruction partielle, est-elle la traduction d'une obligation coutumière ? Cette pratique conventionnelle du désarmement, éventuellement voire souvent erratique, entre les deux « principales » puissances nucléaires semble être initiée moins par une contrainte de nature coutumière que par un choix politique, dans lequel les éléments de contexte restent déterminants. Une fois l'engagement consenti, évidemment, quel qu'en soient les racines, il est censé produire ses effets juridiques.

Peut-on dire qu'il existe une réglementation de l'usage de l'arme nucléaire, sous la forme d'un droit commun ? Une réponse négative s'impose. Mais les doctrines de dissuasion, qui sont des positions étatiques unilatérales, et dont la force opératoire est attestée, se rejoignent pour récuser tout emploi inconditionnel. La détermination des conditions d'emploi reste, en revanche, du domaine réservé et souverain de chaque Etat. Ainsi la contrainte du « droit du désarmement », outre qu'elle n'est d'aucune incidence en matière d'interdiction de l'usage, paraît-elle bien faible.

Le *ius in bello* ou droit des conflits armés, dans sa version dite de La Haye, serait-il de nature à consolider l'interdiction de l'emploi de l'arme nucléaire ? « Droit du désarmement » et *ius in bello* ont un point commun : ils cherchent à réglementer l'usage des armes mais ils ne partagent, toutefois, ni les mêmes champs, ni la même applicabilité. Le droit de La Haye pose des restrictions aux méthodes et moyens de combats en période de conflit armé, sans prendre partie sur la légitimité des armes et leur éventuelle destruction, via le truchement de principes fondamentaux (discrimination entre objectifs militaires et biens/personnes civiles / proportionnalité), évidemment

---

*mation sur la prolifération des armes de destruction massive et de leurs vecteurs*, n° 2788, déposé le 7 décembre 2000.



enfreints en cas d'emploi. Le droit de la Haye devrait avoir pour effet, non pour objet, d'interdire le recours à l'arme nucléaire : le mode de combat (l'arme nucléaire) ne devrait-il pas être considéré comme illicite *per se* au regard des méthodes de combat ? Certes, ni sa détention, ni sa destruction ne tombent, stricto sensu, sous l'emprise du *ius in bello*, en l'absence de toute relation d'opposabilité de la notion de conflit armé. Encore que ce point pourrait être discuté : une arme qui n'a aucune vocation d'usage ne devrait-elle pas être détruite ?

S'il en est ainsi c'est parce que les Etats conservent encore une vision très souverainiste de leur sécurité et surtout parce que la gouvernance mondiale de la guerre reste fondamentalement imparfaite. Si la Charte des Nations a innové, en déclarant l'illicéité du droit décentralisé de l'Etat de faire la guerre dans les relations internationales, elle n'a pas rendu illicite la guerre en soi. La Charte a centralisé la décision de recours à la force et l'a attribuée au Conseil de Sécurité mais aucune armée universelle n'a été créée. De fait, armées nationales et armes de toutes catégories prospèrent. De plus, l'article 51 de la Charte a consacré une exception « naturelle » à l'interdiction du recours à la force décentralisé : le droit de légitime défense de chaque Etat. Ainsi, aussi louables que soient les efforts du « droit du désarmement » et du *ius in bello*, respectivement tournés vers la destruction et l'usage de l'arme nucléaire, la persistance du *ius ad bellum* même aménagé via la Charte légitime la récurrence de celle-ci.

Comme l'a signalé, avec clarté, la Cour internationale de justice dans son avis consultatif de 1996, toute question sur la licéité ou l'illicéité de l'arme nucléaire doit tenir compte des caractéristiques uniques de celle-ci, en particulier de sa puissance destructrice, de sa capacité à infliger des souffrances indicibles à l'homme et aux générations à venir <sup>15</sup>: c'est ce à quoi il convient de s'attacher maintenant.

## LA PROBLÉMATIQUE DE L'ADÉQUATION DU FORUM DÉCISIONNEL : DROIT ET POLITIQUE EN DROIT INTERNATIONAL

La question fondamentale que pose le rapport entre la Cour internationale de justice et le désarmement nucléaire peut se comprendre en terme d'adéquation du forum de décision : le prétoire de la Cour est-il le lieu approprié pour décider si l'arme nucléaire est conforme au droit international et, si non, a-t-elle le pouvoir d'enjoindre efficacement les Etats à renoncer à celle-ci<sup>16</sup>?

Introduire cette question en ces termes équivaut à y répondre par la négative, car il est bien évident que la question du désarmement nucléaire est, d'abord et avant

<sup>15</sup> (Avis consultatif, §§ 35-36)

<sup>16</sup> Cette opinion est répandue : « *le caractère de la querelle entre le gouvernement australien et le gouvernement français est celui d'un conflit d'intérêts politiques portant sur une question, les expériences nucléaires, qui n'est qu'un élément non détachable de l'ensemble des problèmes posés par l'existence des armes nucléaires et qui ne peuvent présentement être abordés et réglés que par la négociation* » (op. individuelle du juge Gros, arrêt Essais nucléaires, *Australie contre France*, 20 déc. 1974, Rec. 288).

tout, une question de nature politique. Ce sont aux Etats, et principalement à ceux qui détiennent l'arme, de se mettre autour d'une table diplomatique afin de prendre les mesures qui s'imposent. La réalité du droit international à l'époque actuelle n'a guère changé, depuis 1974, lorsque le juge Gros dénonçait : « *une certaine tendance à saisir le juge de conflits essentiellement politiques pour obtenir un début de législations judiciaires. Si elle se confirmait, elle aboutirait à l'institution sur le plan international du gouvernement des juges ; une telle notion est si contraire aux réalités de la communauté internationale actuelle que le fondement même de la juridiction serait atteint* »<sup>17</sup>.

