NATIONS UNIES **A**

Assemblée générale

Distr.
GÉNÉRALE

A/51/218
19 juillet 1996

ORIGINAL : ANGLAIS/FRANÇAIS

Cinquante et unième session
Point 71 de l'ordre du jour provisoire*

DÉSARMEMENT GÉNÉRAL ET COMPLET

Avis consultatif de la Cour internationale de Justice sur la licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires

Note du Secrétaire général

1. À sa quarante-neuvième session, l'Assemblée générale a adopté, le 15 décembre 1994, la résolution 49/75 K par laquelle elle a décidé, conformément au paragraphe 1 de l'article 96 de la Charte des Nations Unies, de demander à la Cour internationale de Justice de rendre dans les meilleurs délais un avis consultatif sur la question suivante :

> «Est-il permis en droit international de recourir à la menace ou à l'emploi d'armes nucléaires en toute circonstance?»

2. Le 8 juillet 1996, la Cour internationale de Justice a rendu son avis consultatif sur la question que lui avait posée l'Assemblée générale.

3. Le 9 juillet 1996, j'ai reçu un exemplaire de l'avis consultatif, dûment signé et revêtu du sceau de la Cour.

4. Je transmets ci-joint à l'Assemblée générale l'avis consultatif rendu par la Cour internationale de Justice en l'affaire de la licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, ainsi que les déclarations, opinions individuelles et opinions dissidentes.

---

* A/51/150.

Annexe

COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE

ANNÉE 1996

1996
8 juillet
Rôle général
No 95

8 juillet 1996

LICÉITÉ DE LA MENACE OU DE L'EMPLOI D'ARMES NUCLÉAIRES

Compétence de la Cour pour donner l'avis consultatif demandé — Article 65, paragraphe 1, du Statut — Organe autorisé à solliciter un avis — Article 96, paragraphes 1 et 2, de la Charte — Activités de l'Assemblée générale — «Question juridique» — Aspects politiques de la question posée — Mobiles qui auraient inspiré la requête et implications politiques que pourrait avoir l'avis.

Pouvoir discrétionnaire de la Cour de décider si elle doit donner un avis — Article 65, paragraphe 1, du Statut — Raisons décisives — Question floue et abstraite — Fins auxquelles l'avis est demandé — Effets possibles de l'avis sur des négociations en cours — Devoir de la Cour de ne pas légiférer.

Libellé de la question posée — Versions française et anglaise — Objectif clair — Charge de la preuve.

Droit applicable — Pacte international relatif aux droits civils et politiques — Privation arbitraire de la vie — Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide — Intentionnalité envers un groupe comme tel — Normes en vigueur en matière de sauvegarde et de protection de l'environnement — Considérations écologiques en tant qu'élément à prendre en compte dans la mise en oeuvre du droit applicable dans les conflits armés — Application du droit le plus directement pertinent : droit de la Charte et droit applicable dans les conflits armés.

Caractéristiques propres aux armes nucléaires.

Dispositions de la Charte ayant trait à la menace ou à l'emploi de la force — Article 2, paragraphe 4 — La Charte n'interdit ni ne permet expressément l'emploi d'aucune arme particulière — Article 51 — Conditions de nécessité et de proportionnalité — Les notions de «menace» et d'«emploi» de la force vont de pair — Possession d'armes nucléaires, dissuasion et menace.

Règles spécifiques régissant la licéité ou l'illicéité du recours aux armes nucléaires en tant que telles — Absence de prescription spécifique autorisant la menace ou l'emploi d'armes nucléaires — Illicéité per se *: droit conventionnel — Instruments interdisant l'emploi d'armes empoisonnées — Instruments prohibant expressément l'emploi de certaines armes de destruction massive - Traités conclus en vue de limiter l'acquisition, la fabrication et la possession d'armes nucléaires, le déploiement d'armes nucléaires et les essais nucléaires — Traité de Tlatelolco — Traité de Rarotonga — Déclarations faites*

par les États dotés d'armes nucléaires à l'occasion de la prorogation du traité de non-prolifération — Absence d'interdiction conventionnelle complète et universelle d'emploi ou de menace d'emploi des armes nucléaires en tant que telles — Illicéité per se : droit coutumier — Pratique constante de non-utilisation des armes nucléaires — Politique de dissuasion — Résolutions de l'Assemblée générale affirmant l'illicéité des armes nucléaires — Tensions subsistant entre une opinio juris *naissante et une adhésion encore forte à la pratique de la dissuasion.*

Principes et règles du droit international humanitaire — Interdiction des méthodes et moyens de guerre ne permettant pas de distinguer entre cibles civiles et cibles militaires ou ayant pour effet de causer aux combattants des souffrances inutiles — Clause de Martens — Principe de neutralité — Applicabilité de ces principes et règles aux armes nucléaires — Conséquences.

Droit d'un État à la survie et droit de recourir à la légitime défense — Politique de dissuasion — Réserves à des engagements pris par certains États dotés d'armes nucléaires de ne pas recourir à ces armes.

État actuel du droit international et éléments de fait à la disposition de la Cour — Emploi d'armes nucléaires dans une circonstance extrême de légitime défense dans laquelle la survie même d'un État serait en cause.

Article VI du traité de non-prolifération — Obligation de négocier de bonne foi et de parvenir au désarmement nucléaire dans tous ses aspects.

AVIS CONSULTATIF

Présents : M. BEDJAOUI, *Président*; M. SCHWEBEL, *Vice-Président*; MM. ODA, GUILLAUME, SHAHABUDDEEN, WEERAMANTRY, RANJEVA, HERCZEGH, SHI, FLEISCHHAUER, KOROMA, VERESHCHETIN, FERRARI BRAVO, Mme HIGGINS, *juges*; M. VALENCIA-OSPINA, *Greffier*.

Sur la licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires,

LA COUR,

ainsi composée,

donne l'avis consultatif suivant :

1. La question sur laquelle un avis consultatif est demandé à la Cour est énoncée dans la résolution 49/75 K que l'Assemblée générale des Nations Unies (ci-après dénommée l'«Assemblée générale») a adoptée le 15 décembre 1994. Par une lettre en date du 19 décembre 1994, reçue au Greffe par télécopie le 20 décembre 1994 et dont l'original a été enregistré le 6 janvier 1995, le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies a officiellement communiqué au Greffier la décision prise par l'Assemblée générale de soumettre cette question à la Cour pour avis consultatif. La résolution 49/75 K, dont le texte anglais était joint à cette lettre, se lit comme suit :

«*L'Assemblée générale,*

Considérant que l'existence des armes nucléaires et la poursuite de leur mise au point font courir de graves dangers à l'humanité,

Sachant que les États ont en vertu de la Charte des Nations Unies l'obligation de s'abstenir de recourir à la menace ou à l'emploi de la force contre l'intégrité territoriale ou l'indépendance politique de tout État,

Rappelant ses résolutions 1653 (XVI) du 24 novembre 1961, 33/71 B du 14 décembre 1978, 34/83 G du 11 décembre 1979, 35/152 D du 12 décembre 1980, 36/92 I du 9 décembre 1981, 45/59 B du 4 décembre 1990 et 46/37 D du 6 décembre 1991, dans lesquelles elle a déclaré que l'emploi d'armes nucléaires constituerait une violation de la Charte et un crime contre l'humanité,

Se félicitant des progrès accomplis en ce qui concerne l'interdiction et l'élimination des armes de destruction massive, notamment la conclusion de la convention sur l'interdiction de la mise au point, de la fabrication et du stockage des armes bactériologiques (biologiques) ou à toxines et sur leur destruction[1] et de la convention sur l'interdiction de la mise au point, de la fabrication, du stockage et de l'utilisation d'armes chimiques et sur leur destruction[2],

Convaincue que l'élimination complète des armes nucléaires est la seule garantie contre la menace d'une guerre nucléaire,

Notant l'inquiétude exprimée lors de la quatrième conférence des parties chargée de l'examen du traité sur la non-prolifération des armes nucléaires devant le peu de progrès accomplis vers l'élimination complète des armes nucléaires dans les meilleurs délais,

Rappelant que, convaincue qu'il faut renforcer la primauté du droit dans les relations internationales, elle a déclaré la période 1990-1999 Décennie des Nations Unies pour le droit international[3],

Notant qu'elle peut, en vertu du paragraphe 1 de l'Article 96 de la Charte, demander à la Cour internationale de Justice un avis consultatif sur toute question juridique,

Rappelant que, dans son rapport intitulé «Un agenda pour la paix»[4], le Secrétaire général a recommandé aux organes des

---

[1] Résolution 2826 (XXVI), annexe.

[2] Voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-septième session, Supplément No 27* (A/47/27), appendice I.

[3] Résolution 44/23.

[4] A/47/277-S/24111.

Nations Unies qui sont autorisés à demander des avis consultatifs à la Cour internationale de Justice de s'adresser plus souvent à la Cour pour obtenir d'elle de tels avis,

Se félicitant de la résolution 46/40 de l'Assemblée de l'Organisation mondiale de la santé, en date du 14 mai 1993, dans laquelle l'Organisation demande à la Cour internationale de Justice de donner un avis consultatif sur la question de savoir si l'utilisation d'armes nucléaires par un État au cours d'une guerre ou d'un autre conflit armé constituerait une violation de ses obligations au regard du droit international, y compris la Constitution de l'Organisation mondiale de la santé,

Décide, conformément au paragraphe 1 de l'Article 96 de la Charte des Nations Unies, de demander à la Cour internationale de Justice de rendre dans les meilleurs délais un avis consultatif sur la question suivante : «Est-il permis en droit international de recourir à la menace ou à l'emploi d'armes nucléaires en toute circonstance?»

2. Conformément à l'article 65, paragraphe 2 du Statut, le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies a communiqué à la Cour un dossier contenant des documents pouvant servir à élucider la question.

3. Par des lettres en date du 21 décembre 1994, le Greffier a notifié la requête pour avis consultatif à tous les États admis à ester devant la Cour, conformément à l'article 66, paragraphe 1 du Statut.

4. Par une ordonnance en date du 1er février 1995, la Cour a décidé que les États admis à ester devant elle et l'Organisation des Nations Unies étaient susceptibles de fournir des renseignements sur la question, conformément à l'article 66, paragraphe 2 du Statut. Par la même ordonnance, la Cour a fixé, respectivement, au 20 juin 1995 la date d'expiration du délai dans lequel des exposés écrits pourraient lui être présentés sur cette question, et au 20 septembre 1995 la date d'expiration du délai dans lequel les États ou organisations ayant présenté un exposé écrit pourraient présenter des observations écrites sur les autres exposés écrits conformément à l'article 66, paragraphe 4, du Statut. Dans ladite ordonnance, il était notamment fait état de ce que l'Assemblée générale avait demandé que l'avis consultatif de la Cour soit rendu «dans les meilleurs délais»; il y était par ailleurs fait référence aux délais de procédure déjà fixés aux fins de la demande d'avis consultatif antérieurement soumise à la Cour par l'Organisation mondiale de la santé sur la question de la *Licéité de l'utilisation des armes nucléaires par un État dans un conflit armé*.

Le 8 février 1995, le Greffier a adressé aux États admis à ester devant la Cour et à l'Organisation des Nations Unies la communication spéciale et directe prévue à l'article 66, paragraphe 2 du Statut.

5. Des exposés écrits ont été déposés par les États suivants : Allemagne, Bosnie-Herzégovine, Burundi, Égypte, Équateur, États-Unis d'Amérique, Fédération de Russie, Finlande, France, Îles Marshall, Îles Salomon, Inde, République islamique d'Iran, Irlande, Italie, Japon, Lesotho, Malaisie, Mexique, Nauru, Nouvelle-Zélande, Pays-Bas, Qatar, République populaire démocratique de Corée, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, Saint-Marin, Samoa, et Suède. Par ailleurs, des observations écrites sur ces exposés écrits ont été

présentées par les États suivants : Égypte, Îles Salomon et Nauru. Dès réception de ces exposés et de ces observations, le Greffier en a transmis le texte à tous les États ayant pris part à la procédure écrite.

6. La Cour a décidé de tenir, à compter du 30 octobre 1995, des audiences publiques au cours desquelles des exposés oraux pourraient être faits devant elle par tout État et toute organisation ayant été jugés susceptibles de fournir des renseignements sur la question à elle soumise. Par des lettres en date du 23 juin 1995, le Greffier a prié les États admis à ester devant la Cour et l'Organisation des Nations Unies de lui faire savoir s'ils avaient l'intention de participer à la procédure orale; il était indiqué, dans ces lettres, que la Cour avait décidé d'entendre au cours d'une seule série d'audiences publiques les exposés oraux relatifs à la demande d'avis consultatif de l'Assemblée générale et ceux concernant la demande d'avis consultatif susmentionnée dont la Cour avait été saisie par l'Organisation mondiale de la santé, étant entendu que l'Organisation des Nations Unies ne serait habilitée à prendre la parole qu'à propos de la demande soumise par l'Assemblée générale; et il y était par ailleurs précisé que les participants à la procédure orale n'ayant pas pris part à la procédure écrite se verraient communiquer le texte des exposés et observations produits dans le cadre de cette dernière procédure.

7. Par une lettre en date du 20 octobre 1995, la République de Nauru a demandé à la Cour l'autorisation de retirer les observations écrites qui avaient été présentées en son nom dans un document intitulé «Réponse aux conclusions des autres États». La Cour a accédé à cette demande et, par des lettres en date du 30 octobre 1995, le Greffier adjoint en a informé les États qui avaient reçu communication de ce document, en précisant que ledit document ne faisait en conséquence pas partie du dossier dont la Cour était saisie.

8. Conformément à l'article 106 du Règlement, la Cour a décidé de rendre accessible au public le texte des exposés écrits et des observations écrites à la date d'ouverture de la procédure orale.

9. Au cours d'audiences publiques tenues du 30 octobre 1995 au 15 novembre 1995, la Cour a entendu en leurs exposés oraux et dans l'ordre suivant :

Pour le Commonwealth d'Australie :	M. Gavan Griffith, Q. C., *Solicitor-General* d'Australie, Conseil; L'honorable Gareth Evans, Q. C., Sénateur, Ministre des affaires étrangères, Conseil;
Pour la République arabe d'Égypte :	M. Georges Abi-Saab, professeur de droit international à l'Institut universitaire de hautes études internationales de Genève, membre de l'Institut de droit international;
Pour la République française :	M. Marc Perrin de Brichambaut, Directeur des affaires juridiques au Ministère des affaires étrangères; M. Alain Pellet, professeur de droit international à l'Université de Paris X et à l'Institut d'études politiques de Paris;

Pour la République fédérale d'Allemagne :	M. Hartmut Hillgenberg, Directeur général des affaires juridiques du Ministère des affaires étrangères;
Pour l'Indonésie :	S. Exc. M. Johannes Berchmans Soedarmanto Kadarisman, Ambassadeur d'Indonésie aux Pays-Bas;
Pour le Mexique :	S. Exc. M. Sergio González Gálvez, Ambassadeur, Ministre adjoint des affaires étrangères;
Pour la République islamique d'Iran :	S. Exc. M. Mohammad J. Zarif, Ministre adjoint aux affaires juridiques et internationales, Ministère des affaires étrangères;
Pour l'Italie :	M. Umberto Leanza, professeur de droit international à la faculté de droit de l'Université de Rome «Tor Vergata», chef du service du contentieux diplomatique du Ministère des affaires étrangères;
Pour le Japon :	S. Exc. M. Takekazu Kawamura, Ambassadeur, Directeur général au contrôle des armements et aux affaires scientifiques, Ministère des affaires étrangères; M. Takashi Hiraoka, maire d'Hiroshima; M. Iccho Itoh, maire de Nagasaki;
Pour la Malaisie :	S. Exc. M. Tan Sri Razali Ismail, Ambassadeur, Représentant permanent de la Malaisie auprès de l'Organisation des Nations Unies; Dato' Mohtar Abdullah, Attorney général;
Pour la Nouvelle-Zélande :	L'honorable Paul East, Q. C., Attorney général de Nouvelle-Zélande; M. Allan Bracegirdle, Directeur adjoint de la division juridique du Ministère des affaires étrangères et du commerce extérieur de Nouvelle-Zélande;
Pour les Philippines :	S. Exc. M. Rodolfo S. Sanchez, Ambassadeur des Philippines aux Pays-Bas; M. Merlin M. Magallona, professeur, doyen de la faculté de droit de l'Université des Philippines;
Pour le Qatar :	S. Exc. M. Najeeb ibn Mohammed Al-Nauimi, Ministre de la justice;
Pour la Fédération de Russie :	M. A. G. Khodakov, directeur du service juridique du Ministère des affaires étrangères;

Pour Saint-Marin :	Mme Federica Bigi, conseiller d'ambassade, fonctionnaire en charge de la direction politique au Ministère des affaires étrangères;
Pour le Samoa :	S. Exc. M. Neroni Slade, Ambassadeur, Représentant permanent du Samoa auprès de l'Organisation des Nations Unies; Mlle Laurence Boisson de Chazournes, chargée d'enseignement à l'Institut universitaire de hautes études internationales de Genève; M. Roger S. Clark, professeur à la faculté de droit de l'Université Rutgers, Camden, New Jersey;
Pour les Îles Marshall :	L'honorable Theodore G. Kronmiller, conseiller juridique de l'Ambassade des Îles Marshall aux États-Unis d'Amérique; Mme Lijon Eknilang, membre du conseil, gouvernement local de l'atoll de Rongelap;
Pour les Îles Salomon :	S. Exc. l'honorable Victor Ngele, Ministre de la police et de la sécurité nationale; M. Jean Salmon, professeur de droit à l'Université libre de Bruxelles; M. Eric David, professeur de droit à l'Université libre de Bruxelles; M. Philippe Sands, chargé de cours à la School of Oriental and African Studies de l'Université de Londres et directeur juridique de la Foundation for International Environmental Law and Development; M. James Crawford, professeur de droit international, titulaire de la chaire Whewell à l'Université de Cambridge;
Pour le Costa Rica :	M. Carlos Vargas-Pizarro, conseiller juridique et envoyé spécial du Gouvernement du Costa Rica;
Pour le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord :	Le très honorable sir Nicholas Lyell, Q.C., M.P., Attorney général;
Pour les États-Unis d'Amérique :	M. Conrad K. Harper, conseiller juridique du Département d'État; M. Michael J. Matheson, conseiller juridique adjoint principal du Département d'État; M. John H. McNeill, conseiller juridique adjoint principal du Département de la défense;
Pour le Zimbabwe :	M. Jonathan Wutawunashe, chargé d'affaires a.i. de l'Ambassade du Zimbabwe aux Pays-Bas.

Des membres de la Cour ont posé des questions à certains participants à la procédure orale et ceux-ci y ont répondu par écrit, ainsi qu'ils en avaient été priés, dans les délais prévus à cet effet; la Cour ayant décidé que les autres participants pourraient également répondre à ces questions dans les mêmes conditions, plusieurs d'entre eux l'ont fait. D'autres questions posées par des membres de la Cour ont été adressées, plus généralement, à tout participant à la procédure orale; plusieurs d'entre eux y ont répondu par écrit, ainsi qu'ils en avaient été priés, dans les délais prévus à cet effet.

*
* *

10. La Cour examinera en premier lieu la question de savoir si elle a compétence pour donner une réponse à la demande d'avis consultatif dont l'a saisie l'Assemblée générale et, dans l'affirmative, s'il existerait des raisons pour elle de refuser d'exercer une telle compétence.

La Cour tire sa compétence pour donner des avis consultatifs de l'article 65, paragraphe 1 de son Statut. Aux termes de cette disposition, la Cour

> «peut donner un avis consultatif sur toute question juridique, à la demande de tout organe ou institution qui aura été autorisé par la Charte des Nations Unies ou conformément à ses dispositions à demander cet avis».

11. Pour que la Cour ait compétence aux fins de donner un avis consultatif, il faut donc tout d'abord que l'organe qui sollicite l'avis soit «autorisé par la Charte des Nations Unies ou conformément à ses dispositions à demander cet avis». La Charte, à l'Article 96, paragraphe 1, dispose :

> «L'Assemblée générale ou le Conseil de sécurité peut demander à la Cour internationale de Justice un avis consultatif sur toute question juridique.»

Certains États qui se sont opposés à ce que la Cour rende un avis en l'espèce ont soutenu que l'Assemblée générale et le Conseil de sécurité ne sont pas habilités à demander des avis sur des questions sans rapport aucun avec leurs travaux. Ils ont donné à entendre que, comme dans le cas d'organes ou d'institutions agissant en vertu de l'Article 96, paragraphe 2 de la Charte, et nonobstant les différences de rédaction entre cette disposition et le paragraphe 1 du même article, l'Assemblée générale et le Conseil de sécurité ne peuvent demander d'avis consultatif sur une question juridique que si celle-ci se pose dans le cadre de leur activité.

De l'avis de la Cour, peu importe que cette interprétation de l'Article 96, paragraphe 1, soit ou non correcte; en l'espèce, l'Assemblée générale a compétence en tout état de cause pour saisir la Cour. En effet, l'Article 10 de la Charte a conféré à l'Assemblée générale une compétence relative à «toutes questions ou affaires» entrant dans le cadre de la Charte. L'Article 11 lui a expressément attribué compétence aux fins d'«étudier les principes généraux pour le maintien de la paix et de la sécurité internationales, y compris les principes régissant le désarmement et la réglementation des armements». Enfin, selon l'Article 13, l'Assemblée générale

«provoque des études et fait des recommandations en vue ... [d']encourager le développement progressif du droit international et sa codification».

12. La question posée à la Cour est pertinente au regard de maints aspects des activités et préoccupations de l'Assemblée générale, notamment en ce qui concerne la menace ou l'emploi de la force dans les relations internationales, le processus de désarmement et le développement progressif du droit international. L'Assemblée générale porte de longue date un intérêt à ces matières et à leur relation avec les armes nucléaires. Cet intérêt a trouvé son expression dans les débats annuels de la Première Commission et les résolutions de l'Assemblée générale sur les armes nucléaires; dans la tenue par l'Assemblée générale de trois sessions extraordinaires sur le désarmement (1978, 1982 et 1988) et, depuis 1978, de réunions annuelles de la commission du désarmement; ainsi que dans la commande d'études sur les effets de l'emploi d'armes nucléaires. Dans ce contexte, il importe peu que des activités importantes relatives au désarmement nucléaire, récentes ou en cours, aient été ou soient menées dans d'autres enceintes.

L'Article 96, paragraphe 1 de la Charte ne saurait enfin être interprété comme limitant la faculté qu'a l'Assemblée générale de demander un avis aux seules circonstances dans lesquelles elle peut prendre des décisions à caractère exécutoire. Que les activités de l'Assemblée dans les matières susmentionnées ne la conduisent à formuler que des recommandations est dès lors indifférent aux fins d'apprécier si elle avait compétence pour poser à la Cour la question dont elle l'a saisie.

13. La Cour doit par ailleurs s'assurer que l'avis consultatif demandé porte bien sur une «question juridique» au sens de son Statut et de la Charte des Nations Unies.

La Cour a déjà eu l'occasion d'indiquer que les questions

> «libellées en termes juridiques et soul[evant] des problèmes de droit international ... sont, par leur nature même, susceptibles de recevoir une réponse fondée en droit ... [et] ont en principe un caractère juridique.» (*Sahara occidental, avis consultatif, CIJ Recueil 1975*, p. 18, par. 15)

La question que l'Assemblée générale a posée à la Cour constitue effectivement une question juridique, car la Cour est priée de se prononcer sur le point de savoir si la menace ou l'emploi d'armes nucléaires est compatible avec les principes et règles pertinents du droit international. Pour ce faire, la Cour doit déterminer les principes et règles existants, les interpréter et les appliquer à la menace ou à l'emploi d'armes nucléaires, apportant ainsi à la question posée une réponse fondée en droit.

Que cette question revête par ailleurs des aspects politiques, comme c'est, par la nature des choses, le cas de bon nombre de questions qui viennent à se poser dans la vie internationale, ne suffit pas à la priver de son caractère de «question juridique» et à «enlever à la Cour une compétence qui lui est expressément conférée par son Statut» *(Demande de réformation du jugement No 158 du Tribunal administratif des Nations Unies, avis consultatif, CIJ Recueil 1973,* p. 172, par. 14). Quels que soient les aspects politiques de la question posée, la Cour ne saurait refuser un caractère juridique à une question qui l'invite à s'acquitter d'une tâche essentiellement judiciaire, à savoir l'appréciation de la licéité de la conduite éventuelle d'États au regard

des obligations que le droit international leur impose (cf. *Conditions de l'admission d'un État comme Membre des Nations Unies (Article 4 de la Charte), avis consultatif, CIJ Recueil 1947-1948*, p. 61-62; *Compétence de l'Assemblée générale pour l'admission d'un État aux Nations Unies, avis consultatif, CIJ Recueil 1950*, p. 6-7; *Certaines dépenses des Nations Unies (Article 17, paragraphe 2 de la Charte), avis consultatif, CIJ Recueil 1962*, p. 155).

Au demeurant, comme la Cour l'a dit dans l'avis qu'elle a donné en 1980 au sujet de l'*Interprétation de l'accord du 25 mars 1951 entre l'OMS et l'Égypte* :

> «En fait, lorsque des considérations politiques jouent un rôle marquant il peut être particulièrement nécessaire à une organisation internationale d'obtenir un avis consultatif de la Cour sur les principes juridiques applicables à la matière en discussion...» (*Interprétation de l'accord du 25 mars 1951 entre l'OMS et l'Égypte, avis consultatif, CIJ Recueil 1980*, p. 87, par. 33.)

La Cour considère en outre que la nature politique des mobiles qui auraient inspiré la requête et les implications politiques que pourrait avoir l'avis donné sont sans pertinence au regard de l'établissement de sa compétence pour donner un tel avis.

*

14. L'article 65, paragraphe 1 du Statut dispose : «La Cour *peut* donner un avis consultatif...» (les italiques sont de la Cour). Il ne s'agit pas là seulement d'une disposition présentant le caractère d'une habilitation. Comme la Cour l'a souligné à maintes reprises, son Statut lui laisse aussi le pouvoir discrétionnaire de décider si elle doit ou non donner l'avis consultatif qui lui a été demandé, une fois qu'elle a établi sa compétence pour ce faire. Dans ce contexte, la Cour a déjà eu l'occasion de noter ce qui suit :

> «L'avis est donné par la Cour non aux États, mais à l'organe habilité pour le lui demander; la réponse constitue une participation de la Cour, elle-même «organe des Nations Unies», à l'action de l'Organisation et, en principe, elle ne devrait pas être refusée.» (*Interprétation des traités de paix conclus avec la Bulgarie, la Hongrie et la Roumanie, première phase, avis consultatif, CIJ Recueil 1950*, p. 71; voir aussi *Réserves à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, avis consultatif, CIJ Recueil 1951*, p. 19; *Jugements du Tribunal administratif de l'OIT sur requêtes contre l'UNESCO, avis consultatif, CIJ Recueil 1956*, p. 86; *Certaines dépenses des Nations Unies (article 17, paragraphe 2, de la Charte), avis consultatif, CIJ Recueil 1962*, p. 155; et *Applicabilité de la section 22 de l'article VI de la Convention sur les privilèges et immunités des Nations Unies, avis consultatif, CIJ Recueil 1989*, p. 189.)

La Cour a toujours été consciente de ses responsabilités en tant qu'«organe judiciaire principal des Nations Unies» (Charte, art. 92). Lors de l'examen de chaque demande, elle garde à l'esprit qu'elle ne devrait pas, en principe, refuser de donner un avis consultatif. Conformément à sa jurisprudence constante, seules des «raisons décisives» pourraient l'y inciter (*Jugements du Tribunal administratif de l'OIT sur requêtes contre l'UNESCO, avis consultatif, CIJ Recueil 1956*, p. 86; *Certaines dépenses des Nations Unies (article 17,*

paragraphe 2, de la Charte), avis consultatif, CIJ Recueil 1962, p. 155; *Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité, avis consultatif, CIJ Recueil 1971*, p. 27; *Demande de réformation du jugement No 158 du Tribunal administratif des Nations Unies, avis consultatif, CIJ Recueil 1973*, p. 183; *Sahara occidental, avis consultatif, CIJ Recueil 1975*, p. 21; et *Applicabilité de la section 22 de l'article VI de la Convention sur les privilèges et immunités des Nations Unies, CIJ Recueil 1989*, p. 191). Aucun refus, fondé sur le pouvoir discrétionnaire de la Cour, de donner suite à une demande d'avis consultatif n'a été enregistré dans l'histoire de la présente Cour; dans l'affaire de la *Licéité de l'utilisation des armes nucléaires par un État dans un conflit armé*, le refus de donner à l'Organisation mondiale de la Santé l'avis consultatif sollicité par elle a été justifié par le défaut de compétence de la Cour en l'espèce. La Cour permanente de justice internationale a une seule fois estimé qu'elle ne pouvait répondre à la question qui lui avait été posée, eu égard aux circonstances toutes particulières de l'espèce, à savoir, notamment, que cette question concernait directement un différend déjà né auquel était partie un État qui n'avait pas adhéré au Statut de la Cour permanente, n'était pas membre de la Société des Nations, s'opposait à la procédure et refusait d'y prendre part de quelque manière que ce soit (*Statut de la Carélie orientale*, *CPJI série B No 5)*.

15. La plupart des motifs invoqués en l'espèce pour convaincre la Cour qu'elle devrait, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, refuser de donner l'avis demandé par l'Assemblée générale dans sa résolution 49/75 K, ont été résumés dans la déclaration suivante faite par un État dans la procédure écrite :

> «La question posée est floue et abstraite et soulève des problèmes complexes qui sont à l'examen entre les États intéressés et au sein d'autres organes ou institutions des Nations Unies ayant mandat exprès de les traiter. En donnant un avis sur la question posée, la Cour n'apporterait aucune aide concrète à l'Assemblée générale pour accomplir les fonctions qui lui ont été conférées par la Charte. Un tel avis serait susceptible de compromettre les progrès déjà réalisés ou en cours sur ce sujet délicat et serait en conséquence contraire aux intérêts de l'Organisation des Nations Unies.» (États-Unis d'Amérique, exposé écrit, p. 1-2; cf. p. 3-7, II. Voir également Royaume-Uni, exposé écrit, p. 9-20, par. 2.23-2.45; France, exposé écrit, p. 13-20, par. 5-9; Finlande, exposé écrit, p. 1-2; Pays-Bas, exposé écrit, p. 3-4, par. 6-13; et Allemagne, exposé écrit, p. 3-6, par. 2 *b)*.)

En soutenant que la question posée à la Cour serait floue et abstraite, certains États ont semblé entendre qu'il n'existerait aucun différend précis portant sur l'objet de la question. En vue de répondre à cet argument, il convient d'opérer une distinction entre les conditions qui régissent la procédure contentieuse et celles qui s'appliquent aux avis consultatifs. La finalité de la fonction consultative n'est pas de régler — du moins pas directement — des différends entre États, mais de donner des conseils d'ordre juridique aux organes et institutions qui en font la demande (cf. *Interprétation des traités de paix, CIJ Recueil 1950*, p. 71). Le fait que la question posée à la Cour n'ait pas trait à un différend précis ne saurait par suite amener la Cour à refuser de donner l'avis sollicité.

Par ailleurs, la Cour a clairement affirmé que l'allégation selon laquelle elle ne pourrait connaître d'une question posée en termes abstraits n'est qu'«une pure affirmation dénuée de toute justification», et qu'elle «peut donner un avis consultatif sur toute question juridique, abstraite ou non» (*Conditions de l'admission d'un État comme Membre des Nations Unies (Article 4 de la Charte), avis consultatif, 1948, CIJ Recueil 1947-1948,* p. 61; voir aussi *Effet de jugements du Tribunal administratif des Nations Unies accordant indemnité, avis consultatif, CIJ Recueil 1954*, p. 51; et *Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité, avis consultatif, CIJ Recueil 1971*, p. 27, par. 40).

Certains États ont cependant exprimé la crainte que le caractère abstrait de la question ne puisse conduire la Cour à se prononcer sur des hypothèses ou à entrer dans des conjectures sortant du cadre de sa fonction judiciaire. La Cour ne considère pas qu'en rendant un avis consultatif en l'espèce elle serait nécessairement amenée à écrire des «scénarios», à étudier divers types d'armes nucléaires et à évaluer des informations technologiques, stratégiques et scientifiques extrêmement complexes et controversées. La Cour examinera simplement les questions qui se posent, sous tous leurs aspects, en appliquant les règles de droit appropriées en la circonstance.

16. Certains États ont observé que l'Assemblée générale n'a pas expliqué à la Cour à quelles fins précises elle sollicitait l'avis consultatif. Toutefois, il n'appartient pas à la Cour de prétendre décider si l'Assemblée a ou non besoin d'un avis consultatif pour s'acquitter de ses fonctions. L'Assemblée générale est habilitée à décider elle-même de l'utilité d'un avis au regard de ses besoins propres.

De même, dès lors que l'Assemblée a demandé un avis consultatif sur une question juridique par la voie d'une résolution qu'elle a adoptée, la Cour ne prendra pas en considération, pour déterminer s'il existe des raisons décisives de refuser de donner cet avis, les origines ou l'histoire politique de la demande, ou la répartition des voix lors de l'adoption de la résolution.

17. Il a aussi été soutenu qu'une réponse de la Cour en l'espèce pourrait être préjudiciable aux négociations sur le désarmement et serait, en conséquence, contraire à l'intérêt de l'Organisation des Nations Unies. La Cour sait que, quelles que soient les conclusions auxquelles elle pourrait parvenir dans l'avis qu'elle donnerait, ces conclusions seraient pertinentes au regard du débat qui se poursuit à l'Assemblée générale, et apporteraient dans les négociations sur la question un élément supplémentaire. Mais au-delà de cette constatation, l'effet qu'aurait cet avis est une question d'appréciation. Des opinions contraires ont été exposées devant la Cour et il n'est pas de critère évident qui permettrait à celle-ci de donner la préférence à une position plutôt qu'à une autre. Dans ces conditions, la Cour ne saurait considérer ce facteur comme une raison décisive de refuser d'exercer sa compétence.

18. Enfin, certains États ont fait valoir qu'en répondant à la question posée, la Cour dépasserait sa fonction judiciaire pour s'arroger une fonction législative. La Cour ne saurait certes «légiférer», et, dans les circonstances de l'espèce, elle n'est nullement appelée à le faire. Il lui appartient seulement de s'acquitter de sa fonction judiciaire normale en s'assurant de l'existence ou de la non-existence de principes et de règles juridiques applicables à la menace ou à l'emploi d'armes nucléaires. L'argument selon lequel la Cour, pour répondre à la question posée, serait obligée de légiférer,

se fonde sur la supposition que le *corpus juris* existant ne comporterait pas de règle pertinente en la matière. La Cour ne saurait souscrire à cet argument; elle dit le droit existant et ne légifère point. Cela est vrai même si la Cour, en disant et en appliquant le droit, doit nécessairement en préciser la portée et, parfois, en constater l'évolution.

19. À la lumière de ce qui précède, la Cour conclut qu'elle a compétence pour donner un avis sur la question qui lui a été posée par l'Assemblée générale et qu'il n'existe aucune «raison décisive» pour qu'elle use de son pouvoir discrétionnaire de ne pas donner cet avis.

Un tout autre point est celui de savoir si la Cour, compte tenu des exigences qui pèsent sur elle en tant qu'organe judiciaire, sera en mesure de donner une réponse complète à la question qui lui a été posée; ce qui, en tout état de cause, est différent d'un refus de répondre.

*
* *

20. La Cour doit aborder à présent certains problèmes soulevés par le libellé de la question qui lui a été posée par l'Assemblée générale. En anglais, ce libellé est le suivant : «*Is the threat or use of nuclear weapons in any circumstance permitted under international law ?*» Le texte français de la question posée se lit comme suit : «Est-il permis en droit international de recourir à la menace ou à l'emploi d'armes nucléaires en toute circonstance?» Il a été suggéré que l'Assemblée générale demanderait ainsi à la Cour si l'emploi d'armes nucléaires est permis en droit international dans toutes les circonstances et il a été exposé qu'une telle question appellerait inévitablement une simple réponse négative.

La Cour n'estime pas nécessaire de se prononcer sur les divergences possibles entre versions française et anglaise de la question posée. Celle-ci l'a été avec un objectif clair : déterminer ce qu'il en est de la licéité ou de l'illicéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires.

21. L'utilisation du mot «permis» dans la question posée par l'Assemblée générale a fait l'objet, devant la Cour, de critiques de certains États au motif que cette utilisation supposait que la menace ou l'emploi d'armes nucléaires ne seraient permis que s'ils étaient autorisés par une disposition conventionnelle ou par le droit international coutumier. Selon ces États, une telle prémisse serait incompatible avec les fondements mêmes du droit international, qui repose sur les principes de souveraineté et de consentement des États; par voie de conséquence, et contrairement à ce que sous-entend l'emploi du mot «permis», les États seraient libres de menacer d'employer ou d'employer effectivement des armes nucléaires à moins qu'il ne soit démontré qu'ils doivent s'en abstenir en vertu d'une interdiction contenue dans le droit international conventionnel ou coutumier. À l'appui de cette thèse ont été invoqués des *dicta* de la Cour permanente de justice internationale dans l'affaire du *Lotus*, selon lesquels d'une part «les limitations de l'indépendance des États ne se présument ... pas» et d'autre part le droit international laisse aux États «une large liberté, qui n'est limitée que dans quelques cas par des règles prohibitives» (*CPJI série A No 10*, p. 18 et 19), ainsi qu'un *dictum* de la Cour actuelle dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, selon lequel :

> «il n'existe pas en droit international de règles, autres que celles que l'État intéressé peut accepter, par traité ou autrement, imposant la limitation du niveau d'armement d'un État souverain» (*CIJ Recueil 1986*, p. 135, par. 269).

D'autres États ont jugé hors de propos ce renvoi aux *dicta* tirés de l'affaire du *Lotus* et ont mis en cause leur portée dans le droit international contemporain ainsi que leur applicabilité aux circonstances, fort différentes, de l'espèce. Il a en outre été soutenu que le *dictum* susmentionné de la présente Cour se rapporte à la *possession* d'armements, et n'est pas pertinent du point de vue de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires.

Il a enfin été avancé que si la Cour devait répondre à la question posée par l'Assemblée générale, il y aurait lieu de remplacer le mot «permis» par «interdit».

22. La Cour prend note du fait que les États dotés d'armes nucléaires qui se sont présentés devant elle soit ont reconnu, soit n'ont pas nié que leur liberté d'agir était effectivement restreinte par les principes et règles du droit international et plus particulièrement du droit humanitaire (voir paragraphe 86 ci-dessous). Il en a été de même des autres États présents devant la Cour.

Dès lors, ni l'argument visant les conclusions juridiques à tirer de l'emploi du mot «permis» ni les questions de charge de la preuve qui en découleraient ne présentent d'importance particulière aux fins de trancher les problèmes dont la Cour est saisie.

* *

23. Pour répondre à la question que lui a posée l'Assemblée générale, la Cour doit déterminer, après examen du large ensemble de normes de droit international qui s'offre à elle, quel pourrait être le droit pertinent applicable.

*

24. Plusieurs tenants de l'illicéité de l'emploi d'armes nucléaires ont allégué qu'un tel emploi violerait le droit à la vie tel que le garantissent l'article 6 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, ainsi que certains instruments de protection des droits de l'homme de caractère régional. L'article 6, paragraphe 1 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques dispose ce qui suit :

> «Le droit à la vie est inhérent à la personne humaine. Ce droit doit être protégé par la loi. Nul ne peut être arbitrairement privé de la vie.»

À cela, d'autres États ont répondu que le Pacte international relatif aux droits civils et politiques ne mentionne ni la guerre ni les armes et que l'on n'a jamais envisagé que cet instrument régisse la question de la licéité des armes nucléaires. Selon eux, le pacte vise la protection des droits de l'homme en temps de paix, alors que les questions relatives à la privation illicite de

la vie au cours d'hostilités sont régies par le droit international applicable dans les conflits armés.

25. 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 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 Pacte.

26. Certains États ont aussi avancé l'argument selon lequel l'interdiction du génocide, formulée dans la convention du 9 décembre 1948 pour la prévention et la répression du crime de génocide, serait une règle pertinente du droit international coutumier que la Cour devrait appliquer en l'espèce. La Cour rappellera que le génocide est défini à l'article II de la convention comme

> «l'un quelconque des actes ci-après, commis dans l'intention de détruire, en tout ou en partie, un groupe national, ethnique, racial ou religieux, comme tel :
>
> *a)* Meurtre de membres du groupe;
>
> *b)* Atteinte grave à l'intégrité physique ou mentale de membres du groupe;
>
> *c)* Soumission intentionnelle du groupe à des conditions d'existence devant entraîner sa destruction physique totale ou partielle;
>
> *d)* Mesures visant à entraver les naissances au sein du groupe;
>
> *e)* Transfert forcé d'enfants du groupe à un autre groupe.»

Il a été soutenu devant la Cour que le nombre de morts que causerait l'emploi d'armes nucléaires serait énorme; que l'on pourrait, dans certains cas, compter parmi les victimes des membres d'un groupe national, ethnique, racial ou religieux particulier; et que l'intention de détruire de tels groupes pourrait être inférée du fait que l'utilisateur de l'arme nucléaire aurait omis de tenir compte des effets bien connus de l'emploi de ces armes.

La Cour relèvera à cet égard que l'interdiction du génocide serait une règle pertinente en l'occurrence s'il était établi que le recours aux armes nucléaires comporte effectivement l'élément d'intentionnalité, dirigé contre un groupe comme tel, que requiert la disposition sus-citée. Or, de l'avis de la

Cour, il ne serait possible de parvenir à une telle conclusion qu'après avoir pris dûment en considération les circonstances propres à chaque cas d'espèce.

*

27. Dans leurs exposés écrits et oraux, certains États ont en outre soutenu que tout emploi d'armes nucléaires serait illicite au regard des normes en vigueur en matière de sauvegarde et de protection de l'environnement, compte tenu de leur importance fondamentale.

Divers traités et instruments internationaux en vigueur ont été expressément cités, dont le Protocole additionnel I de 1977 aux Conventions de Genève de 1949 — qui, à son article 35, paragraphe 3, interdit l'emploi de «méthodes ou moyens de guerre qui sont conçus pour causer, ou dont on peut attendre qu'ils causeront, des dommages étendus, durables et graves à l'environnement naturel» — et la convention du 18 mai 1977 sur l'interdiction d'utiliser des techniques de modification de l'environnement à des fins militaires ou toutes autres fins hostiles — qui interdit l'emploi d'armes «ayant des effets étendus, durables ou graves» sur l'environnement (article premier). Ont également été citées la déclaration de Stockholm de 1972 (principe 21) et la déclaration de Rio de 1992 (principe 2) — qui expriment la conviction commune des États concernés qu'ils ont le devoir «de faire en sorte que les activités exercées dans les limites de leur juridiction ou sous leur contrôle ne causent pas de dommages à l'environnement dans d'autres États ou dans des régions [zones] ne relevant d'aucune juridiction nationale». Ces instruments, de même que d'autres dispositions relatives à la protection et à la sauvegarde de l'environnement, s'appliqueraient à tout moment, en temps de guerre comme en temps de paix, et seraient violés par l'emploi d'armes nucléaires ayant des effets étendus et transfrontaliers.

28. D'autres États ont, soit mis en question le caractère contraignant de ces dispositions du droit de l'environnement, soit contesté que la convention sur l'interdiction d'utiliser des techniques de modification de l'environnement à des fins militaires ou toutes autres fins hostiles ait un quelconque rapport avec l'emploi d'armes nucléaires dans un conflit armé, soit encore nié être liés de façon générale par les dispositions du protocole additionnel I, ou bien rappelé qu'ils avaient réservé leur position sur l'article 35, paragraphe 3, de celui-ci.

Certains États ont également soutenu que l'objet principal des traités et normes relatifs à l'environnement est de protéger l'environnement en temps de paix; que ces traités ne mentionnent pas les armes nucléaires; qu'ils ne se réfèrent ni à la guerre en général ni à la guerre nucléaire en particulier; et que ce serait fragiliser l'empire du droit et la confiance nécessaire aux négociations internationales que de faire dire aujourd'hui à ces traités qu'ils interdisent le recours aux armes nucléaires.

29. La Cour est consciente de ce que l'environnement est menacé jour après jour et de ce que l'emploi d'armes nucléaires pourrait constituer une catastrophe pour le milieu naturel. Elle a également conscience que l'environnement n'est pas une abstraction, mais bien l'espace où vivent les êtres humains et dont dépendent la qualité de leur vie et leur santé, y compris pour les générations à venir. L'obligation générale qu'ont les États de veiller à ce que les activités exercées dans les limites de leur juridiction ou sous leur contrôle respectent l'environnement dans d'autres États ou dans des zones

ne relevant d'aucune juridiction nationale fait maintenant partie du corps de règles du droit international de l'environnement.

30. La Cour est toutefois d'avis que la question n'est pas de savoir si les traités relatifs à la protection de l'environnement sont ou non applicables en période de conflit armé, mais bien de savoir si les obligations nées de ces traités ont été conçues comme imposant une abstention totale pendant un conflit armé.

La Cour n'estime pas que les traités en question aient entendu priver un État de l'exercice de son droit de légitime défense en vertu du droit international, au nom des obligations qui sont les siennes de protéger l'environnement. Néanmoins, les États doivent aujourd'hui tenir compte des considérations écologiques lorsqu'ils décident de ce qui est nécessaire et proportionné dans la poursuite d'objectifs militaires légitimes. Le respect de l'environnement est l'un des éléments qui permettent de juger si une action est conforme aux principes de nécessité et de proportionnalité.

Ce point de vue trouve d'ailleurs un appui dans le principe 24 de la déclaration de Rio, qui dispose :

> «La guerre exerce une action intrinsèquement destructrice sur le développement durable. Les États doivent donc respecter le droit international relatif à la protection de l'environnement en temps de conflit armé et participer à son développement, selon que de besoin.»

31. La Cour observera par ailleurs que l'article 35, paragraphe 3, et l'article 55 du Protocole additionnel I offrent à l'environnement une protection supplémentaire. Considérées ensemble, ces dispositions consacrent une obligation générale de protéger l'environnement naturel contre des dommages étendus, durables et graves; une interdiction d'utiliser des méthodes et moyens de guerre conçus pour causer, ou dont on peut attendre qu'ils causeront, de tels dommages; et une interdiction de mener des attaques contre l'environnement naturel à titre de représailles.

Ce sont là de puissantes contraintes pour tous les États qui ont souscrit à ces dispositions.

32. La résolution 47/37 de l'Assemblée générale du 25 novembre 1992, intitulée «Protection de l'environnement en période de conflit armé», présente également un intérêt à cet égard. Elle consacre l'opinion générale selon laquelle les considérations écologiques constituent l'un des éléments à prendre en compte dans la mise en oeuvre des principes du droit applicable dans les conflits armés. Elle précise en effet que «la destruction de l'environnement non justifiée par des nécessités militaires et ayant un caractère gratuit est manifestement contraire au droit international en vigueur». Tenant compte de ce que certains instruments ne sont pas encore contraignants pour tous les États, l'Assemblée générale, dans ladite résolution, «*[l]ance un appel* à tous les États qui ne l'ont pas encore fait pour qu'ils deviennent parties aux conventions internationales pertinentes.»

Dans l'ordonnance qu'elle a rendue récemment au sujet de la *Demande d'examen de la situation au titre du paragraphe 63 de l'arrêt rendu par la Cour le 20 décembre 1974 dans l'affaire des* Essais nucléaires (Nouvelle-Zélande c. France), la Cour a déclaré que la conclusion à laquelle elle était parvenue

était «sans préjudice des obligations des États concernant le respect et la protection de l'environnement naturel» (*ordonnance du 22 septembre 1995*, *C.I.J Recueil 1995*, p. 306, par. 64). Cette déclaration s'inscrivait certes dans le contexte des essais nucléaires; mais elle s'applique à l'évidence aussi à l'emploi d'armes nucléaires dans un conflit armé.

33. La Cour constate ainsi que, si le droit international existant relatif à la protection et à la sauvegarde de l'environnement n'interdit pas spécifiquement l'emploi d'armes nucléaires, il met en avant d'importantes considérations d'ordre écologique qui doivent être dûment prises en compte dans le cadre de la mise en oeuvre des principes et règles du droit applicable dans les conflits armés.

*

34. À la lumière de ce qui précède, la Cour conclut que le droit applicable à la question dont elle a été saisie qui est le plus directement pertinent est le droit relatif à l'emploi de la force, tel que consacré par la Charte des Nations Unies, et le droit applicable dans les conflits armés, qui régit la conduite des hostilités, ainsi que tous traités concernant spécifiquement l'arme nucléaire que la Cour pourrait considérer comme pertinents.

* *

35. En faisant application de ce droit en l'espèce, la Cour ne saurait cependant omettre de tenir compte de certaines caractéristiques propres aux armes nucléaires.

La Cour a pris note des définitions qui ont été données des armes nucléaires dans divers traités et accords. Elle observe en outre que les armes nucléaires sont des engins explosifs dont l'énergie procède de la fusion ou de la fission de l'atome. Par sa nature même, ce processus, dans le cas des armes nucléaires telles qu'elles existent aujourd'hui, libère non seulement d'énormes quantités de chaleur et d'énergie, mais aussi un rayonnement puissant et prolongé. Selon les éléments en possession de la Cour, les deux premières sources de dommages sont bien plus puissantes qu'elles ne le sont dans le cas d'autres armes, cependant que le phénomène du rayonnement est considéré comme particulier aux armes nucléaires. De par ces caractéristiques, l'arme nucléaire est potentiellement d'une nature catastrophique. Le pouvoir destructeur des armes nucléaires ne peut être endigué ni dans l'espace ni dans le temps. Ces armes ont le pouvoir de détruire toute civilisation, ainsi que l'écosystème tout entier de la planète.

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. De plus, l'emploi d'armes nucléaires ferait courir les dangers les plus graves aux générations futures. 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 futures.

36. En conséquence, pour appliquer correctement, en l'espèce, le droit de la Charte concernant l'emploi de la force, ainsi que le droit applicable dans

les conflits armés, et notamment le droit humanitaire, il est impératif que la Cour tienne compte des caractéristiques uniques de l'arme nucléaire, et en particulier de sa puissance destructrice, de sa capacité d'infliger des souffrances indicibles à l'homme, ainsi que de son pouvoir de causer des dommages aux générations à venir.

*
* *

37. La Cour examinera maintenant la question de la licéité ou de l'illicéité d'un recours aux armes nucléaires à la lumière des dispositions de la Charte qui ont trait à la menace ou à l'emploi de la force.

38. La Charte contient plusieurs dispositions relatives à la menace et à l'emploi de la force. L'article 2, paragraphe 4 interdit la menace ou l'emploi de la force contre l'intégrité territoriale ou l'indépendance politique de tout État, ou de toute autre manière incompatible avec les buts des Nations Unies. Ce paragraphe est ainsi libellé :

> «Les Membres de l'Organisation des Nations Unies s'abstiennent, dans leurs relations internationales, de recourir à la menace ou à l'emploi de la force, soit contre l'intégrité territoriale ou l'indépendance politique de tout État, soit de toute autre manière incompatible avec les buts des Nations Unies.»

L'interdiction de l'emploi de la force est à examiner à la lumière d'autres dispositions pertinentes de la Charte. En son Article 51, celle-ci reconnaît le droit naturel de légitime défense, individuelle ou collective, en cas d'agression armée. Un autre recours licite à la force est envisagé à l'Article 42, selon lequel le Conseil de sécurité peut prendre des mesures coercitives d'ordre militaire conformément au Chapitre VII de la Charte.

39. Ces dispositions ne mentionnent pas d'armes particulières. Elles s'appliquent à n'importe quel emploi de la force, indépendamment des armes employées. La Charte n'interdit ni ne permet expressément l'emploi d'aucune arme particulière, qu'il s'agisse ou non de l'arme nucléaire. Une arme qui est déjà par elle-même illicite, que ce soit du fait d'un traité ou de la coutume, ne devient pas licite du fait qu'elle est employée dans un but légitime en vertu de la Charte.

40. Le droit de recourir à la légitime défense conformément à l'Article 51 est soumis à des restrictions. Certaines de ces restrictions sont inhérentes à la notion même de légitime défense. D'autres sont précisées à l'Article 51.

41. La soumission de l'exercice du droit de légitime défense aux conditions de nécessité et de proportionnalité est une règle du droit international coutumier. Ainsi que la Cour l'a déclaré dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (*Nicaragua c. États-Unis d'Amérique*) (*CIJ Recueil 1986*, p. 94, par. 176), il existe une «règle spécifique ... bien établie en droit international coutumier» selon laquelle «la légitime défense ne justifierait que des mesures proportionnées à l'agression armée subie, et nécessaires pour y riposter». Cette double condition s'applique également dans le cas de l'Article 51 de la Charte, quels que soient les moyens mis en oeuvre.

42. Le principe de proportionnalité ne peut pas, par lui-même, exclure le recours aux armes nucléaires en légitime défense en toutes circonstances. Mais en même temps, un emploi de la force qui serait proportionné conformément au droit de la légitime défense doit, pour être licite, satisfaire aux exigences du droit applicable dans les conflits armés, dont en particulier les principes et règles du droit humanitaire.

43. Certains États ont avancé dans leurs exposés écrits et oraux que, dans le cas des armes nucléaires, la condition de proportionnalité doit être appréciée au regard d'autres facteurs encore. Ils soutiennent que la nature même de ces armes et la forte probabilité d'une escalade dans les échanges nucléaires engendrent des risques de dévastation extrêmement élevés. Le facteur risque exclut selon eux toute possibilité de respecter la condition de proportionnalité. La Cour n'a pas à se livrer à une étude quantitative de tels risques; elle n'a pas davantage à s'interroger sur le point de savoir s'il existe des armes nucléaires tactiques suffisamment précises pour limiter ces risques : il lui suffira de relever que la nature même de toute arme nucléaire et les risques graves qui lui sont associés sont des considérations supplémentaires que doivent garder à l'esprit les États qui croient pouvoir exercer une riposte nucléaire en légitime défense en respectant les exigences de la proportionnalité.

44. Hormis les conditions de nécessité et de proportionnalité, l'Article 51 exige spécifiquement que les mesures prises par les États dans l'exercice du droit de légitime défense soient immédiatement portées à la connaissance du Conseil de sécurité; cet article dispose en outre que ces mesures n'affectent en rien le pouvoir et le devoir qu'a le Conseil, en vertu de la Charte, d'agir à tout moment de la manière qu'il juge nécessaire pour maintenir ou rétablir la paix et la sécurité internationales. Ces prescriptions de l'Article 51 s'appliquent quels que soient les moyens utilisés en légitime défense.

45. La Cour relèvera que le Conseil de sécurité, dans le contexte de la prorogation du traité sur la non-prolifération des armes nucléaires, a adopté le 11 avril 1995 la résolution 984 (1995), aux termes de laquelle, d'une part, il

> «*[p]rend acte avec satisfaction* des déclarations faites par chacun des États dotés de l'arme nucléaire (S/1995/261, S/1995/262, S/1995/263, S/1995/264, S/1995/265), dans lesquelles ceux-ci ont donné aux États non dotés d'armes nucléaires qui sont parties au traité sur la non-prolifération des armes nucléaires des garanties de sécurité contre l'emploi de telles armes»

et, d'autre part, il

> «*[s]e félicite* que certains États aient exprimé l'intention de venir immédiatement en aide ou de prêter immédiatement un appui, conformément à la Charte, à tout État non doté d'armes nucléaires partie au traité sur la non-prolifération des armes nucléaires qui serait victime d'un acte d'agression avec l'emploi d'armes nucléaires ou serait menacé d'une telle agression.»

46. Certains États ont soutenu que l'emploi d'armes nucléaires à titre de représailles serait licite. La Cour n'a pas à se pencher, dans ce contexte, sur la question des représailles armées en temps de paix, qui sont considérées comme illicites. Elle n'a pas davantage à se prononcer sur la question des

représailles en temps de conflit armé, sinon pour observer qu'en tout état de cause tout droit de recourir à de telles représailles serait, comme le droit de légitime défense, régi, notamment, par le principe de proportionnalité.

47. En vue de diminuer ou d'éliminer les risques d'agression illicite, les États font parfois savoir qu'ils détiennent certaines armes destinées à être employées en légitime défense contre tout État qui violerait leur intégrité territoriale ou leur indépendance politique. La question de savoir si une intention affichée de recourir à la force, dans le cas où certains événements se produiraient, constitue ou non une «menace» au sens de l'Article 2, paragraphe 4, de la Charte est tributaire de divers facteurs. Si l'emploi de la force envisagé est lui-même illicite, se déclarer prêt à y recourir constitue une menace interdite en vertu de l'Article 2, paragraphe 4. Ainsi serait-il illicite pour un État de menacer un autre État de recourir à la force pour obtenir de lui un territoire ou pour l'obliger à suivre ou à ne pas suivre certaines orientations politiques ou économiques. Les notions de «menace» et d'«emploi» de la force au sens de l'Article 2, paragraphe 4 de la Charte vont de pair, en ce sens que si, dans un cas donné, l'emploi même de la force est illicite — pour quelque raison que ce soit — la menace d'y recourir le sera également. En bref, un État ne peut, de manière licite, se déclarer prêt à employer la force que si cet emploi est conforme aux dispositions de la Charte. Du reste, aucun État — qu'il ait défendu ou non la politique de dissuasion — n'a soutenu devant la Cour qu'il serait licite de menacer d'employer la force au cas où l'emploi de la force envisagé serait illicite.

48. Certains États ont avancé la thèse selon laquelle la possession d'armes nucléaires est par elle-même une menace illicite de recourir à la force. Il peut en effet être justifié d'inférer de la possession d'armes nucléaires qu'on est prêt à utiliser celles-ci. Pour être efficace, la politique de dissuasion, par laquelle les États qui détiennent des armes nucléaires ou qui se trouvent sous leur protection cherchent à décourager l'agression militaire en démontrant que cette dernière ne servira aucun objectif, nécessite que l'intention d'employer des armes nucléaires soit crédible. Qu'il y ait là une «menace» contraire à l'Article 2, paragraphe 4 dépend du fait de savoir si l'emploi précis de la force envisagé serait dirigé contre l'intégrité territoriale ou l'indépendance politique d'un État ou irait à l'encontre des buts des Nations Unies, ou encore si, dans l'hypothèse où il serait conçu comme un moyen de défense, il violerait nécessairement les principes de nécessité et de proportionnalité. Dans l'un et l'autre cas, non seulement l'emploi de la force, mais aussi la menace de l'employer, seraient illicites selon le droit de la Charte.

49. Par ailleurs, le Conseil de sécurité peut prendre des mesures coercitives en vertu du Chapitre VII de la Charte. Au vu des exposés qui lui ont été présentés, la Cour n'estime pas nécessaire de traiter des questions que pourrait soulever, dans un cas donné, l'application du Chapitre VII.

50. 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 dans ses écritures ou 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.

*
* *

51. La Cour, après avoir examiné les dispositions de la Charte relatives à la menace ou à l’emploi de la force, se penchera maintenant sur le droit applicable dans les situations de conflit armé. Elle traitera d’abord de la question de savoir s’il existe en droit international des règles spécifiques qui régissent la licéité ou l’illicéité du recours aux armes nucléaires en tant que telles; elle passera ensuite à l’examen de la question qui lui a été posée à la lumière du droit applicable dans les conflits armés proprement dit, c’est-à-dire des principes et règles du droit humanitaire applicable dans lesdits conflits ainsi que du droit de la neutralité.

* *

52. La Cour rappellera à titre liminaire qu’il n’existe aucune prescription spécifique de droit international coutumier ou conventionnel qui autoriserait la menace ou l’emploi d’armes nucléaires ou de quelque autre arme, en général ou dans certaines circonstances, en particulier lorsqu’il y a exercice justifié de la légitime défense. Il n’existe cependant pas davantage de principe ou de règle de droit international qui ferait dépendre d’une autorisation particulière la licéité de la menace ou de l’emploi d’armes nucléaires ou de toute autre arme. La pratique des États montre que l’illicéité de l’emploi de certaines armes en tant que telles ne résulte pas d’une absence d’autorisation, mais se trouve au contraire formulée en termes de prohibition.

*

53. La Cour doit donc se pencher sur la question de savoir s’il existe une interdiction de recourir aux armes nucléaires en tant que telles; elle recherchera d’abord s’il existe une prescription conventionnelle à cet effet.

54. À cet égard, il a été avancé que les armes nucléaires devraient être traitées de la même manière que les armes empoisonnées. Auquel cas, elles seraient prohibées :

a) Par la deuxième déclaration de La Haye du 29 juillet 1899 qui interdit «l’emploi de projectiles qui ont pour but unique de répandre des gaz asphyxiants ou délétères»;

b) Par l’article 23 *a)* du règlement concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre, annexé à la Convention IV de La Haye du 18 octobre 1907, selon lequel «il est notamment interdit : ... d’employer du poison ou des armes empoisonnées»; et

c) Par le Protocole de Genève du 17 juin 1925 qui interdit «l’emploi à la guerre de gaz asphyxiants, toxiques ou similaires, ainsi que de tous liquides, matières ou procédés analogues».

55. La Cour fera observer que le règlement annexé à la Convention IV de La Haye ne définit pas ce qu'il faut entendre par «du poison ou des armes empoisonnées» et que des interprétations divergentes existent sur ce point. Le Protocole de 1925 ne précise pas davantage le sens à donner aux termes «matières ou procédés analogues». Dans la pratique des États, ces termes ont été entendus dans leur sens ordinaire comme couvrant des armes dont l'effet premier, ou même exclusif, est d'empoisonner ou d'asphyxier. Ladite pratique est claire et les parties à ces instruments ne les ont pas considérés comme visant les armes nucléaires.

56. En considération de ce qui précède, il n'apparaît pas à la Cour que l'emploi d'armes nucléaires puisse être regardé comme spécifiquement interdit sur la base des dispositions susmentionnées de la deuxième déclaration de 1899, du règlement annexé à la Convention IV de 1907 ou du Protocole de 1925 (voir paragraphe 54 ci-dessus).

57. La tendance a été jusqu'à présent, en ce qui concerne les armes de destruction massive, de les déclarer illicites grâce à l'adoption d'instruments spécifiques. Les plus récents de ces instruments sont la convention du 10 avril 1972 sur l'interdiction de la mise au point, de la fabrication et du stockage des armes bactériologiques (biologiques) ou à toxines et sur leur destruction — qui interdit la détention d'armes bactériologiques ou à toxines et renforce l'interdiction de leur utilisation — et la convention du 13 janvier 1993 sur l'interdiction de la mise au point, de la fabrication, du stockage et de l'emploi des armes chimiques et sur leur destruction — qui interdit tout recours aux armes chimiques et exige la destruction des stocks existants. Chacun de ces instruments a été négocié et adopté dans un contexte propre et pour des motifs propres. La Cour ne trouve pas d'interdiction spécifique du recours aux armes nucléaires dans les traités qui prohibent expressément l'emploi de certaines armes de destruction massive.

58. Au cours des deux dernières décennies, de nombreuses négociations ont été menées au sujet des armes nucléaires; elles n'ont pas abouti à un traité d'interdiction générale du même type que pour les armes bactériologiques et chimiques. Cependant, plusieurs traités spécifiques ont été conclus en vue de limiter :

a) L'acquisition, la fabrication et la possession d'armes nucléaires (Traités de paix du 10 février 1947; Traité d'État du 15 mai 1955 portant rétablissement d'une Autriche indépendante et démocratique; Traité de Tlatelolco du 14 février 1967 visant l'interdiction des armes nucléaires en Amérique latine, et ses Protocoles additionnels; traité du 1er juillet 1968 sur la non-prolifération des armes nucléaires; Traité de Rarotonga du 6 août 1985 sur la zone dénucléarisée du Pacifique Sud, et ses Protocoles; Traité du 12 septembre 1990 portant règlement définitif concernant l'Allemagne);

b) Le déploiement d'armes nucléaires (Traité du 1er décembre 1959 sur l'Antarctique; Traité du 27 janvier 1967 sur les principes régissant les activités des États en matière d'exploration et d'utilisation de l'espace extra-atmosphérique, y compris la Lune et les autres corps célestes; Traité de Tlatelolco du 14 février 1967 visant l'interdiction des armes nucléaires en Amérique latine, et ses protocoles additionnels; traité du 11 février 1971 interdisant de placer des armes nucléaires et d'autres armes de destruction massive sur le fond des mers et des océans ainsi que

dans leur sous-sol; traité de Rarotonga du 6 août 1985 sur la zone dénucléarisée du Pacifique Sud, et ses Protocoles); et

c) Les essais nucléaires (Traité du 1er décembre 1959 sur l'Antarctique; Traité du 5 août 1963 interdisant les essais d'armes nucléaires dans l'atmosphère, dans l'espace extra-atmosphérique et sous l'eau; Traité du 27 janvier 1967 sur les principes régissant les activités des États en matière d'exploration et d'utilisation de l'espace extra-atmosphérique, y compris la Lune et les autres corps célestes; Traité de Tlatelolco du 14 février 1967 visant l'interdiction des armes nucléaires en Amérique latine, et ses Protocoles additionnels; Traité de Rarotonga du 6 août 1985 sur la zone dénucléarisée du Pacifique Sud, et ses Protocoles).

59. Il a été traité directement du recours aux armes nucléaires dans deux de ces conventions, ainsi que dans le contexte de la prorogation illimitée du traité de 1968 sur la non-prolifération des armes nucléaires :

a) Le Traité de Tlatelolco du 14 février 1967 visant l'interdiction des armes nucléaires en Amérique latine prohibe, en son article premier, l'emploi des armes nucléaires par les parties contractantes; il comporte en outre un Protocole additionnel II ouvert aux États dotés d'armes nucléaires extérieurs à la région, dont l'article 3 dispose :

> «Les gouvernements représentés par les plénipotentiaires soussignés s'engagent en outre à ne recourir ni à l'emploi d'armes nucléaires ni à la menace de leur emploi contre les parties contractantes au Traité visant l'interdiction des armes nucléaires en Amérique latine.»

Le Protocole a été signé et ratifié par les cinq États dotés d'armes nucléaires. Sa ratification a été accompagnée de déclarations diverses. Le Royaume-Uni, par exemple, a déclaré que «dans le cas d'un acte d'agression quelconque commis par une Partie contractante au Traité avec l'appui d'un État doté d'armes nucléaires», le Gouvernement britannique «serait libre de reconsidérer la mesure dans laquelle il pourrait être réputé engagé par les dispositions du Protocole additionnel II». Les États-Unis ont fait une déclaration similaire. Le Gouvernement français a pour sa part déclaré qu'il «interprète l'engagement énoncé à l'article 3 du Protocole comme ne faisant pas obstacle au plein exercice du droit de légitime défense confirmé par l'Article 51 de la Charte». La Chine a réaffirmé son engagement de ne pas être la première à faire usage des armes nucléaires. L'Union soviétique s'est réservé «le droit de réexaminer» les obligations que lui impose le Protocole additionnel II, notamment en cas d'agression perpétrée par un État partie au Traité «soit conjointement avec un État doté d'armes nucléaires, soit pour aider un tel État». Aucune de ces déclarations n'a suscité de commentaire ni d'objection de la part des parties au Traité de Tlatelolco.

b) Le Traité de Rarotonga du 6 août 1985 crée dans le Pacifique Sud une zone dénucléarisée dans laquelle les parties s'engagent à ne pas fabriquer, acquérir ou posséder quelque dispositif explosif nucléaire que ce soit (art. 3). À la différence du Traité de Tlatelolco, le Traité de Rarotonga ne prohibe pas expressément l'emploi de ces armes. Mais une telle prohibition est pour les États parties la conséquence nécessaire des interdictions prononcées par le Traité. Le Traité comporte divers

protocoles. Le Protocole 2, ouvert aux cinq États dotés d'armes nucléaires, précise, en son article premier, que

> «Chaque Partie s'engage à ne pas utiliser ou menacer d'utiliser un dispositif explosif nucléaire quelconque contre :
>
> *a)* Des Parties au Traité; ou
>
> *b)* Tout territoire situé à l'intérieur de la zone dénucléarisée du Pacifique Sud dont un État qui est devenu Partie au Protocole 1 est internationalement responsable.»

La Chine et la Russie sont parties à ce Protocole. En le signant, la Chine et l'Union soviétique ont chacune fait une déclaration par laquelle elles se sont réservé le «droit de réexaminer» leurs obligations en vertu dudit Protocole; l'Union soviétique s'est en outre référée à certaines circonstances dans lesquelles elle se considérerait comme dégagée de ces obligations. Les États-Unis, la France et le Royaume-Uni ont, pour leur part, signé le Protocole 2 le 25 mars 1996, mais ne l'ont pas encore ratifié. À cette occasion, la France a déclaré, d'une part, qu'aucune disposition de ce Protocole «ne saurait porter atteinte au plein exercice du droit naturel de légitime défense prévu à l'Article 51 de la Charte», et, d'autre part, que «l'engagement énoncé à l'article premier [dudit] Protocole équivaut aux garanties négatives de sécurité accordées par la France aux États non dotés d'armes nucléaires parties au Traité sur la non-prolifération», et que «ces garanties ne sauraient s'appliquer à des États non parties» à ce traité. Quant au Royaume-Uni, il a fait une déclaration par laquelle il a précisé les circonstances dans lesquelles il «ne serait pas lié par ses engagements au titre de l'article premier» du même Protocole.

c) En ce qui concerne le Traité sur la non-prolifération des armes nucléaires, les États-Unis, le Royaume-Uni et l'URSS avaient donné, lors de la signature du Traité en 1968, diverses garanties de sécurité aux États non dotés d'armes nucléaires qui y étaient parties. Dans sa résolution 255 (1968), le Conseil de sécurité avait accueilli avec satisfaction l'intention exprimée par ces trois États

> «de fournir ou d'appuyer une assistance immédiate, conformément à la Charte, à tout État non doté d'armes nucléaires partie au Traité sur la non-prolifération ... qui serait victime d'un acte ou l'objet d'une menace d'agression avec emploi d'armes nucléaires».

À l'occasion de la prorogation du Traité en 1995, les cinq États dotés d'armes nucléaires ont, par des déclarations unilatérales distinctes des 5 et 6 avril 1995, donné à leurs partenaires non dotés d'armes nucléaires des garanties de sécurité positives et négatives contre l'emploi de telles armes. Les cinq États dotés d'armes nucléaires se sont tous, en premier lieu, engagés à ne pas utiliser d'armes nucléaires contre des États non dotés de telles armes, parties au traité sur la non-prolifération des armes nucléaires. Toutefois ces États, hormis la Chine, ont formulé une exception concernant le cas d'une invasion ou de toute autre attaque menée ou soutenue contre eux, leur territoire, leurs forces armées ou leurs alliés, ou contre un État envers lequel ils auraient un engagement de sécurité, par un État non doté d'armes nucléaires, partie au Traité sur la

non-prolifération, en alliance ou en association avec un État doté d'armes nucléaires. En tant que membre permanent du Conseil de sécurité, chacun des États dotés d'armes nucléaires s'est engagé en deuxième lieu, en cas d'agression avec emploi d'armes nucléaires, ou de menace d'une telle agression à l'encontre d'un État non doté d'armes nucléaires, à saisir sans délai le Conseil de sécurité et à agir en son sein pour que celui-ci prenne des mesures immédiates en vue de fournir, conformément à la Charte, l'assistance nécessaire à l'État victime (les formules employées variant légèrement). Le Conseil de sécurité, en adoptant à l'unanimité sa résolution 984 (1995) précitée du 11 avril 1995, a pris acte avec satisfaction de ces déclarations. Il a également reconnu

«que les États dotés d'armes nucléaires qui sont membres permanents du Conseil de sécurité porteront immédiatement la question à l'attention du Conseil et s'emploieront à obtenir que celui-ci fournisse, conformément à la Charte, l'assistance nécessaire à l'État victime»

et s'est félicité de ce

> «que certains États aient exprimé l'intention de venir immédiatement en aide ou de prêter immédiatement un appui, conformément à la Charte, à tout État non doté d'armes nucléaires partie au Traité sur la non-prolifération des armes nucléaires qui serait victime d'un acte d'agression avec emploi d'armes nucléaires ou serait menacé d'une telle agression.»

60. Les États qui estiment que le recours aux armes nucléaires est illicite soulignent que les conventions qui comportent diverses règles de limitation ou d'élimination de l'arme nucléaire dans des espaces déterminés (comme le Traité de 1959 sur l'Antarctique qui interdit le déploiement des armes nucléaires dans l'Antarctique, ou le Traité de Tlatelolco de 1967 qui crée une zone exempte d'armes nucléaires en Amérique latine) et les conventions qui appliquent des mesures de contrôle et de limitation à l'existence des armes nucléaires (comme le Traité de 1963 sur l'interdiction partielle des essais nucléaires ou le Traité sur la non-prolifération des armes nucléaires) fixent toutes des limites à l'emploi d'armes nucléaires. Selon eux, ces traités témoignent à leur manière de l'émergence d'une norme de prohibition juridique complète de toute utilisation d'armes nucléaires.

61. Les États qui soutiennent que le recours aux armes nucléaires est licite dans certaines circonstances voient une contradiction logique dans une telle conclusion. Selon eux ces traités, tel le Traité sur la non-prolifération des armes nucléaires, de même que les résolutions 255 (1968) et 984 (1995) du Conseil de sécurité, qui prennent acte des garanties de sécurité données par les États dotés d'armes nucléaires aux États qui n'en sont pas dotés en cas d'agression nucléaire contre ces derniers, ne sauraient être compris comme prohibant l'emploi d'armes nucléaires; et une telle prétention serait contraire à la lettre même de ces instruments. Pour les partisans de la licéité du recours aux armes nucléaires dans certaines circonstances, il n'existe aucune interdiction absolue d'utiliser de telles armes. La logique et la structure mêmes du traité sur la non-prolifération des armes nucléaires le confirment. Ce Traité, aux termes duquel, soutiennent-ils, la possession d'armes nucléaires par les cinq États qui en sont dotés a été acceptée, ne saurait être regardé comme un traité qui en proscrirait l'emploi par ces mêmes États; admettre le fait que

ces États possèdent l'arme nucléaire reviendrait à reconnaître que cette arme peut être employée dans certaines circonstances. Quant aux garanties de sécurité données par les États dotés d'armes nucléaires en 1968 et, plus récemment, dans le contexte de la conférence de 1995 des parties au traité sur la non-prolifération des armes nucléaires chargée d'examiner le traité et la question de sa prorogation, elles ne pourraient davantage être conçues sans présupposer qu'il existe des circonstances dans lesquelles des armes nucléaires pourraient être utilisées de manière licite. Pour les défenseurs de la licéité du recours aux armes nucléaires dans certaines circonstances, l'acceptation des instruments susvisés par les différents États non dotés d'armes nucléaires confirmerait et renforcerait la logique évidente sur laquelle se fondent ces instruments.

62. La Cour note que les traités qui portent exclusivement sur l'acquisition, la fabrication, la possession, le déploiement et la mise à l'essai d'armes nucléaires, sans traiter spécifiquement de la menace ou de l'emploi de ces armes, témoignent manifestement des préoccupations que ces armes inspirent de plus en plus à la communauté internationale; elle en conclut que ces traités pourraient en conséquence être perçus comme annonçant une future interdiction générale de l'utilisation desdites armes, mais ne comportent pas en eux-mêmes une telle interdiction. Pour ce qui est des Traités de Tlatelolco et de Rarotonga et leurs Protocoles, ainsi que des déclarations faites dans le contexte de la prorogation illimitée du traité sur la non-prolifération des armes nucléaires, il ressort de ces instruments :

a) Qu'un certain nombre d'États se sont engagés à ne pas employer d'armes nucléaires dans certaines zones (Amérique latine, Pacifique Sud) ou contre certains autres États (États non dotés d'armes nucléaires parties au traité sur la non-prolifération des armes nucléaires);

b) Que toutefois, même dans ce cadre, les États dotés d'armes nucléaires se sont réservé le droit de recourir à ces armes dans certaines circonstances; et

c) Que ces réserves n'ont suscité aucune objection de la part des parties aux Traités de Tlatelolco ou de Rarotonga, ou de la part du Conseil de sécurité.

63. Ces deux Traités, les garanties de sécurité données en 1995 par les États dotés d'armes nucléaires et le fait que le Conseil de sécurité en ait pris acte avec satisfaction montrent que l'on se rend de mieux en mieux compte de la nécessité d'affranchir la communauté des États et le grand public international des dangers qui résultent de l'existence des armes nucléaires. La Cour relève d'ailleurs que tout récemment encore ont été signés, le 15 décembre 1995, à Bangkok, un Traité sur la dénucléarisation du sud-est asiatique, et le 11 avril 1996, au Caire, un traité sur une zone exempte d'armes nucléaires en Afrique. Elle ne regarde cependant pas ces éléments comme constitutifs d'une interdiction conventionnelle complète et universelle d'emploi ou de menace d'emploi de ces armes en tant que telles.

*

64. La Cour passera maintenant à l'examen du droit international coutumier à l'effet d'établir si on peut tirer de cette source de droit une interdiction de la menace ou de l'emploi des armes nucléaires en tant que

telles. Ainsi que la Cour l'a déclaré, la substance du droit international coutumier doit «être recherchée en premier lieu dans la pratique effective et l'*opinio juris* des États» (*Plateau continental (Jamahiriya arabe libyenne/Malte), arrêt*, *CIJ Recueil 1985*, p. 29, par. 27).

65. Les États qui soutiennent que l'utilisation d'armes nucléaires est illicite se sont employés à démontrer l'existence d'une règle coutumière portant interdiction de cette utilisation. Ils se réfèrent à une pratique constante de non-utilisation des armes nucléaires par les États depuis 1945, et veulent voir dans cette pratique l'expression d'une *opinio juris* des détenteurs de ces armes.

66. Certains autres États, qui affirment la licéité de la menace et de l'emploi d'armes nucléaires dans certaines circonstances, ont invoqué à l'appui de leur thèse la doctrine et la pratique de la dissuasion. Ils rappellent qu'ils se sont toujours réservé, de concert avec certains autres États, le droit d'utiliser ces armes dans l'exercice du droit de légitime défense contre une agression armée mettant en danger leurs intérêts vitaux en matière de sécurité. À leurs yeux, si les armes nucléaires n'ont pas été utilisées depuis 1945, ce n'est pas en raison d'une coutume existante ou en voie de création, mais simplement parce que les circonstances susceptibles de justifier leur emploi ne se sont heureusement pas présentées.

67. La Cour n'entend pas se prononcer ici sur la pratique dénommée «politique de dissuasion». Elle constate qu'il est de fait qu'un certain nombre d'États ont adhéré à cette pratique pendant la plus grande partie de la guerre froide et continuent d'y adhérer. De surcroît, les membres de la communauté internationale sont profondément divisés sur le point de savoir si le non-recours aux armes nucléaires pendant les cinquante dernières années constitue l'expression d'une *opinio juris*. Dans ces conditions, la Cour n'estime pas pouvoir conclure à l'existence d'une telle *opinio juris*.

68. Selon certains États, l'abondante série de résolutions de l'Assemblée générale qui, depuis la résolution 1653 (XVI) du 24 novembre 1961, ont trait aux armes nucléaires et affirment avec une constante régularité l'illicéité des armes nucléaires, traduit l'existence d'une règle de droit international coutumier qui prohibe le recours à ces armes. Selon d'autres États, cependant, ces résolutions n'ont aucun caractère obligatoire par elles-mêmes et ne sont déclaratoires d'aucune règle coutumière d'interdiction de l'arme nucléaire; certains de ces États ont également fait observer que cette série de résolutions n'a, non seulement pas été approuvée par la totalité des États dotés d'armes nucléaires, mais ne l'a pas davantage été par de nombreux autres États.

69. Les États qui considèrent que l'emploi d'armes nucléaires est illicite ont indiqué que ces résolutions ne prétendaient pas créer de nouvelles règles, mais se bornaient à confirmer le droit coutumier relatif à la prohibition des moyens ou méthodes de guerre qui excèdent, par leur utilisation, les limites de ce qui est autorisé dans la conduite d'hostilités. Ils sont d'avis que les résolutions considérées n'ont fait qu'appliquer aux armes nucléaires les règles existantes du droit international applicable dans les conflits armés; elles n'auraient constitué que «l'enveloppe» ou l'*instrumentum* contenant des règles coutumières de droit international déjà existantes. Pour ces États, il importerait donc peu que l'*instrumentum* se soit heurté à des votes négatifs, qui ne peuvent avoir pour effet d'annihiler ces règles coutumières, confirmées par le droit conventionnel.

70. La Cour rappellera que les résolutions de l'Assemblée générale, même si elles n'ont pas force obligatoire, peuvent parfois avoir une valeur normative. Elles peuvent, dans certaines circonstances, fournir des éléments de preuve importants pour établir l'existence d'une règle ou l'émergence d'une *opinio juris*. Pour savoir si cela est vrai d'une résolution donnée de l'Assemblée générale, il faut en examiner le contenu ainsi que les conditions d'adoption; il faut en outre vérifier s'il existe une *opinio juris* quant à son caractère normatif. Par ailleurs des résolutions successives peuvent illustrer l'évolution progressive de l'*opinio juris* nécessaire à l'établissement d'une règle nouvelle.

71. Si on les considère dans leur ensemble, les résolutions de l'Assemblée générale invoquées devant la Cour déclarent que l'emploi d'armes nucléaires serait «une violation directe de la Charte» et, dans certaines versions, que cet emploi «doit ... être interdit»; dans ces résolutions, l'Assemblée générale a parfois mis l'accent, plutôt, sur diverses questions connexes. Plusieurs résolutions dont il est question en l'espèce ont cependant été adoptées avec un nombre non négligeable de voix contre et d'abstentions. Ainsi, bien que lesdites résolutions constituent la manifestation claire d'une inquiétude profonde à l'égard du problème des armes nucléaires, elles n'établissent pas encore l'existence d'une *opinio juris* quant à l'illicéité de l'emploi de ces armes.

72. La Cour note par ailleurs que la première des résolutions de l'Assemblée générale à avoir proclamé expressément l'illicéité du recours à l'arme nucléaire — la résolution 1653 (XVI) du 24 novembre 1961 (mentionnée dans des résolutions ultérieures) — après avoir fait référence à certaines déclarations internationales et à certains accords obligatoires allant de la déclaration de Saint-Pétersbourg de 1868 au Protocole de Genève de 1925, a procédé à une qualification de la nature juridique de l'arme nucléaire, à une détermination de ses effets et à l'application de règles générales du droit international coutumier à l'arme nucléaire en particulier. Cette application par l'Assemblée de règles générales du droit coutumier au cas particulier de l'arme nucléaire indique qu'à ses yeux il n'existait pas de règle spécifique de droit coutumier interdisant l'emploi de l'arme nucléaire; si une telle règle avait existé, l'Assemblée générale aurait, en effet, pu se contenter de s'y référer et n'aurait pas eu à se livrer à un tel exercice de qualification juridique.

73. Cela étant, la Cour observera que l'adoption chaque année par l'Assemblée générale, à une large majorité, de résolutions rappelant le contenu de la résolution 1653 (XVI) et priant les États Membres de conclure une convention interdisant l'emploi d'armes nucléaires en toute circonstance est révélatrice du désir d'une très grande partie de la communauté internationale de franchir, par une interdiction spécifique et expresse de l'emploi de l'arme nucléaire, une étape significative sur le chemin menant au désarmement nucléaire complet. L'apparition, en tant que *lex lata*, d'une règle coutumière prohibant spécifiquement l'emploi des armes nucléaires en tant que telles se heurte aux tensions qui subsistent entre, d'une part, une *opinio juris* naissante et, d'autre part, une adhésion encore forte à la pratique de la dissuasion.

* *

74. La Cour n'ayant pas trouvé de règle conventionnelle de portée générale, ni de règle coutumière interdisant spécifiquement la menace ou l'emploi des armes nucléaires en tant que telles, elle abordera maintenant la question de savoir si le recours aux armes nucléaires doit être considéré comme

illicite au regard des principes et règles du droit international humanitaire applicable dans les conflits armés, ainsi que du droit de la neutralité.

75. De nombreuses règles coutumières se sont développées, de par la pratique des États, et font partie intégrante du droit international pertinent en l'espèce. Il s'agit des «lois et coutumes de la guerre» — selon l'expression traditionnelle — qui furent l'objet des efforts de codification entrepris à La Haye (Conventions de 1899 et de 1907 notamment) et se fondaient partiellement sur la déclaration de Saint-Pétersbourg de 1868 ainsi que sur les résultats de la conférence de Bruxelles de 1874. Ce «droit de La Haye», et notamment le règlement concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre, fixe les droits et les devoirs des belligérants dans la conduite des opérations et limite le choix des moyens de nuire à l'ennemi dans les conflits armés internationaux. Il convient d'y ajouter le «droit de Genève» (les conventions de 1864, 1906, 1929 et de 1949), qui protège les victimes de la guerre et vise à sauvegarder les membres des forces armées mis hors de combat et les personnes qui ne participent pas aux hostilités. Ces deux branches du droit applicable dans les conflits armés ont développé des rapports si étroits qu'ils sont regardés comme ayant fondé graduellement un seul système complexe, qu'on appelle aujourd'hui droit international humanitaire. Les dispositions des protocoles additionnels de 1977 expriment et attestent l'unité et la complexité de ce droit.

76. Dès le début du siècle, l'apparition de nouveaux moyens de combat a — sans pour autant remettre en question les anciens principes et règles du droit international — rendu nécessaires des interdictions spécifiques concernant l'emploi de certaines armes telles que les projectiles explosifs d'un poids inférieur à 400 grammes, les balles dum-dum et les gaz asphyxiants. Puis le Protocole de Genève de 1925 a porté prohibition des armes chimiques et bactériologiques. Plus récemment, l'emploi d'armes produisant des «éclats non localisables», de certains types de «mines, pièges et autres dispositifs», ainsi que d'«armes incendiaires» a été, selon les cas, interdit ou limité par la convention du 10 octobre 1980 sur l'interdiction ou la limitation de l'emploi de certaines armes classiques qui peuvent être considérées comme produisant des effets traumatiques excessifs ou comme frappant sans discrimination. Les dispositions de la convention concernant les «mines, pièges et autres dispositifs» viennent d'être amendées le 3 mai 1996 et réglementent désormais plus en détail, notamment, l'emploi des mines terrestres antipersonnel.

77. Il ressort de ce qui précède que la conduite d'opérations militaires est soumise à un ensemble de prescriptions juridiques. Il en est ainsi car «les belligérants n'ont pas un droit illimité quant au choix des moyens de nuire à l'ennemi», comme le précise l'article 22 du règlement de La Haye de 1907 concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre. La déclaration de Saint-Pétersbourg avait déjà condamné l'«emploi d'armes qui aggraveraient inutilement les souffrances des hommes mis hors de combat, ou rendraient leur mort inévitable». Le règlement concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre évoqué ci-dessus, qui est annexé à la Convention IV de La Haye de 1907, interdit «d'employer des armes, des projectiles ou des matières propres à causer des maux superflus» (art. 23).

78. Les principes cardinaux contenus dans les textes formant le tissu du droit humanitaire sont les suivants. Le premier principe est destiné à protéger la population civile et les biens de caractère civil, et établit la distinction entre combattants et non-combattants; les États ne doivent jamais prendre pour cible des civils, ni en conséquence utiliser des armes qui sont dans l'incapacité de distinguer entre cibles civiles et cibles militaires. Selon le

second principe, il ne faut pas causer des maux superflus aux combattants : il est donc interdit d'utiliser des armes leur causant de tels maux ou aggravant inutilement leurs souffrances; en application de ce second principe, les États n'ont pas un choix illimité quant aux armes qu'ils emploient.

La Cour citera également, en relation avec ces principes, la clause de Martens, énoncée pour la première fois dans la Convention II de La Haye de 1899 concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre, et qui s'est révélée être un moyen efficace pour faire face à l'évolution rapide des techniques militaires. Une version contemporaine de ladite clause se trouve à l'article premier, paragraphe 2, du Protocole additionnel I de 1977, qui se lit comme suit :

> «Dans les cas non prévus par le présent protocole ou par d'autres accords internationaux, les personnes civiles et les combattants restent sous la sauvegarde et sous l'empire des principes du droit des gens, tels qu'ils résultent des usages établis, des principes de l'humanité et des exigences de la conscience publique.»

Conformément aux principes susmentionnés, le droit humanitaire a très tôt banni certaines armes, soit parce qu'elles frappaient de façon indiscriminée les combattants et les populations civiles, soit parce qu'elles causaient aux combattants des souffrances inutiles, c'est-à-dire des souffrances supérieures aux maux inévitables que suppose la réalisation d'objectifs militaires légitimes. Dans le cas où l'emploi envisagé d'une arme ne satisferait pas aux exigences du droit humanitaire, la menace d'un tel emploi contreviendrait elle aussi à ce droit.

79. C'est sans doute parce qu'un grand nombre de règles du droit humanitaire applicable dans les conflits armés sont si fondamentales pour le respect de la personne humaine et pour des «considérations élémentaires d'humanité», selon l'expression utilisée par la Cour dans son arrêt du 9 avril 1949 rendu en l'affaire du *Détroit de Corfou* (*CIJ Recueil 1949*, p. 22), que la Convention IV de La Haye et les Conventions de Genève ont bénéficié d'une large adhésion des États. Ces règles fondamentales s'imposent d'ailleurs à tous les États, qu'ils aient ou non ratifié les instruments conventionnels qui les expriment, parce qu'elles constituent des principes intransgressibles du droit international coutumier.

80. Déjà en 1945, le Tribunal militaire international de Nuremberg avait jugé que les règles humanitaires contenues dans le règlement annexé à la Convention IV de La Haye de 1907 «étaient admises par tous les États civilisés et regardées par eux comme l'expression, codifiée, des lois et coutumes de la guerre» (*Procès des grands criminels de guerre devant le Tribunal militaire international*, Nuremberg, 14 novembre 1945 — 1er octobre 1946, Nuremberg, 1947, vol. 1, p. 267).

81. Dans le rapport qu'il a établi en application du paragraphe 2 de la résolution 808 (1993) du Conseil de sécurité, par lequel il présentait le statut du tribunal international chargé de poursuivre les personnes présumées responsables de violations graves du droit international humanitaire commises sur le territoire de l'ex-Yougoslavie depuis 1991 — rapport unanimement approuvé par le Conseil de sécurité (résolution 827 (1993)) — le Secrétaire général déclarait ce qui suit :

> «De l'avis du Secrétaire général, l'application du principe *nullum crimen sine lege* exige que le Tribunal international applique des règles du droit international humanitaire qui font partie sans aucun doute possible du droit coutumier...
>
> La partie du droit international humanitaire conventionnel qui est sans aucun doute devenue partie du droit international coutumier est le droit applicable aux conflits armés qui fait l'objet des instruments suivants : les Conventions de Genève du 12 août 1949 pour la protection des victimes de la guerre; la Convention de La Haye (IV) concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre et les règles y annexées du 18 octobre 1907; la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide du 9 décembre 1948 et le statut du Tribunal militaire international du 8 août 1945.»

82. La large codification du droit humanitaire et l'étendue de l'adhésion aux traités qui en ont résulté, ainsi que le fait que les clauses de dénonciation contenues dans les instruments de codification n'ont jamais été utilisées, ont permis à la communauté internationale de disposer d'un corps de règles conventionnelles qui étaient déjà devenues coutumières dans leur grande majorité et qui correspondaient aux principes humanitaires les plus universellement reconnus. Ces règles indiquent ce que sont les conduites et comportements normalement attendus des États.

83. Il a été soutenu au cours de la présente procédure que ces principes et règles du droit humanitaire font partie du *jus cogens* tel que le définit l'article 53 de la Convention de Vienne sur le droit des traités du 23 mai 1969. La question de savoir si une règle fait partie du *jus cogens* a trait à la nature juridique de cette règle. La demande que l'Assemblée générale a adressée à la Cour soulève la question de l'applicabilité des principes et règles du droit humanitaire en cas de recours aux armes nucléaires, et celle des conséquences que cette applicabilité aurait sur la licéité du recours à ces armes; mais elle ne soulève pas la question de savoir quelle serait la nature du droit humanitaire qui s'appliquerait à l'emploi des armes nucléaires. La Cour n'a donc pas à se prononcer sur ce point.

84. La Cour n'a pas non plus à s'étendre sur la question de l'applicabilité aux armes nucléaires du Protocole additionnel I de 1977. Il lui suffira d'observer que, si la conférence diplomatique de 1974-1977 n'a consacré aucun débat de fond à la question nucléaire et si aucune solution spécifique concernant cette question n'y a été avancée, le Protocole additionnel I n'a en aucune manière remplacé les règles générales coutumières qui s'appliquaient à tous les moyens et toutes les méthodes de combat, y compris les armes nucléaires. La Cour rappellera en particulier que tous les États sont liés par celles des règles du Protocole additionnel I qui ne représentaient, au moment de leur adoption, que l'expression du droit coutumier préexistant, comme c'est le cas de la clause de Martens, réaffirmée à l'article premier dudit Protocole. Le fait que la conférence de 1974-1977 n'ait pas traité spécifiquement de certains types d'armes ne permet de tirer aucune conclusion juridique quant aux problèmes de fond que le recours à ces armes soulèverait.

85. Passant ensuite à la question de l'applicabilité des principes et règles du droit humanitaire à la menace ou à l'emploi éventuels d'armes nucléaires, la Cour note que des doutes ont parfois été exprimés sur ce point, au motif que les principes et règles en question se sont développés avant l'invention des armes nucléaires et que les conférences de Genève de 1949 et

de 1974-1977, qui ont adopté, respectivement, les quatre conventions de Genève de 1949 et les deux protocoles additionnels y relatifs, n'ont pas spécifiquement traité des armes nucléaires. Ce point de vue est toutefois très minoritaire. De l'avis de la grande majorité des États et de la doctrine, il ne fait aucun doute que le droit humanitaire s'applique aux armes nucléaires.

86. La Cour partage cet avis. Certes les armes nucléaires ont été inventées après l'apparition de la plupart des principes et règles du droit humanitaire applicable dans les conflits armés, les conférences de 1949 et de 1974-1977 n'ont pas traité de ces armes et celles-ci sont différentes des armes classiques tant sur le plan qualitatif que sur le plan quantitatif. On ne peut cependant en conclure que les principes et règles établis du droit humanitaire applicable dans les conflits armés ne s'appliquent pas aux armes nucléaires. Une telle conclusion méconnaîtrait la nature intrinsèquement humanitaire des principes juridiques en jeu, qui imprègnent tout le droit des conflits armés et s'appliquent à toutes les formes de guerre et à toutes les armes, celles du passé, comme celles du présent et de l'avenir. Il est significatif à cet égard que la thèse selon laquelle les règles du droit humanitaire ne s'appliqueraient pas aux armes nouvelles, en raison même de leur nouveauté, n'ait pas été invoquée en l'espèce. Tout au contraire, l'argument suivant lequel ces armes échapperaient par leur nouveauté au droit international humanitaire a été expressément rejeté en ces termes :

> «De manière générale, le droit international humanitaire s'applique à la menace ou à l'emploi d'armes nucléaires comme il s'applique à d'autres armes.
>
> Le droit international humanitaire a évolué pour tenir compte des circonstances et son application ne se limite pas aux armements du passé. Les principes fondamentaux de ce droit demeurent : atténuer et limiter la cruauté de la guerre pour des raisons humanitaires.» (Nouvelle-Zélande, exposé écrit, p. 15, par. 63-64)

Aucun des exposés présentés à la Cour n'a préconisé de quelque façon que ce soit la liberté de recourir aux armes nucléaires en dehors de toute contrainte humanitaire. Bien au contraire, il a été soutenu expressément ce qui suit :

> «les restrictions imposées par les règles applicables aux conflits armés en ce qui concerne les moyens et méthodes de guerre s'étendent assurément aux armes nucléaires» (Fédération de Russie, exposé oral, CR 95/29, p. 52);
>
> «en ce qui concerne le droit coutumier de la guerre, le Royaume-Uni a toujours admis que l'emploi d'armes nucléaires est assujetti aux principes généraux du *jus in bello*» (Royaume-Uni, exposé oral, CR 95/34, p. 45); et
>
> «cela fait longtemps que les États-Unis pensent que le droit des conflits armés régit l'emploi d'armes nucléaires comme il régit d'ailleurs celui d'armes classiques» (États-Unis d'Amérique, exposé oral, CR 95/34, p. 85).

87. Enfin, la Cour voit dans la clause de Martens, qui continue indubitablement d'exister et d'être applicable, la confirmation que les principes et règles du droit humanitaire s'appliquent aux armes nucléaires.

*

88. La Cour abordera maintenant l'examen du principe de neutralité, qui a été évoqué par certains États. Dans le cadre de la procédure consultative engagée devant la Cour par l'OMS au sujet de la *Licéité de l'utilisation des armes nucléaires par un État dans un conflit armé*, la situation a été présentée comme suit par un État :

> «Dans sa portée classique, le principe de neutralité était destiné à prévenir l'incursion de forces belligérantes sur le territoire d'un État neutre, ou bien les attaques dirigées contre les personnes ou les navires d'États neutres. C'est ainsi que «le territoire des puissances neutres est inviolable» (article premier de la Convention V de La Haye concernant les droits et devoirs des puissances et des personnes neutres en cas de guerre sur terre, conclue le 18 octobre 1907); «les belligérants sont tenus de respecter les droits souverains des puissances neutres...» (article premier de la Convention XIII de La Haye concernant les droits et devoirs des puissances neutres en cas de guerre maritime, conclue le 18 octobre 1907); «les États neutres ont le même intérêt à ce que leurs droits soient respectés par les belligérants...» (préambule à la convention concernant la neutralité maritime, conclue le 20 février 1928). Il est évident, cependant, que le principe de neutralité s'applique avec une force égale aux incursions transfrontières de forces armées et aux dommages transfrontières causés à un État neutre par l'utilisation d'une arme dans un État belligérant.» (*Licéité de l'utilisation des armes nucléaires par un État dans un conflit armé*, Nauru, exposé écrit (I), p. 35, IV E)

Le principe ainsi circonscrit est présenté comme un élément établi du droit international coutumier.

89. La Cour estime que, comme dans le cas des principes du droit humanitaire applicable dans les conflits armés, le droit international ne laisse aucun doute quant au fait que le principe de neutralité — quel qu'en soit le contenu —, qui a un caractère fondamental analogue à celui des principes et règles humanitaires, s'applique (sous réserve des dispositions pertinentes de la Charte des Nations Unies) à tous les conflits armés internationaux, quel que soit le type d'arme utilisé.

*

90. Si l'applicabilité aux armes nucléaires des principes et règles du droit humanitaire ainsi que du principe de neutralité n'est guère contestée, les conséquences qu'il y a lieu de tirer de cette applicabilité sont en revanche controversées.

91. Selon un point de vue, le fait que le recours aux armes nucléaires soit régi par le droit des conflits armés ne signifie pas nécessairement qu'il soit interdit en tant que tel. Comme un État l'a dit devant la Cour :

«à supposer que l'emploi d'armes nucléaires par un État réponde aux exigences de la légitime défense, encore faut-il considérer s'il respecte les principes fondamentaux du droit des conflits armés régissant la conduite des hostilités» (Royaume-Uni, exposé écrit, p. 40, par. 3.44);

«la licéité de l'utilisation d'armes nucléaires doit donc s'apprécier au regard des principes applicables du droit international concernant l'emploi de la force et la conduite des hostilités, comme c'est le cas pour les autres méthodes et moyens de guerre» [Royaume-Uni, exposé écrit, p. 75, par. 4.2 3)]; et

«en réalité, les armes nucléaires peuvent être utilisées dans une large variété de circonstances, avec des résultats très différents du point de vue des pertes civiles probables. Dans certains cas, tel l'emploi d'une arme nucléaire de faible puissance contre des navires de guerre en haute mer ou sur des troupes dans une région à la population très clairsemée, il est possible d'envisager une attaque nucléaire produisant relativement peu de pertes civiles. Il n'est absolument pas exact que toute utilisation d'armes nucléaires contre un objectif militaire s'accompagnerait inévitablement de très lourdes pertes civiles.» (Royaume-Uni, exposé écrit, p. 53, par. 3.70; voir également États-Unis d'Amérique, exposé oral, CR 95/34, p. 89-90)

92. Selon un autre point de vue, le recours aux armes nucléaires ne pourrait en aucun cas être compatible avec les principes et règles du droit humanitaire, et est donc interdit. Dans le cas où elles seraient employées, les armes nucléaires seraient en toute hypothèse dans l'incapacité de faire la distinction entre population civile et combattants ou entre biens de caractère civil et objectifs militaires, et leurs effets, largement incontrôlables, ne pourraient être restreints, ni dans le temps ni dans l'espace, à des cibles militaires légitimes. Ces armes tueraient et détruiraient d'une façon nécessairement indiscriminée du fait du souffle, de la chaleur et du rayonnement provoqués par l'explosion nucléaire et des effets induits de celle-ci; et le nombre de victimes qui s'ensuivrait serait énorme. L'utilisation de l'arme nucléaire serait donc prohibée en toute circonstance, et cela même en l'absence d'une interdiction conventionnelle explicite. C'est précisément en s'appuyant sur cette idée que certains États ont indiqué à la Cour que les armes nucléaires sont par leur nature illicites au regard du droit international coutumier, en vertu du principe fondamental d'humanité.

93. Une opinion analogue a été exprimée pour ce qui est des effets du principe de neutralité. Il a ainsi été soutenu par certains que ce principe, comme les principes et règles du droit humanitaire, prohiberait l'emploi d'une arme dont les effets ne pourraient être limités en toute certitude aux territoires des États en conflit.

94. La Cour relèvera qu'aucun des États qui soutiennent qu'il serait licite d'utiliser des armes nucléaires dans certaines circonstances, et notamment d'utiliser «proprement» des armes nucléaires plus petites, de faible puissance ou tactiques, n'a indiqué quelles seraient — à supposer que cet emploi limité soit réellement possible — les circonstances précises justifiant un tel emploi, ni démontré que cet emploi limité ne conduirait pas à une escalade vers un recours généralisé aux armes nucléaires de forte puissance. En l'état, la

Cour n'estime pas disposer des bases nécessaires pour pouvoir se prononcer sur le bien-fondé de cette thèse.

95. La Cour ne peut davantage se prononcer sur le bien-fondé de la thèse selon laquelle le recours aux armes nucléaires serait illicite en toute circonstance du fait de l'incompatibilité inhérente et totale de ces armes avec le droit applicable dans les conflits armés. Certes, comme la Cour l'a déjà indiqué, les principes et règles du droit applicable dans les conflits armés — qui reposent essentiellement sur le principe primordial d'humanité — soumettent la conduite des hostilités armées à un certain nombre d'exigences strictes. Ainsi, les méthodes et moyens de guerre qui ne permettraient pas de distinguer entre cibles civiles et cibles militaires, ou qui auraient pour effet de causer des souffrances inutiles aux combattants, sont interdits. Eu égard aux caractéristiques uniques des armes nucléaires auxquelles la Cour s'est référée ci-dessus, l'utilisation de ces armes n'apparaît effectivement guère conciliable avec le respect de telles exigences. Néanmoins, la Cour considère qu'elle ne dispose pas des éléments suffisants pour pouvoir conclure avec certitude que l'emploi d'armes nucléaires serait nécessairement contraire aux principes et règles du droit applicable dans les conflits armés en toute circonstance.

96. La Cour ne saurait au demeurant perdre de vue le droit fondamental qu'a tout État à la survie, et donc le droit qu'il a de recourir à la légitime défense, conformément à l'Article 51 de la Charte, lorsque cette survie est en cause.

Elle ne peut davantage ignorer la pratique dénommée «politique de dissuasion» à laquelle une partie appréciable de la communauté internationale a adhéré pendant des années. La Cour note aussi les réserves que certains États dotés d'armes nucléaires ont apportées aux engagements qu'ils ont pris en vertu, notamment, des protocoles aux Traités de Tlatelolco et de Rarotonga, ainsi que des déclarations faites par eux dans le cadre de la prorogation du Traité sur la non-prolifération des armes nucléaires, de ne pas recourir à ces armes.

97. En conséquence, au vu de l'état actuel du droit international pris dans son ensemble, tel qu'elle l'a examiné ci-dessus, ainsi que des éléments de fait à sa disposition, la Cour est amenée à constater qu'elle ne saurait conclure de façon définitive à la licéité ou à l'illicéité de l'emploi d'armes nucléaires par un État dans une circonstance extrême de légitime défense dans laquelle sa survie même serait en cause.

*

* *

98. Compte tenu des questions éminemment difficiles que soulève l'application à l'arme nucléaire du droit relatif à l'emploi de la force, et surtout du droit applicable dans les conflits armés, la Cour estime devoir examiner maintenant un autre aspect de la question posée, dans un contexte plus large.

À terme, le droit international, et avec lui la stabilité de l'ordre international qu'il a pour vocation de régir, ne peuvent que souffrir des divergences de vues qui subsistent aujourd'hui quant au statut juridique d'une arme aussi meurtrière que l'arme nucléaire. Il s'avère par conséquent important de mettre fin à cet état de chose : le désarmement nucléaire complet promis de longue date se présente comme le moyen privilégié de parvenir à ce résultat.

99. La Cour mesure dans ces circonstances toute l'importance de la consécration par l'Article VI du Traité sur la non-prolifération des armes nucléaires d'une obligation de négocier de bonne foi un désarmement nucléaire. Cette disposition est ainsi libellée :

> «Chacune des parties au Traité s'engage à poursuivre de bonne foi des négociations sur des mesures efficaces relatives à la cessation de la course aux armements nucléaires à une date rapprochée et au désarmement nucléaire et sur un traité de désarmement général et complet sous un contrôle international strict et efficace.»

La portée juridique de l'obligation considérée dépasse celle d'une simple obligation de comportement; l'obligation en cause ici est celle de parvenir à un résultat précis — le désarmement nucléaire dans tous ses aspects — par l'adoption d'un comportement déterminé, à savoir la poursuite de bonne foi de négociations en la matière.

100. Cette double obligation de négocier et de conclure concerne formellement les 182 États parties au traité sur la non-prolifération des armes nucléaires, c'est-à-dire la très grande majorité de la communauté internationale.

C'est d'ailleurs pratiquement l'ensemble de cette communauté qui a paru concernée lorsqu'à diverses reprises des résolutions de l'Assemblée générale des Nations Unies concernant le désarmement nucléaire ont été adoptées à l'unanimité. De fait, toute recherche réaliste d'un désarmement général et complet, en particulier nucléaire, nécessite la coopération de tous les États.

101. Déjà, la toute première résolution de l'Assemblée générale, adoptée à l'unanimité le 24 janvier 1946 à la session de Londres, portait création d'une commission dont un des mandats consistait à présenter des propositions en vue notamment «d'éliminer, des armements nationaux, les armes atomiques et toutes autres armes importantes permettant des destructions massives». Dans un grand nombre de résolutions ultérieures, l'Assemblée générale a réaffirmé la nécessité de ce désarmement nucléaire. Ainsi, dans sa résolution 808 A (IX) du 4 novembre 1954, adoptée également à l'unanimité, elle a estimé

> «qu'un nouvel effort [devait] être fait en vue d'aboutir à un accord sur des propositions complètes et coordonnées qui seraient incorporées dans un projet de convention internationale sur le désarmement prévoyant : ... *b)* L'interdiction complète de l'utilisation et de la fabrication des armes nucléaires et des armes de destruction massive de toute sorte, ainsi que la transformation à des fins pacifiques des stocks d'armes nucléaires existants.»

La même conviction a été exprimée en dehors du cadre des Nations Unies dans divers instruments.

102. L'obligation exprimée à l'article VI du traité sur la non-prolifération des armes nucléaires inclut sa propre exécution conformément au principe de bonne foi. Ce principe de base est énoncé à l'article 2, paragraphe 2, de la Charte. Il a été reflété dans la déclaration sur les relations amicales entre États (résolution 2625 (XXV) du 24 octobre 1970) ainsi que dans l'acte final de la Conférence d'Helsinki du 1er août 1975; il a aussi été incorporé à l'article 26 de la Convention de Vienne sur le droit des traités

du 23 mai 1969, aux termes duquel «[t]out traité en vigueur lie les parties et doit être exécuté par elles de bonne foi».

La Cour n'a pas non plus manqué d'évoquer ledit principe en ces termes :

> «L'un des principes de base qui président à la création et à l'exécution d'obligations juridiques, quelle qu'en soit la source, est celui de la bonne foi. La confiance réciproque est une condition inhérente de la coopération internationale, surtout à une époque où, dans bien des domaines, cette coopération est de plus en plus indispensable.» (*Essais nucléaires (Australie c. France), arrêt du 20 décembre 1974, CIJ Recueil 1974,* p. 268, par. 46)

103. Dans sa résolution 984 (1995) en date du 11 avril 1995, le Conseil de sécurité a tenu à réaffirmer qu'il était «nécessaire que tous les États parties au traité sur la non-prolifération des armes nucléaires s'acquittent pleinement de toutes leurs obligations» et a exhorté

> «tous les États à poursuivre de bonne foi, comme il est stipulé à l'article VI du Traité sur la non-prolifération des armes nucléaires, des négociations sur des mesures efficaces relatives au désarmement nucléaire et sur un traité de désarmement général et complet sous un contrôle international strict et efficace, qui demeure un objectif universel.»

L'importance de l'exécution de l'obligation exprimée à l'article VI du Traité sur la non-prolifération des armes nucléaires a aussi été réaffirmée dans le document final de la conférence des parties au Traité sur la non-prolifération des armes nucléaires chargée d'examiner le traité et la question de sa prorogation, qui s'est tenue du 17 avril au 12 mai 1995.

De l'avis de la Cour, il s'agit là indubitablement d'un objectif qui demeure vital pour l'ensemble de la communauté internationale aujourd'hui.

*
* *

104. Au terme du présent avis, la Cour tient à souligner que sa réponse à la question qui lui a été posée par l'Assemblée générale repose sur l'ensemble des motifs qu'elle a exposés ci-dessus (paragraphes 20 à 103), lesquels doivent être lus à la lumière les uns des autres. Certains de ces motifs ne sont pas de nature à faire l'objet de conclusions formelles dans le paragraphe final de l'avis; ils n'en gardent pas moins, aux yeux de la Cour, toute leur importance.

*
* *

105. Par ces motifs,

LA COUR,

1) Par treize voix contre une,

Décide de donner suite à la demande d'avis consultatif;

POUR : M. Bedjaoui, *Président*; M. Schwebel, *Vice-Président*; MM. Guillaume, Shahabuddeen, Weeramantry, Ranjeva, Herczegh, Shi, Fleischhauer, Koroma, Vereshchetin, Ferrari Bravo, Mme Higgins, *juges*;

CONTRE : M. Oda, *juge*.

2) *Répond* de la manière suivante à la question posée par l'Assemblée générale :

A. À l'unanimité,

Ni le droit international coutumier ni le droit international conventionnel n'autorisent spécifiquement la menace ou l'emploi d'armes nucléaires;

B. Par onze voix contre trois,

Ni le droit international coutumier ni le droit international conventionnel ne comportent d'interdiction complète et universelle de la menace ou de l'emploi des armes nucléaires en tant que telles;

POUR : M. Bedjaoui, *Président*; M. Schwebel, *Vice-Président*; MM. Oda, Guillaume, Ranjeva, Herczegh, Shi, Fleischhauer, Vereshchetin, Ferrari Bravo, Mme Higgins, *juges*;

CONTRE : MM. Shahabuddeen, Weeramantry, Koroma, *juges*.

C. À l'unanimité,

Est illicite la menace ou l'emploi de la force au moyen d'armes nucléaires qui serait contraire à l'article 2, paragraphe 4, de la Charte des Nations Unies et qui ne satisferait pas à toutes les prescriptions de son Article 51;

D. À l'unanimité,

La menace ou l'emploi d'armes nucléaires devrait aussi être compatible avec les exigences du droit international applicable dans les conflits armés, spécialement celles des principes et règles du droit international humanitaire, ainsi qu'avec les obligations particulières en vertu des traités et autres engagements qui ont expressément trait aux armes nucléaires;

E. Par sept voix contre sept, par la voix prépondérante du Président,

Il ressort des exigences susmentionnées que la menace ou l'emploi d'armes nucléaires serait généralement contraire aux règles du droit international applicable dans les conflits armés, et spécialement aux principes et règles du droit humanitaire;

Au vu de l'état actuel du droit international, ainsi que des éléments de fait dont elle dispose, la Cour ne peut cependant conclure de façon définitive que la menace ou l'emploi d'armes nucléaires serait licite ou illicite dans une circonstance extrême de légitime défense dans laquelle la survie même d'un État serait en cause;

POUR : M. Bedjaoui, *Président*; MM. Ranjeva, Herczegh, Shi, Fleischhauer, Vereshchetin, Ferrari Bravo, *juges*;

CONTRE : M. Schwebel, *Vice-Président*; MM. Oda, Guillaume, Shahabuddeen, Weeramantry, Koroma, Mme Higgins, *juges*.

F. À l'unanimité,

Il existe une obligation de poursuivre de bonne foi et de mener à terme des négociations conduisant au désarmement nucléaire dans tous ses aspects, sous un contrôle international strict et efficace.

Fait en anglais et en français, le texte anglais faisant foi, au Palais de la Paix, à La Haye, le huit juillet mil neuf cent quatre-vingt-seize, en deux exemplaires, dont l'un restera déposé aux archives de la Cour et l'autre sera transmis au Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies.

Le Président,
(Signé) Mohammed BEDJAOUI

Le Greffier,
(Signé) Eduardo VALENCIA-OSPINA

M. BEDJAOUI, Président, et MM. HERCZEGH, SHI, VERESHCHETIN et FERRARI BRAVO, juges, joignent des déclarations à l'avis consultatif.

MM. GUILLAUME, RANJEVA et FLEISCHHAUER, juges, joignent à l'avis consultatif les exposés de leur opinion individuelle.

M. SCHWEBEL, Vice-Président, et MM. ODA, SHAHABUDDEEN, WEERAMANTRY, KOROMA et Mme HIGGINS, juges, joignent à l'avis consultatif les exposés de leur opinion dissidente.

(Paraphé) M. B.

(Paraphé) E. V. O.

DÉCLARATION DE M. BEDJAOUI, PRÉSIDENT

1. Les déclarations et autres opinions individuelles ou dissidentes n'ont jamais bénéficié de ma part d'une grande faveur. J'y ai donc très rarement recouru. Toutefois, l'adoption par la Cour du paragraphe E du dispositif du présent avis grâce à la voix prépondérante dont je dispose en ma qualité de Président, conformément à l'article 55 du Statut, est en soi un événement suffisamment exceptionnel pour m'inciter à me départir de ma réserve habituelle en la matière. Au demeurant, je considère le recours à cette déclaration moins comme l'exercice d'une simple faculté que comme l'accomplissement d'un véritable devoir et ce, tant en raison de la responsabilité que j'ai ainsi été amené à assumer dans l'exercice normal de mes fonctions de Président, que des enjeux du paragraphe susmentionné.

* *
*

2. Avec l'arme nucléaire, l'humanité est comme en sursis. Ce terrifiant moyen de destruction massive fait partie, depuis un demi-siècle, de la *condition humaine*. L'arme nucléaire est entrée dans tous les calculs, dans tous les scénarios, dans tous les schémas. Depuis Hiroshima, un matin du 6 août 1945, la peur est peu à peu devenue la première nature de l'homme. Le parcours terrestre de celui-ci a pris l'aspect de ce que le Coran appelle «*un long voyage nocturne*», comme un cauchemar dont l'humanité ne parvient pas, à ce jour, à entrevoir la fin.

3. La Charte de l'Atlantique avait pourtant promis de «*délivrer l'homme de la peur*» et celle de San Francisco de «*préserver les générations futures du fléau de la guerre*». Un long chemin reste encore à parcourir pour exorciser cette nouvelle terreur de l'homme qui l'a fait renouer avec celle de ses ancêtres qui craignaient jadis la chute sur leur tête d'un ciel d'orage chargé de foudre. Mais la situation de l'homme du 20e siècle se distingue, à bien des égards, de celle de son ancêtre : il est armé de connaissance; il s'expose de son propre fait à l'autodestruction; ses inquiétudes sont plus fondées. Pourtant doué de raison, l'homme n'a jamais été aussi déraisonnable; son destin se brouille; sa conscience s'obscurcit; sa vision se trouble et ses coordonnées éthiques tombent, comme feuilles mortes, de l'arbre de vie.

4. On reconnaîtra toutefois que l'homme a fait quelques efforts pour sortir de sa nuit noire. Ainsi, l'humanité paraît, au aujourd'hui du moins, plus soulagée que dans les années 80 où elle se menaçait elle-même de la «*guerre des étoiles*». Le vent mortel d'une guerre cosmique, totale et hautement sophistiquée, qui désintégrerait notre planète, risquait plus que jamais de souffler sur l'humanité ces années-là. Des engins en orbite dans la banlieue de la Terre pouvaient diriger leur gueule d'enfer nucléaire sur notre globe, pendant que des satellites militaires, de reconnaissance, d'observation, de surveillance ou de communication, pouvaient se multiplier. Le *système mortifere* allait se mettre en place. Le «*gouvernement universel de la mort*», la «*thanatocratie*», comme l'avait appelée un spécialiste de l'histoire et de la philosophie des sciences, le Français Michel Serres, se disait prêt à installer ses batteries à toutes les périphéries de la planète. Mais heureusement la détente, puis la fin de la guerre froide, mirent un terme à ces préparatifs terrifiants.

5. Néanmoins, la prolifération du feu nucléaire n'est pas pour autant maîtrisée et ce, malgré l'existence du Traité de non-prolifération. La peur et la folie peuvent encore à tout moment s'enlacer pour exécuter une danse macabre finale. L'humanité est d'autant plus vulnérable de nos jours, qu'elle est capable de produire des missiles nucléaires en grande quantité.

* *
*

6. L'homme se fait à lui-même un chantage nucléaire pervers et permanent. II faut savoir l'en délivrer. La Cour avait le devoir de prendre sa part, si minime soit-elle, de cette oeuvre salvatrice pour l'humanité; elle l'a fait en toute conscience et en toute humilité, compte tenu des limites que lui imposent d'une part son Statut et d'autre part le droit international applicable.

7. Jamais, en effet, la Cour n'aura sans doute autant scruté les éléments les plus complexes d'un problème qu'à l'occasion de l'examen de celui des armes nucléaires. Dans l'élaboration du présent avis, la Cour a été guidée par le sens des responsabilités particulières qui sont les siennes et par sa volonté de dire le droit tel qu'il est, en ne cherchant ni à le noircir, ni à l'embellir. Elle a entendu éviter toute tentation de le créer et elle n'est assurément pas sortie de son rôle en pressant les États de légiférer au plus vite pour parachever l'oeuvre entreprise par eux jusqu'ici.

8. Cette très importante question des armes nucléaires s'est malheureusement révélée être un domaine où la Cour a dû constater qu'il n'existe pas de réponse immédiate et claire à la question qui lui était posée. II faut espérer que la communauté internationale saura rendre justice à la Cour d'avoir rempli sa mission — même si sa réponse peut paraître insatisfaisante — et qu'elle s'attache au plus vite à corriger les imperfections d'un droit international qui n'est en définitive que la création des États eux-mêmes. Ces imperfections, la Cour aura eu au moins le mérite de les signaler et d'appeler la société internationale à y remédier.

9. Comme son avis consultatif l'atteste, la Cour n'a à aucun moment perdu de vue que l'arme nucléaire constitue un moyen potentiel de destruction de l'humanité tout entière. Pas un instant, elle n'a omis de prendre en compte cet enjeu éminemment vital pour la survie de l'humanité. Le drame de conscience auquel les uns et les autres ont été confrontés se reflète à bien des égards dans le présent avis. Mais la Cour ne pouvait à l'évidence pas aller au-delà de ce que dit le droit. Elle ne pouvait pas dire ce que celui-ci ne dit pas.

10. Au terme de son avis, la Cour s'est ainsi bornée à un constat, tout en se trouvant dans l'incapacité d'aller au-delà. Certains ne manqueront pas d'interpréter le paragraphe E du dispositif comme envisageant la possibilité pour les États de recourir à l'arme nucléaire dans des circonstances exceptionnelles. Pour ma part, et eu égard à ce qui précède, je me sens en conscience obligé de faire une lecture différente de ce paragraphe, qui ma permis d'apporter mon soutien à ce texte. Je m'en explique ci-après.

* *
*

11. Je ne saurais assez insister sur le fait que l'incapacité de la Cour de dépasser le constat auquel elle est parvenue ne peut en aucune manière être interprétée comme une porte entrouverte par celle-ci à la reconnaissance de la licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires.

12. La jurisprudence de l'affaire du *Lotus*, que certains ne manqueront pas de ressusciter, mérite d'être très fortement relativisée dans le contexte particulier de la question faisant l'objet du présent avis consultatif. On exagérerait l'importance et on déformerait la portée de cette décision de la Cour permanente si on l'isolait du contexte particulier, à la fois judiciaire et temporel, dans lequel elle est intervenue. La décision en question exprimait sans aucun doute *l'air du temps*, celui d'une société internationale encore très peu institutionnalisée et régie par un droit international de stricte coexistence, lui-même reflet de la vigueur du principe de la souveraineté de l'État.

13. II est à peine besoin de souligner que la physionomie de la société internationale contemporaine est sensiblement différente. En dépit de la percée encore limitée du «*supranationalisme*» on ne saurait nier les progrès enregistrés au niveau de l'institutionnalisation, voire de l'intégration et de la «*mondialisation*», de la société internationale. On en verra pour preuve la multiplication des organisations internationales, la substitution progressive d'un droit international de coopération au droit international classique de la coexistence, l'émergence du concept de «*communauté internationale*» et les tentatives parfois couronnées de succès de subjectivisation de cette dernière. De tout cela, on peut trouver le témoignage dans la place que le droit international accorde désormais à des concepts tels que celui d'obligations *erga omnes*, de règles de *jus cogens* ou de patrimoine commun de l'humanité. À l'approche résolument positiviste, volontariste du droit international qui prévalait encore au début du siècle — et à laquelle la Cour permanente n'a d'ailleurs pas manqué d'apporter son soutien dans l'arrêt susmentionné[1] — s'est substituée une conception objective du droit international, ce dernier se voulant plus volontiers le reflet d'un état de conscience juridique collective et une réponse aux nécessités sociales des États organisés en communauté. À l'évolution de la société internationale elle-même, il convient d'ajouter les progrès enregistrés dans le domaine technologique, qui rendent désormais possible une éradication totale et pratiquement instantanée du genre humain.

14. Par ailleurs, au-delà des éléments de temps et de contexte, tout distingue la décision de la Cour permanente de l'avis de la présente Cour : la nature du problème posé, les enjeux du prononcé et la philosophie sous-jacente aux conclusions retenues. En 1927, la Cour permanente, dans le cadre de l'examen d'une question d'importance beaucoup plus modeste, était en effet arrivée à la conclusion qu'un comportement non expressément interdit par le droit

---

[1] «Le droit international régit les rapports entre des États indépendants. Les règles de droit liant les États procèdent donc de la volonté de ceux-ci, volonté manifestée dans des conventions ou dans des usages acceptés généralement comme consacrant des principes de droit et établis en vue de régler la coexistence de ces communautés indépendantes ou en vue de la poursuite de buts communs», affaire du *Lotus*, *arrêt No 9 du 7 septembre 1927, CPJI série A No 10*, p. 18.

international se trouve autorisé de ce seul fait[2]. Dans le présent avis, au contraire, la Cour ne conclut ni à la licéité ni à l'illicéité de la menace ou de l'emploi de l'arme nucléaire; des incertitudes quant au droit et aux faits, elle n'infère aucune liberté en la matière. Elle ne suggère pas davantage qu'une telle licence pourrait de quelque manière que ce soit en être déduite. Alors que la Cour permanente avait actionné le seul feu vert de l'autorisation, n'ayant trouvé dans le droit international aucune raison d'actionner le feu rouge de l'interdiction, la Cour actuelle ne s'estime en mesure de n'actionner ni l'un ni l'autre de ces signaux.

15. Ainsi, la Cour, dans le présent avis, fait preuve de beaucoup plus de circonspection que sa devancière dans l'affaire du *Lotus*, quand elle affirme aujourd'hui que ce qui n'est pas expressément prohibé par le droit international n'est pas pour autant autorisé.

16. Tout en ne se prononçant ni pour la licéité de la menace ou de l'emploi de l'arme nucléaire, ni pour leur illicéité, la Cour prend acte, dans son avis, de l'existence d'un processus très avancé de mutation du droit international en la matière, ou, en d'autres termes, d'une tendance actuelle à la substitution d'une norme de droit international à une autre, la première n'existant pas encore et la seconde n'existant déjà plus. Encore une fois, si la Cour, en tant qu'organe judiciaire, a estimé ne pas pouvoir aller au-delà d'un tel constat, les États ne sauraient y voir, à mon avis, une quelconque autorisation d'agir à leur guise.

17. La Cour est évidemment consciente du caractère à première vue insatisfaisant de sa réponse à l'Assemblée générale. Cependant, si la Cour peut laisser l'impression à certains qu'elle s'est arrêtée à mi-chemin de la tâche qui lui a été confiée, je suis au contraire d'avis qu'elle a rempli sa mission en allant, dans sa réponse à la question posée, jusqu'où les éléments à sa disposition lui permettaient d'aller.

18. Dans la seconde phrase du paragraphe E du dispositif de l'avis, la Cour indique qu'elle est parvenue à un point de son raisonnement qu'elle ne peut dépasser qu'en s'exposant au risque d'adopter une conclusion qui irait au-delà de ce qui lui paraît légitime. C'est là la position de la Cour en tant que corps judiciaire. Nombre de juges ont adhéré à cette position mais sans doute chacun avec une approche et une interprétation qui lui sont propres. On aura sûrement observé que la répartition des voix, tant en faveur que contre le paragraphe E, n'a nullement obéi à un clivage géographique, ce qui est un signe d'indépendance des membres de la Cour, que je me plais à souligner. Ayant ainsi expliqué le

---

[2] «La Cour doit donc, en tout état de cause, examiner s'il existe, oui ou non, une règle de droit international limitant la liberté des États d'étendre la juridiction pénale de leurs tribunaux à une situation réunissant les circonstances du cas d'espèce» (ibid., p. 21); et la Cour de conclure : «Il y a donc lieu de constater qu'aucun principe de droit international, dans le sens de l'article 15 de la Convention de Lausanne du 24 juillet 1923, ne s'oppose à l'exercice des poursuites pénales dont il s'agit. En conséquence, la Turquie, en intentant, en vertu de la liberté que le droit international laisse à tout État souverain, les poursuites pénales en question, n'a pu, en l'absence de pareils principes, agir en contradiction des principes du droit international aux termes da compromis.» (Ibid., p. 31)

sens qu'il y a lieu de reconnaître selon moi au prononcé de la Cour, je voudrais maintenant revenir brièvement sur les raisons de fond qui m'ont amené à y adhérer.

* *
*

19. Le droit international humanitaire est un corpus de règles particulièrement exigeant et ces dernières ont vocation à s'appliquer en toutes circonstances. La Cour l'a pleinement reconnu.

20. Les armes nucléaires paraissent bien — du moins dans l'état actuel de la science — de nature à faire des victimes indiscriminées, confondant combattants et non-combattants et causant de surcroît des souffrances inutiles aux uns comme aux autres. *L'arme nucléaire, arme aveugle, déstabilise donc par nature le droit humanitaire, droit du discernement dans l'utilisation des armes. L'arme nucléaire, mal absolu, déstabilise le droit humanitaire en tant que droit du moindre mal. Ainsi l'existence même de l'arme nucléaire constitue un grand défi à l'existence même du droit humanitaire*, sans compter les effets à long terme dommageables pour l'environnement humain dans le respect duquel le droit à la vie peut s'exercer à moins que la science ne parvienne à découvrir l'arme nucléaire «*propre*» qui frapperait le combattant en épargnant le non-combattant, il est clair que l'arme nucléaire a des effets indiscriminés et constitue un défi absolu au droit humanitaire. *Guerre nucléaire et droit humanitaire paraissent par conséquent leur antithèses qui s'excluent radicalement, l'existence de l'une supposant nécessairement l'inexistence de l'autre.*

21. II ne fait pas de doute pour moi que la plupart des principes et règles du droit humanitaire et, en tout cas, les deux principes interdisant l'un l'emploi des armes à effets indiscriminés et l'autre celui des armes causant des maux superflus, font partie du *jus cogens*. La Cour a évoqué cette question dans le présent avis; mais elle a toutefois déclaré qu'elle n'avait pas à se prononcer sur ce point dans la mesure où la question de la nature du droit humanitaire applicable aux armes nucléaires ne rentrait pas dans le cadre de la demande que lui a adressée l'Assemblée générale des Nations Unies. La Cour n'en a pas moins expressément considéré ces règles fondamentales comme «*des règles intransgressibles du droit international coutumier*»[3].

22. Le droit à la survie de l'État est lui aussi un droit fondamental et s'apparente, à maints égards, à un droit «*naturel*». Cependant, la légitime défense — fût-elle exercée dans des conditions extrêmes mettant en cause la survie même d'un État — ne peut engendrer une situation dans laquelle un État s'exonérerait lui-même du respect des normes «*intransgressibles*» du droit international humanitaire. II peut donc se produire, dans certaines

---

[3] Voir le paragraphe 79 de l'avis ainsi libellé : «C'est sans doute parce qu'un grand nombre de règles du droit humanitaire applicable dans les conflits armés sont si fondamentales pour le respect de la personne humaine et pour des 'considérations élémentaires d'humanité', selon l'expression utilisée par la Cour dans son arrêt du 9 avril 1949 rendu en l'affaire du *Détroit de Corfou* (*CIJ Recueil 1949*, p. 22), que la Convention IV de La Haye et les Conventions de Genève ont bénéficié d'une large adhésion des États. Ces règles fondamentales s'imposent d'ailleurs à tous les États qu'ils aient ou non ratifié les instruments conventionnels qui les expriment parce qu'*elles constituent des principes intransgressibles du droit international coutumier*.» (Les italiques sont de moi.)

circonstances, une opposition irréductible, une collision frontale de principes fondamentaux dont l'un ne saurait se réduire à l'autre. Il reste que l'emploi de l'arme nucléaire par un État dans des circonstances où sa survie est en jeu risque à son tour de mettre en danger la survie de l'humanité tout entière, précisément du fait de l'engrenage de la terreur et de l'escalade dans l'emploi de telles armes. On manquerait par conséquent de la plus élémentaire prudence si on plaçait sans hésitation la survie d'un État au- dessus de toutes autres considérations, et en particulier au-dessus de la survie de l'humanité elle-même.

* *
*

23. Comme la Cour l'a reconnu, l'obligation de négocier de bonne foi un désarmement nucléaire concerne les quelque 182 États parties au Traité de non-prolifération. II me paraît pour ma part possible d'aller au-delà de cette conclusion et d'affirmer qu'il existe en réalité une double obligation générale, opposable *erga omnes*, de négocier de bonne foi et de parvenir au résultat recherché. II n'est en effet pas déraisonnable de penser qu'eu égard à l'unanimité, au moins formelle, qui prévaut en ce domaine, cette double obligation de négocier de bonne foi et de parvenir au résultat prévu a désormais revêtu, après cinquante ans, *un caractère coutumier*. Pour le reste, je partage entièrement l'opinion de la Cour quant à la portée juridique de cette obligation. Je me contenterai seulement de souligner une fois encore toute l'importance du but à atteindre compte tenu en particulier des incertitudes qui subsistent encore. La Cour devait à l'évidence le dire. Eu égard au lien très étroit que cette question entretient, par le fait des choses, avec celle de la licéité ou de l'illicéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, on ne saurait reprocher à la Cour d'avoir statué *ultra petita*. Cette dernière notion est en tout état de cause étrangère à la procédure consultative.

* *
*

24. La solution dégagée par le présent avis consultatif fait le constat sans complaisance de la réalité juridique, tout en exprimant et traduisant fidèlement l'espoir, partagé par tous, peuples et États, que *le but ultime de toute action dans le domaine des armes nucléaires restera toujours le désarmement nucléaire, que ce but n'est plus utopique et qu'il est du devoir de tous de le rechercher plus activement que jamais*. De l'existence de cette volonté d'engagement dépend le destin de l'homme, car comme l'écrivain Albert Einstein, «*le sort de l'humanité sera celui qu'elle méritera*»[4].

(Signé) Mohammed BEDJAOUI

---

[4] Albert Einstein, *Comment je vois le monde* (traduction du colonel Cros) Paris, Flammarion, p. 84.

DÉCLARATION DE M. HERCZEGH

Selon l'article 9 du Statut de la Cour internationale de Justice, les membres de celle-ci «assurent dans l'ensemble la représentation des grandes formes de civilisation et des principaux systèmes juridique du monde». En conséquence, il est inévitable que des différences d'approche théorique surgissent entre eux concernant les traits caractéristiques du système du droit international et de ses branches, l'existence ou la non-existence de lacunes dans ce système et la solution des conflits éventuels entre ses règles, ainsi que d'autres questions plus ou moins fondamentales. La préparation d'un avis consultatif sur la question fort complexe posée par l'Assemblée générale au sujet de la licéité de la menace ou de l'emploi des armes nucléaires «en toute circonstance» a mis en relief les différentes conceptions du droit international qui existent au sein de la Cour. La diversité de ces conceptions a empêché celle-ci de pouvoir arriver à une solution plus complète, et partant à un résultat plus satisfaisant. La rédaction des motifs, comme celle des conclusions de l'avis consultatif, reflètent ces divergences. Il convient toutefois de noter que, la Cour, sur plusieurs points très importants, s'est exprimée de manière unanime.

À mon avis, l'état actuel du droit international aurait cependant permis, dans le cadre de l'avis consultatif, la formulation d'une réponse plus précise et moins chargée d'incertitudes et d'hésitations à la demande de l'Assemblée générale. Dans les domaines où l'on ne trouve pas d'interdiction complète et universelle de certains actes «en tant que tels», l'application des principes généraux du droit permet de régler le comportement des sujets de l'ordre juridique international, les obligeant ou les autorisant, selon le cas, à s'abstenir ou à agir d'une manière ou d'une autre. Les principes fondamentaux droit international humanitaire, correctement mis en valeur dans les motifs de l'avis consultatif, interdisent d'une manière catégorique et sans équivoque l'emploi des armes de destruction massive et, parmi celles-ci, des armes nucléaires. Le droit international humanitaire ne connaît pas d'exception à ces principes.

Je considère que la Cour aurait dû éviter entièrement de traiter de la question des représailles en temps de conflits armés, dont un examen minutieux aurait, à mon avis, dépassé le cadre de la demande soumise par l'Assemblée générale. En l'état, la Cour a pensé utile de mentionner la question dans son avis, mais l'a fait de manière trop brève, ce qui risque de donner lieu à des interprétations hâtives et mal fondées.

Les rapports entre les points C et E, tels qu'ils apparaissent au paragraphe 105 de l'avis consultatif, ne semblent pas tout à fait clairs, et la cohérence de leur contenu respectif n'apparaît pas parfaite. La menace ou l'emploi de la force au moyen d'armes nucléaires doit, selon le point C satisfaire «à toutes les prescriptions» de l'Article 51 de la Charte des Nations Unies, qui concerne le droit naturel de légitime défense, tandis que la seconde phrase du point E indique que

> «la Cour ne peut cependant conclure de façon définitive que la menace ou l'emploi d'armes nucléaires serait licite ou illicite dans une circonstance extrême de légitime défense dans laquelle la survie même d'un État serait en cause.»

Or, le libellé de cette dernière phrase n'est pas à mon avis aisément conciliable avec la référence faite auparavant à «toutes les prescriptions» de

l'Article 51 de la Charte. Les paragraphes 40 et 41 de l'avis ont précisé que le droit de recourir à la légitime défense est soumis à des restrictions et qu'il existe une «règle spécifique ... bien établie en droit international coutumier» selon laquelle «la légitime défense ne justifierait que des mesures proportionnées à l'agression armée subie, et nécessaires pour y riposter». Je pense que la Cour aurait pu faire de cette constatation l'objet de conclusions formelles au paragraphe 105 de l'avis consultatif, qui aurait ainsi gagné en précision.

L'une des nombreuses tâches assignées à l'Assemblée générale vise — selon l'Article 13 de la Charte des Nations Unies — «le développement progressif du droit international et sa codification». Transformer, par voie de codification, des principes généraux du droit et des règles coutumières en règles de droit conventionnel pourrait exclure certaines des faiblesses inhérentes au droit coutumier et pourrait sûrement contribuer à mettre fin aux controverses qui ont préludé à la demande d'avis adressée à la Cour par l'Assemblée générale quant à la licéité ou à l'illicéité de la menace ou de l'emploi des armes nucléaires, et cela en attendant le désarmement nucléaire complet sous un contrôle international strict et efficace.

J'ai voté en faveur du point E du paragraphe 105 de l'avis, bien que j'estime que ledit point aurait pu résumer d'une manière plus précise l'état actuel du droit international quant à la question de la menace et de l'emploi d'armes nucléaires «en toute circonstance». En effet, voter contre ce point aurait signifié prendre une position négative vis-à-vis de certaines conclusions essentielles exprimées également dans cet avis et auxquelles le point E fait allusion — que je fais miennes entièrement.

(Signé) GEZA HERCZEGH

DÉCLARATION DE M. SHI JIUYONG

J'ai voté pour les paragraphes du dispositif de l'avis consultatif rendu par la Cour car j'approuve dans l'ensemble le raisonnement qu'il expose et les conclusions auxquelles il aboutit.

J'ai toutefois des réserves à faire au sujet du rôle que la Cour attribue à la politique de dissuasion dans l'élaboration de la *lex lata* relative à l'emploi des armes nucléaires.

C'est ainsi, par exemple, que le paragraphe 67 de l'avis dispose :

> «Elle [la Cour] constate qu'il est de fait qu'un certain nombre d'États ont adhéré à cette pratique pendant la plus grande partie de la guerre froide et continuent d'y adhérer. De surcroît, les membres de la communauté internationale sont profondément divisés sur le point de savoir si le non-recours aux armes nucléaires pendant les cinquante dernières années constitue l'expression d'une *opinio juris*. Dans ces conditions, la Cour n'estime pas pouvoir conclure à l'existence d'une telle *opinio juris*.»

Plus loin il est dit dans le paragraphe 96 qui est essentiel :

> «Elle [la Cour] ne peut davantage ignorer la pratique dénommée 'politique de dissuasion' à laquelle une partie appréciable de la communauté internationale a adhéré pendant des années.»

Selon moi, la «dissuasion nucléaire» est une politique que certains États dotés de l'arme nucléaire utilisent dans leurs relations avec d'autres États car elle serait censée empêcher le déclenchement de conflits armés ou de guerres de caractère massif et maintenir la paix et la sécurité entre les nations. Il ne fait aucun doute que cette pratique, invoquée par certains États détenteurs de l'arme nucléaire, relève de la politique internationale et non du droit. Elle est sans valeur juridique du point de vue de la formation d'une règle coutumière interdisant le recours aux armes nucléaires en tant que telles. C'est le droit qui devrait réglementer la politique de dissuasion nucléaire et non pas l'inverse. Lorsqu'elle exerce sa fonction judiciaire et doit définir une règle de droit existante applicable à l'emploi des armes nucléaires, la Cour ne saurait tenir compte de la politique ainsi pratiquée par certains États car, si elle le faisait, elle subordonnerait le droit aux exigences de la politique de dissuasion. Non seulement la Cour confondrait politique et droit, mais elle prendrait une position juridique à l'égard de la politique de dissuasion, intervenant ainsi dans la politique internationale, ce qui ne serait guère compatible avec sa fonction judiciaire.

En outre, si on laisse de côté la nature de la politique de dissuasion, on voit que cette «partie appréciable de la communauté internationale» qui adhère à cette politique se compose de certains États dotés de l'arme nucléaire et des États qui acceptent la protection du «parapluie nucléaire». Sans doute ces États sont-ils des membres importants et puissants de la communauté internationale et jouent-ils un grand rôle sur la scène internationale. Il reste que la Cour, organe judiciaire principal de l'Organisation des Nations Unies, ne saurait considérer cette «partie appréciable de la communauté internationale» sous l'angle de la puissance matérielle. Elle ne peut que l'envisager du point de vue du droit international. La communauté internationale des États compte

aujourd'hui plus de 185 États. La partie appréciable de cette communauté, mentionnée dans l'avis, ne constitue nullement une fraction considérable de cet ensemble, la structure de la communauté internationale reposant sur le principe de l'égalité souveraine. Par suite, en accordant une importance indue à la pratique de cette «partie appréciable», non seulement on irait à l'encontre du principe même de l'égalité souveraine des États, mais encore il deviendrait plus difficile de donner une idée exacte et appropriée de l'existence d'une règle coutumière relative à l'emploi de l'arme nucléaire.

(Signé) SHI JIUYONG

DÉCLARATION DE M. VERESHCHETIN

La réponse de la Cour traduit bien, à mon sens, la situation juridique actuelle et donne une indication sur l'évolution future du droit international applicable dans les conflits armés.

Je me vois cependant dans l'obligation d'expliquer les raisons qui m'ont amené à voter en faveur du paragraphe 2E du dispositif qui reflète l'indécision de la Cour et reconnaît indirectement qu'il existe une «zone grise» dans la réglementation actuelle en la matière.

Ceux qui avancent qu'il devrait être interdit à un tribunal de déclarer un *non liquet* tiennent cette interdiction pour un corollaire du concept de «complétude» de l'ordre juridique. Ceux qui, parmi eux, ne nient pas l'existence de lacunes dans les dispositions de fond du droit international considèrent que la Cour doit, dans un cas concret, combler les lacunes et assurer ainsi la «complétude» de l'ordre juridique, soit en se référant à un principe général de droit soit en procédant à une création judiciaire du droit.

En revanche, une partie de la doctrine soutient fermement que la prétendue «interdiction» de prononcer un *non liquet* «n'est peut-être pas pleinement étayée par les éléments de preuve apportés jusqu'ici» (J. Stone, «*Non liquet* and the Function of Law in the International Community», *The British Year Book of International Law*, 1959, p. 145). Dans le livre qu'il a spécialement consacré aux problèmes que posent les lacunes en droit international, L. Siorat parvient à la conclusion que, dans certains cas, le juge est obligé de prononcer un *non liquet* (L. Siorat, *Le problème de lacunes en droit international*, Paris, 1958, p. 189).

Pour évaluer de façon critique l'importance que présente en l'espèce le débat doctrinal sur la question du *non liquet* il ne faut pas perdre de vue que ce débat a porté avant tout, mais pas exclusivement d'ailleurs, sur le point de savoir si un *non liquet* est admissible dans une procédure contentieuse où la Cour est invitée à prononcer une décision obligatoire et définitive pour régler un différend entre les parties. Même dans ces cas-là, la possibilité d'un *non liquet* n'est pas exclue par certains auteurs faisant autorité, bien que l'on n'ait pu invoquer de façon convaincante la pratique arbitrale et judiciaire à l'appui de cette opinion.

En l'occurrence, cependant, la Cour connaît d'une procédure consultative. On ne lui demande pas de résoudre un différend existant entre des parties existantes mais de dire le droit tel qu'elle le perçoit au stade actuel de son développement. Rien dans la question posée à la Cour ni dans les exposés écrits et oraux que les États ont présentés devant elle ne saurait être interprété comme une demande tendant à ce qu'elle comble les lacunes éventuelles qu'il pourrait y avoir dans le droit actuel régissant la matière. Au contraire, plusieurs États ont spécifiquement dit que la Cour «n'est pas priée de faire oeuvre de législateur ni d'élaborer un régime applicable au désarmement nucléaire» (Samoa, CR 95/31, p. 34) et que «la Cour devait non pas théoriser ou légiférer mais dégager le droit tel qu'il existe et tel qu'elle le comprend» (Égypte, CR 95/23, p. 32; voir également l'exposé oral de la Malaisie, CR 95/27, p. 52).

Même si la Cour avait été priée de combler les lacunes, elle aurait dû refuser d'assumer cette tâche normative qui d'une manière générale ne devrait pas entrer dans ses fonctions. En matière consultative, si la Cour constate que

le droit présente une lacune ou qu'il est imparfait, elle doit se borner à le dire sans essayer de remédier à la lacune ou d'améliorer le droit en recourant à une législation judiciaire. On ne saurait reprocher à la Cour de faire preuve d'indécision ou de se dérober lorsque le droit sur lequel il lui est demandé de se prononcer est lui-même incertain. Il serait encore moins justifié d'alléguer que la Cour s'est montrée indécise ou qu'elle s'est dérobée dans le présent avis consultatif car celui-ci donne une réponse sans équivoque, bien qu'incomplète, à la question posée à la Cour.

La Cour dit clairement dans sa réponse que la menace ou l'emploi d'armes nucléaires tombe sous le coup des interdictions et des graves restrictions qu'imposent aussi bien la Charte des Nations Unies, un certain nombre de traités multilatéraux et des accords spéciaux que les règles et principes coutumiers du droit des conflits armés. En outre la Cour dit que la menace ou l'emploi d'armes nucléaires «serait généralement contraire aux règles du droit international applicable dans les conflits armés, et spécialement aux principes et règles du droit humanitaire.» Il est vraisemblable que, par induction, déduction ou analogie, la Cour aurait pu tirer de ce qui précède (comme certains États l'ont exhortée à le faire dans leurs exposés écrits et oraux) une règle générale prohibant complètement la menace d'armes nucléaires, sans laisser place à une «zone grise», même à titre exceptionnel.

La Cour n'a pu cependant négliger plusieurs considérations importantes qui l'ont empêchée de s'orienter dans cette voie. À celles qui sont déjà exposées dans les motifs de l'avis, je voudrais ajouter les suivantes. Même les États qui ont invité la Cour à faire preuve de courage et à assumer sa «mission historique» ont insisté pour qu'elle reste dans le cadre de sa fonction judiciaire et ne fasse pas oeuvre de législateur et ils l'ont priée de dire le droit tel qu'il est et non tel qu'il devrait être. En second lieu, la Cour ne pouvait pas ne pas noter que, dans le passé, toutes les interdictions visant l'emploi d'autres armes de destruction massive (biologiques, chimiques) de même que les restrictions spéciales applicables aux armes nucléaires ont résulté de traités internationaux spécifiques ou de dispositions conventionnelles distinctes, ce qui montre sans aucun doute que la communauté internationale a jugé cette manière de procéder comme la plus appropriée s'agissant de la prohibition totale de l'emploi d'armes de destruction massive et de leur élimination. En troisième lieu, la Cour doit se montrer prudente quant à l'autorité et à l'efficacité d'une règle générale résultant d'une «déduction» dans un domaine où les États sont si fondamentalement divisés.

Il est significatif que même un chaud partisan de la «complétude» du droit international et du rejet du *non liquet* comme H. Lauterpacht fasse observer que, dans certaines conditions :

> «l'indécision apparente [de la Cour internationale de Justice] qui laisse une marge d'appréciation à l'organe ayant demandé l'avis — tant *du point de vue du développement du droit* que comme *ligne de conduite* — peut être préférable à une clarté trompeuse qui ne donne pas d'indication sur les complexités inhérentes de la question. Dans la mesure où les décisions de la Cour expriment le droit existant — qu'il soit coutumier ou conventionnel — elles ne peuvent que refléter l'obscurité ou l'incertitude occasionnelle d'un ordre juridique déficient» (H. Lauterpacht, *The Development of International Law by the International Court*, réimpression Cambridge 1982, p. 152; les italiques sont de moi).

Selon moi, l'affaire en cause est un bon exemple d'un cas où, d'une part, la clarté absolue de l'avis serait «trompeuse» et où, d'autre part, «l'indécision apparente» partielle de la Cour pourrait se révéler utile comme «ligne de conduite».

S'il m'est permis de prendre une comparaison, je dirai que la construction d'un édifice solide voué à l'interdiction totale de l'emploi d'armes nucléaires n'est pas encore terminée. Ce n'est pas que les matériaux de construction fassent défaut, cela résulte plutôt de la mauvaise volonté et des objections qu'opposent de nombreux bâtisseurs. Pour que ce futur édifice résiste à l'épreuve du temps et à l'inconstance du climat international, il faut que les États eux-mêmes — et non la Cour dont les matériaux de construction sont limités — assument la tâche de mener à bien l'entreprise. Au reste, la Cour a nettement montré que l'édifice consacrant l'interdiction totale de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires est en voie de construction et qu'une bonne partie en est déjà réalisée.

La Cour a également montré que la meilleure façon d'en finir avec les «zones grises» du régime juridique des armes nucléaires consisterait en un «désarmement nucléaire sous tous ses aspects, sous un contrôle international strict et efficace». Elle a conclu en conséquence que les États ont l'obligation de poursuivre de bonne foi et de mener à terme des négociations conduisant à ce but suprême.

(Signé) Vladen S. VERESHCHETIN

DÉCLARATION DE M. FERRARI BRAVO

J'ai voté en faveur de l'avis consultatif sur la licéité des armes nucléaires parce que je pense qu'il est du devoir de la Cour internationale de Justice de n'épargner aucun effort pour répondre au mieux aux questions que lui posent les organes principaux des Nations Unies habilités à la saisir, surtout lorsqu'une telle réponse peut augmenter les possibilités de sortir d'une impasse qui, dans le cas actuel, perdure depuis plus de cinquante ans en faisant peser une ombre triste et menaçante sur l'humanité tout entière.

Dans sa fonction d'organe judiciaire principal des Nations Unies (Article 92 de la Charte), la Cour a été, entre autres, créée juste pour cela et elle ne doit pas se demander si sa réponse, au mieux de ce qu'elle peut faire, pourra contribuer à l'évolution de la situation. Elle n'a pas non plus à se justifier si sa réponse n'est pas exhaustive. Je souscris par conséquent pleinement aux motifs qui étayent la décision prise par la Cour de faire droit à la demande de l'Assemblée générale.

À ce propos, il est toutefois nécessaire de dire que la question se présente sous un angle tout à fait différent lorsque la saisine provient d'une institution spécialisée des Nations Unies, dont la compétence pour s'adresser à la Cour est, pour des raisons de principe, bien délimitée. J'ai, partant, voté aussi en faveur de l'avis par lequel la Cour décide de ne pas répondre à la demande de l'Organisation mondiale de la santé et je trouve qu'il y a de la logique dans ce comportement. La Cour, en effet, est l'organe judiciaire principal des Nations Unies, mais elle ne l'est pas d'autres organisations internationales dont le droit de la saisir demande à être soigneusement limité si l'on veut conserver un partage correct de compétences — et donc, d'efficacité — entre organismes internationaux, en évitant que des fonctions politiques, que la logique du système a confiées *seulement* aux Nations Unies, soient usurpées par d'autres organisations qui, pour ne rien dire d'autre, n'ont ni la compétence, ni la structure pour ce faire.

* * *

Ceci dit, je reste toutefois fort insatisfait quant à certains passages cruciaux de la décision car elle me semble, pour dire la vérité, peu courageuse et parfois de lecture difficile.

Notamment, je regrette que la Cour ait arbitrairement réparti en deux catégories la longue ligne des résolutions de l'Assemblée générale qui commence par la résolution 1 (I) du 24 janvier 1946 et qui, au moins jusqu'à la résolution 808 (IX), se présente sous la forme d'une série de résolutions adoptées à l'unanimité. Je pense que ces résolutions sont fondamentales; tel est le cas surtout de la première, dont le libellé avait déjà été arrêté à Moscou avant la création des Nations Unies (pour l'histoire de la résolution ainsi que pour les démarches entreprises à Moscou en vue de confier aux Nations Unies le contrôle de l'énergie atomique dont, à ce moment-là, seuls les États-Unis possédaient les clés voir *The United Nations in World Affairs*, *1945-1947*, New York and London, 1947, p. 391 et suiv.), et qui pourrait, à la rigueur, être assimilée aux stipulations de la Charte. Elle démontre en effet, et à mon avis clairement, l'existence d'un *véritable engagement* solennel d'éliminer toute arme atomique dont la présence dans les arsenaux militaires était jugée illicite. La résolution disait ceci :

«5. ... En particulier, la Commission *[établie par la résolution]* présente des propositions déterminées en vue :

...

c) d'éliminer, des armements nationaux, les armes atomiques et toutes autres armes importantes permettant des destructions massives.» (Les italiques sont de moi.)

Ces idées ont été répétées à plusieurs reprises dans d'autres résolutions de l'Assemblée générale immédiatement après la création des Nations Unies [voir par exemple la résolution 41 (I) ou la résolution 191 (III)].

Je sais très bien que la guerre froide intervenue peu après (et dont il ne m'appartient pas de désigner les responsables, tout en soulignant qu'ils ne se trouvent pas dans un seul camp) a empêché le *développement* de cette notion d'illicéité (abandonnée par la suite par les États-Unis qui en avaient été les promoteurs), en suscitant l'apparition de toute une série d'argumentations tournant autour du concept de dissuasion nucléaire qui n'a (et c'est important, comme on le verra ci-après) *aucune valeur juridique*.

Mais à mon avis, il reste que l'illicéité existait déjà et que toute production d'armes nucléaires devait, par conséquent, *se justifier* au vu de cette tache noire d'illicéité que l'on ne pouvait pas effacer. On doit par conséquent déplorer qu'une telle conclusion ne ressorte pas clairement du raisonnement de la Cour qui, au contraire, est souvent d'une lecture compliquée, sinueuse, et finalement peu efficace.

Cela mis à part, il reste à dire qu'un certain nombre de conclusions auxquelles la Cour est arrivée ne sont pas reflétées dans les résultats dont il est fait état au dispositif. Ce sont des lacunes graves, mais elles s'expliquent par la difficulté de former sur certaines composantes du présent avis consultatif, des majorités cohérentes.

Il est toutefois important de reconnaître qu'il reste le paragraphe 104 de l'avis, introductif au dispositif, dont l'importance est vraiment cruciale. Il suggère en effet au lecteur attentif d'évaluer dans son ensemble le raisonnement fait par la Cour, de tenir compte de ces parties du raisonnement qui ne sont pas reflétées dans des passages du dispositif et, qui plus est, de se rendre compte des inévitables lacunes du raisonnement. Que les lecteurs, et pas seulement les universitaires, en profitent en gardant à l'esprit qu'un avis consultatif, malgré les similitudes procédurales, n'est pas un arrêt. Et celui-ci surtout.

* * *

Certes, il n'existe pas une règle précise et spécifique qui interdise l'arme atomique et qui tire toutes les conséquences de cette interdiction. La théorie de la dissuasion, à laquelle l'avis ne réserve qu'une rapide mention (surtout au paragraphe 96), aurait mérité quelques considérations supplémentaires. J'ai déjà dit qu'à mon avis l'idée de dissuasion nucléaire n'a aucune valeur juridique et j'ajoute que la théorie de la dissuasion, tout en créant une pratique des États nucléaires et de leurs alliés, n'est pas en mesure de créer une pratique juridique sur laquelle fonder le début de création d'une coutume internationale. On pourrait arriver à dire que l'on est en présence d'un

anti-droit, si on pense aux effets qu'elle a eus sur la Charte des Nations Unies.

Je ne vais pas jusque-là, mais je ne peux m'empêcher de constater que c'est grâce à la doctrine de la dissuasion que la portée révolutionnaire de l'Article 2, paragraphe 4, de la Charte s'est réduite, alors que parallèlement la portée de l'Article 51, qui en était le contrepoint selon une logique traditionnelle, s'est étendue avec la formation autour de cette norme de toute une série de constructions conventionnelles, comme le montrent les deux systèmes régissant respectivement l'Alliance atlantique d'une part et, pendant sa durée d'existence, le pacte de Varsovie. Ce sont des systèmes qui sans doute sont régis par des règles juridiques mais qui procèdent d'une idée qui relève *essentiellement* d'un constat politique, donc non juridique, qui consiste à prendre acte du fait que le Conseil de sécurité ne peut pas fonctionner face à un conflit majeur, comme le serait le cas échéant celui qui fait l'objet du présent avis.

Voici comment la rivière qui sépare l'Article 2, paragraphe 4, de l'Article 51 s'est élargie grâce aussi à l'énorme caillou de la dissuasion qu'on a jeté dedans. Et cela a entraîné la nécessité pour enjamber la rivière de jeter un pont et pour ce faire, d'utiliser les matériaux dont nous disposons maintenant, à savoir l'article VI du Traité sur la non-prolifération nucléaire.

J'ai de forts doutes sur le point de savoir si ces développements sont réellement partagés par la Cour, car la manière très ramassée que la Cour a choisie pour traiter de la dissuasion ne permet pas de bien comprendre si tel est réellement l'avis de la Cour. Mais elle ne permet pas non plus de l'exclure. En tout cas les opinions individuelles ou dissidentes jointes à l'avis (je ne vois pas une grande différence entre les unes et les autres) contribueront à éclairer ce point (ainsi que d'autres, bien entendu).

De toute façon, telle est à mes yeux la raison fondamentale pour laquelle l'avis de la Cour est obligé de contenir, dans sa partie finale, des développements fondés sur une clause d'un traité qui, n'étant pas universel, ne devrait pas en bonne logique y figurer. Mais ces développements sont tout à fait justifiés par la situation dans laquelle nous nous trouvons, où le TNP se présente comme le seul moyen pour arriver rapidement à une solution qui puisse prévenir des conséquences catastrophiques.

* * *

En conclusion, je pense qu'une règle précise et spécifique qui interdise l'arme atomique et qui tire toutes les conséquences de cette interdiction n'existe pas encore.

Il est évident que dans la situation politique des années qui vont de 1945 à 1985 une telle règle n'aurait pas pu se former. Mais, dirais-je, l'ensemble de la production normative des dernières cinquante années, surtout en matière du droit humanitaire de la guerre, est quand même inconciliable avec le développement technologique de la construction d'armes nucléaires. Peut-on, par exemple, s'imaginer qu'au moment où le droit humanitaire, partie essentielle et toujours plus importante du droit de la guerre et (depuis peu) aussi de la paix, engendre toute une série de principes pour la protection de la population civile ou pour la sauvegarde de l'environnement, ce même droit international continue d'abriter en son sein la licéité par exemple de l'usage de la bombe à neutrons

qui laisse intact l'environnement mais ... seulement avec la «petite» conséquence de l'anéantissement de la population! Si tel est le cas, peu importe de trouver une norme spécifique sur la bombe à neutrons car elle devient *automatiquement* illicite par contraste avec la majorité des règles du droit international.

Ce phénomène n'est pas nouveau, car à toute époque de son développement, dès le début de l'ère moderne, le droit international qui est essentiellement un droit coutumier, *donc de formation spontanée*, a connu des situations où la force de certaines règles empêchait les règles contraires de s'établir ou de se maintenir.

Tout ceci a été malheureusement obscurci dans l'avis de la Cour par la crainte d'analyser courageusement l'évolution dans le temps des résolutions de l'Assemblée générale qui seulement à partir d'une certaine époque (aux alentours des années soixante) ont provoqué l'apparition de clivages nets entre États nucléaires (et leurs alliés) et États menacés par la bombe.

Je répète. Le fait qu'une règle interdisant l'arme nucléaire ait commencé à se former au début de la vie des Nations Unies n'empêche pas que le développement de cette formation et, par conséquent, le développement de sa force propulsive, aient été arrêtés au moment où les deux principales puissances, toutes les deux dotées de l'arme nucléaire, sont entrées dans la guerre froide et ont développé tout un instrumentaire, même conventionnel, centré autour de l'idée de la dissuasion. Mais ceci a seulement empêché *la mise en oeuvre* de l'interdiction (qu'on est forcé d'obtenir par voie de négociation) alors que l'interdiction en tant que telle, l'interdiction «toute nue», si je peux m'exprimer ainsi, est demeurée en l'état et produit toujours ses effets, au moins au niveau du fardeau de la preuve, en rendant plus difficile aux puissances nucléaires de se justifier dans le cadre de maintes applications de la théorie de la dissuasion qui, je le répète, *n'est pas* une théorie juridique.

En d'autres termes, on doit, par un instrument juridique (l'accord) parer au danger d'une entité, l'arme nucléaire, qui, en soi, n'a rien de juridique sans qu'il soit possible, dans un cas d'espèce, de vérifier si les solutions esquissées tiennent ou ne tiennent pas. Une telle vérification demanderait l'explosion de la bombe. Mais, alors, la vérification aurait-elle encore un sens?

Cet élément de déséquilibre normatif entre les raisons des États nucléaires et celles des États non nucléaires devait et pouvait être soigneusement enregistré par la Cour et non pas de la façon parfois contradictoire sous laquelle il est perçu dans l'avis consultatif.

(Signé) L. FERRARI BRAVO

OPINION INDIVIDUELLE DE M. GUILLAUME

1. L'avis consultatif donné par la Cour dans la présente affaire a fait l'objet de sérieuses réserves de la part de nombre de mes collègues et sera probablement accueilli par un concert de critiques. Je partage certaines de ces réserves, mais ne me joindrai pas à ce concert.