Cette question appelle en creux une réflexion sur le niveau de cohésion juridique des relations internationales. Le niveau d'intégration des relations internationales par le droit est très faible pour la raison essentielle que l'État, dans le discours et dans la pratique, est parfaitement réticent à placer son action sous l'égide de la règle de droit. Il justifie cette pratique par le recours à la notion de souveraineté, laquelle est reconnue à chaque entité étatique. La doctrine, elle-même, a donné ses lettres de noblesse à cette posture souveraine. La doctrine volontariste explique que l'État, étant précisément ce qu'il est, a le libre choix du droit ainsi que le libre choix du juge. Évidemment, lorsque l'État a fait le choix du droit et du juge, il doit s'y tenir au titre d'un engagement contracté précédemment et de bonne foi. Voilà l'essence du droit international, le sujet est principalement tenu par le contrat et l'acte d'engagement unilatéral et non par la loi ; il bénéficie de la prérogative exorbitante de désigner son juge, comme de celle de ne pas aller en justice. Cette proposition très formaliste est complétée par un substantialisme réel. La souveraineté de l'Etat rattrape les puissantes inégalités qui traversent les membres de la Communauté internationale. La seule égalité entre les Etats est de nature juridique, dès qu'ils bénéficient tous d'une égale souveraineté et d'une égale protection du droit international.

Le recours à la force est emblématique de la notion de souveraineté. Il est logique que l'État ait le droit de défendre et protéger son territoire, sa population, ses intérêts. Il est aussi logique qu'il recherche l'expansion de ces derniers. Le recours à la force dans les relations internationales a été codifié et normalisé avec la charte des Nations unies. Selon celle-ci, les Etats s'abstiennent de recourir à la force dans leurs relations mutuelles. Il ne s'agit pas d'une prohibition, totale et définitive de la force armée, mais d'une réorganisation de l'usage de la force. L'énoncé même de cette interdiction ne vise qu'à protéger les Etats entre eux. Le recours à la force armée dans les relations internes n'est pas une question qui relève du droit international. Le mouvement que la Charte a opéré signifie que l'autorisation de recours à la force est désormais centralisée. Mais ce mécanisme de centralisation, au profit du Conseil de Sécurité, connaît d'évidentes limites, en ce qui concerne son organisation et son fonctionnement. La notion même de maintien de la paix ne fait l'objet d'aucune

---

<sup>17</sup> Opinion individuelle du juge Gros, arrêt Essais nucléaires, *Australie contre France*, 20 déc. 1974, Rec. 297.

définition commune ; les membres permanents n'ont guère d'intérêt partagé. Surtout, le droit de légitime défense, présenté comme un « droit naturel » de l'État, constitue une exception de nature à justifier bien des dérapages. Enfin, il n'y a pas en l'état de droit international de contrôle juridictionnel relatif à la légalité ou l'illégalité du recours à la force. Le cas de recours illicites à la force armée ne sont pas juridiquement sanctionnés.

Si l'on peut fortement douter que la Cour soit le lieu opportun de discussion de l'arme nucléaire, on doit observer qu'elle reste un forum privilégié dès lors qu'elle a été saisie à trois reprises des questions relatives à celle-ci. Elle s'est ainsi prononcée en 1974 sur les essais nucléaires français conduits dans le Pacifique Sud, à la demande de l'Australie et de la Nouvelle-Zélande. Ensuite, en 1996, à la demande de l'Assemblée Générale, elle a rendu un avis sur la légalité de l'utilisation, ou de sa menace, des armes nucléaires. En 2014, elle a été saisie par la République des îles Marshall du manquement des Etats dotés de l'arme nucléaire à leur obligation conventionnelle et / ou coutumière de désarmement. L'affaire, en cours d'instruction, en est au stade de la compétence.

## **L'AFFAIRE DES ESSAIS NUCLÉAIRES ATMOSPHÉRIQUES FRANÇAIS DANS LE PACIFIQUE SUD : QUELLE LICÉITÉ INTERNATIONALE ?**

Cette première affaire concerne la campagne d'essais nucléaires atmosphériques français conduits dans le Pacifique Sud, contestés par deux Etats demandeurs riverains par des moyens analogues, bien que non identiques, conduisant la Cour à rendre deux arrêts, en 1974, et une ordonnance en 1995.

### *1. La disparition de l'objet du différend en raison de l'engagement unilatéral de la France de renoncer aux essais nucléaires : présentation*

Le 20 décembre 1974, la Cour décidait que la demande de l'Australie et de la Nouvelle-Zélande était devenue sans objet dès lors qu'il n'y avait plus d'intérêt à statuer. Cette décision est caractérisée par l'absence de toute discussion au fond des essais nucléaires français dans le Pacifique en raison de l'engagement unilatéral de renonciation aux essais nucléaires. La clôture du contentieux fut inhabituelle, parce qu'elle ne se fonda ni sur une question de compétence, ni sur une question de recevabilité, soulignant l'extrême embarras qu'éprouva la Cour mondiale à connaître de la légalité nucléaire. La décision ne fut pas prise à l'unanimité, mais à neuf voix contre six.

La justification de cette décision est liée à la convergence entre l'objectif final que poursuivaient les deux Etats et l'action de la France : mettre fin aux essais atmosphériques français. Se fondant sur l'existence de plusieurs déclarations publiques faites par la France, en 1974, annonçant l'intention de cesser de procéder à tout essai

une fois la campagne d'essais terminée, la Cour en déduisit que le différent avait disparu, que la demande n'avait plus d'objet et qu'il n'y avait plus rien à juger.

L'intention française, annoncée à plusieurs reprises mais de façon très informelle, a été qualifiée d' « acte unilatéral » de l'État français, dûment considéré comme ayant eu pour effet de créer des obligations juridiques envers son auteur et des droits pour les tiers. Aucune contrepartie, aucune acceptation ultérieure, aucune réaction d'autres Etats, n'était nécessaire pour que la déclaration comportât des effets de droit ou d'obligations. Pour la Cour, le caractère obligatoire de l'engagement unilatéral résultait des termes mêmes des déclarations officielles, il supposait la bonne foi de leur auteur et permettait aux Etats intéressés d'en exiger le respect et, à la Cour, d'être débarrassée de ce fardeau juridictionnel.