Certes l'avis souffre de nombreuses imperfections. Il traite de manière trop rapide de questions complexes qui auraient dû faire l'objet de développements plus complets et plus équilibrés, en ce qui concerne par exemple le droit de l'environnement, le droit des représailles, le droit humanitaire ou celui de la neutralité. Dans ces divers domaines, la Cour, en recherchant quelle était la coutume en vigueur, n'a, quoiqu'elle en dise, guère tenu compte de la pratique et de l'*opinio juris* des États et s'est trop souvent laissée guider par des considérations qui relèvent plus du droit naturel que du droit positif, de la *lex ferenda* que de la *lex lata*. Elle a en outre accordé une portée excessive aux résolutions de l'Assemblée générale des Nations Unies. Cette confusion, aggravée par le paragraphe 104 de l'avis, n'a pas été sans conséquence sur les formulations retenues dans le dispositif. Bien plus, ce dernier, tout en statuant *ultra petita* en ce qui concerne le désarmement nucléaire, ne répond sur certains points que de manière implicite à la question posée. Il serait aisé en pareilles circonstances d'accabler la Cour. Je ne le ferai pas, car cette situation peu satisfaisante trouve son origine profonde moins dans les erements du juge que dans le droit applicable.

2. La Cour aurait pu songer dans ces conditions à ne pas donner suite à la demande d'avis dont elle était saisie. Cette solution aurait trouvé quelque justification dans les circonstances mêmes de la saisine. En effet, l'avis sollicité par l'Assemblée générale des Nations Unies (comme d'ailleurs celui demandé par l'Assemblée mondiale de la santé) a trouvé son origine dans l'action menée par une Association dénommée «*International Association of lawyers against nuclear arms*» (IALANA) qui, de concert avec divers autres groupements, a lancé en 1992 un projet intitulé «*World Court Project*» afin de faire proclamer par la Cour l'illicéité de la menace ou de l'emploi des armes nucléaires. Ces associations ont fait preuve d'une intense activité en vue de faire voter les résolutions saisissant la Cour et de provoquer l'intervention devant cette dernière d'États hostiles aux armes nucléaires. Bien plus, la Cour et les juges ont reçu des milliers de lettres inspirées par ces groupements et faisant appel tant à leur conscience qu'à la conscience publique.

Je suis certain que les pressions ainsi exercées ont été sans influence sur les délibérations de la Cour, mais je me suis interrogé sur la question de savoir si, dans ces conditions, on pouvait encore regarder les demandes d'avis comme émanant des assemblées qui les avaient adoptées, ou si, appliquant la théorie de l'apparence, la Cour ne devait pas les écarter comme irrecevables. J'ose cependant espérer que les gouvernements et les institutions intergouvernementales conservent encore une autonomie de décision suffisante par rapport aux puissants groupes de pression qui les investissent aujourd'hui avec le concours des moyens de communication de masse. Je constate en outre qu'aucun des États qui s'est présenté devant la Cour n'a soulevé une telle exception. Dans ces conditions, je n'ai pas cru devoir la retenir d'office.

3. Au fond, je partage l'opinion de la Cour telle qu'exprimée au paragraphe 2B du dispositif, selon laquelle il n'existe ni en droit coutumier, ni en droit conventionnel, d'interdiction complète et universelle de recours aux armes nucléaires en tant que telles. Par contre, je comprends mal qu'au

paragraphe 2A du même dispositif, la Cour ait cru nécessaire de préciser que «ni le droit international coutumier, ni le droit international conventionnel n'autorisent spécifiquement la menace ou l'emploi d'armes nucléaires». Cette constatation n'est pas en soi inexacte, mais elle ne présente aucun intérêt pour l'Assemblée générale des Nations Unies puisqu'il résulte de l'avis même de la Cour que «l'illicéité de l'emploi de certaines armes en tant que telles ne résulte pas d'une absence d'autorisation, mais se trouve au contraire formulée en termes de prohibition» (par. 52).

4. En revanche, je souscris entièrement au paragraphe 2C du dispositif, car les États ne peuvent à l'évidence recourir aux armes nucléaires, comme d'ailleurs à toute arme, que dans les conditions fixées par la Charte des Nations Unies et en particulier par son Article 51 relatif au droit de légitime défense individuel ou collectif. Ils sont en outre tenus de respecter les normes conventionnelles régissant spécifiquement le recours aux armes nucléaires telles qu'elles sont résumées aux paragraphes 58 et 59 de l'avis.

*

5. L'application du droit coutumier humanitaire aux armes nucléaires soulevait des questions beaucoup plus délicates.

Comme la Cour l'a précisé, le droit coutumier concernant la conduite des opérations militaires résulte pour l'essentiel de l'annexe à la Convention IV de La Haye du 18 octobre 1907 concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre. Compte tenu de la nature et de l'ancienneté de ces dispositions, on pouvait se demander si celles-ci étaient applicables à l'emploi et surtout à la menace d'emploi des armes nucléaires. Les plus grands doutes me paraissaient permis sur ce dernier point. Mais aucun État doté d'armes nucléaires n'a contesté devant la Cour qu'il en était ainsi et l'immense majorité, sinon l'unanimité, des autres États en a été d'accord. La Cour n'a pu que prendre acte de ce consensus au paragraphe 22 de son avis.

Ces normes coutumières ont été résumées par la Cour en trois formules au paragraphe 78 de l'avis : les États n'ont pas un choix illimité quant aux armes qu'ils emploient; il ne peuvent utiliser des armes qui sont dans l'incapacité de distinguer entre cibles civiles et cibles militaires; il leur est interdit d'user d'armes propres à causer des maux superflus aux combattants.

J'adhère entièrement à cette analyse, mais estime que celle-ci aurait dû être complétée par le rappel des règles concernant les dommages collatéraux que l'attaque d'objectifs militaires légitimes peut causer aux populations civiles. Ces règles trouvent leur origine dans les articles 23 g), 25 et 27 de l'annexe à la Convention IV de La Haye. Elles firent l'objet de formulations nouvelles dans le projet de convention sur la réglementation de la guerre aérienne de 1923 et dans la résolution adoptée par l'Assemblée générale de la Société des Nations le 30 septembre 1938. Elles furent explicitées par le Tribunal militaire américain de Nuremberg dans l'affaire No 47. Elles le furent à nouveau par l'Assemblée générale des Nations Unies dans sa résolution 2444 (XXIII) du 19 décembre 1968 concernant le respect des droits de l'homme dans les conflits armés, adoptée à l'unanimité, selon laquelle :

> «Il est interdit de lancer des attaques contre la population civile comme telle; une distinction doit être faite en tout temps entre les personnes participant aux hostilités et la population

> civile, de telle sorte que cette dernière soit épargnée dans la mesure du possible.»

Elle fut enfin développée par l'article 51 du Protocole additionnel I de 1977 aux Conventions de Genève qui condamne les attaques contre les objectifs militaires dont on peut attendre qu'elles causeront incidemment des dommages «excessifs» à la population civile.

Ainsi le droit coutumier humanitaire comporte une seule interdiction absolue : celle des armes dites «aveugles» qui sont dans l'incapacité de distinguer entre cibles civiles et cibles militaires. Mais à l'évidence les armes nucléaires n'entrent pas nécessairement dans cette catégorie.

Pour le surplus, ce droit suppose des comparaisons. Les dommages collatéraux causés aux populations civiles ne doivent pas être «excessifs» par rapport à «l'avantage militaire attendu». Les souffrances causées aux combattants ne doivent pas être «superflues», c'est-à-dire, pour reprendre l'expression même de la Cour, «supérieures aux maux inévitables que suppose la réalisation d'objectifs militaires légitimes» (par. 78).

Dès lors l'arme nucléaire ne saurait être regardée comme illicite du seul fait des souffrances qu'elle est susceptible de causer. Encore faut-il comparer ces souffrances aux «avantages militaires attendus» ou aux «objectifs militaires» poursuivis.

S'agissant des armes nucléaires de destruction massive, il est clair cependant que les dommages qu'elles sont susceptibles de causer sont tels que leur utilisation ne saurait être envisagée que dans des cas extrêmes.

6. Le même raisonnement vaut en ce qui concerne le droit de la neutralité car, en de nombreuses occasions, il a été soutenu ou reconnu que la licéité d'actions menées par des belligérants en territoire neutre dépendait des «nécessités militaires», ainsi que le regretté juge Ago le constatait au vu d'une abondante pratique rapportée dans l'additif à son huitième rapport à la Commission du droit international sur la responsabilité des États (par. 50 et note 101).

7. Au total, la Cour aurait donc, à mon sentiment, dû répondre sur ce point à la question posée en précisant que la menace ou l'emploi d'armes nucléaires n'est compatible avec le droit applicable dans les conflits armés que dans certains cas extrêmes. La Cour a préféré, au paragraphe 2E du dispositif, user d'une formule négative en précisant que cette menace ou cet emploi étaient «généralement interdit». Cette formulation manque de précision, mais elle n'en implique pas moins que la menace ou l'emploi d'armes nucléaires ne sont pas interdits en «toute circonstance» par le droit applicable dans les conflits armés, ainsi que la Cour l'a d'ailleurs relevé au paragraphe 95 de l'avis.

8. La Cour a ajouté au paragraphe 2E que :

> «Au vu de l'état actuel du droit international, ainsi que des éléments de fait dont elle dispose, la Cour ne peut cependant pas conclure de façon définitive que la menace ou l'emploi d'armes nucléaires serait licite ou illicite dans une circonstance extrême de légitime défense dans laquelle la survie même d'un État serait en cause.»

Cette formulation n'est, là encore, pas complètement satisfaisante et je pense par suite nécessaire de l'éclairer quelque peu.

Aucun des États qui s'est présenté devant la Cour ne s'est interrogé sur les rapports entre le droit de légitime défense reconnu par l'Article 51 de la Charte et les principes et règles du droit applicable dans les conflits armés. Tous ont raisonné comme si ces deux types de prescription étaient indépendants, en d'autres termes, comme si le *jus ad bellum* et le *jus in bello* constituaient deux entités n'entretenant aucun rapport l'un avec l'autre. La Cour, dans certaines parties de son avis, a même pu paraître tentée par une telle construction. Or, on peut se demander s'il en est bien ainsi ou si, au contraire, les règles du *jus ad bellum* ne permettent pas d'éclairer celles du *jus in bello*.

Le droit de légitime défense proclamé par la Charte des Nations Unies est qualifié par celle-ci de droit naturel. L'Article 51 de la Charte ajoute qu'aucune disposition de la Charte ne porte atteinte à ce droit. Il en est de même a fortiori du droit coutumier ou du droit conventionnel. Cette solution s'explique aisément, car tout système de droit, quel qu'il soit, ne saurait priver l'un de ses sujets du droit de défendre sa propre existence en assurant la sauvegarde de ses intérêts vitaux. Dès lors, le droit international ne peut priver un État du droit de recourir à l'arme nucléaire si ce recours constitue l'ultime moyen par lequel il peut assurer sa survie. En pareille hypothèse, cet État bénéficie d'une sorte d'«excuse absolutoire» analogue à celle qui existe dans tous les systèmes de droit pénal.

La Cour a bien identifié ce problème lorsqu'au paragraphe 96 de l'avis, elle a précisé qu'elle ne saurait :

> «perdre de vue le droit fondamental qu'a tout Etat à la survie, et donc le droit qu'il a de recourir à la légitime défense, conformément à l'Article 51 de la Charte, lorsque cette survie est en cause».

Dans cette perspective, elle a rappelé dans ce même paragraphe qu'une «partie appréciable de la communauté internationale a adhéré pendant des années» à «la pratique dénommée 'politique de dissuasion'». Elle a souligné par ailleurs que les États qui ont adhéré à cette doctrine et à cette pratique

> «se sont toujours réservé, de concert avec certains autres États, le droit d'utiliser ces armes dans l'exercice du droit de légitime défense contre une agression armée mettant en danger leurs intérêts vitaux en matière de sécurité» (par. 66).

Elle a, par ailleurs, pris note des

> «réserves que certains États dotés d'armes nucléaires ont apportées aux engagements qu'ils ont pris en vertu, notamment, des protocoles aux Traités de Tlatelolco et de Rarotonga, ainsi que des déclarations faites par eux dans le cadre de la prorogation du traité sur la non-prolifération des armes nucléaires, de ne pas recourir à ces armes» (par. 96).

La Cour a enfin observé que les réserves ainsi formulées à ces protocoles et celles contenues dans les déclarations n'avaient «suscité aucune objection de la part des parties aux traités de Tlatelolco ou de Rarotonga, ou de la part du

Conseil de sécurité» (par. 62). Bien plus, elle a relevé que ce dernier avait pris acte avec satisfaction ou s'était félicité des déclarations ainsi faites (par. 45).

9. Dans ces conditions, la Cour aurait dû, à mon opinion, aller jusqu'au bout de son raisonnement et reconnaître de manière explicite la licéité de la dissuasion pour la défense des intérêts vitaux des États. Elle ne l'a pas fait explicitement et c'est pourquoi je n'ai pu souscrire au paragraphe 2E du dispositif. Mais elle l'a fait implicitement et c'est pourquoi j'ai joint au présent avis une opinion individuelle et non une opinion dissidente.

Au paragraphe 2E du dispositif, la Cour a en effet décidé qu'elle ne pouvait dans ces circonstances extrêmes conclure de façon définitive à la licéité ou l'illicéité des armes nucléaires. Elle a estimé en d'autres termes qu'en pareilles circonstances le droit ne fournissait aucun guide aux États. Mais si le droit est muet en ce cas, les États demeurent libres d'agir comme ils l'entendent.

10. Le droit international repose en effet sur le principe de la souveraineté des États et procède par suite du consentement de ces derniers. En d'autres termes, comme l'a dit excellemment la Cour permanente, «le droit international régit les rapports entre États indépendants. Les règles de droit liant les États procèdent donc de la volonté de ceux-ci.» (*Lotus, arrêt No 9, 1927, CPJI série A, No 10*, p. 18.)

La Cour elle-même a eu l'occasion de tirer sous diverses formes les conséquences de ce principe dans l'affaire opposant le Nicaragua aux États-Unis. Elle a rappelé que «le principe de souveraineté des États permet à chacun d'entre eux de se décider librement» pour ce qui est «du choix du système politique, économique, social et culturel et de la formulation des relations extérieures» (*Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci, CIJ Recueil 1986*, p. 108). Elle a surtout précisé «qu'il n'existe pas en droit international de règles, autres que celles que l'État intéressé peut accepter, par traité ou autrement, imposant la limitation de niveau d'armement d'un État souverain, ce principe étant valable pour tous les États sans distinction» (*ibid.*, p. 135).

11. La pratique constante des États est en ce sens pour ce qui est du *jus in bello*. Tous les traités concernant certains types d'armes procèdent par voie d'interdiction. Ainsi en est-il, par exemple, du Traité visant l'interdiction des armes nucléaires en Amérique latine de 1967, de la Convention sur l'interdiction de la mise au point, de la fabrication et du stockage des armes bactériologiques de 1975, de la Convention sur l'interdiction ou la limitation de l'emploi de certaines armes classiques qui peuvent être considérées comme produisant des effets traumatiques excessifs de 1981, ou de la Convention sur l'interdiction de la mise au point, de la fabrication, du stockage et de l'emploi des armes chimiques et sur leur destruction de 1993. De même, le projet de convention annexé aux résolutions de l'Assemblée générale des Nations Unies 45/59 et 46/37 a-t-il pour objet, selon son titre même, «l'interdiction de l'utilisation des armes nucléaires».

En outre, on notera que le seul jugement national qui ait eu à se prononcer, à ma connaissance, sur ce point l'a fait dans le même sens. En effet, la Cour de district de Tokyo, dans son jugement du 7 décembre 1963, a précisé que : «Bien entendu, il est exact que l'emploi d'une arme nucléaire est licite

aussi longtemps que le droit international ne l'interdit pas» (*Japanese Annual of International Law*, 1964, No 8, p. 235).

Bien plus, et comme il a déjà été rappelé, la Cour elle-même a, dans le présent avis, reconnu le caractère coutumier d'un tel principe en précisant que «l'illicéité de l'emploi de certaines armes en tant que telles ne résulte pas d'une absence d'autorisation, mais se trouve au contraire formulée en termes de prohibition» (par. 52).

12. Dans ces conditions, il résulte implicitement, mais nécessairement du paragraphe 2E de l'avis de la Cour que les États peuvent recourir à «la menace ou à l'emploi des armes nucléaires dans une circonstance extrême de légitime défense dans laquelle la survie même d'un État serait en cause». Tel a toujours été le fondement des politiques de dissuasion dont la licéité est ainsi reconnue.

13. L'arme nucléaire n'en est pas moins «potentiellement de nature catastrophique» et l'on comprend par suite que la Cour ait éprouvé le besoin de souligner au paragraphe 99 de son avis toute l'importance de l'article VI du Traité sur la non-prolifération des armes nucléaires.

J'approuve entièrement cette mention et souhaite ardemment que les négociations prévues par ce texte en ce qui concerne tant le désarmement nucléaire que le désarmement conventionnel soient couronnées de succès. J'aurai préféré toutefois que la Cour se borne à traiter de cette question dans les motifs de son avis. En effet, je crains qu'en adoptant le paragraphe 2F du dispositif, dans une formulation qui tente de résumer les obligations des États Parties au traité sur la non-prolifération des armes nucléaires, sans d'ailleurs y parvenir clairement, la Cour n'ait statué *ultra petita*.

14. Pour conclure, je souhaiterai réaffirmer solennellement que le rôle du juge ne consiste pas à se substituer au législateur. Au cours des deux dernières décennies, la communauté internationale a fait des progrès sensibles vers l'interdiction des armes nucléaires. Mais ce processus n'est pas parvenu à son terme et la Cour doit se borner à constater l'état du droit sans pouvoir substituer son appréciation à la volonté des États souverains. C'est la grandeur du juge que de rester dans son rôle en toute humilité, quels que soient par ailleurs les débats intérieurs qui peuvent être les siens aux plans religieux, philosophique ou moral.

(Signé) Gilbert GUILLAUME

OPINION INDIVIDUELLE DE M. RANJEVA

J'ai voté pour l'ensemble du dispositif, en particulier le premier alinéa du paragraphe E, dans la mesure où le présent avis confirme le principe de l'illicéité de l'emploi ou de la menace d'emploi des armes nucléaires, bien que j'estime que le second alinéa du même paragraphe E soulève des problèmes d'interprétation susceptibles de porter atteinte à la clarté de la règle de droit.

*
* *

L'illicéité de l'emploi ou de la menace d'emploi des armes nucléaires aura été, pour la première fois, affirmée dans la jurisprudence internationale inaugurée par le présent avis consultatif, sollicité par l'Assemblée générale de l'Organisation des Nations Unies. Une rédaction différente du premier alinéa du paragraphe E de la seconde partie du dispositif aurait entretenu le doute sur le bien-fondé de ce principe de droit positif, car une comparaison superficielle entre les deux paragraphes déclaratifs A et B aurait pu induire en erreur. Considérer comme équipollentes les constatations énoncées dans ces paragraphes aurait exclu, par hypothèse, une réponse soit affirmative soit négative à la question formulée dans la résolution introductive d'instance. La véritable réponse de la Cour est exprimée au paragraphe E et plus précisément au premier alinéa, tandis que le paragraphe 104 des motifs donne la clef de lecture des motifs et du dispositif dans le sens que ce paragraphe E ne peut être détaché des paragraphes A, C, D, F. À mon avis, l'adverbe «généralement» signifie : dans la majorité des hypothèses et de la doctrine; il a pour fonction grammaticale de déterminer avec insistance l'affirmation énoncée dans la proposition principale. En utilisant un adverbe de détermination, l'avis écarte toute autre interprétation qui aurait résulté de l'utilisation d'un adverbe dubitatif tel que «apparemment», «peut-être», «sans doute». Enfin, le mode conditionnel du verbe «être» employé pour énoncer l'affirmation exprime deux idées : d'une part une probabilité, c'est-à-dire un caractère dont la qualification peut être affirmée avec plus de facilité qu'une autre; et d'autre part une supposition pour l'avenir dont on ne souhaite nullement la survenance. Ces motifs, concluant à l'illicéité de l'emploi ou de la menace d'utilisation des armes nucléaires ne fait, à mon avis, que confirmer l'état du droit positif.

L'absence de référence directe et spécifique aux armes nucléaires ne peut être utilisée pour justifier une licéité, fût-elle indirecte, de l'emploi ou de la menace d'emploi des armes nucléaires. Le libellé du premier alinéa du paragraphe E du dispositif exclut toute restriction au principe général de l'illicéité. À supposer qu'on veuille attribuer une valeur dubitative à l'adverbe «généralement», une conclusion dans le sens d'une inflexion de la portée de l'illicéité ne saurait résister à l'analyse juridique. Lorsqu'on prend l'adverbe «généralement» comme un adverbe de quantité, la signification naturelle du terme exclut toute vélléité d'inférer une idée de licéité, qui est contraire au principe fondamental énoncé. Le recours à l'adverbe «généralement» ne s'explique que par l'appel indirect que lance la Cour pour que les conséquences des analyses développées aux numéros 70, 71, 72 des motifs soient dégagées par les destinataires de l'avis. En d'autres termes, le droit actuel que l'avis a relevé, mérite d'être consolidé. L'absence de mention spécifique aux armes nucléaires relève en effet plus de considérations d'opportunité diplomatique, technique ou politique que juridique. Aussi apparaît-il utile

d'analyser, en termes de droit, la pratique internationale pour confirmer cette interprétation.

Trois données méritent de retenir l'attention. En premier lieu, aucune réédition des précédents de Hiroshima et de Nagasaki n'est intervenue depuis 1945 même si le spectre de la menace nucléaire a été agité; en revanche, les effets du nucléaire, en général et des armes nucléaires, en particulier, sont tels qu'ils remettent en cause les fondements mêmes du droit humanitaire et des conflits armés. En deuxième lieu, aucune déclaration favorable à la licéité de principe de l'arme nucléaire n'a été enregistrée; faut-il insister sur le fait que c'est à titre de justification d'une exception à un principe accepté comme étant de droit, en l'occurrence l'illicéité de l'emploi ou de la menace d'emploi des armes nucléaires, que les États dotés d'armes nucléaires tentent d'exposer les raisons de leur attitude. En troisième et dernier lieu, l'attitude constante de l'Assemblée générale réservée voire hostile à l'arme nucléaire et le développement continu de la conscience du nucléaire ont abouti à l'élaboration d'un maillage juridique de plus en plus serré du régime des armes nucléaires dont la maîtrise relève de moins en moins du pouvoir discrétionnaire de son détenteur pour arriver à des situations juridiques d'interdiction.

Deux observations se dégagent de ce rappel des données de fait. En premier lieu, le principe de l'illicéité de l'emploi ou de la menace d'utilisation des armes nucléaires a pris forme de manière progressive en droit positif. Le recensement, en fait exhaustif, des instruments juridiques et actes pertinents révèle l'effet de catalyse qu'a exercé le principe visant à consacrer l'illicéité des armes nucléaires. L'étude du droit positif ne peut se limiter, dès lors, à constater purement et simplement l'état contemporain du droit; ainsi que l'a souligné la Cour permanente de justice internationale dans l'affaire des *Décrets de nationalité promulgués en Tunisie et au Maroc*, la question de la conformité au regard du droit international dépend de l'évolution des idées et des rapports internationaux. Le réalisme juridique amène à accepter que la conscience juridique des questions nucléaires dépend de l'évolution des idées et des connaissances tandis qu'une donnée reste permanente : l'objectif final à savoir le désarmement nucléaire. Le même effet de catalyse peut être observé dans l'évolution du droit de la Charte des Nations Unies. Les cas du droit de la décolonisation ainsi que de celui du paragraphe 4 de l'Article 2 montrent qu'à l'origine, considérer les principes y afférents comme relevant du domaine des prolégomènes juridiques relevait de l'hérésie juridique, or peut-on encore soutenir ces mêmes thèses aujourd'hui? Ne peut-on aussi s'interroger sur l'avènement d'un ordre écologique et environnemental qui tendrait à se superposer à l'ordre nucléaire et qui est en voie d'élaboration dans l'ordre du droit positif? En matière d'emploi ou de menace d'emploi des armes nucléaires, aucun doute n'est plus permis quant à son illicéité. Mais pour certains États, la difficulté résulte de l'absence de consolidation conventionnelle de ce principe, question soulevée par la seconde observation.

En second lieu, le silence sur le cas spécifique des armes nucléaires en matière de régime juridique de l'utilisation des armes exclut-il vraisemblablement l'illicéité coutumière de l'emploi ou de la menace d'emploi des armes nucléaires? Sans aucun doute, dans une matière aussi importante pour la paix et l'avenir de l'humanité, la solution conventionnelle reste la meilleure des méthodes en vue de réaliser un désarmement général en particulier nucléaire. Mais le consensualisme caractéristique du droit international ne saurait se limiter ni à une technique d'ingénierie contractuelle ou conventionnelle, ni à une formalisation par vote majoritaire des normes de droit international. Le droit des armes nucléaires représente une des branches du

droit international qu'on ne saurait envisager sans un minimum d'exigences éthiques qui expriment des valeurs auxquelles participent les membres de la communauté dans leur ensemble. La survie de l'humanité et de la civilisation est une de ces valeurs. Il ne s'agit pas de substituer l'ordre moral à l'ordre juridique de droit positif au nom d'un ordre supérieur ou révélé quelconque. Les exigences morales ne sont pas des sources directes et positives de prescriptions ou d'obligations, mais elles représentent un cadre à l'aune duquel sont scrutées et interpellées les techniques et les règles d'ingénierie conventionnelle et consensuelle. Dans les grandes causes de l'humanité, les exigences du droit positif et de l'éthique font un et les armes nucléaires de par leurs effets destructeurs en sont. Dans ces conditions, l'illicéité relève-t-elle de l'*opinio juris*? À cette question, la Cour donne une réponse que d'aucuns considéreraient dubitative alors qu'une réponse affirmative, à mon avis, ne fait pas de doute et prévaut.

Traditionnellement, en matière de recherche de l'*opinio juris*, lorsqu'il s'agit d'examiner les relations entre le fait et le droit, le fait précède le droit : de l'analyse des faits se détermine l'application de la règle de droit. Mais peut-il en être de même dans la présente procédure consultative : en effet il est demandé à la Cour de remonter aux principes premiers qui fondent la règle normative (voir IIe Partie, *infra*) avant de dire si l'interprétation combinée des règles pertinentes aboutit à la licéité ou non de l'emploi ou de la menace de l'emploi des armes nucléaires. En d'autres termes, la Cour se trouve face à une hypothèse où la règle de droit semble précéder le fait. La Cour se montre, à juste titre, très rigoureuse et très exigeante lorsqu'elle entend sanctionner la consolidation juridique d'une pratique au titre de l'*opinio juris*. Mais la référence de plus en plus fréquente, que fait la Cour, aux principes énoncés dans la Charte, aux résolutions et actes des organisations internationales, n'est-elle pas l'indice d'une solution de continuité? La reconnaissance de la nature coutumière des principes énoncés au paragraphe 4 de l'Article 2 de la Charte, dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* constitue, en effet, une rupture significative avec la pratique antérieure. La proclamation répétée de principes, considérés jusque-là comme seulement moraux mais d'une importance telle que le caractère irréversible de leur acceptation apparaît définitif, n'est-elle pas constitutive de l'avènement d'une *pratique constante et uniforme*? C'est sur le fondement de ces considérations concrètes que s'est effectuée l'incorporation en droit coutumier de principes aussi importants que celui de l'interdiction du génocide, du droit à la décolonisation, de la prohibition du recours à la force, de la théorie des compétences implicites. En la présente espèce, la conviction affirmée de manière constante, jamais démentie dans les faits en son principe, représente l'indice de l'incorporation en droit coutumier du principe de l'illicéité de l'emploi ou de la menace d'emploi des armes nucléaires.

*
* *

Le second alinéa du même paragraphe E peut amener à se demander si la Cour n'a pas tenté d'esquiver une réponse claire à la question fondamentale que lui a adressée l'Assemblée générale. Une partie importante des développements consacrés à la motivation de l'avis vise à établir que le droit international n'interdirait pas l'emploi ou la menace d'utilisation des armes nucléaires. Le problème, dès lors, se pose de savoir si dans le traitement de la requête de l'Assemblée générale, la Cour ne s'est pas fondée sur un postulat : l'égalité de traitement à réserver tant au principe de la licéité qu'à celui de l'illicéité.

Cette difficulté, à mon avis, amène à examiner successivement l'objet essentiel de la question posée puis l'objet du second alinéa du paragraphe E.

Le sens naturel des mots utilisés dans la résolution de l'Assemblée générale définit l'objet même de la question : le droit international autorise-t-il l'emploi ou la menace d'emploi des armes nucléaires en toute circonstance. En parlant simultanément et surtout sur le même plan «de la licéité ou de l'illicéité», l'avis répond-il fidèlement à la question posée?

À mon avis, la structure de la question impliquait une analyse d'ensemble du droit régissant les armes nucléaires dans le cadre des limites formulées par l'objet de la question.

La structure de la question de l'Assemblée générale a mis mal à l'aise plusieurs délégations en raison d'une part de son caractère inédit et d'autre part de la portée de la première partie du dispositif de l'avis.

En premier lieu, le caractère juridique de la question justifie amplement la suite positive que la Cour a réservée à la requête de l'Assemblée générale. Mais la réponse judiciaire de la Cour apparaît énigmatique voire incohérente si au préalable la Cour n'en donne pas la clef de lecture. L'avis aurait dû développer le sens de l'interprétation qu'elle a implicitement retenue de la notion de «question juridique». Les travaux préparatoires de la conférence de San Francisco sont discrets sur les tentatives de définition de cette notion. Peut-on considérer que sa signification relèverait des données immédiates à la conscience ou bien envisager ce silence comme l'expression du malaise du juriste lorsqu'il doit envisager en soi la notion de «question».

Dans l'histoire de la juridiction universelle, le contexte de la présente procédure consultative est unique. La requête de l'Assemblée générale est dépourvue de tout lien de connexité quelconque avec un différend international ou avec un différend né d'une divergence d'interprétation portant sur une règle écrite et déterminée. La mission de la Cour est en effet complexe dans la présente espèce. La conclusion finale, ou pour reprendre le langage théâtral, le dénouement, consiste pour elle à se prononcer sur la conformité ou non d'un acte, d'une décision, d'un fait, à une règle normative supérieure; mais pour ce faire, la Cour doit, au préalable, constater l'existence ou l'absence de prescriptions à caractère général et objectif (paragraphes A et B) d'un côté et justifier la nature juridique des principes ainsi identifiés et énoncés. En d'autres termes, pour parodier Levi Strauss, l'Assemblée générale demande à la Cour de s'interroger sur des questions que d'aucuns ne se posent pas. La difficulté inhérente à ce type de question porte sur l'étendue de la réponse que la Cour souhaite fournir tant dans le motif que dans le dispositif (voir par. 104). Dans le présent cas, ainsi qu'il a été évoqué plus haut, un traitement égalitaire a été réservé par la Cour aux différents aspects du problème de la licéité et de l'illicéité, avec une attention particulière à l'égard de la question de l'absence d'interdiction de l'emploi.

Litteris verbis, la résolution 49/75 ne demande pas un avis juridique sur l'illicéité ou l'interdiction de l'utilisation ou de la menace de l'emploi des armes nucléaires. L'Assemblée générale invite la Cour à remonter jusqu'aux principes premiers et aux propositions les plus générales qui expliquent ou peuvent remettre en cause l'interprétation selon laquelle en l'absence de règles acceptées comme telles et interdisant de tels actes, la liberté discrétionnaire serait la norme. Les critiques portant sur la structure de la question n'ont évidemment pas manqué d'être soulevées. L'analyse des arguments développés pour

soutenir l'idée selon laquelle la question serait mal posée, se fonde sur deux raisons principales : tout d'abord le caractère évident ou absurde de la question car la réponse ne fait pas de doute : aucune règle n'autorise en droit international l'utilisation ou la menace de l'emploi des armes nucléaires; ensuite une telle question, que ces critiques considèrent comme apparemment valide, risquerait d'aboutir à des conclusions inadmissibles compte tenu de la nature judiciaire de la Cour. En jugeant opportun d'une part de donner suite à la demande d'avis de l'Assemblée générale (dernière partie du dispositif) et d'autre part de ne pas reformuler les termes de la question (voir par. 20), nonobstant la légère différence entre les versions anglaise et française du texte, la Cour a rejeté le sophisme de la peur de l'innovation. Une telle question ne constitue ni une remise en cause ni une demande de modification du droit positif; il n'est pas non plus demandé à la Cour de se départir de sa fonction judiciaire car :

> «La Cour, en tant qu'organe judiciaire international ... est ... censée constater le droit international, et dans une affaire relevant de l'article 53 du Statut comme dans toute autre, est donc tenue de prendre en considération de sa propre initiative toutes les règles de droit international qui seraient pertinentes pour le règlement du différend. La Cour ayant pour fonction de déterminer et d'appliquer le droit dans les circonstances de chaque espèce, la charge d'établir ou de prouver les règles de droit ... ressortit au domaine de la connaissance judiciaire de la Cour.» (*CIJ Recueil 1974,* p. 9, par. 17, p. 181, par. 18)

Ces considérations permettent de mieux comprendre la signification de la notion de *question juridique* ainsi que la méthode observée par la Cour pour répondre à la question de l'Assemblée générale. La question, en effet, ne se réduit pas à une demande ou à une interrogation adressée à la Cour et dont la réponse se limiterait à une alternative.

En envisageant de manière exhaustive tous les aspects du problème, l'avis donne à la question juridique une large dimension. Une question représente un sujet, une matière sur lesquels la connaissance de la règle pertinente manque de certitude. L'incertitude résulte du foisonnement inflationniste de propositions contradictoires ayant un rapport avec le sujet soumis à la Cour. La Cour est alors invitée à y mettre de l'ordre en identifiant les propositions revêtues de la sanction de la normativité juridique et en expliquant par rapport à l'*opinio juris* le statut normatif de telle ou telle autre proposition. Il est évident que la réponse à la consultation ne peut éviter une proposition à caractère général.

En second lieu, la réponse favorable à la demande d'avis de l'Assemblée générale, objet de la première partie du dispositif, confirme l'interprétation libérale que la Cour donne du droit d'accès des institutions internationales autorisées à la procédure consultative. Le cas de la demande d'avis introduite par l'Organisation mondiale de la santé restera, selon toute vraisemblance, singulier, sinon unique. Intrinsèquement, l'objet de la résolution 46/40 de l'OMS ne pouvait donner lieu à critique, chaque institution étant juge de sa propre compétence. Mais lorsque la question établit un lien de conditionnalité entre la réponse, alors éventuelle, de la Cour, et l'exercice des fonctions de prévention des soins de santé primaires, l'institution spécialisée a substitué un lien de conditionnalité au lien de connexité visé par la Charte, le Statut et les actes pertinents de l'Organisation mondiale de la santé. Le caractère détachable de l'objet de la question par rapport aux fonctions de l'Organisation n'avait pas permis à la Cour, au regard des règles de sa propre compétence,

d'exercer sa fonction consultative. Cette référence à l'avis de ce même jour n'est pas sans intérêt; il est évident que la même majorité d'États a voulu obtenir de l'Assemblée générale la confirmation d'une demande d'avis consultatif qui recelait des vices de nature à justifier une absence de réponse de la Cour. En visant la demande de l'OMS, l'Assemblée générale a ravivé le souvenir de l'article 14 du Pacte de la Société des Nations. En l'absence d'une jonction de décisions compte tenu du traitement individualisé de chaque requête, la Cour a confirmé l'étendue importante du champ possible de demande d'avis consultatif que la Cour reconnaît à l'Assemblée générale. Néanmoins, les limites du domaine d'accès à la procédure consultative sont constituées par la nature juridique de l'objet de la question posée. En revanche, n'est pas affectée la jurisprudence bien établie selon laquelle représente une question politique une requête tendant à obtenir par la voie consultative la modification du droit positif.

Les conditions dans lesquelles la Cour s'est acquittée de sa mission l'exposent aux critiques que les professionnels du droit judiciaire ne manqueront pas de formuler à l'encontre de l'ensemble du second alinéa de la partie dispositive de l'avis. La réponse judiciaire, *stricto sensu*, se trouve au paragraphe E du second alinéa; en effet, l'objet de celui-ci est constitué par la déclaration de conformité ou de non-conformité à une règle préétablie. Autour de cette conclusion judiciaire gravitent cependant un certain nombre de propositions dont l'objet est le rappel de justifications ou de pétitions de principe conduisant à la conclusion véritable. Cette structure en circumduction de la partie dispositive combinée avec la rédaction du paragraphe E amène à poser le problème de la consistance véritable de la conclusion judiciaire de l'avis de la Cour. Il est regrettable que les difficultés inhérentes à la matière même des armes nucléaires n'aient pas été mises à profit par la Cour pour assurer de manière plus nette l'accomplissement de sa fonction judiciaire en affirmant plus nettement le principe de l'illicéité grâce à la division en deux paragraphes distincts des deux alinéas du paragraphe E. Une lecture rapide de l'ensemble du texte de l'avis (motifs et dispositifs) peut laisser l'image d'une Cour qui s'érige en service de consultation juridique. Or, il n'a pas été demandé à la Cour d'effectuer des analyses juridiques d'une question dont l'utilisation serait laissée à la discrétion des uns et des autres. L'exercice de la fonction consultative impose à la Cour la mission de dire le droit sur la question posée par l'auteur de la requête; le caractère facultatif attaché à la portée normative d'un avis n'a pas pour autant pour conséquence la dénaturation de la fonction judiciaire de la Cour. Son «dictum» constitue l'interprétation de la norme de droit et en violer le dispositif est constitutif de manquement à l'obligation de respecter le droit. Toujours est-il qu'à la différence d'une procédure contentieuse portant sur un différend relatif à des droits subjectifs, l'énoncé du droit dans la procédure consultative peut ne pas nécessairement se limiter à l'alternative du permis/défendu; le droit positif tout en étant complexe doit être clair dans son énoncé, qualité qu'il faut déceler dans le second alinéa du paragraphe E.

*

* *

Le second alinéa du paragraphe E pose, à mon avis, des difficultés d'interprétation compte tenu du problème de sa cohérence intrinsèque par rapport aux règles mêmes du droit des conflits armés bien qu'il faille insister sur sa dimension positive : le principe de la soumission à la règle de droit de l'exercice de la légitime défense.

L'alinéa E traite du droit des conflits armés et du droit humanitaire, deuxième branche du droit applicable à l'emploi ou à la menace d'emploi des armes nucléaires (voir paragraphe 34). Le droit des conflits armés relève du droit écrit, tandis que le principe dit de «de Martens» y accomplit une fonction résiduelle.

Deux conséquences en découlent : la première, ce droit des conflits armés ne saurait être interprété comme comportant des lacunes de nature à justifier une attitude de réserve ou au moins dubitative; la seconde, l'emploi des armes nucléaires ne peut pas se situer en-dehors du droit des conflits armés. Aucun État n'ayant d'ailleurs soutenu le principe d'un régime de non-droit, l'utilisation de ces armes doit être conforme, au regard du droit, aux règles qui régissent ces conflits. Dans ces conditions, sur une question aussi importante, il ne peut y avoir de doute sur la validité du principe d'illicéité dans le droit des conflits armés.

En envisageant maintenant le fond du droit des conflits armés, le paragraphe E du dispositif, en son second alinéa, introduit une possibilité d'exception aux règles du droit des conflits armés en invoquant une notion jusque-là inconnue de cette branche du droit international : la «circonstance extrême de légitime défense dans laquelle la survie même d'un État serait en cause». Deux critiques ne peuvent manquer d'être soulevées. En premier lieu, la Cour fait un amalgame entre les règles du droit international et celles de la Charte des Nations Unies d'une part, et le droit des conflits armés et spécialement des règles du droit humanitaire d'autre part; alors que le paragraphe E ne traite que du droit des conflits armés, le droit de la légitime défense relève du paragraphe C. La rigueur et la clarté imposaient, à défaut d'un paragraphe E bis autonome par rapport au paragraphe E, le rattachement de la notion de «circonstance extrême de légitime défense» au problème plus général de la légitime défense, objet du paragraphe C. Le paragraphe C couvre l'ensemble des hypothèses du droit de l'emploi de la force par référence aux dispositions de la Charte (Articles 2 et 4 et Article 51). A priori, rien n'interdit une interprétation faisant prévaloir les règles de la légitime défense, y compris nucléaire, sur les règles du droit humanitaire, difficulté soulevant en conséquence la seconde critique. En second lieu, la critique porte sur l'acception de ce concept de «circonstance extrême de légitime défense mettant en cause la survie même de l'État». Sans aucun doute, sa signification relève de l'expression usuelle, mais cette observation n'est pas suffisante pour servir à la qualification juridique.

La principale difficulté liée à l'interprétation de l'alinéa 2 du paragraphe E tient à la nature véritable de l'exception de «l'extrême légitime défense» à l'application du droit humanitaire et de celui des conflits armés. On ne voit ni dans la jurisprudence de la Cour ou de toute autre juridiction, ni dans la doctrine, aucune autorité qui vienne confirmer l'existence d'une distinction entre le cas général d'application des règles du droit des conflits armés et le cas exceptionnel affranchissant une partie belligérante du respect des obligations liées aux règles du droit des conflits armés.

Si une telle règle doit exister, elle ne peut être déduite que de l'intention des États auteurs et parties à ces instruments. À plusieurs reprises a été affirmé le fait que n'était pas délibérément envisagé le cas des armes nucléaires lors des négociations et de la conclusion des grandes conventions du droit des conflits armés. Il est, dans ces conditions, difficile d'entrevoir comment ces plénipotentiaires pouvaient envisager des exceptions de cette importance aux principes régissant le droit des conflits armés. Ces principes

avaient vocation à s'appliquer dans tous les cas de conflits sans considération particulière du statut des parties en cause, qu'elles soient victimes ou agresseurs. Si une exception avait été envisagée pour être autorisée, les auteurs de ces instruments auraient pu y faire allusion, à savoir par l'insertion des limites ou des exceptions à l'intégrité de l'application de ces instruments.

La distinction proposée par la Cour, en fait, ne pourra être que difficile à appliquer et à terme ne fera que rendre encore plus complexe un problème déjà délicat à maîtriser en droit. M. O. Schachter a établi un recensement des hypothèses dans lesquelles en dehors de toute agression, un État a réclamé le bénéfice du privilège de la légitime défense. Il s'agit de :

> «1. The use of force to rescue political hostages believed to face imminent danger of death or injury;
>
> 2. the use of force against officials or installations in a foreign state believed to support terrorist acts directed against nationals of the state claiming the right of defense;
>
> 3. the use of force against troops, planes, vessels or installations believed to threaten imminent attack by a state with declared hostile intent;
>
> 4. the use of retaliatory force against a governement or military force so as to deter renewed attacks on the state taking such action;
>
> 5. the use of force against a government that has provided arms or technical support to insurgents in a third state.
>
> 6. the use of force against a government that has allowed its territory to be used by military forces of a third state considered to be a threat to the state claiming self-defense;
>
> 7. the use of force in the name of collective defense (or counterintervention) against a government imposed by foreign forces and faced with large-scale military resistance by many of its people.» (O. Schachter, «Self-defense over the rule of law», *AJIL*, 1989, p. 271)

La question se pose de savoir à quel type d'hypothèse peut se rattacher le cas de l'extrême légitime défense mettant en cause la survie même de l'État, pouvant justifier le recours à l'arme suprême et la paralysie de l'application des règles de droit humanitaire et applicables dans les conflits armés. À cette question, une réponse négative s'impose : l'obligation qu'a chaque partie belligérante de respecter les règles du droit humanitaire applicables dans les conflits armés n'est nullement limitée au cas de légitime défense; l'obligation existe indépendamment de la qualité d'agresseur ou de victime. Par ailleurs, aucune preuve attestant l'existence d'une «arme nucléaire propre» n'a été présentée devant la Cour, les Etats se contentant d'affirmer qu'il y avait effectivement problème de compatibilité entre la licéité de l'emploi des armes nucléaires et les règles du droit humanitaire. Ces critiques, à mon avis, privent de fondements logique et juridique l'exception de «légitime défense extrême».

Le respect que je porte à la Cour m'amène cependant à reconnaître que l'organe judiciaire principal des Nations Unies n'ignorait pas ces critiques ainsi que les griefs que ne manqueront pas de formuler les professionnels du monde juridique et judiciaire. Toujours est-il, qu'à mon avis, l'étroite interrelation qui existe entre tous les éléments de la présente décision implique une lecture de ce second alinéa du paragraphe E à la lumière du paragraphe C du dispositif. Force est alors de constater qu'en dernière analyse, la Cour affirme que l'exercice de la légitime défense ne peut être envisagé en dehors de la règle de droit. Les paragraphes C et E définissent les contraintes juridiques préalables à l'exercice de ce droit dans des conditions telles, au regard des paragraphes C, D, E, que la licéité de sa mise en oeuvre est plus qu'improbable dans les faits. L'élément le plus important, cependant, réside dans l'aménagement des garanties juridiques. Le paragraphe E laisse ouverte dans ces circonstances extrêmes, la question de la licéité ou de l'illicéité; il écarte ainsi la possibilité de création de blocs prédéfinis ou prédéterminés de licéité ou d'illicéité. Une réponse ne peut être envisagée qu'*in concreto* à la lumière des conditions des paragraphes C et D précédents. Cette conclusion mérite d'être soulignée car si la Cour n'avait envisagé qu'une seule branche de l'alternative, la solution de la licéité indirecte, le second alinéa aurait réduit à néant l'objet du premier. Le maintien des deux branches de la question ouvre la voie à un débat sur l'illicéité et la licéité au regard du droit international, ainsi que le Tribunal de Nuremberg l'a déjà affirmé :

> «Whether action taken under the claim of self defense was in fact aggressive or defensive must ultimately be subject to investigation or adjudication if international law is ever to be enforced.» (O. Schachter, *ibid.*, p. 262)

Cette construction compliquée limite en définitive l'exercice unilatéral de la légitime défense. De surcroît, en réservant sa réponse définitive, donc de principe, la Cour s'aménage un domaine de compétence possible jusque-là inconcevable à cause du jeu du mécanisme combiné de la qualification unilatérale et du droit de veto. L'acuité des termes de la problématique n'a pas, pour autant, amené la Cour jusqu'à accepter de consacrer la primauté des exigences de la survie de l'État sur l'obligation de respecter les règles du droit international humanitaire applicables dans les conflits armés.

En conclusion, si les deux alinéas du paragraphe E avaient fait l'objet de paragraphes distincts, j'aurais voté sans hésitation en faveur du premier alinéa et me serais abstenu, si les dispositions du Statut et du Règlement le permettaient, sur le second alinéa. La jonction de ces deux propositions m'amenait en conscience à voter en faveur de l'ensemble car l'essentiel du droit est sauf, et parce que la prohibition des armes nucléaires relève de la responsabilité de tous et de tout un chacun, la Cour ayant apporté sa modeste contribution en interpellant chaque sujet et acteur de la vie internationale sur la base du droit. Je forme le souhait que jamais une juridiction n'ait à devoir statuer dans les termes du second alinéa du paragraphe E.

(Signé) Raymond RANJEVA

OPINION INDIVIDUELLE DE M. FLEISCHHAUER

J'ai voté pour toutes les conclusions de la Cour énoncées au paragraphe 105 de l'avis consultatif bien qu'elles n'apportent pas une réponse complète et tranchée à la question posée à la Cour par l'Assemblée générale. Incomplètes et vagues comme elles le sont, les conclusions de la Cour — et spécialement le point 2E qui est le passage critique — reflètent le terrible dilemme auquel sont confrontées les personnes et les institutions qui ont à traiter de la question de la licéité ou de l'illicéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires en droit international. À l'heure actuelle, le droit international est toujours aux prises avec la dichotomie — non encore surmontée — qui existe entre, d'une part, le droit international applicable aux conflits armés, en particulier les règles et principes du droit humanitaire avec lesquels l'utilisation des armes nucléaires n'apparaît guère conciliable — comme la Cour le dit au paragraphe 95 de son avis — et, d'autre part, le droit naturel de légitime défense que chaque État possède dans le cadre de l'égalité souveraine des États. Ce droit fondamental serait gravement atteint si, s'agissant d'un État victime d'une attaque menée avec des armes nucléaires, chimiques et biologiques ou de toute autre manière constituant une menace mortelle pour sa survie, les armes nucléaires étaient totalement exclues comme moyen légal ultime dans le cadre d'une légitime défense individuelle ou collective.

1. Exposant maintenant mes vues de façon plus détaillée, je voudrais tout d'abord indiquer qu'à mon sens la Cour a raison de considérer que les règles et les principes humanitaires s'appliquent aux armes nucléaires (par. 86) et de conclure ainsi :

> «La menace ou l'emploi d'armes nucléaires devrait aussi être compatible avec les exigences du droit international applicable dans les conflits armés, spécialement celles des principes et règles du droit international humanitaire...» (Point 2D du dispositif)

S'il en est ainsi, c'est à cause du caractère intrinsèquement humanitaire de ces règles et principes et en dépit du fait que leur élaboration est bien antérieure à l'invention des armes nucléaires. Cette conclusion reste vraie bien que les Conférences de Genève qui se sont tenues après l'entrée des armes nucléaires sur la scène internationale et qui ont adopté les quatre Conventions de Genève du 12 août 1949 pour la protection des victimes de la guerre ainsi que le Protocole additionnel I y relatif du 8 juin 1977 n'aient fait aucune mention spécifique des armes nucléaires. Il en va de même pour les autres principes du droit applicable aux conflits armés comme le principe de neutralité qui est né lui aussi bien avant l'apparition des armes nucléaires.

2. Les règles et principes du droit humanitaire applicable aux conflits armés traduisent, comme le dit la Cour (par. 95), le «principe primordial d'humanité» qui est à la base du droit international et que celui-ci est appelé à soutenir et à défendre. Les règles et principes humanitaires rappellent aux États que, quel que soit l'armement employé, et bien que les pertes civiles soient inévitables en période de guerre, les civils ne peuvent jamais faire l'objet d'une attaque. En ce qui concerne les combattants, on ne doit pas utiliser d'armes causant des maux superflus. De même le respect de la neutralité des États ne participant pas à un conflit armé est un élément clé des relations harmonieuses entre les États. L'arme nucléaire est, à bien des égards, la négation des considérations humanitaires qui inspirent le droit applicable aux conflits armés et le principe de neutralité. L'arme nucléaire ne peut faire la distinction entre objectifs civils et objectifs militaires. Elle cause

d'incommensurables souffrances. Les radiations qu'elle engendre ne peuvent pas respecter l'intégrité territoriale d'un État neutre.

J'approuve donc la conclusion de la Cour figurant au premier alinéa du point 2E du dispositif, à savoir que :

> «la menace ou l'emploi d'armes nucléaires serait généralement contraire aux règles du droit international applicable dans les conflits armés, et spécialement aux principes et règles du droit humanitaire.»

3. La Cour a raison de penser que la réponse à la question que l'Assemblée générale lui a posée ne consiste pas simplement à dire que la menace ou l'emploi d'armes nucléaires serait contraire aux règles du droit international applicable dans les conflits armés, et spécialement aux principes et règles du droit humanitaire. En utilisant le mot «généralement» au premier alinéa du point 2E du dispositif et en ajoutant un deuxième alinéa, la Cour indique que ce qu'elle dit au sujet de l'impossibilité de concilier l'emploi d'armes nucléaires et le droit humanitaire est soumis ou peut être soumis à des réserves. Le mot «généralement» limite la portée du prononcé en tant que tel et, selon le deuxième alinéa :

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

Si l'on avait réglé la question en disant simplement que le recours à l'arme nucléaire serait contraire aux règles du droit international applicable dans les conflits armés, et spécialement aux principes et règles du droit humanitaire, cela aurait signifié que le droit applicable dans les conflits armés, et spécialement le droit humanitaire, l'emporte sur le droit naturel de légitime défense individuelle ou collective que chaque État possède dans le cadre de l'égalité souveraine des États, droit qui est expressément sauvegardé à l'Article 51 de la Charte. En effet, si un État est la victime de la part d'un autre État d'une attaque massive qui menace son existence même, il se peut que le recours à la menace ou à l'emploi d'armes nucléaires au titre de la légitime défense individuelle (si l'État attaqué détient l'arme nucléaire) ou collective (si l'État attaqué ne possède pas l'arme nucléaire mais est allié à un État qui en est doté) soit pour l'État attaqué l'ultime et la seule solution possible en dehors de la reddition. On se trouverait dans cette situation en particulier si l'attaque était menée au moyen d'armes nucléaires, bactériologiques ou chimiques. Certes, l'Article 51 de la Charte qui consacre le droit de légitime défense ne mentionne pas d'armes particulières (par. 39 de l'avis). Néanmoins en rejetant le recours à la menace ou à l'emploi d'armes nucléaires en tant que possibilité légale en toute circonstance, on risquerait de rejeter la légitime défense elle-même alors que ce recours serait l'ultime moyen disponible par lequel l'État attaqué pourrait exercer le droit que lui confère l'Article 51.

Un prononcé qui équivaudrait à un tel rejet n'aurait pas été, à mon avis, un juste énoncé du droit; il n'y a pas en droit international de règle selon laquelle l'un des principes antagonistes doit l'emporter sur l'autre. Le fait que l'État attaquant contreviendrait au droit international ne modifierait pas

la situation. Le recours au Conseil de sécurité, qu'exige l'Article 51, n'apporte non plus aucune garantie de secours immédiat et efficace.

4. Il est vrai que les éléments restrictifs du point 2E du dispositif se présentent sous une forme hésitante, vague et incertaine. Le premier alinéa du point 2E n'explique pas ce que l'on doit entendre par «*généralement* contraire aux règles du droit international applicable dans les conflits armés» et le second alinéa du point 2E évite de prendre position lorsqu'il dit :

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

Le raisonnement qu'a suivi la Cour dans ses motifs et qui l'ont amenée à restreindre la portée de sa conclusion au point 2E n'est pas très clair non plus. Pour ce qui est du terme «généralement» au premier alinéa du point 2E du dispositif, les explications de la Cour au paragraphe 95 se bornent à ceci :

> «elle [la Cour] ne dispose pas des éléments suffisants pour pouvoir conclure avec certitude que l'emploi d'armes nucléaires serait nécessairement contraire aux principes et règles du droit applicable dans les conflits armés en toute circonstance.»

On trouve au paragraphe 96 les motifs qui expliquent le second alinéa du point 2E. Ils se réfèrent à l'Article 51 de la Charte, à la pratique des États dénommée «politique de dissuasion» et aux engagements qu'ils ont pris en vertu, notamment, des protocoles aux traités de Tlatelolco et de Rarotonga, ainsi que des déclarations faites par eux dans le cadre de la prorogation du Traité sur la non-prolifération des armes nucléaires (par. 59 de l'avis). Les termes hésitants utilisés par la Cour pour restreindre la portée du point 2E du dispositif témoignent, selon moi, des difficultés juridiques et morales rencontrées dans le domaine où la Cour a été entraînée par la question que lui a posée l'Assemblée générale.

5. Néanmoins, en admettant la possibilité d'introduire des éléments restrictifs aussi bien dans les motifs de son avis qu'au point 2E du dispositif, la Cour m'a mis en mesure de voter en faveur de ce point particulièrement important du dispositif. Elle aurait pu cependant et, selon moi, elle aurait dû aller plus loin. Mon opinion à cet égard est la suivante :

Les principes et les règles de droit humanitaire et les autres principes de droit applicables dans les conflits armés, comme le principe de neutralité, d'une part, et le droit naturel de légitime défense d'autre part — qui sont en raison même de l'existence de l'arme nucléaire en complète opposition — sont tous des principes et des règles de droit. Aucun de ces principes et aucune de ces règles n'est au-dessus du droit, ils se situent sur un plan d'égalité en droit et ils peuvent être modifiés par le droit. Ils peuvent faire l'objet de recours en justice. Pourtant le droit international ne possède pas encore de norme, conventionnelle ou coutumière, qui régisse la manière dont ces principes peuvent être conciliés face à l'arme nucléaire. Comme je l'ai dit plus haut (par. 3 de la présente opinion), il n'y a pas de règle donnant la primauté à l'un de ces principes ou à l'une de ces règles par rapport aux autres. La

politique internationale n'a pas encore donné naissance à un système de sécurité collective assez parfait pour résoudre le dilemme de façon rapide et efficace.

Attendu que les principes et les règles antagonistes se situent sur un plan d'égalité, il en résulte qu'il faut trouver entre eux, le cas échéant, le plus petit commun dénominateur. Il en résulte par suite que, même si l'emploi d'armes nucléaires n'est guère conciliable avec le droit humanitaire applicable dans les conflits armés et avec le principe de neutralité, leur utilisation peut rester une possibilité légale dans une circonstance extrême de légitime défense individuelle ou collective où la menace ou l'emploi d'armes nucléaires serait l'ultime recours contre une attaque menée au moyen d'armes nucléaires, chimiques ou biologiques ou de toute autre manière menaçant l'existence même de l'État attaqué.

On aboutit au même résultat si, en l'absence d'une règle conventionnelle ou coutumière régissant la conciliation des principes et règles antagonistes, on admet que la troisième catégorie de dispositions juridiques que la Cour doit appliquer en vertu de l'article 38 de son Statut, à savoir les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées, contient un principe selon lequel aucun système juridique ne peut exiger de l'un de ses sujets qu'il accepte de succomber ou se suicide. Nombreux sont, selon moi, les arguments en faveur de l'applicabilité d'un tel principe dans tous les systèmes juridiques modernes et donc aussi dans le droit international.

Que l'on suive l'un ou l'autre de ces deux raisonnements, le résultat auquel on aboutit, à savoir que le plus petit commun dénominateur est à mon sens l'élément déterminant qui permet de résoudre l'opposition créée par l'arme nucléaire entre le droit applicable dans les conflits armés et le droit de légitime défense, trouve confirmation dans le fait que la politique de dissuasion a joué un rôle important pendant toutes les années de guerre froide dans la pratique étatique des États dotés d'armes nucléaires aussi bien que dans la pratique des États qui n'en possédaient pas et qui ont appuyé ou toléré cette politique. Même après la fin de la guerre froide, on n'a pas complètement abandonné la politique de dissuasion, ne serait-ce que pour maintenir un équilibre des forces entre les États détenteurs d'armes nucléaires et pour dissuader les États qui n'en possédaient pas d'acquérir, de menacer d'employer ou d'employer des armes nucléaires. Les États dotés d'armes nucléaires ont jugé nécessaire de maintenir après la guerre froide les réserves qu'ils avaient apportées aux engagements pris par eux en vertu notamment des Traités de Tlatelolco et de Rarotonga (par. 59 de l'avis) et d'assortir de réserves similaires les déclarations faites par eux dans le cadre de la prorogation du traité sur la non-prolifération des armes nucléaires. Ces réserves sont tolérées par les parties intéressées non dotées d'armes nucléaires et, dans le cas de la prorogation illimitée du traité de non-prolifération, par le Conseil de sécurité. Certes, comme la Cour elle-même l'a indiqué (*Plateau continental de la mer du Nord, arrêt, CIJ Recueil 1969*, p. 44), tout acte habituel accompli ou toute attitude prise pendant une période prolongée par un certain nombre d'États ne constitue pas une pratique qui permette de déterminer l'état du droit. Pour reprendre les termes de la Cour :

> «Il existe nombre d'actes internationaux, dans le domaine du protocole par exemple, qui sont accomplis presque invariablement mais sont motivés par de simples considérations de courtoisie, d'opportunité ou de tradition et non par le sentiment d'une obligation juridique.» (Ibid.)

Mais la pratique que constitue la politique de dissuasion est expressément fondée sur le droit de légitime défense individuelle ou collective et il en va de même des réserves portant sur les garanties de sécurité. Les États qui appuient ou tolèrent cette politique et ces réserves en sont conscients. Le Conseil de sécurité l'était également lorsqu'il a adopté sa résolution 984 (1995). En conséquence, la pratique que traduisent la politique de dissuasion, les réserves relatives aux garanties de sécurité et la tolérance manifestée à leur égard doit être considérée comme une pratique étatique au sens juridique.

6. Pour que le recours à l'arme nucléaire soit licite, il ne faut pas seulement que la situation soit extrême, il faut aussi que soient remplies les conditions auxquelles de façon générale l'exercice licite de la légitime défense est subordonné. Parmi ces conditions figure, comme le dit l'avis *expressis verbis* (par. 41), la condition de proportionnalité. La nécessité de respecter le principe de proportionnalité ne doit pas a priori exclure le recours aux armes nucléaires; ainsi que le précise l'avis «le principe de proportionnalité ne peut pas, par lui-même, exclure le recours aux armes nucléaires en légitime défense en toutes circonstances» (par. 42). La marge permettant de considérer une menace ou un emploi d'armes nucléaires comme éventuellement licite est extrêmement étroite.

L'état actuel du droit international ne permet pas de tracer une frontière plus précise entre le recours licite et le recours illicite aux armes nucléaires.

7. À long terme la réponse au conflit que l'invention de l'arme nucléaire a engendré entre les valeurs les plus hautes et les besoins les plus fondamentaux de la communauté des États ne peut résider qu'en une réduction et un contrôle efficaces des armements nucléaires et en un meilleur système de sécurité collective. C'est pourquoi j'ai appuyé le point 2F du dispositif de l'avis qui concerne l'existence d'une obligation générale s'imposant aux États de poursuivre de bonne foi et de mener à terme des négociations conduisant au désarmement nucléaire dans tous ses aspects, sous un contrôle international strict et efficace — bien qu'à strictement parler ce prononcé aille au-delà de la question posée à la Cour.

(Signé) Carl-August FLEISCHHAUER

OPINION DISSIDENTE DE M. SCHWEBEL, VICE-PRÉSIDENT

Plus que toute autre affaire dans l'histoire de la Cour, la procédure actuelle présente une tension titanesque entre pratique des États et principe juridique. Il n'en est que plus important de ne pas confondre le droit international que nous avons et le droit international dont nous avons besoin. Dans l'ensemble, l'avis de la Cour ne le fait pas. J'approuve pour l'essentiel mais pas entièrement la plus grande partie de l'avis et je préciserai dans l'opinion qui suit les points de divergence. Mais comme je suis en profond désaccord avec l'ultime conclusion de la Cour, j'ai le regret de devoir formuler une opinion dissidente.

Le problème est essentiellement celui-ci. La pratique des États prolongée sur cinquante ans n'exclut pas, et par suite confirme, la licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires dans certaines circonstances. En même temps, les principes de droit international humanitaire qui sont antérieurs à cette pratique régissent l'utilisation de toutes les armes, y compris les armes nucléaires, et il est extraordinairement difficile de concilier l'emploi — ou du moins certains emplois — des armes nucléaires avec l'application des principes en question.

Une manière de surmonter la contradiction entre pratique et principe consisterait à négliger la pratique. C'est ce que font ceux qui soutiennent l'illicéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires. Une autre manière consisterait à négliger le principe et à soutenir que les principes du droit international humanitaire ne concernent pas les armes nucléaires. Cela n'a pas été fait par les États, y compris ceux qui sont dotés d'armes nucléaires, dans la présente affaire et ne devait pas l'être. Ces principes — essentiellement la proportionnalité quant au niveau de la force utilisée, la discrimination entre combattants et civils dans l'usage de la force, l'interdiction d'imposer des souffrances inutiles aux combattants — ont été dégagés à l'époque prénucléaire. Ils ne s'adaptent pas facilement à l'emploi d'un armement ayant les caractéristiques des armes nucléaires. Il faut noter en même temps que les puissances nucléaires et leurs alliés se sont opposés avec succès à ce que le développement progressif du droit humanitaire englobe les armes nucléaires; cela est établi par les documents émanant des conférences qui ont abouti aux Conventions de Genève de 1949 et aux Protocoles additionnels de 1977. Néanmoins soutenir que ces principes fondamentaux ne s'appliquent pas aux inventions intervenues dans le domaine de l'armement postérieurement à leur formation serait dénaturer le droit international humanitaire. Il n'est pas concevable non plus qu'en élaborant ces principes la communauté internationale ait voulu exclure de leur application les armes qui seraient inventées plus tard. La clause de Martens implique le contraire.

Qu'il me soit permis, avant d'examiner comment le fossé entre la pratique et le principe pourrait être comblé, et comment l'avis de la Cour le comble, de présenter certaines observations sur le contenu de l'une et de l'autre.

La pratique des États

La pratique étatique montre que les armes nucléaires sont fabriquées et déployées par les États depuis une cinquantaine d'années, que la menace de leur utilisation est inhérente à leur déploiement et que, loin de proscrire la menace ou l'emploi d'armes nucléaires dans toutes les circonstances, la communauté internationale a, soit par traité soit par l'action du Conseil de sécurité des

Nations Unies, admis en fait ou expressément que, dans certaines circonstances, on pouvait utiliser des armes nucléaires ou menacer de les employer.

Non seulement les puissances nucléaires ont ouvertement et pendant des décennies fabriqué, entretenu et mis en place des armes nucléaires au prix d'efforts et de dépenses considérables, mais elles ont aussi affirmé avoir le droit de s'en servir dans certaines circonstances ou de menacer de s'en servir. Qu'elles aient menacé d'y recourir résulte du simple fait qu'elles possédaient et déployaient ces armes avec les conséquences inexorables qui en découlaient, du fait qu'elles avaient élaboré des plans militaires, stratégiques et tactiques, parfois révélés publiquement et, dans quelques très rares crises internationales, du fait qu'elles avaient effectivement menacé d'utiliser des armes nucléaires. La menace de l'emploi éventuel des armes nucléaires est inhérente à la doctrine et à la pratique mêmes de la dissuasion.

Cette pratique nucléaire n'est pas le fait d'un protestataire obstiné, isolé et d'importance secondaire. Ce n'est pas la pratique d'un gouvernement paria ne trouvant aucun écho dans une opinion internationale d'un avis contraire. C'est la pratique de cinq des grandes puissances mondiales, des membres permanents du Conseil de sécurité et elle a été appuyée pendant près de 50 ans par leurs alliés et par d'autres États s'abritant sous leur parapluie nucléaire. Autrement dit, c'est la pratique d'États qui, pris ensemble, représentent l'essentiel du pouvoir militaire, économique, financier et technologique du monde et une très grande proportion de sa population — et cette pratique a été reconnue, prise en compte et dans une certaine mesure, acceptée par la communauté internationale. La mesure de cette acceptation ne va pas sans ambiguïté mais elle n'est pas négligeable. Il est évident que les alliances fondées sur le déploiement d'armes nucléaires acceptent la licéité de leur emploi dans certaines circonstances. Mais ce qui est peut-être moins évident, c'est l'effet du traité sur la non-prolifération, les conséquences du système de garanties de sécurité négatives et positives données par les puissances nucléaires et acceptées par le Conseil de sécurité conformément au traité, et c'est aussi l'incidence des réserves des puissances nucléaires adhérant à des traités régionaux régissant la détention, le déploiement et l'emploi d'armes nucléaires.

Le Traité sur la non-prolifération des armes nucléaires

Le Traité sur la non-prolifération des armes nucléaires, conclu en 1968 et prorogé de façon illimitée par 175 États parties en 1995, présente une importance fondamentale. Aux termes de l'article premier, «Tout État doté d'armes nucléaires qui est partie au Traité s'engage à ne transférer à qui que ce soit ... des armes nucléaires ... ou le contrôle de telles armes...» Selon l'article II, tout État non doté d'armes nucléaires s'engage à ne pas accepter d'armes nucléaires et à ne pas en fabriquer. L'article III dispose que tout État non doté d'armes nucléaires s'engage à accepter les garanties qui devront être négociées avec l'Agence internationale de l'énergie atomique en vue d'empêcher que l'énergie nucléaire ne soit détournée de ses utilisations pacifiques vers des armes nucléaires. L'article IV laisse à toutes les parties le droit de développer l'utilisation de l'énergie nucléaire à des fins pacifiques et l'article V stipule que les avantages pouvant découler des applications pacifiques des explosions nucléaires seront accessibles aux États non dotés d'armes nucléaires qui sont parties au Traité. L'article VI dispose que :

> «Chacune des parties au Traité s'engage à poursuivre de bonne foi des négociations sur des mesures efficaces relatives à la cessation de la course aux armements nucléaires à une date rapprochée et au désarmement nucléaire et sur un traité de désarmement général et complet sous un contrôle international strict et efficace.»

L'article VII est ainsi conçu :

> «Aucune clause du présent Traité ne porte atteinte au droit d'un groupe quelconque d'États de conclure des traités régionaux de façon à assurer l'absence totale d'armes nucléaires sur leurs territoires respectifs.»

L'article VIII est une clause relative aux amendements. Aux termes de l'article IX le Traité est ouvert à tous les États et «aux fins du Traité, un État doté d'armes nucléaires est un État qui a fabriqué et a fait exploser une arme nucléaire ou un autre dispositif nucléaire avant le 1er janvier 1967.» L'article X est une clause de retrait en cas d'événements extraordinaires et contient une disposition sur la base de laquelle une conférence groupant les parties peut être convoquée pour proroger le Traité.

Le Traité sur la non-prolifération concerne donc la possession d'armes nucléaires plutôt que leur emploi. Il établit une distinction fondamentale entre les États détenteurs d'armes nucléaires et les États qui n'en possèdent pas et confère aux uns et aux autres des responsabilités équilibrées. Il admet qu'il peut y avoir des armes nucléaires sur des territoires d'où leur absence totale n'a pas été prescrite. Rien dans le Traité n'autorise ni n'interdit la menace ou l'emploi d'armes nucléaires. Toutefois le traité considère comme légitime la possession d'armes nucléaires par les cinq puissances nucléaires, du moins tant que le désarmement nucléaire n'est pas réalisé. En 1968 et 1995, ce qui caractérisait aux yeux de tous la possession, c'était la mise au point, le perfectionnement, l'entretien et le déploiement de milliers et de milliers d'armes nucléaires. Si les armes nucléaires n'étaient pas entretenues, leur mauvais entretien pouvait être plus dangereux que leur absence; si elles n'étaient pas déployées, la possession perdait une bonne part de son utilité. Dès lors qu'une puissance possède, entretient et déploie des armes nucléaires et les moyens de les lancer, elle se met dans une situation de dissuasion.

Que signifie donc cette pratique qu'est la possession d'armes nucléaires? Les puissances nucléaires ne possèdent pas des armes nucléaires sans raison. Elles les mettent au point et les entretiennent à grand frais, elles les déploient avec leurs lanceurs; elles ont fait savoir et continuent à faire savoir qu'elles sont disposées à les utiliser dans certaines circonstances. Elles poursuivent une politique de dissuasion dont le monde était informé lorsque le Traité sur la non-prolifération a été conclu et dont il reste informé aujourd'hui. La politique de dissuasion diffère par sa généralité de la politique qui consiste à menacer d'employer des armes nucléaires. Mais si la menace de l'emploi éventuel n'était pas inhérente à la dissuasion, il n'y aurait pas de dissuasion. Si la possession d'armes nucléaires par les cinq puissances nucléaires est licite jusqu'à ce que le désarmement nucléaire devienne une réalité, si la possession est au coeur de la dissuasion, si la dissuasion est au coeur de la menace, il en résulte que la pratique des États, y compris leur pratique conventionnelle, n'exclut pas absolument la menace ou l'emploi d'armes nucléaires.

Ainsi le régime découlant du Traité sur la non-prolifération constitue plus qu'un acquiescement par les États non dotés d'armes nucléaires au fait que les cinq puissances nucléaires possèdent des armes nucléaires. Comme le représentant du Royaume-Uni l'a dit en audience : «Toute la structure du traité sur la non-prolifération ... présuppose que les parties n'ont pas considéré le recours aux armes nucléaires comme proscrit dans toutes les circonstances.» Certes, l'acquiescement donné par la plupart des États non dotés d'armes nucléaires au fait que les cinq puissances nucléaires possédaient des armes nucléaires — avec ses conséquences inéluctables — s'est accompagné de protestations et de réserves véhémentes comme le montrent les résolutions successives de l'Assemblée générale. Il serait exagéré de dire que l'acquiescement donne naissance en l'occurrence à une *opinio juris* établissant la licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires. Ce qu'il fait — tout comme la pratique des États — c'est d'empêcher la naissance ou la survie d'une *opinio juris* en sens contraire. De surcroît, il faut aller au-delà de la pratique décrite plus haut et des conséquences qu'entraîne le Traité sur la non-prolifération.

Garanties négatives et positives de sécurité approuvées par le Conseil de sécurité

En liaison avec la conclusion du Traité sur la non-prolifération des armes nucléaires en 1968 et sa prorogation illimitée en 1995, trois États nucléaires en 1968 et cinq en 1995 ont donné des garanties négatives et positives de sécurité aux États parties au Traité qui n'étaient pas dotés d'armes nucléaires. Dans sa résolution 984 (1995) dont les coauteurs étaient les cinq États nucléaires et qu'il a adopté à l'unanimité le 11 avril 1995,

«*Le Conseil de sécurité*,

...

Considérant qu'il est de l'intérêt légitime des États non dotés d'armes nucléaires qui sont parties au Traité sur la non-prolifération des armes nucléaires de recevoir des garanties de sécurité,

...

Tenant compte de ce que les États non dotés d'armes nucléaires ont le souci légitime de voir adopter, parallèlement à leur adhésion au Traité sur la non-prolifération des armes nucléaires, d'autres mesures appropriées pour garantir leur sécurité,

...

Considérant en outre qu'au sens où l'entendent les dispositions pertinentes de la Charte des Nations Unies, toute agression avec emploi d'armes nucléaires mettrait en danger la paix et la sécurité internationales,

...

1. *Prend acte* avec satisfaction des déclarations faites par chacun des États dotés de l'arme nucléaire dans lesquelles ceux-ci ont donné aux États non dotés d'armes nucléaires qui sont parties au

Traité sur la non-prolifération des armes nucléaires des garanties de sécurité contre l'emploi de telles armes;

2. *Reconnaît* le désir légitime des États dotés d'armes nucléaires qui sont parties au Traité sur la non-prolifération des armes nucléaires d'obtenir l'assurance que le Conseil de sécurité, et en premier lieu tous ses membres permanents dotés de l'arme nucléaire, prendrait immédiatement des mesures, conformément aux dispositions pertinentes de la Charte des Nations Unies, au cas où lesdits États seraient victimes d'un acte d'agression impliquant l'emploi d'armes nucléaires ou menacés d'une telle agression;

3. *Reconnaît en outre* qu'en cas d'agression ou de menace d'agression avec emploi d'armes nucléaires contre un État non doté de telles armes qui est partie au Traité sur la non-prolifération des armes nucléaires, tout État peut appeler immédiatement l'attention du Conseil de sécurité sur la question de manière à permettre au Conseil de prendre des mesures urgentes afin de fournir, conformément à la Charte, une assistance à l'État victime de l'acte d'agression ou menacé d'une telle agression, et reconnaît également que les États dotés d'armes nucléaires qui sont membres permanents du Conseil de sécurité porteront immédiatement la question à l'attention du Conseil et s'emploieront à obtenir que celui-ci fournisse, conformément à la Charte, l'assistance nécessaire à l'État victime;

...

7. *Se félicite* que certains États aient exprimé l'intention de venir immédiatement en aide ou de prêter immédiatement un appui, conformément à la Charte, à tout État non doté d'armes nucléaires partie au Traité sur la non-prolifération des armes nucléaires qui serait victime d'un acte d'agression avec emploi d'armes nucléaires ou serait menacé d'une telle agression;

...

9. *Réaffirme* le droit naturel de légitime défense, individuelle ou collective, que l'Article 51 de la Charte reconnaît à un Membre des Nations Unies qui est l'objet d'une agression armée, jusqu'à ce que le Conseil de sécurité ait pris les mesures nécessaires pour maintenir la paix et la sécurité internationales;

...»

Il est clair — si l'on tient compte en particulier de l'insertion du paragraphe 9 dans le dispositif — que le Conseil de sécurité, en prenant acte «avec satisfaction», au paragraphe 1 de ce dispositif, des garanties négatives de sécurité données par les puissances nucléaires et en se félicitant, au paragraphe 7, de «l'intention» que traduisent les garanties positives de sécurité données par les puissances nucléaires, a accepté l'éventualité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, notamment pour venir en aide à un État non doté d'armes nucléaires qui, au terme du paragraphe 7 «serait victime d'un acte d'agression avec emploi d'armes nucléaires ou serait menacé d'une telle agression».

Cela est encore plus clair si l'on se réfère au libellé des garanties de sécurité unilatérales données par quatre des États dotés d'armes nucléaires qui sont largement concordantes, le cas de la Chine faisant exception. Elles envisagent expressément l'usage d'armes nucléaires dans des circonstances spécifiées. Implicitement elles n'excluent pas l'emploi d'armes nucléaire contre une autre puissance nucléaire (ou un État nucléaire non partie au Traité sur la prolifération) et explicitement elles n'excluent pas l'usage de ces armes contre un État partie non doté d'armes nucléaires qui violerait les obligations découlant du traité.

C'est ainsi que les États-Unis réaffirment qu'ils n'utiliseront pas d'armes nucléaires contre un État partie au traité sur la non-prolifération des armes nucléaires qui n'en possèderait pas

> «sauf dans le cas d'une invasion ou de toute autre attaque menée ou soutenue par un tel État, en alliance ou en association avec un État doté d'armes nucléaires, contre les États-Unis ... leurs forces armées ... leurs alliés ou un État envers lequel ils auraient un engagement de sécurité».

L'exception vise manifestement l'emploi d'armes nucléaires dans les circonstances exceptionnelles dont il s'agit. Aux termes de la garantie donnée par les États-Unis, les parties au Traité sur la non-prolifération des armes nucléaires doivent remplir les obligations que le Traité leur impose «pour pouvoir bénéficier des avantages que donne l'adhésion». Les États-Unis affirment en outre leur «intention de venir immédiatement en aide ou de prêter immédiatement un appui» à tout État non doté d'armes nucléaires qui «serait victime d'un acte d'agression avec emploi d'armes nucléaires ou serait menacé d'une telle agression». Ils réaffirment le droit naturel de légitime défense, individuelle ou collective, énoncé à l'Article 51 de la Charte «dans le cas où un Membre des Nations Unies est l'objet d'une agression armée, y compris une attaque nucléaire...». Ces assertions — et leur acceptation unanime par le Conseil de sécurité — montrent que les puissances nucléaires ont affirmé la licéité de la menace ou de l'emploi des armes nucléaires dans certaines circonstances et que le Conseil de sécurité en a accepté l'éventualité.

Autres traités conclus en matière nucléaire

Ainsi que la Cour le rappelle dans son avis, outre le Traité sur la non-prolifération des armes nucléaires, un certain nombre de traités limitent l'acquisition, la fabrication et la possession d'armes nucléaires, interdisent leur déploiement dans certaines zones spécifiques ou réglementent leurs essais. La négociation et la conclusion de ces traités n'a de sens que si la communauté internationale n'a pas mis généralement hors la loi la possession, la menace ou l'emploi d'armes nucléaires dans toutes les circonstances, soit par traité, soit dans le cadre du droit international coutumier. À quoi bon conclure de tels traités si l'essentiel de leur disposition fait déjà partie du droit international, voire comme certains le soutiennent, du *jus cogens*?

Il est bien évident qu'il n'existe aucun traité général prohibant la menace ou l'emploi d'armes nucléaires dans toutes les circonstances. Pourtant on avance que toute cette activité normative dispersée montre qu'une *opinio juris* se fait jour en faveur de la mise hors la loi générale de toute menace ou de tout emploi d'armes nucléaires, que même si les armes nucléaires n'ont pas été mises hors la loi il y a quelques dizaines d'années, elles le sont aujourd'hui

ou sont sur le point de l'être par le jeu de l'accumulation des traités et des résolutions de l'Assemblée générale des Nations Unies.

La faiblesse de cet argument n'est pas moins évidente. Peut-on vraiment supposer que des puissances nucléaires aient pu ces derniers mois adhérer à un protocole au Traité de Rarotonga établissant une zone dénucléarisée dans le Pacifique Sud parce qu'elles pensaient que la menace ou l'emploi d'armes nucléaires était déjà hors la loi partout et en toute circonstance, là comme ailleurs? Peut-on vraiment croire que des États aient pu, aussi récemment que le 15 décembre 1995, signer à Bangkok un Traité sur la zone exempte d'armes nucléaires de l'Asie du Sud-Est et que les États d'Afrique se soient donné la peine de conclure au Caire le 11 avril 1996 un traité relatif à la création d'une zone exempte d'armes nucléaires en Afrique s'ils admettaient que, par la force de l'*opinio juris*, le droit international coutumier exige déjà que toutes les régions du monde soient dénucléarisées?