Le fait que la France n'eût pas reconnu devoir mettre fin à ses expérimentations atmosphériques en raison d'une règle de droit international n'enlevait rien aux conséquences juridiques de ses déclarations. Le fait que la France ait déserté le prétoire pour ne pas se voir contrainte contre son propre gré (quid du consentement français à la juridiction ?) n'ôtait rien non plus à la portée contraignante des déclarations. La Cour laissa toutefois une porte ouverte dès lors que l'engagement unilatéral français ne concernait que l'action future de l'Etat français. Si le fondement de l'arrêt venait à être mis en cause, quel que soit le terme, le demandeur pourrait réclamer un nouvel examen de la situation en vertu d'une modification de l'engagement unilatéral.

## 2. Réfutation et discussion des deux arrêts de la Cour

Les juges dissidents ont mis en évidence les limites logiques de l'argumentaire de la Cour. Le juge Barwick, de façon assez logique, estima qu'aucune corrélation ne pouvait être faite entre l'engagement volontaire français, consistant à assumer : « *une obligation de comportement sur la cessation effective des expériences atmosphériques et l'absence de nécessité d'une action judiciaire A mon avis ... la Cour ne s'est pas acquittée de son obligation judiciaire de statuer* ».

Pour les juges Onyeama, Dillard, Jimenez de Aréchaga et Sir Humphrey Waldock, le bien-fondé temporel de la décision était en cause ; il aurait été nécessaire que la Cour se prononçât au fond pour répondre à la question de la licéité des : « *essais futurs, mais aussi pour les essais passés, à l'égard desquels le Gouvernement néo-zélandais s'est réservé le droit de tenir le Gouvernement français pour responsable de tout dommage ou de tout préjudice subi. Au nombre de ces essais figureraient assurément ceux qui ont été faits en 1973 et 1974 au mépris de l'ordonnance provisoire de la Cour. La Cour a non seulement l'occasion, mais l'obligation, de se prononcer sur la licéité des expériences qui ont eu lieu puisque, la demande de déclaration d'illicéité s'étendant aux essais atmosphériques effectués dans le passé, des déclarations d'intention visant uniquement les essais qui seraient entrepris à partir de 1975 ne peuvent la priver d'objet* ».

Dans une opinion individuelle, que l'on peut juger péremptoire, le juge Forster accompagnait la décision : « *c'est aux premiers jours, et non point à partir des récentes déclarations françaises que la demande australienne m'est apparue sans objet ; elle l'était, à mon avis, ab initio et radicalement.... Je terminerai en déclarant, clairement, que personnellement je n'ai rien relevé dans les déclarations françaises qui puisse être interprété comme un aveu d'une quelconque violation du droit international positif ; pas plus que je n'y ai vu quoi que ce soit qui ressemblerait à une concession arrachée par l'action judiciaire et impliquant un abandon minime de la souveraineté absolue que la France, comme tout autre état, possède dans le domaine de sa Défense nationale. Pour moi le passage des essais dans l'atmosphère aux essais souterrains arrêtés, venant à point nommé ; et c'est tout* ».

Pour le juge Gros, « inévitablement » favorable à la position française, ce qui faisait défaut dans ce contentieux de la légalité, non de la responsabilité, concernait l'absence d'un droit international de l'interdiction des essais nucléaires : « *pour que les «expériences analogues» du gouvernement français soit un objet de différend que la Cour puisse traiter, il faudrait que, à certains moments de l'histoire du développement des armes nucléaires, ce qui était licite soit devenu illicite. C'est la démonstration de ce changement qui serait nécessaire pour relever le demandeur de la disqualification... il faudrait prouver qu'entre les explosions antérieures à 1963 et les explosions postérieures, la Communauté internationale soit passé du non-droit au droit* ». Plus loin, analysant le traité du 5 août 1963, de Moscou, dit d'interdiction partielle des essais, prohibant les essais d'armes nucléaires dans l'atmosphère, dans l'espace extra-atmosphérique et sous l'eau, il réfutait toute construction doctrinale qui opposerait les règles du statut nucléaire actuel aux Etats nucléaires, dont la France, qui ont refusé d'y adhérer.

Le juge Petren alla dans le même sens : pour lui, la question principale consistait à savoir si les essais atmosphériques étaient régis par des normes de droit international ou s'ils appartenaient au domaine hautement politique où « *les normes internationales de légalité et d'illégalité sont encore en gestation.... L'exemple donné récemment par la Chine, faisant exploser dans l'atmosphère une bombe de grande puissance suffit à démolir la thèse de l'existence actuelle d'une règle de droit international coutumier interdisant les essais nucléaires atmosphériques. Vouloir fermer les yeux devant l'attitude de l'État le plus peuplé du monde témoignerait d'un manque de réalisme*» (op. individuelle, affaires Essais nucléaires, *Australie contre France*, 20 déc. 1974, *Rec.* p. 303 et 306).

### 3. *Le rebondissement de 1995 : l'ordonnance de réexamen de la situation.*

En 1995, le contentieux international entre la Nouvelle-Zélande et la France ressurgit devant la Cour en raison de l'annonce présidentielle faite par le président Chirac selon laquelle la France entendait procéder à une dernière série de huit essais nucléaires dans le Pacifique Sud, à compter de septembre 1995. Se fondant précisément

sur le paragraphe 63 de l'arrêt du 22 décembre 1974, relatif à une « demande d'examen de la situation », la Nouvelle-Zélande estimait que la conduite de nouveaux essais constituerait une violation de ses droits au regard du droit international et que la France ne pourrait pas effectuer de tels essais sans avoir procédé préalablement à une évaluation d'impact environnemental. La reprise des essais n'a pas été jugée comme mettant en cause l'engagement, pris par la France en 1974, de ne plus procéder à des essais nucléaires atmosphériques, dès lors que les essais de 1995 concernaient des essais nucléaires souterrains. Le Président de la Cour, alors Mohamed Bedjaoui, vota en faveur de cette solution toute en pirouette. Le juge Koroma exprima, lui, dans son opinion dissidente son opposition à une telle facilité de raisonnement : « *la cour aurait dû prendre connaissance de la tendance du droit à interdire les essais nucléaires ayant des effets radioactifs sur l'environnement et que si l'arrêt (de 1974) traitait des retombées radioactives résultant des essais atmosphériques, la requête la Nouvelle-Zélande portait sur les essais nucléaires dans la région du Pacifique Sud* ».

### **L'AVIS DE 1996 SUR LA COMPATIBILITÉ DE LA MENACE OU L'USAGE DE L'ARME NUCLÉAIRE AU DROIT INTERNATIONAL**

En 1996, à la suite d'une demande d'avis consultatif, présentée par l'Assemblée générale la Cour s'est prononcée sur la question de la licéité de l'utilisation des armes nucléaires. L'objet même de cet avis consultatif, rendu le 8 juillet 1996, ne posait pas une question de désarmement nucléaire mais d'usage de l'arme. Une fois de plus, la Cour a été placée devant le dilemme de la meilleure articulation possible entre droit et politique<sup>18</sup>. Cet avis consultatif, au final décevant, n'a pas fait évoluer la cause de l'illicéité de l'usage de l'arme nucléaire. Plus encore, cet avis est surprenant parce qu'il se présente comme un cas, très rare devant le juge, d'indécision judiciaire, mais pas de déni de justice, comme nous le montrerons. Un parallèle peut être dressé entre la surprenante décision de 1974, conduisant à déclarer la requête sans objet, pour le futur mais pas pour le passé, et l'étonnant avis consultatif de 1996, qui ne tranche pas le point de savoir si l'usage ou la menace d'usage de l'arme nucléaire est ou n'est pas conforme au droit international.

La procédure de décision qui a été suivie, au cours de l'adoption de l'avis consultatif, n'a pas été habituelle. En effet, au lieu d'être composée des 15 juges, la formation de jugement de la Cour - en raison du décès de l'un des juges en cours de délibération - ne fut composée au final que de 14 membres. Or, le point central, soit le point E. du dispositif, a montré l'extrême tension entre les juges puisqu'il a été adopté, à sept voix contre sept autres voix, grâce à la voix prépondérante du président Mohamed Bedjaoui, celui-là même qui avait accompagné un an plus tôt l'ordonnance

---

<sup>18</sup> T. Christakis et M.-P. Lanfranchi, *De maximis non curat praetor : la licéité de l'emploi d'armes nucléaires devant la CIJ - analyse et documents*, *Economica*, 1997, 328 p.

au terme de laquelle la demande néo-zélandaise, dirigée contre la reprise des essais souterrains français, fut déclarée irrecevable.

Dans cette très importante affaire, la Cour a été amenée à dégager l'existence et le sens du droit international, conventionnel et coutumier, en matière d'usage d'armes nucléaires. La Cour a envisagé l'opposabilité du droit international des conflits armés et celle du droit de recours à la force armée aux armes nucléaires, respectivement *jus in bello* et *jus ad bellum*. Ces deux branches de droit se rejoignent dans la mesure où elles envisagent, de façon emblématique mais imparfaite, l'usage de l'arme nucléaire, non son existence. La Cour s'est engagée sur le terrain du droit du désarmement en prenant en compte l'article VI du traité de non-prolifération nucléaire, 1968.

C'est dire si cet avis, malgré toutes les critiques justifiées que l'on peut lui adresser, constitue une contribution doctrinale considérable. Mais si l'on devait apprécier le sens de l'avis, ce serait pour dire qu'il représente l'état –relativement dramatique – du droit international contemporain.

### *1. Le droit international prend-il parti contre l'usage ou la menace de l'usage de l'arme nucléaire ?*

Pour la Cour, le droit international coutumier ou conventionnel ni n'autorise spécifiquement l'arme nucléaire, ni ne comporte d'interdiction complète et universelle de celle-ci. Cette conclusion ressort de l'analyse des règles de droit international propres à l'arme nucléaire, à son usage ou à sa menace d'usage. Par ailleurs, si le droit international contemporain propre aux armes de destruction massive a conduit à déclarer illicites certaines armes (armes bactériologiques et armes chimiques), sur la base de traités spécifiques, aucune règle générale semblable ne peut être transposée à l'arme nucléaire.

Les traités qui portent sur l'acquisition, la fabrication, la possession, le déploiement et la mise à l'essai d'armes nucléaires, s'ils peuvent être perçus au mieux comme annonceurs d'une interdiction générale, celle-ci n'est que future. Parties au traité de non prolifération, prorogé indéfiniment en 1995, les Etats légalement dotés se sont réservés le droit de recourir aux armes en certaines circonstances, contrastant effectivement avec l'attitude d'un certain nombre d'Etats non dotés résolument engagés à ne pas employer d'armes nucléaires dans certaines zones (Traité de zone exempte d'armes nucléaires), zones décidées avec les soutiens des Etats dotés. La conclusion est alors simple : il n'y a pas d'interdiction générale des armes nucléaires soutenue par le droit conventionnel.

Poursuivant son raisonnement sur le terrain du droit coutumier, la Cour a estimé que la profonde division des membres de la communauté internationale, durant les 50 dernières années, sur le point de savoir si le recours aux armes nucléaires était illicite, exprimait l'absence de toute *opinio juris*. Si l'Assemblée générale a adopté, de façon régulière et annuelle, des résolutions enjoignant les Etats à conclure une convention

d'interdiction d'emploi de l'arme nucléaire en toutes circonstances, il s'agit là de : « *l'apparition, en tant que lex lata, d'une règle coutumière prohibant spécifiquement et directement l'emploi des armes nucléaires en tant que telles qui se heurte aux tensions une **opinio juris** naissante et une adhésion encore forte à la pratique de la dissuasion* ». Cette conclusion, que l'on peut considérer comme un ni, ni, (ni n'autorise, ni n'interdit) et qui se présente comme un parfait instantané photographique, est atteinte à raison d'un partage de voix de 11 contre 3.