Les divers traités relatifs aux armes nucléaires vont au contraire dans le même sens que la pratique décrite plus haut, ils signifient que la menace ou l'emploi d'armes nucléaires n'est pas — et certainement pas encore — interdite dans toutes les circonstances que ce soit par la voie conventionnelle ou en vertu du droit international coutumier. Cela apparaît plus clairement encore si l'on tient compte des termes du Traité de Tlatelolco du 14 février 1967 visant l'interdiction des armes nucléaires en Amérique latine ainsi que des déclarations des cinq puissances nucléaires qui ont accompagné l'adhésion à un protocole additionnel. Les cinq puissances dotées d'armes nucléaires se sont engagées, lors de cette adhésion, à ne recourir ni à l'emploi d'armes nucléaires ni à la menace de leur emploi contre les parties contractantes au traité. Mais elles ont subordonné leur engagement à la possibilité d'utiliser des armes nucléaires dans certaines circonstances, comme il est indiqué au paragraphe 59 de l'avis de la Cour. Aucune des Parties contractantes au Traité de Tlatelolco n'a objecté aux déclarations des cinq États détenteurs d'armes nucléaires et cela veut dire que les Parties contractantes ont admis la licéité de l'emploi d'armes nucléaires dans certaines circonstances.

Résolutions de l'Assemblée générale

La Cour conclut, dans son avis, que les résolutions successives de l'Assemblée générale sur les armes nucléaires «n'établissent pas encore l'existence d'une *opinio juris* quant à l'illicéité de l'emploi de ces armes». À mon sens, elles ne commencent même pas à le faire. La toute première résolution en la matière, la résolution 1653 (XVI) du 24 novembre 1961, déclare que le recours aux armes nucléaires constitue «une violation directe de la Charte des Nations Unies», qu'elle est «contraire aux règles du droit international et aux lois de l'humanité», et que tout État se servant d'armes nucléaires doit être considéré «comme commettant un crime contre l'humanité et la civilisation». Elle conclut de façon un peu contradictoire en demandant la tenue de consultations destinées à faire connaître les vues des États sur la possibilité de convoquer une conférence pour la signature d'une convention qui interdise l'emploi des armes nucléaires à des fins de guerre. La résolution 1653 (XVI) a été adoptée par 55 voix contre 20, avec 26 abstentions. Quatre des cinq puissances nucléaires ont voté contre elle. Les résolutions qui se sont ensuite succédé et qui disposaient, comme la résolution 36/92 I, que «le recours ou la menace du recours aux armes nucléaires devraient être interdits» ont été adoptées à des majorités variables, à l'encontre d'une opposition puissante, constante et qualitativement importante. Il n'y a pas lieu d'être impressionné par les majorités plus larges qui se sont dégagées car elles ont résulté dans une

certaine mesure de l'augmentation du nombre des Membres de l'Organisation. Le fait que cette opposition persistante regroupe, comme c'est le cas, des États qui représentent une bonne partie du pouvoir économique et militaire dans le monde et un pourcentage important de sa population suffit à ôter toute autorité juridique aux résolutions en question.

L'Assemblée générale n'est pas habilitée à édicter le droit international. Aucune des résolutions de l'Assemblée générale sur les armes nucléaires n'est déclaratoire du droit international existant. L'Assemblée ne peut adopter de résolutions déclaratoires du droit international que si ces résolutions traduisent véritablement l'état du droit international. Si une résolution se veut déclaratoire du droit international, si elle est adoptée à l'unanimité (ou presque, qualitativement comme quantitativement) ou par consensus et si elle correspond à la pratique des États, elle peut être déclaratoire du droit international. Les résolutions dont la résolution 1653 est le modèle ne répondent manifestement pas à ces critères. Tout en se voulant déclaratoires du droit international (mais non sans requérir des consultations sur la possibilité de conclure un traité interdisant ce que l'on dit interdit), elles ne reflètent pas pour autant la pratique des États, elles sont en contradiction avec celle-ci, comme on l'a montré plus haut. Quarante-six États ont voté contre la résolution 1653 ou se sont abstenus et parmi eux figure la majorité des puissances nucléaires. Soutenir qu'une majorité des Membres de l'Assemblée générale peut «dire» le droit international face à une pratique étatique contraire et malgré l'opposition d'un tel groupe d'États n'emporte nullement la conviction. Ces résolutions ne sont pas davantage des interprétations autorisées des principes et des dispositions de la Charte des Nations Unies. Celle-ci ne dit pas un mot des armes particulières qui peuvent être utilisées, pas plus que des armes nucléaires ou du *jus in bello*. Dire que l'emploi d'armes nucléaires est une violation de la Charte est une interprétation neuve de celle-ci, et ne saurait être considéré comme une interprétation autorisée des principes et des dispositions de la Charte créant des obligations qui s'imposent aux États en vertu du droit international. Enfin le fait que l'Assemblée générale ait adopté des résolutions répétées de la même veine, loin d'engendrer «une *opinio juris* naissante», pour reprendre les termes de la Cour, montre plutôt ce que le droit n'est pas. Leur répétition, face à une opposition considérable et prolongée, dénote le caractère inopérant de ces résolutions tant sur le plan de la formation du droit que sur le plan des effets pratiques.

Les principes du droit international humanitaire

S'il n'est pas difficile de conclure que les principes du droit international humanitaire — et avant tout la proportionnalité dans l'usage de la force et la distinction entre cibles militaires et civiles — régissent l'utilisation des armes nucléaires, il ne s'ensuit pas que l'application de ces principes à la menace ou à l'emploi d'armes nucléaires «en toute circonstance» soit facile. Les cas extrêmes sont relativement clairs; ceux qui, dans la gamme des usages possibles, se situent vers le milieu le sont moins.

À l'un des extrêmes, on trouve l'emploi massif d'armes nucléaires stratégiques contre les villes et les industries de l'ennemi. Cet emploi, dit en «contrepartie» (par opposition aux frappes «contreforces» uniquement dirigées contre les forces et les installations nucléaires de l'ennemi) peut entraîner un nombre énorme de morts et de blessés, s'élevant parfois à plusieurs millions; et outre les personnes immédiatement victimes de la chaleur et du souffle des armes en question, un très grand nombre d'autres pourraient être touchées par la diffusion des radiations, ce dont beaucoup pourraient mourir. Des «échanges» de

grande envergure d'armes nucléaires de ce genre pourrait détruire non seulement des villes mais aussi des pays et rendre des continents, voire la terre entière, inhabitables, sinon immédiatement du moins à plus long terme en raison des effets des retombées atomiques. On ne saurait admettre que l'emploi d'armes nucléaires à une échelle qui causerait ou pourrait causer la mort de millions d'êtres humains dans un anéantissement infernal ou à la suite de retombées très dispersées, qui aurait ou pourrait avoir des effets pernicieux dans l'espace et le temps et rendre inhabitable une grande partie de la planète, puisse être licite.

À l'autre extrême, on trouve l'emploi d'armes nucléaires tactiques dirigées contre des cibles militaires et navales discrètes, situées de telle façon qu'il n'en résulte aucune perte civile. C'est ainsi que l'utilisation d'une grenade nucléaire anti-sous-marine qui aurait pour objet de détruire un sous-marin nucléaire sur le point de tirer des missiles nucléaires ou ayant déjà tiré un certain nombre de ces missiles pourrait bien être licite. Vu les circonstances de son emploi, la grenade ne causerait aucune victime civile. Son utilisation répondrait facilement au critère de la proportionnalité car les dommages que les missiles lancés par le sous-marin pourraient infliger à la population et au territoire de l'État visé seraient infiniment plus graves que ceux qui résulteraient de la destruction du sous-marin et de son équipage. La destruction du sous-marin par une arme nucléaire engendrerait des radiations en mer mais celles-ci seraient bien moindres que celles que le tir de missiles produirait sur terre. Il n'est pas certain non plus que l'usage d'une grenade de type conventionnel remplirait la même mission avec succès; en raison de sa beaucoup plus grande puissance, une arme nucléaire pourrait provoquer la destruction du sous-marin, ce qu'une grenade conventionnelle pourrait ne pas faire.

Un exemple intermédiaire serait l'emploi d'armes nucléaires pour détruire une armée ennemie dans le désert. Dans certaines circonstances, cet emploi répondrait peut-être au critère de la distinction et de la proportionnalité, dans d'autres non. L'argument selon lequel l'utilisation d'armes nucléaires serait inévitablement disproportionnée soulève des questions troublantes que l'Attorney général du Royaume-Uni a évoquées en ces termes lors de la procédure orale devant la Cour :

> «Quand on parle de 'disproportion', la question qui se pose est celle-ci : disproportionné par rapport à quoi? Ce ne peut être qu'à la menace dirigée contre l'État victime. C'est par rapport à cette menace que la proportionnalité doit être mesurée. Il faut donc tenir compte de toutes les circonstances, en particulier de l'échelle et du genre de la menace ainsi que du lieu où elle se manifeste. Présumer que tout emploi défensif d'armes nucléaires ne peut être que disproportionné quelle que soit la gravité de la menace à la sécurité et à la survie même de l'État qui recourt à cet emploi est dépourvu de tout fondement. De plus, cela suppose de la part des adversaires des armes nucléaires une grande présomption, à savoir qu'ils peuvent dire d'avance qu'aucune menace, qu'elle soit notamment nucléaire, chimique ou biologique, ne justifie jamais l'emploi d'une arme nucléaire. Il n'est sûrement pas juste de dire que, si un agresseur frappe assez fort, sa victime perd le droit de se défendre et de repousser l'agression. Ce ne serait pas là un régime de droit. Ce serait le règne de l'agresseur.»

Pour sa part, l'avis de la Cour traite avec prudence les problèmes que pose l'application des principes du droit international humanitaire à des cas concrets. Il traduit une certaine indécision lorsque la tension entre la pratique des États et le principe juridique est extrême. Il conclut au paragraphe 2E du dispositif que :

> «Il ressort des exigences susmentionnées que la menace ou l'emploi d'armes nucléaires serait généralement contraire aux règles du droit international applicable dans les conflits armés, et spécialement aux principes et règles du droit humanitaire.»

Cette conclusion, pour être imprécise, n'est pas déraisonnable. L'emploi d'armes nucléaires est, pour les raisons examinées plus haut, exceptionnellement difficile à concilier avec les règles du droit international applicable dans les conflits armés et en particulier les principes et règles du droit international humanitaire. Mais cela ne veut nullement dire que l'emploi d'armes nucléaires serait, quelles que soient les circonstances, nécessairement et invariablement contraire aux règles du droit international. Loin de là — et comme le dispositif le reconnaît en fait — cet emploi peut être «généralement» contraire à ces règles mais, dans des cas particuliers, il se pourrait qu'il ne le soit pas. Tout dépend des faits de l'espèce.

Circonstances extrêmes mettant en jeu la légitime défense et la survie de l'État

Le premier alinéa du paragraphe 2E du dispositif que l'on vient de citer est suivi de la dernière conclusion de la Cour en l'affaire, la conclusion essentielle — et ardemment controversée —, adoptée de justesse par la voix prépondérante du Président :

> «Au vu de l'état actuel du droit international, ainsi que des éléments de fait dont elle dispose, la Cour ne peut cependant conclure de façon définitive que la menace ou l'emploi d'armes nucléaires serait licite ou illicite dans une circonstance extrême de légitime défense dans laquelle la survie même d'un État serait en cause».

C'est une conclusion étonnante à laquelle la Cour internationale de Justice aboutit ici. Son Statut a beau faire «partie intégrante» de la Charte des Nations Unies, le libellé de l'Article 2, paragraphe 4, et celui de l'Article 51 de cette Charte ont beau être généraux et catégoriques, la Cour conclut, sur la question primordiale de la menace et de l'emploi de la force à notre époque, qu'elle n'a pas d'opinion. Dans «une circonstance extrême de légitime défense dans laquelle la survie même d'un État serait en cause», la Cour déclare que le droit international et par suite la Cour elle-même n'ont rien à dire. Après avoir évalué dans les affres l'état du droit pendant des mois, la Cour découvre qu'il n'y en a pas. Quand elle en vient aux intérêts suprêmes de l'État, la Cour néglige les progrès juridiques accomplis au vingtième siècle, écarte les dispositions de la Charte des Nations Unies, organisation dont elle est «l'organe judiciaire principal», et proclame en des termes qui évoquent la *Realpolitik* son ambivalence au sujet des dispositions les plus importantes du droit international moderne. Si elle devait en fin de compte en arriver là, elle aurait mieux fait d'invoquer l'incontestable pouvoir discrétionnaire dont elle dispose de ne pas rendre d'avis du tout.

Ni la doctrine juridique dominante (telle qu'elle a été exposée de façon définitive par Lauterpacht dans son ouvrage *The Function of Law in the International Community*, 1933) ni la jurisprudence de la Cour n'admettent un *non liquet* et moins encore une conclusion — ou une incapacité de conclure — d'un caractère si fondamental. Lauterpacht a écrit très pertinemment (et cela s'est révélé prémonitoire) :

> «Il n'y a pas la moindre relation entre le contenu du droit de légitime défense et l'allégation d'après laquelle il est au-dessus de la loi et ne relève pas d'une évaluation juridique. Une telle allégation renferme une contradiction car elle prétend se fonder sur un droit tout en se dissociant d'une réglementation et d'une évaluation juridiques. Comme tout autre différend soulevant des questions importantes, la question du droit de recourir à la guerre au titre de la légitime défense peut fort bien faire l'objet d'une décision judiciaire...» (p. 180)

Qui plus est, les auteurs du Statut de la Cour permanente de justice internationale ont rédigé les dispositions de l'article 38 de ce Statut — dispositions que l'on retrouve à l'article 38 du Statut de la Cour actuelle — de façon à éviter, comme l'a dit le Président du Comité consultatif de juristes, «notamment l'impasse d'un *non liquet*». À cette fin, ils ont adopté la proposition Root-Phillimore tendant à autoriser la Cour à appliquer non seulement le droit international conventionnel et la coutume internationale mais aussi «les principes généraux de droit reconnus par les peuples civilisés». (Cour permanente de justice internationale, Comité consultatif de juristes, *Procès-verbaux des séances du Comité*, 16 juin-24 juillet 1920, La Haye 1920, p. 332 et 344). Voir aussi la page 296 («Il faut établir une règle pour répondre à cette éventualité, afin d'éviter que la Cour ne se déclare incompétente (*non liquet*) faute de normes matérielles»), les pages 307-320 et 336 (la référence aux principes généraux «est nécessaire pour parer à l'éventualité d'un *non liquet*»).

En outre, loin de justifier l'indécision de la Cour, des événements contemporains démontrent plutôt la licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires dans des circonstances extraordinaires.

La «Tempête du désert»

La menace de l'emploi d'armes nucléaires la plus récente et la plus grave a été lancée à la veille de l'opération «Tempête du désert». Les circonstances méritent d'être exposées car elles offrent l'illustration frappante d'un cas où la menace de l'emploi d'armes nucléaires a été perçue non seulement comme éminemment licite mais aussi comme profondément souhaitable.

L'Iraq, condamné par le Conseil de sécurité pour son invasion et son annexion du Koweït et pour les graves violations du droit international humanitaire qui les avaient accompagnées, s'était montré disposé à employer des armes de destruction massive. Il avait récemment et à maintes reprises utilisé de grandes quantités de gaz contre les formations militaires iraniennes, avec des effets substantiels et peut-être décisifs. Il s'était même servi de gaz contre ses propres ressortissants kurdes. Il n'y avait aucune raison de penser que des scrupules juridiques ou humanitaires l'empêcheraient d'employer des armes de destruction massive — et notamment des armes chimiques, peut-être bactériologiques ou nucléaires — contre les forces de la coalition qui s'était formée contre lui. En outre il déployait des efforts extraordinaires pour

fabriquer des armes nucléaires en violation des obligations que lui imposait le Traité sur la non-prolifération des armes nucléaires auquel il était partie.

Le général Norman Schwarzkopf a déclaré le 10 janvier 1996 lors de l'émission *Frontline* diffusée par la télévision publique nationale aux États-Unis :

> «Le scénario cauchemardesque qui me hantait était qu'en attaquant l'Iraq chez lui nous concentrions à ce point nos forces qu'elles deviendraient la cible d'armes chimiques ou de quelque sorte d'engin nucléaire rudimentaire qui causerait des pertes massives.
>
> C'est exactement ce que les Iraquiens ont fait pendant la guerre Iran-Iraq. Ils laissaient s'approcher des masses d'attaquants iraniens, les laissaient foncer jusqu'au système de défense et quand des milliers d'hommes s'étaient massés près de ce système, ils lâchaient sur eux des armes chimiques et en tuaient des milliers.» (*Frontline*, Show #1408, «The Gulf War», *Transcript of Journal Graphics, Inc., Part II*, p. 5)

Pour exorciser ce cauchemar, les États-Unis ont pris les mesures que James A. Baker alors Secrétaire d'État a décrites dans le passage suivant où il raconte la réunion cruciale qu'il a eue le 9 janvier 1991 à Genève avec le Ministre des affaires étrangères iraquien de l'époque, Tariq Aziz :

> «J'ai parlé alors du 'côté sombre du tableau' que Colin Powell m'avait expressément demandé d'évoquer dans les termes les plus clairs possibles. 'Si le conflit vous amène à utiliser des armes chimiques ou biologiques contre nos forces — ai-je dit — le peuple américain criera vengeance. Nous avons les moyens de l'exercer. Ce que je viens de dire n'est pas une menace, c'est une promesse. Si des armes comme celles-là sont employées, notre objectif ne sera pas seulement la libération du Koweït, ce sera l'élimination du régime iraquien actuel et quiconque sera responsable de l'utilisation de ces armes devra rendre des comptes.'
>
> Le Président avait décidé à Camp David, en décembre, que la meilleure dissuasion contre l'emploi d'armes de destruction massive par l'Iraq serait la menace de s'en prendre au régime Ba'ath lui-même. Il avait aussi décidé que les forces des États-Unis n'useraient pas d'armes chimiques ou nucléaires en représailles si les Iraquiens attaquaient avec des munitions chimiques. Il n'y avait manifestement aucune raison d'informer les Iraquiens de cela. Dans l'espoir de les amener à considérer plus posément la folie que serait cette guerre, j'ai donné à dessein l'impression que l'emploi d'agents chimiques ou biologiques par l'Iraq pourrait entraîner une riposte nucléaire tactique. (Nous ignorons vraiment si telle est la raison pour laquelle il semble que nous n'ayons aucune confirmation que l'Iraq ait utilisé des armes chimiques pendant le conflit. Mon opinion personnelle est que l'ambiguïté calculée qui planait sur notre éventuelle réaction doit l'expliquer en partie.)» (*The Politics of Diplomacy - Revolution, War and Peace, 1989-1992*, par James A. Baker III, 1995, p. 359)

Dans l'émission *Frontline*, M. Baker a ajouté :

> «La lettre du Président à Saddam Hussein, que Tariq Aziz a lue à Genève, précisait bien que si l'Iraq utilisait des armes de destruction massive, des armes chimiques, contre les forces des États-Unis, le peuple américain réclamerait une vengeance et que nous avions les moyens de l'exercer.» (Loc. cit., Partie I, p. 13)

On voit ensuite à l'écran M. Aziz répondre immédiatement :

> «J'ai lu la lettre très soigneusement et, ayant terminé ma lecture, je lui ai dit : 'Écoutez, Monsieur le Secrétaire, ce n'est pas le genre de correspondance qu'échangent deux chefs d'États. Ceci est une lettre de menace et je ne puis recevoir de vous une lettre de menace adressée à mon président', et je la lui ai rendue.» (Ibid.)

À un autre moment de l'émission, les répliques suivantes ont été échangées :

> «NARRATEUR : Les Marines attendaient une attaque aux armes chimiques, il n'y en a jamais eu.
>
> TARIQ AZIZ : Nous n'avons pas pensé qu'il était sage de les utiliser. C'est tout ce que je peux dire. Qu'il n'était pas sage d'utiliser ce genre d'armes dans ce genre de guerre avec — un tel ennemi.» (Loc. cit., Partie II, p. 7)

Il est paru dans *The Washington Post* du 26 août 1995 un article portant l'indication «Nations Unies, 25 août» qui était ainsi conçu :

> «L'Iraq a donné à l'Organisation des Nations Unies de nouvelles indications prouvant qu'il était disposé à utiliser des toxines et des bactéries mortelles contre les forces américaines et alliées pendant la guerre du golfe Persique de 1991 qui a libéré le Koweït de ses occupants iraquiens, a dit aujourd'hui l'Ambassadeur des Nations Unies, Rolf Ekeus.
>
> Ekeus, enquêteur principal des Nations Unies sur les programmes d'armement iraquiens, a dit que des fonctionnaires iraquiens avaient reconnu devant lui à Bagdad, la semaine dernière, qu'en décembre 1990 ils avaient placé des agents biologiques de trois catégories dans quelque 200 ogives de missiles et bombes aériennes, lesquelles ont ensuite été expédiées vers des bases aériennes et un site de missiles.
>
> Les Iraquiens ont commencé cette opération le lendemain du jour où le Conseil de sécurité des Nations Unies avait autorisé l'utilisation de tous les moyens nécessaires pour libérer le Koweït, a indiqué Ekeus. Selon lui, cela revenait à jouer à la roulette russe avec des armes extraordinairement dangereuses à la veille de la guerre.
>
> Des services officiels des États-Unis et des Nations Unies ont dit que les armes iraquiennes contenaient assez d'agents biologiques pour tuer des centaines de milliers de personnes et répandre d'horribles maladies dans les villes ou les bases militaires

d'Israël, d'Arabie saoudite ou en tout lieu vers lequel l'Iraq aurait tiré ses missiles à portée moyenne ou dans lequel ses avions chargés de bombes seraient parvenus à s'infiltrer au travers des défenses aériennes ennemies.

Selon Ekeus, des fonctionnaires iraquiens ont dit qu'ils avaient décidé de ne pas utiliser ces armes après avoir reçu un avertissement ferme et sans ambiguïté de l'administration Bush le 9 janvier 1991, aux termes duquel le recours à des hostilités non conventionnelles provoquerait une réaction catastrophique.

Les dirigeants iraquiens ont supposé que cela signifiait de la part de Washington une riposte nucléaire, a-t-on dit à Ekeus. De l'avis de certaines personnalités de l'ONU, la déclaration du Premier Ministre adjoint, Tariq Aziz, serait la première indication autorisée de la raison pour laquelle l'Iraq n'a pas employé les armes chimiques et biologiques dont il disposait.

...

Selon des fonctionnaires iraquiens, les documents ont été cachés par Hussein Kamel Hassan Majeed, Directeur du programme iraquien d'armes de destruction massive, qui a fui en Jordanie le 7 août et dont la défection a poussé l'Iraq à convoquer Ekeus pour lui faire part des nouvelles révélations...

L'Iraq a admis avoir rempli au total 150 bombes aériennes de toxines et de bactéries botuliques capables de causer des anthrax, chacune étant parmi les substances mortelles les plus actives et pouvant tuer en très faible quantité, a dit Ekeus. L'Iraq prétend avoir placé les deux agents dans 25 ogives qui devaient être transportées par une fusée à portée moyenne.

Selon ce qu'Aziz a dit à Ekeus le 4 août, le Secrétaire d'État de l'époque James A. Baker III, a lancé la menace américaine de représailles douloureuses qui a amené l'Iraq à hésiter lors d'une réunion tendue de quatre heures qui s'est tenue à Genève environ cinq semaines avant le début de la campagne militaire dirigée par les États-Unis et dénommée Tempête du désert. Baker a fait allusion à une riposte des États-Unis qui ramènerait l'Iraq des années en arrière et laisserait son industrie en morceaux.

Ekeus a déclaré que, selon ce qu'Aziz lui avait dit, l'Iraq avait 'traduit' cet avertissement en une menace de riposte nucléaire de la part de Washington. En fait le Président des chefs d'état-major conjoints — c'était alors Colin L. Powell — et d'autres chefs militaires américains avaient déjà décidé qu'il n'était pas nécessaire de recourir à des armes nucléaires et aucun plan n'existait pour une riposte de cette nature.» (*The Washington Post*, 26 août 1995, p. A1. Voir aussi l'article du *New York Times* du 26 août 1995, p. 3. Pour la thèse iraquienne inverse selon laquelle 'il y avait délégation de pouvoirs préalable pour le lancement des ogives biologiques et chimiques au cas où Bagdad aurait été frappé par des armes nucléaires pendant la guerre du Golfe', voir le huitième rapport au Conseil de sécurité présenté par le Président exécutif de la Commission spéciale (l'Ambassadeur Ekeus), document

des Nations Unies S/1995/864 du 11 octobre 1995, p. 12. Ce rapport poursuit en ces termes : 'cette délégation de pouvoirs n'exclut pas que les moyens en question auraient pu être déclenchés par ailleurs et ne prouve donc pas qu'il était seulement question d'un emploi en second.'» (Ibid.)

Enfin, l'Ambassadeur Ekeus a répondu comme suit à une question qui lui était posée lorsqu'il témoignait aux auditions sur la prolifération mondiale des armes de destruction massive le 2 mars 1996 :

> «... J'ai eu une conversation avec le Premier ministre adjoint iraquien, Tariq Aziz, dans laquelle il a mentionné l'entretien qu'il avait eu avec le Secrétaire d'État James Baker à Genève, juste avant le déclenchement de la guerre. Selon Tariq Aziz, Baker lui aurait dit que si de telles armes [chimiques ou bactériologiques] étaient utilisées, il y aurait une très forte réaction de la part des États-Unis.
>
> Tariq Aziz n'a pas suggéré que Baker avait indiqué de quel genre de réaction il s'agissait. Mais il m'a dit que le côté iraquien avait considéré comme allant de soi que cela voulait peut-être dire l'emploi d'armes nucléaires contre Bagdad ou quelque chose comme cela. Et que cette menace a été un élément décisif dans la non-utilisation de ces armes par l'Iraq.
>
> Mais c'est là l'histoire que lui, Aziz, raconte. Il faut faire, je crois, très attention avant de la 'gober'. Je ne dis pas qu'il a forcément tort mais il y a, à mon sens, de fortes raisons de penser que c'est là peut-être la manière dont il explique pourquoi l'Iraq a perdu la guerre au Koweït. C'est la version qu'on est heureux de raconter à quiconque en parle. Je pense donc qu'il faut au moins se montrer prudent avant d'avaler cette version. C'est encore, je crois, une question ouverte.» (Témoignage de l'Ambassadeur Rolf Ekeus devant le Sous-Comité permanent des enquêtes du Comité du Sénat des États-Unis pour les affaires gouvernementales, *Hearings on the Global Proliferation of Weapons of Mass Destruction, sous presse*.)

Ainsi donc les faits nous offrent une preuve remarquable de ce qu'un agresseur a été effectivement ou a pu être dissuadé d'utiliser des armes de destruction massive illicites contre les forces et les pays qui s'étaient unis contre son agression à l'appel des Nations Unies par ce qu'il a perçu comme une menace de l'emploi d'armes nucléaires contre lui au cas où il se servirait le premier d'armes de destruction massive contre les forces coalisées. Peut-on sérieusement soutenir que la menace calculée — et apparemment efficace — de M. Baker était illicite? À coup sûr, loin de transgresser les principes de la Charte des Nations Unies, cette menace les a renforcés. L'opération «Tempête du désert» et les résolutions du Conseil de sécurité qui l'ont précédée et suivie constituent peut-être la plus grande réussite des principes de sécurité collective depuis la fondation de la Société des Nations. Si cet effort immense des Nations Unies pour surmonter un acte d'agression avait échoué parce que des armes de destruction massive auraient été utilisées contre les forces et les pays de la coalition, cet échec aurait été catastrophique non seulement pour les forces et les populations coalisées mais aussi du point de vue de ces principes et de l'Organisation des Nations Unies. Quoi qu'il en soit, les Nations Unies ont triomphé et ce que l'Iraq a perçu comme une menace de l'emploi d'armes

nucléaires a peut-être contribué de façon décisive à ce triomphe. Au reste on ne se trouve pas ici dans un cas où la fin justifie les moyens. Cette affaire montre plutôt que, dans certaines circonstances, la menace de l'utilisation d'armes nucléaires — aussi longtemps que ces armes ne seront pas proscrites par le droit international — peut être licite et rationnelle.

De surcroît, si l'Iraq avait employé des armes chimiques et biologiques — armes de destruction massive prohibées — contre les forces de la coalition, cela aurait constitué en droit international un acte préjudiciable justifiant des représailles en temps de conflit armé. Même si, pour les besoins de l'argumentation, on considérait le recours à des armes nucléaires comme lui aussi prohibé, l'utilisation proportionnée de ces armes au titre de représailles afin de prévenir un nouvel emploi d'armes chimiques ou biologiques aurait été licite. Il en serait ainsi en tout cas si l'interdiction de l'emploi d'armes nucléaires n'excluait pas expressément leur utilisation à titre de représailles ou n'imposait pas aux États l'obligation de ne jamais se servir d'armes nucléaires, quelles que soient les circonstances, interdiction expresse qui s'applique, elle, à l'emploi d'armes chimiques aux termes de l'article premier de la Convention de 1993 sur l'interdiction de la mise au point, de la fabrication, du stockage et de l'emploi des armes chimiques et sur leur destruction, si elle entre en vigueur. Au paragraphe 46 de son avis, la Cour dit, à propos de la question des représailles en temps de conflit armé, que «tout droit de recourir à de telles représailles serait, comme le droit de légitime défense, régi, notamment, par le principe de proportionnalité.» Il est exact de rappeler ce principe parmi d'autres mais il ne l'est pas de susciter le doute, comme la Cour semble le faire, quant à l'existence de représailles en temps de conflit armé. Un tel doute ne saurait s'appuyer ni sur le droit coutumier de la guerre et les manuels militaires préparés par les États en application de ce droit — où sont affirmés depuis longtemps le principe et la pratique des représailles en temps de conflit armé — ni sur le libellé des Conventions de Genève et de leurs Protocoles additionnels qui interdisent les représailles non pas d'une façon générale mais dans des cas particuliers (quand elles sont dirigées contre des prisonniers de guerre, des blessés, des civils, certains objets, certaines installations etc.). Non seulement les nouvelles restrictions importantes qui visent les représailles dans le Protocole I, lequel ne lie que les parties, n'interdisent pas complètement les représailles en temps de conflit armé, mais encore on a estimé, au moment de leur élaboration et de leur adoption, que ces restrictions, comme d'ailleurs les autres innovations du Protocole I, ne s'appliquaient pas aux armes nucléaires.

Il y a une autre leçon à tirer de cet exemple, à savoir que, tant que des États qu'on a parfois qualifiés de «bandits» menacent le monde (qu'ils soient ou non parties au Traité sur la non-prolifération d'armes nucléaires), il serait imprudent de fixer sa politique compte tenu de ce que la menace ou l'emploi d'armes nucléaires est illicite «en toute circonstance». Au reste, il n'y a pas seulement des États bandits, mais il y a aussi des criminels et des fanatiques dont les menaces ou les actes de terrorisme pourraient fort bien appeler une riposte ou un élément de dissuasion nucléaire.

Article VI du Traité sur la non-prolifération des armes nucléaires

Enfin, j'ai des doutes sur le dernier paragraphe du dispositif, le paragraphe 2F aux termes duquel : «Il existe une obligation de poursuivre de bonne foi et de mener à terme des négociations conduisant au désarmement nucléaire dans tous ses aspects, sous un contrôle international strict et efficace.» Si cette obligation ne s'impose qu'à «Chacune des parties au Traité»

comme le précise l'article VI du Traité sur la non-prolifération, ce n'est qu'une autre affirmation anodine de l'évidence, tout comme celles que contiennent les paragraphes 2A, 2B, 2C et 2D du dispositif. Si elle s'appliquait aux États non parties au Traité, ce serait un prononcé douteux. Il s'agirait d'une conclusion que personne n'a avancée pendant la procédure; qui n'aurait été ni démontrée preuves à l'appui ni soumise au test de la contradiction; ce serait une conclusion difficile à concilier avec les bases fondamentales du droit international. De toute manière, comme le paragraphe 2F ne répond pas à la question posée à la Cour, on doit n'y voir qu'une simple remarque.

(Signé) Stephen M. SCHWEBEL

OPINION DISSIDENTE DE M. ODA

TABLE DES MATIÈRES

Paragraphes

PREMIÈRE PARTIE. OBSERVATIONS LIMINAIRES — POURQUOI JE M'OPPOSE À LA DÉCISION DE LA COUR DE DONNER UN AVIS EN RÉPONSE À LA DEMANDE FORMULÉE PAR L'ASSEMBLÉE GÉNÉRALE DANS SA RÉSOLUTION 49/75 K EN L'ESPÈCE

1) Le caractère inadéquat de la question posée par l'Assemblée générale dans la résolution par laquelle elle sollicite un avis consultatif 2 - 5

2) L'absence d'un consensus significatif des États Membres des Nations Unies sur une demande qui ne trouve pas à se fonder sur un exposé des motifs pertinents 6 - 14

Tableau I

DEUXIÈME PARTIE. UN ASPECT DU DÉSARMEMENT NUCLÉAIRE — L'INANITÉ DES EFFORTS DÉPLOYÉS DEPUIS LONGTEMPS POUR ABOUTIR À UNE CONVENTION «INTERDISANT EN TOUTES CIRCONSTANCES LE RECOURS OU LA MENACE DU RECOURS AUX ARMES NUCLÉAIRES» EN TANT QUE CONTEXTE IMMÉDIAT DANS LEQUEL S'INSCRIT LA DEMANDE D'AVIS

1) Déclaration sur la non-utilisation ou l'interdiction des armes nucléaires 15 - 19

Tableau II

2) Les résolutions concernant la Convention sur l'interdiction de l'utilisation des armes nucléaires adoptées entre 1982 et 1995 20 - 25

Tableau III

TROISIÈME PARTIE. UN AUTRE ASPECT DU DÉSARMEMENT NUCLÉAIRE — LE DÉSARMEMENT NUCLÉAIRE AU TEMPS DE LA GUERRE FROIDE ET LA ROUTE MENANT À LA CONCLUSION DU TRAITÉ SUR LA NON-PROLIFÉRATION

1) La course aux armes nucléaires et le contrôle des armes nucléaires au temps de la guerre froide; l'apparition du Traité sur la non-prolifération 26 - 33

2) Perpétuation du régime TNP 34 - 41

Tableau IV

3) Signification du régime TNP dans une période où la doctrine de la dissuasion militaire est toujours en vigueur 42

Tableau V

QUATRIÈME PARTIE. CONCLUSIONS

1) Réexamen de la demande de l'Assemblée générale sollicitant un avis consultatif de la Cour 43 - 46

2) Rôle de la fonction consultative et pouvoir discrétionnaire de la Cour de refuser de donner un avis consultatif 47 - 51

3) Conclusions 52 - 54

CINQUIÈME PARTIE. OBSERVATIONS SUPPLÉMENTAIRES CONCERNANT MA POSITION VIS-À-VIS DU PARAGRAPHE 2 DU DISPOSITIF DU PRÉSENT AVIS CONSULTATIF 55

I. OBSERVATIONS LIMINAIRES — POURQUOI JE M'OPPOSE À LA DÉCISION DE LA COUR DE DONNER UN AVIS EN RÉPONSE À LA DEMANDE FORMULEE PAR L'ASSEMBLÉE GÉNÉRALE DANS SA RÉSOLUTION 49/75 K EN L'ESPÈCE

1. Seul juge à avoir voté contre le paragraphe 1 du dispositif de l'avis de la Cour, j'aimerais affirmer ma ferme conviction que la Cour aurait dû, pour des raisons tenant à l'essence même de la fonction judiciaire et à son économie, user de son pouvoir discrétionnaire en la matière et s'abstenir de rendre un avis en réponse à la demande d'avis consultatif présentée par l'Assemblée générale des Nations Unies conformément à sa résolution 49/75 K du 15 décembre 1994. Je note avec regret que les conclusions auxquelles la Cour est parvenue ne me paraissent pas constituer des réponses pertinentes ou effectives aux questions que l'Assemblée générale entendait soulever par le biais de sa résolution et suscitent des doutes quant à la crédibilité de la Cour.

1) *Le caractère inadéquat de la question posée par l'Assemblée générale dans la résolution par laquelle elle sollicite un avis consultatif*

2. *(La demande formulée dans la résolution 49/75 K)* La question posée à la Cour par l'Assemblée générale dans la résolution 49/75 K au titre du point de l'ordre du jour intitulé : «Désarmement général et complet», paraît étrange. Elle est libellé dans les termes ci-après :

> «Is the threat or use of nuclear weapons in any circumstances permitted under international law?»
>
> (le texte français se lit comme suit : «Est-il permis en droit international de recourir à la menace ou à l'emploi d'armes nucléaires en toute circonstance?»)

L'avis de la Cour relève la différence existant entre les textes anglais et français de la demande et précise que «la Cour n'estime pas nécessaire de se prononcer sur les divergences possibles» (avis de la Cour, par. 20). Il faut noter cependant que la résolution, qui prend sa source dans le projet de résolution A/C.1/49/L.36 (original : anglais) rédigé et présenté par l'Indonésie (au nom des États Membres de l'Organisation des Nations Unies qui sont membres du Mouvement des pays non alignés), a été rédigée en anglais et qu'à la Première Commission qui a adopté ce projet de résolution à la quarante-neuvième session (1994), aucun délégué n'a fait objection au contenu de ce texte original anglais. De plus, il semblerait, si l'on se reporte aux procès-verbaux de séance, qu'aucun délégué francophone n'a soulevé de question à propos du texte de la traduction française. Mon analyse se fondera donc sur le texte anglais.

3. *(La demande a été présentée à la Cour moins pour connaître son avis que pour l'amener à sanctionner un prétendu axiome juridique)* Il est évident qu'en posant cette question à la Cour, l'Assemblée générale — ou ceux des États qui ont pris l'initiative de rédiger la demande d'avis — ne se sont jamais attendus à ce qu'elle tranche la question par l'affirmative et déclare : «*Oui*, il est permis en droit international de recourir à la menace ou à l'emploi d'armes nucléaires en toute circonstance [ou, dans toutes les circonstances]». Si cela est exact, il s'ensuit qu'en réalité, l'Assemblée générale s'attendait *simplement* que la Cour réponde : «*Non*, il n'est pas permis en droit international de recourir à la menace ou à l'emploi d'armes nucléaires *en toute circonstance*». En posant la question que l'on sait, l'Assemblée générale

souhaitait rien moins que d'entendre la Cour *faire sienne* cette dernière conclusion.

La Cour ayant été simplement sollicitée en l'espèce aux fins de donner un avis qui sanctionnerait ce qui, aux yeux de l'Assemblée générale, constitue un axiome juridique selon lequel «il n'est pas permis en droit international de recourir à la menace ou à l'emploi d'armes nucléaires en toute circonstance», je me demande si la demande d'avis constitue bien une demande d'avis consultatif au sens du paragraphe 1 de l'Article 96 de la Charte des Nations Unies. Au cours de l'histoire de la fonction consultative de la Cour, une simple approbation ou sanction de ce que l'Assemblée générale ou le Conseil de sécurité considérait comme un axiome juridique correct n'a jamais été sollicitée sous la forme d'une demande d'avis consultatif.

La formulation de la question posée par l'Assemblée générale ne manque pas de susciter des interrogations. Cependant, la Cour a reformulé la question pour qu'elle se lise ainsi, comme indiqué : «[La question posée] ... l'a été avec un objectif clair : déterminer ce qu'il en est de la licéité ou de l'illicéité de la *menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*» (avis de la Cour, par. 20) (les italiques sont de moi). En outre, elle a implicitement reformulé la question comme suit : si les armes nucléaires ne sont pas totalement interdites, dans quelles circonstances la menace ou l'emploi d'armes nucléaires sont-ils considérés comme licites ou permis?

4. *(Le manque de clarté de la notion de «menace» en relation avec les armes nucléaires)* Je tiens également à relever que les mots «la menace d'armes nucléaires» ne sont pas clairement définis dans la demande et n'ont peut-être pas été compris de manière univoque par les États membres qui ont appuyé la résolution. Un point important semble avoir été négligé dans la demande, à savoir la possibilité que les armes nucléaires puissent être considérées comme constituant «une menace» par le simple fait d'être en la possession d'un État ou d'être en voie de fabrication par un État, étant donné que l'expression «*la menace ou* l'emploi des armes nucléaires» (les italiques sont de moi) a été utilisée pour la première fois dans la demande, alors que l'expression «*l'utilisation ou la menace de l'utilisation* des armes nucléaires» (les italiques sont de moi) était utilisée depuis longtemps dans les résolutions des Nations Unies. Selon moi, il était tout à fait possible, au moment de la formulation de la demande, que certains États Membres de l'Organisation des Nations Unies estiment que le fait même de «posséder» ou «fabriquer» des armes nucléaires constituait une «menace». Autrement dit, la demande aurait pu être rédigée par certains États entièrement acquis à la notion sans équivoque de l'illégalité des armes nucléaires comme telles.

5. *(Histoire politique de la demande)* Qu'est-ce qui a bien pu donner lieu à cette demande mal formulée et mal comprise? Je me propose d'analyser en détail cette question et je voudrais souligner un point : bien que la Cour ait déclaré qu'elle «*ne* prendra[it] pas en considération ... les origines ou l'histoire politique de la demande, ou la répartition des voix lors de l'adoption de la résolution» (Avis de la Cour, par. 16), il me paraît indiqué et indispensable d'examiner pourquoi et dans quelles circonstances la présente demande a été présentée à la Cour en application de la résolution 49/75 K en 1994, et qui — au sein de l'Organisation des Nations Unies ou en dehors d'elle — est à l'origine de cette demande. C'est pourquoi, je me propose d'analyser l'histoire de la demande et la façon dont certaines décisions pertinentes ont été prises par l'Assemblée générale.

2) *L'absence d'un consensus significatif des États Membres des Nations Unies sur une demande qui ne trouve pas à se fonder sur un exposé des motifs pertinent*

6. *(Tentative préliminaire en 1993)* Ce n'est qu'en 1994 que l'Assemblée générale a soulevé la question de savoir quel était le *droit international en vigueur* concernant les armes nucléaires en général, alors que la découverte, la mise au point et la possession des armes nucléaires, ainsi que la menace de leur emploi n'avaient cessé au cours des cinquante dernières années, depuis 1945, d'être un motif de profonde préoccupation politique pour la communauté internationale.

Cependant, avant l'adoption de la résolution 49/75 K par l'Assemblée générale à sa 49e session (1994), l'idée de solliciter l'avis de la Cour sur le droit international en vigueur concernant les armes nucléaires avait été avancée à la quarante-huitième session (1993) au titre du point de l'ordre du jour intitulé : «Désarmement général et complet» (ce point remontait à la vingt-sixième session (1971) de l'Assemblée générale), lorsque l'Indonésie présenta à la Première Commission, le 9 novembre 1993, un projet de résolution au nom du Mouvement des pays non alignés, intitulé : «Demande d'avis consultatif à la Cour internationale de justice sur la légalité de la menace ou de l'emploi de l'arme nucléaire» (A/C.1/48/L.25).

En fait, à peine quelques mois auparavant, l'OMS avait présenté une demande d'avis consultatif à la Cour (WHA46.60), comme cela était signalé dans ce projet de résolution indonésien.

Le 19 novembre 1993, les auteurs dudit projet de résolution ont décidé de ne pas demander qu'il soit mis aux voix, sans donner la moindre explication à ce sujet. Toutefois, l'année suivante, l'Assemblée générale a été saisie à sa quarante-neuvième session (1994) d'un projet de résolution d'une teneur analogue.

7. *(Le Mouvement des pays non alignés)* En relation avec ce point, il faut signaler une des décisions prises à la 11e Conférence ministérielle du Mouvement des pays non alignés qui s'était tenue au Caire en mai/juin 1994. La Conférence devait aborder une gamme très étendue de sujets. Dans son Document final concernant «Le désarmement et la sécurité internationale», on peut lire ceci :

> «69. Les ministres *ont décidé de soumettre à nouveau et de faire mettre aux voix* la résolution demandant que la Cour internationale de Justice donne un avis consultatif, pendant la quarante-neuvième session de l'Assemblée générale, sur la légalité de *l'emploi et de la menace de l'emploi d'armes nucléaires*». (A/49/287; S/1994/894) (Les italiques sont de moi.)

Les documents disponibles ne permettent pas de se faire une idée claire des conditions dans lesquelles la Conférence est parvenue à cette décision.

Cette décision des pays non alignés a été prise à nouveau par la réunion des Ministres des affaires étrangères et des chefs de délégation du Mouvement des pays non alignés à la quarante-neuvième session de l'Assemblée générale, tenue au Siège de l'Organisation des Nations Unies, le 5 octobre 1994 (A/49/532; S/1994/1179 : par. 34).

8. *(Organisations non gouvernementales)* Je voudrais également relever un autre point. L'idée qui sous-tendait la résolution par laquelle l'Assemblée générale (et également l'OMS) demandaient des avis consultatifs avait déjà été avancée par une poignée d'organisations non gouvernementales (ONG) qui avaient lancé une campagne en faveur de l'*interdiction totale* des armes nucléaires, sans parvenir cependant à convaincre les délégations des États siégeant à l'Assemblée générale, laquelle s'est contentée pendant plus de dix années de voter, en en reprenant le texte, des résolutions préconisant la conclusion d'une convention sur l'interdiction de l'utilisation ou de la menace de l'utilisation des armes nucléaires (voir par. 21 à 24 plus loin). Certaines ONG semblent avoir tenté de compenser l'inanité de leurs efforts en tâchant d'amener l'organe judiciaire principal des Nations Unies à décréter l'*illégalité absolue* des armes nucléaires, aux fins de persuader les États Membres de l'Organisation de tout mettre en oeuvre pour que cette dernière décide l'interdiction complète et immédiate desdites armes.

Une déclaration faite par un observateur de l'Association internationale des médecins pour la prévention de la guerre nucléaire à l'Assemblée mondiale de la santé en 1993 explique peut-être les mobiles auxquels obéissait le mouvement visant à amener la Cour internationale de Justice à donner un avis consultatif sur la question en réponse à une demande de l'Organisation mondiale de la santé, sinon de l'Assemblée générale des Nations Unies. Selon cet observateur, «il serait bon que l'OMS sollicite un avis de la Cour internationale de Justice sur cette question».

De son côté, un observateur de la Fédération mondiale des associations de la santé publique devait informer l'Assemblée mondiale de la santé que

> «elle [elle-même] avait adopté à l'unanimité une résolution sur les armes nucléaires et la santé publique qui, entre autres, demandait instamment à l'Assemblée mondiale de la santé de solliciter un avis consultatif de la Cour internationale de Justice sur la licéité de l'emploi d'armes nucléaires, afin de dissiper le nuage de doute juridique à l'abri duquel les puissances dotées de l'arme nucléaire continuaient de s'impliquer dans ce domaine, ainsi que de fournir une base juridique pour la création progressive d'un monde dénucléarisé.»

Je fais allusion à cette affaire dans mon opinion individuelle annexée à l'avis de la Cour donné en réponse à la demande de l'OMS.

On prendra connaissance avec intérêt d'un autre document, en l'occurrence un essai publié dans un bulletin du World Government of World Citizens, où l'on peut lire ceci notamment (traduction non officielle) :

> «La menace que les armes nucléaires font peser sur la survie de l'humanité a incité des hommes partout dans le monde à envisager de nouvelles stratégies en vue d'influencer leurs gouvernements. Une de ces initiatives — le mouvement tendant à *mettre les armes nucléaires au ban de la loi* — pourrait renforcer la participation au sein des nouvelles structures de décision créées pour apporter une solution à des problèmes mondiaux. Le projet d'une cour mondiale se situe donc à l'avant-garde du mouvement antinucléaire.
>
> Pour donner corps à un front uni contre l'arsenal nucléaire, plusieurs organisations non gouvernementales (ONG) ... ont élaboré

> un projet de cour mondiale. Ces ONG ont *fait pression avec succès sur les membres non alignés de l'Assemblée générale des Nations Unies* et de l'Organisation mondiale de la santé (OMS) aux fins d'établir, conformément au droit international coutumier, *l'illicéité des armes nucléaires*.» (*World Citizen News*, Vol. IX, No 6, Déc./jan. 1996) (Les italiques sont de moi.)

Cela donne à penser que la demande d'avis consultatif présentée par l'Assemblée générale en 1994 trouve son origine dans des idées conçues par certaines ONG.

9. *(Le projet de résolution indonésien présenté à la quarante-neuvième session)* À la quarante-neuvième session (1994), les représentants de certains États se sont référés à plusieurs reprises, lors du débat général concernant tous les points de l'ordre du jour relatifs au désarmement et à la sécurité internationale qui s'est tenu à la Première Commission entre le 17 et le 20 octobre 1994, aux décisions antérieures du Mouvement des pays non alignés mentionnées plus haut au paragraphe 7.

Alors que le Bénin a déclaré vouloir

> «éviter toute initiative contre-productive tendant, par exemple, à demander un avis juridique à la Cour internationale de Justice sur des questions essentiellement politiques telles que celles de la légalité de l'emploi ou de la menace de l'emploi des armes nucléaires» (A/C.1/49/PV.3, p. 24),

les Émirats arabes unis, le Zimbabwe, la Namibie, la Tanzanie et la Malaisie ont pris position en faveur d'une telle initiative (A/C.1/49/PV.5-7).

Dans ces circonstances, l'Indonésie a présenté le 9 novembre 1994, au nom des États Membres de l'Organisation des Nations Unies qui sont également membres du Mouvement des pays non alignés, un projet de résolution intitulé «Demande d'avis consultatif de la Cour internationale de Justice sur la légalité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires» (A/C.1/49/L.36) à la Première Commission (A/C.1/49/PV.15, p. 7). Ce projet de résolution, qui proposait que l'Assemblée générale

> «*[d]écide*, conformément au paragraphe 1 de l'Article 96 de la Charte, de demander à la Cour internationale de Justice de rendre dans les meilleurs délais un avis consultatif sur la question ci-après : 'Est-il permis en droit international de recourir à la menace ou à l'utilisation d'armes nucléaires en toute circonstance?'»

et qui était pratiquement identique au texte de 1993 (A/C.1/48/L.25) proposé par l'Indonésie [sans que celle-ci ne demande cependant sa mise aux voix à la quarante-huitième session (1993)] (voir par. 6 plus haut), a été examiné à la Première Commission, les 17 et 18 novembre 1994.

En réalité, le texte de cette question ainsi posée à la Cour, qui faisait partie à l'origine du projet indonésien, paraît avoir été tout simplement emprunté, même si les termes ne sont pas identiquement exacts, aux résolutions de l'Assemblée générale concernant une «Convention sur l'interdiction des armes nucléaires et la prévention de la guerre nucléaire» (qui ont été adoptées régulièrement et sans faire l'objet d'aucune discussion de fond à chaque session

de l'Assemblée générale depuis 1982) qu'accompagnait un projet de convention où l'on pouvait lire ceci :

> «Les États Parties à la présente Convention s'engagent solennellement à *n'employer ni menacer d'employer les armes nucléaires en aucune circonstance*.» (Article premier) (Les italiques sont de moi.)

(Voir, par exemple, la résolution 48/76 B de l'Assemblée générale et le tableau III, 1-12).

10. *(Pour et contre le projet indonésien)* Le représentant de la Malaisie a appuyé ce projet de résolution en déclarant que :

> «Dans le climat actuel d'après-guerre froide, l'opinion juridique de la Cour internationale de Justice pourrait contribuer sensiblement à l'instauration d'un monde exempt d'armes nucléaires. Sans remplacer les initiatives de désarmement nucléaire, cela pourrait cependant aider à mettre en place les paramètres *juridiques et moraux* dans le cadre desquels de telles initiatives pourraient être menées à bien.» (A/C.1/49/PV.22, p. 4) (Les italiques sont de moi.)

Mais le Sénégal, le Chili et le Bénin ont demandé le renvoi de la discussion afin de pouvoir consacrer davantage de temps à des consultations avant le vote (ibid., p. 4 à 6).

Le représentant des États-Unis, après avoir affirmé que

> «il est encore plus difficile de comprendre à quoi peut servir un projet de résolution demandant un avis de ce genre à la Cour internationale de Justice cette année, alors que de nouvelles mesures sont prises, négociées ou envisagées, pour maîtriser et éliminer les armes nucléaires»,

a demandé instamment à ses collègues de s'abstenir ou de voter contre ce projet de résolution (ibid., p. 6).

Le représentant du Maroc a demandé de ne pas mettre le projet de résolution aux voix, en faisant valoir que «le consensus au sein du Mouvement des non-alignés s'[était] sérieusement effrité» (A/C.1/49/PV.24, p. 6). Le représentant de l'Allemagne, s'exprimant au nom de l'Union européenne, s'est déclaré opposé au projet de résolution en faisant valoir que

> «[cette] résolution ne contribuerait en rien à faire avancer l'examen des demandes par la Cour internationale de Justice; elle pourrait au contraire nuire à l'image de la Première Commission et à celle de la Cour. Elle pourrait également avoir des incidences plus graves encore sur les objectifs de non-prolifération que nous poursuivons tous»,

et a regretté de n'avoir pu convaincre les auteurs du projet de résolution de retirer celui-ci (ibid., p. 6). La Hongrie s'est associée immédiatement à cette position.

Après que l'Indonésie et la Colombie eurent pris position contre la motion de non-action présentée par le Maroc sur la résolution, cette motion a été mise aux voix et a été rejetée, suite à un vote enregistré, par 67 voix contre 45, avec 15 abstentions (ibid., p. 8).

Avant le vote sur le projet de résolution indonésien, le représentant de la Russie a expliqué que :

> «la question de savoir s'il est opportun d'employer des armes nucléaires est essentiellement un problème politique et non pas un problème juridique... Depuis l'entrée en vigueur de la Charte des Nations Unies et du Statut de la Cour internationale de Justice, les armes nucléaires sont considérées dans les doctrines d'État moins comme un instrument de guerre que comme un moyen de prévenir la guerre, en particulier les conflits mondiaux. Elles sont donc différentes des autres armes en ce sens qu'elles jouent un rôle politique dans le monde actuel» (ibid.).

Le représentant de la France a déclaré que :

> «Vouloir utiliser à des fins partisanes une institution internationale aussi respectée que la Cour internationale de Justice, c'est prendre la responsabilité grave, en la détournant de sa mission, de porter atteinte à son crédit. Qui peut croire en effet que la question posée est de nature juridique? Nous savons tous qu'elle est exclusivement politique... Faut-il rappeler ici que, pour la première fois depuis l'apparition de l'arme nucléaire, l'ensemble de la communauté internationale s'est engagée dans la négociation multilatérale d'un traité universel et vérifiable d'interdiction complète des essais nucléaires et que des progrès importants ont déjà été enregistrés à Genève?» (Ibid., p. 8 et 9)

Le représentant du Royaume-Uni a déclaré que :

> «le projet de résolution ... risque d'être perçu comme une tentative délibérée d'exercer une pression politique sur la Cour pour influencer sa réponse ... Deuxièmement, le projet de résolution ne peut en rien favoriser les différentes initiatives diplomatiques positives entreprises actuellement en matière de désarmement nucléaire, de maîtrise des armements et de non-prolifération, notamment au sujet d'un traité d'interdiction complète des essais ... Troisièmement, le projet de résolution ne peut contribuer en rien à la paix et à la sécurité dans le monde ... Quatrièmement, ce projet de résolution risque de servir les intérêts de ceux qui souhaitent détourner l'attention de la déstabilisation qu'engendre l'accumulation des armes classiques et des programmes clandestins dont le but est de permettre l'acquisition d'armes de destruction massive et de mettre au point des systèmes de vecteurs.» (Ibid., p. 9 et 10)

Le représentant de l'Allemagne (s'exprimant au nom de l'Union européenne) a redit que l'Union européenne et son propre pays ne pouvaient pas appuyer le projet de résolution (ibid., p. 9). Le représentant de Malte a fait part de son opposition et déclaré ceci :

> «nous avons, dans le cadre du Mouvement des pays non alignés dont nous sommes membres, soulevé la question du retrait du projet de résolution. Malheureusement, le Mouvement n'a pas donné suite à notre demande.» (Ibid., p. 9)

Le représentant des Émirats arabes unis a déclaré qu'il ne participerait pas au vote (ibid., p. 10), et le représentant du Bénin a apporté de nouveau son appui à la motion présentée par le Maroc (ibid., p. 10 et 11).

Par ailleurs, le représentant de l'Iran et le représentant du Mexique ont appuyé le projet de résolution (ibid., p. 10).

11. *(Adoption du projet indonésien)* Le projet de résolution proposé par l'Indonésie (au nom du Mouvement des pays non alignés) a été adopté par la Première Commission, le 7 décembre 1994, à l'issue d'un vote enregistré, par 77 voix contre 33, avec 21 abstentions (ibid., p. 14).

Après le vote, le représentant du Canada, qui s'était abstenu lors du vote, a expliqué que :

> «Le Canada craint ... que le processus de demande d'avis consultatif de la Cour internationale n'ait, en en détournant l'attention, une incidence négative sur certaines des négociations en cours.» (Ibid., p. 15)

Le représentant de l'Australie, qui s'était abstenu également lors du vote, a expliqué que :

> «[L'Australie] craint que la demande d'avis consultatif à la Cour internationale de Justice sur cette question n'ait sur les initiatives prises pour faire avancer le processus de désarmement nucléaire un effet plus négatif que positif. Dans l'ensemble, la question, selon nous, ne se prête pas à un jugement. Elle outrepasse un champ défini d'enquête judiciaire et entre dans les domaines plus vastes des doctrines des États en matière de politique et de sécurité.» (Ibid., p. 15)

Le représentant de la Suède, qui s'était abstenu également lors du vote, a estimé que «l'emploi d'armes nucléaires est contraire au droit international» et souhaité que «la situation juridique soit éclaircie aussi tôt que possible par la Cour», tout en précisant cependant que cette vue se fondait simplement sur un rapport du Parlement suédois (ibid., p. 16).

Toujours dans le cadre des explications de vote, le représentant du Chili a déclaré qu'il avait voté pour le projet de résolution, sa délégation ayant jugé approprié de se maintenir dans le courant majoritaire du Mouvement des pays non alignés (A/C.1/49/PV.25, p. 1). Expliquant son abstention lors du vote, le représentant du Japon a déclaré ceci :

> «... vu la situation internationale actuelle, le fait de continuer d'examiner la question de la légalité de l'utilisation des armes nucléaires risque de provoquer un affrontement entre les pays. Le Japon estime par conséquent qu'il convient plutôt de promouvoir régulièrement des mesures de désarmement réalistes et spécifiques.» (Ibid., p. 2)

Le représentant de la Chine a déclaré qu'il n'avait pas pris part au vote sur le projet de résolution et il a émis l'espoir que

> «... tout en plaidant la cause du désarmement nucléaire et de la prévention d'une guerre nucléaire, l'Assemblée générale des Nations Unies, la Première Commission, la Commission du désarmement et la Conférence du désarmement continueront, comme par le passé, à jouer un rôle important à cet égard.» (Ibid., p. 5)

12. *(Ce que je pense en général du débat à la Première Commission)* Je tiens à faire observer qu'en dépit de l'appui dont a bénéficié le projet de résolution proposé par l'Indonésie, aucun des délégués qui avaient soutenu la résolution n'a vraiment expliqué pourquoi la *lex lata* concernant «la menace ou l'emploi d'armes nucléaires» nécessiterait, à partir de 1994, une clarification par la Cour internationale de Justice. Aucun argument positif à l'appui de la demande n'a été donné par aucun des délégués qui s'étaient prononcés en faveur de la proposition indonésienne. La plupart des déclarations faites à la Première Commission par un certain nombre de ces délégués paraissent plutôt devoir être assimilées à des appels à l'élimination des armes nucléaires.

En outre, aucun des États Membres n'a vraiment examiné à l'Assemblée générale la substance ou le libellé de la question à poser à la Cour, à savoir : «Est-il permis en droit international de recourir à la menace ou à l'emploi d'armes nucléaires en toute circonstance?» Aucun des délégués à la Première Commission n'a posé la question de savoir en quoi consistait la «menace» des armes nucléaires, par rapport à la «menace de l'utilisation» (une expression que l'on trouve dans maintes résolutions de l'ONU), et si la «menace» visait la «possession» ou la «fabrication» d'armes nucléaires, ainsi que la question du sens à donner à l'expression «en toute circonstance». Il demeure cependant que le projet de résolution indonésien a été adopté à la majorité à la Première Commission.

13. *(Session plénière)* Le projet de résolution adopté par la Première Commission le 7 décembre 1994 par 77 voix contre 33, avec 21 abstentions (comme indiqué plus haut au par. 11) a été examiné à la session plénière le 15 décembre 1994 et a été adopté à l'issue d'un vote enregistré par 78 voix contre 43, avec 38 abstentions, en tant que résolution 49/75 K (tableau I). Les États-Unis, la France, le Royaume-Uni et la Russie figuraient parmi les États ayant voté contre l'adoption, et la Chine n'a pas pris part au vote. Sauf la Nouvelle-Zélande et Saint-Marin, aucun pays du groupe des États d'Europe occidentale et autres États n'a voté en faveur de la résolution.

14. *(Conclusion)* J'ai ainsi établi que la «question», qui me paraît elle-même inadéquate en tant que demande d'un avis consultatif de la Cour en application du paragraphe 1 de l'Article 96 de la Charte des Nations Unies (comme expliqué plus haut au par. 3), a été rédigée sans être accompagnée d'un exposé des motifs convaincant qui démontre qu'il était vraiment nécessaire de demander à la Cour de se prononcer sur «la licéité ou l'illicéité» de «la menace ou de l'emploi» (voire de «l'utilisation ou de la menace de l'utilisation») d'armes nucléaires ou, d'une manière plus générale, des armes nucléaires elles-mêmes. Il est certain que la demande ne traduisait pas un consensus significatif des États Membres de l'Organisation ni même de ceux d'entre eux qui sont également membres du Mouvement des pays non alignés.

TABLEAU I

[Note : les États dotés d'armes nucléaires au sens du Traité TNP sont soulignés; la lettre «R» indique un vote enregistré]

Vote sur la résolution 1994 demandant un avis consultatif de la Cour

Quarante-neuvième session (1994)

A/C.1/49/L.36 : projet de résolution ayant pour auteur l'Indonésie (au nom des États Membres de l'Organisation, qui sont membres également du Mouvement des pays non alignés)

A/RES/49/75 K : résolution adoptée le 15 décembre 1994 par R78-43-38

Votent pour : (78) *(les noms des États ne sont pas reproduits)*

Votent contre : (43) Albanie, Allemagne, Andorre, Argentine, Belgique, Bénin, Bulgarie, Cambodge, Comores, Côte d'Ivoire, Danemark, Djibouti, Espagne, Estonie, États-Unis, ex-République yougoslave de Macédoine, Fédération de Russie, Finlande, France, Gabon, Géorgie, Grèce, Hongrie, Islande, Israël, Italie, Lettonie, Luxembourg, Malte, Mauritanie, Monaco, Pays-Bas, Pologne, Portugal, République tchèque, République de Corée, Roumanie, Royaume-Uni, Sénégal, Slovaquie, Slovénie, Tadjikistan, Turquie

S'abstiennent : (38) Antigua-et-Barbuda, Arménie, Australie, Autriche, Azerbaïdjan, Bahreïn, Bélarus, Belize, Cameroun, Canada, Chili, Croatie, Dominique, Érythrée, Ghana, Guinée, Irlande, Jamaïque, Japon, Kazakhstan, Kirghizistan, Liechtenstein, Lituanie, Maldives, Micronésie (Fédération des États de), Niger, Norvège, Ouzbékistan, République centrafricaine, République de Moldova, Suède, Swaziland, Togo, Trinité-et-Tobago, Tunisie, Turkménistan, Ukraine, Vanuatu

Note : La Chine était absente lors du vote.

II. UN ASPECT DU DÉSARMEMENT NUCLÉAIRE — L'INANITÉ DES EFFORTS DÉPLOYÉS DEPUIS LONGTEMPS POUR ABOUTIR À UNE CONVENTION «INTERDISANT EN TOUTES CIRCONSTANCES LE RECOURS OU LA MENACE DU RECOURS AUX ARMES NUCLÉAIRES» EN TANT QUE CONTEXTE IMMÉDIAT DANS LEQUEL S'INSCRIT LA DEMANDE D'AVIS

1) *Déclaration sur le non-recours aux armes nucléaires ou l'interdiction des armes nucléaires*

15. *(Arrière-plan immédiat de la demande)* La résolution par laquelle l'Assemblée générale sollicite un avis consultatif de la Cour a été rédigée par l'Indonésie en 1994 au nom du Mouvement des pays non alignés, comme indiqué plus haut au paragraphe 9, dans les circonstances suivantes qui constituent son arrière-plan immédiat.

L'interdiction de l'emploi des armes nucléaires, qui était souhaitée ardemment par un groupe constitué de certains États Membres de l'Organisation, a été proposée à l'Assemblée générale tout au long de plusieurs décennies. L'examen de la façon dont l'idée de l'interdiction a fait son chemin à l'Assemblée générale des Nations Unies doit permettre de dégager l'arrière-plan de la résolution 49/75 K et est extrêmement utile pour évaluer cette résolution, bien que la Cour ait déclaré ceci, dans une partie de son opinion dont j'ai déjà fait mention plus haut au paragraphe 5 :

> «... dès lors que l'Assemblée a demandé un avis consultatif sur une question juridique par la voie d'une résolution qu'elle a adoptée, la Cour ne prendra pas en considération, pour déterminer s'il existe des raisons décisives de refuser de donner cet avis, les origines ou l'histoire politique de la demande, ou la répartition des voix lors de l'adoption de la résolution.» (avis de la Cour, par. 16)

16. *(La Déclaration de 1961 sur l'interdiction de l'emploi des armes nucléaires)* À sa 16e session (1961), lorsqu'elle a adopté la résolution 1653 (XVI) intitulée «Déclaration sur l'interdiction de l'emploi des armes nucléaires et thermonucléaires», l'Assemblée générale a déclaré que

> «l'emploi d'armes nucléaires et thermonucléaires ... constitue ... une violation directe de la Charte; ... est ... contraire aux règles du droit international et aux lois de l'humanité; [et] ... est une guerre dirigée ... contre l'humanité en général»

et que

> «[t]out État qui emploie des armes nucléaires et thermonucléaires doit être considéré comme violant la Charte des Nations Unies, agissant au mépris des lois de l'humanité et commettant un crime contre l'humanité et la civilisation.»

Cette résolution trouve son origine dans le projet de résolution (A/C.1/L.292), qui a été parrainé par 12 États et présenté par l'Éthiopie. Après une discussion approfondie, qui avait vu partisans et adversaires exposer leurs arguments à la Première Commission, l'Assemblée plénière a adopté la partie reprenant la déclaration susvisée, à l'issue d'un vote enregistré, par 56 voix contre 19, avec 26 abstentions. L'ensemble de la résolution, qui comprend la

déclaration, a été adopté le 24 novembre 1961, à l'issue d'un vote enregistré, par 55 voix contre 20, avec 26 abstentions (tableau II, 1).

Toutefois, l'Assemblée générale se bornait dans cette résolution à prier le Secrétaire général de l'Organisation de consulter les gouvernements des États Membres afin d'obtenir leurs vues sur la possibilité de convoquer une conférence spéciale pour la signature d'une convention sur l'interdiction de l'emploi des armes nucléaires.

17. *(La première session spéciale consacrée au désarmement)* Pendant près de vingt ans, aucune suite concrète n'a été donnée à la résolution de 1961. Se disant «[a]larmée par la menace que représente l'existence d'armes nucléaires et la poursuite de la course aux armements pour la survie même de l'humanité», l'Assemblée générale a tenu en mai/juin 1978 sa première session consacrée au désarmement, en l'occurrence la dixième session extraordinaire (Documents officiels de l'Assemblée générale, dixième session extraordinaire, Supplément No 4; A/S-10/2). À cette première session extraordinaire consacrée au désarmement, l'Assemblée générale a adopté un «Document final» de près de 130 paragraphes comprenant un programme d'action où il est dit qu'«une convention interdisant la mise au point, la fabrication, le stockage et l'utilisation d'armes radiologiques devrait être conclue» (ibid., par. 76). Parmi les propositions qui ont été présentées à cette session extraordinaire pour examen, il y avait un projet de résolution présenté par l'Éthiopie et l'Inde et intitulé «Non-recours aux armes nucléaires et prévention de la guerre nucléaire», qui visait à obtenir que l'Assemblée générale déclare que :

> «a) *Le recours aux armes nucléaires* constituera une violation de la Charte des Nations Unies et un crime contre l'humanité;
>
> b) *Le recours aux armes nucléaires* doit donc être interdit, en attendant le désarmement nucléaire». (Ibid., par. 125 z); A/S-10/AC.1/L.11) (les italiques sont de moi).

À cette session extraordinaire, ni ce projet de résolution ni aucun autre projet de résolution particulier n'ont été adoptés.

18. *(La résolution de 1978 intitulée «Non-recours aux armes nucléaires et prévention de la guerre nucléaire»)* À partir de sa 33e session (1978), c'est-à-dire une session ordinaire qui s'est tenue quelques mois plus tard, l'Assemblée générale a inscrit à son ordre du jour un point intitulé : «Examen de l'application des recommandations et décisions adoptées par l'Assemblée générale à sa dixième session extraordinaire» (depuis lors, ce point a été inscrit à l'ordre du jour de chaque session de l'Assemblée générale).

Un projet de résolution (A/C.1/33/L.2), parrainé par 34 États et présenté par l'Inde, intitulé «Non-recours aux armes nucléaires et prévention de la guerre nucléaire» (qui était pratiquement identique au projet parrainé par l'Éthiopie et l'Inde à la première session extraordinaire consacrée au désarmement, comme indiqué plus haut au par. 17) a été adopté en séance plénière, le 14 décembre 1978, à l'issue d'un vote enregistré, par 103 voix contre 18, avec 18 abstentions, en tant que résolution 33/71 B (tableau II, 2).

Dans cette résolution de 1978, qui s'inscrit dans le droit fil de la Déclaration de 1961, l'Assemblée générale a déclaré que

> «*[l]e recours aux armes nucléaires* constituera une violation de la Charte des Nations Unies et un crime contre l'humanité [et] doit donc être *interdit*, en attendant le désarmement nucléaires» (les italiques sont de moi)

et a prié tous les États de présenter des propositions concernant le *non-recours* aux armes nucléaires et la renonciation à la guerre nucléaire, afin que la question d'une convention internationale en la matière puisse être examinée à une session ultérieure.

On notera que c'était la première fois que l'idée de l'*interdiction du recours aux armes nucléaires* était présentée dans le cadre d'une déclaration faisant partie d'une résolution de l'Assemblée générale.

19. *(Les résolutions de 1980 et 1981)* Par la suite, tant à la trente-cinquième session (1980) qu'à la trente-sixième session (1981), des projets de résolution pratiquement identiques, comprenant des déclarations semblables à la résolution de 1978, qui avaient été élaborés par pratiquement les mêmes États (entre 20 et 30), ont été présentés par l'Inde et ont recueilli pratiquement le même nombre de voix, les pays votant contre et les pays s'abstenant étant presque à chaque fois les mêmes (tableau II, 3 et 4).

Il faut noter cependant que l'expression «menace de l'utilisation» des armes nucléaires et l'idée que non seulement l'«utilisation», mais aussi, en parallèle, la «menace de l'utilisation» des armes nucléaires devraient être interdites n'ont été introduites pour la première fois qu'en 1980. L'État qui parrainait lesdits projets de résolution n'a pas donné d'explication et il n'y a pas eu de discussion à l'Assemblée générale aux fins de déterminer en quoi consistait la «menace de l'utilisation des armes nucléaires ou, plus précisément, si la «possession» ou la «fabrication» d'armes nucléaires constitueraient une «menace d'utilisation».

TABLEAU II

[Note : les États dotés d'armes nucléaires au sens du Traité TNP sont soulignés; la lettre «R» indique un vote enregistré]

Vote sur les déclarations de l'Assemblée générale ayant trait à l'emploi d'armes nucléaires

1. **La «Déclaration sur l'interdiction de l'emploi des armes nucléaires et thermonucléaires» de 1961**

Seizième session (1961)

A/C.1/L.292 et Add. 1-3 : projet parrainé par : (12) Ceylan, Éthiopie, Ghana, Guinée, Indonésie, Libéria, Libye, Nigéria, Somalie, Soudan, Togo, Tunisie
A/RES/1653 (XVI) : résolution adoptée le 24 novembre 1961 par R55-20-26
Votent pour : (55) URSS *(les noms des autres États ne sont pas reproduits)*
Votent contre : (20) Afrique du Sud, Australie, Belgique, Canada, Chine, Costa Rica, Espagne, États-Unis, France, Grèce, Guatemala, Irlande, Italie, Luxembourg, Nicaragua, Nouvelle-Zélande, Pays-Bas, Portugal, Royaume-Uni, Turquie
S'abstiennent : (26) Argentine, Autriche, Bolivie, Brésil, Chili, Colombie, Danemark, El Salvador, Équateur, Fédération de Malaisie, Finlande, Haïti, Honduras, Iran, Islande, Israël, Norvège, Pakistan, Panama, Paraguay, Pérou, Philippines, Suède, Thaïlande, Uruguay, Venezuela

2. **La résolution de 1978 intitulée «Non-recours aux armes nucléaires et prévention de la guerre nucléaire»**

Trente-troisième session (1978)

A/C.1/33/L.2 : projet parrainé par : (34) Algérie, Argentine, Chypre, Éthiopie, Inde, Indonésie, Malaisie, Nigéria et Yougoslavie, auxquels se sont joints par la suite les pays ci-après : Angola, Barbade, Bhoutan, Bolivie, Burundi, Colombie, Congo, Cuba, Égypte, Équateur, Guinée, Jordanie, Libéria, Madagascar, Mali, Maroc, Maurice, Pérou, République Unie du Cameroun, République arabe syrienne, Roumanie, Sénégal, Sri Lanka, Uruguay, Zaïre
A/RES/33/71B : résolution adoptée le 14 décembre 1978 par R103-18-18
Votent pour : (103) Chine *(les noms des autres États ne sont pas reproduits)*
Votent contre : (18) Allemagne (République fédérale d'), Australie, Belgique, Canada, Danemark, États-Unis, France, Grèce, Irlande, Islande, Italie, Luxembourg, Norvège, Nouvelle-Zélande, Pays-Bas, Portugal, Royaume-Uni, Turquie
S'abstiennent : (18) Autriche, Bulgarie, El Salvador, Espagne, Finlande, Gabon, Hongrie, Israël, Japon, Mongolie, Nicaragua, Pologne, République démocratique allemande, RSS d'Ukraine, RSS de Biélorussie, Suède, Tchécoslovaquie, URSS

3. **La résolution de 1980 intitulée «Non-recours aux armes nucléaires et prévention de la guerre nucléaire»**

Trente-cinquième session (1980)

A/C.1/35/L.22 : projet parrainé par : (24) Algérie, Angola, Argentine, Congo, Éthiopie, Inde, Indonésie, Jamaïque, Madagascar, Nigéria, Pérou, Roumanie, Sri Lanka, Uruguay, Yougoslavie et Zaïre, auxquels se sont joints par la suite les pays ci-après : Bhoutan, Chypre, Costa Rica, Égypte, Équateur, Malaisie, Qatar, Yémen

A/RES/35/152 D : résolution adoptée le 12 décembre 1980 par R112-19-14

Votent pour : (112) Chine *(les noms des autres États ne sont pas reproduits)*

Votent contre : (19) Allemagne (République fédérale d'), Australie, Belgique, Danemark, États-Unis, France, Grèce, Irlande, Islande, Israël, Italie, Japon, Luxembourg, Norvège, Nouvelle-Zélande, Pays-Bas, Portugal, Royaume-Uni, Turquie

S'abstiennent : (14) Autriche, Bulgarie, Canada, Espagne, Hongrie, Malawi, Mongolie, Pologne, République démocratique allemande, RSS d'Ukraine, RSS de Biélorussie, Suède, Tchécoslovaquie, URSS

4. **La résolution de 1981 intitulée «Non-recours aux armes nucléaires et prévention de la guerre nucléaire»**

Trente-sixième session (1981)

A/C.1/36/L.29 : projet parrainé par : (30) Algérie, Argentine, Bahamas, Barbade, Bhoutan, Chypre, Colombie, Égypte, Équateur, Éthiopie, Inde, Indonésie, Jamaïque, Jordanie, Madagascar, Malaisie, Nigéria, Pérou, Roumanie, Yémen et Yougoslavie, auxquels se sont joints par après les pays ci-après : Bangladesh, Congo, Ghana, Guinée, Mali, Niger, Qatar, Rwanda, Sri Lanka

A/RES/36/921 : résolution adoptée le 9 décembre 1981 par R121-19-6

Votent pour : (121) Chine, URSS *(les noms des autres États ne sont pas reproduits)*

Votent contre : (19) Allemagne (République fédérale d'), Australie, Belgique, Canada, Danemark, Espagne, États-Unis, France, Irlande, Islande, Italie, Japon, Luxembourg, Norvège, Nouvelle-Zélande, Pays-Bas, Portugal, Royaume-Uni, Turquie

S'abstiennent : (6) Autriche, Comores, Finlande, Grèce, Israël, Suède

2) *Les résolutions concernant la Convention sur l'interdiction de l'utilisation des armes nucléaires adoptées entre 1982 et 1995*

20. *(La deuxième session extraordinaire consacrée au désarmement)* L'Assemblée générale, qui n'était pas satisfaite des progrès réalisés jusque-là en matière de désarmement, a tenu en juin/juillet 1982 sa deuxième session consacrée au désarmement, en l'occurrence la douzième session extraordinaire, et approuvé le rapport de sa Commission spéciale (Documents officiels de l'Assemblée générale, douzième session extraordinaire, Supplément No 6; A/S-12/32) en tant que «Document de clôture» de cette session où était mentionné un projet de résolution proposé par l'Inde (parmi de nombreux projets de résolution présentés à la session). Le projet était libellé comme suit :

> «*L'Assemblée générale*, ...
>
> *Décide* d'adopter une convention internationale ..., *interdisant en toutes circonstances le recours ou la menace du recours aux armes nucléaires* en attendant le désarmement nucléaire.» (A/S-12/32, par. 20; A/S-12/AC.1/L.4) (Les italiques de la dernière phrase sont de moi.)

Le projet de la «Convention sur l'interdiction de l'utilisation des armes nucléaires» était annexé à ce projet de résolution. Il était libellé comme suit :

> «Les États parties à la présente Convention, ...
>
> Convaincus que *toute forme de l'utilisation* des armes nucléaires constitue une violation de la Charte des Nations Unies et un crime contre l'humanité,
>
> Convaincus que la présente Convention constituerait une étape sur la voie de l'élimination complète des armes nucléaires en vue d'un désarmement général et complet soumis à un contrôle international strict et efficace,
>
> Déterminés à poursuivre les négociations pour atteindre cet objectif,
>
> Article premier. Les États parties à la présente Convention s'engagent solennellement *à ne pas utiliser ni menacer d'utiliser les armes nucléaires en aucune circonstance*.» (Les italiques sont de moi.)

En réalité, ce projet de résolution et son annexe — le projet de convention — qui avaient été soumis initialement par l'Inde à cette session extraordinaire consacrée au désarmement, ont été par la suite proposés par l'Inde à chaque session ordinaire de l'Assemblée générale depuis 1982 jusqu'à 1995 y compris, comme cela sera expliqué plus loin.

21. *(La résolution de 1982 intitulée «Convention sur l'interdiction de l'utilisation des armes nucléaires»)* À l'ordre du jour de la trente-septième session (1982) de l'Assemblée générale qui s'est réunie quelques mois après la deuxième session extraordinaire consacrée au désarmement, c'est-à-dire à l'automne 1982, figurait un point intitulé : «Examen et application du Document

de clôture de la douzième session extraordinaire de l'Assemblée générale»[1]. Une vingtaine d'États ont soumis un projet de résolution (A/C.1/37/L.4), qui a été présenté par l'Inde à la Première Commission. Après que les coauteurs y eurent apporté quelques modifications légères, le projet de résolution a été adopté en séance plénière le 13 décembre 1982 en tant que résolution 37/100 C intitulée : «Convention sur l'interdiction de l'utilisation des armes nucléaires», à l'issue d'un vote enregistré, par 117 voix contre 17, avec 8 abstentions (tableau III, 1).

La résolution est libellée comme suit :

> «*L'Assemblée générale*,
>
> *Réaffirmant* que *le recours aux armes nucléaires* constituerait une violation de la Charte des Nations Unies et un crime contre l'humanité...
>
> 1. *Prie* le Comité du désarmement d'entreprendre, en priorité, des négociations en vue de parvenir à un accord sur une convention internationale interdisant *en toutes circonstances l'utilisation ou la menace de l'utilisation des armes nucléaires*, sur la base du texte du projet de convention ... joint en annexe ...» (Les italiques apparaissant en troisième et quatrième lieu dans le texte sont de moi.)

Le projet de convention, qui avait été inclus dans le projet de résolution indien soumis à la deuxième session extraordinaire consacrée au désarmement (comme cité plus haut au par. 20), était joint à cette résolution.

Il est certain que la résolution trouve son origine dans le projet de résolution soumis par l'Inde à la deuxième session extraordinaire consacrée au désarmement cette année-là. Mais contrairement à la proposition indienne originale, qui aurait conduit *l'Assemblée générale elle-même à décider d'adopter une convention internationale*, la résolution demandait que *des négociations soient entreprises au Comité du désarmement* (qui a pris depuis le nom de Conférence du désarmement) à Genève en vue de parvenir à un accord sur une convention internationale «interdisant en toutes circonstances l'utilisation ou la menace de l'utilisation des armes nucléaires».

22. *(L'expression «l'utilisation ou la menace de l'utilisation des armes nucléaires en toutes circonstances»)* L'expression «*l'utilisation ou la menace de l'utilisation* des armes nucléaires *en toutes circonstances*» (les italiques sont de moi) a été employée pour la première fois dans une résolution de l'Assemblée générale en 1982. Toutefois, cette expression n'a pas fait l'objet d'une discussion à l'Assemblée générale. En outre, elle a été employée initialement dans le contexte d'une interdiction éventuelle à formuler dans une future convention internationale.

---

[1] Jusqu'à ce jour, ce point est resté inscrit à l'ordre du jour de chaque session de l'Assemblée Générale, mais il a été assorti, de la trente-huitième session à la quarante-deuxième session incluse, d'un sous-point intitulé «Convention sur l'interdiction de l'utilisation des armes nucléaires : Rapport de la Commission du désarmement». À partir de la quarante-troisième session, le sous-point se réfère uniquement à la Convention sur l'interdiction de l'utilisation des armes nucléaires, sans plus mentionner le rapport de la Commission du désarmement.

Il importe de noter que le libellé de la question faisant l'objet de la demande présentée à la Cour, à savoir : «Est-il permis en droit international de recourir à la *menace* ou à l'emploi d'armes nucléaires *en toute circonstance*?» (les italiques sont de moi), qui semble avoir été repris d'une résolution de l'Assemblée générale vieille de douze ans (1982), est en fait différent, en ce que la question faisant l'objet de la demande de 1994 met en évidence la «menace» d'armes nucléaires et laisse intacte la possibilité que ladite «menace» — non pas la «menace de l'emploi» — soit interprétée comme désignant la «possession» ou la «fabrication» de ces armes. Il importe encore davantage de noter que l'expression «menace de l'utilisation» apparaissant dans la résolution de 1982 a été employée dans un contexte tout différent, comme je l'ai expliqué plus haut, c'est-à-dire à propos d'une convention restant à négocier.

23. *(De 1983 à 1995)* À la trente-huitième session (1983), l'Assemblée générale, «notant avec regret que le Comité du désarmement, au cours de sa session de 1983, n'a pu entreprendre de [telles] négociations», a réitéré sa demande à la Conférence du désarmement[2] à Genève

> «d'entreprendre, en priorité, des négociations en vue de parvenir à un accord sur une convention internationale interdisant en toutes circonstances *l'utilisation ou la menace de l'utilisation* des armes nucléaires, sur la base du texte du [projet de convention jointe en annexe, qui était identique à celui de 1982][3]». (Les italiques sont de moi.)

À chaque session de l'Assemblée générale depuis 1982 jusqu'à 1995 (trente-septième à cinquantième sessions), au titre du même point de l'ordre du jour comme indiqué plus haut au paragraphe 21, pratiquement les mêmes États ont présenté des projets de résolution pratiquement identiques auxquels était joint un projet de convention qui n'a pas changé d'un iota sur quatorze années (on notera que ces projets de résolution ont été invariablement présentés par l'Inde), et lesdits projets de résolution ont été adoptés à l'issue d'un vote qui a donné pratiquement les mêmes résultats (tableau III, 1 à 14). En réalité, le nombre des États qui parrainaient le projet de résolution est resté pratiquement constant, alors que le nombre des États qui votaient contre a augmenté.

24. *(Des résolutions qui se suivent et qui se ressemblent)* La *demande* faite par l'Assemblée générale à New York à la Conférence du désarmement à Genève d'entreprendre des négociations et le *regret* exprimé par l'Assemblée générale que la Conférence n'ait rien pu faire en ce sens pendant l'année écoulée ont été répétés de session en session jusqu'à la cinquantième session (1995) en des termes qui n'ont pratiquement pas changé[4]. Le fait que les mêmes résolutions ont été reproduites pendant cette période s'étendant sur quatorze sessions donne à penser que la Conférence du désarmement (l'ex-Comité du

---

[2] À compter du 7 février 1984, date d'ouverture de sa session annuelle, le Comité du désarmement a pris le nom de «Conférence du désarmement».

[3] L'expression «en priorité» a été abandonnée depuis la quarante-neuvième session (1994) et le mot «éventuellement» a été inséré avant les mots «sur la base de» à partir de la quarante-huitième session (1993).

[4] Dans les résolutions de la quarantième et de la quarante-neuvième sessions, le passage du préambule cité dans le texte a été simplifié et se lit comme suit : «n'a pu entreprendre de négociations sur la question».

désarmement) n'a jamais été en mesure ou n'a jamais tenté de négocier pour parvenir à un accord sur une convention internationale «interdisant l'utilisation ou la menace de l'utilisation des armes nucléaires en toutes circonstances». Autrement dit, *l'accumulation de résolutions ne s'est traduite par aucun effet visible*.

25. *(Ce qui sous-tend la demande d'un avis consultatif)* Il apparaît que la demande d'un avis consultatif de 1994, surtout si l'on considère son libellé qui se réfère à «*la menace ou à l'emploi* d'armes nucléaires en toute circonstance» (les italiques sont de moi), est due à l'initiative d'un groupe composé pratiquement des mêmes États qui, depuis 1982, n'ont cessé de parrainer les résolutions demandant la conclusion d'«une convention internationale interdisant en toutes circonstances *l'utilisation ou la menace de l'utilisation* des armes nucléaires» (les italiques sont de moi) (voir tableau III, 1 à 14), sans qu'il y ait eu une véritable discussion sur le sens à donner aux expressions «menace ou emploi d'armes nucléaires» et «toute(s) circonstance(s)». Il me paraît vraisemblable qu'aux yeux de certains des États qui ont parrainé la résolution, la «menace» d'armes nucléaires englobe la «fabrication» et la «possession» d'armes nucléaires.

Or, la demande, dont on prétendait qu'elle portait sur le point de savoir si «il [est] *permis* en droit international de recourir *à la menace ou à l'emploi* d'armes nucléaires en toute circonstance» (les italiques sont de moi), constituait en fait une tentative d'obtenir de la Cour qu'elle sanctionne un prétendu axiome juridique — il *n'est pas permis* en droit international de recourir à la *menace* (ce qui peut englober la possession ou la fabrication) *ou à l'emploi* d'armes nucléaires *en aucune circonstance* — afin d'ouvrir une brèche et donc d'obtenir par ce biais un accord sur la convention qui établirait l'illicéité des armes nucléaires en tant que telles. Il ne fait aucun doute à mes yeux que cette demande a été rédigée et adoptée à des fins éminemment politiques qui sont étrangères à tout mandat juridique authentique d'une institution judiciaire. Ceci n'est certainement pas compatible avec le rôle que la fonction d'avis de la Cour doit jouer, en substance, en application du paragraphe 1 de l'Article 96 de la Charte des Nations Unies.

TABLEAU III

[Note : les États dotés d'armes nucléaires au sens du Traité TNP sont soulignés; la lettre «R» indique un vote enregistré]

Vote des résolutions 1982-1985 sur la «Convention sur l'interdiction de l'utilisation des armes nucléaires»

1. **Trente-septième session (1982)**

A/C.1/37/L.4 et Rev. 1 : projet parrainé par : (20) Algérie, Argentine, Bahamas, Bangladesh, Bhoutan, Chypre, Congo, Égypte, Équateur, Éthiopie, Ghana, Guyana, Indonésie, Jamaïque, Madagascar, Mali, Nigéria, Roumanie, Yougoslavie, Zambie
A/RES/37/100 C : résolution adoptée le 13 décembre 1982 par R117-17-8
Votent pour : (117) Chine, URSS *(les noms des autres États ne sont pas reproduits)*
Votent contre : (17) Allemagne (République fédérale d'), Australie, Belgique, Canada, Danemark, Espagne, États-Unis, France, Islande, Italie, Luxembourg, Norvège, Nouvelle-Zélande, Pays-Bas, Portugal, Royaume-Uni, Turquie
S'abstiennent : (8) Autriche, Finlande, Grèce, Guatemala, Irlande, Israël, Japon, Paraguay

2. **Trente-huitième session (1983)**

A/C.1/38/L.55 : projet parrainé par : (16) Algérie, Argentine, Bahamas, Bangladesh, Bhoutan, Congo, Égypte, Équateur, Éthiopie, Inde, Indonésie, Madagascar, Nigéria, Roumanie et Yougoslavie, auxquels s'est joint ultérieurement le Viet Nam
A/RES/38/73 G : résolution adoptée le 16 décembre 1983 par R126-17-6
Votent pour : (126) Chine, URSS *(les noms des autres États ne sont pas reproduits)*
Votent contre : (17) Allemagne (République fédérale d'), Australie, Belgique, Canada, Danemark, Espagne, États-Unis, France, Islande, Italie, Luxembourg, Norvège, Nouvelle-Zélande, Pays-Bas, Portugal, Royaume-Uni, Turquie
S'abstiennent : (6) Autriche, Grèce, Irlande, Israël, Japon, Philippines

3. **Trente-neuvième session (1984)**

A/C.1/39/L.50 : projet parrainé par : (14) Algérie, Argentine, Bahamas, Bangladesh, Bhoutan, Égypte, Équateur, Éthiopie, Inde, Indonésie, Madagascar, Roumanie, Viet Nam, Yougoslavie
A/RES/39/63 H : résolution adoptée le 12 décembre 1984 par R128-17-5
Votent pour : (128) Chine, URSS *(les noms des autres États ne sont pas reproduits)*
Votent contre : (17) Allemagne (République fédérale d'), Australie, Belgique, Canada, Danemark, Espagne, États-Unis, France, Islande, Italie, Luxembourg, Norvège, Nouvelle-Zélande, Pays-Bas, Portugal, Royaume-Uni, Turquie
S'abstiennent : (5) Autriche, Grèce, Irlande, Israël, Japon

4. **Quarantième session (1985)**

A/C.1/40/L.26 : projet parrainé par : (15) Algérie, Argentine, Bahamas, Bangladesh, Bhoutan, Égypte, Équateur, Éthiopie, Inde, Indonésie, Madagascar, Nigéria, Roumanie, Viet Nam, Yougoslavie
A/RES/40/151 F : résolution adoptée le 16 décembre 1985 par R126-17-6
Votent pour : (126) Chine, URSS *(les noms des autres États ne sont pas reproduits)*
Votent contre : (17) Allemagne (République fédérale d'), Australie, Belgique, Canada, Danemark, Espagne, États-Unis, France, Islande, Italie, Luxembourg, Norvège, Nouvelle-Zélande, Pays-Bas, Portugal, Royaume-Uni, Turquie
S'abstiennent : (6) Autriche, Grèce, Grenade, Irlande, Israël, Japon

5. **Quarante-et-unième session (1986)**

A/C.1/41/L.49 : projet parrainé par : (13) Algérie, Argentine, Bangladesh, Bhoutan, Égypte, Équateur, Éthiopie, Inde, Indonésie, Madagascar, Roumanie, Viet Nam, Yougoslavie
A/RES/41/60 F : résolution adoptée le 3 décembre 1986 par R132-17-4
Votent pour : (132) Chine, URSS *(les noms des autres États ne sont pas reproduits)*
Votent contre : (17) Allemagne (République fédérale d'), Australie, Belgique, Canada, Danemark, Espagne, États-Unis, France, Islande, Italie, Luxembourg, Norvège, Nouvelle-Zélande, Pays-Bas, Portugal, Royaume-Uni, Turquie
S'abstiennent : (4) Grèce, Irlande, Israël, Japon

6. **Quarante-deuxième session (1987)**

A/C.1/42/L.28 : projet parrainé par : (13) Algérie, Argentine, Bangladesh, Bhoutan, Égypte, Équateur, Éthiopie, Inde, Indonésie, Roumanie et Yougoslavie, auxquels se sont joints par la suite les pays ci-après : Madagascar, Viet Nam
A/RES/42/39 C : résolution adoptée le 30 novembre 1987 par R135-17-4
Votent pour : (135) Chine, URSS *(les noms des autres États ne sont pas reproduits)*
Votent contre : (17) Allemagne (République fédérale d'), Australie, Belgique, Canada, Danemark, Espagne, États-Unis, France, Islande, Italie, Luxembourg, Norvège, Nouvelle-Zélande, Pays-Bas, Portugal, Royaume-Uni, Turquie
S'abstiennent : (4) Grèce, Irlande, Israël, Japon

7. **Quarante-troisième session (1988)**

A/C.1/43/L.55 : projet parrainé par : (14) Algérie, Argentine, Bangladesh, Bhoutan, Égypte, Équateur, Éthiopie, Inde, Indonésie, Madagascar, Roumanie, Viet Nam et Yougoslavie, auxquels s'est jointe par la suite la Malaisie
A/RES/43/76 E : résolution adoptée le 7 décembre 1988 par R133-17-4
Votent pour : (133) Chine, URSS *(les noms des autres États ne sont pas reproduits)*
Votent contre : (17) Allemagne (République fédérale d'), Australie, Belgique, Canada, Danemark, Espagne, États-Unis, France, Islande, Italie, Luxembourg, Norvège, Nouvelle-Zélande, Pays-Bas, Portugal, Royaume-Uni, Turquie

S’abstiennent : (4) Grèce, Irlande, Israël, Japon

8. **Quarante-quatrième session (1989)**

A/C.1/44/L.39 : projet parrainé par : (12) Algérie, Bangladesh, Bhoutan, Égypte, Équateur, Inde, Indonésie, Malaisie, Roumanie, Viet Nam et Yougoslavie, auxquels s’est joint par la suite Madagascar
A/RES/44/117 C : résolution adoptée le 15 décembre 1989 par R134-17-4
Votent pour : (134) Chine, URSS *(les noms des autres États ne sont pas reproduits)*
Votent contre : (17) Allemagne (République fédérale d’), Australie, Belgique, Canada, Danemark, Espagne, États-Unis, France, Islande, Italie, Luxembourg, Norvège, Nouvelle-Zélande, Pays-Bas, Portugal, Royaume-Uni, Turquie
S’abstiennent : (4) Grèce, Irlande, Israël, Japon

9. **Quarante-cinquième session (1990)**

A/C.1/45/L.25 : projet parrainé par : (14) Afghanistan, Algérie, Argentine, Bangladesh, Bhoutan, Égypte, Équateur, Éthiopie, Inde, Indonésie, Madagascar, Malaisie, Viet Nam, Yougoslavie
A/RES/45/59 B : résolution adoptée le 4 décembre 1990 par R125-17-10
Votent pour : (125) Chine, URSS *(les noms des autres États ne sont pas reproduits)*
Votent contre : (17) Allemagne (République fédérale d’), Australie, Belgique, Canada, Danemark, Espagne, États-Unis, France, Islande, Italie, Luxembourg, Norvège, Nouvelle-Zélande, Pays-Bas, Portugal, Royaume-Uni, Turquie
S’abstiennent : (10) Bulgarie, Grèce, Hongrie, Irlande, Israël, Japon, Liechtenstein, Pologne, Roumanie, Tchécoslovaquie

10. **Quarante-sixième session (1991)**

A/C.1/46/L.20 : projet parrainé par : (15) Afghanistan, Algérie, Bangladesh, Bhoutan, Égypte, Équateur, Éthiopie, Inde, Indonésie, Madagascar, Malaisie, Viet Nam et Yougoslavie, auxquels se sont joints par la suite les pays ci-après : Bolivie, République démocratique populaire lao
A/RES/46/37 D : résolution adoptée le 6 décembre 1991 par R122-16-22
Votent pour : (122) Chine, URSS *(les noms des autres États ne sont pas reproduits)*
Votent contre : (16) Allemagne (République fédérale d’), Australie, Belgique, Canada, Danemark, Espagne, États-Unis, France, Italie, Luxembourg, Norvège, Nouvelle-Zélande, Pays-Bas, Portugal, Royaume-Uni, Turquie
S’abstiennent : (22) Albanie, Argentine, Autriche, Bulgarie, Estonie, Finlande, Grèce, Hongrie, Îles Marshall, Irlande, Islande, Israël, Japon, Lettonie, Liechtenstein, Lituanie, Pologne, République de Corée, Roumanie, Samoa, Suède, Tchécoslovaquie

11. **Quarante-septième session (1992)**

A/C.1/47/L.33 : projet parrainé par : (15) Algérie, Bangladesh, Bolivie, Costa Rica, Égypte, Équateur, Éthiopie, Inde, Indonésie, Madagascar, Malaisie, République démocratique populaire lao et Viet Nam, auxquels se sont joints par la suite les pays ci-après : Bhoutan, République populaire démocratique de Corée

A/RES/47/53 C : résolution adoptée le 9 décembre 1992 par R126-21-21
Votent pour : (126) Chine, URSS *(les noms des autres États ne sont pas reproduits)*
Votent contre : (21) Allemagne, Australie, Belgique, Bulgarie, Canada, Danemark, Espagne, États-Unis, France, Hongrie, Islande, Italie, Luxembourg, Norvège, Nouvelle-Zélande, Pays-Bas, Pologne, Portugal, Royaume-Uni, Tchécoslovaquie, Turquie
S'abstiennent : (21) Arménie, Autriche, Estonie, Finlande, Grèce, Îles Marshall, Îles Salomon, Irlande, Israël, Japon, Lettonie, Liechtenstein, Lituanie, Malte, République de Moldova, République de Corée, Roumanie, Saint-Marin, Samoa, Slovénie, Suède

12. **Quarante-huitième session (1993)**

A/C.1/48/L.13 et Rev. 1 et 2 : projet parrainé par : (20) Algérie, Bangladesh, Bhoutan, Bolivie, Colombie, Costa Rica, Égypte, Équateur, Éthiopie, Inde, Indonésie, Madagascar, Malaisie, Mexique, République populaire démocratique de Corée, République démocratique populaire lao et Viet Nam, auxquels se sont joints par la suite les pays ci-après : Haïti, Honduras, Soudan
A/RES/48/76 B : résolution adoptée le 16 décembre 1993 par R120-23-24
Votent pour : (120) Chine *(les noms des autres États ne sont pas reproduits)*
Votent contre : (23) Allemagne, Andorre, Belgique, Bulgarie, Canada, Danemark, Espagne, États-Unis, Finlande, France, Hongrie, Islande, Italie, Luxembourg, Monaco, Norvège, Pays-Bas, Pologne, Portugal, République tchèque, Royaume-Uni, Slovaquie, Turquie
S'abstiennent : (24) Albanie, Argentine, Arménie, Australie, Autriche, Estonie, ex-République yougoslave de Macédoine, Fédération de Russie, Géorgie, Grèce, Îles Marshall, Irlande, Israël, Japon, Lettonie, Liechtenstein, Lituanie, Malte, Nouvelle-Zélande, République de Moldova, République de Corée, Roumanie, Slovénie, Suède

13. **Quarante-neuvième session (1994)**

A/C.1/49/L.31 : projet parrainé par : (20) Bangladesh, Bhoutan, Bolivie, Colombie, Égypte, Équateur, Éthiopie, Honduras, Inde, Indonésie, Madagascar, Malaisie, Mexique, Myanmar, République populaire démocratique de Corée, République démocratique populaire lao, Soudan et Viet Nam, auxquels se sont joints par la suite les pays ci-après : Costa Rica, Haïti
A/RES/49/76 E : résolution adoptée le 15 décembre 1994 par R115-24-31
Votent pour : (115) Chine *(les noms des autres États ne sont pas reproduits)*
Votent contre : (24) Allemagne, Andorre, Belgique, Canada, Danemark, Espagne, États-Unis, Finlande, France, Grèce, Hongrie, Islande, Italie, Luxembourg, Monaco, Norvège, Pays-Bas, Pologne, Portugal, République tchèque, Roumanie, Royaume-Uni, Slovaquie, Turquie
S'abstiennent : (31) Albanie, Argentine, Arménie, Australie, Autriche, Bélarus, Bulgarie, Croatie, Estonie, ex-République yougoslave de Macédoine, Fédération de Russie, Fidji, Géorgie, Îles Marshall, Irlande, Israël, Japon, Kazakhstan, Lettonie, Liechtenstein, Lituanie, Malte, Micronésie (États fédérés de), Nouvelle-Zélande, République de Moldova, République de Corée, Samoa, Slovénie, Suède, Tadjikistan, Ukraine

14. **Cinquantième session (1995)**

A/C.1/50/L.47 : projet parrainé par : (28) Bangladesh, Belize, Bhoutan, Bolivie, Botswana, Brunéi Darussalam, Colombie, Égypte, Équateur, Éthiopie, Haïti, Inde, Indonésie, Iran (République islamique d'), Kenya, Madagascar, Malaisie, Malawi, Mexique, Micronésie (États fédérés de), Myanmar, Népal, Nigéria, Philippines, République populaire démocratique de Corée, République démocratique populaire lao, Soudan, Viet Nam

A/RES/50/71 E : résolution adoptée le 12 décembre 1995 par R108-27-28

Votent pour : (108) Chine *(les noms des autres États ne sont pas reproduits)*

Votent contre : (27) Allemagne, Andorre, Belgique, Bulgarie, Canada, Danemark, Espagne, États-Unis, Finlande, France, Grèce, Hongrie, Islande, Italie, Lettonie, Lituanie, Luxembourg, Monaco, Norvège, Pays-Bas, Pologne, Portugal, République tchèque, Roumanie, Royaume-Uni, Slovaquie, Turquie

S'abstiennent : (28) Afghanistan, Albanie, Antigua-et-Barbuda, Argentine, Arménie, Australie, Autriche, Bahamas, Barbade, Bélarus, Croatie, Estonie, ex-République yougoslave de Macédoine, Fédération de Russie, Géorgie, Guinée équatoriale, Irlande, Israël, Japon, Liechtenstein, Malte, Nouvelle-Zélande, Ouzbékistan, République de Corée, République de Moldova, Slovénie, Suède, Ukraine

III. UN AUTRE ASPECT DU DÉSARMEMENT NUCLÉAIRE — LE DÉSARMEMENT NUCLÉAIRE AU TEMPS DE LA GUERRE FROIDE ET LA ROUTE MENANT À LA CONCLUSION DU TRAITÉ SUR LA NON-PROLIFÉRATION

1) *La course aux armes nucléaires et le contrôle des armes nucléaires au temps de la guerre froide; l'apparition du Traité sur la non-prolifération*

a) Le désarmement nucléaire

26. *(La course aux armements entre les États-Unis et l'Union soviétique)* Après le succès du premier essai d'armes nucléaires réalisé par l'Union soviétique en 1949 et du premier essai de bombes à l'hydrogène réalisé par les États-Unis en 1952, et bien que la France, le Royaume-Uni et, plus tard, la Chine fissent partie du groupe des États dotés de l'arme nucléaire, ces armes n'en devaient pas moins demeurer une cause de friction entre les États-Unis et l'Union soviétique au cours de la période de l'après-guerre connue sous le nom de guerre froide. Toutefois, parallèlement à la course aux armements à laquelle ils se livraient, les États-Unis et l'Union soviétique, qui étaient eux-mêmes pleinement conscients des effets catastrophiques qu'aurait une utilisation effective des armes nucléaires, ont reconnu la nécessité d'apporter certaines restrictions.

Alors qu'ils étaient à la recherche des moyens de parvenir à une limitation, voire à un gel des armes nucléaires stratégiques, les États-Unis et l'Union soviétique ont publié la Déclaration commune sur les principes convenus pour les négociations relatives au désarmement (document de l'ONU portant la cote A/4879) en 1961. Cette déclaration, qui prévoyait un processus graduel d'élimination et de suspension de la fabrication des armes de destruction massive, comme les armes nucléaires, a marqué le début de la négociation entre les deux pays connue sous le nom de Pourparlers sur la limitation des armes stratégiques (SALT I) en 1969, qui a débouché sur la conclusion du Traité concernant la limitation des systèmes antimissiles balistiques de 1972 et a été suivie, cette même année, par SALT II. Le Traité concernant la limitation des armes stratégiques offensives (SALT II) a été conclu en 1979, mais il n'a jamais été ratifié. Les négociations dans le cadre des Pourparlers sur la réduction des armes stratégiques (START) ont commencé en 1982.

27. *(Le Comité, puis la Conférence du désarmement à Genève)* Avec l'accord des États-Unis et de l'Union soviétique et avec l'approbation donnée par l'Assemblée générale dans sa résolution 1722 (XVI) sur la «Question du désarmement», le Comité des dix-huit puissances sur le désarmement a été créé à Genève en 1961. Composé d'un nombre égal d'États appartenant à chaque bloc — c'est-à-dire cinq États de chacun des deux blocs, auxquels s'ajoutaient huit pays non alignés — le Comité était conçu comme un forum pour le désarmement mondial. En 1969, il est devenu la Conférence du Comité du désarmement (CCD) dont faisaient partie vingt-six États (ce nombre a été porté à 31 en 1975); conformément à la décision de la première session extraordinaire de l'Assemblée générale des Nations Unies consacrée au désarmement en 1978, la CCD, qui se composait alors de quarante États, dont les cinq États dotés de l'arme nucléaire, a pris le nom de Comité du désarmement, lequel est devenu en 1984 la Conférence du désarmement, organe où se négocie le désarmement.

28. *[Traité sur l'interdiction partielle des essais (nucléaires)]* Dans un contexte international marqué notamment par la crise des missiles cubains en octobre 1962, et avec l'accord des États-Unis et de l'Union soviétique, le

Traité interdisant les essais d'armes nucléaires dans l'atmosphère, dans l'espace extra-atmosphérique et sous l'eau [Traité sur l'interdiction partielle des essais (nucléaires)], ayant pour parties originales les États-Unis, l'Union soviétique et le Royaume-Uni, a été signé à Moscou le 5 août 1963. Les signataires se sont engagés

> «à interdire, à empêcher et à s'abstenir d'effectuer toute explosion expérimentale d'arme nucléaire ou toute autre explosion nucléaire ... dans l'atmosphère, au-delà de ses limites, y compris l'espace extra-atmosphérique, ou sous l'eau, y compris les eaux territoriales ou la haute mer...» (article premier) (Recueil des Traités, Vol. 480, p. 93)

Le Traité était conclu pour une durée illimitée et était ouvert à la signature de tous les États. Au 1er janvier 1995, 95 États avaient ratifié le Traité ou y avaient adhéré et cinq l'avaient seulement signé. L'interdiction totale de tous les essais nucléaires, y compris les essais souterrains, n'a toujours pas été décidée au moment où nous écrivons, et les pourparlers sur le traité sur l'interdiction complète des essais nucléaires sont en cours.

29. *(La première session extraordinaire consacrée au désarmement en 1978)* D'emblée, et en collaboration étroite avec le Comité des dix-huit puissances sur le désarmement à Genève, l'Assemblée générale des Nations Unies a adopté, pendant que les États-Unis et l'Union soviétique menaient des négociations bilatérales au sujet des armes nucléaires, un certain nombre de résolutions concernant les armes nucléaires, dont la résolution 1653 (XVI) de 1961 concernant la «Déclaration sur l'interdiction de l'emploi des armes nucléaires et thermonucléaires», dont il a été question plus haut au paragraphe 16 (voir tableau I). Cette résolution de 1961, qui a suscité une forte opposition et de nettes réserves, n'en a pas moins été considérée depuis comme un des objectifs majeurs à réaliser en vue du désarmement nucléaire et est à l'origine d'une succession régulière de résolutions préconisant l'adoption de la Convention sur l'interdiction de l'utilisation des armes nucléaires, sans le moindre succès jusqu'à ce jour (voir plus haut par. 20 à 25).

Partant de l'idée que le désarmement nucléaire doit être envisagé comme un problème lié à la paix et à la sécurité dans le monde, la première session extraordinaire consacrée au désarmement (dixième session extraordinaire) de l'Assemblée générale s'est tenue en mai/juin 1978 en vue de jeter les bases d'une stratégie internationale en matière de désarmement visant à réaliser un désarmement général et complet assorti d'un contrôle international efficace (voir par. 17 plus haut).

Le Document final de cette session extraordinaire énonce différents principes, notamment la responsabilité première qu'assument les États dotés de l'arme nucléaire vis-à-vis du désarmement nucléaire, la nécessité de réaliser un équilibre acceptable entre les responsabilités et les obligations des États dotés de l'arme nucléaire et ceux qui n'en sont pas dotés, la prise en considération de propositions visant à obtenir la renonciation à l'emploi des armes nucléaires et la prévention des guerres nucléaires, et la non-prolifération des armes nucléaires.

Selon le programme d'action figurant dans ce Document final, l'objectif ultime devrait être l'élimination complète des armes nucléaires; à cette fin, il faut notamment encourager tous les États à cesser les essais d'armes nucléaires dans le cadre d'un processus efficace de désarmement nucléaire, inciter les

États dotés de l'arme nucléaire à donner l'assurance aux États qui n'en sont pas dotés qu'ils entendent s'abstenir de toute utilisation ou menace de l'utilisation des armes nucléaires et promouvoir la création de zones exemptes d'armes nucléaires sur la base d'accords librement conclus entre les États des régions concernées.

En réponse à ce document final de la première session extraordinaire consacrée au désarmement, l'Assemblée générale a inscrit à son ordre du jour, depuis la trente-troisième session en 1978 jusqu'à aujourd'hui, un point intitulé «Examen de l'application des recommandations et décisions adoptées par l'Assemblée générale à sa dixième session extraordinaire».

30. *(La deuxième session extraordinaire de l'Assemblée générale consacrée au désarmement)* Tout en ayant noté que les progrès réalisés depuis 1978 n'avaient pas été à la hauteur des espoirs suscités par cette session extraordinaire consacrée au désarmement, l'Assemblée générale a décidé de tenir la deuxième session extraordinaire consacrée au désarmement (la douzième session extraordinaire) en 1982 aux fins de l'examen de l'application des recommandations et décisions qu'elle avait adoptées à sa précédente session consacrée au désarmement en 1978 (voir par. 20 plus haut). Le rapport de la Commission spéciale a été approuvé en tant que Document de clôture à cette session extraordinaire consacrée au désarmement (A/S-12/32).

Depuis sa trente-septième session (1982) jusqu'à aujourd'hui, il y a eu à chaque session de l'Assemblée générale un point de l'ordre du jour intitulé «Examen et application du Document de clôture de la douzième session extraordinaire de l'Assemblée générale». Sous ce point de son ordre du jour, l'Assemblée générale a adopté à sa trente-septième session (1982) différentes résolutions concernant le désarmement nucléaire, parmi lesquelles il convient de relever une résolution intitulée «Convention sur l'interdiction de l'utilisation des armes nucléaires» (voir par. 21 et 22 plus haut). De 1982 à 1995, elle a adopté une résolution pratiquement identique tout au long d'une période s'étendant sur 14 sessions (voir par. 23 plus haut). Au fil du temps, le nombre des États qui parrainaient la résolution n'a pas augmenté, mais le nombre de ceux qui s'y opposaient et celui des États qui s'abstenaient ont crû. En réalité, cette résolution, une fois adoptée, étant restée chaque fois sans effet, l'Assemblée générale a été contrainte à chaque session de noter avec regret qu'aucun progrès n'avait été réalisé au cours de l'année écoulée. Il n'y a jamais eu la moindre discussion de fond, ni à l'ONU à New York ni à la Conférence du désarmement à Genève, au sujet d'une convention interdisant en toutes circonstances l'utilisation ou la menace de l'utilisation des armes nucléaires.

b) Le clivage entre les États dotés de l'arme nucléaire et les États qui en sont dépourvus

31. *(Le Traité sur la non-prolifération)* Dans l'atmosphère de détente qui a suivi la conclusion en 1963 du Traité sur l'interdiction partielle des essais (nucléaires), les États-Unis et l'Union soviétique ont entrepris d'empêcher la prolifération des armes nucléaires dans les États autres que ceux qui en étaient déjà dotés. Ils ont présenté conjointement le projet du Traité sur la non-prolifération des armes nucléaires (dit aussi Traité sur la non-prolifération ou Traité TNP) en juillet 1968, à Genève où les négociations multilatérales avaient été menées, avec la participation des États non dotés d'armes nucléaires. Avec l'assentiment des États-Unis, de l'Union soviétique et du Royaume-Uni, le Traité sur la non-prolifération a été ouvert à la signature

de tous les États dans trois villes, à savoir : Londres, Moscou et Washington (Recueil des Traités, Vol. 729, p. 161). Il est entré en vigueur le 5 mars 1970, après sa ratification par les trois États signataires originaux et le dépôt des instruments de ratification de 40 autres États signataires (la Chine et la France n'ont ratifié le Traité qu'en 1992).

Le Traité établit une distinction nette entre, d'une part, les *États dotés d'armes nucléaires*, qu'il définit comme étant ceux qui ont fabriqué ou fait exploser une arme nucléaire ou un autre dispositif nucléaire explosif avant le 1er janvier 1967, et qui doivent s'engager à ne pas transférer d'armes nucléaires à des États non dotés d'armes nucléaires, et à n'aider, n'encourager ni inciter aucun d'eux à fabriquer ou à acquérir des armes nucléaires (article premier), et, d'autre part, les *États non dotés d'armes nucléaires*, qui doivent s'engager à ne pas accepter le transfert d'armes nucléaires ou autres dispositifs explosifs nucléaires, et à ne pas les fabriquer ni les acquérir de quelque autre manière (article II). Cependant, le Traité impose à tous les États Parties, tant les États dotés d'armes nucléaires que les États non dotés d'armes nucléaires, l'obligation de poursuivre de bonne foi des négociations sur des mesures efficaces relatives à la cessation de la course aux armements nucléaires et au désarmement nucléaire (article VI). Il faut noter aussi qu'à la première session extraordinaire de l'Assemblée générale consacrée au désarmement en 1978, les cinq États dotés de l'arme nucléaire ont donné des assurances aux États non dotés d'armes nucléaires qui étaient parties au Traité, en s'engageant à ne pas employer d'armes nucléaires contre eux.

L'équilibre des pouvoirs, en ce qui concerne les armes nucléaires, allait être maintenu entre les États dotés d'armes nucléaires et les États non dotés d'armes nucléaires par ce Traité apparemment inégal, qui traduisait en fait la réalité des relations internationales dans les années 70 et 80. À la fin de 1979, 111 États étaient devenus parties au Traité, à la fin de 1989, ils étaient 138. À ce jour, le Traité a été ratifié par 182 États.

Vingt-cinq ans après l'entrée en vigueur du Traité, en 1995, une conférence devait être convoquée en vue de décider, à la majorité des Parties au Traité, si celui-ci demeurerait en vigueur pour une durée indéfinie ou serait prorogé pour une ou plusieurs périodes supplémentaires d'une durée déterminée (par. 2 de l'article X).

32. *(Zone dénucléarisée — Traité de Tlatelolco)* Le Traité sur la non-prolifération reconnaît le droit à un groupe quelconque d'États de conclure des traités régionaux de façon à assurer l'absence totale d'armes nucléaires sur leurs territoires respectifs (article VII).

Le Traité visant l'interdiction des armes nucléaires en Amérique latine (plus tard, on a ajouté les mots «et dans les Caraïbes») (le Traité de Tlatelolco) a été signé le 14 février 1967 par 14 États d'Amérique latine (7 autres États l'ont signé par la suite) et est entré en vigueur le 22 avril 1968 (Recueil des Traités, Vol. 634, p. 281). Le Traité est conçu comme un instrument permanent et doit demeurer en vigueur pour une durée indéfinie (article 30). Il est actuellement en vigueur entre 30 États dans la région.

Les cinq États dotés de l'arme nucléaire allaient être tenus de se conformer à ce Traité du fait de leur acceptation du Protocole additionnel II par lequel ils devaient «s'engager à ne recourir ni à l'emploi d'armes nucléaires ni à la menace de leur emploi par les Parties contractantes au Traité» (article 3). Dans des résolutions adoptées à des sessions successives

(résolution 2286 (XXII), 2456 (XXIII), etc.), l'Assemblée générale des Nations Unies a accueilli le Traité avec une satisfaction spéciale et invité les cinq puissances dotées d'armes nucléaires à signer et à ratifier le Protocole additionnel II, en vertu duquel elles seraient tenues par le Traité. En fait, les cinq puissances dotées d'armes nucléaires avaient, l'une après l'autre, signé et ratifié le Protocole additionnel II à la fin des années 70, mais elles avaient fait à cette occasion des déclarations où certaines d'entre elles faisaient des réserves.

33. *(Traité de Rarotonga)* Après le Traité de Tlatelolco qui couvre la région de l'Amérique latine, huit États (auxquels s'est ajouté par la suite un neuvième État signataire) ont signé le Traité sur la zone dénucléarisée du Pacifique Sud le 6 août 1985 au Forum du Pacifique Sud. Le Traité prévoit la renonciation aux dispositifs explosifs nucléaires et doit empêcher le placement de ceux-ci par des États dotés d'armes nucléaires, tout comme il doit empêcher les essais (Recueil des Traités, No 24592 du 2 janvier 1987). Le Traité est entré en vigueur le 11 décembre 1986; il a un caractère permanent et doit demeurer en vigueur pour une durée indéfinie (article 13). Il est actuellement en vigueur entre 12 États de la région.

Le Protocole II, qui visait à obtenir des cinq États dotés de l'arme nucléaire qu'ils s'engagent à «ne pas utiliser ou menacer d'utiliser un dispositif explosif nucléaire quelconque contre des Parties au Traité» (article premier), a été signé et ratifié en 1988 par la Chine et l'Union soviétique, qui ont, l'une et l'autre, fait des réserves. Ce n'est qu'en mars 1996 que la France, le Royaume-Uni et les États-Unis ont signé le Traité.

2) *Perpétuation du régime TNP*

a) Traité sur la non-prolifération

34. *(Fin de la guerre froide)* L'effondrement des régimes en Europe orientale, qui a commencé avec la chute du Mur de Berlin en 1989 et la dissolution de l'Union soviétique, et qui a amené la fin de la guerre froide, a eu de profondes répercussions sur la question des armes nucléaires à la fin des années 80 et au début des années 90.

35. *(Attente d'un traité prévoyant l'interdiction complète des essais)* Depuis la conclusion du Traité sur l'interdiction partielle des essais (nucléaires) en 1963, l'interdiction complète de tous les essais nucléaires constitue l'impératif politique le plus important — à Genève en particulier; à l'approche de 1995, il en est venu à revêtir une importance essentielle aux yeux des États dotés d'armes nucléaires dans la perspective d'une prorogation indéfinie du Traité sur la non-prolifération, donc de la perpétuation du régime institué par ce Traité. Lorsque la conférence des parties chargée de l'examen du Traité sur la non-prolifération a échoué en 1990 suite au conflit concernant le Traité d'interdiction complète des essais nucléaires, l'attention s'est portée sur ce dernier Traité. Les États dotés d'armes nucléaires avaient pris conscience qu'il leur faudrait, pour parvenir à proroger pour une durée indéfinie le Traité sur la non-prolifération, renoncer à tout essai envisagé d'armes nucléaires.

En 1991, la question du «Traité d'interdiction complète des essais nucléaires» a été inscrite pour la première fois à l'ordre du jour de l'Assemblée générale en tant que point consolidé et indépendant et une proposition parrainée par 45 États a été adoptée le 6 décembre 1991 par 147 voix

contre 2, avec 4 abstentions, et est devenue la résolution 46/29 intitulée «Traité d'interdiction complète des essais nucléaires» (tableau IV, 1). Les États-Unis et la France ont voté contre, tandis que la Chine et le Royaume-Uni s'abstenaient. Dans cette résolution, l'Assemblée générale demandait à tous les États de n'épargner aucun effort pour parvenir à l'interdiction complète des essais d'armes nucléaires et demandait à la Conférence du désarmement d'engager des négociations.

36. *(Négociations à Genève)* Les négociations proprement dites ont commencé à Genève en 1992; le 9 décembre 1992, l'Assemblée générale des Nations Unies a adopté la résolution 47/47 — qui était pratiquement identique à la résolution précédente — par 159 voix contre 1, avec 4 abstentions (tableau IV, 2). On notera que les États-Unis avaient voté contre, mais que la France, suite à une modification de sa politique nationale, n'avait pu voter contre mais s'était abstenue. Les États-Unis, eux aussi, suite à l'entrée en fonction du Président Clinton en janvier 1993, avaient modifié leur politique et tenaient compte du fait qu'il faudrait bientôt songer à proroger le Traité sur la non-prolifération. C'est ainsi que le projet de résolution sur le «Traité d'interdiction complète des essais nucléaires», qui était parrainé par 157 États, dont les États-Unis, a été adopté en 1993 sans être mis aux voix en tant que résolution 48/70 (tableau IV, 3).

En fait, avec le début des négociations à la Conférence du désarmement à Genève en 1994, on s'est pris à espérer que le Traité d'interdiction complète des essais nucléaires pourrait être mis au point. À la quarante-neuvième session de l'Assemblée générale, la résolution sur ce point, qui était parrainée pour la première fois par l'ensemble des cinq États dotés de l'arme nucléaire, a été adoptée le 15 décembre 1994, une fois de plus sans avoir été mise aux voix, en tant que résolution 49/70. Dans celle-ci, l'Assemblée générale priait instamment les États participant à la Conférence du désarmement de négocier activement, en tant que tâche prioritaire, et de conclure un traité universel d'interdiction complète des essais nucléaires qui contribue au désarmement nucléaire et à la prévention de la prolifération des armes nucléaires sous tous ses aspects (tableau IV, 4).

On a déclaré que, pour permettre la mise en oeuvre effective de l'article VI du Traité sur la non-prolifération, dont il a été question plus haut au paragraphe 31, la conclusion de la négociation du traité d'interdiction complète des essais nucléaires à la Conférence du désarmement devrait intervenir au plus tard en 1996. En 1995, l'Assemblée générale à sa cinquantième session a adopté la résolution 50/65 sur le «Traité d'interdiction complète des essais nucléaires», sans qu'elle ait été mise aux voix (tableau IV, 5). On espère que le Traité sera conclu en 1996.

b) Prolongation pour une durée indéfinie du Traité sur la non-prolifération

37. *(Convocation de la Conférence)* Bien que le Traité sur la non-prolifération de 1968 ait été à coup sûr considéré comme un traité inégal, le monopole de la détention d'armes nucléaires par un nombre limité d'États et la non-prolifération des armes nucléaires en dehors de ceux-ci ont constitué pendant un certain temps le pivot de la doctrine de la dissuasion nucléaire. Aux termes de ce Traité, une conférence devait être convoquée en 1995 en vue de décider si le Traité demeurerait en vigueur pour une durée indéfinie, ou serait prorogé pour une ou plusieurs périodes supplémentaires d'une durée déterminée (par. 2 de l'article X). L'Assemblée générale à sa quarante-septième session (1992) a adopté, à l'issue d'un vote enregistré, par 168 voix contre 0 et sans

aucune abstention (l'Inde a informé ensuite l'Assemblée qu'elle se serait abstenue) la résolution 47/52 A, par laquelle elle a pris acte de la décision prise par les parties au Traité de constituer un comité préparatoire pour cette Conférence de 1995 chargée d'examiner le Traité et la question de sa prorogation, lequel comité se réunirait en mai 1993 et a prié le Secrétaire général de fournir l'assistance qui pourrait être requise. Conformément à la décision prise par le comité préparatoire, la Conférence chargée d'examiner le Traité et la question de sa prorogation s'est tenue à New York en avril/mai 1995.

38. *(Garanties de sécurité données par les États dotés de l'arme nucléaire)* La perpétuation du régime TNP exigeait que les États dotés de l'arme nucléaire donnent certaines garanties aux États non dotés d'armes nucléaires concernant l'emploi de ces armes. Avant la tenue de la Conférence en avril/mai 1995, chacun des cinq États dotés de l'arme nucléaire a fait au début de 1995 une déclaration dans laquelle il donnait aux États non dotés d'armes nucléaires qui sont parties au Traité sur la non-prolifération des armes nucléaires des garanties de sécurité contre tout emploi de telles armes. Dans sa résolution 984 (1995) du 11 avril 1995, qu'il a adoptée à l'unanimité, le Conseil de sécurité «[a pris] note avec satisfaction des déclarations» faites par les cinq États dotés de l'arme nucléaire. Les garanties données par ceux-ci étaient plus ou moins identiques, chacun des États déclarant qu'«il n'utilisera[it] pas d'armes nucléaires contre les États non dotés d'armes nucléaires qui sont parties au TNP» (S/1995/261, Fédération de Russie; 262, Royaume-Uni; 263, États-Unis; 264, France). Toutefois, la Chine a déclaré s'engager «à ne jamais avoir recours en premier aux armes nucléaires, quelles que soient les circonstances» et «à n'employer ou menacer d'employer des armes nucléaires contre des États non dotés d'armes nucléaires ou des zones exemptes d'armes nucléaires à aucun moment et en aucune circonstance» (S/1995/265). En fait, une garantie de sécurité analogue avait été également donnée cinq ans plus tôt, en 1990.

39. *(La prorogation pour une durée indéfinie du TNP)* La Conférence, à laquelle 175 États Membres ont participé et à laquelle 10 États non Membres ont envoyé des observateurs, a décidé que «le Traité demeurera[it] en vigueur pour une durée indéfinie» (décision 3), étant donné qu'une majorité des États parties au Traité souhait[ai]ent qu'il soit prorogé pour une durée indéfinie, conformément au paragraphe 2 de l'article X. Les États dotés de l'arme nucléaire, tout en souhaitant aller le plus loin possible sur la voie du désarmement nucléaire et du non-recours aux armes nucléaires, n'ont pas modifié leurs positions. De leur côté, les États non dotés d'armes nucléaires sont convenus, tout en se félicitant des efforts déployés par les États dotés d'armes nucléaires pour promouvoir le désarmement nucléaire, que ceux-ci continueraient, vu leur statut privilégié, à être les seuls États à détenir des armes nucléaires. L'Assemblée générale a pris acte de la décision de la Conférence dans sa résolution 50/70 Q concernant la «Conférence de 1995 des parties au Traité sur la non-prolifération des armes nucléaires chargée d'examiner le Traité et la question de sa prorogation», qui a été adoptée le 12 décembre 1995, à l'issue d'un vote enregistré, par 161 voix contre zéro, avec 2 abstentions seulement, celles de l'Inde et d'Israël.

On peut dire, dès lors, que le régime TNP a été fermement établi au coeur de la communauté internationale.

40. *(Traités créant des zones exemptes d'armes nucléaires)* À la suite de la conclusion des Traités de Tlatelolco et Rarotonga, d'autres traités ont été

conclus aux fins de créer des zones exemptes d'armes nucléaires, conformément à l'article VII du Traité sur la non-prolifération.

En Asie du Sud-Est, un tel traité a été signé à Bangkok en décembre 1995, lors de la Conférence des chefs d'État de l'Association des nations de l'Asie du Sud-Est (ANASE), par 10 États de cette région, et ce Traité doit demeurer un vigueur pour une durée indéfinie. Le Protocole a été ouvert à la signature des cinq États dotés de l'arme nucléaire. La Chine et les États-Unis auraient refusé de signer le Protocole au motif que le Traité s'étend à la zone économique exclusive et au plateau continental de la région.

En Afrique, où l'Afrique du Sud a renoncé à ses armes nucléaires, la question de la création d'une zone exempte d'armes nucléaires est à l'ordre du jour et l'Assemblée générale des Nations Unies à sa quarante-neuvième session (1994) a adopté la résolution 49/138 sur la «Création d'une zone exempte d'armes nucléaires en Afrique» dans laquelle elle prie le Secrétaire général, agissant en consultation avec l'Organisation de l'unité africaine (OUA), de mettre au point le texte d'un traité sur une zone exempte d'armes nucléaires en Afrique. En juin 1995, après la décision de proroger le Traité sur la non-prolifération, la Conférence des chefs d'État de l'OUA a adopté le Traité portant création d'une zone exempte d'armes nucléaires en Afrique (le Traité de Pelindaba), qui a été signé par 42 États africains le 11 avril 1996 au Caire. La Chine, les États-Unis, la France et le Royaume-Uni ont signé en même temps le Protocole I par lequel ils se sont engagés à ne pas employer ou menacer d'employer d'armes nucléaires contre les parties au Traité. Celui-ci est conclu pour une durée illimitée et doit rester en vigueur pour une durée indéfinie.

41. *(Conclusion)* On peut conclure de ce qui précède que, d'une part, le régime TNP, qui présuppose la possession d'armes nucléaires par les cinq États dotés de l'arme nucléaire, a été fermement établi et que, d'autre part, ces mêmes États ont donné des garanties de sécurité aux États non dotés d'armes nucléaires par le biais de certaines déclarations qu'ils ont faites au Conseil de sécurité. En outre, les États dotés de l'arme nucléaire sont tenus, dans la mesure où ils adhèrent aux protocoles annexés aux traités portant création de zones exemptes d'armes nucléaires, de ne pas employer ou menacer d'employer d'armes nucléaires contre les États Parties à ces traités respectifs.

C'est là une réalité dont il faut tenir compte. Il est très improbable que les États dotés de l'arme nucléaire emploieront ces armes, même entre eux, mais on ne peut exclure totalement la possibilité que ces armes soient utilisées dans certaines circonstances particulières. C'est là le sens du Traité sur la non-prolifération. On admet généralement que ce régime TNP est un mal nécessaire dans le contexte de la sécurité internationale, où la doctrine de la dissuasion nucléaire conserve son sens et reste valide.

TABLEAU IV

[Note : les États dotés d'armes nucléaires au sens du Traité TNP sont soulignés; la lettre «R» indique un vote enregistré]

Résolutions de l'Assemblée générale sur le «Traité d'interdiction complète des essais nucléaires»

1. **Quarante-sixième session (1991)**

A/C.1/46/L.4 : projet parrainé par : (45) URSS *(les noms des autres États ne sont pas reproduits)*
A/RES/46/29 : résolution adoptée le 6 décembre 1991 par R147-2-4
Votent pour : (147) URSS *(les noms des autres États ne sont pas reproduits)*
Votent contre : (2) États-Unis, France
S'abstiennent : (4) Chine, Israël, Micronésie (États fédérés de), Royaume-Uni

2. **Quarante-septième session (1992)**

A/C.1/47/L.37 : projet parrainé par : (99) Fédération de Russie *(les noms des autres États ne sont pas reproduits)*
A/RES/47/47 : résolution adoptée le 9 décembre 1992 par R159-1-4
Votent pour : (159) Fédération de Russie *(les noms des autres États ne sont pas reproduits)*
Votent contre : (1) États-Unis
S'abstiennent : (4) Chine, France, Israël, Royaume-Uni

3. **Quarante-huitième session (1993)**

A/C.1/48/L.40 : projet parrainé par : (159) États-Unis, Fédération de Russie *(les noms des autres États ne sont pas reproduits)*
A/RES/48/70 : résolution adoptée sans être mise aux voix le 16 décembre 1993

4. **Quarante-neuvième session (1994)**

A/C.1/49/L.22/Rev. 1 : projet parrainé par : (87) Chine, États-Unis, Fédération de Russie, France, Royaume-Uni *(les noms des autres États ne sont pas reproduits)*
A/RES/49/70 : résolution adoptée sans être mise aux voix le 15 décembre 1994

5. **Cinquantième session (1995)**

A/C.1/50/L.8/Rev. 1 : projet parrainé par : (91) États-Unis, Fédération de Russie, France, Royaume-Uni *(les noms des autres États ne sont pas reproduits)*
A/RES/50/65 : résolution adoptée sans être mise aux voix le 12 décembre 1995

3) *Signification du régime TNP dans une période où la doctrine de la dissuasion militaire est toujours en vigueur*

42. *(Objectif ultime de l'élimination des armes nucléaires)* La résolution parrainée et présentée par le Japon, intitulée «Désarmement nucléaire en vue de l'élimination définitive des armes nucléaires», a été adoptée le 15 décembre 1994 en tant que résolution 49/75 H à la quarante-neuvième session (1994), à l'issue d'un vote enregistré, par 163 voix contre zéro, avec 8 abstentions (tableau V, 1). Dans cette résolution, l'Assemblée générale «exhorte les États qui ne sont pas parties au Traité sur la non-prolifération des armes nucléaires à y adhérer dès que possible» et «invite les États dotés de l'arme nucléaire à poursuivre leurs efforts visant à aboutir au désarmement nucléaire, avec pour *objectif ultime l'élimination des armes nucléaires* dans le cadre du désarmement général et complet». (Les italiques sont de moi.)

Après qu'il eut été décidé en mai 1995 de proroger le TNP pour une durée indéfinie, l'Assemblée générale à sa cinquantième session (1995) a adopté, le 12 décembre 1995, par 154 voix contre zéro, avec 10 abstentions, la résolution 50/70 C par laquelle elle «demande aux États dotés d'armes nucléaires d'avoir la volonté d'aller systématiquement et progressivement de l'avant afin de réduire les armements nucléaires dans leur ensemble, puis *de les éliminer*, et à tous les États d'avoir la volonté d'oeuvrer pour le désarmement général et complet sous un contrôle international strict et efficace». (Les italiques sont de moi.) (tableau V, 2)

On relèvera qu'une autre résolution, intitulée elle aussi «Désarmement nucléaire» et qui proposait des «mesures effectives de désarmement nucléaire en vue de l'élimination totale de ces armes, *selon un calendrier déterminé*» (les italiques sont de moi), a été adoptée le même jour en tant que résolution 50/70 B, mais avec une forte opposition, comme cela se traduit dans le vote enregistré, par 103 voix contre 39, avec 17 abstentions (tableau V, 3).

TABLEAU V

[Note : les États dotés d'armes nucléaires au sens du Traité TNP sont soulignés; la lettre «R» indique un vote enregistré]

Résolutions de l'Assemblée générale sur le «Désarmement nucléaire en vue de l'élimination définitive des armes nucléaires»

1. **Quarante-neuvième session (1994)**

A/C.1/49/L.33/Rev. 1 : projet parrainé par : Japon
A/RES/49/75 H : résolution adoptée le 15 décembre 1994 par R163-0-8
Votent pour : (163) Chine, Fédération de Russie *(les noms des autres États ne sont pas reproduits)*
Votent contre : néant
S'abstiennent : (8) Brésil, Cuba, États-Unis, France, Inde, Israël, République populaire démocratique de Corée, Royaume-Uni,

2. **Cinquantième session (1995)**

A/C.1/50/L.17/Rev. 2 : projet parrainé par : Japon, auquel se joindront par la suite les pays ci-après : Allemagne, Australie, Autriche, Belgique, Canada, Danemark, Espagne, Finlande, Irlande, Islande, Italie, Malte, Norvège, Nouvelle-Zélande, Pays-Bas, Pologne, Suède, Venezuela
A/RES/50/70 C : résolution adoptée le 12 décembre 1995 par R154-0-10
Votent pour : (154) États-Unis, Fédération de Russie, France, Royaume-Uni *(les noms des autres États ne sont pas reproduits)*
Votent contre : néant
S'abstiennent : (10) Algérie, Brésil, Chine, Cuba, Inde, Iran, Israël, Myanmar, Pakistan, République populaire démocratique de Corée

Résolution de l'Assemblée générale sur le «Désarmement nucléaire»

3. **Cinquantième session (1995)**

A/C.1/50/L.46/Rev. 1 : projet parrainé par : Algérie, Angola, Bangladesh, Cambodge, Colombie, Cuba, Égypte, Équateur, Fidji, Ghana, Îles Marshall, Inde, Indonésie, Iran (République islamique d'), Iraq, Kenya, Malaisie, Maurice, Mexique, Mongolie, Myanmar, Nigéria, Pakistan, Papouasie-Nouvelle-Guinée, Philippines, République-Unie de Tanzanie, République populaire démocratique de Corée, Samoa, Soudan, Sri Lanka, Thaïlande, Viet Nam, Zimbabwe
A/RES/50/70 P : résolution adoptée le 12 décembre 1995 par R106-39-17
Votent pour : (106) Chine *(les noms des autres États ne sont pas reproduits)*
Votent contre : (39) Albanie, Allemagne, Andorre, Argentine, Autriche, Belgique, Bulgarie, Canada, Danemark, Espagne, Estonie, États-Unis, ex-République yougoslave de Macédoine, Finlande, France, Grèce, Hongrie, Irlande, Islande, Israël, Italie, Lettonie, Liechtenstein, Lituanie, Luxembourg, Malte, Monaco, Norvège, Pays-Bas, Pologne, Portugal, République tchèque, République de Moldova, Roumanie, Royaume-Uni, Slovaquie, Slovénie, Suède, Turquie
S'abstiennent : (17) Antigua-et-Barbuda, Arménie, Australie, Azerbaïdjan, Bahamas, Bélarus, Bénin, Chypre, Croatie, Fédération de Russie, Géorgie, Guinée équatoriale, Japon, Kazakhstan, Nouvelle-Zélande, République de Corée, Ukraine

IV. CONCLUSIONS

1) *Réexamen de la demande de l'Assemblée générale sollicitant un avis consultatif de la Cour*

43. *(Réexamen de la demande) En premier lieu*, j'ai montré que la demande contenue dans la résolution 49/75 K de l'Assemblée générale, qui était ainsi libellée : «Est-il permis en droit international de recourir à la menace ou à l'emploi d'armes nucléaires en toute circonstance?», visait ni plus ni moins, en réalité, qu'à obtenir de la Cour qu'elle sanctionne ce qui, aux yeux des auteurs de la demande, était un axiome juridique selon lequel la menace ou l'emploi d'armes nucléaires *ne* sont en aucune circonstance permis en droit international, et que, dès lors, on ne se trouve pas en présence d'une demande d'avis consultatif au sens du paragraphe 1 de l'Article 96 de la Charte des Nations Unies.

En deuxième lieu, je soutiens que la demande contient un élément d'incertitude en ce qui concerne le sens de l'expression «menace ou emploi d'armes nucléaires», par rapport à l'expression «l'utilisation ou la menace de l'utilisation des armes nucléaires», et ne précise pas le sens de la notion de «menace», ce qui amène à se demander si la demande englobe ou non la possession ou la fabrication d'armes nucléaires. Selon moi, il y a de bonnes raisons de penser, compte tenu de l'historique de la question, que certains États entendaient établir l'illicéité absolue des armes nucléaires en tant que telles.

En troisième lieu, comme cela ressort des *travaux préparatoires* de la demande, l'adoption de cette résolution est loin d'avoir représenté un consensus de l'Assemblée générale (voir plus haut, par. 6 à 14).

44. *(Les efforts déployés en vue d'un accord sur la convention interdisant l'utilisation des armes nucléaires marquent le pas)* L'histoire du désarmement nucléaire à l'Assemblée générale montre que les efforts déployés en vue de la conclusion d'un traité qui interdirait totalement «l'utilisation ou la menace de l'utilisation des armes nucléaires» ont marqué le pas pendant plus de dix ans, c'est-à-dire de 1982 à 1994. L'appui dont ont bénéficié ces résolutions successives sur le désarmement à l'Assemblée générale des Nations Unies à New York n'a pas crû mais a plutôt diminué (voir tableau III plus haut); quant à la Conférence du désarmement à Genève, elle ne s'est pas efforcée de répondre favorablement à ces résolutions et n'a pas engagé de négociations en vue de parvenir à un accord sur une telle convention.

Dans ces circonstances, un groupe d'États aiguillonné par une poignée d'ONG a tenté d'opérer une percée et cherché à obtenir de la Cour qu'elle sanctionne un prétendu axiome juridique afin d'aller de l'avant vers la conclusion d'une convention mondiale interdisant les armes nucléaires. Il ne fait pas de doute pour moi que la demande a été conçue et rédigée non pas en vue de vérifier l'état du droit international en vigueur à cet égard, mais pour essayer de promouvoir l'élimination totale des armes nucléaires, c'est-à-dire à des fins éminemment *politiques*. Cela explique, entre autres, pourquoi en 1994, la résolution 49/75 K, bien qu'elle ait été adoptée à l'Assemblée générale avec l'appui de 78 États, s'est heurtée à 43 votes négatifs, tandis que 38 États s'abstenaient.

45. *(La réalité du régime TNP)* La réalité de la société internationale est loin de correspondre aux souhaits exprimés par le groupe des États qui ont appuyé la résolution 49/75 K. À l'époque de la guerre froide, on considérait que

le monopole des armes nucléaires détenu par cinq États et la non-prolifération de ces armes au-delà de ce cercle restreint étaient des conditions essentielles et indispensables pour le maintien de la paix et de la sécurité internationales, comme l'atteste la conclusion en 1968 du Traité sur la non-prolifération qui établit une distinction nette entre les cinq États dotés de l'arme nucléaire et les États non dotés d'armes nucléaires. La doctrine, ou la stratégie, de la dissuasion nucléaire, quel que soit le jugement qu'on porte sur elle et quelles que soient les critiques auxquelles elle se heurte à bien des égards, a été choisie comme pierre d'angle du régime TNP, lequel a été légitimé par le droit international, tant conventionnel que coutumier, pendant les dernières décennies.

La situation est demeurée inchangée jusqu'à ce jour, même dans la période qui a suivi la guerre froide. En 1995, le Traité sur la non-prolifération de 1968 a été prorogé pour une durée indéfinie. Dans un tel climat international où le désarmement nucléaire est incomplet et où un désarmement général et complet paraît chimérique, l'interdiction totale des armes nucléaires aurait été considérée comme un abandon de la base juridique sur laquelle ce Traité se fonde. Si le véritable objectif poursuivi par la demande était l'interdiction totale des armes nucléaires, alors la question posée en application de la résolution 49/75 K ne pouvait avoir été posée qu'au mépris du régime TNP légitimement en vigueur à ce moment-là.

Un autre point ne doit pas être négligé non plus. Il est un fait que les États dotés de l'arme nucléaire ont été enclins à s'engager à ne pas utiliser ou menacer d'utiliser les armes nucléaires contre les États dans certaines régions couvertes par des traités portant création de zones exemptes d'armes nucléaires; au début de 1995, ces cinq États dotés de l'arme nucléaire ont donné des garanties de sécurité par le biais de déclarations faites au Conseil de sécurité dans lesquelles ils se sont engagés à ne pas utiliser ou menacer d'utiliser ces armes contre les États non dotés d'armes nucléaires. Autrement dit, si de tels engagement juridiques sont respectés, le risque de voir aujourd'hui les États nucléaires déclarés recourir aux armes nucléaires est minime. Dans de telles circonstances, il ne s'imposait pas d'urgence en 1994 de soulever la question de la licéité ou de l'illicéité des armes nucléaires.

46. *(Caricature de la procédure d'avis)* Dans un climat où le régime TNP était sur le point d'être légitimé pour une durée indéfinie, et à une époque où il n'était guère probable de voir les cinq États dotés de l'arme nucléaire employer des armes nucléaires, l'Assemblée générale a été invitée le même jour, le 15 décembre 1994, en application de la résolution 49/76 E sur la «Convention sur l'interdiction de l'utilisation des armes nucléaires», à demander à la Conférence du désarmement à Genève de préparer une telle convention (sans beaucoup d'espoir d'aboutir), et également à adopter deux autres résolutions au titre du même point de l'ordre du jour intitulé «Désarmement général et complet», l'une étant la résolution 49/75 H, qui visait à l'*élimination définitive* des armes nucléaires, et l'autre, la résolution 49/75 K, qui demandait à la Cour de sanctionner l'illicéité des armes nucléaires au regard du droit international contemporain. Ceci est tout à fait contradictoire. Il n'était pas nécessaire et il n'y avait aucune justification rationnelle, dans les conditions existant en 1994, pour que l'Assemblée générale demande un avis consultatif à la Cour concernant la licéité ou l'illicéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires. J'estime qu'il s'agissait là tout simplement d'une caricature de la procédure d'avis.

2) *Rôle de la fonction consultative et pouvoir discrétionnaire de la Cour de décliner de donner un avis consultatif*

47. *(Fonction de l'avis consultatif)* La Cour internationale de Justice ne joue pas uniquement un rôle d'organe judiciaire, elle donne également des avis consultatifs. Cependant, la fonction consultative n'est pas une fonction qui va de soi pour quelque tribunal judiciaire que ce soit et aucun tribunal international ne l'avait exercée avant la Cour permanente de justice internationale qui l'exerça pour la première fois dans un climat d'incertitude et de controverse. Aujourd'hui, la fonction consultative a été incorporée dans le rôle de la Cour internationale de Justice, parallèlement à sa fonction contentieuse, mais elle continue d'être considérée à la manière d'une exception, comme une fonction accessoire de la Cour. Cela explique pourquoi, par opposition à la façon dont elle exerce sa juridiction contentieuse, la Cour exerce sa fonction consultative lorsqu'elle juge bon de le faire, comme cela est précisé à l'article 65 du Statut, lequel dispose que «[l]a Cour *peut* donner un avis consultatif...» (Les italiques sont de moi)

48. *(Le seul cas où la Cour permanente de justice internationale a refusé de donner un avis consultatif)* La Cour permanente a refusé à une seule occasion de donner un avis, mais ce n'était pas parce qu'elle avait jugé bon d'agir ainsi. À cette époque, un rôle relativement important était assigné à la fonction consultative en vue du règlement des différends entre les États (comme dans les affaires contentieuses); dans les affaires comportant un différend entre des États, un avis consultatif ne pouvait être donné que si les États intéressés y consentaient. L'affaire de la *Carélie orientale* en 1923 a revêtu une très grande importance à cet égard, car il s'agit du seul cas où la Cour permanente a refusé de donner un avis consultatif. Dans cette affaire, qui portait sur l'interprétation d'une déclaration concernant le statut autonome de la Carélie orientale dans le Traité de paix de Dorpat conclu en 1920 entre la Finlande et la Russie, la Finlande s'adressa au Conseil de la Société des Nations aux fins d'obtenir de lui qu'il sollicite un avis consultatif de la Cour. La Russie, qui n'était pas membre de la Société des Nations, s'opposa à cette initiative. Comme suite à la procédure engagée devant la Cour où la Russie n'était pas représentée, la Cour a refusé de donner un avis consultatif, en indiquant qu'elle n'était pas disposée à examiner l'affaire plus avant et en faisant valoir qu'il était bien établi en droit international qu'«aucun État ne saurait être obligé de soumettre ses différends avec les autres États soit à la médiation, soit à l'arbitrage, soit enfin à n'importe quel procédé de solution pacifique, sans son consentement» (*CPJI, Série B, No 5,* p. 27).

Après cette affaire de la *Carélie orientale*, chaque fois qu'un avis consultatif à propos d'un différend entre des États a été demandé à la Cour permanente, le consentement de l'État concerné a été obtenu à l'avance ou l'on était à tout le moins assuré qu'aucune des parties au différend ne s'opposerait à la procédure. On ne saurait en l'espèce invoquer le précédent de l'affaire de la *Carélie orientale* telle qu'elle a été traitée par la Cour permanente.

49. *(La fonction consultative à la Cour internationale de Justice)* À ce jour, la Cour internationale de Justice a donné vingt avis consultatifs, dont douze l'ont été en réponse à des demandes formulées en application de résolutions de l'Assemblée générale.

Dans sept affaires, qui se situent toutes dans les premiers temps de la Cour, celle-ci n'a eu à connaître que de l'interprétation de la Charte des Nations Unies elle-même ou que de questions relatives aux fonctions de

l'Organisation : *Conditions de l'admission d'un État comme Membre des Nations Unies (Article 4 de la Charte)* (1948); *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies* (1949); *Compétence de l'Assemblée générale pour l'admission d'un État aux Nations Unies* (1950); *Effet de jugements du Tribunal administratif des Nations Unies accordant indemnité* (1954); *Procédure de vote applicable aux questions touchant les rapports et pétitions relatifs au territoire du Sud-Ouest africain* (1955); *Admissibilité de l'audition de pétitionnaires par le Comité du Sud-Ouest africain* (1956); *Certaines dépenses des Nations Unies* (1962).

Contrairement à la Cour précédente, qui a eu à connaître le plus souvent de différends entre États, même dans le cadre des avis, la Cour actuelle n'a été saisie qu'en de rares occasions aux fins de donner un avis consultatif dans une affaire ayant trait à un différend entre États, à savoir dans les affaires concernant l'*Interprétation des traités de paix conclus avec la Bulgarie, la Hongrie et la Roumanie* (1950) et le *Sahara occidental* (1975). Dans certaines occasions, la Cour a eu à connaître de différends entre des organisations internationales et des États, comme dans les affaires du *Statut international du Sud-Ouest africain* (1950) et de l'*Applicabilité de l'obligation d'arbitrage en vertu de la section 21 de l'Accord du 26 juin 1947 relatif au Siège de l'Organisation des Nations Unies* (1988).

50. *(Questions juridiques de caractère général)* En fait, depuis qu'elle existe, la Cour actuelle n'a eu à examiner qu'en une seule occasion une question juridique de caractère général, en l'occurrence dans l'affaire des *Réserves à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide* (1951) qui portait sur le sens des réserves formulées à propos d'une convention multilatérale. Mais en l'espèce, ce sont des considérations d'ordre pratique qui avaient incité à demander à la Cour d'examiner la question de savoir si

> «l'État qui a formulé la réserve peut être considéré comme partie à la Convention aussi longtemps qu'il maintient sa réserve, si une ou plusieurs parties à la Convention font une objection à cette réserve, les autres parties n'en faisant pas.» (*CIJ, Recueil 1951,* p. 16)

et de donner un avis sur le sens de la réserve formulée à propos d'une convention multilatérale et, plus particulièrement, sur la question concrète de l'interprétation et de l'application de la convention relative au génocide. Ainsi cette affaire est-elle toute différente de celle qui nous occupe ici, où il ne se pose aucune question d'ordre pratique et où il n'y a aucune nécessité de déterminer la licéité ou l'illicéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, comme je l'ai expliqué plus haut au paragraphe 45.

51. *(Refus de donner un avis consultatif)* En examinant la pratique, on constate qu'aucune demande d'avis consultatif concernant une question juridique de caractère général ne présentant aucun lien avec un différend concret ou un problème concret appelant une solution pratique n'a jamais été présentée à la Cour. Il est exact que la Cour actuelle, même si elle a reçu le pouvoir discrétionnaire de donner ou de décliner de donner un avis consultatif, n'a jamais eu dans le passé l'occasion de refuser de donner un avis en réponse à une demande de l'Assemblée générale. Il reste que, dans le passé, la Cour n'a jamais reçu aucune demande à laquelle elle aurait été justifiée à opposer un refus, compte tenu des circonstances. À cet égard, il est sans intérêt d'arguer en l'espèce que la Cour «garde à l'esprit qu'elle ne devrait pas, en principe, refuser de donner un avis consultatif» et que «[a]ucun refus, fondé sur le pouvoir discrétionnaire de la Cour, de donner suite à une demande d'avis

consultatif n'a été enregistré dans l'histoire de la présente Cour (avis de la Cour, par. 14).

3) *Conclusions*

52. *(Convenance judiciaire)* Compte tenu des circonstances et du pouvoir discrétionnaire qu'elle a de décliner de donner un avis consultatif, la Cour aurait dû, selon moi, pour des raisons de *convenance judiciaire*, rejeter la demande adressée en application de la résolution 49/75 K. De plus, il me semble qu'en l'espèce, les conclusions élémentaires ou équivoques formulées par la Cour dans le présent avis ne répondent pas vraiment à la demande, et je crains que ce résultat peu convaincant puisse entamer la crédibilité de la Cour.

53. *(Économie de la fonction judiciaire)* En outre, je voudrais expliquer pourquoi, selon moi, il aurait fallu rejeter la demande en l'espèce pour des raisons tenant à *l'économie de la fonction judiciaire*. Il est toutes sortes de questions qui pourraient être posées à la Cour au motif qu'elles exigeraient une interprétation juridique ou l'application du droit international en des termes généraux dans des domaines comme le droit de la mer, le droit humanitaire et les droits de l'homme, le droit de l'environnement, etc. Si la Cour devait décider de donner un avis — comme en l'espèce — en répondant à une question juridique de caractère général sur le point de savoir si une action donnée serait conforme ou non au droit conventionnel ou au droit coutumier — la question étant soulevée en l'absence de toute nécessité pratique —, il pourrait en résulter à long terme que la Cour soit saisie d'un certain nombre de cas hypothétiques de caractère général, ce qui risquerait de compromettre en fin de compte sa fonction essentielle, qui est de régler des différends internationaux sur la base du droit, et de faire de la Cour un organe consultatif, voire législatif.

Ainsi donc, si l'on devait laisser toute latitude de poser n'importe quelle question juridique de caractère général n'appelant pas de solution immédiate, dans des circonstances où il n'y a pas de différend ou de nécessité pratique, la Cour risquerait d'être submergée sous un flot d'affaires de caractère académique ou intellectuel, ce qui réduirait d'autant sa capacité d'exercer sa vraie fonction en tant qu'institution judiciaire. Dans mon opinion individuelle jointe à l'avis rendu aujourd'hui par la Cour en réponse à la demande de l'Assemblée mondiale de la santé, j'ai exprimé ma crainte qu'il puisse être fait un mauvais usage du droit de demander un avis consultatif, dans des termes que j'aimerais reprendre ici :

> «Je suis personnellement très préoccupé à l'idée que, si l'on encourage ou invite à faire plus largement usage de la fonction consultative de la Cour — comme certaines autorités l'ont préconisé récemment, à plus d'une occasion —, celle-ci pourrait être saisie d'un nombre accru de demandes d'avis consultatifs qui pourraient s'avérer non nécessaires ou par trop simplistes. Je suis fermement convaincu que la Cour internationale de Justice devrait fonctionner avant tout comme une institution judiciaire ayant pour mission de régler des différends de caractère contentieux entre États et qu'il ne faut pas attendre d'elle qu'elle se comporte comme un organe législatif (même s'il n'est pas exclu que sa jurisprudence puisse contribuer à ouvrir des voies nouvelles en droit international) ou comme un organe donnant des avis juridiques (sous réserve que la Cour peut donner des avis consultatifs sur des questions juridiques qui se posent dans le cadre de l'activité des organisations internationales autorisées à demander de tels avis) dans des

circonstances où il n’y a pas de conflit ou de différend concernant des questions juridiques entre des États ou entre des États et des organisations internationales.» (*Traduction non officielle*)

54. *(Ma position personnelle)* Arrivé au terme de l’exposé de ma position selon laquelle la Cour n’aurait pas dû donner un avis en l’espèce, je voudrais souligner que je suis le premier à espérer que les armes nucléaires pourront être éliminées complètement de la face de la terre comme cela est proposé dans les résolutions 49/75 H et 50/70 C de l’Assemblée générale, qui ont été adoptées à l’unanimité. Toutefois, une décision sur cette question dépend de négociations *politiques* menées entre les États à Genève ou à New York et ne concerne pas notre institution ici à La Haye, où une interprétation du *droit international en vigueur* ne peut être donnée qu’en réponse à un besoin authentique.

V. OBSERVATIONS SUPPLÉMENTAIRES CONCERNANT MA POSITION VIS-À-VIS DU PARAGRAPHE 2 DU DISPOSITIF DU PRÉSENT AVIS CONSULTATIF

55. Tout en estimant que la Cour aurait dû refuser de donner un avis consultatif, j’ai néanmoins pris part au vote sur chacun des alinéas du dispositif de l’avis, eu égard à la règle selon laquelle aucun juge ne peut s’abstenir lors du vote sur le dispositif de toute décision de la Cour. J’ai agi ainsi, bien que, selon moi, les affirmations reproduites au paragraphe 2 ne peuvent pas être interprétées comme constituant des réponses à la question posée en application de la résolution 49/75 K et que l’alinéa F, en particulier, concerne un point qui, selon moi, ne devrait pas avoir sa place dans le dispositif de l’avis consultatif en ce qu’il se borne à reproduire l’article VI du Traité sur la non-prolifération. Toutefois, j’ai voté en faveur de tous les alinéas A à F — sauf l’alinéa E — car je puis accepter les affirmations faites dans chacun d’eux. Les équivoques relevées à l’alinéa E confirment, comme je le soutiens, que la Cour aurait été bien avisée de refuser d’emblée de donner un quelconque avis en l’espèce. Le fait qu’elle n’a pu parvenir qu’à cette conclusion équivoque n’est pas de nature à renforcer sa crédibilité.

(*Signé*) Shigeru ODA

OPINION DISSIDENTE DE M. SHAHABUDDEEN

La Charte a été signée le 26 juin 1945. C'était la promesse d'un monde moins troublé. Mais les armes ne s'étaient pas encore tues et une arme nouvelle allait voir le jour. Il fallait encore l'expérimenter. L'essai eut lieu le 12 juillet 1945 à Alamogordo. Le compte à rebours commença. Puis vint le moment : «*L'éclat de mille soleils*». C'est ce vers qui vint à l'esprit du responsable de l'équipe scientifique, qui devait se souvenir aussi de la fin du drame ancien : «*Je suis la mort, celui qui anéantit les mondes*»[1].

Par comparaison avec ce qu'on verrait par la suite, ce fut une petite explosion. On a construit depuis lors des bombes plus puissantes, et les cinq États nucléaires déclarés les possèdent. La perspective de voir l'humanité anéantie à la suite d'une guerre nucléaire existe bel et bien. Les livres de certains peuples primitifs enseignaient que l'emploi d'une superarme susceptible d'avoir des effets destructeurs excessifs n'était pas autorisé. Que nous dit le droit international contemporain à ce sujet?

Telle est, en substance, la question posée par l'Assemblée générale. Cette question pose le difficile problème de savoir si, dans le cas particulier de l'emploi d'armes nucléaires, il est possible de concilier l'impérieuse nécessité pour un État de se défendre avec la nécessité non moins impérieuse de garantir que, ce faisant, cet État ne compromette pas la survie de l'espèce humaine. Si une telle conciliation s'avère impossible, qui va devoir céder? Le problème ainsi posé est-il un problème de droit? Si c'est le cas, quelles sont les pistes de recherche juridique qui s'ouvrent devant nous?

*

Après avoir rejeté les arguments préliminaires qui lui étaient présentés, la Cour a décidé, à la quasi-unanimité, de donner suite à la demande de l'Assemblée générale sollicitant un avis consultatif sur le point de savoir «s'il est permis en droit international de recourir à la menace ou à l'emploi d'armes nucléaires en toute circonstance». Elle a ensuite, à une faible majorité, répondu à la question de l'Assemblée générale en déclarant, de son propre aveu, qu'elle ne pouvait apporter de réponse de fond à la question. Il me paraît difficile de nier que ce qu'on trouve à l'arrivée n'est pas ce qui était annoncé au départ. Je fais valoir respectueusement que la Cour aurait dû répondre à la question de l'Assemblée générale et qu'elle était en mesure de le faire — dans un sens ou dans l'autre.

*

Du point de vue des principes juridiques de base pertinents, la réponse de la Cour est énoncée dans la première partie de l'alinéa E du paragraphe 2 du dispositif de l'avis consultatif de la Cour. Moyennant une réserve à propos du mot «généralement», je suis d'accord avec la Cour pour estimer «que la menace ou l'emploi d'armes nucléaires serait généralement contraire aux règles du droit

[1] Peter Michelmore, *The Swift Years. The Robert Oppenheimer Story* (New York, 1969), p. 110. Oppenheimer a pu lire ce vers dans la version originale sanskrite du *Bhagavad-Gita*.

international applicables dans les conflits armés, et spécialement aux principes et règles du droit humanitaire».

Ce qui fait problème, selon moi, c'est la seconde partie de l'alinéa E du paragraphe 2 du dispositif de l'avis consultatif de la Cour. Si l'emploi d'armes nucléaires est licite, la nature de l'arme, ainsi que les exigences en matière de nécessité et de proportionnalité auxquelles est subordonné l'exercice du droit naturel de légitime défense devraient amener à conclure que l'emploi de telles armes ne pourrait être licite que «dans une circonstance extrême de légitime défense dans laquelle la survie même d'un État serait en cause»; nous retrouvons là, je crois, sauf des nuances dans la formulation et dans la manière dont sont invoqués «les intérêts vitaux en matière de sécurité», l'idée générale qui sous-tend la position adoptée par les États dotés de l'arme nucléaire. C'est là, de même, la question essentielle qui était soumise à l'examen de la Cour. Or, c'est précisément la question que la Cour affirme ne pouvoir trancher, et de ce fait il n'a pas été répondu au fond à la question de l'Assemblée générale.