2. *L'interdiction du recours à la force dans les relations internationales ne justifie-t-elle pas l'interdiction de l'usage de l'arme nucléaire ?*

Sur ce point, la Cour se positionne à l'unanimité. Tout usage qui serait contraire à l'article 2, paragraphe 4, de la charte des Nations unies (interdiction du recours à la force) et qui ne satisfèrait pas à toutes les prescriptions de l'article 51 (droit de légitime défense) « est » illicite. L'emploi du temps présent signifie que la Cour énonce une règle prescriptive dont on comprend les limites. L'usage contraire à l'article 2, paragraphe 4, de la Charte n'équivaut pas à une interdiction générale et complète de l'arme nucléaire et n'est pas propre à celle-ci. De surcroît, il reste possible de justifier l'arme nucléaire en cas de légitime défense. On peut du reste penser que l'exception de légitime défense justifie l'existence pérenne de l'arme nucléaire.

3. *Le droit international humanitaire ne justifie-t-il pas, plus clairement et plus directement, l'interdiction absolue d'usage de l'arme nucléaire ?*

La réponse devrait être évidemment affirmative par référence aux principes fondamentaux du droit humanitaire : obligation de discriminer entre les objectifs militaires et les cibles civiles ; obligation de recourir en toutes circonstances à un usage proportionné de la force, qui implique que les Etats n'ont pas un choix illimité quant aux armes qu'ils emploient. Dans ces deux hypothèses, il est clair que l'arme nucléaire ni ne discrimine, ni ne proportionne. Dans ses prémisses, la Cour partage le sens à donner aux «principes cardinaux du droit humanitaire». S'interrogeant sur la nature de ces principes, elle estime que : « *la communauté internationale dispose d'un corps de règles conventionnelles qui étaient déjà devenues coutumières dans leur grande majorité et qui correspondent aux principes humanitaires les plus universellement reconnus* ». La Cour accepte de considérer que, bien que les armes nucléaires soient apparues et se soient développées après la formation de la plupart des principes et des règles de droit humanitaire et que celles-ci soient radicalement différentes des armes classiques, l'opposabilité du droit humanitaire peut leur être déclarée. La Cour devrait alors, logiquement, en déduire et au temps présent que le droit international des conflits armés rend la menace ou l'emploi de l'arme nucléaire illicite. Or, elle ne formule cette illicéité qu'au conditionnel : « *la menace ou l'emploi d'armes nucléaires*



*serait généralement contraire aux règles du droit international applicable les conflits armés et spécialement aux principes et règles du droit humanitaire*». Cette première partie du dispositif E. est adoptée à sept voix contre sept.

Là aussi on comprend les limites du raisonnement de la Cour. D'un côté, le *jus ad bellum* considère l'usage de l'arme nucléaire illicite, à la condition de ne pas respecter les prescriptions de la Charte ; d'un autre côté, le *jus in bello* rend par principe illicite l'usage de l'arme nucléaire mais cette proposition n'est présentée qu'au conditionnel. Cette temporalité éventuelle dont la conditionnalité n'est pas définie abaisse nettement le niveau de prescription juridique attachée à cette interdiction.

#### *4. Consécration d'une exception licite à l'interdiction du recours à la force de l'arme nucléaire ou déni de justice ?*

La seconde partie du point E. du dispositif constitue, en quelque sorte, l'apothéose du raisonnement de l'avis consultatif. Deux lectures en sont possibles.

La première s'inscrit fondamentalement dans le raisonnement juridique, dans le sens où après avoir dégagé un principe (celui de l'interdiction conditionnelle de l'usage de l'arme nucléaire pour non-respect du droit humanitaire), la Cour consacre en parallèle une exception à ce principe. Celle-ci se formule de la façon suivante, l'usage demeure justifié : « *par une circonstance extrême de légitime défense dans laquelle la survie même d'un Etat serait en cause* ». En cela, la Cour défend une vision stato-centrée de la survie, assez dérangeante puisqu'un Etat n'existe que par et pour sa population, non pas par lui-même, et qu'il n'est pas la forme indépassable de l'organisation sociale. Cette exception peut se comprendre comme le point de rencontre frontal entre deux logiques juridiques dont la compatibilité reste encore bien insatisfaisante. L'énoncé du principe trouve sa base dans les règles du droit humanitaire – selon lequel l'usage « serait » illicite – alors que l'exception trouve sa justification dans le droit de légitime défense, certes réduit de façon spectaculaire à la situation de « circonstance extrême ». On peut en déduire que l'exception, ainsi présentée, est une réalité alors que le principe n'est qu'une possibilité. Le rapport entre le principe et l'exception est ainsi mis à mal par l'ampleur de l'exception. Plus qu'une exception, la référence aux circonstances extrêmes de légitime défense n'est-elle pas l'expression d'une dérogation, soit la négation du droit ?

Mais il faut aller plus loin dans la lecture de la seconde partie du point E. du dispositif. En effet, la Cour a surtout dit être dans l'incapacité de déterminer s'il existe ou non, en droit et en fait, une circonstance extrême de légitime défense. On pourrait en première analyse considérer qu'il s'agit d'un déni de justice. Ce n'est pas le cas : c'est en effet une décision qui s'explique par la forte tension décisionnelle. Il est dans ces conditions plus approprié de parler d'une décision volontaire d'incertitude, adoptée à sept voix contre sept, grâce à la voix prépondérante du président.

Faut-il se réjouir ou déplorer cette position ? Dans le jeu de pouvoir qui s'est installé au sein de la Cour, il faut comprendre que ce qui l'emporte c'est l'indécision

sur l'existence d'une exception licite à l'interdiction de l'usage de l'arme nucléaire. On peut le dire autrement. Le Président Bedjaoui, usant de sa prérogative présidentielle, a favorisé une position selon laquelle le droit international ne consacre pas, en l'état, une quelconque exception ou dérogation de légitime défense, mais dont on ne peut pas dire avec la clarté qui s'imposerait qu'elle n'est absolument pas reconnue par le droit international.

Sans cet artifice de procédure, la Cour aurait véritablement été dans une impossibilité de trancher le différend. On sent bien qu'il s'agit d'une victoire à la Pyrrhus car elle est acquise dans des conditions particulièrement discutables et fragiles. Si jamais il faut se réjouir de la décision, c'est au motif qu'il n'y a pas de certitude, en l'état du droit, au vu des éléments de fait, relative à la consécration d'une exception de légitime défense.