Je regrette de ne pouvoir souscrire à la conclusion à laquelle la Cour est ainsi parvenue, surtout au motif que, lorsqu'on rapproche cette conclusion de l'opinion formulée dans l'affaire du *Lotus*, on pourrait être amené à conclure que, selon la Cour, il existe une possibilité que l'emploi d'armes nucléaires soit licite dans certaines circonstances et qu'il appartient aux États de décider si cette possibilité existe dans des circonstances données, et c'est là un point que je ne saurais admettre. Je fais valoir respectueusement que «l'état actuel du droit international, ainsi que [les] éléments de fait dont elle dispose» permettaient à la Cour de répondre dans un sens ou dans l'autre.

Les deux parties de l'alinéa E ne pouvant être séparées aux fins du vote, j'ai été contraint de refuser de souscrire à cet alinéa. Par ailleurs, le point de désaccord portant sur le fond de l'affaire, j'ai choisi d'utiliser la formule de l'«opinion dissidente», bien que j'aie voté pour la plupart des autres points du dispositif.

Un second point de désaccord porte sur l'alinéa B du paragraphe 2 du dispositif. La précision qu'apportent les mots «en tant que telles» me permet de reconnaître que «[n]i le droit international coutumier ni le droit international conventionnel ne comportent d'interdiction complète et universelle de la menace ou de l'emploi des armes nucléaires en tant que telles». Mais les mots «en tant que telles» n'annulent pas l'idée générale qu'il n'y a pas d'interdiction tout court d'armes nucléaires. Le fait qu'il n'y a pas d'«interdiction complète et universelle de la menace ou de l'emploi des armes nucléaires comme telles» en droit international coutumier ou conventionnel ne tranche pas la question de savoir si la menace ou l'emploi de telles armes est licite; il faut se référer à des principes plus généraux. Ensuite, pour des raisons qui seront explicitées plus loin, le critère de l'interdiction ne permet pas à lui seul de déterminer si l'on a le droit de poser un acte, lorsque l'on sait l'ampleur des implications mondiales qu'aurait un tel emploi. Enfin, l'affirmation énoncée dans cet alinéa est un maillon du raisonnement, mais elle ne fait pas partie à proprement parler de la réponse de la Cour à la question de l'Assemblée générale.

*

Comme je l'ai dit, j'ai voté pour les autres points du dispositif de l'avis consultatif de la Cour. Je me dois cependant d'apporter quelques

précisions. La manière dont on vote à la Cour ne permet pas toujours à un juge d'indiquer avec précision sa position sur les éléments d'un dispositif par le biais de son vote; la façon dont il vote dépend de la perception qu'il a et de la direction générale dans laquelle s'orientent ces éléments et de la possibilité que sa position de base soit mal comprise. Une déclaration, une opinion individuelle ou une opinion dissidente permettent d'expliquer des difficultés accessoires. Je m'explique donc dans les lignes qui suivent sur les différents éléments du dispositif pour lesquels j'ai voté.

S'agissant de l'alinéa A du paragraphe 2 du dispositif, je suis d'avis, et ceci est dans une certaine mesure contenu implicitement dans cet alinéa, qu'en tout état de cause, dans une affaire de ce type, l'action d'un État est illicite à moins d'être autorisée en droit international; la seule absence d'interdiction ne suffit pas. Dans le cas des armes nucléaires, il n'y a pas d'autorisation, qu'elle soit donnée expressément ou d'une autre façon. Toutefois, l'alinéa A constitue également un maillon du raisonnement et ne fait pas partie à proprement parler de la réponse de la Cour à la question de l'Assemblée générale.

S'agissant de l'alinéa C du paragraphe 2 du dispositif, on laisse entendre ici que «la menace ou l'emploi de la force au moyen d'armes nucléaires qui serait contraire à l'Article 2, paragraphe 4, de la Charte des Nations Unies» pourrait néanmoins satisfaire à certaines ou à toutes les prescriptions de l'Article 51 et serait dans ce cas licite. J'aurais cru que ce qui est «contraire» à la première de ces dispositions serait automatiquement illicite, même s'il est satisfait aux prescriptions de la seconde de ces dispositions. Ainsi, un acte d'agression, du fait qu'il est contraire au paragraphe 4 de l'Article 2, ne peut absolument pas rentrer dans le cadre de l'Article 51, même s'il est accompli avec de vieux chassepots et dans le respect strict du droit humanitaire. En outre, on a de la peine à comprendre comment la Cour peut se permettre ici de laisser entendre qu'il existe des circonstances dans lesquelles la menace ou l'emploi d'armes nucléaires est licite, alors qu'à l'alinéa E du paragraphe 2 du dispositif elle n'a pas pu arriver à une conclusion définitive sur la question essentielle de savoir si la menace ou l'emploi de telles armes est licite ou illicite dans les circonstances indiquées là-bas.

S'agissant de l'alinéa D du paragraphe 2 du dispositif, l'affirmation selon laquelle «la menace ou l'emploi d'armes nucléaires devrait aussi être compatible avec les exigences du droit international applicable dans les conflits armés...» laisse entendre qu'il peut exister des cas de compatibilité et donc de licéité. Comme indiqué plus haut, on voit difficilement comment la Cour peut prendre cette disposition, alors qu'elle s'avoue incapable de statuer sur la question fondamentale de la licéité. Par ailleurs, le mot «devrait» n'a pas sa place lorsqu'il s'agit de statuer en droit.

S'agissant de l'alinéa F du paragraphe 2 du dispositif, j'ai voté pour cet alinéa en tant que proposition générale ayant trait au caractère des armes nucléaires. La Cour n'a pas été saisie de la question particulière touchant les implications juridiques de l'article 6 du Traité sur la non-prolifération des armes nucléaires («TNP»),cette question ne faisant pas partie de la question de l'Assemblée générale. Elle pourrait faire l'objet d'une question distincte touchant les implications de cet article du TNP, au cas où l'Assemblée générale entendrait poser une telle question.

Cela étant dit à propos du dispositif, je marque des hésitations sur certains aspects des considérants, mais il ne me paraît pas opportun de les

passer tous en revue. Je voudrais cependant signaler le paragraphe 104 de l'avis consultatif. Dans la mesure où ce paragraphe ne fait que reprendre la jurisprudence constante de la Cour, je ne vois pas son utilité. S'il va au-delà, je ne suis pas d'accord. Le dispositif de l'avis consultatif de la Cour doit pouvoir être interprété conformément à la jurisprudence établie sur le point.

*

Pour revenir à l'alinéa E du paragraphe 2 du dispositif de l'avis consultatif de la Cour, je me propose d'exposer ci-après pourquoi je suis d'accord avec cette conclusion, dans la mesure où j'y adhère, et pourquoi je suis en désaccord avec elle, dans la mesure où je n'y adhère pas. L'objectif limité que je me suis fixé est de montrer que, contrairement à la conclusion fondamentale de la Cour, «l'état actuel du droit international, ainsi que les éléments de fait dont elle dispose» étaient suffisants pour lui permettre de «conclure de façon définitive que la menace ou l'emploi d'armes nucléaires serait licite ou illicite dans une circonstance extrême de légitime défense dans laquelle la survie même d'un État serait en cause». Cet objectif étant précisé, je me propose, après avoir abordé quelques questions liminaires et diverses dans la première partie, d'aborder, dans la deuxième partie, la question de savoir si les États ont le droit d'employer des armes nucléaires, compte tenu des principes généraux en vertu desquels les États sont considérés comme ayant un pouvoir, et, dans la troisième partie, la position au regard du droit international humanitaire. Dans la quatrième partie, j'examine la question de savoir si une règle énonçant une interdiction, si elle existait au début de l'ère nucléaire, a été modifiée ou annulée par l'apparition d'une règle ultérieure de droit international coutumier. Dans la cinquième partie, j'examine les traités de dénucléarisation et le TNP. La sixième partie est conçue en forme de conclusion.

PREMIÈRE PARTIE. QUESTIONS LIMINAIRES ET QUESTIONS DIVERSES

1. *La question principale*

Le début de l'ère nucléaire constitue un point de référence juridique en l'espèce. D'aucuns faisaient valoir qu'à cette époque-là, l'emploi d'armes nucléaires n'était pas interdit en droit international, mais qu'une règle prohibitive est apparue par la suite, la nécessaire *opinio juris* se développant sous l'influence conjuguée de l'interdiction générale du recours à l'emploi de la force formulée au paragraphe 4 de l'Article 2 de la Charte et de la sensibilisation croissante à la puissance des armes nucléaires. Compte tenu de la position soutenue par les tenants de la licéité de l'emploi des armes nucléaires («les tenants de la licéité») au cours des cinquante dernières années, il sera difficile d'établir que la nécessaire *opinio juris* s'est cristallisée par la suite, au cas où elle n'aurait pas existé antérieurement. Cet argument n'a pas été repris par la plupart des tenants de l'illicéité de l'emploi des armes nucléaires («les tenants de l'illicéité»).

La position généralement adoptée par les tenants de l'illicéité était qu'une règle prohibitive existait au début de l'ère nucléaire et que l'évolution ultérieure n'aurait fait qu'attester l'existence ininterrompue de cette règle. Quant aux tenants de la licéité, ils soutenaient qu'une règle prohibitive n'avait jamais existé et que l'évolution ultérieure s'était contentée d'attester la non-existence ininterrompue d'une quelconque règle de ce type et, partant, le droit d'employer des armes nucléaires. On ne posait pas la question de savoir,

si, à supposer qu'une règle prohibitive aurait existé au début de l'ère nucléaire, elle aurait pu être infirmée ou modifiée par l'apparition d'une règle ultérieure en sens inverse[2]; à supposer qu'on aurait soutenu cet argument, la position adoptée par les tenants de l'illicéité empêcherait que prenne corps l'*opinio juris* nécessaire pour l'apparition ultérieure d'une quelconque règle permissive de ce type, surtout si la règle prohibitive antérieure faisait partie du *jus cogens*. Cela aurait été le cas, si d'aventure des principes humanitaires sur lesquels la règle prohibitive antérieure se fondait avaient fait partie eux-mêmes du *jus cogens*, une possibilité que le paragraphe 83 de l'avis consultatif de la Cour laisse ouverte.

La pratique des États est importante. Mais elle doit être examinée dans le cadre des questions soulevées. Dans le cadre des questions soulevées en l'espèce, la pratique suivie par les États après le début de l'ère nucléaire n'a pas l'importance décisive que pourrait laisser entendre l'accent mis sur cette pratique pendant la procédure : il n'est pas nécessaire de l'examiner en détail par-delà ce qui est manifestement clair, à savoir que l'opposition manifestée par les tenants de la licéité aurait empêché l'élaboration d'une règle prohibitive, si une telle règle n'existait pas précédemment, et que l'opposition manifestée par les tenants de l'illicéité aurait empêché l'élaboration d'une règle infirmante, au cas où une règle prohibitive aurait existé précédemment. Dans les deux cas, la situation juridique telle qu'elle existait au début de l'ère nucléaire aurait continué. La question est de savoir ce qu'était cette situation juridique.

La véritable question est donc de savoir s'il existait au début de l'ère nucléaire une règle de droit international interdisant à un État de créer des effets du type de ceux que provoquerait ultérieurement l'emploi d'armes nucléaires. Si une telle règle n'existait pas alors, aucune règle n'a vu le jour depuis, et les tenants de la licéité ont raison. Si une telle règle existait alors, elle n'a pas été infirmée depuis, et les tenants de l'illicéité ont raison.

2. *La Charte présuppose que l'humanité et la civilisation continueront*

Le droit international inclut les principes du droit des conflits armés. Ces principes, qui plongent leurs racines dans le passé de différentes civilisations, se fondent sur la prémisse implicite que les armes, aussi destructrices soient-elles, auraient des effets limités aussi bien dans le temps que dans l'espace. Cette hypothèse s'est vérifiée à travers les âges. Des armes nouvelles et plus meurtrières n'ont cessé de voir le jour, mais il ne s'en est trouvé aucune susceptible de barrer la route aux générations futures ou de menacer la survie de l'espèce humaine. Du moins jusqu'à ce jour.

Cela pose-t-il un problème juridique? Je crois pouvoir répondre par l'affirmative : en effet, quel que soit le statut juridique de l'individu en droit international, si l'humanité comme telle vient à être anéantie, les États disparaîtront et, avec eux, la base sur laquelle se fonde les droits et les obligations au sein de la communauté internationale. Sous quel angle peut-on aborder le problème?

---

[2] Sur la possibilité qu'une règle de droit international coutumier aurait été modifiée ultérieurement par une pratique étatique incompatible, voir *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci, Fond, CIJ Recueil 1986,* p. 109, par. 207.

Ni les tribunaux internationaux ni les tribunaux nationaux n'ont eu à connaître des implications juridiques d'actes qui pourraient anéantir l'humanité. Pourtant, ni les uns ni les autres ne devraient être en peine de trouver une réponse : il leur suffit d'examiner les fondations juridiques sur lesquelles ils reposent. Que peut-on tirer à partir de là?

Dans son étude critique de l'histoire, Ibn Khaldûn évoque la thèse selon laquelle les lois trouvent leur raison d'être dans les objectifs qu'elles sont censées servir. Il note ensuite que, selon les juristes, l'injustice appelle la destruction de la civilisation et son corollaire, l'anéantissement de l'espèce, et que les lois se fondent sur l'effort visant à sauvegarder la civilisation[3]. La préservation de l'espèce humaine et de la civilisation constitue donc l'objectif ultime de tout système juridique. À mon avis, cet objectif vaut également pour le droit international tel qu'on le perçoit aujourd'hui.

Cette conclusion ne contredit ni la Charte des Nations Unies ni le Statut de la Cour, qui régit celle-ci. Dans le premier alinéa de son préambule, la Charte note que les «peuples des Nations Unies» sont «résolus à préserver les générations futures du fléau de la guerre qui deux fois en l'espace d'une vie humaine a infligé à l'humanité d'indicibles souffrances...» La Charte ne garantissait pas un monde exempt de conflits; mais lorsqu'on le lit à la lumière de ce paragraphe et d'autres passages de la Charte, l'article 9 du Statut montre que la Cour a été conçue pour servir une société civilisée. Une société civilisée n'est pas une société qui se détruit elle-même sciemment ou qui permet sciemment qu'on la détruise. Un monde sans habitants est un monde sans États. La Charte n'a pas décrété que l'humanité allait continuer, mais elle a à tout le moins supposé qu'il en serait ainsi, et, pour être implicite, cette supposition n'en est pas moins fondamentale.

3. *L'emploi d'armes nucléaires est inacceptable pour la communauté internationale*

Il nous faut examiner la nature des armes nucléaires. Les tenants de la licéité ont prétendu qu'il y avait des armes nucléaires «tactiques», «du champ de bataille», «du théâtre des opérations» ou «propres», qui n'étaient pas plus destructives que certaines armes classiques. Partant de là, ils ont soutenu que par hypothèse l'emploi d'armes nucléaires de ce type serait aussi licite que l'emploi d'armes classiques. Restait cependant à vérifier que les éléments présentés à la Cour étayaient cette hypothèse, les tenants de l'illicéité soutenant pour leur part que l'emploi de toute arme nucléaire, même contre un sous-marin nucléaire isolé en mer ou contre une cible militaire isolée dans le désert provoque l'émission de rayonnements et des retombées radioactives, et comporte le risque de déclencher des événements en chaîne qui pourraient aboutir à l'anéantissement de l'espèce humaine. Il est indiqué dans le onzième alinéa du préambule du TNP de 1968, qui a été prorogé «pour une durée indéfinie» en 1995, que les États parties étaient désireux de faciliter «la liquidation de tous les stocks existants [d'armes nucléaires] et l'élimination des armes nucléaires ... des arsenaux nationaux...» L'élimination ainsi envisagée visait, selon toute vraisemblance, toutes les «armes nucléaires» et, partant, également les armes nucléaires dites «tactiques», «du champ de bataille», «du théâtre des opérations» ou «propres». Les Parties au TNP n'ont pas établi de distinction. Au

[3] Ibn Khaldûn, *The Muqaddimah. An Introduction to History*, traduit par Franz Rosenthal, édité et présenté dans une version abrégée par N. J. Dawood (Princeton, 1981), p. 40.

vu des matériaux qu'on lui a présentés, la Cour n'a guère pu se convaincre de l'existence des exceptions alléguées.

Les faits de base qui sous-tendent les résolutions de l'Assemblée générale quant à la nature d'une guerre nucléaire, à tout le moins d'une guerre nucléaire sur une grande échelle, sont difficilement réfutables. Depuis 1983, la technique a progressé, mais déjà à ce stade-là, voici comment la situation se présentait selon le Secrétaire général de l'Organisation, M. Javier Pérez de Cuéllar :

> «Les arsenaux mondiaux d'armes nucléaires équivalent aujourd'hui à 16 milliards de tonnes de TNT. À titre de comparaison, tous les dégâts causés au cours de la seconde guerre mondiale n'avaient demandé que 3 millions de tonnes de munitions. En d'autres termes, nous possédons une capacité destructrice plus de 5 000 fois supérieure à celle qui a provoqué 40 à 50 millions de morts il n'y a pas si longtemps. Cette capacité suffirait à tuer 10 fois chaque homme, femme et enfant[4].»

Les armes nucléaires ne sont donc pas simplement un autre type d'armes explosives, qui se situerait seulement plus haut sur la même échelle : leur puissance destructrice est plus grande exponentiellement. Sans compter l'effet de souffle et la chaleur, les effets du rayonnement au cours du temps sont dévastateurs. C'est à tort qu'on rangerait ces effets dans la catégorie des conséquences secondaires, car ils peuvent être tout aussi importants, sinon davantage, que les effets produits immédiatement par le souffle et la chaleur. Ils causent une maladie extrêmement pénible suivie d'une mort douloureuse, perturbent le code génétique, provoquent des lésions chez les enfants qui ne sont pas encore nés et peuvent rendre la terre inhabitable. Ces effets prolongés ne présentent peut-être pas un intérêt militaire pour l'utilisateur, mais cela ne diminue pas leur gravité ou n'enlève rien au fait qu'ils sont la conséquence de l'emploi d'armes nucléaires. Cela étant, il est sans intérêt en l'espèce d'examiner si le préjudice causé est un sous-produit ou une conséquence secondaire d'un tel emploi.

Il en va de même des effets immédiats, mais dont les conséquences se manifestent dans des affections apparaissant plus tard; les retombées nucléaires peuvent avoir un impact sur les personnes longtemps après l'explosion et causer, le temps aidant, de nouvelles lésions, y compris pour les générations à venir. L'arme continue de frapper des années après l'explosion initiale, ce qui évoque l'image dérangeante et unique d'une guerre menée par une génération actuelle contre des générations à venir, des générations à venir avec lesquelles ses propres successeurs pourraient bien être en paix.

La première — et à ce jour la seule — utilisation militaire des armes nucléaires a eu lieu à Hiroshima le 6 août 1945 et à Nagasaki le 9 août 1945. Un mois plus tard, le Comité international de la Croix-Rouge (CICR) a examiné les implications de l'emploi de ces armes mises au point récemment. Dans une circulaire adressée à ses comités nationaux le 5 septembre 1945 par M. Max Huber, Président par intérim, le CICR écrivait ceci :

---

[4] Javier Pérez de Cuéllar, Déclaration à l'Université de Pennsylvanie, le 24 mars 1983, in *Disarmement*, Vol. VI, No 2, p. 91.

> «La guerre totalitaire a fait naître de nouvelles techniques. Faut-il en conséquence admettre que l'individu cessera d'être juridiquement protégé et ne sera plus considéré que comme un simple élément de collectivités en lutte? Ce serait là l'écroulement des principes sur lesquels repose le droit international qui tend à la protection physique et spirituelle de la personne. Même en temps de guerre un droit strictement égoïste et utilitaire et qui ne s'inspirerait que d'intérêts occasionnels, ne saurait jamais offrir une sécurité durable. Si elle refuse à la personne humaine sa valeur et sa dignité, la guerre ira irrésistiblement à des destructions sans limite, puisque l'esprit des hommes, qui s'empare des forces de l'univers, semble, par ses créations, accélérer cet élan dévastateur.»

Les règles sont-elles mises de côté? Ou continuent-elles de s'appliquer et de protéger l'individu? Dans le premier cas, l'esprit des hommes, qui s'empare des forces de l'univers, propulse irrésistiblement et progressivement la guerre vers des destructions sans limite, y compris l'anéantissement de l'espèce humaine. Le temps aidant, les États dotés de l'arme nucléaire et la plupart des États non dotés d'armes nucléaires allaient souscrire à ce constat.

Les préoccupations dont faisait état le CICR n'allaient pas rester sans écho. Comme plusieurs États l'ont relevé, quatre mois plus tard l'Assemblée générale adoptait à l'unanimité une résolution par laquelle elle créait une Commission chargée de présenter «des propositions déterminées en vue ... *c)* d'éliminer, des armements nationaux, les armes atomiques et toutes autres armes importantes permettant des destructions massives» (par. 5 de la résolution 0101 du 24 janvier 1946). On ne saurait réduire le sens de cette résolution à la seule création de la Commission, car les bases sur lesquelles la Commission a été créée sont importantes également.

Dans le même ordre d'idées, le 20 septembre 1961 un accord désigné sous le nom d'«Accord McCloy-Zorin» a été signé par les représentants des États-Unis d'Amérique et de l'Union soviétique, les deux principaux États dotés de l'arme nucléaire. Les Accords recommandaient huit principes directeurs pour des négociations sur le désarmement, dont le cinquième principe visait l'élimination de tous les stocks d'armes nucléaires, chimiques, bactériologiques et autres armes de destruction massive, et l'arrêt de la production de telles armes. Le 20 décembre 1961, cet accord a été salué unanimement par l'Assemblée générale sur la proposition conjointe des deux États en question (résolution 1722 (XVI) de l'Assemblée générale en date du 21 décembre 1961).

Le premier alinéa du préambule du TNP de 1968 fait allusion aux «dévastations qu'une guerre nucléaire ferait subir à l'humanité entière...» Le préambule du TNP a été repris dans le premier alinéa du préambule de la Décision No 2 adoptée par la Conférence de 1995 des parties au Traité sur la non-prolifération des armes nucléaires chargée d'examiner le Traité et la question de sa prorogation. L'écrasante majorité des États sont parties à ces instruments.

Le Document final adopté par consensus en 1978 par la dixième session extraordinaire de l'Assemblée générale (consacrée au désarmement) s'ouvre sur ces mots : «Alarmée par la menace que représentent l'existence d'armes nucléaires et la poursuite de la course aux armements...» Au paragraphe 11, il est indiqué ceci :

> «Aujourd'hui plus que jamais l'humanité est menacée d'autodestruction, du fait de l'accumulation massive, dans un esprit de compétition, des armes les plus destructrices que l'homme ait jamais fabriquées. Les arsenaux existants d'armes nucléaires sont à eux seuls plus que suffisants pour détruire toute vie sur la terre.»

Au paragraphe 47 dudit Document, on peut lire que «[l]es armes nucléaires sont celles qui menacent le plus gravement l'humanité et la survie de la civilisation». Cette déclaration ayant été adoptée par consensus, on peut dire que ces mots ont été prononcés d'une seule voix par la communauté internationale.

D'importants accords régionaux attestent également la nature des armes nucléaires. Voir l'Accord de Paris du 23 octobre 1954 sur l'adhésion de la République fédérale d'Allemagne à l'Organisation du Traité de l'Atlantique Nord, notamment l'article 1A de l'Annexe II du Protocole No 3 concernant le contrôle des armements, selon lequel les armes nucléaires sont des armes de destruction massive. Dans le préambule du Traité de Tlatelolco de 1967 dont le Protocole additionnel II a été signé et ratifié par les cinq États dotés de l'arme nucléaire, il est dit que les Parties sont convaincues

> «Que la puissance destructrice incalculable des armes nucléaires exige que l'interdiction juridique de la guerre soit strictement observée dans la pratique, pour sauvegarder l'existence même de la civilisation et de l'humanité.
>
> Que les armes nucléaires, dont les terribles effets atteignent sans distinction et sans merci les forces armées et la population civile, constituent, vu la persistance de la radioactivité qu'elles engendrent, une atteinte à l'intégrité de l'espèce humaine et risquent de rendre finalement toute la terre inhabitable.»

Dans les deux premiers alinéas du préambule du Traité sur la zone dénucléarisée du Pacifique Sud (Traité de Rarotonga), dont le Protocole 2 a été signé et ratifié par deux des cinq États dotés de l'arme nucléaire et signé par les trois autres États, il est dit également que les Parties sont

> «Gravement préoccupées par le fait que la poursuite de la course aux armements nucléaires comporte le risque d'une guerre nucléaire qui aurait des conséquences dévastatrices pour tous les peuples;
>
> Convaincues que tous les pays ont l'obligation de ne négliger aucun effort pour atteindre l'objectif de l'élimination des armes nucléaires, de la terreur qu'elles présentent pour l'humanité et de la menace qu'elles constituent pour la vie sur la terre.»

La Cour a fait mention également des deux traités signés plus récemment qui portent création de zones exemptes d'armes nucléaires respectivement en Asie du Sud-Est et en Afrique.

Une position similaire en principe aux positions susmentionnées a été prise dans des accords entre deux des États dotés de l'arme nucléaire. Dans le préambule de l'Accord de 1971 relatif à certaines mesures destinées à réduire le risque de déclenchement d'une guerre nucléaire, les États-Unis d'Amérique et l'Union soviétique ont déclaré prendre en considération «les conséquences

désastreuses qu'une guerre nucléaire aurait pour l'humanité toute entière». Cette déclaration a été reprise pour l'essentiel dans des accords conclus postérieurement entre les deux États, notamment dans le Traité de 1972 concernant la limitation des systèmes antimissiles balistiques, dans un accord de 1973 concernant la prévention de la guerre nucléaire, dans un traité de 1979 concernant la limitation des armes stratégiques offensives et dans le Traité de 1987 sur l'élimination des missiles à portée intermédiaire et à plus courte portée.

Certains États ont fait valoir que la possession d'armes nucléaires vise, paradoxalement, à garantir que celles-ci ne seront jamais utilisées et que ceci est démontré par le fait qu'il a été possible de maintenir la paix, comme cela a été le cas entre les États dotés de l'arme nucléaire, au cours des cinquante années écoulées par le biais de politiques de dissuasion nucléaire. D'autres États ont mis en doute le lien de causalité allégué et mis ce résultat sur le compte de la chance ou du hasard, en relevant que ces armes avaient été près d'être employées dans certaines occasions et en appelant l'attention sur un certain nombre de guerres et autres situations de conflit armé qui s'étaient déroulées en dehors du territoire des États dotés de l'arme nucléaire. Toutefois, à supposer qu'on pourrait démontrer l'existence d'un tel lien de causalité, il resterait à expliquer pourquoi des politiques fondées sur la dissuasion nucléaire ont maintenu la paix comme dans le cas des États dotés de l'arme nucléaire. Une réponse raisonnable consiste à dire que chacun de ces États a pris conscience qu'il courait le risque de la destruction nationale. Il ressort des matériaux présentés à la Cour qu'une telle destruction ne s'arrêterait pas aux frontières des États belligérants, mais qu'elle pourrait s'étendre au point d'entraîner l'anéantissement de l'espèce humaine.

Les armes nucléaires ne sont pas les seules armes à ranger dans la catégorie des armes de destruction massive, mais elles se distinguent nettement de toutes les autres armes, y compris les autres armes faisant partie de cette catégorie. Je cite la Cour :

> «[l]es armes nucléaires sont des engins explosifs dont l'énergie procède de la fusion ou de la fission de l'atome. Par sa nature même, ce processus, dans le cas des armes nucléaires telles qu'elles existent aujourd'hui, libère non seulement d'énormes quantités de chaleur et d'énergie, mais aussi un rayonnement puissant et prolongé. Selon les éléments en possession de la Cour, les deux premières sources de dommages sont bien plus puissantes qu'elles ne le sont dans le cas d'autres armes, cependant que le phénomène du rayonnement est considéré comme particulier aux armes nucléaires. De par ces caractéristiques, l'arme nucléaire est potentiellement d'une nature catastrophique. Le pouvoir destructeur des armes nucléaires ne peut être endigué ni dans l'espace ni dans le temps. Ces armes ont le pouvoir de détruire toute civilisation, ainsi que l'écosystème tout entier de la planète.» (Avis consultatif, par. 35.)

Un peu plus loin, la Cour déclare :

> «[i]l est impératif que la Cour tienne compte des caractéristiques uniques de l'arme nucléaire, et en particulier de sa puissance destructrice, de sa capacité d'infliger des souffrances indicibles à l'homme, ainsi que de son pouvoir de causer des dommages aux générations à venir.» (Avis consultatif, par. 36)

Même s'il est possible que, d'un point de vue scientifique, d'autres armes de destruction massive, comme les armes biologiques et chimiques, puissent également anéantir l'humanité, la question n'est pas seulement de savoir si une arme a ce pouvoir, mais si les éléments dont on dispose montrent que la communauté internationale considère qu'une arme a ce pouvoir. Les éléments présentés à la Cour ne concernaient pas précisément cet aspect dans le cas d'autres armes; toutefois, dans le cas des armes nucléaires, c'était le cas et la Cour a estimé que la démonstration avait été concluante. Des remarques analogues pourraient s'appliquer à d'autres armes, comme les lance-flammes et le napalm, qui, sans aller jusqu'à pouvoir anéantir l'humanité, peuvent néanmoins infliger des dommages considérables. Contrairement au cas des armes nucléaires, les éléments présentés à la Cour ne permettent pas de conclure que, tout terrifiants que puissent être les effets produits par l'emploi de ces autres armes, la communauté internationale considère un tel emploi comme répugnant à sa conscience.

On ajoutera que, une fois établi que l'emploi d'une arme peut anéantir l'humanité, son caractère inacceptable pour la conscience de la communauté internationale n'est pas diminué matériellement par le fait qu'il n'est pas nécessaire que cette arme ait ce résultat dans chaque cas; on ne peut raisonnablement demander à la conscience de la communauté internationale que, chose aussi étrange qu'impossible, elle attende que se produise l'événement pour voir si le résultat de l'emploi d'une arme donnée cause l'anéantissement de l'espèce humaine. La considération déterminante, c'est le risque d'un tel anéantissement. Ce résultat peut ne pas se produire dans tous les cas, mais le risque est intrinsèque dans chaque cas. Le risque peut être plus élevé dans certains cas que dans d'autres; mais il est toujours suffisamment présent pour rendre l'emploi d'armes nucléaires inacceptable à la communauté internationale dans tous les cas. Selon moi, la réponse à la question de la répugnance qu'éprouve la conscience de la communauté internationale est toujours déterminante.

En résumé, la Cour pourrait conclure, conformément à ses conclusions énoncées au paragraphe 45 de son avis consultatif, que la communauté internationale dans son ensemble considère que non seulement les armes nucléaires sont des armes de destruction massive, mais également qu'il existe un risque évident et tangible que leur emploi provoque l'anéantissement de l'humanité, ce qui ferait qu'un tel emploi répugnerait à la conscience de la communauté. Nous examinerons plus loin les implications juridiques de cette affirmation.

4. *La neutralité*

On a posé la question de savoir si les dommages causés à un État neutre par l'utilisation d'armes nucléaires sur le territoire d'un État belligérant constitue une violation de la neutralité et je fais mienne la réponse affirmative donnée dans l'exposé de Nauru à propos de l'affaire parallèle dont la Cour a été saisie par l'Organisation mondiale de la santé, telle qu'elle est énoncée au paragraphe 88 de l'avis consultatif. Un certain nombre d'incidents relatés par la doctrine ne m'incitent pas à adopter une vue différente[5].

---

[5] Voir, par exemple, Roberto Ago, Additif au huitième rapport sur la responsabilité des États, par. 50, in *Annuaire de la Commission du droit international*, 1980, Vol. II, première partie, p. 35-36.

Le principe, tel qu'il est énoncé à l'article premier de la Convention de La Haye No 5 de 1907 concernant les droits et les devoirs des puissances et des personnes neutres en cas de guerre sur terre, est que «[l]e territoire des puissances neutres est inviolable». Ce principe n'a pas été conçu pour garantir aux États neutres une immunité absolue à l'égard des effets d'un conflit armé; le but original, nous dit-on, était d'empêcher une invasion militaire ou un bombardement d'un territoire neutre et, par ailleurs, de définir les droits et obligations complémentaires des neutres et des belligérants.

Toutefois, on voit mal comment ces considérations peuvent justifier l'emploi d'armes nucléaires lorsque les effets des rayonnements qu'elles émettent s'étendent aux habitants d'États neutres, leur causent des dommages à eux-mêmes, à leurs enfants et à leurs ressources naturelles et risquent de les contraindre à quitter leur patrie. Il n'est pas difficile d'imaginer la réaction d'un habitant des Îles Marshall. Par rapport à la catastrophe plus impressionnante causée directement et à l'avantage militaire pour l'État utilisateur, ces effets peuvent être qualifiés de conséquences secondaires de l'événement principal; mais, comme on l'a soutenu plus haut, ce genre de classification est sans pertinence juridique. Les «conséquences secondaires» ne sont pas des conséquences économiques ou sociales lointaines. Qu'il s'agisse d'effets directs ou indirects, ils résultent de l'emploi d'armes nucléaires, car celles-ci ont la propriété d'émettre des rayonnements; leur effet destructeur sur l'ennemi est dû en grande partie aux effets des rayonnements, et il est fortement probable que ces rayonnements auront des incidences transfrontières.

Dire que les effets des rayonnements et autres effets transfrontières de l'emploi d'armes nucléaires ne violent pas la neutralité d'États tiers en l'absence d'une incursion ou d'un bombardement transfrontière par un belligérant, c'est outrepasser le sens de la proposition que la neutralité ne constitue pas pour des États tiers une garantie absolue d'immunité, à l'égard de tous les effets potentiels de la conduite d'hostilités. La cinquième Convention de La Haye de 1907 ne définit pas l'inviolabilité; elle ne dit pas non plus que le territoire d'un État neutre est violé uniquement du fait d'une incursion ou d'un bombardement par un belligérant. Si l'on accepte néanmoins que ceux qui ont conçu cette disposition entendaient empêcher l'invasion militaire ou le bombardement d'un territoire neutre, il me semble que cet objectif, qui était formulé en relation avec les guerres de l'époque, ne règle pas la question de savoir si, sur le plan du principe, «le territoire des puissances neutres» est violé lorsque ce territoire et ses habitants sont préjudiciés physiquement par les effets de l'utilisation d'armes nucléaires ailleurs, dans des circonstances où il est possible qu'un tel préjudice se produise. Les causes des souffrances qui s'ensuivent et les souffrances elles-mêmes sont identiques à celles qu'on trouve dans la zone des combats.

On a prétendu, à juste titre, qu'on ne connaissait pas de cas où un État belligérant avait été tenu responsable de dommages concomitants occasionnés dans un territoire neutre par des actes de guerre licites commis hors de ce territoire. Il faut cependant rappeler que la possibilité de dommages occasionnés par des retombées nucléaires n'existaient pas précédemment; en raison de limitations d'ordre technique, il n'était possible en pratique de causer des dommages sur un territoire neutre que par une invasion ou un bombardement, et dans ces cas on se trouvait en présence d'actes de guerre commis sur le territoire neutre lui-même. Dans la mesure où le type de situation de l'affaire *Trail Smelter* était vraisemblablement une conséquence importante d'actes de guerre, la survenance de situations concrètes dans la période prénucléaire n'a pas été démontrée à la Cour. Ainsi donc, s'il n'y a peut-être

pas eu de cas où un État belligérant a été tenu responsable de dommages concomitants occasionnés dans un territoire neutre par des actes de guerre licites commis en dehors de ce territoire, on ne peut en tirer argument en l'espèce qu'à condition de démontrer l'absence de toute responsabilité, même lorsqu'il est établi que des effets physiques importants d'actes de guerre commis ailleurs se font sentir en territoire neutre. Cela ne peut être démontré de manière convaincante, car on se heurte au principe. L'acte qui a causé la guerre aurait eu la conséquence de violer physiquement le territoire de l'État neutre. Le principe de la Convention de La Haye de 1907, selon lequel le territoire des Puissances neutres est inviolable, perdrait beaucoup de sa signification si, dans un tel cas, on ne considérait pas que le principe est battu en brèche.

5. *Représailles exercées par un belligérant*

On s'est demandé si, en admettant que l'emploi d'armes nucléaires est illicite dans d'autres circonstances, un tel emploi pourrait néanmoins être licite exceptionnellement dans le cas de représailles exercées par un belligérant (ce qui ne se confond pas avec des représailles exercées dans des situations autres qu'un conflit armé). Il me semble cependant qu'il n'est nullement besoin d'examiner cet aspect dans un avis où l'on s'efforce d'établir que «l'état actuel du droit international, ainsi que les éléments de fait dont elle dispose» n'empêchaient pas la Cour de conclure «de façon définitive que la menace ou l'emploi d'armes nucléaires serait licite ou illicite dans une circonstance extrême de légitime défense dans laquelle la survie même d'un État serait en cause». Si l'emploi d'armes nucléaires est licite dans le cadre des représailles exercées par un belligérant, il serait également ouvert à un État agresseur et à un État exerçant son droit de légitime défense. Dans ce cas, l'examen de la licéité de l'emploi de telles armes dans le cadre de représailles exercées par un belligérant ne serait pas de nature à promouvoir matériellement l'analyse de la question de savoir si de telles armes peuvent être employées licitement dans le cadre de la légitime défense, ce qui est la question présentée par l'avis de la Cour.

6. *Il n'y a pas de* non liquet

Les commentateurs donnent à penser que certaines décisions de la Cour pourraient être comprises comme impliquant un *non liquet*. Il est possible que la seconde phrase de l'alinéa E du paragraphe 2 du dispositif de l'avis consultatif de la Cour soit interprété de manière analogue. Si c'est là l'interprétation correcte, je prends la liberté de n'être pas d'accord avec la Cour.

Pour tirer argument d'un *non liquet* en l'espèce, il faudrait établir qu'il existe une faille dans l'applicabilité des principes corrects, quels qu'ils soient, régissant la question des circonstances dans lesquelles un État peut être considéré comme ayant ou n'ayant pas le droit d'agir.

Si, comme on le prétend, le droit international n'a rien à dire au sujet de la licéité de l'emploi d'armes nucléaires, cela signifie nécessairement que le droit international ne comporte pas une règle interdisant un tel emploi. Selon la vue reçue dans la décision sur le *Lotus*, en l'absence d'une telle règle prohibitive, les États ont le droit d'employer des armes nucléaires.

En revanche, si cette opinion qui a prévalu dans l'affaire du *Lotus* est inexacte ou inadéquate à la lumière des changements survenus par la suite dans la structure juridique internationale, on doit affirmer que les États n'ont

aucun droit d'employer de telles armes, à moins que le droit international n'autorise un tel emploi. Si le droit international n'a rien à dire au sujet de l'emploi d'armes nucléaires, cela signifie nécessairement que le droit international ne comporte pas une règle autorisant un tel emploi. En l'absence d'une telle autorisation, les États n'ont pas le droit d'employer des armes nucléaires.

Il s'ensuit, en tout cas en l'espèce, que le principe sur lequel la Cour se fonde, qu'il s'agisse d'un principe d'interdiction ou d'un principe d'autorisation, ne laisse aucun espace inoccupé par le droit et donc aucun espace qui pourrait être comblé par la doctrine *non liquet* ou par des arguments qui s'en inspirent. Peu importe qu'on se trouve dans le cadre d'une procédure consultative et non dans le cadre d'une procédure contentieuse : le droit applicable est le même dans les deux cas.

7. *L'appel lancé par l'Assemblée générale en faveur de la conclusion d'une convention*

Nous laisserons de côté le point de savoir si les résolutions de l'Assemblée générale sont susceptibles d'avoir un effet ou une influence de nature législative pour nous demander si ses résolutions en l'espèce déterminent réellement que l'emploi d'armes nucléaires est contraire au droit existant. Certains États, qui soutiennent que telle n'est pas la position prise par l'Assemblée, soulignent le fait que dans ses résolutions, l'Assemblée a demandé également la conclusion d'une convention sur ce sujet.

Cependant, comme le montre l'affaire de la *Convention sur le crime de génocide*, l'Assemblée générale a pu tout ensemble considérer qu'un certain comportement constituerait un crime au regard du droit existant et lancer un appel en faveur de la conclusion d'une convention sur ce sujet. Dans sa résolution 96 (I) du 11 décembre 1946, elle a demandé de rédiger «un projet de Convention sur le crime de génocide» et affirmé aussi «que le génocide est un crime de droit des gens...» De même, dans sa résolution du 14 décembre 1978, l'Assemblée générale a déclaré «que

a) Le recours aux armes nucléaires constituera une violation de la Charte des Nations Unies et un crime contre l'humanité;

b) Le recours aux armes nucléaires doit donc être interdit, en attendant le désarmement nucléaire.»

C'est sur cette base que la résolution en est ensuite venue à mentionner l'examen futur de la question d'une convention internationale en la matière.

Une convention peut être utile en appelant l'attention des organes nationaux sur le sujet, en particulier en ce qui concerne toute mesure qu'ils pourraient devoir prendre; elle peut contribuer aussi à clarifier et préciser les modalités de mise en oeuvre des principes de base ou, plus généralement, à concevoir un régime pour l'examen de l'illicéité en question. Le fait de demander la conclusion d'une convention interdisant un certain comportement n'implique pas nécessairement que le comportement en question n'était pas déjà interdit.

Un autre argument consiste à dire que certaines résolutions plus récentes de l'Assemblée générale ont adopté une formulation plus nuancée que celle

utilisée dans des résolutions plus anciennes (voir par. 71 de l'avis consultatif). Je n'attache pas beaucoup de poids à cet argument qui laisse entendre qu'il y aurait là un abandon de la position adoptée dans des résolutions antérieures de l'Assemblée générale selon laquelle l'emploi d'armes nucléaires est contraire au droit international en vigueur. Les résolutions postérieures sont parties de l'idée que cette position avait déjà été prise et qu'elle l'avait été à suffisance; elles se sont donc bornées à un simple rappel de la résolution de base en l'espèce, à savoir la résolution 1653 (XVI) de 1961. Le langage utilisé dans les résolutions a pu varier de temps à autre, mais il faut noter que dans la résolution 47/53 du 9 décembre 1992, l'Assemblée générale a réaffirmé «que l'emploi d'armes nucléaires constituerait une violation de la Charte des Nations Unies et un crime contre l'humanité, comme elle l'a déclaré dans [sa] résolution 1653 (XVI) du 24 novembre 1961» et dans d'autres résolutions citées.

Les résolutions de l'Assemblée générale peuvent raisonnablement être interprétées comme signifiant que la menace ou l'emploi d'armes nucléaires étaient interdits au regard du droit international préexistant. La question est de savoir si les faits et les éléments de droit sont suffisants pour permettre à la Cour de décider si la position ainsi adoptée par l'Assemblée générale était correcte. C'est à cette question que je vais essayer à présent de répondre.

DEUXIÈME PARTIE. LA COUR POUVAIT-ELLE JUGER QUE LES ÉTATS ONT LE DROIT D'EMPLOYER DES ARMES NUCLÉAIRES, EU EGARD AUX PRINCIPES GÉNÉRAUX QUI DÉTERMINENT QUAND UN ÉTAT DOIT ÊTRE CONSIDÉRÉ COMME AYANT UN POUVOIR?

La question de l'Assemblée générale pose un dilemme à la Cour, en tant que juridiction mondiale : juger que les États ont le droit de recourir aux armes nucléaires, c'est affirmer qu'ils ont le droit d'adopter une ligne de conduite qui pourrait déboucher sur l'anéantissement de la civilisation et la destruction de toutes les formes de vie sur la terre, qu'il s'agisse de la flore ou de la faune. Par ailleurs, nier l'existence de ce doit peut paraître contredire le principe du *Lotus*, qui est invoqué par certains États, selon lequel les États ont le droit souverain de faire tout ce qui n'est pas interdit en droit international, et on ajoute à cet égard qu'il n'existe aucun principe de droit international interdisant l'emploi de telles armes. Ce dilemme[6] a fait l'objet d'un débat serré. Selon moi, quatre solutions possibles s'offraient à la Cour.

*

La première solution possible consiste à partir du principe du *Lotus*, selon lequel un État a le droit de faire tout ce qui n'est pas interdit, mais en faisant valoir qu'un acte susceptible d'aboutir à l'anéantissement de l'humanité

---

[6] Ce dilemme n'est pas sans rappeler celui qu'eurent à trancher les éminents juges de Perse, auxquels le roi Cambyse demandait s'il pouvait épouser sa soeur. Ils lui firent cette réponse prudente «qu'ils ne voyaient aucune loi autorisant le frère à épouser sa soeur, mais qu'il existait assurément une loi permettant au roi de Perse de faire ce qui lui plaisait». Voir *Hérodote, Les histoires,* traduit par Aubrey de Sélincourt (Penguin Books, 1959), p. 187. Dans ce cas-ci, une réponse affirmative à la question de l'Assemblée générale signifierait que la Cour n'a pu trouver une loi autorisant un État à anéantir la planète, mais qu'il existe assurément une loi permettant à un État d'atteindre le même résultat par le biais de l'exercice de ses pouvoirs souverains.

provoquerait nécessairement la destruction d'États neutres. Cela étant, cet acte ne peut être justifié au titre de la légitime défense. Dès lors, même si, *quod non*, un tel acte est admissible à d'autres égards selon le *jus in bello*, la Cour pourrait décider qu'il n'est pas couvert par le *jus ad bellum* et est interdit en vertu du paragraphe 4 de l'Article 2 de la Charte. La question de la neutralité a été traitée plus haut dans la section 4 de la première partie.

*

La deuxième solution possible part également du principe du *Lotus*. Mais on fait valoir ici qu'à bien considérer deux instruments au respect desquels la Cour est tenue, la Charte et le Statut de la Cour qui y est annexé, on constate qu'ils sont incompatibles avec le droit qu'aurait un État de poser un acte qui réduirait à néant leur hypothèse de base, à savoir que la civilisation et l'humanité continueront d'exister. Et la Cour pourrait décider qu'en vertu du droit, tout acte incompatible de ce type est interdit par la Charte.

*

La troisième solution possible part aussi du principe du *Lotus*, selon lequel un État a le droit de faire tout ce qui n'est pas interdit en droit international. Mais (comme indiqué déjà plus haut dans la section 2 de la première partie) on fait valoir ici que ce droit résiduel ne va pas jusqu'à autoriser à faire des choses qui, de par leur nature même, ne peuvent faire l'objet d'un droit, comme des actions qui pourraient détruire l'humanité et la civilisation, et donc réduire à néant la base sur laquelle les États existent et, partant, la base sur laquelle reposent les droits et obligations régissant la communauté internationale.

Aucun argument convaincant ne permet de soutenir que dans l'affaire du *Lotus*, la Cour serait partie de l'idée que les États ont une souveraineté absolue les habilitant à faire n'importe qu'elle chose, si horrible et répugnante puisse-t-elle paraître aux yeux de la communauté internationale, dès lors qu'il n'est pas prouvé que cette chose est interdite en droit international. L'idée de suprématie interne associée à la notion de souveraineté en droit interne n'est pas applicable comme telle lorsqu'on transpose cette notion sur le plan international. La coexistence d'un certain nombre de souverainetés assigne des limites à la liberté de chaque État d'agir comme si les autres États n'existaient pas. Ces limites définissent un cadre structurel objectif dans lequel la souveraineté doit nécessairement exister[7]; le cadre, ainsi que les limites qui le définissent, sont implicites dans la référence faite dans l'affaire du *Lotus* à la «coexistence de ... communautés indépendantes» (*CPJI série A, No 10*, p. 18), idée qui a été améliorée ultérieurement par la Charte grâce à l'accent qu'elle a mis spécialement sur la coopération.

---

[7] L'idée est évoquée par la remarque suivante d'un auteur : «Pour certains auteurs l'existence d'un *corpus juris* régissant une société décentralisée et horizontale relève du miracle. Je dirais plutôt qu'elle relève de la nécessité. Ce n'est pas en dépit, mais à cause de l'hétérogénéité des États dans une société de juxtaposition que le droit international a été créé et s'est développé. Si le droit international n'existait pas, il faudrait l'inventer.» Prosper Weil, *Le droit international en quête de son identité*, Cours général de Droit international public, Recueil des cours, Vol. 237 (1992-VI), p. 36.

Ainsi donc, si étendus que puissent être les droits découlant de la souveraineté, ces droits ne peuvent aller au-delà du cadre dans lequel la souveraineté elle-même existe; en particulier, ils ne peuvent violer ledit cadre. Celui-ci exclut qu'un État puisse avoir le droit de commettre un acte qui démantèlerait la base du cadre en anéantissant la civilisation et l'humanité. Cela ne signifie pas qu'il est interdit à un État d'exercer un droit qu'il aurait, sauf en cas d'interdiction; en effet, pour commencer, un État ne saurait avoir un tel droit.

Il faut donc poser une question préalable en l'espèce : même en l'absence d'interdiction, existe-t-il un élément dans la souveraineté de l'État qui autoriserait celui-ci à commettre un acte qui mettrait fin effectivement à l'existence de tous les États en anéantissant la civilisation et l'humanité? Il n'est pas raisonnable de répondre à cette question par l'affirmative; la souveraineté ne peut comporter un tel droit, car l'État qui commettrait cet acte serait une de ces «communautés indépendantes» qui coexistent, selon l'expression utilisée à l'époque par la Cour permanente de justice internationale, et il en résulterait pour lui le devoir de respecter la souveraineté des autres États. On voit difficilement comment la Cour pourrait corroborer la thèse selon laquelle, en l'absence d'une interdiction, un État est fondé en droit à adopter un comportement qui aurait pour effet de vider de son contenu la souveraineté de tous les autres États.

*

Une quatrième solution s'offre à la Cour : si le principe énoncé dans l'affaire du *Lotus* permet à un État de faire tout ce qui n'est pas interdit — thèse qui est vigoureusement appuyée par certains États et tout aussi fermement rejetée par d'autres États —, il faut cependant bien circonscrire cette affaire, aux fins de celle qui nous occupe en l'espèce. L'affaire du *Lotus* n'avait trait à aucun acte susceptible d'anéantir la civilisation et l'humanité. Elle n'interdit pas de juger qu'il n'existe aucun droit de commettre un tel acte, sauf s'il s'agit d'un acte autorisé en droit international.

Cette quatrième solution mérite qu'on s'y arrête plus longuement que sur les autres. Il nous faudra examiner trois faits nouveaux qui ont une incidence sur l'applicabilité dans le monde d'aujourd'hui de modes de pensée juridiques remontant à une époque antérieure.

En premier lieu, comme cela ressort du paragraphe 4 de l'Article 2 de la Charte et suite à une évolution amorcée plus tôt, le droit de recourir à la force a fait l'objet d'une restriction importante. On ne met plus aussi fortement l'accent sur la souveraineté individuelle que le faisait autrefois la société internationale. Ce point a été souligné par les Philippines et le Samoa.

En deuxième lieu, une évolution importante s'est produite en ce qui concerne les notions de «communauté internationale» et de «relations entre États». À mesure que le nombre des États s'accroissait, les relations internationales ont gagné en densité et le monde s'est resserré. D'un petit club d'États, on est vraiment passé à une communauté internationale universelle. C'est ainsi qu'une chambre de la Cour a pu évoquer en 1984 «la coexistence et la coopération vitale des membres de la communauté internationale» (*Délimitation de la frontière maritime dans la région du Golfe du Maine, CIJ Recueil 1984*, p. 299, par. 111). La conception juridique qui prévalait autrefois n'a pas perdu toute consistance, mais il est indéniable que l'accent mis autrefois sur la

souveraineté individuelle de chaque État considéré comme un *hortus conclusus* a fait place à une meilleure prise de conscience de la responsabilité de chaque État en tant que membre d'un système mieux articulé et plus intégré, fondé sur la coopération et l'interdépendance.

Cette évolution a été en partie consacrée par la Charte, et en partie amorcée par elle. M. Alvarez a pris note des effets et du sens de cette évolution (*Conditions de l'admission d'un État comme Membre des Nations Unies (Article 4 de la Charte), CIJ Recueil 1947-1948*, p. 68, opinion individuelle). Les doutes suscités par son plaidoyer pour un nouveau droit international n'ont pas obscurci le fait qu'il n'était pas le seul à penser, comme d'autres juges l'ont relevé, que

> «[i]l est indéniable que toutes les activités internationales ont tendu dans la période récente à la réalisation du bien-être commun de la communauté internationale, en limitant de ce fait la compétence souveraine des États particuliers». (*Réserves à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, CIJ Recueil 1951*, p. 46, opinions dissidentes collectives de MM. Guerrero, McNair, Read et Hsu Mo.)

Bien que sous d'autres rapports il se montre critique à l'égard de la «théorie qui réduit les droits des États à des compétences assignées et réparties par le droit international»[8], Charles De Visscher, pour sa part, a noté que «[l]a Charte a donné naissance à un régime international» et il a ajouté que

> «l'interprétation d'un grand acte constitutionnel international comme la Charte des Nations Unies ne saurait s'inspirer des conceptions individualistes qui prévalent généralement dans l'interprétation des traités ordinaires.» (*Statut international du Sud-Ouest africain, CIJ Recueil 1950*, p. 189, opinion dissidente)

Bien entendu, la charte n'a rien établi qui puisse être assimilé à un gouvernement mondial, mais elle a organisé les relations internationales sur la base d'un «système international», et un tel système repose sur la prémisse fondamentale que l'espèce humaine et la civilisation vont continuer.

En troisième lieu, cependant, des faits nouveaux se sont produits en sens contraire, à savoir qu'aujourd'hui, et pour la première fois dans l'histoire, certains États ont la capacité de détruire tout le système et, avec lui, l'humanité toute entière.

Quels sont les enseignements qui se dégagent de cette triple évolution, dont la troisième va en sens contraire de la première et de la deuxième?

Les notions de souveraineté et d'indépendance que la Cour avait à l'esprit en statuant sur l'affaire du *Lotus* ne s'inséraient pas dans un contexte où l'on entrevoyait la possibilité qu'un État aurait la capacité à lui seul de s'anéantir et d'anéantir avec lui-même tous les autres États. La Cour avait à examiner une affaire de collision en mer et la question de la compétence pénale des États à cet égard. On ne peut pas dire qu'il y avait là de quoi frapper les

---

[8] Charles De Visscher, *Theory and Reality in Public International Law*, édition révisée, traduction de P. E. Corbett (New Jersey, 1968), p. 104.

esprits de stupeur. Si elle avait pu imaginer la possibilité qu'une minorité d'États belligérants pût anéantir la planète, elle aurait vraisemblablement assorti de nuances la position qu'elle a prise, tout comme elle l'aurait fait en 1986, lorsqu'elle a déclaré que

> «il n'existe pas en droit international de règles, autres que celles que l'État intéressé peut accepter, par traité ou autrement, imposant la limitation du niveau d'armement d'un État souverain, ce principe étant valable pour tous les États sans distinction». (*Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci, CIJ Recueil 1986*, p. 135, par. 269)

Il n'était pas question en l'occurrence de l'emploi d'armes nucléaires; la déclaration de la Cour portait sur le droit d'un État de posséder un niveau d'armement, aucune question n'ayant été soulevée au sujet de la licéité du recours à un tel armement. Il faut se garder d'étendre la signification d'une affirmation à un domaine qui n'était pas visé par la juridiction dont elle émane. Le fait que Badawi Pacha formulait une opinion dissidente n'enlève aucune valeur à son rappel des problèmes qui pourraient se poser «dès lors qu'on transpose une règle du cadre où elle s'est formée dans un autre cadre où, les dimensions n'étant pas les mêmes, elle ne peut s'accommoder avec l'aisance ancienne». (*Réparation des dommages subis au service des Nations Unies, CIJ Recueil 1949*, p. 215)

Il faut rappeler aussi que Lord Finlay, dans son opinion dissidente à propos de l'affaire du *Lotus*, considérait que la question posée dans le compromis n'était pas de savoir s'il existait «une règle interdisant» l'exercice de poursuites pénales, mais si «les principes du droit international autorisent» un tel exercice (*CPJI, série A, No 10*, p. 52). Dans les premières années qui ont suivi l'entrée en vigueur de la Charte, M. Alvarez a contesté expressément le principe selon lequel les États ont «le droit ... de faire tout ce qui n'est pas expressément défendu par le droit international». Selon lui, «[c]e principe, exact autrefois, sous le régime de la souveraineté absolue, ne l'est plus aujourd'hui.» (*Pêcheries, CIJ Recueil 1951*, p. 152, opinion individuelle.)

Je n'examinerai pas ici le point de savoir s'il est possible de s'en tenir à une contestation aussi générale. En effet, il me semble qu'il est un aspect particulier qui appartient en propre à l'affaire du *Lotus*. Cette distinction limitée porte sur le point ci-après. Dans quelque sens qu'elle se prononçât dans l'affaire du *Lotus*, la décision de la Cour pouvait s'accommoder dans le cadre d'une société internationale fondée sur la «coexistence de communautés indépendantes». Il n'en va pas de même lorsqu'on pose la question de savoir s'il existe un droit de recourir aux armes nucléaires. Si la Cour devait affirmer qu'un tel droit existe, elle attesterait l'existence d'un droit qui pourrait être utilisé pour détruire ce cadre et qui ne pourrait donc trouver à s'y accommoder. Quelque étendus que puissent être les pouvoirs dont dispose un État, rien ne permet de supposer que la Cour permanente de justice internationale considérait qu'en l'absence d'une interdiction, ils englobaient des pouvoirs dont l'exercice pourrait provoquer l'anéantissement de la civilisation et de l'humanité et donc détruire le cadre de la communauté internationale; il n'était pas question de pouvoirs de cette espèce. Dès lors qu'une ligne de conduite pourrait entraîner des conséquences aussi apocalyptiques, le cas est différent et il n'empêche pas la Cour d'affirmer que les États n'ont pas le droit d'adopter une telle ligne de conduite, sauf à établir, ce qui est improbable, que celle-ci est autorisée en droit international.

On argue du fait que le libellé (et, en particulier, le titre) des différents projets de convention annexés à un certain nombre de résolutions de l'Assemblée générale concernant les armes nucléaires s'inspire de la terminologie de l'interdiction. Toutefois, si l'on admet que la théorie correcte veut qu'on établisse que l'emploi des armes nucléaires est autorisé en droit international, ce fait n'empêche pas les États de conclure un traité formel d'interdiction; le fait que les projets de convention visés ont édicté une interdiction n'infirme pas l'opinion selon laquelle l'autorisation doit être établie.

La terminologie de l'interdiction apparaît également dans le raisonnement du tribunal de district de Tokyo dans l'affaire *Shimoda c. L'État (The Japanese Annual of International Law*, Vol. 8, 1964, p. 212 à p. 235). Je ne crois pas qu'on puisse en tirer un argument valable. Le tribunal de district de Tokyo s'étant convaincu que le largage des bombes était interdit en droit international, il n'avait pas à examiner si, en l'absence d'une interdiction, il était nécessaire d'établir l'existence d'une autorisation; les arguments de droit lui paraissant suffisants pour conclure à l'illicéité, le sens de l'économie judiciaire pouvait amener le tribunal en question à se dispenser d'examiner s'il était possible d'arriver à la même conclusion sur une autre base.

Est-il possible d'établir l'existence de l'autorisation requise en l'espèce ? Il semble que non. La Cour a été créée par la Charte et par le Statut. Si elle estime, comme elle devrait le faire, que tant la Charte que le Statut postulent la survie de la civilisation et de l'humanité, on ne voit pas très bien comment elle pourrait éviter de conclure que le droit international n'autorise pas un État à adopter une ligne de conduite qui pourrait provoquer l'anéantissement de la civilisation et de l'humanité.

TROISIÈME PARTIE. LA COUR POUVAIT-ELLE CONCLURE QUE L'EMPLOI D'ARMES NUCLÉAIRES EST INTERDIT PAR LE DROIT HUMANITAIRE?

Je me propose d'examiner à présent la question de la licéité de l'emploi d'armes nucléaires du point de vue de certains des grands principes du droit humanitaire (un terme utilisé généralement aujourd'hui) qui étaient en vigueur au début de l'ère nucléaire. Ces principes ont trait au droit de choisir les moyens de guerre, au principe relatif aux maux superflus, et à la clause de Martens.

1. *Les méthodes ou moyens de guerre*

Ce principe du droit international coutumier est réaffirmé au paragraphe 1 de l'article 35 du Protocole additionnel I de 1977 relatif aux Conventions de Genève de 1949 dans les termes ci-après : «Dans tout conflit armé, le droit des parties au conflit de choisir des méthodes ou moyens de guerre n'est pas illimité.» Le principe a été quelque peu malmené du fait de l'apparition continue d'armes dotées d'un pouvoir de destruction sans cesse accru, la tendance étant d'accepter un seuil plus élevé de capacité de destruction à mesure que cette capacité devenait plus grande. On battrait davantage encore en brèche le principe en soutenant, comme on le fait parfois, qu'il se borne à ouvrir la possibilité qu'une loi vienne interdire une arme, sans énoncer le principe lui-même; mais cet argument ne peut être fondé, car s'il l'était, le principe n'établirait pas une norme de conduite pour les États et il ne s'agirait donc pas d'un principe de droit international. Au paragraphe 77 de son avis consultatif, la Cour reconnaît qu'il s'agit bien d'un principe de droit

international. Il n'est pas plus dénué de sens qu'il n'est tombé en désuétude : son existence continue est attestée par la résolution 2444 (XXIII) de l'Assemblée générale, qui a été adoptée à l'unanimité le 19 décembre 1968. Par cette résolution, l'Assemblée générale a fait sienne

> «la résolution XXVIII adoptée en 1965 à Vienne par la XXe Conférence internationale de la Croix-Rouge, qui a posé notamment les principes suivants que doivent observer toutes les autorités, gouvernementales et autres, responsables de la conduite d'opérations en période de conflit armé, à savoir :
>
> a) Que le droit des parties à un conflit armé d'adopter des moyens de nuire à l'ennemi n'est pas illimité;
>
> b) Qu'il est interdit de lancer des attaques contre les populations civiles en tant que telles;
>
> c) Qu'il faut en tout temps faire la distinction entre les personnes qui prennent part aux hostilités et les membres de la population civile, afin que ces derniers soient épargnés dans toute la mesure du possible.»

Comme le laisse entendre l'alinéa a), le principe limitant le droit de choisir les moyens de guerre subsiste. Même si l'on a l'impression qu'il n'est pas utilisé, il est possible de le mettre en oeuvre. De quelle façon? On peut interpréter le principe comme ayant pour objet d'exclure le droit d'adopter certaines armes. Ces armes n'ont pas été précisées, et cela peut se comprendre. Cependant, si, comme cela semble être le cas, le principe peut servir à interdire le recours à certaines armes, on voit mal comment il pourrait ne pas interdire le recours aux armes nucléaires; les difficultés que pose l'application de la règle dans des cas moins évidents disparaît face à des cas plus tranchés. Bien entendu, l'imagination ne suffit pas, et il faut présenter un raisonnement juridique. Quel peut être ce raisonnement?

On pourrait commencer utilement par noter que ce qui est en cause, ce n'est pas l'existence du principe, mais son application dans un cas donné. Pareille application n'exige pas qu'on apporte la preuve de l'existence d'une *opinio juris* interdisant l'utilisation d'une arme en particulier; s'il en était ainsi, on se trouverait étrangement en présence d'un principe qui ne pourrait être appliqué sans qu'on apporte la preuve que chaque application est appuyée par une *opinio juris*.

Mais comment le principe peut-il s'appliquer en l'absence d'un critère bien établi? Si le principe peut servir à interdire le recours à certains moyens de guerre, cela implique nécessairement qu'il existe un critère sur la base duquel il est possible de déterminer si un moyen donné est interdit. Quel peut être ce critère? Comme la Cour semble le reconnaître, des considérations humanitaires sont admissibles dans l'interprétation du droit des conflits armés (voir par. 86 et 92 de l'avis consultatif de la Cour). En partant de ces considérations, si on adopte une approche fondée sur le principe d'efficacité, on peut raisonnablement conclure que le critère postulé par le principe en question consiste à examiner si l'emploi de l'arme visée est acceptable aux yeux de la communauté internationale; on voit difficilement comment on pourrait avoir le droit d'adopter un moyen de guerre dont l'utilisation répugne à la communauté internationale.

Pour ce qui est de certaines armes, il peut s'avérer difficile d'établir, d'une manière parfaitement probante, quel est le sentiment de la communauté internationale. Mais l'emploi d'armes nucléaires se situe à la pointe extrême d'une gamme de possibilités, là où des difficultés de ce type n'existent plus. Contrairement aux armes classiques, les armes nucléaires peuvent provoquer l'anéantissement de l'humanité et de la civilisation. Comme on l'a fait observer, si on faisait exploser en même temps tous les engins explosifs qui ont été utilisés dans le monde entier depuis l'invention de la poudre à canon, cela ne pourrait provoquer la destruction de la civilisation; mais ce résultat pourrait être atteint en n'employant qu'une petite partie des armes nucléaires. Le principe qui limitait le droit de choisir les moyens de guerre se fondait sur le postulat que, quels que soient les moyens de guerre utilisés de manière licite, il serait encore possible à l'avenir de mener la guerre sur une base civilisée. Ainsi donc, quelque libre que puisse être un État de choisir les moyens de guerre, cette liberté se heurte à une limite lorsque l'emploi d'un certain type d'armes peut aboutir à la destruction de la civilisation.

On pourrait ajouter que, pour juger de l'admissibilité d'un moyen de guerre donné, il faut, selon moi, tenir compte du résultat que ce moyen peut permettre d'atteindre dans le cours ordinaire de la guerre, même si ce résultat n'est pas atteint dans toutes les circonstances. La réponse à cette question, s'agissant d'armes nucléaires, ne relève pas de la spéculation; elle consiste à constater les faits. Dans le cadre de la procédure consultative, la Cour peut, lorsque c'est nécessaire, se prononcer sur les faits (*Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité, CIJ Recueil 1971*, p. 27). Pour les raisons déjà données, il n'est pas difficile de se prononcer sur les faits en l'espèce.

Pour établir quel est le sentiment de la communauté internationale, il est évidemment indispensable que la Cour examine les vues des États, à condition que, pour les raisons évoquées plus haut, on évite tout glissement consistant à poser au départ que, s'agissant du principe en question, il faut établir une *opinio juris* à l'appui de l'existence d'une règle spécifique interdisant l'emploi d'armes nucléaires.

Les vues des États sont disponibles. La première résolution de l'Assemblée générale, qui a été adoptée à l'unanimité le 24 janvier 1946, doit s'interpréter comme signifiant qu'aux yeux de l'Assemblée générale, l'emploi d'armes nucléaires est inacceptable pour la communauté internationale; il en est question plus haut. Il y a également le TNP de 1968 et les accords annexes, sur lesquels nous reviendrons plus longuement un peu plus loin. La Cour pourrait les interpréter comme représentant une déclaration faite par les États dotés de l'arme nucléaire et les États non dotés d'armes nucléaires pour indiquer que le recours effectif aux armes nucléaires serait inacceptable pour la communauté internationale et qu'il faudrait, pour cette raison, s'efforcer d'enrayer leur prolifération dans le cadre d'accords par lesquels toutes les parties s'engageraient à oeuvrer, de bonne foi, en vue de leur élimination définitive. On voit mal, si le recours effectif aux armes nucléaires est acceptable pour la communauté internationale, sur quelle base crédible un arrangement pourrait être conclu pour réserver à quelques États le droit d'employer ces armes, et ce, a fortiori si ceux-ci peuvent dans certaines circonstances exercer ce droit contre des États qui ne jouissent pas de ce droit exclusif.

L'année qui a suivi la conclusion du TNP, l'Institut de droit international a eu l'occasion de noter, à sa session de 1969 tenue à Edimbourg,

que le droit international existant interdit l'emploi de toutes les armes (y compris les armes nucléaires) qui, de par leur nature, frappent sans distinction les objectifs militaires et les objectifs non militaires, ou les forces armées et la population civile. Quoi qu'on puisse dire des autres armes visées, cette opinion, qui a été émise à la quasi-unanimité, est importante non seulement en raison de son caractère hautement professionnel, mais aussi de l'évaluation indépendante qu'elle fait de l'inacceptabilité pour la communauté internationale du recours aux armes nucléaires. Cette évaluation prenait fidèlement en compte les éléments sur la base desquels les accords TNP avaient été conclus l'année précédente.

D'autres armes font partie, à l'instar des armes nucléaires, de la catégories des armes de destruction massive. Toutefois, comme indiqué plus haut, il appartient à la Cour de décider que le critère juridique ne consiste pas simplement à mesurer la capacité destructrice d'une arme, mais à établir si sa capacité de destruction est telle que l'arme peut être considérée par la communauté internationale comme inacceptable à ses yeux. Les éléments dont la Cour dispose (et dont certains ont été examinés à la section 3 de la première partie) suffisent pour lui permettre de conclure que, dans le cas des armes nucléaires, la répugnance qu'éprouve la communauté internationale est un fait établi. Les conséquences juridiques qui s'imposent dans le cas des armes nucléaires ne doivent donc pas être nécessairement identiques dans le cas d'autres armes de destruction massive qui ne sont pas encore interdites par un traité.

Dans *Shimoda c. L'État*, les plaignants ont été déboutés pour des motifs qui n'étaient pas à l'époque patents; ce jugement reste à ce jour la seule décision judiciaire, tant nationale qu'internationale, dans ce domaine. Il a été rendu par le tribunal de district de Tokyo, le 7 décembre 1963. Bien qu'il soit évidemment dépourvu de force exécutoire, il constitue une décision judiciaire au sens du paragraphe 1 d) de l'article 38 du Statut de la Cour et doit être pris en considération. Une décision judiciaire différente de celle à laquelle le tribunal de district de Tokyo est arrivée devrait donc expliquer pourquoi l'argumentation de ce tribunal n'était pas acceptable.

Le tribunal de district de Tokyo devait se prononcer sur un argument (fondé sur l'avis juridique d'un expert), selon lequel «les moyens qui causent des maux superflus en temps de guerre et les moyens inhumains sont interdits comme moyens de nuire à l'ennemi» (*The Japanese Annual of International Law*, Vol. 8, 1964, p. 240). Cette proposition s'inspirait de deux arguments invoqués par le Japon dans sa Note de protestation du 10 août 1945, où il était dit (*traduction non officielle*) :

> «C'est un principe fondamental du droit international en temps de guerre que le droit d'un belligérant de choisir les moyens de nuire à l'ennemi n'est pas illimité et qu'un belligérant ne doit pas employer des armes, projectiles et autres matières de nature à causer des maux superflus; et ceux-ci sont expressément stipulés dans l'annexe de la Convention concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre et dans les articles 22 et 23 e) du Règlement concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre.» (Ibid., p. 252)

L'article 22 dudit Règlement concernait le droit d'adopter des moyens de nuire à l'ennemi, tandis que l'article 23 e) concernait le principe des maux superflus.

Le tribunal de district de Tokyo a examiné les deux éléments corrélatifs de la proposition dont il était saisi. Il a posé que «le droit international régissant la guerre n'est pas constitué uniquement par des sentiments d'humanité, mais il se fonde à la fois sur les besoins et l'efficacité militaire et sur les sentiments d'humanité, en mettant en balance ces deux facteurs» (ibid., p. 240). C'est pourquoi, «tout inhumain que puisse être le résultat de l'emploi d'une arme, cet emploi n'est pas interdit par le droit international, s'il est très efficace sur le plan militaire» (ibid., p. 241). Toutefois, le tribunal a déclaré pouvoir «estimer à coup sûr qu'outre le poison, les gaz toxiques et les bactéries, l'emploi de moyens de nuire à l'ennemi qui causent au moins des dommages identiques ou supérieurs est interdit en droit international» (ibid.).

Le tribunal de district de Tokyo s'est borné à examiner si l'emploi de bombes atomiques à Hiroshima et à Nagasaki était licite, en notant — sans toutefois se prononcer à ce sujet — que cela posait «une question importante et des plus difficiles», à savoir «si une bombe atomique ayant ces caractéristiques et ces effets est permise ou non en droit international en tant qu'arme dite arme nucléaire...» (ibid., p. 234). Il est clair cependant qu'en se prononçant sur la première question, celle qui concernait l'emploi de ces armes dans une circonstance donnée, le tribunal avait à l'esprit la façon dont il avait examiné la deuxième question, qui concernait le statut juridique de telles armes. Ainsi donc, bien que le tribunal de district de Tokyo n'ait pas statué de la sorte, il résulte de son raisonnement que les armes nucléaires ne sont pas un moyen de guerre admissible. C'est du raisonnement du tribunal de district de Tokyo que la Cour s'occupe.

Les éléments dont dispose la Cour sont suffisants pour lui permettre de constater que l'emploi effectif d'armes nucléaires n'est pas acceptable aux yeux de la communauté internationale; à partir d'une telle constatation, il lui appartiendrait dans le cadre de sa mission judiciaire de juger que de telles armes ne sont pas un «moyen de guerre» admissible au sens des textes juridiques.

2. *Les maux superflus*

J'en viens à l'interdiction d'infliger des maux superflus telle qu'elle découle du droit international coutumier. Le principe, tel qu'il a été réaffirmé au paragraphe 2 de l'article 35 du Protocole additionnel I de 1977 relatif aux Conventions de Genève de 1949, est libellé comme suit : «Il est interdit d'employer des armes, des projectiles et des matières ainsi que des méthodes de guerre de nature à causer des maux superflus». Le cas d'une arme comme la balle «dum-dum»[9], qui est délibérément conçue de manière à causer des maux superflus, ne suffit pas à épuiser l'interprétation et l'application de l'interdiction. Il s'agit là d'un cas particulier illustrant une idée sous-jacente plus large, à savoir qu'on se trouve en présence de maux superflus lorsque ceux-ci excèdent matériellement le degré de souffrance que justifie l'avantage militaire recherché. Il est exclu de recourir à un test mécanique ou absolu : il faut mettre en balance le degré de souffrance infligé et l'avantage militaire recherché. Plus cet avantage militaire sera grand, plus on sera disposé à tolérer des niveaux de souffrance plus élevés. Et, bien entendu, c'est aux États

[9] Le projectile connu sous le nom de «dum-dum» était fabriqué dans un arsenal de ce nom près de Calcutta. Voir *The Proceedings of the Hague Peace Conferences, The Conference of 1899* (Oxford, 1920), p. 277, *per* General Sir John Ardagh.

qu'il appartient de trouver le point d'équilibre. La Cour ne peut se substituer à eux; mais elle a le devoir en l'espèce de chercher à établir quel est leur appréciation. Pour apprécier où les États situent ce point d'équilibre, la Cour peut considérer à juste titre que les États eux-mêmes, lorsqu'ils recherchent le point d'équilibre, sont guidés par la conscience publique. La Cour a évoqué à bon droit «la nature intrinsèquement humanitaire des principes juridiques en jeu, qui imprègnent tout le droit des conflits armés et s'appliquent à toutes les formes de guerre et à toutes les armes...» (avis consultatif, par. 86). Pour établir le caractère humanitaire de ces principes, il faut nécessairement tenir compte de la conscience publique.

La Cour pouvait donc estimer que la conscience publique considérerait qu'aucun avantage militaire concevable ne pouvait justifier le degré de souffrance infligé par un type donné d'arme. On a prétendu que les gaz toxiques étaient un moyen plus efficace de paralyser l'ennemi dans certaines circonstances que d'autres moyens utilisés pendant la première guerre mondiale. Cela n'a pas suffi pour légitimer leur utilisation; l'interdiction se fondait sur l'appréciation émise dans le premier alinéa du préambule du Protocole concernant la prohibition d'emploi à la guerre de gaz asphyxiants, toxiques ou similaires et de moyens bactériologiques, signé à Genève en 1925, selon laquelle «l'emploi à la guerre de gaz asphyxiants, toxiques ou similaires ... a été à juste titre condamné par l'opinion générale du monde civilisé». En effet, l'emploi d'une arme qui causait le genre de souffrance infligés par ces gaz toxiques répugnait tout simplement à la conscience publique et était, de ce fait, inacceptable pour les États, sans égard à l'avantage militaire recherché. Ce raisonnement ne s'est pas traduit en l'espèce par un traité d'interdiction complète et universelle; il est cependant utile lorsqu'on s'efforce d'évaluer l'acceptabilité pour la conscience publique des souffrances que l'emploi d'armes nucléaires pourrait infliger aux combattants comme aux civils, à des populations vivant loin du lieu des combats et à des générations qui ne sont pas encore nées.

Sur la base des éléments dont elle disposait, la Cour pouvait raisonnablement conclure qu'au regard de la conscience publique, l'emploi d'armes nucléaires cause des maux qui sont inacceptables, quel que soit l'avantage militaire qu'il puisse procurer. À partir de là, la Cour avait le droit, pour établir quelle est l'opinion des États sur ce point, de se fonder sur la présomption que l'appréciation des États ne différerait pas de celle de la conscience publique.

Le principe «des maux superflus» fait partie de l'ensemble des principes conçus pour assurer la protection des combattants. Il suffit, pour établir le caractère illicite de l'emploi d'armes nucléaires, qu'un tel emploi viole le principe en ce qui concerne les combattants. On peut cependant se demander, eu égard à l'évolution des techniques militaires et aux méthodes de guerre plus récentes, si le principe n'est pas appréhendé aujourd'hui comme susceptible d'assurer la protection des civils également.

Lorsque le principe est apparu dans la seconde moitié du 19e siècle, à un moment où l'emploi des fusils était «en pleine expansion», on a certainement pensé que «les maux superflus» ne seraient infligés qu'aux soldats du champ de bataille et que les effets de l'emploi d'armes de nature à causer alors de tels maux ne s'étendraient pas aux civils. Aujourd'hui, cependant, le cadre des opérations militaires n'est plus le même : si les armes nucléaires peuvent causer des maux superflus aux soldats, ils peuvent évidemment avoir le même effet sur les civils se trouvant à leur portée. Les Parties au Traité de

Tlatelolco ont déclaré à bon droit dans le préambule de celui-ci que «les terribles effets [des armes nucléaires] atteignent sans distinction et sans merci les forces armées et la population civile...»

On pourrait prétendre que la teneur du principe des maux superflus s'applique aux civils par l'intermédiation d'autres principes, comme celui qui interdit d'effectuer des attaques sans discernement, mais que le principe lui-même ne s'applique pas à eux. Toutefois, peut-on admettre la position selon laquelle une attaque menée apparemment sans discernement contre des civils est validée par le biais du principe du dommage indirect? Cependant, si un tel principe (quelle que soit sa portée véritable) devait justifier des dommages infligés aux civils, le fait de limiter le principe des maux superflus aux combattants aurait ce résultat contradictoire que les dommages en question seraient interdits par ce principe en ce qui concerne les combattants, mais pas en ce qui concerne les civils, alors qu'ils sont également atteints; ainsi donc, un acte qui cause un dommage aux combattants comme aux non-combattants pourrait être illicite en ce qui concerne les premiers, mais licite en ce qui concerne les derniers. Lorsque des combattants et des non-combattants sont également victimes du même acte, on voit mal comment cet acte serait licite dans un cas et illicite dans l'autre.

Dans *Shimoda c. L'État*, le tribunal de district de Tokyo a jugé qu'il n'est pas exagéré d'affirmer que les souffrances infligées par les bombes atomiques sont plus graves que celles infligées par des substances ou des gaz toxiques, et que le fait de larguer une bombe aussi cruelle est contraire au principe fondamental des lois de la guerre selon lequel on ne peut infliger des maux superflus (*The Japanese Annual of International Law*, Vol. 8, 1964, p. 241 et 242). Dans cette partie de son raisonnement, le tribunal de district de Tokyo s'est donc fondé sur le «principe fondamental» des «maux superflus»; il l'a fait à propos de dommages causés à des civils. Malgré la présence de trois experts qui étaient des professeurs de droit international et d'une équipe fournie d'avocats dans une affaire où les parties se défendaient pied à pied, la Cour ne semble pas avoir prêté attention à une conception selon laquelle le principe des maux superflus vise uniquement les dommages causés aux combattants. Or, en supposant que cette conception soit correcte, elle aurait dû être au centre d'une affaire qui concernait les dommages causés à des civils.

Toutefois, même si l'on n'applique le principe des maux superflus qu'aux seuls combattants, la question reste posée de savoir si le principe est battu en brèche, dès lors que des combattants sont touchés par l'emploi d'armes nucléaires. Pour les raisons énoncées plus haut, la Cour pouvait juger qu'il en est ainsi.

3. *La clause de Martens*

Certains États ont soutenu que la clause de Martens exige la preuve de l'existence distincte d'une règle de droit international coutumier interdisant l'emploi d'une arme donnée et qu'il n'existe aucune règle prohibitive de ce type dans le cas des armes nucléaires. Cette thèse est séduisante.

Toutefois, voici qu'apparaît une première difficulté. Comme la Cour le reconnaît aux paragraphes 78 et 84 de son avis consultatif, il est admis que la clause de Martens est une règle de droit international coutumier. Cela signifie qu'elle a un caractère normatif, qu'elle fixe une règle de conduite pour les États. On ne voit pas quelle règle de conduite pour les États elle fixe, si elle se contente de rappeler aux États les règles de conduite qui existent tout à

fait en dehors d'elle. La thèse évoquée plus haut viserait non pas à établir le champ d'application d'une règle reconnue, mais à nier l'existence d'une règle quelconque. Une thèse aboutissant à ce résultat serait-elle correcte?

Telle qu'elle est énoncée dans la Convention de La Haye concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre de 1907, la clause de Martens apparaît dans le cours du préambule et est libellée comme suit :

> «Selon les vues des Hautes Parties contractantes, ces dispositions, dont la rédaction a été inspirée par le désir de diminuer les maux de la guerre, autant que les nécessités militaires le permettent, sont destinées à servir de règle générale de conduite aux belligérants, dans leurs rapports entre eux et avec les populations.
>
> Il n'a pas été possible toutefois de concerter dès maintenant des stipulations s'étendant à toutes les circonstances qui se présentent dans la pratique.
>
> D'autre part, il ne pouvait entrer dans les intentions des Hautes Parties contractantes que les cas non prévus fussent, faute de stipulation écrite, laissés à l'appréciation arbitraire de ceux qui dirigent les armées.
>
> En attendant qu'un Code plus complet des lois de la guerre puisse être édicté, les Hautes Parties contractantes jugent opportun de constater que, dans les cas non compris dans les dispositions réglementaires adoptées par Elles, les populations et les belligérants restent sous la sauvegarde et sous l'empire des principes du droit des gens, tels qu'ils résultent des usages établis entre nations civilisées, des lois de l'humanité et des exigences de la conscience publique.»

Ce libellé donne à penser que la clause de Martens visait à combler des lacunes du droit international coutumier et de le faire dans un esprit pratique. Par quel moyen?

La clause de Martens porte la marque de son époque; elle n'est pas facile à interpréter. On reconnaît la distinction entre les usages et les lois[10]. Toutefois, comme le mot «restent» l'indique, cette disposition impliquait qu'il existait déjà certains principes du droit des gens qui assuraient une protection pratique aux «populations» et aux «belligérants» dans l'hypothèse où une telle protection n'était pas garantie par des textes conventionnels. Compte tenu des implications de ce mot «restent», la clause ne pouvait se réduire à des principes du droit des gens qui attendaient, sans aucune certitude, de voir le jour. La référence aux principes du droit des gens, tels qu'ils résultent des sources mentionnées visait à préciser le caractère des principes existants du droit des gens et ne constituait pas simplement une condition de l'émergence future de tels principes. On ajoutera que, dans son libellé de 1977, le membre de phrase pertinent se lit comme suit : «tels qu'ils résultent des usages

---

[10] En ce qui concerne «les usages de la guerre» qui donnent naissance à des règles de droit international coutumier, voir L. Oppenheim, *International Law, A Treatise*, Vol. II, 7e édition par H. Lauterpacht (Londres, 1952), p. 266, par. 67, et p. 231, par. 69.

établis, des principes de l'humanité et des exigences de la conscience publique». Comme «les usages établis» suffisent à eux seuls à identifier une règle du droit international coutumier, une interprétation cumulative n'est guère probable. Dans ce cas, «les principes du droit des gens» pourraient également résulter à suffisance «des principes de l'humanité et des exigences de la conscience publique»; comme indiqué plus haut, ces «principes du droit des gens» pourraient être considérés comme englobant des principes du droit international déjà déduits «des principes de l'humanité et des exigences de la conscience publique».

En effet, la clause de Martens autorisait à considérer les principes de l'humanité et les exigences de la conscience publique comme des principes du droit international, le contenu précis de la norme impliquée par ces «principes du droit des gens» devant être défini à la lumière de l'évolution, y compris l'apparition de nouveaux moyens et méthodes de guerre, ainsi que les conceptions et les seuils de tolérance de la communauté internationale. Les principes devaient demeurer constants, mais leur effet pratique pouvait ne pas toujours être le même : ils pouvaient autoriser une méthode de guerre à une époque et l'interdire à une autre époque. À cet égard, M. Jean Pictet a eu raison de souligner, comme l'écrit M. Sean Mc Bride, que les déclarations contenues dans les Conventions de La Haye ont fait entrer dans le droit humanitaire, à la faveur de la clause de Martens, des principes qui allaient beaucoup plus loin que la Convention écrite, leur donnant ainsi une dimension dynamique qui n'était pas limitée par le temps[11].

Cela n'a pas de quoi surprendre. Traitant de la question des «Considérations d'humanité» en tant que source de droit, Sir Gerald Fitzmaurice a fait observer que (traduction non officielle) «toutes les implications de cette conception — c'est-à-dire dans quelles circonstances précisément et dans quelle mesure des considérations d'humanité donnent naissance par *elles-mêmes* à des obligations de nature juridique — doivent encore être élaborées». (Sir Gerald Fitzmaurice, *The Law and Procedure of the International Court of Justice*, Vol. 1 (Cambridge, 1986), p. 17, note 4, les italiques figurent comme dans l'original. Voir également ibid., p. 4.) La réserve n'atténue pas la proposition principale selon laquelle «des considérations d'humanité donnent naissance par *elles-mêmes* à des obligations de nature juridique». Il semble que la substance de la proposition se retrouve dans le jugement rendu en 1948 dans l'affaire *Krupp*, dans lequel le tribunal militaire des États-Unis siégeant à Nuremberg a déclaré (traduction non officielle) que :

> «Le Préambule [de la Convention de La Haye No IV de 1907] est bien plus qu'une pieuse déclaration. C'est une clause générale, qui érige les usages établis entre les nations civilisées, les lois de l'humanité et les exigences de la conscience publique en un critère juridique à appliquer dans l'hypothèse où les dispositions spécifiques de la Convention et du règlement y annexé ne couvriraient pas certains cas survenant en temps de guerre.» (*Annual Digest and Reports of Public International Law Cases*, 1948, p. 622)

Une conception analogue du rôle joué par les considérations d'humanité apparaît dans l'affaire du *Détroit de Corfou*, où M. Alvarez a écrit que la

---

[11] Sean Mc Bride. «The Legality of Weapons for Societal Destruction», in Christophe Swinarski (éd.). *Studies and Essays on International Humanitarian Law and Red Cross Principles in Honour of Jean Pictet* (Genève, 1984), p. 402.

«caractéristique du *délit international* est qu'il est un acte contraire aux sentiments d'humanité» (*CIJ Recueil 1949*, p. 45, opinion individuelle); quant à la Cour elle-même, elle a déclaré que «les obligations [de l'Albanie] sont fondées non pas sur la Convention VIII de La Haye, de 1907, qui est applicable en temps de guerre, mais sur certains principes généraux et bien reconnus, tels que des considérations élémentaires d'humanité, plus absolues encore en temps de paix qu'en temps de guerre...» (*CIJ Recueil 1949*, p. 22). Ainsi donc, les obligations de l'Albanie étaient «fondées sur ... des considérations élémentaires d'humanité», ce qui implique nécessairement que ces considérations peuvent avoir elles-mêmes force de loi. En 1986, la Cour a considéré que «le comportement des États-Unis peut être apprécié en fonction des principes généraux de base du droit humanitaire» et elle a estimé que certaines des règles énoncées à l'article 3 commun aux quatre Conventions de Genève de 1949 étaient «des règles qui, de l'avis de la Cour, correspondent à ce qu'elle a appelé en 1949 des «considérations élémentaires d'humanité» simples (*Détroit de Corfou (fond), CIJ Recueil 1949*, p. 22) (*Affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (fond), CIJ Recueil 1986*, p. 113-144, par. 218). Dans le même sens, on notera que le tribunal de Naulilaa avait déjà observé que le droit d'exercer des reprises «est *limité* par les expériences de l'humanité...» (*Recueil des sentences arbitrales internationales*, Vol. 2, p. 1026).

Je ne suis pas convaincu que la clause de Martens avait pour seul objet de fournir un critère humanitaire permettant d'interpréter les différentes règles existantes du droit international conventionnel ou coutumier relatives à la conduite des hostilités; la clause n'était pas nécessaire pour cela, car des considérations d'humanité, qui sous-tendent le droit humanitaire, auraient en tout état de cause rendu ce service (voir par. 86 de l'avis consultatif de la Cour). Il est difficile aussi d'accepter que la clause de Martens s'est contentée de rappeler aux États les obligations que leur imposaient les différentes règles existantes du droit international coutumier. Assurément, la clause, telle qu'elle a été reprise et libellée dans les Conventions de Genève de 1949, visait essentiellement à rappeler aux États Parties que la dénonciation de ces traités humanitaires ne les dégagerait pas des obligations visées par la clause; mais celle-ci, dans son libellé usuel, n'était pas conçue comme un simple rappel[12]. La clause avait pour fonction essentielle d'affirmer de manière incontestable l'existence des principes du droit international appelés à titre résiduel, mais avec effet présent, à régir le comportement des militaires en référence aux «principes de l'humanité et aux exigences de la conscience publique». C'est en ce sens-là que «les populations et les belligérants reste[raie]nt sous la sauvegarde et sous l'empire des principes du droit des gens, tels qu'ils résultent ... des principes de l'humanité et des exigences de la conscience publique». Le mot «restent» serait inapproprié par rapport aux «principes de l'humanité et aux exigences de la conscience publique», à moins que ceux-ci ne soient conçus comme pouvant présentement exercer une force normative à l'effet de contrôler le comportement des militaires.

Ainsi donc, la clause de Martens couvrait de sa propre autorité, de façon autonome et concluante, la thèse selon laquelle il existait déjà des principes du droit international en vertu desquels des considérations d'humanité pouvaient

---

[12] Pour les différences entre la clause de Martens de 1949 et son libellé classique, voir Georges Abi-Saab, «The Specificities of Humanitarian Law», in Christophe Swinarski (ed.), *Studies and Essays on International Humanitarian Law and Red Cross Principles in Honour of Jean Pictet* (Genève, 1984), p. 275.

avoir force légale par elles-mêmes et régir le comportement des militaires dans les cas où le droit conventionnel ne fournissait pas de règle applicable. Aussi n'était-il pas nécessaire de rechercher ailleurs la source de ces principes du droit international, car cette source, c'était la clause elle-même.

C'est probablement ainsi que la question a été comprise à la Conférence de la paix à La Haye en 1899. Après l'adoption de la déclaration fameuse de M. Martens, le représentant de la Belgique, M. Beernaert, qui s'était opposé auparavant à l'adoption des articles 9 et 10 (1 et 2 du nouveau projet), annonça immédiatement qu'il ne s'y opposait plus, suite à cette déclaration[13]. Comme d'autres délégués, le représentant de la Belgique ne se satisfaisait pas de la protection offerte par ces dispositions du projet (voir l'affaire *Krupp*, plus haut, p. 622). En fin de compte, il a estimé pouvoir voter lesdites dispositions. Pourquoi? Ce n'était pas parce que la protection supplémentaire requise était offerte par le droit international coutumier existant; une telle protection serait disponible en tout état de cause. S'il a pu voter ces dispositions, c'est qu'il a estimé, à l'instar d'autres délégués, que la clause de Martens pourrait elle-même avoir force normative afin de fournir la protection supplémentaire requise en exerçant un contrôle approprié sur le comportement des militaires.

«On est en droit de juger de la valeur d'un principe d'après les effets que produit son application» (*Barcelona Traction, Light and Power Co. Ltd., CIJ Recueil 1970*, p. 220, par. 106, M. Jessup, opinion individuelle). Il s'ensuit qu'il vaut d'examiner les implications de la thèse selon laquelle la clause de Martens n'est pas applicable par elle-même à la question de la licéité de l'emploi d'armes nucléaires. Il est évident que l'utilisation des armes nucléaires pourrait, même dans les pays neutres, entraîner des décès, causer des maladies et obliger les survivants à se déplacer, et qu'elle pourrait signifier pour les générations futures de graves maladies, des malformations et la mort, sans compter la possibilité que toute forme de vie soit anéantie. Si aucune disposition du droit international conventionnel ou coutumier n'interdit de telles choses, lorsqu'on suit les tenants de la licéité, au sens donné à cette expression dans l'affaire du *Lotus*, les États seraient habilités à déclencher un tel cataclysme. Il est à tout le moins concevable que la conscience publique pourrait réagir autrement. Mais les «exigences de la conscience publique» ne pourraient se traduire dans une interdiction normative, à moins que cela ne soit possible par le biais de la clause Martens.

Il ne s'agit pas pour la Cour, me semble-t-il, d'essayer d'ériger l'opinion publique en loi : cela aboutirait au «gouvernement des juges», ce que, comme M. Gros l'a fait observer à juste titre, «aucun État n'accepte facilement»[14]. Le droit international en vigueur, sous la forme de la clause de Martens, a déjà établi la norme juridique nécessaire. La Cour n'a pas à se prononcer sur le point de savoir s'il existe une *opinio juris*. Son rôle est d'évaluer une règle incorporée dans un principe existant en établissant ce que «les principes de l'humanité et les exigences de la conscience publique» requièrent du comportement des militaires dans une situation donnée. En dernière

---

[13] *The Proceedings of the Hague Peace Conferences. The Conference of 1899* (Oxford, 1920), p. 54 et 419.

[14] *Golfe du Maine, Recueil CIJ 1984*, p. 385, par. 41, opinion dissidente. En sens contraire, voir *CIJ Conclusions, Cameroun du Nord, 1963*, p. 352, M. Weil «... il est parfois bon, pour exorciser les démons, de les appeler par leur nom», c'est-à-dire «le spectre du gouvernement des juges».

analyse, la réponse dépendra des vues des États eux-mêmes; mais, en ce qui concerne la clause de Martens, les vues des États ne sont pertinentes qu'à l'effet d'essayer de déterminer l'état de la conscience publique, et non pour déterminer s'il existe une *opinio juris* quant à la licéité de l'emploi d'une arme en particulier.

Il n'est pas facile, mais il n'est pas impossible de déterminer l'effet d'une norme, et c'est là une tâche à laquelle un tribunal ne peut se dérober en cas de nécessité. Le droit connaît bien ces situations dans lesquelles un tribunal est appelé à faire cela précisément, c'est-à-dire appliquer une règle de droit qui incorpore une norme par le biais de laquelle la règle exerce son effet dans des circonstances données[15].

Une évaluation de nature factuelle peut s'avérer nécessaire. La norme étant fixée par la conscience publique, un certain nombre d'affaires pertinentes dans le domaine public peuvent être notées par le pouvoir judiciaire. Ceci ne se confond pas avec le fait que la Cour n'est pas tenue par les règles techniques régissant l'administration de la preuve en droit interne; elle a recours à une procédure souple. Cela ne signifie pas, bien entendu, qu'elle peut vagabonder; elle doit fixer son attention sur des sources qui font autorité. Parmi celles-ci, il y a l'Assemblée générale. Il a déjà été fait mention de sa toute première résolution du 24 janvier 1946. Cette résolution, qui a été adoptée à l'unanimité, peut être interprétée à bon droit par la Cour comme l'expression de la conscience de la communauté internationale quant à l'inacceptabilité du recours aux armes nucléaires. Il en va de même du Document final de la Dixième session extraordinaire de l'Assemblée générale, adoptée par consensus en 1978, à propos du désarmement. Un certain nombre de résolutions connexes de l'Assemblée générale ont précédé ce Document final ou l'ont suivi. Dans un de ceux-ci, adopté en 1983, l'Assemblée générale a condamné «résolument, sans réserve et à jamais la guerre nucléaire comme contraire à la conscience et à la raison humaines...» (résolution 38/75 du 15 décembre 1983). La résolution n'a pas été adoptée à l'unanimité, mais elle a été votée valablement par l'Assemblée générale agissant dans le cadre de sa compétence propre en matière de désarmement. Indépendamment du point de savoir quel peut être l'effet législatif des résolutions de l'Assemblée générale ou leur influence dans ce domaine, c'est à bon droit que la Cour prendrait en considération le bilan factuel que dresse l'Assemblée de l'état de la «conscience et de la raison humaines» en ce qui concerne l'acceptabilité de l'emploi d'armes nucléaires, et plus particulièrement eu égard au fait que de telles constatations vont généralement dans le sens des autres éléments dont la Cour dispose.

Il est une autre source à laquelle la Cour peut puiser pour établir l'état de la conscience publique en ce qui concerne l'acceptabilité de l'emploi d'armes nucléaires. Elle peut déduire du TNP que la conscience publique, comme cela ressort des positions prises par toutes les parties à ce Traité, estime que l'utilisation des armes nucléaires comporterait des risques graves, et que ces risques rendraient une telle utilisation inacceptable en toute circonstance. Plus exactement, selon moi, la Cour ne saurait interpréter correctement le Traité comme signifiant que toutes les parties ont reconnu que ces risques

---

[15] Voir *CIJ Conclusions, Sud-Ouest africain*, Vol. VIII, p. 258, thèse de M. Gross; *Compétence en matière de pêcheries, CIJ Recueil 1974*, p. 56-57, note 1, opinion individuelle de M. Dillard; et Julius Stone, *Legal System and Lawyers' Reasonings* (Stanford, 1964), pp. 59, 68, 263-264, 299, 305-306, 320 et 346.

peuvent être gérés de manière efficace et responsable par les cinq puissances nucléaires, et non par les autres États. Elle ne saurait non plus soutenir que la conscience publique, telle qu'elle se manifeste dans les positions adoptées par les parties à ce Traité, dit *aujourd'hui* qu'une fois réalisée leur élimination définitive, les armes nucléaires ne pourront pas être utilisées, tout en disant également *aujourd'hui* que l'utilisation de ces armes pourrait être acceptable jusqu'à ce que leur élimination définitive ait été réalisée. S'agissant de la survie de l'humanité, la conscience publique ne saurait dans le même temps se satisfaire d'appliquer une norme d'acceptabilité aujourd'hui et une autre norme pour plus tard. Cela impliquerait une contradiction dans la façon dont elle envisage l'inacceptabilité fondamentale des armes en tant que moyen de guerre susceptible d'anéantir la civilisation. Rien ne permet d'imputer une telle contradiction à la conscience publique; il ne sert à rien d'interdire de détruire la civilisation à l'avenir, tout en acceptant dans le même temps qu'elle puisse, en toute licéité, être détruite aujourd'hui.

Si ce qui précède est correct, la clause de Martens permet de répondre à l'objection des tenants de la licéité, selon laquelle la question de l'Assemblée générale obligerait la Cour à se livrer à des spéculations sur un certain nombre de points. La Cour ne saurait dire à l'avance l'effet exact que produirait telle ou telle utilisation des armes nucléaires. Des situations différentes pourraient se présenter en ce qui concerne la proportionnalité, l'obligation d'établir une distinction entre les combattants et la population civile, l'escalade des conflits, la neutralité, le génocide et l'environnement. La Cour pourrait cependant établir et constater comme un fait que l'emploi d'armes nucléaires comporte des risques réels sous chacun de ses rapports. Elle pourrait ensuite examiner si la conscience publique considère que, eu égard à ces risques, l'emploi de telles armes est acceptable en toute circonstance, et elle pourrait être amenée à découvrir que la conscience publique considère que, eu égard à ces risques, un tel emploi est inacceptable en toute circonstance. La conscience publique joue donc un rôle de médiation qui lui donne une latitude d'évaluation que la Cour n'a pas.

Au bout du compte, après avoir ainsi pris le pouls de la conscience publique, la Cour sera en mesure de dire si la clause de Martens joue en faveur de l'interdiction de l'emploi d'armes nucléaires en toute circonstance. Sur la base des éléments dont elle dispose, la Cour serait en mesure de juger que la clause de Martens joue en faveur d'une telle interdiction.

QUATRIÈME PARTIE. UNE ÉVENTUELLE RÈGLE PROHIBITIVE ANTÉRIEURE A-T-ELLE ÉTÉ MODIFIÉE OU ANNULÉE PAR L'APPARITION D'UNE RÈGLE ULTÉRIEURE?

1. *La position au début de l'ère nucléaire*

L'argument défendu par certains États selon lequel la question de l'Assemblée générale a amené la Cour à spéculer sur des «scénarios» possibles est sous-jacent à la réponse faite par la Cour dans la deuxième phrase de l'alinéa E du paragraphe 2 du dispositif de son avis consultatif, à savoir qu'elle «ne peut ... conclure de façon définitive» à propos du point visé dans ce passage. Si cela signifie que la Cour ne pouvait pas décider sur la base de conjectures, je souscris à cet argument. Mais je ne peux franchir l'étape suivante et accepter (en supposant que cette autre proposition était également voulue) qu'en aucune circonstance, la Cour ne saurait raisonner à partir d'hypothèses. C'est à tort qu'on soutiendrait, comme on le fait parfois, que l'interprétation et l'application de la loi font toujours fi des hypothèses.

Comme dans d'autres domaines de la recherche intellectuelle, une hypothèse peut s'avérer indispensable, dans des limites raisonnables, pour éprouver les limites d'une théorie ou dégager le vrai sens d'une règle. La phrase fameuse «*hypotheses non fingo*» signifiait uniquement le refus des propositions qui passent outre aux données réelles[16]. Les données réelles peuvent elles-mêmes suggérer des possibilités qu'il faudra explorer si la conclusion correcte doit être inférée à partir desdites données.

Telle qu'elle était fixée immédiatement avant l'aube de l'ère nucléaire, la position était que, puisque les armes nucléaires n'existaient pas, il n'y avait et il ne pouvait y avoir, par hypothèse, aucune règle du droit international conventionnel ou coutumier interdisant l'emploi d'armes nucléaires «en tant que telles». Mais on ne saurait soutenir sérieusement que les effets produits par l'emploi d'armes nucléaires, lorsqu'elles ont été inventées plus tard, échapperaient au droit préexistant des conflits armés (voir par. 85-86 de l'avis consultatif et *Shimoda*, plus haut, p. 235-236); on ne saurait se prévaloir de la nouveauté d'une arme pour exiger légitimement une modification des lois de la guerre en vigueur (L. Oppenheim, *International Law, A Treatise*, Vol. II, 7e édition par H. Lauterpacht, p. 469, par. 181a).

Ainsi donc, si, immédiatement avant l'aube de l'ère nucléaire, la question avait été posée de savoir si des effets comme ceux que produirait plus tard l'emploi d'armes nucléaires constitueraient une violation du droit des conflits armés, la Cour serait fondée en droit à affirmer que la réponse aurait été à coup sûr affirmative. Si les effets ainsi produits auraient été interdits par ce droit, il s'ensuit que l'emploi d'armes nucléaires, le jour où celles-ci devinrent une réalité, ne pouvait que constituer une violation de ce droit, à moins, bien entendu, que celui-ci ne soit modifié par l'évolution ultérieure allant dans le sens opposé, comme nous allons le voir ci-après.

2. *La position après le commencement de l'ère nucléaire*

Selon Bacon, le maintien d'une coutume est aussi dérangeant qu'une innovation[17]. En supposant qu'une règle prohibitive existait au commencement de l'ère nucléaire, il resterait donc à examiner si cette règle a été modifiée ou annulée par l'apparition d'une règle nouvelle en sens contraire : le «maintien» de l'interdiction antérieure de l'emploi d'armes nucléaires aurait-il été considéré comme quelque chose de «dérangeant»?

Il importe de tenir compte de l'articulation du débat. Certains États soutiennent qu'il n'existe et qu'il n'a jamais existé une règle interdisant l'emploi d'armes nucléaires. Le commencement de l'ère nucléaire constitue un repère utile pour trancher la question ainsi soulevée. La position telle qu'elle était fixée à ce moment doit être déterminée par référence au droit tel qu'il était fixé à ce moment. Des événements ultérieurs ne sauraient faire partie d'un quelconque processus ayant engendré une quelconque règle à ce sujet à cette époque-là. S'il est permis de conclure que, sur la base du droit tel qu'il existait au commencement de l'ère nucléaire, il y avait alors une règle

---

[16] «Car tout ce qui n'est pas déduit des phénomènes doit être appelé une hypothèse». Voir Sir Isaac Newton, *The Mathematical Principles of Natural Philosophy*, book III, Vol. II, tr. Andrew Motte (Londres, 1968), p. 392; et Derek Gjertsen, *The Newton Handbook* (Londres, 1986), p. 266.

[17] «Of Innovations», in J. Spedding, R.L. Ellis and D.D. Heath (eds.), *The Works of Francis Bacon* (Londres, 1980), Vol. VI, p. 433.

prohibitive, on ne saurait tirer argument d'une pratique ultérieure des États pour contredire cette conclusion en montrant que, contrairement à cette conclusion, il n'y avait pas alors de règle prohibitive. Ce qu'une pratique ultérieure des États peut faire, c'est créer une *opinio juris* à l'appui de l'apparition d'une règle nouvelle modifiant ou annulant la règle ancienne. Mais il n'a pas été avancé que, s'il existait une règle prohibitive au commencement de l'ère nucléaire, celle-ci a été modifiée ou annulée par l'apparition d'une règle ultérieure en sens contraire. Cela étant, il s'ensuit que, s'il existait une règle prohibitive au commencement de l'ère nucléaire, cette règle reste en vigueur.

Cette conclusion est valable, même si on devait soutenir qu'une quelconque règle prohibitive antérieure a été annulée du fait de l'apparition d'une règle ultérieure en sens contraire. L'opposition ferme et de longue date à laquelle se heurte dans les rangs des États non dotés d'armes nucléaires l'argument selon lequel l'emploi d'armes nucléaires est fondé en droit aurait suffi à empêcher l'évolution de l'*opinio juris* requise pour appuyer l'idée de la naissance d'une quelconque règle nouvelle de ce type, et ce, a fortiori dans le cas où la règle antérieure ferait partie du *jus cogens*. Cela aurait été le cas si les principes humanitaires sur lesquels se fondait la règle antérieure avaient ce statut, une possibilité que le paragraphe 83 de l'avis consultatif laisse ouverte.

J'ajouterai un dernier point. On a soutenu que les États dotés de l'arme nucléaire étaient des «États qui sont particulièrement intéressés» au sens du principe ayant trait à la formation d'une règle de droit international coutumier, tel qu'il a été énoncé par la Cour en 1969 (*Affaires du plateau continental de la mer du Nord, CIJ Recueil 1969*, p. 43, par. 74) et que, en effet, «en l'espèce, une pratique de la menace ou de l'emploi des armes nucléaires ne pourrait venir que des États auxquels le statut d'État doté d'armes nucléaires a été reconnu» (C.R. 95/24, p. 3). L'argument est intéressant, mais il ne convainc pas. Lorsque ce qui est en jeu, c'est la licéité de l'emploi d'une arme susceptible d'anéantir l'humanité et donc tous les États, la question de savoir quels sont les États particulièrement intéressés vise non la propriété de l'arme, mais les conséquences de son utilisation. De ce point de vue, tous les États sont également intéressés, car, à l'instar de ceux qui y habitent, ils ont tous le même droit d'exister.

Pour ces raisons, l'existence antérieure d'une règle prohibitive étant acquise, la Cour pouvait estimer que la position prise par un très grand nombre, sinon la plupart des États non dotés d'armes nucléaires aurait eu pour effet d'empêcher la formation de l'*opinio juris* requise pour appuyer la création d'une règle nouvelle annulant la règle ancienne. La règle prohibitive ancienne se serait donc maintenue jusqu'à ce jour.

CINQUIÈME PARTIE. LES TRAITÉS DE DÉNUCLÉARISATION ET LE TNP

Certains États veulent voir dans les traités de dénucléarisation régionale et dans le TNP et autres accords connexes une pratique des États attestant la non-existence d'une règle prohibitive. Selon eux, ces arrangements ne peuvent s'expliquer que si on admet que les États qui les ont conclus considéraient l'emploi d'armes nucléaires comme licite. Ils soulignent que, depuis un demi-siècle, les États dotés de l'arme nucléaire possèdent et déploient ouvertement des armes nucléaires dans le cadre de l'une ou l'autre politique de la dissuasion nucléaire; que c'est un fait bien connu que plusieurs États non dotés d'armes nucléaires s'abritent sous le parapluie nucléaire d'un État doté de l'arme nucléaire; que les États dotés de l'arme nucléaire et autres États qui

s'abritent sous un parapluie nucléaire représentent une partie importante de la communauté internationale; que certains éléments des garanties de sécurité négatives et positives données par les États dotés de l'arme nucléaire impliquent nécessairement la reconnaissance par les États non dotés d'armes nucléaires que celles-ci peuvent être employées licitement; que le Conseil de sécurité, dans sa résolution 984 (1995), a pris acte avec satisfaction des déclarations dans lesquelles les États dotés de l'arme nucléaire ont donné ces assurances; et que les États non dotés d'armes nucléaires n'ont pas protesté contre ces assurances ou contre la satisfaction ainsi exprimée. Que faut-il penser de ces arguments?

La position, si l'on se place au commencement de l'ère nucléaire, était soit qu'il n'existait pas de règle interdisant aux États de produire des effets du type de ceux qui seraient produits plus tard par les armes nucléaires, soit qu'il existait une telle règle prohibitive. Dans le premier cas, il n'est pas nécessaire d'examiner de manière approfondie si la pratique ultérieure des États a introduit une règle prohibitive, car la position bien connue des États dotés de l'arme nucléaire et des États non dotés d'armes nucléaires s'abritant sous un parapluie nucléaire, ce qui représente une partie importante de la communauté internationale, aurait empêché la cristallisation de l'*opinio juris* requise pour créer une telle règle : la non-existence d'une règle prohibitive continuerait jusqu'à ce jour, et les tenants de la licéité auraient raison.

Dans le second cas, s'il existait antérieurement une règle prohibitive, il n'est pas nécessaire non plus d'examiner en détail la pratique ultérieure des États. Comme on l'a déjà dit, si, en partant du droit tel qu'il était fixé au commencement de l'ère nucléaire, on constate qu'il existait alors une règle prohibitive, cette constatation concernant l'état du droit à cette époque ne peut être contredite par une évolution ultérieure. On ne peut tenir compte d'une telle évolution qu'à l'effet de déterminer si elle représentait une pratique des États ayant donné naissance à une règle nouvelle qui a modifié ou annulé la règle prohibitive antérieure. Mais dans ce cas, la position bien connue de la majorité des États non dotés d'armes nucléaires, qui représentent également une partie importante de la communauté internationale, aurait empêché la formation de l'*opinio juris* requise pour créer une règle modifiant ou annulant la règle prohibitive antérieure. Cette dernière aurait donc continué jusqu'à ce jour, et les tenants de l'illicéité ont raison.

Dans les deux cas, il n'est donc pas nécessaire d'examiner en détail l'évolution ultérieure. Comme les traités de dénucléarisation régionale et le TNP ont donné lieu à de nombreuses discussions, je dirai cependant un mot à ce sujet. Selon moi, la Cour pourrait estimer qu'ils n'attestent pas que les tenants de l'illicéité ont accepté la licéité de l'emploi d'armes nucléaires.

*

Parlons pour commencer des traités de dénucléarisation régionale. Pour plus de commodité, je m'en tiendrai à un seul d'entre eux, le Traité de Tlatelolco de 1967. Dans le préambule de ce traité, les États signataires affirmaient que la «prolifération des armes nucléaires» semblait «inévitable à moins que les États, dans l'exercice de leurs pouvoirs souverains, ne s'imposent des restrictions pour l'empêcher». Comme le Traité concernait le fait tant de la possession que de l'emploi, il faut être attentif à l'argument selon lequel cette déclaration reconnaissait l'existence d'un droit souverain d'employer de telles armes. Ce raisonnement présente cependant une faille, si l'on considère

qu'il est dit également dans le préambule que ces armes «constituent ... une atteinte à l'intégrité de l'espèce humaine et risquent de rendre finalement toute la terre inhabitable». On interpréterait mieux le Traité en disant qu'il visait objectivement à mettre en place un régime garantissant que l'Amérique latine serait exempte d'armes nucléaires, étant donné qu'il existait effectivement de telles armes et qu'elles pouvaient être effectivement employées; le Traité ne se fondait pas sur l'hypothèse qu'il existait un droit d'employer des armes qui risquaient «de rendre finalement toute la terre inhabitable». Les réserves ou déclarations faites par les États dotés de l'arme nucléaire lors de la signature ou de la ratification du Protocole II au Traité reposaient sur l'hypothèse qu'il existait un tel droit; mais il est risqué de conclure que les États parties au Traité ont, par leur silence, donné leur aval à cette hypothèse, eu égard au fait que, tant avant qu'après la conclusion du Traité, un grand nombre d'entre eux ont déclaré publiquement, par le biais de l'Assemblée générale ou par d'autres moyens, que l'emploi de telles armes serait un crime.

*

Le TNP demande qu'on s'y attarde plus longuement, car il a fait l'objet d'un débat plus serré. Certains États, ou l'un ou l'autre d'entre eux, ont soutenu que le droit d'employer des armes nucléaires faisait partie du droit naturel de légitime défense; que le droit naturel de légitime défense était un droit inaliénable; qu'il s'agissait d'un droit fondamental et primordial; que c'était le droit le plus fondamental de tous; mais que des restrictions pouvaient y être apportées par des dispositions conventionnelles expresses. En conséquence, certains États pouvaient très bien convenir d'y renoncer. Toujours selon cette thèse, l'acceptation du droit de posséder de telles armes en vertu du TNP vaut reconnaissance du droit d'employer celles-ci.

*

Ces arguments ont du poids et doivent être examinés soigneusement. Une première difficulté tient au fait que le droit d'employer des armes nucléaires est caractérisé comme faisant partie du droit de légitime défense. Si cette caractérisation est correcte, on voit mal comment les tenants de l'illicéité, qui étaient parties au TNP, auraient pu volontairement renoncer à une partie importante de leur droit naturel de légitime défense tout en acceptant que les États dotés de l'arme nucléaire conservent ce droit dans son intégralité. Aux termes du troisième alinéa du TNP, le traité a été conclu «en conformité avec les résolutions de l'Assemblée générale de l'Organisation des Nations Unies demandant la conclusion d'un accord sur la prévention d'une plus grande dissémination des armes nucléaires». Au nombre de ces résolutions figure la résolution 2028 (XX) du 19 novembre 1965, dans le paragraphe 2 b) duquel il est dit qu'un traité de non-prolifération «devra établir un équilibre acceptable de responsabilités et d'obligations mutuelles entre puissances nucléaires et puissances non nucléaires». On voit mal comment cette prescription pourrait se traduire de façon acceptable par un exercice asymétrique d'un droit aussi fondamental que le droit naturel de légitime défense.

Il est difficile également d'admettre que ce qui est inaliénable pour certains États est aliénable pour d'autres. En vertu de sa souveraineté, un État peut convenir de limiter l'exercice de sa compétence, mais on peut se demander

jusqu'où il peut le faire sans perdre son statut en tant qu'État[18]. Le droit de légitime défense étant un droit «naturel» d'un État, il n'est pas possible de concevoir un État qui n'aurait pas cette caractéristique. Voir, par exemple, la résolution 49/10 du 3 novembre 1994 dans laquelle l'Assemblée générale réaffirme «que la République de Bosnie-Herzégovine, État souverain, indépendant et Membre de l'Organisation des Nations Unies, est fondée en droit à se prévaloir de tous les droits prévus dans la Charte des Nations Unies, y compris le droit de légitime défense conformément à l'Article 51 de ladite Charte». Les dispositions prévues pour l'exercice du droit de légitime défense sont une chose différente. Mais, pour ce qui est du droit lui-même, s'il comporte le droit d'employer des armes nucléaires, ce dernier droit n'est assurément pas négligeable. C'était sans doute pour cette raison que, dans une demande parallèle d'avis consultatif présentée par l'Organisation mondiale de la santé, il a été soutenu que «dénier à la victime d'une agression le droit d'employer les seules armes qui pourraient la sauver serait tourner en dérision le droit naturel de légitime défense»[19]. L'argument se comprend, si l'on admet la prémisse que le droit d'employer des armes nucléaires fait partie du droit naturel de légitime défense. La question est de savoir si cette prémisse est exacte. Car, si c'est le cas, il devient du même coup difficile de voir comment les États non dotés d'armes nucléaires qui étaient parties au TNP auraient pu vouloir renoncer à un élément aussi essentiel de leur droit naturel de légitime défense.

Il est possible de concevoir que les États non dotés d'armes nucléaires seraient convenus, en raison du danger que constituaient les armes nucléaires, de ne pas acquérir de telles armes, en se fondant sur l'idée que les États dotés de l'arme nucléaire, qui possédaient déjà de telles armes, prendraient des mesures pour les éliminer. Il est plus difficile de concevoir que les États non dotés de l'arme nucléaire auraient accepté, compte tenu du danger constitué par ces armes, de se priver de la possibilité d'employer de telles armes dans l'exercice de leur droit naturel de légitime défense, tout en acceptant cependant que de telles armes, nonobstant le même danger, puissent être employées licitement par les États dotés de l'arme nucléaire dans l'exercice de leur propre droit naturel de légitime défense et puissent être utilisées dans certaines circonstances contre les États non dotés d'armes nucléaires. La Cour ne saurait faire sienne une conception aussi déséquilibrée du régime TNP sans donner son aval à la thèse discutable selon laquelle le TNP visait moins à empêcher la prolifération d'une arme dangereuse qu'à garantir le monopole de son emploi à une minorité d'États. Pour bien interpréter le Traité, il faut tenir compte de cette manière différente d'en percevoir les objectifs.

Un autre domaine où il pourrait y avoir une disparité du point de vue de l'arme nucléaire concerne les États qui ne sont pas parties au TNP et les États non dotés de l'arme nucléaire qui sont parties au TNP. Selon les tenants de la licéité, les premiers cités seraient fondés en droit à employer des armes nucléaires dans le cadre de la légitime défense, alors que les derniers auraient renoncé à l'exercice de ce droit même à l'égard des premiers. En effet, un État non doté d'armes nucléaires qui est partie au TNP ne pouvant posséder d'armes nucléaires sans violer le Traité, il s'ensuit qu'il ne peut recourir à la menace

---

[18] Voir la thèse de M. Yasseen in *CIJ Conclusions, Interprétation de l'Accord du 25 mars 1951 entre l'OMS et l'Égypte*, p. 298-299.

[19] Déclaration du Gouvernement du Royaume-Uni, in *Licéité de l'utilisation des armes nucléaires par un État dans un conflit armé (Demande d'avis consultatif)*, par. 24.

ou à l'emploi d'armes nucléaires même à l'égard des États qui ne sont pas parties au Traité, bien que ceux-ci, n'étant pas tenus par le Traité, puissent avoir entrepris de mettre au point, d'acquérir ou de posséder de telles armes. De ce fait, un État non doté d'armes nucléaires qui est partie au TNP se trouverait empêché par le Traité d'exercer pleinement son droit naturel de légitime défense conformément à l'Article 51 de la Charte, nonobstant le fait qu'un État qui n'est pas partie au Traité serait habilité à employer de telles armes dans l'exercice de son propre droit naturel de légitime défense conformément à cet Article.

*

Compte tenu de ces difficultés, il faut établir une distinction entre le droit naturel de légitime défense et les moyens qui permettent de l'exercer. Un État qui recourt à la force dans le cadre de la légitime défense agit licitement selon le *jus ad bellum*. Mais que cet État agisse licitement ou illicitement selon le *jus ad bellum*, s'il a recours effectivement à la force, il doit toujours le faire de la manière prescrite par le *jus in bello*. C'est ce même *jus in bello* qui détermine si tel moyen de guerre est ou non permissible. Lorsque le *jus in bello* interdit donc l'emploi d'une arme donnée, cette interdiction ne constitue pas un déni du droit de légitime défense de l'État attaqué : simplement, le droit naturel de légitime défense énoncé à l'Article 51 de la Charte n'englobe pas l'emploi de l'arme en question. La réponse licite à la situation critique de l'État victime se trouve dans le principe énoncé, le 19 février 1948, par le Tribunal militaire des États-Unis à Nuremberg, selon lequel les règles du droit international doivent être respectées, même s'il en résulte la perte d'une bataille, voire de la guerre. L'opportunité ou la nécessité ne peuvent justifier la violation de ces règles[20].

On peut considérer raisonnablement que les tenants de l'illicéité qui étaient parties au TNP n'ont pas estimé qu'ils renonçaient à une partie importante de leur droit naturel de légitime défense, mais qu'ils tenaient compte de ce que le droit naturel de légitime défense d'un État ne comportait pas le droit d'employer des armes nucléaires. S'ils avaient estimé que le droit d'employer des armes nucléaires faisait partie intégrante d'un droit aussi fondamental que le droit naturel de légitime défense, on a peine à comprendre pourquoi ils auraient entendu accepter que de telles armes puissent être employées par certains et non par tous. Par ailleurs, s'ils ont tenu compte de ce que le droit d'employer de telles armes ne faisait pas partie de leur droit naturel de légitime défense, cette considération détermine ou en tout cas qualifie et explique les accords TNP, y compris la prorogation décidée en 1995, les garanties de sécurité positives et négatives et les déclarations faites au Conseil de sécurité dont il est question dans la résolution 984 (1995) du Conseil de sécurité. Comme le représentant des Îles Salomon l'a signalé, tous ces arrangements s'inscrivaient dans un processus délibéré d'élimination des armes nucléaires; les interpréter comme impliquant l'acceptation par les États non dotés d'armes nucléaires de la licéité de l'emploi de ces armes n'est pas convaincant. En réponse à un argument selon lequel «le Traité assurait aux États

[20] L'affaire *List, Trials of War Criminals Before the Nuremberg Military Tribunals Under Control Council Law No. 10*, (Washington, 1950), Vol. XI, p. 1272; voir aussi, ibid, p. 1236 et 1254. Voir aussi les observations du Tribunal militaire des États-Unis à Nuremberg dans l'affaire *Krupp, Annual Digest and Reports on Public International Law Cases*, 1948, p. 628.

dotés de l'arme nucléaire une base légale pour le maintien de leur armement nucléaire», le représentant de la Nouvelle-Zélande a déclaré, à bon droit me semble-t-il, que

> «la raison d'être du Traité ... est fondée sur la reconnaissance de la différence intrinsèque des armes nucléaires. On était parvenu à la conclusion que, du fait du potentiel destructif exceptionnel de ces armes, et la nature humaine étant ce qu'elle est, la seule option qui restait à l'humanité, c'était de se débarrasser totalement de ces armes. Ces armes représentent une menace qui compromet la sécurité de toute la communauté internationale. Elles représentent également une menace, ainsi qu'un défi pour l'ordre juridique international lui-même.» (CR 95/28, p. 36)

Compte tenu de ce qui précède, voici comment la Cour pourrait interpréter le TNP. Comme indiqué dans le préambule, toutes les parties, tant les États dotés de l'arme nucléaire que les États non dotés d'armes nucléaires, ont reconnu «les dévastations qu'une guerre nucléaire ferait subir à l'humanité entière...» Il fallait donc enrayer la prolifération des armes nucléaires, et les États qui, selon leurs propres déclarations, possédaient déjà de telles armes devaient les éliminer. Comme cela prendrait du temps, les États dotés de l'arme nucléaire continueraient nécessairement d'en posséder jusqu'à leur élimination finale. On prenait acte d'une situation qu'il n'était pas possible de changer du jour au lendemain et que l'on admettait à titre transitoire; on ne reconnaissait pas le droit d'employer ces armes, car cela aurait été en contradiction avec les affirmations réitérées faites par de nombreux États non dotés d'armes nucléaires, par le biais des résolutions de l'Assemblée générale et par d'autres moyens, tant avant la conclusion du TNP qu'après celle-ci, à savoir que l'emploi de telles armes irait à l'encontre de la Charte, des règles du droit international et des lois de l'humanité, et serait un crime contre l'humanité et la civilisation.

*

Il reste à examiner si cette conclusion est affaiblie par les garanties de sécurité données par les États dotés de l'arme nucléaire aux États non dotés d'armes nucléaires. Par contraste avec les réserves dont quatre des cinq États dotés de l'arme nucléaire ont assorti leurs garanties négatives, réserves affirmant le droit d'employer les armes nucléaires dans certaines circonstances contre les États non dotés d'armes nucléaires, les garanties positives n'énonçaient pas un engagement d'employer des armes nucléaires pour venir au secours d'un État non doté d'armes nucléaires attaqué avec des armes nucléaires et n'impliquaient dont pas la revendication du droit d'employer des armes nucléaires. Toutefois, les garanties négatives impliquent clairement l'existence du droit d'employer des armes nucléaires; il n'y a pas lieu de s'attarder là dessus. La question est de savoir si la revendication de ce droit a été acceptée par la communauté internationale.

On examinera pour commencer la réaction du Conseil de sécurité. Au paragraphe 1 de la résolution 984 (1995) du Conseil de sécurité, qui a été adoptée à l'unanimité, il est indiqué que celui-ci

> «[p]rend acte avec satisfaction des déclarations faites par chacun des États dotés de l'arme nucléaire (S/1995/261, S/1995/262, S/1995/263, S/1995/264, S/1995/265), dans lesquelles ceux-ci ont

> donné aux États non dotés d'armes nucléaires qui sont parties au Traité sur la non-prolifération des armes nucléaires des garanties de sécurité contre l'emploi de telles armes.»

On a soutenu que la «satisfaction» avec laquelle le Conseil de sécurité a pris acte des déclarations faites par chacun des États dotés de l'arme nucléaire impliquait qu'il reconnaissait le droit d'employer des armes nucléaires, et ceci, plus particulièrement à la lumière de la réaffirmation au paragraphe 9 de la résolution du droit naturel de légitime défense que l'Article 51 de la Charte reconnaît. Cet argument a du poids et doit nous amener à rechercher ce qui suscitait la «satisfaction» du Conseil.

L'accent du paragraphe 1 de la résolution, vu dans le contexte et en particulier à la lumière du préambule, était mis sur le fait objectif que des garanties de sécurité négatives avaient été données dans lesdites déclarations; il était fait mention des déclarations des États dotés de l'arme nucléaire en tant que constituant des déclarations «dans lesquelles ceux-ci ont donné aux États non dotés d'armes nucléaires ... des garanties de sécurité contre l'emploi de telles armes...» La résolution ne se référait pas aux déclarations en tant que constituant des déclarations dans lesquelles les États dotés de l'arme nucléaire «se réservaient le droit d'employer des armes nucléaires dans certains circonstances contre les États non dotés d'armes nucléaires», comme elle aurait pu le faire si le Conseil avait entendu indiquer que sa satisfaction s'étendait à cet objet. Le Conseil ne pouvait s'exprimer de la sorte à propos des cinq États dotés de l'arme nucléaire, l'un d'eux, à savoir la Chine, ne s'étant pas réservé un tel droit (voir par. 59 c) de l'avis consultatif de la Cour). Au contraire, au paragraphe 2 de sa déclaration, la Chine avait dit que «[l]a Chine s'engage à ne jamais avoir recours en premier aux armes nucléaires, quelles que soient les circonstances»; elle faisait donc tout, sauf se réserver un tel droit. On pourrait soutenir que cette déclaration impliquait néanmoins l'existence du droit d'employer des armes nucléaires. Cependant, la question est de savoir comment il faut interpréter l'expression par le Conseil de sécurité de sa «satisfaction». La Cour ne saurait dire raisonnablement que la «satisfaction» du Conseil devait s'entendre comme visant aussi les réserves faites par quatres des cinq États dotés de l'arme nucléaire par lesquelles ils se réservaient le droit d'employer des armes nucléaires contre les États non dotés d'armes nucléaires, sans dire aussi que sa satisfaction visait également l'engagement de la Chine, tout différent, de ne «jamais» avoir recours aux armes nucléaires contre les États non dotés d'armes nucléaires, «quelles que soient les circonstances».

En définitive, les tenants de l'illicéité, à la lecture du texte de la résolution, n'auraient pas pensé que la «satisfaction» exprimée par le Conseil de sécurité visait aussi ces aspects des déclarations dans lesquels quatre des cinq États dotés de l'arme nucléaire se réservaient le droit d'employer des armes nucléaires contre les États non dotés d'armes nucléaires dans certaines circonstances, dont une situation dans laquelle des armes nucléaires n'étaient pas employées en premier contre les États dotés de l'arme nucléaire qui se réservaient et exerçaient un tel droit. Pour sa part, la Cour ne saurait interpréter la «satisfaction» exprimée par le Conseil de sécurité comme visant à affirmer l'existence d'un tel droit, sans l'interpréter également comme l'affirmation que, aux yeux du Conseil de sécurité, il existait deux groupes d'États juridiquement distincts, en ce sens qu'un groupe était fondé en droit à employer des armes nucléaires contre l'autre groupe dans certaines circonstances, alors que celui-ci ne serait fondé en droit à utiliser des armes contre le premier groupe en aucune circonstance. La Cour devrait bien réfléchir

avant d'imputer une telle vue au Conseil de sécurité. Dans des circonstances où l'on savait que l'existence du droit d'employer des armes nucléaires était contesté, la «satisfaction» exprimée par le Conseil de sécurité dans sa résolution peut s'interpréter raisonnablement comme visant le fait que les États dotés de l'arme nucléaire avaient «donné aux États non dotés d'armes nucléaires ... des garanties de sécurité contre l'emploi de telles armes...», comme cela est indiqué dans la résolution elle-même, en dehors de toute intention de reconnaître l'existence du droit d'employer de telles armes en esquivant la question débattue, qui était de savoir s'il existait un tel droit.

Un argument qui ne manque pas de poids se fonde sur le fait qu'au paragraphe 9 de sa résolution, le Conseil de sécurité a réaffirmé «le droit naturel de légitime défense, individuelle ou collective, que l'Article 51 de la Charte reconnaît à un Membre des Nations Unies qui est l'objet d'une agression armée, jusqu'à ce que le Conseil de sécurité ait pris les mesures nécessaire pour maintenir la paix et la sécurité internationales». Cette déclaration ne se référait pas au droit d'employer des armes nucléaires, mais on soutient que, dans le contexte où elle a été faite, elle impliquait qu'aux yeux du Conseil de sécurité, le droit naturel de légitime défense comprenait le droit d'employer des armes nucléaires. Il ne semble pas, cependant, que le bien-fondé de cette interprétation du paragraphe 9 de la résolution ait été admis par ceux des États non dotés d'armes nucléaires qui ont pris la parole devant le Conseil de sécurité. Pour sa part, la Malaisie a dit que «[c]e paragraphe écarte la question de la légalité de l'emploi d'armes nucléaires, car il justifie l'emploi ou la menace de l'emploi d'armes nucléaires en cas de légitime défense» (S/PV.3514, 11 avril 1995, p. 15). Ainsi donc, même si le paragraphe 9 pouvait être interprété comme une tentative de justifier la menace ou l'emploi d'armes nucléaires en cas de légitime défense, la Malaisie a estimé que le paragraphe n'était pas parvenu à ses fins, et n'avait fait qu'écarter la question. L'Égypte s'est associée à l'Indonésie en tant que «s'exprimant ... au nom des États non alignés»; la déclaration faite par l'Indonésie ne donne pas à penser qu'elle entendait abandonner la position connue de ce groupe d'États sur la question de la licéité. L'un d'eux a rappelé expressément qu'«[à] la quarante-neuvième session de l'Assemblée générale, la communauté internationale a décidé de solliciter un avis consultatif de la Cour internationale de justice pour savoir s'il est des circonstances où la menace ou l'emploi de l'arme nucléaire sont permis par le droit international» (ibid., p. 6). Et l'Inde d'ajouter : «Il est permis d'espérer qu'en présentant un tel projet de résolution, les États nucléaires ne disent aux non-membres du TNP que les États nucléaires peuvent utiliser l'arme nucléaire contre lesdits non-membres. Il y a là des implications trop effrayantes pour qu'on les envisage» (ibid.). Même si la résolution du Conseil de sécurité contenait la moindre implication que le Conseil considérait l'emploi d'armes nucléaires comme licite, l'argument selon lequel les tenants de l'illicéité acceptaient le bien-fondé de cette implication n'est donc pas fondé.

La question peut être envisagée ensuite du point de vue plus général de l'attitude adoptée par les tenants de l'illicéité par rapport aux garanties de sécurité. Ont-ils par leur attitude laissé entendre qu'ils suivaient les États dotés de l'arme nucléaire lorsque ceux-ci affirment l'existence du droit d'employer des armes nucléaires? En particulier, peut-on déduire un tel acquiescement du fait que les États non dotés d'armes nucléaires ont estimé nécessaire d'obtenir de telles assurances?

Pour bien apprécier cette attitude, il faut tenir compte des éléments ci-après. La possession continue, fût-ce à titre temporaire, d'armes nucléaires par les États dotés de l'arme nucléaire présentait manifestement des risques pour

les États non dotés d'armes nucléaires. Il s'imposait raisonnablement pour ces derniers d'obtenir des assurances contre toute menace ou tout emploi de ces armes. La Malaisie et le Zimbabwe ont fait valoir que, *mutatis mutandis*, les pactes de non-agression étaient monnaie courante dans les relations internationales bien après que l'illicéité de l'agression eut intégré le corps du droit coutumier (réponses communes de la Malaisie et du Zimbabwe aux questions posées par le Vice-Président Schwebel le 3 novembre 1994, réponse à la deuxième question). Il peut être nécessaire de faire face à des réalités d'une manière pragmatique; mais tout arrangement conçu à cet effet n'entérine pas la licéité desdites réalités. Ceci est particulièrement vrai sur le plan des relations internationales. Eu égard également à la puissance des armes en question, la Cour pouvait estimer qu'il n'y a aucune contradiction entre la position prise à l'Assemblée générale par les États non dotés d'armes nucléaires selon laquelle l'emploi d'armes nucléaires est un crime et le fait qu'ils ont accepté de la part des États qui possédaient néanmoins de telles armes les assurances que celles-ci ne seraient pas employées contre eux. On rappellera ici l'observation de M. Alvarez, pour qui «[u]n raisonnement poussé à l'extrême peut facilement conduire à des absurdités» (*Anglo-Iranian Oil Co., CIJ Recueil 1952*, p. 126, opinion dissidente). Il n'est pas rare dans les relations internationales de mettre de côté un problème juridique pour faciliter la réalisation d'un objectif. Selon moi, la position prise par certains des États dotés de l'arme nucléaire est que c'était sur cette base qu'ils ont participé à certaines négociations dans le domaine du droit humanitaire.

*

Il faut également avoir à l'esprit qu'il ne suffit pas de prouver des actes ou des omissions dont on prétend qu'ils constituent une pratique des États et qu'il faut encore essayer des les interpréter. Le fait que des États ont le sentiment que la réalité les contraint à agir comme ils le font ne suffit pas à exclure qu'on interprète leurs actes comme faisant partie de la pratique des États, à condition toutefois qu'ils agissent en ayant la conviction de se conformer à ce qu'ils considèrent comme une obligation juridique. «La nécessité de pareille conviction, c'est-à-dire l'existence d'un élément subjectif, est implicite dans la notion même d'*opinio juris sive necessitatis*.» (*Affaires du plateau continental de la Mer du Nord, CIJ Recueil 1969*, p. 44.) Parlant des actions qui pourraient attester une *opinio juris sive necessitatis*, Lauterpacht excepte un comportement qui n'a été accompagné d'aucune intention de la sorte (Sir Hersch Lauterpacht, *The Development of International Law by the International Court* (Londres, 1958), p. 380). Ainsi, l'intention joue un rôle essentiel. On ne peut s'assurer qu'elle existe en analysant au microscope les éléments épars qui composent une réalité vaste et mouvante, il faut embrasser le tableau d'un seul coup d'oeil. En procédant de la sorte en l'espèce, la Cour pouvait se convaincre que les éléments dont on prétend qu'ils attestent la reconnaissance par les tenants de l'illicéité de l'existence d'un droit d'employer des armes nucléaires ne démontrent pas une intention de consentir cette reconnaissance.

*

J'ajouterai que je ne suis pas convaincu que la résolution 255 (1968) du Conseil de sécurité en date du 19 juin 1968, à laquelle la Cour se réfère aux paragraphes 59 et 61 de son avis consultatif, apporte des éléments nouveaux. La question reste de savoir si la résolution visait le fait objectif de l'existence

d'armes nucléaires et de la possibilité qu'elle puisse être effectivement employée ou si elle affirmait, directement ou indirectement, l'existence du droit d'employer de telles armes.

*

En résumé, en faisant le plus grand cas de tous les éléments invoqués par les tenants de la licéité, la Cour pourrait juger que ces éléments ne suffisent pas pour écarter le fait que les tenants de l'illicéité continuent d'affirmer que la menace ou l'emploi d'armes nucléaires est illicite. Il s'ensuivrait que les difficultés fondamentales relevées plus haut subsistent. Si, comme je le pense, on peut établir qu'au vu du droit tel qu'il était fixé au commencement de l'ère nucléaire, il existait alors une règle prohibitive, ce constat de l'état du droit à ce moment-là ne peut être contredit par une pratique ultérieure contraire des États; tout au plus, une pratique ultérieure contraire des États pourrait-elle donner naissance à une règle nouvelle annulant ou modifiant la règle ancienne. Mais la position adoptée par la plupart des États non dotés d'armes nucléaires rendrait impossible la formation de l'*opinio juris* requise pour appuyer la création d'une règle nouvelle annulant la règle ancienne, et ce, a fortiori si celle-ci faisait partie du *jus cogens*. La règle prohibitive antérieure resterait donc en vigueur jusqu'à ce jour.

SIXIÈME PARTIE. CONCLUSION

Juger qu'il existe un droit d'employer des armes nucléaires serait difficilement compatible avec l'observation ci-après de la Cour : «le pouvoir destructeur des armes nucléaires ne peut être endigué ni dans l'espace ni dans le temps. Ces armes ont le pouvoir de détruire toute civilisation, ainsi que l'écosystème tout entier de la planète» (Avis consultatif, par. 35). L'affirmation de l'existence d'un droit dont l'exercice aurait des résultats aussi catastrophiques équivaudrait pratiquement à appliquer à la lettre la maxime *fiat justitia ruat coelum*. M. Carneiro pensait «qu'aujourd'hui aucun juge ne peut suivre aveuglément la trop vieille règle *fiat justitia, pereat mundus*» (*Affaire des Minquiers et des Ecréhous, CIJ Recueil 1953*, p. 109, opinion individuelle). Il semblerait à tout le moins curieux qu'une juridiction mondiale se considérât tenue en droit de conclure qu'un État a le droit, fût-ce dans des circonstances limitées, d'anéantir la planète. La noble mission de la Cour ne devrait-elle pas être qualifiée par la maxime *fiat justitia ne pereat mundus*?

Le danger que représente cette dernière maxime, c'est qu'elle pourrait entraîner la Cour à agir comme un législateur. Dans le cours de la procédure, il lui a été rappelé à juste titre que cela lui est interdit. Selon le Tribunal militaire des États-Unis, il n'appartient pas aux tribunaux d'écrire le droit international tel qu'ils souhaiteraient qu'il soit, ils doivent l'appliquer tel qu'il est (Affaire *List*, *supra*, p. 1249). Ainsi donc, H. Lauterpacht a fait observer que «[l]e souci de ne pas empiéter sur le domaine du législatif est une manifestation légitime de prudence judiciaire». Mais il a ajouté : «Si on exagère [ce souci], il peut revenir à un refus de remplir une des tâches appartenant au domaine de la Cour tel que le définit le Statut» (*Admissibilité de l'audition de pétitionnaires par le Comité du Sud-Ouest africain, CIJ Recueil 1956*, p. 57, opinion individuelle). Le danger de légiférer surgit non seulement lorsqu'un tribunal essaie d'élaborer une loi alors qu'il n'en existe pas une, mais aussi lorsqu'il n'applique pas la loi telle qu'elle existe; cette ambition peut être considérée comme équivalant à un droit de législation que s'arrogerait le juge pour abroger la loi en vigueur.

Il est exact que le droit international règle les relations entre des États souverains. Toutefois, comme on l'a fait observer, la souveraineté ne signifie pas que ces relations sont celles de billes de billard qui s'entrechoquent mais ne coopèrent pas. Le processus visant à renforcer la cohésion est avancé, mais il n'est pas et il ne sera peut-être jamais suffisamment avancé pour qu'on puisse lui appliquer pleinement l'observation de Cicéron selon laquelle «la solidité d'un État dépend dans une très grande mesure de ses décisions judiciaires»[21]. Toutefois, le sens général de cette observation n'est pas entièrement perdu : le rôle de la Cour ne doit pas être surestimé, mais il ne faut pas pour autant méconnaître sa responsabilité. Il y a encore beaucoup à faire pour rappeler aux juristes internationaux leurs obligations. Selon Jenks, nous n'avons pas affaire à la routine des certitudes établies de la vie, mais nous nous trouvons souvent aux prises avec les grandes questions non résolues dont dépend l'avenir du monde[22]. L'affaire qui nous occupe illustre parfaitement cette vérité.

*

Pour rappeler ce qui a été dit au début de la présente opinion, la grande question non résolue dont dépend l'avenir du monde consiste à concilier le besoin impérieux d'un État de se défendre avec le besoin non moins impérieux de garantir que, ce faisant, il ne compromet pas la survie de l'espèce humaine. Le droit humanitaire, dit-on, doit être interprété comme admettant une exception qui permet à un État d'employer des armes nucléaires dans le cadre de la légitime défense lorsque sa survie est en jeu, c'est-à-dire même si un tel emploi constituerait autrement une violation de ce droit, et cela au motif qu'aucun système juridique n'oblige ceux qui y sont assujettis à commettre un suicide. Tel est l'argument qui sous-tend la deuxième phrase de l'alinéa E du paragraphe 2 du dispositif de l'avis consultatif de la Cour.

L'implication de cette partie de la réponse de la Cour est que, selon elle, il est possible que l'emploi d'armes nucléaires soit licite «dans une circonstance extrême de légitime défense dans laquelle la survie même d'un État serait en cause», et donc même si cela constituerait autrement une violation du droit humanitaire. Ce que la Cour a ainsi entendu laisser dans le domaine du possible prend une consistance plus ferme à la lumière de l'affaire du *Lotus*, telle qu'elle est généralement comprise. Lorsque la Cour dit qu'elle ne peut se prononcer de façon définitive, elle dit qu'elle ne peut se prononcer définitivement sur le point de savoir s'il existe ou non une règle prohibitive. Si la Cour se trouve dans la position de ne pouvoir se prononcer définitivement sur le point de savoir s'il existe ou non une règle prohibitive, on peut soutenir que, sur la base de cette affaire [du *Lotus*], la présomption joue en faveur du droit des États d'agir sans être contraints par aucune règle de cette nature. En conséquence, la Cour entendait signifier que les États sont fondés en droit à employer des armes nucléaires. Si ce n'est pas cela qu'elle entendait signifier, cette partie de la réponse n'a pas été bien conçue.

Ainsi donc, sans égard au caractère cruel ou excessif des souffrances infligées, la réalisation des circonstances indiquées pourrait créer une exception à l'application du droit humanitaire, comme semble l'indiquer le mot

---

[21] *Cicéron, Selected Works*, tr. Michael Grant (Londres, 1960), p. 36.

[22] C.W. Jenks, *The Common Law of Mankind* (Londres, 1958), p. 416.

«généralement» employé dans la première partie de cet alinéa de la réponse de la Cour. Une loi peut certes prévoir des exceptions à son application. Cependant, dans l'état actuel, rien ne permet de dire que le droit humanitaire prévoit une exception à l'effet d'accommoder les circonstances envisagées par la Cour. Selon moi, si on admettait que le droit humanitaire peut être mis de côté dans les circonstances indiquées, on se trouverait en porte à faux avec ce qui a été allégué à plusieurs reprises et à juste titre, de part et d'autre, à savoir que la Cour doit appliquer le droit et non pas élaborer un droit nouveau.

Encore un point. Sans préjudice des nuances qu'on trouve dans la manière dont la notion des «intérêts vitaux en matière de sécurité» est formulée et dont on s'y réfère, une «circonstance extrême de légitime défense dans laquelle la survie même d'un État serait en cause», telle que l'a définie la Cour, est la circonstance principale dans laquelle les tenants de la licéité prétendent qu'il existe un droit d'employer des armes nucléaires. Selon eux, en effet, en partant de l'hypothèse que l'emploi d'armes nucléaires est licite, la nature des armes, jointe aux limitations imposées par les conditions de nécessité et de proportionnalité auxquelles est subordonné l'exercice du droit de légitime défense, servira à limiter l'emploi licite de ces armes à cette «circonstance extrême». Il s'ensuit qu'affirmer que le droit humanitaire ne s'applique pas à l'emploi d'armes nucléaires dans la circonstance principale où l'on prétend que le droit d'employer ces armes existe, c'est confirmer la substance de la thèse selon laquelle le droit humanitaire ne s'applique pas du tout à l'emploi d'armes nucléaires. Cette vue est abandonnée depuis longtemps; comme la Cour elle-même le rappelle, même les États dotés de l'arme nucléaire ne la soutiennent pas. Je ne suis pas persuadé qu'on peut exhumer cette thèse tombée en défaveur par le biais d'une exception fondée sur la légitime défense.

*
* *

Cela me ramène donc à la signification réelle de la question de l'Assemblée générale. La question porte essentiellement sur le point de savoir si l'exercice du droit de légitime défense peut aller jusqu'à compromettre la survie de l'humanité. À cela, la Cour répond que «[a]u vu de l'état actuel du droit international, ainsi que des éléments de fait dont elle dispose, la Cour ne peut cependant conclure de façon définitive que la menace ou l'emploi d'armes nucléaires serait licite ou illicite dans une circonstance extrême de légitime défense dans laquelle la survie même d'un État serait en cause». C'est sur cette affirmation essentielle que repose l'avis. Dans la mesure où cette affirmation donne à entendre que le droit présente une lacune, je crois que ce n'est pas le cas; dans la mesure où elle laisse entendre que les faits ne sont pas suffisants pour entériner une application du droit, je ne puis marquer mon accord. Selon moi, il existait une base juridique et factuelle suffisante pour permettre à la Cour de répondre à la question de l'Assemblée générale, dans un sens ou dans l'autre. C'est pourquoi je me dissocie respectueusement de la Cour lorsqu'elle conclut qu'elle ne peut se prononcer.

(*Signé*) Mohamed SHAHABUDDEEN

OPINION DISSIDENTE DE M. WEERAMANTRY

SOMMAIRE

Observations préliminaires sur l'avis de la Cour

I. INTRODUCTION

1. Importance primordiale de la question soumise à la Cour
2. Exposés déposés auprès de la Cour
3. Quelques observations préliminaires sur la Charte des Nations Unies
4. Le droit à prendre en considération dans le cas des armes nucléaires
5. Remarques préliminaires sur le droit humanitaire
6. Le lien entre le droit humanitaire et les réalités de la guerre
7. Le seuil critique atteint avec les armes nucléaires
8. Possession et utilisation
9. Diversité des positions adoptées par les États favorables à la thèse de la licéité
10. Nécessité de clarifier l'état du droit

II. NATURE ET EFFETS DES ARMES NUCLÉAIRES

1. La nature des armes nucléaires
2. Euphémismes masquant les réalités de la guerre nucléaire
3. Les effets de l'arme nucléaire
   a) Dommages à l'environnement et à l'écosystème
   b) Dommages aux générations futures
   c) Dommages aux populations civiles
   d) L'hiver nucléaire
   e) Pertes en vies humaines
   f) Effets pathogènes des radiations
   g) Effet thermique et souffle
   h) Malformations congénitales
   i) Dommages transnationaux
   j) Anéantissement possible de l'ensemble de la civilisation
   k) L'impulsion électromagnétique
   l) Dommages aux réacteurs nucléaires
   m) Dommages à la productivité alimentaire
   n) Explosions nucléaires multiples résultant de la légitime défense
   o) L'ombre du champignon nucléaire
4. La spécificité des armes nucléaires
5. Le décalage entre le niveau actuel des connaissances scientifiques et celui de 1945
6. De l'expérience d'Hiroshima et de Nagasaki peut-on conclure qu'il est possible de survivre à la guerre nucléaire?
7. Une prophétie venant du passé

III. DROIT HUMANITAIRE

1. Les «considérations élémentaires d'humanité»
2. L'origine multiculturelle du droit humanitaire de la guerre
3. Aperçu de l'évolution du droit humanitaire

4. L’acceptation par les États de la clause Martens
5. Les «exigences de la conscience publique»
6. Les répercussions de la Charte des Nations Unies et des droits de l’homme sur les considérations d’humanité et les exigences de la conscience publique
7. L’argument du caractère non intentionnel des «dommages collatéraux»
8. L’illicéité existe indépendamment d’interdictions spécifiques
9. L’arrêt rendu dans l’affaire du *Lotus*
10. Règles particulières du droit humanitaire de la guerre
    a) L’interdiction de causer des maux superflus
    b) Le principe de discrimination
    c) Respect des États non belligérants
    d) L’interdiction du génocide
    e) L’interdiction des dommages à l’environnement
    f) Droit relatif aux droits de l’homme
11. L’*opinio juris*
12. Le Protocole de Genève de 1925 sur les gaz asphyxiants
13. L’article 23 a) du Règlement de La Haye

IV. LÉGITIME DÉFENSE

1. Maux superflus
2. Proportionnalité/Erreur
3. Discrimination
4. États non belligérants
5. Génocide
6. Dommages à l’environnement
7. Droits de l’homme

V. QUELQUES CONSIDÉRATIONS GÉNÉRALES

1. Deux visions philosophiques
2. Les buts de la guerre
3. Le concept de «menace de la force» dans la Charte des Nations Unies
4. L’égalité dans le contexte du droit de la guerre
5. L’illogisme d’un régime dualiste en matière de droit de la guerre
6. Le processus d’élaboration des décisions en matière nucléaire

VI. L’ATTITUDE DE LA COMMUNAUTÉ INTERNATIONALE VIS-À-VIS DES ARMES NUCLÉAIRES

1. Universalité de l’adhésion au but ultime de l’élimination complète
2. Rappel des écrasantes majorités favorables à l’abolition totale
3. L’opinion publique mondiale
4. Interdictions existantes
5. Interdictions partielles
6. Quels sont les États spécialement intéressés?
7. Les États ont-ils, en devenant parties à des traités régionaux, reconnu la licéité des armes nucléaires?

VII. QUELQUES ASPECTS PARTICULIERS

1. Le Traité de non-prolifération
2. Dissuasion
3. Représailles
4. Conflits internes
5. La théorie de la nécessité
6. Armes nucléaires à effets limités ou tactiques ou de combat

VIII. QUELQUES ARGUMENTS AVANCÉS POUR SOUTENIR QUE LA COUR NE DEVRAIT PAS DONNER L'AVIS CONSULTATIF SOLLICITÉ

1. Un tel avis consultatif serait dépourvu d'effets pratiques
2. Les armes nucléaires ont préservé la paix mondiale

IX. CONLUSION

1. La tâche de la Cour
2. Les options qui s'offrent à l'humanité

APPENDICE. (Le danger encouru par les États neutres)

Observations préliminaires sur l'avis de la Cour

a) Pourquoi cette opinion dissidente?

Je suis convaincu que l'emploi et la menace d'emploi des armes nucléaires sont illicites *en toutes circonstances* parce qu'incompatibles avec les principes fondamentaux du droit international et attentatoires aux valeurs humanitaires sur lesquelles repose l'édifice du droit humanitaire; parce que contraires au droit conventionnel et en particulier au Protocole de Genève de 1925 concernant la prohibition d'emploi à la guerre de gaz asphyxiants, toxiques ou similaires et de moyens bactériologiques, et à l'article 23 du Règlement de La Haye de 1907; parce qu'inconciliables avec le principe fondamental de la dignité et de la valeur de la personne humaine qui sert de fondement au droit tout entier; et parce que dévastateurs pour l'environnement au point de menacer toutes les formes de vie sur la planète.

Je regrette que la Cour n'ait pas dit sans détour et catégoriquement que l'emploi et la menace d'emploi de telles armes sont illicites *en toutes circonstances sans exception*. Telle est la conclusion que la Cour aurait dû énoncer avec fermeté et sans équivoque, réglant ainsi cette question juridique une fois pour toutes.

La Cour a préféré pencher vers la thèse de l'illicéité et, à côté d'assertions riches de conséquences qui vont nettement dans ce sens, en émettre d'autres qui sont à la fois ambiguës et franchement erronées.

Je me suis donc vu contraint de qualifier la présente opinion de «dissidente» bien que l'avis de la Cour comporte des parties auxquelles je souscris et sur la base desquelles on peut raisonnablement conclure à l'illicéité. Ces aspects de l'avis de la Cour sont analysés ci-après. Ils font faire au droit international un grand pas en avant dans la voie de la prohibition totale. Et en ce sens, l'avis de la Cour contient des conclusions très précieuses.

Sur les six sections de la partie centrale de l'avis, il y en a deux avec lesquelles je suis en profond désaccord. Je crois que ces deux sections donnent de l'état du droit une image inexacte et incomplète et je me suis senti tenu d'émettre un vote négatif à leur sujet.

J'ai toutefois voté en faveur du paragraphe 1 du dispositif et en faveur de quatre des six alinéas du paragraphe 2.

b) Les aspects positifs de l'avis de la Cour

Le présent avis consultatif constitue la première décision de la Cour — et, plus généralement, d'un tribunal international — qui définisse clairement les restrictions touchant les armes nucléaires découlant de la Charte des Nations Unies. C'est la première décision de ce type qui se réfère expressément à l'incompatibilité des armes nucléaires avec le droit des conflits armés et le droit international humanitaire. C'est aussi la première décision de ce type qui exprime l'avis que l'emploi des armes nucléaires est circonscrit et limité par une série d'obligations conventionnelles.

Dans le domaine de l'environnement, c'est le premier avis qui, à propos des armes nucléaires, élève explicitement au rang de principes «l'interdiction d'utiliser des méthodes et moyens de guerre conçus pour causer ou dont on peut

attendre qu'ils causent» des dommages étendus, durables et graves à l'environnement et «l'interdiction de mener des attaques contre l'environnement naturel à titre de représailles» (par. 31).

Dans le domaine du désarmement nucléaire, l'avis rappelle aussi à toutes les nations qu'elles ont l'obligation de mener à terme les négociations pertinentes dans tous leurs aspects, empêchant ainsi que ne se perpétue une menace à l'intégrité du droit international.

Une fois ces points établis, il n'y a plus qu'à passer en revue les conséquences de l'emploi des armes nucléaires pour parvenir à la conclusion qu'il n'est pas d'emploi ou de menace d'emploi de ces armes qui ne soit contraire aux principes mentionnés plus haut. L'avis s'étend assez longuement sur les nombreuses caractéristiques des armes nucléaires qui sont en contradiction flagrante avec les valeurs fondamentales sur lesquelles reposent la Charte des Nations Unies, le droit international et le droit international humanitaire. La preuve est dès lors faite que les armes en cause sont incompatibles avec les principes de base énoncés par la Cour et sont, par voie de conséquence, illicites de par la conclusion unanime de la Cour.

Je voudrais en particulier rappeler qu'aux termes de l'Article 2, paragraphe 4 de la Charte, l'adhésion aux buts des Nations Unies est une obligation. Ces buts concernent le respect des droits de l'homme et la dignité et la valeur de la personne humaine. Ils concernent également les relations amicales entre les nations et le bon voisinage (cf. l'Article 1 (Buts et principes) lu conjointement avec le Préambule). La corrélation entre licéité et respect de ces principes a maintenant été établie par un organe judiciaire. Des armes qui peuvent anéantir un million ou un milliard d'êtres humains (selon les estimations présentées à la Cour) font peu de cas de la dignité et de la valeur de la personne humaine ou du principe du bon voisinage. Elles sont bannies en vertu même des principes énoncés par la Cour.

Bien que je ne souscrive pas à toutes les conclusions de la Cour, celles qui ont été adoptées à l'unanimité n'en établissent pas moins de sérieuses présomptions d'illicéité. On trouve dans le corps de la présente opinion d'autres éléments témoignant de l'incompatibilité totale des armes nucléaires avec les principes énoncés par la Cour.

Il se peut que les choses se précisent davantage à l'avenir.

J'en viens maintenant à quelques observations sur certains alinéas du paragraphe 2 du dispositif. J'examinerai d'abord les deux alinéas avec lesquels je suis en désaccord.

c) Observations relatives au paragraphe final

i) Alinéa 2B — (Adopté par 11 voix contre 3)

S'agissant de l'alinéa 2) B, je suis d'avis que l'emploi des armes nucléaires est assujetti par le droit conventionnel à des restrictions notables et universelles. On peut notamment citer à cet égard, à côté de traités sur l'environnement, le Protocole de 1925 sur les gaz asphyxiants et l'article 23 a) du Règlement de La Haye. J'y reviendrai dans mon opinion dissidente. Je ne crois pas correct de dire qu'il n'y a pas de restrictions d'origine conventionnelle à l'emploi des armes en cause.

ii) Alinéa 2E — (Adopté par 7 voix contre 7, par la voix prépondérante du Président)

Je suis en profond désaccord avec la teneur des deux phrases de cet alinéa.

Je m'élève énergiquement contre l'inclusion du mot «généralement» dans la première phrase. C'est là un terme trop vague pour avoir sa place dans un avis consultatif et je ne peux m'associer à une assertion laissant entendre, si indirectement que ce soit, que l'emploi des armes nucléaires pourrait ne pas être contraire au droit en toutes circonstances. Je regrette la présence de ce mot dans une phrase qui, sans lui, refléterait correctement l'état du droit. L'adverbe «généralement» me paraît aussi introduire un certain illogisme dans l'avis puisqu'aux alinéas 2C et 2D, la Cour formule la conclusion que l'emploi des armes nucléaires doit être compatible avec la Charte des Nations Unies, les principes du droit international et les principes du droit humanitaire; comme cette condition ne peut être remplie, les armes en question sont *ipso facto* illicites.

Le mot «généralement» peut avoir une foule de sens, qui vont de «en règle générale; normalement» à «universellement; pour tous ou presque tous»[1]. Même dans cette deuxième acception, il implique la possibilité d'exceptions, si limitées soient-elles, ce qui ne correspond pas à l'état du droit. Le principe juridique ne doit laisser subsister aucune zone d'ombre où une nation puisse se réfugier pour s'ériger, dans un domaine aussi crucial, en juge de sa propre cause.

Le but principal de cette opinion est de démontrer que ce n'est pas *généralement* mais *dans tous les cas* qu'il serait contraire au droit international, et en particulier aux principes et règles du droit humanitaire, de recourir à l'emploi ou à la menace d'emploi des armes nucléaires. Voilà ce qu'il aurait fallu dire à l'alinéa 2E et voilà à quoi l'avis consultatif aurait dû s'en tenir.

La deuxième partie de l'alinéa 2E dispose que, vu l'état actuel du droit international, la Cour ne peut conclure de façon définitive que la menace ou l'emploi d'armes nucléaires serait licite ou illicite dans une circonstance extrême de légitime défense dans laquelle la survie même d'un État serait en cause. Il me semble aller de soi qu'en cas de recours aux armes nucléaires, le droit de la guerre (*jus in bello*) prend le relais et que de nombreux principes du droit de la guerre, qui sont mentionnés dans la présente opinion, interdisent totalement l'emploi de telles armes. Le droit en vigueur étant suffisamment clair sur ce point, la Cour aurait pu se prononcer de manière définitive, sans éluder une question essentielle comme si les principes n'étaient pas assez bien établis pour la trancher. Il y avait d'autant plus de raison de dissiper cette incertitude que la Cour était parvenue aux conclusions très claires rappelées plus haut.

iii) Alinéa 2A — (Adopté à l'unanimité)

Pour ma part, je verrais mieux cette affirmation indiscutable dans le préambule que dans le dispositif.