*5. L'obligation de négocier un désarmement nucléaire général et complet : une sortie par le haut ?*

Le point F. est le point final du dispositif. Il représente, à nos yeux, une sorte de tentative, intéressante mais inaboutie, de « rédemption » des juges. La Cour a estimé, à l'unanimité, que : « *il existe une obligation de poursuivre de bonne foi et de mener à terme de négociations conduisant au désarmement nucléaire dans tous ses aspects, sous un contrôle international strict et efficace* ». Toutes les ambiguïtés précédentes seraient-elles ainsi levées ? Comment ne pas déceler une contradiction entre l'impossibilité d'interdire clairement l'usage et la déclaration d'un engagement à désarmer ? On comprend que l'avis consultatif comporte un raisonnement à facettes multiples. Pour la Cour, la double obligation, négocier et conclure, concerne les 182 Etats parties au TNP mais toute recherche réaliste d'un désarmement général et complet nécessite la coopération de tous les Etats, les Etats *de jure* et *de facto*.

Dans sa déclaration, le président Bedjaoui considérait que cette double obligation générale avait une nature *erga omnes* et possédait une valeur coutumière. Il ajoutait aussi que l'on ferait preuve d'imprudence en plaçant sans hésitation la survie de l'Etat au-dessus de la survie de l'humanité elle-même. Preuve récurrente de la tension existant au sein de la Cour, le vice-président Schwebel était en opposition frontale avec son Président. Pour lui, la conclusion de la Cour selon laquelle la menace ou l'emploi des armes nucléaires serait « généralement » contraire aux règles du droit international applicables dans les conflits armés, ne serait pas déraisonnable (malgré son vote défavorable). Analysant les pratiques étatiques relatives à la dissuasion nucléaire, il notait que celles-ci n'émanaient pas d'un objecteur persistant isolé et secondaire mais des membres permanents du Conseil de sécurité, soutenus par un nombre considérable d'États qui, pris ensemble, représenteraient l'essentiel de la puissance mondiale et une grande partie la population du globe. Quant au dispositif final, il ne pourrait s'agir que d'un *obiter dictum*, soit une préconisation sans portée juridique, dès lors que même

adopté à l'unanimité il n'avait donné lieu à aucune discussion par les Etats, devant la Cour, et qu'il était sans lien de surcroît avec l'objet de la contestation : un *obiter dictum ultra petita*. En conséquence, l'énoncé du point F. ne serait que déclaratoire et aucune obligation, de nature coutumière, ne pourrait obliger les Etats à négocier et à conclure un désarmement général et complet.

La discussion sur la juridicité du point F. est intéressante sur le plan de la logique juridique, car elle montre que le constat juridictionnel de l'unanimité n'est pas la preuve d'une construction juridique homogène et acceptée sans réserve et que des enjeux sous-jacents peuvent demeurer. Il s'agit-là d'un débat distinct de celui de l'autorité même des avis consultatifs, que le juge Shahabuddeen avait qualifiée dans une opinion doctrinale d'équivalente à celle des arrêts de la Cour <sup>19</sup>.

## 6. Conclusion

Que faut-il finalement déduire de cet avis consultatif ? Nous évoquons en introduisant la discussion la déception qui en émane, réduisant la Cour à un rôle de lanceur d'alerte envoyée aux Etats, constatant l'indécision du droit ainsi que sa propre impuissance à dépasser ses divisions. C'est une vision très basique du droit international, parfaitement conservatrice de l'ordre existant, qui a prévalu. L'opinion dissidente du juge Werramantry est, à cet égard, lumineuse car elle refuse une vision strictement comptable du droit international qui varie seulement au regard des *opinio juris* étatiques. Il conviendrait de corriger celles-ci par la raison : aucun système juridique crédible ne saurait comporter une règle légitimant la possible destruction de la civilisation dans son entier ; une telle règle ne saurait figurer dans aucun système juridique raisonnable, comme prétend l'être le droit international.

## LE MANQUEMENT À L'OBLIGATION DE DÉSARMEMENT NUCLÉAIRE : LA REQUÊTE PENDANTE DE LA RIM

Le 24 avril 2014, la République des îles Marshall a porté devant la Cour une requête contre les 9 Etats détenteurs de l'arme nucléaire, dont cinq légalement dotés au sens du Traité de non-prolifération, par ailleurs membres permanents du conseil de sécurité. Quatre Etats supplémentaires sont concernés par la requête : non parties au Traité de 1968, États dotés de facto, il s'agit de la Corée du Nord, dont le retrait du traité est contesté, de l'Inde, d'Israël et du Pakistan.

S'il convient de justifier l'intérêt pour agir de la République des îles Marshall, ce peut être pour des motifs de santé publique. Sous juridiction américaine après avoir été envahies durant la seconde guerre mondiale <sup>20</sup>, les îles ont subi, de 1946 à 1958, 67 essais

<sup>19</sup> M. Shahabuddeen, *Precedent in the World Court*, Grotius Publications, Cambridge University Press, Cambridge, 1996, p. 171.

<sup>20</sup> La tutelle américaine a pris effet dans les îles de Micronésie et du Pacifique occidental de 1947 à 1986. En

nucléaires, selon une fréquence moyenne de cinq à six essais par an, dont le fameux essai Bravo sur l'atoll de Bikini en 1954. La préoccupation sanitaire internationale de la République des îles Marshall est ancienne et incontestable. Dans une déclaration de 2006, elle soulignait les conséquences des radiations nucléaires et demandait une évaluation scientifique consensuelle relative aux effets sociaux et environnementaux des essais américains. En 2013, lors du débat général de l'Assemblée, le représentant de l'Etat avait posé que les tests nucléaires ne constituaient pas un événement historique mais un héritage international ayant un impact sur les générations actuelles et les générations futures. La responsabilité des Etats-Unis ainsi que celle des Nations unies, en raison de l'autorisation de l'acte de tutelle, était avancée. La requête poursuit évidemment un motif politique : se servir de l'arène juridictionnelle de la Cour pour provoquer une avancée en matière de désarmement nucléaire moins rétrospective que prospective. Du reste, quelques années auparavant les îles Marshall avaient pensé saisir la Cour sur les conséquences du changement climatique.

En l'état actuel, la procédure a atteint le stade de la compétence, comme une étape autonome et préalable à l'examen du litige au fond<sup>21</sup>. Etant donné que sur les 9 Etats requis par la RIM, 3 d'entre eux seulement ont déposé une clause de reconnaissance de compétence juridictionnelle, le différend ne concernera pas les 6 autres Etats (4 Etats de jure : Etats-Unis, Fédération de Russie, République française et République populaire de Chine et 2 Etats de facto : Corée du Nord, Israël). L'objet principal vise à faire dire à la Cour qu'il y a un manquement à l'obligation générale de désarmement. Le moyen est fondé, en ce qui concerne l'Inde et le Pakistan, non parties au TNP, sur la violation de la règle de l'article VI du TNP dont la RIM devra établir qu'elle s'est transformée en une obligation coutumière *erga omnes*, ce qui est un moyen particulièrement lourd à démontrer. Il est fondé en ce qui concerne le Royaume-Uni, partie au TNP, sur la violation de l'article VI et aussi, pour autant que ce soit le cas, sur l'obligation coutumière de désarmement nucléaire. Pour tenir compte de la *summa divisio* procédurale devant la Cour, seuls sont discutés à ce stade les arguments de compétence. Les audiences publiques sur la compétence ont été closes, les 8 et 16 mars 2016.

Si l'étanchéité entre compétence et fond se conçoit, intellectuellement et pratiquement, il est délicat de séparer parfaitement l'opposition entre compétence et fond, qui devient une opposition plus vague que nette en pratique. Ainsi bien que la procédure ne soit guère avancée, un certain nombre d'arguments a été discuté qui amorcent le débat de fond. Trois d'entre eux peuvent être présentés.

---

1979, la RIM obtenait le droit de l'autodétermination constitutionnelle et en 1986 un accord d'association était passé entre les Etats-Unis et les îles Marshall. À cette date les îles de Micronésie furent éclatées en trois Etats : les états fédérés Micronésie, Palau, la RIM. C'est en 1991 que celle-ci accède aux Nations unies.

<sup>21</sup> Voir sur la *summa divisio* en droit international entre compétence et fond : CIJ, 4 décembre 1998, *Compétence en matière de pêcheries, Espagne contre Canada*, § 55.

### 1. Le statut coutumier de l'obligation de désarmement nucléaire : la discussion entre l'Inde et la RIM

La question du statut coutumier de l'obligation de désarmement illustre parfaitement une question relevant du fond et non de la compétence<sup>22</sup>. Pourtant, elle a été discutée tant par la RIM que par l'Inde. Pour cette dernière, l'obligation de désarmement ne peut lui être opposée dès lors qu'elle a constamment réitéré sa volonté de ne pas devenir partie au TNP et, en conséquence logique, aucune obligation claire et bien définie de droit coutumier ne peut en découler, « *sauf à nuire gravement à la souveraineté des Etats* »<sup>23</sup>. Pour la RIM, le parfaitement respectable principe *res inter alios acta* n'empêche pas un Etat de devenir contraint par une obligation parallèle et coutumière, qui est en même temps équivalente et séparée, comme l'est la règle de l'article VI TNP<sup>24</sup>. Ainsi même si la détermination précise de la règle coutumière et le respect de celle-ci par l'Etat défendeur relèvent bien de questions de fond, non de compétence, ces considérations n'empêchent pas une investigation préliminaire pour démontrer que la plainte n'a pas de caractère artificiel ou abusif, comme l'Inde le prétend.

La RIM prend appui sur le précédent du Plateau continental de la Mer du Nord, pour poser qu'une disposition conventionnelle peut induire une règle coutumière<sup>25</sup>. Puis elle considère que les résolutions de l'Assemblée générale, dont la toute première d'entre elles<sup>26</sup>, de l'opinion même de la Cour, peuvent avoir « *une valeur normative* » et fournissent un « élément de preuve pour établir l'existence d'une opinion juris émergente » (Avis consultatif 1996, parag. 70). Elle cite aussi la Résolution 1887, 2009, du Conseil de Sécurité par laquelle la haute instance invite tous les Etats parties au TNP à s'engager à poursuivre un désarmement général et complet et, s'agissant de tous les Etats tiers, à se joindre à cette entreprise. Pour la RIM, la non-observation de l'article VI TNP n'est pas un obstacle à la transformation coutumière de la règle ou à son émergence. C'est la position défendue par une majorité d'Etats non nucléaires et parties au TNP (le mouvement des pays non alignés), lors de la conférence de 2015, qui demandent une élimination totale des armes nucléaires<sup>27</sup>. La position de la RIM consiste à plaider que l'Inde n'est pas un objecteur persistant à l'obligation coutumière de désarmement, ce que l'Inde confirme sous la forme de l'absence de différend.

<sup>22</sup> Selon l'American International Law Association, dans son étude sur les armes nucléaires, session de Washington, 2014, l'obligation de participer à un désarmement nucléaire est, a minima, partie d'« une règle coutumière évolutive » : voir <http://www.ila-hq.org/en/committees/draft-committee-reports-washington-2014.cfm>

<sup>23</sup> CIJ, Contre-mémoire de l'Inde, 16 septembre 2015, doc. N° 13999, § 24.

<sup>24</sup> Audience publique, 7 mars 2016, *Verbatim*, p. 24 (CR 2016/1).

<sup>25</sup> CIJ, 20 février 1969, *Plateau Continental de la Mer du Nord, RFA contre Danemark ; RFA contre Pays-Bas*, parag. 70-73.

<sup>26</sup> Première résolution de la première session : Résolution du 24 janvier 1946, adoptée à l'unanimité, visant à créer une commission chargée d'étudier l'élimination des armes nucléaires et de toute autre arme importante induisant des destructions massives.

<sup>27</sup> Déclaration du Ministre des affaires étrangères de l'Iran, au nom du mouvement des Etats non alignés, 27 avril 2015 : conférence des Etats parties (<http://www.un.org/en/conf/npt/2015/statements27april.shtml>)

## 2. *L'absence de différend entre les Etats parties : le prétendu accord sur un désarmement général et complet*

Sur la base de multiples déclarations officielles convergentes, l'Inde soutient l'incompétence de la Cour dès qu'elle partage avec l'Etat demandeur l'objectif de désarmement nucléaire général et complet. La notion de différend, biais de la compétence juridictionnelle, déborde là aussi sur le fond du débat. C'est à la Cour de déclarer si un différend existe entre les Parties mais il serait bien délicat de voir, dans la prétendue absence de différend, une cause d'incompétence car l'Inde n'accepte par ailleurs aucun des motifs de compétence de la Cour. Elle se dit favorable au désarmement mais refuse catégoriquement que la question soit discutée devant la Cour : il y a donc bien un différend au sujet de la compétence de la Cour mais aussi au sujet de l'obligation de désarmement, dès lors que l'Inde ne s'estime liée ni par l'article VI et ni par : « *un vague principe de droit international non énoncé expressément* » (contre-mémoire de l'Inde, parag. 25).

S'il n'y avait qu'un différend sur la compétence de la Cour, ce serait une difficulté moindre car cela signifierait que l'Etat indien est véritablement engagé en faveur du désarmement mais que la compétence de la Cour ne s'impose pas. En réalité, la posture indienne est bien moins ouverte que ce qu'elle laisse entendre. Sur le plan déclaratif, l'Inde partage l'ambition du désarmement mais elle n'entend pas en faire une obligation juridique. On peut douter alors que l'Inde soit véritablement convaincue du désarmement nucléaire, jouant le jeu de la parole et celui de l'action. L'alliance de la volonté juridique et de l'engagement politique fait ici manifestement défaut. Ainsi considéré, le positionnement indien n'est qu'une abstraction.

## 3. *L'intégrité de la fonction contentieuse de la Cour en question*

Une importante discussion a eu lieu sur l'intégrité de la fonction contentieuse de la Cour, qui présente plusieurs aspects. Pour l'Inde, le consentement à la juridiction, fondé sur le précédent dit de l'*Or monétaire*<sup>28</sup>, doit être interprété comme exigeant que la totalité des Etats concernés par le désarmement nucléaire soient attirés devant la Cour. Et comme ils ne le souhaitent évidemment pas, ce précédent conduit à empêcher toute compétence juridictionnelle. L'argument de l'*Or monétaire* repose, en partie sur le bon sens logique : un désarmement général et complet ne peut se faire que de façon concertée, entre Etats dotés *de jure* et *de facto*, y compris en appelant à la table de négociation les Etats non dotés. L'argument atteste aussi de la subsidiarité du juge dans les relations internationales, qui ne peut exiger des Etats n'ayant pas consenti à sa juridiction à venir devant le prétoire. Les parties « indispensables » ont ainsi le pouvoir de bloquer le processus décisionnel.

De surcroît, l'argument de l'*Or monétaire* permet de souligner la véritable nature de l'office du juge. Selon le co-agent de l'Inde, le professeur Alain Pellet : « *au fond,*

<sup>28</sup> Affaire de l'*Or monétaire pris à Rome en 1943*, question préliminaire, arrêt CIJ, Recueil 1954, p. 33.

*les îles Marshall ne vous demandent rien de moins que de vous ériger en une espèce de législateur mondial – que dis-je législateur ? de gouvernement mondial ! L'Inde est un chaud partisan d'un désarmement nucléaire complet. Mais il s'agit-là d'un problème complexe, éminemment politique, qui suppose que les Etats concernés, et d'abord l'ensemble des puissances nucléaires, soient prêts, comme l'Inde l'est, à négocier de bonne foi ; c'est un problème d'état d'esprit ; cela ne se décrète pas et ne se juge pas »*<sup>29</sup>.

La nature même de l'obligation est ainsi questionnée : le désarmement général et complet est-il une obligation conjointe ? L'Inde le soutient : « *Le terme 'négociation' suppose un échange entre deux parties ou plus. ... Par conséquent un arrêt prescrivant à l'Inde d'engager des négociations ne serait pas effectivement applicable... Un Etat unique ne peut satisfaire à une obligation de négocier* »<sup>30</sup>. La RIM s'en défend car elle estime qu'il n'y a pas d'obligation conjointe mais des obligations parallèles : « *chaque Etat est dans l'obligation de désarmer et doit être jugé sur la base de son comportement, comme en atteste les trois contentieux portés devant la CIJ. Il n'y a pas d'entreprise nucléaire conjointe et pas d'obligation conjointe* ».

La première étape de l'affaire n'est pas encore écrite : la Cour se déclarera-t-elle compétente ? La pratique du non-désarmement a encore de « beaux » jours devant elle, au détriment d'une humanité plus pacifique.

## BIBLIOGRAPHIE

Boniface Pascal, *Les sources du désarmement*, Paris, Collection Droit International, Economica, 1989, 263 pp.

G.R.den Dekker, *The Law of Arms Control: International Supervision and Enforcement*

Amsterdam Center for International Law, 2001,

Guillard Olivier, *Désarmement, coopération régionale et sécurité en Asie du Sud*, Paris, Recherches Asiatiques, L'Harmattan, 1999, pp. 426.

Lavieille Jean-Marc, *Droit international du désarmement et de la maîtrise des armements*, Paris, Logiques Juridiques, L'Harmattan, 1997, 368 pp.

Miatello Angelo, *L'arme nucléaire en droit international*, Bern, Frankfurt, New-York Paris, Peter Lang, 1987, 722 pp.

Société Française pour le Droit International, *Journée d'Etudes : le droit international des armes nucléaires*, Paris, A.Pedone, 1998, 207 pp.

<sup>29</sup> Audience publique, 10 mars 2016, *Verbatim*, pp. 45-46 (CR 2016/4).

<sup>30</sup> CIJ, Contre-mémoire de l'Inde, 16 septembre 2015, doc. N° 13999, § 90.