---

[1] *The Shorter Oxford English Dictionary*, 3e éd., 1987, Vol. I, p. 840.

iv) Alinéa 2C — (Adopté à l'unanimité)

Les mérites de cet alinéa ont déjà été soulignés. La Cour y confirme par une décision unanime les conditions auxquelles serait subordonnée, sur la base de la Charte, la licéité de l'emploi des armes nucléaires, conditions qui sont absolument incompatibles avec les effets de l'emploi de telles armes. Pour moi donc, l'alinéa 2C du dispositif frappe d'illicéité l'emploi des armes nucléaires quelles que soient les circonstances dans lesquelles elles sont utilisées — que ce soit dans une hypothèse d'agression ou de légitime défense, sur le plan international ou sur le plan national, en vertu d'une décision individuelle ou d'une décision prise collectivement avec d'autres nations. L'approbation unanime de ce principe par tous les juges de la Cour fait faire au principe de l'illicéité de l'emploi des armes nucléaires un grand pas en avant par rapport au temps où il n'existait aucune analyse judiciaire d'aucun tribunal international sur la licéité des armes nucléaires.

Les tenants de la licéité de l'emploi des armes nucléaires ont soutenu avec insistance que ce qui n'est pas expressément interdit à l'État lui est permis. Partant de cette prémisse, on a dit que l'emploi de l'arme nucléaire était un domaine où la liberté de l'État ne souffrait pas d'entrave. J'estime que les restrictions énoncées à l'alinéa 2C réduisent cet argument à néant.

v) Alinéa 2D — (Adopté à l'unanimité)

Cet alinéa, adopté, lui aussi, à l'unanimité par la Cour, énonce l'exigence supplémentaire de la compatibilité avec les principes du droit international applicables en période de conflit armé et plus particulièrement avec les règles du droit international humanitaire et avec certaines obligations conventionnelles.

Il y a, derrière cette exigence, tout un éventail d'interdictions.

On verra dans mon opinion en quoi consiste ces règles et principes et comment il est impossible à quiconque emploie les armes nucléaires de s'y conformer, vu la nature et les effets de ces armes.

Si la preuve peut être apportée que l'arme nucléaire est antinomique de ces principes, alors, sur la base de l'alinéa 2D de l'avis de la Cour, son emploi ne peut être qu'illicite.

vi) Alinéa 2F — (Adopté à l'unanimité)

Cet alinéa est, à strictement parler, étranger à la question. Mais dans le contexte général du problème des armes nucléaires, il contient un utile rappel des obligations des États en la matière et j'ai voté en sa faveur.

L'opinion qui suit expose mes vues sur la question posée à la Cour. Comme cette question ne concerne que l'emploi et la menace d'emploi des armes nucléaires, je n'aborde pas le problème de la licéité dans ses autres aspects (possession, prolifération verticale et horizontale, assemblage, essais, etc.) malgré leur importance.

Je dois ajouter que, par endroits, le raisonnement contenu dans le corps de l'avis de la Cour me paraît appeler des réserves. Ces réserves sont exposées dans l'opinion qui va suivre. En particulier, et bien que j'approuve l'argumentation qui a conduit la Cour à rejeter les diverses objections

soulevées au sujet de la recevabilité et de la compétence, je me déclare en désaccord avec le paragraphe 14 de l'avis où il est dit que le refus de donner à l'Organisation mondiale de la santé l'avis consultatif sollicité par elle a été justifié par le défaut de compétence de la Cour en l'espèce. Mon désaccord avec cette position constitue la base de l'opinion dissidente que j'ai jointe à l'avis de la Cour dans l'affaire en question.

J'estime que, dans ses développements sur la question des représailles (par. 46), la Cour aurait dû conclure à l'illicéité des représailles en période de conflit armé. Je suis par surcroît en désaccord tant avec ce que dit la Cour dans le contexte du génocide au sujet de l'élément d'intentionnalité dirigé contre un groupe comme tel, qu'avec ses développements sur la dissuasion nucléaire. Ces aspects sont analysés dans mon opinion.

vii) Paragraphe 1 — (Adopté par 13 voix contre une)

Un dernier point doit être signalé avant de passer à la partie substantive de la présente opinion dissidente. J'ai voté en faveur de la première conclusion de la Cour — reproduite au paragraphe 1 du dispositif — qui fait suite au rejet par la Cour des diverses objections touchant la recevabilité et la compétence soulevées par les États soutenant la thèse de la licéité des armes nucléaires. J'appuie fermement les vues exprimées par la Cour dans le cadre de ses développements sur ces questions mais les objections qui ont été soulevées appellent de ma part quelques observations supplémentaires que j'ai exposées dans mon opinion dissidente relative à la demande de l'Organisation mondiale de la santé, laquelle a suscité des objections analogues. Point n'est besoin de répéter ici ces observations, étant donné les conclusions auxquelles la Cour est parvenue. Mais ce que j'ai dit sur ce point dans l'opinion dissidente en question doit être considéré comme un complément à ce qui va suivre.

* * *

I. INTRODUCTION

1. Importance primordiale de la question soumise à la Cour

Je passe maintenant à la partie substantive de la présente opinion.

L'affaire considérée a dès l'origine suscité dans le monde une vague d'intérêt sans précédent dans les annales de la Cour. Trente-cinq États ont déposé des exposés écrits et 24 ont présenté des exposés oraux. Une foule d'organisations, y compris des organisations non gouvernementales, ont également envoyé des communications à la Cour et lui ont soumis de la documentation; et près de deux millions de signatures recueillies dans près de 25 pays par des organisations et des particuliers ont été effectivement reçues par la Cour. D'autres collections de signatures, si volumineuses que la Cour a été dans l'impossibilité matérielle d'en prendre livraison, ont été remises entre les mains de divers autres dépositaires. L'archiviste de la Cour estime que, si on les prend en compte, plus de trois millions de signatures ont été reçues[2]. Le nombre total de signatures, dont beaucoup n'ont pu être déposées auprès de la

[2] Interrogé sur le nombre des signatures reçues, l'archiviste a déclaré dans son mémorandum de réponse : «Faire un dénombrement précis reviendrait à compter les étoiles dans le ciel».

Cour, dépasse largement ce chiffre. C'est du Japon, la seule nation à avoir été victime d'une agression nucléaire, qu'émane le plus grand nombre de signatures[3]. Bien que les organisations et particuliers n'aient pas soumis d'exposés formels à la Cour, leur action témoigne d'un bouillonnement de l'opinion publique mondiale qui n'est pas sans pertinence juridique, comme on le verra plus loin dans la présente opinion.

L'idée que les armes nucléaires sont intrinsèquement illicites et que la conscience de cette illicéité contribue notablement à l'avènement d'un monde dénucléarisé n'est pas nouvelle. Albert Schweitzer s'y réfère dès 1958 dans une lettre à Pablo Casals où il évoque :

> «... l'argument le plus élémentaire et le plus évident : à savoir que le droit international interdit les armes ayant des effets impossibles à maîtriser qui causent des dommages illimités aux populations extérieures au théâtre des opérations. Entrent dans cette catégorie les armes atomiques et nucléaires ... L'argument que ces armes sont contraires au droit international résume tout ce que nous avons à leur reprocher. Il a l'avantage d'être un *argument juridique* ... Aucun gouvernement ne peut nier que ces armes violent le droit international ... et le droit international n'est pas quelque chose dont on puisse faire fi![4]».

Si donc les non-spécialistes ont de longue date reconnu la nécessité de prêter attention à l'angle juridique, la question n'a jusqu'à présent fait l'objet d'aucune conclusion judiciaire autorisée émanant d'un tribunal international. Elle a été examinée par les tribunaux japonais dans l'affaire *Shimoda*[5] mais jusqu'à la soumission à la Cour des deux demandes d'avis consultatif sous examen, aucun organe judiciaire international n'a eu à en connaître. La responsabilité qui incombe à la Cour est donc exceptionnellement lourde et ses conclusions revêtent nécessairement une importance exceptionnelle.

La question a été intensément débattue devant la Cour à partir de points de vue opposés. La Cour a l'avantage de voir se présenter devant elle les spécialistes les plus éminents du droit international. Dans leurs exposés, ils ont souligné la valeur d'événement historique que revêtent tant la présente demande d'avis consultatif émanant de l'Assemblée générale que la demande de l'OMS qui a été examinée par la Cour concurremment avec elle. Selon l'un d'entre eux, ces demandes

---

[3] Les auteurs d'une Déclaration de conscience publique d'origine japonaise ont signalé, dans une communication au Greffe, qu'indépendamment des 1 564 954 signatures déposées auprès de la Cour, ils ont confié à un entrepôt de La Haye 1 757 757 signatures que la Cour n'a pas pu recevoir faute d'espace. Une autre source basée en Europe a indiqué avoir reçu, à propos des demandes d'avis consultatif sous examen, 3 691 899 signatures, dont 3 338 408 provenant du Japon.

[4] Albert Schweitzer, *Letters 1905-1965*, H. W. Bäher (éd.), J. Neugroschel (tr.) (dont la traduction anglaise a servi de base à la version française ci-dessus) 1992, p. 280, lettre à Pablo Casals du 3 octobre 1958; c'est moi qui souligne.

[5] *Shimoda c. l'État japonais* (1963), *Japanese Annual of International Law*, p. 212-252.

> «feront date dans l'histoire de la Cour sinon dans l'histoire tout court. Il est probable que ces demandes portent sur la question juridique la plus importante qui lui ait jamais été soumise.» (Salmon, Îles Salomon, CR 95/32, 95/32, p. 38).

Selon un autre, «Ce n'est pas tous les jours qu'on a l'occasion de plaider pour la survie de l'humanité devant une Cour aussi prestigieuse.» (David, Îles Salomon, CR 95/32, p. 49).

Puisque c'est le plus grave des problèmes concevables qui est abordé dans le présent avis consultatif, il est du devoir de la Cour d'examiner, dans un tel contexte, toutes les sources possibles du droit international, en creusant aussi profond qu'il est nécessaire. La vigueur et la richesse insoupçonnées qui gisent là n'attendent que d'être mises au jour. Ces sources recèlent-elles des principes plus puissants que la puissance elle-même, auxquels assujettir l'arme de destruction la plus puissante qui ait jamais été conçue?

Point n'est besoin de souligner que la fonction de la Cour est de dire le droit tel qu'il est aujourd'hui et non tel qu'il pourrait être demain. Le problème est de savoir si l'on peut, pour conclure à l'illicéité de l'emploi ou de la menace d'emploi des armes nucléaires, se réclamer de principes juridiques en vigueur, par opposition à une vision idéaliste de ce que le droit devrait être? En répondant à la présente demande d'avis consultatif, la Cour parle *de lege lata* et non *de lege ferenda*.

Dans sa quête d'une réponse à une question qui suscite un tourbillon d'arguments contradictoires, la Cour peut, en gros, se trouver devant trois possibilités. Si les principes du droit international établissent que l'emploi de l'arme nucléaire est licite, la Cour est tenue de conclure en ce sens. Les forces antinucléaires présentes dans le monde pèsent d'un poids énorme mais cela ne doit pas détourner la Cour de son devoir, qui est de déclarer l'emploi des armes nucléaires licite si c'est là ce que dit le droit. Une deuxième possibilité est que le droit ne fournisse d'indication ni dans un sens ni dans l'autre. En pareil cas, il faut prendre acte de ce mutisme et le développement du droit peut s'en trouver stimulé. Enfin, si les règles et principes juridiques font apparaître que l'arme nucléaire est illicite, la Cour doit se prononcer en ce sens sans se laisser intimider par l'ampleur des forces ralliées à la thèse de la licéité. Comme je l'ai indiqué dès le début, cette dernière option me paraît être la bonne. Les forces qui s'opposent à la thèse de l'illicéité sont certes colossales. Mais le risque de conflit avec des forces colossales n'a pas empêché le droit de poursuivre sa marche ascendante vers l'affirmation de sa propre primauté. Le droit ne craint pas d'imposer des limites à la force matérielle lorsque les principes juridiques l'exigent. C'est en s'affirmant énergiquement en présence de forces apparemment colossales ou irrésistibles que le droit a établi sa primauté. Une fois que la Cour a déterminé ce que dit le droit et mis le cap dans cette direction, elle ne peut pas s'arrêter pour mesurer, d'un coup d'oeil par-dessus son épaule, l'ampleur des forces globales massées de chaque côté de sa route.

2. Exposés déposés auprès de la Cour

À côté d'exposés relatifs à la compétence de l'Assemblée générale pour demander cet avis consultatif, un grand nombre d'exposés sur le fond ont été soumis de part et d'autre par les nombreux États qui se sont présentés devant la Cour ou ont déposé des exposés écrits.

Bien qu'il y ait nécessairement des redites d'un exposé à l'autre, ce dossier, pris dans son ensemble, est une véritable somme, qui analyse le droit de la guerre jusque dans ses fondements philosophiques. Une masse de données factuelles a également été fournie à la Cour pour mettre en lumière le caractère spécifique que présentent à maints égards les armes nucléaires, même comparées aux autres armes de destruction massive, en raison des ravages sans équivalent qu'elles peuvent causer à l'humanité et à son environnement pour des générations.

De leur côté, les adversaires de la thèse de l'illicéité ont soutenu que, bien qu'il existe un grand nombre de traités sur les armes nucléaires, aucun ne contient de clause déclarant ces armes illicites *expressis verbis*. À les entendre au contraire, les divers traités sur les armes nucléaires conclus par la communauté internationale et notamment le Traité sur la non-prolifération impliquent clairement que les armes en question sont actuellement licites pour ce qui est des puissances nucléaires. Leur thèse est que le principe de l'illicéité de l'emploi ou de la menace d'emploi des armes nucléaires, malgré les grands progrès faits dans la voie de sa reconnaissance, est encore à l'état virtuel. Il relève pour le moment, selon eux, de la *lex ferenda* et non de la *lex lata*. Très souhaitable mais encore en devenir, c'est un principe en gestation.

La présente opinion ne peut traiter comme ils le mériteraient tous les arguments présentés à la Cour mais elle tentera d'en analyser certains des plus importants.

3. Quelques observations préliminaires sur la Charte des Nations Unies

Ce n'est que quelques semaines avant que le monde ne plonge dans l'âge atomique qu'a été signée la Charte des Nations Unies. Les pays signataires ont adopté ce document à San Francisco le 26 juin 1945. La bombe a été lâchée sur Hiroshima le 6 août 1945. Il ne s'est écoulé que quarante jours entre les deux événements, l'un et l'autre si chargés de signification pour l'avenir de l'humanité. La Charte des Nations Unies a inauguré une nouvelle ère d'espoir. La bombe a ouvert une nouvelle ère de destruction.

Si habitué qu'il fût aux ravages causés par la guerre traditionnelle, le monde n'en a pas moins été stupéfait et horrifié par le pouvoir de la bombe nucléaire — modeste pourtant par rapport à ce qui se fait aujourd'hui. Les horreurs de la guerre qu'avaient connues les rédacteurs de la Charte n'étaient que les horreurs, comparativement plus tolérables, vécues jusque-là pendant la deuxième guerre mondiale. Pourtant ces horreurs, gravées dans la conscience de l'humanité par le conflit le plus dévastateur de l'histoire, étaient suffisantes pour mobiliser les énergies de la communauté internationale car elles avaient, pour citer la Charte, «infligé à l'humanité d'indicibles souffrances». Le pouvoir d'infliger d'indicibles souffrances à l'humanité allait quelques semaines plus tard être multiplié des dizaines de fois par la bombe. La Charte, rédigée dans l'ignorance totale de cette révolution du monde des armements, a-t-elle lancé un message adapté à l'ère nucléaire qui allait s'ouvrir?

Les premières lignes de la Charte contiennent six formules clés qui sont d'une extrême pertinence en l'occurrence.

La Charte s'ouvre sur les mots «Nous, peuples des Nations Unies» — montrant ainsi que tout ce qui suit exprime la volonté des peuples de la terre. C'est dans la volonté et les aspirations collectives de ces peuples que la Charte trouve sa source — une vérité qu'il ne faut jamais perdre de vue. Dans

l'affaire soumise à la Cour, les *peuples du monde* ont un intérêt vital et l'opinion publique mondiale exerce une influence importante sur le développement des principes du droit international public. Comme on le verra dans la suite de la présente opinion, le droit applicable est largement fonction des «principes d'humanité» et des «exigences de la conscience publique», pour ce qui est de l'identification des moyens et méthodes de combat qu'il est permis d'utiliser.

La Charte dit ensuite que les peuples des Nations Unies sont résolus à préserver les générations futures du fléau de la guerre. L'expérience de la génération d'alors se limitait à la guerre non nucléaire et une formulation encore plus énergique aurait sans doute été adoptée si l'on avait été conscient du potentiel destructeur des armes nucléaires et de la persistance de leurs effets d'une génération à l'autre.

Immédiatement après ces deux idées, la Charte en avance une troisième, celle de la dignité et de la valeur de la personne humaine reconnues comme l'étalon suprême dans la société mondiale de demain, alors même que le monde allait avoir la révélation d'un moyen de faucher les vies par millions avec une seule bombe atomique.

Juste après ces trois idées, la Charte en émet une quatrième, celle de l'égalité de droit des nations grandes et petites — idéal que la notion de puissance nucléaire met sérieusement en péril.

Ensuite vient la notion du maintien du respect des obligations nées des traités *et autres sources du droit international* (c'est moi qui souligne). La thèse qui nie la licéité des armes nucléaires s'appuie principalement non sur les traités mais sur «les autres sources du droit international» (essentiellement le droit humanitaire), dont les principes sont universellement acceptés.

La sixième idée pertinente contenue dans le Préambule de la Charte a trait au progrès social et à l'instauration de meilleures conditions de vie dans une liberté plus grande. Loin de contribuer à la réalisation de cet idéal énoncé par la Charte, l'arme qui nous occupe a la capacité de faire retourner l'humanité à l'âge de pierre — si elle ne l'anéantit pas complètement.

On dirait vraiment qu'avec une prescience remarquable, les auteurs de la Charte ont eu l'intuition des grandes valeurs liées au progrès et au bien-être de l'humanité qui allaient être menacées de destruction par l'apparition, six semaines plus tard, d'une arme assez puissante pour modifier à tout jamais le visage de la guerre — une arme qu'un de ses créateurs, empruntant à l'antique sagesse orientale, qualifierait un jour de «*shatterer of worlds*»[6], lui reconnaissant ainsi le pouvoir d'ébranler l'univers.

La Cour est maintenant appelée à émettre un avis sur la licéité de cette arme. Les six idées cruciales énoncées au tout début de la Charte ne doivent jamais être perdues de vue car chacune d'entre elles est un point de repère dont il ne faut pas s'écarter à la légère.

---

[6] Robert Oppenheimer citant le *Bhagavad-Gita*. Voir Peter Goodchild, *Robert Oppenheimer: Shatterer of Worlds*, 1980.

4. Le droit à prendre en considération dans le cas des armes nucléaires

Comme le souligne Oscar Schachter, le droit à prendre en considération dans le cas des armes nucléaires est beaucoup plus étendu que ne «le donne à penser le discours des stratèges du nucléaire et des spécialistes de la science politique»[7] et les divers éléments du droit applicable pourraient se ranger sous les cinq catégories suivantes :

1. Le droit international applicable d'une manière générale aux conflits armés — le *jus in bello*, parfois désigné sous le nom de «droit humanitaire de la guerre».

2. Le *jus ad bellum* — les règles régissant le droit des États de faire la guerre. Ces règles sont reflétées dans la Charte des Nations Unies et dans le droit coutumier pertinent.

3. La *lex specialis* — les obligations juridiques internationales qui concernent spécialement les armes nucléaires et les armes de destruction massive.

4. Le corpus de droit international régissant les droits et les obligations des États en général, qui peut avoir une incidence sur la politique en matière d'armes nucléaires dans des circonstances déterminées.

5. Le droit interne, d'origine constitutionnelle et législative, éventuellement applicable aux décisions des autorités nationales en matière d'armes nucléaires.

Chacune de ces catégories sera évoquée dans la présente opinion mais c'est surtout la première qui retiendra notre attention.

Cette analyse montrera également que les diverses sources du droit international énumérées au paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la Cour corroborent toutes la conclusion que l'emploi des armes nucléaires en quelque circonstance que ce soit est illicite.

5. Remarques préliminaires sur le droit humanitaire

C'est dans le secteur du droit humanitaire que l'on trouve les règles les plus précises et les plus pertinentes sur la question à l'examen.

Le droit et la coutume humanitaires ont des lettres de noblesse fort anciennes, remontant à des milliers d'années, et tirent leur origine de nombreuses civilisations — celles notamment de la Chine, de l'Inde, de la Grèce, de Rome, du Japon, de l'Islam et de l'Europe moderne. Au fil des siècles, maintes idées religieuses et philosophiques ont été apportées au creuset d'où est sorti le droit humanitaire moderne. Ainsi s'est traduit l'effort de la conscience humaine pour atténuer dans une certaine mesure la barbarie et les effroyables souffrances de la guerre. Pour citer une déclaration célèbre adoptée dans ce domaine (la Déclaration de Saint-Pétersbourg de 1868), le droit international humanitaire vise à concilier «les nécessités de la guerre» avec

---

[7] Actes de la *Canadian Conference on Nuclear Weapons and the Law*, publiés sous le titre *Lawyers and the Nuclear Debate*, Maxwell Cohen et Margaret Gouin (éd.), 1988, p. 29.

«les lois de l'humanité». À l'époque récente, l'accroissement du pouvoir meurtrier et dévastateur des armements a provoqué dans la conscience morale une réaction qui s'est traduite par des formulations d'une portée de plus en plus large.

On est aujourd'hui en présence d'un solide corpus juridique, consistant en un certain nombre de principes généraux, à la fois assez souples pour s'adapter au rythme sans précédent de l'évolution de la situation en matière d'armements et assez fermement établis pour recueillir l'adhésion de tous les membres de la communauté des nations. À ce corps de principes généraux s'ajoutent les dispositions spéciales — plus de 600 au total — que contiennent les Conventions de Genève et leurs Protocoles additionnels, ainsi que les nombreuses autres conventions consacrées à des sujets spécialisés comme celui des armes chimiques et bactériologiques. Il y a donc là un corpus juridique autonome très étoffé que la présente affaire permet en un sens de tester.

Le droit humanitaire est en constant devenir. Il a sa vitalité propre. Comme l'a déclaré le Tribunal de Nüremberg en 1945, en présence de «crimes de guerre» et autres crimes non définis, «le droit de la guerre n'est pas statique; grâce à un processus continu d'adaptation, il reste en phase avec les besoins d'un monde en évolution»[8]. Le droit humanitaire se développe au fur et à mesure que les souffrances de la guerre gagnent en intensité. Avec l'arme nucléaire, ces souffrances atteignent un paroxysme qui dépasse tout. La réaction du droit humanitaire, discipline vivante, doit être ouverte, raisonnable et efficace.

De par leur nature même, les problèmes du droit humanitaire ne sont pas de ceux sur lesquels on peut se livrer à des spéculations abstraites dans une tour d'ivoire, loin des amères réalités qui en sont la substance même. Ne se laissant pas enfermer dans le cadre de la logique et du droit livresque, ils ne peuvent être logiquement ou intellectuellement dissociés de leur douloureux contexte. On ne peut vraiment s'y attaquer que moyennant d'éclairer crûment l'arrière-plan de barbarie, si déplaisant soit-il, qui en est la toile de fond.

Cette barbarie est souvent occultée par un écran de généralités ou de platitudes du type «Toute guerre est cruelle» ou «Les armes nucléaires sont les armes de destruction massive les plus dévastatrices qui aient jamais été conçues». Il faut examiner de plus près les vraies réalités qui se cachent là derrière et mettre en lumière dans toute leur âpreté les souffrances humaines effectivement endurées et les menaces multiformes que les armes considérées font peser sur la destinée humaine. C'est à cette condition que le droit humanitaire peut jouer un rôle utile. N'est-ce pas la révélation des agonies des champs de bataille qui a été le point de départ du droit humanitaire moderne? La présente opinion analysera donc les effets concrets des armes nucléaires de manière suffisamment détaillée pour faire le lien avec les principes correspondants du droit humanitaire.

6. Le lien entre le droit humanitaire et les réalités de la guerre

Le 19e siècle tendait à voir la guerre, au niveau affectif, comme une entreprise glorieuse et, au niveau pratique, comme le prolongement naturel de la diplomatie. Légitimée par certains philosophes, respectée par presque tous les

---

[8] 22 *Trial of the Major War Criminals before the International Military Tribunal*, 1948, p. 464.

hommes d'État et glorifiée par maints artistes et poètes, la guerre dissimulait sa barbarie derrière un écran de légitimité, de respectabilité et de grandeur.

Le récit *Un Souvenir de Solferino* d'Henri Dunant, écrit au retour du champ de bataille de Solferino en 1859, a révélé au grand public la cruauté de la guerre avec une force qui a secoué l'indifférence de la civilisation contemporaine et amorcé le développement du droit humanitaire moderne. Il faut que le droit reste constamment en prise avec le réel si l'on ne veut pas qu'il s'éloigne trop de son objet et ne devienne donc stérile.

Le récit historique de Dunant a si profondément touché la conscience de son époque qu'il ne pouvait manquer d'avoir un écho juridique. Voici sa description des âpres réalités de la guerre telle qu'elle se pratiquait à l'époque, qui met en lumière l'horreur et l'épouvante d'une lutte corps à corps :

> «Autrichiens et alliés se foulent aux pieds, s'entre-tuent sur des cadavres sanglants, s'assomment à coups de crosse, se brisent le crâne, s'éventrent avec le sabre et la baïonnette ... — point de quartier ... C'est une boucherie...
>
> Parfois, la lutte devient plus effrayante par l'approche d'un escadron de cavalerie qui passe au galop ... écrasant sous les pieds ferrés [des chevaux] les morts et les mourants ... L'un [des blessés] a la mâchoire emportée; un autre la tête écrasée; un troisième la poitrine enfoncée.
>
> L'artillerie lancée à fond de train suit la cavalerie. Elle se fraie une route à travers les cadavres et les blessés gisant indistinctement sur le sol. Les membres sont brisés et broyés, les cervelles jaillissent, la terre s'abreuve de sang et le sol est jonché de débris humains.»

La description du champ de bataille après le combat n'est pas moins saisissante :

> «Dans le silence de la nuit, on entend des gémissements, des soupirs étouffés pleins d'angoisse et de souffrance, des voix déchirantes qui appellent du secours. Qui pourra jamais redire les agonies de cette nuit?
>
> Le soleil du 25 juin 1859 éclaire l'un des spectacles les plus affreux qui se puissent présenter à l'imagination.
>
> Le champ de bataille est jonché de cadavres d'hommes et de chevaux. Ils sont comme semés sur les routes, dans les fossés, les ravins, les buissons, les prés, surtout aux approches du village de Solferino.»

Telles étaient les réalités de la guerre, auxquelles la conscience juridique de l'époque a réagi par le développement du droit humanitaire. Depuis le célèbre témoignage de Dunant, l'arme nucléaire a multiplié le problème par mille. La conscience contemporaine a réagi en conséquence, comme en témoignent amplement les protestations mondiales, les résolutions de l'Assemblée générale et la volonté universelle d'éliminer purement et simplement les armes

nucléaires. Rien ici du détachement du chercheur parvenant à ses conclusions par le biais d'un subtil maniement de la logique juridique.

Tout comme c'est à la faveur d'un contact étroit avec la réalité sans fard des combats d'artillerie et de cavalerie que s'est dégagé le droit humanitaire moderne, c'est l'analyse de la réalité crue de la guerre nucléaire qui peut susciter la réaction juridique appropriée.

Si à la barbarie des combats d'artillerie et de cavalerie a succédé la barbarie sans commune mesure de l'atome, nous avons sur les contemporains de Dunant un double avantage : celui d'avoir à notre disposition un droit humanitaire bien établi et celui d'être amplement renseignés sur les souffrances humaines en cause. En présence de conséquences infiniment plus terrifiantes que celles des techniques militaires plus rudimentaires qui étaient en usage à l'époque de Dunant, la conscience juridique de notre temps ne saurait rester passive.

Voici comment un témoin décrit ce qu'il a vu après que l'arme atomique eut été utilisée pour la première fois à l'ère nucléaire — et des centaines de scènes semblables se sont sûrement déroulées au même moment, beaucoup étant d'ailleurs relatées dans les archives contemporaines. Les victimes n'étaient pas, comme à Solferino, des combattants :

> «C'était un spectacle horrible. Des centaines de blessés qui essayaient de fuir dans les collines passaient devant notre maison. Les regarder était presque intolérable. Leur visage et leurs mains étaient brûlés et gonflés et de grands lambeaux de peau détachés de leurs chairs pendaient de leur corps comme des haillons d'un épouvantail. Ils cheminaient comme des fourmis. Toute la nuit, ils sont passés devant notre maison mais au matin le cortège s'était arrêté. Je les ai trouvés gisant de chaque côté de la route, dans un tel entassement qu'il était impossible de passer sans piétiner leurs corps.
>
> Et ils n'avaient plus de visage! Leurs yeux, leur nez et leur bouche avaient été brûlés et on aurait dit que leurs oreilles avaient fondu. Il était difficile de distinguer la face antérieure de la face postérieure de leur corps. Un soldat dont ne restait du visage que les dents qui saillaient me demanda de l'eau mais je n'en avais pas. [Je joignis les mains et priai pour lui. Il ne parla plus.] Ses derniers mots avaient sans doute été pour demander de l'eau[9].»

Multipliez cette scène par mille ou même par un million et vous pourrez vous représenter l'un des effets, parmi bien d'autres, de la guerre nucléaire.

Il existe une volumineuse documentation sur les ravages causés par les armes nucléaires — depuis la carbonisation et la mutilation des corps dans un rayon de plusieurs kilomètres autour du lieu de l'explosion jusqu'aux lésions à évolution lente, en passant par les cancers et les leucémies qui compromettent la vie humaine, les mutations génétiques qui menacent l'intégrité de l'espèce,

---

[9] *Hiroshima Diary: The Journal of a Japanese Physician August 6-30 September 1945*, par Michihiko Hachiya, M. D., traduit et édité par Warner Wells, M. D., University of North Carolina Press, 1955, p. 14-15.

la dévastation de l'environnement qui met en danger l'habitat humain, et l'atteinte à toutes les formes d'organisation qui déstructure la société humaine.

Les bombardements d'Hiroshima et de Nagasaki ont été deux incidents isolés survenus à trois jours d'intervalle. Ils nous apprennent très peu de choses sur les effets à attendre d'explosions multiples qui se succéderaient probablement à un rythme rapide si une guerre nucléaire éclatait aujourd'hui (voir *infra*, la section II. 6). Au surplus, 50 ans de recherches ont abouti à la mise au point de bombes dotées d'un pouvoir destructeur 70 ou même 700 fois supérieur à celui des bombes d'Hiroshima et de Nagasaki. Une seule bombe serait aujourd'hui capable de causer à ces deux villes des dévastations plusieurs fois supérieures à celles qu'elles ont subies et que serait-ce d'une succession de bombes?

7. Le seuil critique atteint avec les armes nucléaires

Abstraction faite des souffrances humaines qu'elles engendrent, les armes nucléaires nous amènent, comme nous l'avons déjà souligné, à un seuil critique. Elles ont la capacité de détruire l'ensemble de la civilisation — tout ce qu'on produit des milliers d'années d'efforts dans les contextes culturels les plus divers. Sans doute «l'évocation du triste sort de survivants débilités retombant dans l'abrutissement de l'âge de pierre n'est-elle pas une tâche qu'une personne douée de sensibilité entreprend volontiers»[10], mais il faut savoir «envisager avec lucidité l'issue probable de la route sur laquelle est engagée l'humanité» (ibid.). Puisque les armes nucléaires sont capables de détruire toute vie sur la planète, elles mettent en péril tout ce pour quoi l'humanité a lutté au cours de son histoire, et l'humanité elle-même.

On peut ici faire un parallèle entre le droit de l'environnement et le droit de la guerre.

Il fut un temps où l'atmosphère, les mers et la surface de la terre paraissaient suffisamment vastes pour absorber n'importe quel niveau de pollution et se régénérer en même temps. Le droit était donc très tolérant vis-à-vis de la pollution. Mais lorsqu'on s'est rendu compte qu'un seuil critique allait bientôt être atteint au-delà duquel l'environnement ne serait plus capable d'absorber de pollution sans risquer la destruction, le droit s'est trouvé contraint de repenser son attitude vis-à-vis du phénomène.

Il en va de même du droit de la guerre. Jusqu'à l'avènement de l'âge nucléaire, on pensait que l'humanité pouvait survivre à toute guerre, quelle qu'en fût l'ampleur, et retrouver son équilibre. Avec l'arme nucléaire, on a atteint un seuil critique en ce sens que s'est fait jour l'inquiétante possibilité que l'humanité ne survive pas à la prochaine guerre nucléaire et que toute civilisation ne soit détruite. Le droit de la guerre s'est alors trouvé contraint de revoir son attitude face à cette réalité nouvelle.

---

[10] «The Medical and Ecological Effects of Nuclear War» par Don G. Bates, professeur d'histoire de la médecine, Université McGill, dans (1983) 28 *McGill Law Journal*, p. 717.

8. Possession et utilisation

Bien que ce soit l'utilisation et non la possession des armes nucléaires qui soit ici visée, il a été présenté à la Cour de nombreux arguments qui ont trait au deuxième aspect et sont donc sans pertinence pour la question à l'examen.

Un rappel a par exemple été fait, à l'appui de la thèse selon laquelle le problème des armes nucléaires relève de l'autorité souveraine de chaque État, du passage ci-après de l'arrêt rendu dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* :

> «il n'existe pas en droit international de règles, autres que celles que l'État intéressé peut accepter, par traité ou autrement, imposant la limitation du niveau d'armement d'un État souverain». (France, CR 95/23, p. 79; *CIJ Recueil 1986*, p. 135; c'est moi qui souligne.)

Ce paragraphe concerne manifestement la détention, et non l'utilisation des armes en cause.

On a, de même, répété à satiété que le Traité de non-prolifération n'interdit pas les armes nucléaires aux États qui en sont dotés. Mais là encore, si on peut, à l'extrême rigueur, déduire de ce traité qu'il permet de posséder des armes nucléaires, on ne saurait l'interpréter comme autorisant l'emploi de ces armes puisqu'il ne couvre en aucune manière le problème de l'emploi ou la menace d'emploi des armes en question. S'agissant de ce problème, le Traité est dépourvu de pertinence.

9. Diversité des positions adoptées par les États favorables à la thèse de la licéité

Il existe des différences notables dans les positions des États favorables à la thèse de la licéité de l'emploi des armes nucléaires. Chose plus frappante encore, il y a, sur des aspects essentiels, des divergences de vues entre les États dotés d'armes nucléaires eux-mêmes.

Ainsi, la position française est la suivante :

> «Ce critère de proportionnalité ne permet pas en lui-même d'exclure par principe l'utilisation, que ce soit en riposte ou en premier emploi, de quelque arme déterminée que ce soit, et notamment de l'arme nucléaire, dès lors que cet emploi vise à faire face à une agression et qu'il apparaît comme le moyen adéquat de faire face à celle-ci.» (Exposé écrit de la France, p. 29; c'est moi qui souligne.)

Selon cette position, les facteurs mentionnés pourraient, dans tel ou tel cas d'espèce, l'emporter même sur le principe de proportionnalité. Il semble en résulter que pour déterminer si l'emploi de l'arme est permis, il faut avant tout savoir si c'est là le moyen le plus approprié de résister à une agression. Les États-Unis pour leur part déclarent que :

> «La question de savoir si une agression au moyen d'armes nucléaires serait disproportionnée dépend entièrement des circonstances, notamment du caractère de la menace ennemie, de

> l'intérêt que présente la destruction de l'objectif, de la nature, de la puissance et des effets probables de l'arme, ainsi que de l'ampleur du risque pour la population civile, etc.» (Exposé écrit des États-Unis, p. 23)

Ainsi, la position des États-Unis prend soigneusement en considération des facteurs tels que la nature, la dimension et les effets de l'engin et la gravité du risque encouru par les civils.

Pour la Fédération de Russie, la «clause Martens» (voir la section III.4) est inopérante et peut aujourd'hui être formellement considérée inapplicable (Exposé écrit de la Fédération de Russie, p. 13).

Le Royaume-Uni, en revanche, accepte l'applicabilité de la clause Martens mais affirme que cette clause n'établit pas, par elle-même, l'illicéité des armes nucléaires (Exposé écrit du Royaume-Uni, p. 48, par. 3.58). La position du Royaume-Uni est que les termes mêmes de la clause Martens requièrent l'identification d'une règle de droit coutumier bannissant l'emploi des armes nucléaires.

Ainsi donc, les puissances dotées d'armes nucléaires elles-mêmes conçoivent différemment, chacune en ce qui la concerne, la portée et jusqu'à la base de la thèse de la licéité et ces différences de conception doivent être soigneusement analysées dans le contexte de la question posée à la Cour.

10. Nécessité de clarifier l'état du droit

L'importance qu'il y a à clarifier l'état du droit sur la licéité des armes nucléaires ne saurait être surestimée.

Le 6 juin 1899, M. de Martens, le père de la clause Martens qui sera évoquée assez longuement dans la présente opinion, a fait, depuis son siège de Président de la Deuxième Sous-Commission de la Deuxième Commission de la Conférence de La Haye, les observations suivantes en réponse à ceux qui soutenaient que mieux valait maintenir le droit de la guerre dans le vague :

> «Cette considération est-elle bien juste? Cette incertitude est-elle profitable au faible? Le fort devient-il plus faible parce que *les devoirs* du fort ne sont pas déterminés? Le fort devient-il plus faible parce que ses *droits* sont précisés et, par conséquent, limités? Je ne le pense pas. Je suis profondément convaincu que c'est surtout dans l'intérêt du faible que ses droits, ainsi que ses devoirs soient précisés...
>
> ... par deux fois en 1874 et 1899, deux grandes Conférences internationales ont réuni les hommes les plus compétents et les plus éminents du monde civilisé en la matière. Ils n'ont pas réussi à déterminer les lois et coutumes de la guerre. Ils se sont séparés en laissant exister le vague complet sur toutes ces questions...

> Laisser planer une incertitude sur ces questions aurait pour résultat fatal de faire triompher les intérêts de la force, en sacrifiant ceux de l'humanité[11].»

C'est ce même souci de clarté qui a conduit l'Assemblée générale à demander à la Cour de rendre un avis sur l'emploi des armes nucléaires. Les nations qui ont le contrôle de ces armes se sont opposées à la demande de l'Assemblée et elles ont été suivies par quelques autres. Il est de l'intérêt de toutes les nations que soit éclaircie une question qui n'a, on ne sait pourquoi, jamais été posée en termes exprès au cours des 50 dernières années et qui est donc restée sans réponse, laissant planer sur le destin de l'humanité une grande incertitude qui s'étend à des points aussi fondamentaux que l'avenir de la vie humaine sur la planète.

Le droit doit être clairement énoncé, par référence aux droits et obligations des États résultant du nouvel ordre mondial établi par la Charte des Nations Unies qui, pour la première fois dans l'histoire humaine, a banni la guerre par une décision unanime de la communauté des nations. Depuis l'adoption de ce document historique qui était encore dans les limbes à l'époque de la déclaration de Martens, cinquante ans ont passé, cinquante ans d'inaction s'agissant de la réponse à donner à la plus importante des questions juridiques qui se soient jamais posées à la communauté mondiale.

II. NATURE ET EFFETS DES ARMES NUCLÉAIRES

1. La nature des armes nucléaires

Le problème soumis à la Cour concerne l'application du droit humanitaire à des questions de fait, non l'interprétation du droit humanitaire en tant que discipline abstraite.

La Cour doit déterminer si l'emploi des armes nucléaires a, dans les faits, des conséquences si inhumaines qu'il heurte les principes de base du droit humanitaire. Tant pour le présent avis consultatif que pour celui qu'a demandé l'Organisation mondiale de la santé, une masse considérable de documents factuels a été soumise à la Cour pour l'aider à recenser les nombreuses manières dont les effets des armes nucléaires mettent en jeu l'application de divers principes du droit humanitaire. Il y a lieu d'examiner ces données factuelles, au moins dans leurs grandes lignes, car elles mettent en évidence, mieux que ne peuvent le faire des considérations générales, les caractéristiques que possèdent en propre les armes nucléaires.

Qui plus est, comme d'aucuns soutiennent que la guerre nucléaire pourrait être circonscrite, une étude détaillée de la spécificité et de l'irréversibilité des effets des armes nucléaires s'impose.

---

[11] *Conférence internationale de la paix, La Haye, 18 mai-29 juillet 1899*. Deuxième Sous-Commission de la Deuxième Commission, sixième séance. Ministère des affaires étrangères, La Haye, Imprimerie nationale, 1899, troisième partie, p. 114-115 (c'est moi qui souligne).

2. Euphémismes masquant les réalités de la guerre nucléaire

Il serait paradoxal que le droit international, instrument au service de la paix et de l'ordre planétaire, accorde droit de cité à un engin capable de réduire à néant l'agencement du monde, les millénaires de civilisation qui y ont conduit, et l'humanité elle-même. Si ce paradoxe est passé largement inaperçu, au point que le droit humanitaire n'apparaît pas dans le paysage, c'est notamment parce que l'euphémisme est la caractéristique du langage désincarné des opérations militaires et du style châtié de la diplomatie. Il masque l'horreur de la guerre nucléaire en détournant l'attention sur des abstractions telles que légitime défense, représailles et proportionnalité du dommage, qui n'ont pas grand sens dans un contexte de destruction totale.

Les effroyables dommages menaçant la population civile et les États neutres reçoivent l'appellation de «dommages collatéraux» parce que non directement voulus; l'incendie des villes prend le nom de «considérables dommages d'origine thermique». On parle de «niveaux acceptables de pertes humaines» même si des millions de morts sont à prévoir. Le maintien de l'équilibre de la terreur est baptisé «préparation nucléaire», la destruction sans rémission, «dissuasion» et la dévastation totale de l'environnement, «dommages à l'environnement». Technocratiquement détachées de leur contexte humain, de telles expressions oblitèrent le monde de la souffrance humaine, d'où le droit humanitaire est sorti.

Comme on l'a souligné au début de la présente opinion, le droit humanitaire doit, pour donner sa mesure, coller aux âpres réalités de la guerre. Il ne peut le faire avec ce type de langage[12].

Les anciens philosophes comme les linguistes modernes ont bien vu qu'il était possible d'occulter les grands problèmes par le biais d'un jargon qui en masque la substance. Confucius à qui l'on demandait comment faire régner l'ordre et la moralité dans l'État répondit «En rectifiant le vocabulaire», c'est-à-dire en appelant un chat un chat[13].

La sémantique moderne a, elle aussi, dénoncé les confusions engendrées par le recours à des euphémismes qui dissimulent la réalité des choses[14]. Le langage de la guerre nucléaire, riche en euphémismes de ce genre, tend à évacuer les vrais problèmes (extermination des individus par millions, carbonisation des populations urbaines, malformations génétiques, effets cancérigènes, destruction de la chaîne alimentaire et mise en péril de la civilisation). Les pertes massives en vies humaines sont comptabilisées avec le même détachement que les éléments d'un bilan qu'il y a toujours moyen d'équilibrer. Le droit humanitaire ne peut s'acquitter lucidement de sa tâche que s'il se débarrasse de ce camouflage verbal et s'attaque aux réalités qui sont son véritable objet. Il ne

---

[12] Sur ce point, on pourra se reporter à un recueil d'essais philosophiques contemporains sur le problème de la guerre, *The Critique of War*, Robert Ginsberg (éd.), 1969. Voir en particulier le chapitre 6 «War and the Crisis of Language» par Thomas Merton.

[13] Cité dans Robert S. Hartman, «The Revolution Against War», ibid., p. 324.

[14] «Ils servent à intégrer ces inventions infernales dans le cadre de la politique de puissance et à semer la confusion dans l'esprit des citoyens de l'âge nucléaire» (ibid., p. 325).

faut pas permettre qu'un language édulcoré et factice masque l'incompatibilité radicale de l'arme nucléaire avec les fondements du droit international.

3. Les effets de l'arme nucléaire

Avant 1945, les bombes les plus puissantes étaient des engins dotés d'une charge d'environ 20 tonnes de TNT (trinitrotoluène)[15]. Les armes nucléaires employées à Hiroshima et à Nagasaki avaient une puissance explosive d'à peu près 15 et 12 kilotonnes respectivement — soit 15 000 et 12 000 tonnes de TNT. Bien des armes existantes ou en cours d'expérimentation ont une puissance de dizaines ou de centaines de fois supérieure. Des bombes de l'ordre de la mégatonne (l'équivalent d'un million de tonnes de TNT) ou de plusieurs mégatonnes sont stockées dans les arsenaux nucléaires mondiaux; certaines ont une puissance supérieure à 20 mégatonnes (l'équivalent de 20 millions de tonnes de TNT). Une bombe d'une mégatonne dotée d'une puissance correspondant à un million de tonnes de TNT exploserait avec une puissance quelque 70 fois supérieure à celle des bombes utilisées contre le Japon et une bombe de 20 mégatonnes le ferait avec une puissance plus de mille fois supérieure.

Ces chiffres abstraits ne parlent pas à l'esprit et pour faire comprendre ce qu'ils recouvrent, on a eu recours à des images concrètes. Par exemple, il faudrait, pour transporter par chemin de fer la quantité de TNT à laquelle correspond une bombe d'une mégatonne, un train de 350 kilomètres de long[16]. On se représente mieux ce que signifie semer la mort et la destruction sur le territoire d'un adversaire au moyen d'une seule bombe d'une mégatonne si l'on évoque l'image d'un train de 350 kilomètres de long chargé de TNT, acheminé en territoire étranger pour y exploser. Cela, il est impossible de prétendre que le droit international l'admette. Et peu importe que le train ait, non pas 350, mais 150, 100, 20 ou 2 kilomètres de long ou qu'il ait, à l'autre extrême, 2 000 ou 6 000 kilomètres de long, ces derniers chiffres correspondant respectivement à des bombes de 5 et 20 mégatonnes.

Voilà de quelle puissance est dotée la bombe qui retient l'attention de la Cour — une puissance par rapport à laquelle tout ce qui précède, même pris cumulativement, est dérisoire. La puissance d'une bombe de 5 mégatonnes dépasse celle de l'ensemble des bombes utilisées au cours de la deuxième guerre mondiale et la puissance d'une bombe de 20 mégatonnes est «supérieure à celle que représente, cumulativement, la totalité des explosifs utilisés durant les guerres qui ont émaillé le cours de l'histoire de l'humanité» (ibid.).

Les armes utilisées à Hiroshima et à Nagasaki sont des bombes «modestes» par rapport à celles qui se fabriquent aujourd'hui et, comme je l'ai déjà dit, une bombe d'une mégatonne équivaut à quelque 70 bombes d'Hiroshima et une bombe de 15 mégatonnes à presque 1 000 bombes d'Hiroshima. Pourtant, la puissance destructrice sans précédent de l'arme considérée n'est pas son seul trait distinctif. Elle possède aussi en propre la caractéristique d'avoir des effets impossibles à contenir dans des limites temporelles et spatiales définies. Elle est sans équivalent par le péril qu'elle fait courir à l'avenir de l'humanité. Elle est sans équivalent par le danger persistant auquel elle expose la santé humaine longtemps après son utilisation. Si son emploi est une violation du

---

[15] N. Singh et E. McWhinney, *Nuclear Weapons and Contemporary International War*, 1989, p. 29.

[16] Bates, op. cit, p. 719.

droit humanitaire, ce n'est pas simplement parce qu'elle est une arme de destruction massive[17] mais pour des raisons qui relèvent de l'essence même du droit humanitaire.

Les armes atomiques possèdent certaines caractéristiques qui les distinguent des armes classiques et que la Commission de l'énergie atomique des États-Unis a résumées comme suit :

> «[l'arme atomique] diffère des autres bombes à trois égards principaux : son explosion 1) dégage une quantité d'énergie au moins mille fois supérieure à celle que produisent les bombes au TNT les plus puissantes; 2) s'accompagne de l'émission de radiations invisibles à la fois pénétrantes et délétères et dégage en outre une chaleur et une lumière intenses; et 3) laisse subsister des substances radioactives qui émettent des radiations potentiellement nuisibles pour les organismes vivants[18]».

L'analyse plus détaillée qui figure ci-dessous est basée sur des éléments d'information présentés à la Cour, qui n'ont pas été contestés lors des audiences même par les États qui soutiennent que l'emploi des armes nucléaires n'est pas illicite. Ces éléments fournissent la base factuelle sur laquelle l'échange d'arguments juridiques doit nécessairement reposer si l'on ne veut pas qu'il se ramène à un débat d'idées.

a) Dommages à l'environnement et à l'écosystème[19]

L'arme nucléaire est sans équivalent pour ce qui est de l'ampleur des dommages qu'elle peut causer à l'environnement, ainsi que la Commission mondiale de l'environnement et du développement l'a souligné en 1987 dans les termes suivants :

> «Par rapport aux conséquences probables de la guerre atomique, il n'est pas de menace à l'environnement qui ne paraisse insignifiante. Les armes nucléaires marquent un tournant qualitatif dans l'histoire de l'art de la guerre. Une seule bombe thermonucléaire peut avoir une puissance explosive supérieure à celle de tous les explosifs utilisés au combat depuis l'invention de la poudre. Outre qu'elles multiplient à l'infini les effets destructeurs du souffle et de la chaleur, ces armes font intervenir

---

[17] L'Assemblée générale des Nations Unies, dans le Document final de sa dixième session extraordinaire, la première consacrée au désarmement (1978), a été unanime à classer les armes nucléaires dans la catégorie des armes de destruction massive, conclusion qui a été adoptée par consensus (CR 95/25, p. 17).

[18] *Effects of Atomic Weapons*, préparé par la Commission de l'énergie atomique des États-Unis en coopération avec le Département de la défense, 1950, cité dans Singh et McWhinney, op. cit., p. 30.

[19] Sur le droit de l'environnement, voir la section III.10 *e)*, *infra*.

un nouvel agent létal — le rayonnement ionisant — dont l'effet létal se prolonge aussi bien dans le temps que dans l'espace[20].»

Les armes nucléaires ont la capacité de détruire l'ensemble de l'écosystème de la planète. Celles qui sont stockées à l'heure actuelle dans les arsenaux mondiaux ont plusieurs fois la puissance nécessaire pour anéantir toute vie à la surface de la terre.

L'arme nucléaire possède en propre une autre caractéristique, évoquée au cours des audiences, qui est d'exposer aux radiations ionisantes les forêts de conifères, les récoltes, la chaîne alimentaire, le bétail et l'écosystème marin.

b) Dommages aux générations futures

Les effets des armes nucléaires sur l'écosystème se prolongent en pratique au-delà de toute limite temporelle concevable. La «période» de l'un des sous-produits d'une explosion nucléaire — le plutonium 239 — est de plus de 20 000 ans. Après un échange nucléaire majeur, la radioactivité résiduelle ne redescendrait à un niveau minimal qu'au bout de plusieurs «périodes». La période est «le temps nécessaire pour que la radioactivité émise par un élément pur diminue de moitié. La période des isotopes radioactifs connus varie entre 10^{-7} secondes et 10^{16} années»[21].

Le tableau ci-dessous indique la période des principaux éléments radioactifs apparaissant à la suite d'une explosion nucléaire.

Nucléide	*Période*
Césium 137	30,2 ans
Strontium 90	28,6 ans
Plutonium 239	24 100 ans
Plutonium 240	6 570 ans
Plutonium 241	14,4 ans
Américium 241	432 ans[22]

Théoriquement, l'ordre de grandeur pourrait être de dizaines de milliers d'années. Dans quelque perspective qu'on se place, on peut raisonnablement dire qu'aucune génération n'est en droit, pour quelque motif que ce soit, d'infliger pareils dommages aux générations futures.

---

[20] Commission mondiale sur l'environnement et le développement («la Commission Brundtland»), *Notre avenir à tous* (1987), p. 362-363, cité dans CR 95/22, p. 55.

[21] *Encyclopedia Britannica Micropaedia*, édition de 1992, Vol. 9, p. 893.

[22] Source : *Radioecology*, Holm éd., 1995, World Scientific Publishing Co.

La Cour internationale de Justice, en tant qu'organe judiciaire principal des Nations Unies habilité plus qu'aucun autre tribunal à dire et à appliquer le droit international de manière autorisée, doit, dans sa jurisprudence, reconnaître dûment les droits des générations futures. S'il est un tribunal qui peut reconnaître et protéger leurs intérêts, c'est bien la Cour.

Il est à noter, dans ce contexte, que la notion de droits des générations futures n'est plus une notion embryonnaire cherchant à acquérir droit de cité. Elle s'est intégrée au droit international par le canal d'importants traités, de l'*opinio juris* et des principes généraux du droit reconnus par les nations civilisées.

Parmi les traités, on peut mentionner la Convention de Londres de 1979 sur les déversements de déchets dans l'océan, la Convention de 1973 sur le commerce international des espèces menacées d'extinction et la Convention de 1972 sur la protection du patrimoine mondial, culturel et naturel. Tous ces instruments énoncent expressément le principe de la protection du milieu naturel dans l'intérêt des générations futures, élevé au rang d'obligation contraignante pour les États.

L'*opinio juris* est maintenant abondante puisque plusieurs ouvrages importants ont été consacrés à la question et que des notions comme celles de l'équité intergénérations et du patrimoine commun de l'humanité sont bien établies au niveau scientifique[23]. Nul n'ignore par surcroît l'attention que prête une foule de systèmes juridiques traditionnels un peu partout dans le monde à la protection de l'environnement dans l'intérêt des générations futures. Enfin, une série d'importantes déclarations internationales ont été adoptées, à commencer par la Déclaration de Stockholm de 1972 sur l'environnement humain.

Se trouvant en présence, selon des données scientifiques indiscutables, d'une pollution de l'environnement s'étendant sur des centaines de générations, la Cour manquerait à son devoir si elle n'était pas très attentive aux moyens de sauvegarder l'avenir par l'application du droit actuel. Les idéaux de la Charte des Nations Unies ne sont pas limités au temps présent, ils s'inscrivent dans le cadre d'une perspective dynamique de progrès social et d'amélioration des conditions de vie et ils doivent bénéficier non seulement à la génération actuelle mais aussi aux «générations futures». La perspective d'une dégradation de l'environnement se prolongeant pour ainsi dire à l'infini suffirait, à elle seule, à justifier la mise en oeuvre des principes conservatoires du droit international que la Cour est suprêmement habilitée à énoncer et qu'elle doit nécessairement appliquer.

---

[23] Pour plus de détails, voir Edith Brown Weiss, *In Fairness to Future Generations: International Law, Common Patrimony and Intergenerational Equity*, 1989.

c) Dommages aux populations civiles

Il y a peu à dire ici car, sur ce point particulier, les armes nucléaires l'emportent sur toutes les autres armes de destruction massive. Pour citer une étude bien connue sur le développement du droit international :

> «Les armes de destruction massive — les armes ABC — ont ceci de particulier qu'il est impossible d'en limiter l'effet destructeur, dans l'espace et dans le temps, aux objectifs militaires. En conséquence, leur emploi ferait un nombre inimaginable et incalculable de victimes dans la population civile et serait au demeurant — même en l'absence de dispositions conventionnelles expresses — contraire au droit international. Cela dit, la question des armes de destruction massive déborde aujourd'hui le cadre du droit humanitaire au sens étroit et s'est intégrée à la problématique de la coexistence pacifique des États dotés de systèmes sociaux différents[24].»

d) L'hiver nucléaire

Un échange de tirs nucléaires pourrait conduire à l'hiver nucléaire, phénomène causé par l'accumulation dans l'atmosphère, suite aux incendies provoqués par les armes en question dans les villes, les forêts et les campagnes, de centaines de millions de tonnes de particules de suie. Le nuage de fumée et les débris projetés en l'air par des explosions multiples feraient écran à la lumière solaire, anéantissant les récoltes dans le monde entier et conduisant à la famine généralisée. Depuis l'article collectif de Turco, Toon, Ackerman, Pollack et Carl Sagan sur l'hiver nucléaire et les conséquences mondiales d'explosions nucléaires multiples (dite «Etude TTAPS», sigle fait des initiales de ses auteurs)[25], un énorme travail a été consacré à l'analyse scientifique détaillée des effets des nuages de poussière et de fumée que créerait une guerre nucléaire. L'étude TTAPS a démontré que des nuages de fumée générés dans un hémisphère pourraient, en l'espace de quelques semaines, se

---

[24] Géza Herczegh, *Development of International Humanitarian Law*, 1984, p. 93. Les armes «ABC» s'entendent des armes atomiques, biologiques et chimiques.

[25] *Science*, 23 décembre 1983, Vol. 222, p. 1283.

propager à l'autre hémisphère[26]. Cette étude, parmi d'autres, montre qu'une chute de température de quelques degrés intervenant par suite de l'hiver nucléaire à la saison où mûrissent les récoltes peut leur être fatale sur une superficie aussi vaste que celle de l'hémisphère. De tels phénomènes font donc peser une menace même sur les pays non belligérants.

> «Il est maintenant universellement admis que les effets climatiques d'un hiver nucléaire et leurs séquelles sous forme de pénurie alimentaire aggravée par la destruction de l'infrastructure pourraient avoir sur la population de la planète un impact global plus important que les effets immédiats des explosions nucléaires. On a de plus en plus de preuves que dans l'après-guerre nucléaire, l'*homo sapiens* n'aura aucun asile écologique où se réfugier. Il apparaît que la vie serait menacée partout sur la planète[27].»

---

[26] La propagation, d'un hémisphère à l'autre, d'un nuage de particules, s'accompagnant de conséquences analogues à celles de l'hiver nucléaire n'est pas une vue futuriste sans rapport avec la réalité vécue. En 1815, l'éruption du volcan indonésien Tambora a projeté dans l'atmosphère une telle quantité de cendres et de fumée que l'année 1816 a été dans le monde entier une année de récoltes catastrophiques et d'obscurité. Le numéro de mars 1984 de la revue «*Scientific American*» reproduit à la page 58 un poème de Lord Byron intitulé «Darkness» [«Les Ténèbres»] qui semblerait avoir été inspiré par cette année sans été. Dans le cadre d'une enquête menée en décembre 1983 par le Sénat des États-Unis sur les effets de la guerre nucléaire, le physicien russe Kapitza a, dans ce contexte, appelé l'attention sur le poème en question qui, a-t-il dit, est bien connu des Russes grâce à la traduction qu'en a faite le romancier Ivan Tourgueniev. En voici quelques extraits qui expriment, avec la puissance évocatrice de la poésie, le désespoir des hommes et la désolation de l'environnement à l'âge post-nucléaire :

> «Ô terreur sans pareille! en cette horreur profonde
> Une seule espérance anime encore le monde.
> Dans les vastes forêts les flammes s'allumaient
> Mais hélas! d'heure en heure elles se consumaient
> Les troncs, en pétillant, se réduisaient en cendre;
> Et dans l'obscurité tout allait redescendre.
> Leurs mourantes lueurs sur le front des humains
> Sur ces fronts sillonnés par le sceau des destins,
> Jetaient en s'éteignant une clarté dernière
> Épouvantable adieu que leur dit la lumière!
> Les uns se prosternaient, et répandaient des pleurs...
>
> ... Le monde ne fut plus qu'un vide épouvantable.
> Dans ses gouffres profonds, cet abîme effroyable
> Renfermait, calcinés, tous les débris épars
> Des cités, des jardins, des monuments, des arts :
> Chaos inanimé, sans saisons, sans verdure
> De tout ce qui vécut immense sépulture.
> Les rivières, les lacs et l'Océan bourbeux
> Ne portaient qu'une eau morte en leurs flancs caverneux;
> Abandonnés des mains qui les rendaient agiles
> Les vaisseaux sur la mer pourrissaient immobiles...

[Traduction par un contemporain de l'auteur, figurant dans les collections de la Bibliothèque nationale de France sous la signature P...y.]

[27] Wilfrid Bach, «Climatic Consequences of Nuclear War», Actes du sixième Congrès mondial de l'Association internationale des médecins pour la prévention de la guerre nucléaire (IPPNW), Cologne, 1986, publiés sous le titre *Maintain Life on Earth!*, 1987, p. 154.

e) Pertes en vies humaines

D'après des estimations de l'OMS, le nombre des morts varierait entre un million et un milliard, selon le cas de figure envisagé (bombe unique, guerre limitée ou guerre totale) et le nombre des blessés s'établirait au même niveau dans chacun de ces cas de figure.

À Hiroshima et à Nagasaki — les deux seules fois où une bombe nucléaire ait été utilisée dans un contexte de belligérance — il y a eu, selon le représentant du Japon, 140 000 et 74 000 morts, respectivement, le nombre total d'habitants s'élevant dans le premier cas à 350 000 et dans le second à 240 000. Si les mêmes bombes avaient été lâchées sur des villes à forte densité de population comptant des millions d'habitants, comme Tokyo, New York, Paris, Londres ou Moscou, elles auraient fait un nombre incommensurablement plus élevé de victimes.

Une intéressante comparaison statistique a été présentée à la Cour par le maire de Nagasaki qui a indiqué que le bombardement de Dresde par 773 appareils britanniques, suivi d'une avalanche de 650 000 bombes incendiaires larguées par 450 avions américains, avaient fait 135 000 morts — à peu près autant que l'unique bombe nucléaire lâchée sur Hiroshima — une bombe de dimension modeste par rapport à celles d'aujourd'hui.

f) Effets pathogènes des radiations

L'explosion d'un engin nucléaire s'accompagne de radiations instantanées, et de retombées radioactives.

> «Il est bien établi que la réaction de fission qu'utilise la bombe A provoque des radiations nucléaires résiduelles au même titre que la réaction de fusion utilisée par la bombe thermonucléaire ou bombe H[28].»

À ces effets immédiats s'ajoutent des effets à long terme causés par l'action des radiations ionisantes sur l'être humain et l'environnement. Les radiations ionisantes ont sur les cellules des conséquences qui peuvent aboutir à leur destruction ou diminuer leur capacité de fonctionnement[29].

La population victime d'une agression nucléaire est exposée à un triple danger — du fait de l'effet thermique, du souffle et des radiations — et il est difficile d'isoler les conséquences des radiations de celles du souffle et de l'effet thermique. Tchernobyl a toutefois permis d'étudier isolément les conséquences des radiations :

> «Tchernobyl est le plus vaste champ d'expérience dont la science ait jamais disposé pour étudier les effets de l'irradiation totale d'êtres humains, sans que sa tâche se trouve compliquée par des blessures imputables au souffle et/ou aux brûlures[30].»

---

[28] Singh et McWhinney, op. cit., p. 123.

[29] Herbert Abrams, «Chernobyl and the Short-Term Medical Effects of Nuclear War», Actes du Congrès de l'IPPNW, op. cit., p. 122.

[30] Ibid., p. 120.

Ces effets peuvent être à long terme (cancers, chéloïdes) ou à court terme (anorexie, diarrhée, interruption de la production de cellules sanguines, hémorragie, lésions de moelle osseuse, lésions du système nerveux central, convulsions, troubles vasculaires et collapsus cardio-vasculaire)[31].

Tchernobyl qui n'a provoqué que des dommages consécutifs à l'irradiation et ce, dans une zone relativement peu peuplée, a exigé la mobilisation de toutes les ressources médicales dont disposait une nation puissante et a obligé à faire venir massivement de tous les coins de l'Union soviétique du personnel, de l'équipement et des articles médicaux — 5 000 camions, 800 autobus, 240 ambulances, hélicoptères et trains spéciaux[32]. Or, l'explosion de Tchernobyl correspondait approximativement à celle d'une bombe d'une puissance d'une demi-kilotonne (ibid., p. 127) équivalant à 1/25 de la puissance de la bombe relativement modeste d'Hiroshima, qui ne représentait elle-même que 1/70 de la puissance d'une bombe d'une mégatonne. Comme il a été indiqué précédemment, des bombes de plusieurs dizaines de mégatonnes sont aujourd'hui stockées dans les arsenaux nucléaires.

L'irradiation provoque des souffrances qui ne sont pas seulement insoutenables mais peuvent durer toute une vie. Des personnes sont mortes à Hiroshima et à Nagasaki à l'issue d'un martyr qui a duré des dizaines d'années après que la bombe nucléaire eut été lâchée sur ces deux villes. Le maire d'Hiroshima a évoqué à l'intention de la Cour la lente agonie des survivants — dont il a été largement rendu compte dans les nombreuses publications parues sur cette question. L'Indonésie a cité l'ouvrage d'Antonio Cassese «*Violence and Law in the Modern Age*» (1988) qui appelle l'attention sur le fait que «pour avoir une idée des souffrances humaines ... il faut se référer non seulement aux chiffres et aux statistiques ... mais aussi au témoignage des survivants». Ces témoignages relatant des souffrances intolérables sont multiples et bien connus[33].

Il convient aussi de se reporter aux nombreux documents reçus à ce sujet par le Greffier et notamment aux travaux rassemblés sous le titre «*International Symposium: Fifty years since the Atomic Bombing of Hiroshima and Nagasaki*». On ne peut s'aventurer, dans le cadre de la présente opinion, à dresser un inventaire, si succinct soit-il, des souffrances décrites.

Le bilan s'alourdit encore si l'on y ajoute les lentes agonies consécutives à l'irradiation. D'après des statistiques fournies à la Cour par le représentant du Japon, on compte, à cinquante ans de distance, plus de 320 000 survivants irradiés qui souffrent de séquelles diverses et notamment d'affections malignes attribuables à l'irradiation (leucémie, cancer de la thyroïde, cancer du sein, cancer du poumon, cancer de l'estomac, cataracte).

---

[31] Ibid., p. 122-125.

[32] Ibid., p. 121.

[33] Au nombre des comptes-rendus parus à l'époque qui sont mondialement connus, on peut citer *Hiroshima* par John Hersey, ouvrage auquel le *New Yorker* a consacré l'intégralité de son numéro du 31 août 1946 et qui a ultérieurement paru dans la collection Penguin Classic, également en 1946; *Hiroshima Diary: The Journal of a Japanese Physician August 6-September*, 1945, par Michihiko Hachiya, M. D. (University of North Carolina Press, 1955); et *The Day Man Lost: Hiroshima, 6 August 1945* (Kodansha, 1972). Ces ouvrages font partie d'une volumineuse bibliographie.

Comme les armes nucléaires stockées dans les arsenaux de la planète ont une puissance plusieurs fois supérieure à celle des armes dont nous parlons ici, on peut en attendre des ravages multipliés à l'infini.

Comme l'indique l'OMS (CR 95/22, p. 23-24), la surexposition aux radiations détruit les systèmes d'immunisation de l'organisme et accroît la vulnérabilité aux infections et aux cancers.

Outre un accroissement des altérations génétiques et des défigurations dues aux tumeurs chéloïdes déjà mentionnées, l'irradiation a également provoqué des traumatismes psychologiques, que l'on continue d'observer chez les survivants d'Hiroshima et de Nagasaki. Les lésions sont dues à l'irradiation directe et aux rayonnements émis par le sol, par les immeubles chargés de radioactivité et par les cendres et poussières radioactives qui retombent sur le sol plusieurs mois après avoir été projetées dans la stratosphère par la force de l'explosion[34].

Il existe en tout état de cause un énorme dossier sur les effets pathogènes de la guerre nucléaire. Ce dossier est analysé plus en détail dans mon opinion dissidente relative à la demande d'avis consultatif de l'OMS. Il doit être considéré comme faisant partie du présent exposé des effets spécifiques de l'arme nucléaire.

g) Effet thermique et souffle

Les dommages causés par les armes nucléaires sont attribuables à trois causes : l'effet thermique, le souffle et les radiations. Comme l'a indiqué le représentant de l'OMS, les conséquences qu'entraînent les deux premières causes sont quantitativement différentes de celles qui résultent de l'explosion de bombes conventionnelles tandis que les conséquences qui découlent de la troisième cause sont propres aux armes nucléaires — lesquelles provoquent, outre une irradiation instantanée, des retombées radioactives.

La spécificité de l'arme nucléaire ressort des statistiques concernant l'effet thermique et le souffle qu'elle génère. Le représentant du Japon a appelé notre attention sur des estimations selon lesquelles les explosions d'Hiroshima et de Nagasaki ont généré des températures de plusieurs millions de degrés centigrades et des pressions de plusieurs centaines de milliers d'atmosphères. On a calculé que, dans la boule de feu incandescente résultant de l'explosion nucléaire, la température et la pression étaient les mêmes qu'au centre du soleil[35]. Il s'est produit, environ 30 minutes après l'explosion, des tourbillons et des tempêtes thermiques qui ont détruit 70 147 maisons à Hiroshima et 18 400 à Nagasaki. Selon les chiffres fournis par le maire d'Hiroshima, le souffle accompagnant l'onde de choc initiale a atteint une vitesse d'environ 1 600 kilomètres à l'heure.

---

[34] Sur les effets de l'irradiation, voir, généralement, *Nuclear Radiation in Warfare*, 1981, par le professeur Joseph Rotblat, lauréat du prix Nobel.

[35] Bates, op. cit., p. 772. Le *Bhagavad-Gita* dit «plus brillant qu'un millier de soleils», expression largement utilisée par les savants nucléaires, par exemple Robert Jungk, auteur de *Brighter than a Thousand Suns: a Personal History of the Atomic Scientist*, Penguin, 1982, et par Oppenheimer dans sa célèbre citation de la même source.

> «Le souffle transforme les êtres humains et les débris en projectiles qui entrent violemment en collision avec les objets fixes et les uns avec les autres. Fractures multiples, blessures, crânes, membres et organes internes broyés, telles sont quelques-unes des innombrables conséquences qui en résultent[36].»

h) Malformations congénitales

Les effets intergénérations des armes nucléaires en font une catégorie d'armes à part. Comme le souligne la délégation des Îles Salomon, les effets négatifs de la bombe sont «virtuellement permanents — l'humanité est destinée à en ressentir le contrecoup jusque dans un avenir très éloigné — si avenir il y a, et rien n'est moins sûr dans l'hypothèse d'un conflit nucléaire» (CR 95/32, p. 36). Outre des dommages à l'environnement dont les générations futures auront à souffrir pendant très longtemps, les radiations causent des ravages génétiques et aboutissent à des tares et malformations congénitales comme on l'a constaté à Hiroshima et à Nagasaki (où tous ceux qui se trouvaient au voisinage de l'explosion — les *hibakusha* — se sont plaints pendant des années d'être pour cette raison victimes d'une discrimination sociale) ainsi qu'aux Îles Marshall et en d'autres points du Pacifique.

Selon le maire de Nagasaki :

> «les descendants des survivants des explosions atomiques devront être suivis pendant plusieurs générations pour déceler l'impact génétique, ce qui signifie que des générations de personnes vivront dans l'angoisse» (CR 95/27, p. 43)

Le maire d'Hiroshima a indiqué à la Cour que les enfants qui avaient été «exposés aux radiations dans le sein de leur mère révélaient souvent au moment de la naissance une microcéphalie, syndrome combinant arriération mentale et développement incomplet» (ibid., p. 29). Il s'est exprimé dans les termes suivants :

> «Il n'y a aucun espoir que ces enfants deviennent des individus normaux. On ne peut rien faire pour eux sur le plan médical. La bombe atomique a marqué d'un stigmate indélébile la vie d'êtres totalement innocents qui n'avaient même pas encore vu le jour.» (Ibid., p. 30)

Au Japon, le problème social des *hibakusha* concerne non seulement les personnes hideusement défigurées par des tumeurs chéloïdes mais aussi des enfants présentant des malformations et ceux qui, ayant été exposés aux explosions nucléaires, risquent d'avoir été génétiquement atteints et de donner le jour à des enfants anormaux. Il y a là un problème de droits de l'homme très sérieux, qui a surgi longtemps après la bombe et qui se posera nécessairement pendant des générations.

Mme Lijon Eknilang, des Îles Marshall, a signalé à la Cour des anomalies génétiques qu'on n'avait jamais observées sur le territoire insulaire jusqu'aux campagnes d'essais nucléaires dans l'atmosphère. Elle a fait une émouvante description des anomalies congénitales qui ont été constatées après que la

---

[36] Ibid, p. 723.

population locale eut été exposée aux radiations. Elle a dit qu'aux Îles Marshall, des femmes

> «donnent naissance non à des enfants comme nous aimons les imaginer mais à des choses que, nous inspirant de la réalité quotidienne, nous dénommons 'poulpes' 'pommes' ou 'tortues'. Nous n'avons pas de mot dans notre langue pour décrire ce genre de créature parce qu'il n'en était jamais venu au monde avant que nous ne soyons exposés aux radiations.
>
> Des femmes de Rongelap, de Likiep, d'Ailuk et d'autres atolls des Îles Marshall ont aussi donné naissance à des monstres... Une femme de Likiep a accouché d'un enfant bicéphale ... Il y a aujourd'hui à Ailuk une fillette privée de genoux, et qui n'a que trois doigts à chaque pied et un seul bras.
>
> À Rongelap et dans les îles voisines, l'anomalie la plus fréquente à la naissance est celle de l''ectoplasmie'. Les enfants sont dépourvus de charpente osseuse et leur peau est transparente. On peut voir battre leur cerveau et leur coeur. Les grossesses anormales font de nombreuses victimes ... et les femmes qui survivent accouchent d'une sorte de grappe de raisins noirs que nous nous hâtons de faire disparaître et d'enterrer...
>
> Si j'ai entrepris ce long voyage pour me présenter devant la Cour aujourd'hui, c'est pour vous demander de faire tout en votre pouvoir pour que la souffrance qui a été notre lot à nous, citoyens des Îles Marshall, soit épargnée au reste du monde.» (CR 95/32, p. 30-31)

Un autre pays où ont été enregistrées des naissances d'enfants anormaux, Vanuatu, a fait une intervention non moins émouvante devant l'Assemblée mondiale de la santé lors de l'examen, dans cette enceinte, de la possibilité de soumettre à la Cour la question des armes nucléaires. Le représentant de Vanuatu a signalé la naissance au bout de neuf mois d'une substance qui respire mais qui n'a ni visage, ni bras, ni jambes[37].

i) Dommages transnationaux

En cas d'explosion nucléaire, les retombées, même si elles proviennent d'une seule détonation, sont impossibles à contenir dans les limites d'un territoire national[38]. Selon des études de l'OMS, elles s'étendraient sur des centaines de kilomètres sous le vent et l'effet des rayons gamma résultant des retombées pourrait être ressenti par le corps humain, même au-delà des frontières, de diverses manières : contact avec le sol devenu radioactif, inhalation de l'air, absorption de denrées contaminées et inhalation de radioactivité en suspension. Très instructive à cet égard est la comparaison entre les superficies affectées par les bombes du type classique et les armes

---

[37] Compte rendu de la 13e séance plénière, Quarante-sixième Assemblée mondiale de la santé, 14 mai 1993, Doc. A46/VR/13, p. 11, communiqué à la Cour par l'OMS.

[38] Voir le diagramme annexé à la présente opinion, qui est reproduit de *Effects of Nuclear War on Health and Health Services*, Organisation mondiale de la santé, Genève, 2e éd., 1987, p. 16.

nucléaires, présentée dans le diagramme joint à la présente opinion, qui est emprunté à l'étude de l'OMS. On peut donc se faire une idée du danger auquel seraient exposées les populations neutres.

Toutes les nations, y compris celles qui procèdent à des essais souterrains, conviennent que de très grandes précautions doivent être prises pour éviter qu'une explosion nucléaire souterraine ne contamine l'environnement. Il sera manifestement impossible de prendre de telles précautions en cas d'emploi d'armes nucléaires dans le contexte d'un conflit puisque les explosions auront nécessairement lieu dans l'atmosphère ou sur terre. Les explosions nucléaires dans l'atmosphère ont des effets délétères si notoires qu'elles ont déjà été interdites par le Traité d'interdiction partielle des essais nucléaires et que l'on se rapproche de plus en plus d'un traité d'interdiction des essais dans tous les milieux. Si les puissances dotées d'armes nucléaires conviennent aujourd'hui que les explosions souterraines soumises aux contrôles rigoureux d'une campagne d'essais ont des effets si néfastes sur la santé et l'environnement qu'il faut les interdire, comment considérer comme acceptables des explosions à l'air libre échappant à tout contrôle?

Les effets transfrontières des radiations sont mis en évidence par la catastrophe de Tchernobyl qui a eu des effets dévastateurs sur une vaste superficie du fait qu'il était impossible d'arrêter le déplacement des sous-produits de la réaction nucléaire. La santé humaine, la production agricole et laitière et la démographie ont été affectées à un degré sans précédent. Le 30 novembre 1995, un haut fonctionnaire des Nations Unies, le Secrétaire général adjoint aux affaires humanitaires, a annoncé que les cancers de la thyroïde, dont beaucoup diagnostiqués chez des enfants, étaient devenus 285 fois plus fréquents qu'avant l'accident, que le nombre de personnes originaires de la Biélorussie, de la Russie et de l'Ukraine qui continuaient de vivre loin de chez elles et étaient souvent sans abri avoisinait 375 000 — chiffre comparable à celui des personnes déplacées du fait des combats au Rwanda — et qu'environ 9 millions de personnes avaient été atteintes d'une manière ou d'une autre[39]. Dix ans après Tchernobyl, les effets de la tragédie se font encore sentir sur de vastes superficies, non seulement en Russie mais aussi dans d'autres pays comme la Suède. Pourtant, ils ont eu pour origine un simple accident, non une volonté délibérée de causer des dommages par l'emploi d'armes nucléaires; ils ne se sont pas accompagnés des ravages attribuables à l'effet thermique ou à l'effet de souffle que provoquent les armes nucléaires; ils ont été causés exclusivement par l'irradiation — l'une seulement des trois manières dont les armes nucléaires tuent; et ils ont fait suite à un incident de proportions nettement plus modestes que les explosions d'Hiroshima et de Nagasaki.

j) Anéantissement possible de l'ensemble de la civilisation

La guerre nucléaire a la capacité d'anéantir l'ensemble de la civilisation. Il suffirait pour obtenir ce résultat d'utiliser une infime partie des réserves d'armes nucléaires stockées dans les arsenaux des puissances nucléaires.

Un ancien Secrétaire d'État des États-Unis, Henry Kissinger, a un jour déclaré, à propos des assurances stratégiques en Europe :

---

[39] *New York Times Service*, cité dans le numéro du 30 novembre 1995 de l'*International Herald Tribune*.

> «Nos alliés européens ne devraient pas nous inviter constamment à multiplier des assurances stratégiques que nous ne sommes pas prêts, ou, si nous le sommes, ne devrions pas être prêts à honorer car en les honorant, *nous risquerions d'anéantir la civilisation*[40].»

De même, Robert McNamara, Secrétaire à la défense des États-Unis de 1961 à 1968, a écrit :

> «Peut-on raisonnablement croire que ne seraient employés, dans le cadre d'une guerre nucléaire, que quelques dizaines ou même quelques centaines d'armes nucléaires alors même que les deux parties auraient encore des dizaines de milliers d'armes à leur disposition? La réponse ne peut être que négative[41].»

Les stocks d'armes sont peut-être en voie de réduction mais ce n'est pas à l'échelle de milliers ou même de centaines d'armes nucléaires que le problème se pose. Il suffirait de quelques dizaines d'armes pour causer toutes les destructions dont un aperçu a été donné au début de la présente opinion.

Tel est le risque que comporte l'emploi des armes nucléaires — un risque qu'aucune nation n'est en droit de prendre, quels que soient les dangers auxquels elle se trouve exposée. Le droit d'un individu de défendre ses propres intérêts est un droit qu'il possède à l'encontre de ses adversaires. Il ne peut pas légitimement, en l'exerçant, anéantir le village où il habite.

i) Institutions sociales

Toutes les institutions d'une société organisée — les instances judiciaires et législatives, la police, les administrations de la santé publique, de l'éducation, des transports, des communications et des postes et téléphones, ainsi que la presse — seraient paralysées. Il en résulterait un «chaos social à une échelle sans précédent dans l'histoire de l'humanité»[42].

ii) Structures économiques

Économiquement, la société reviendrait non pas à son niveau du Moyen-âge mais à un stade tout à fait rudimentaire. Une des études les plus connues qui évoquent cette question résume la situation dans les termes suivants :

> «Il faudrait ... non pas reconstruire l'économie préexistante mais en inventer une nouvelle, à un niveau beaucoup plus primitif ... L'économie du Moyen-âge, par exemple, était loin d'avoir la capacité de production de la nôtre mais elle était extrêmement complexe et nos contemporains ne seraient pas capables de bâtir instantanément un système économique médiéval sur les ruines de celui du 20e siècle... Debout au milieu des restes de l'ère

---

[40] Henry A. Kissinger, «NATO Defense and the Soviet Threat», *Survival*, Nov./Déc. 1979, p. 266 (Conférence à Bruxelles), cité par Robert S. McNamara dans «The Military Role of Nuclear Weapons: Perceptions and Misperceptions» (1983-1984), *Foreign Affairs*, Vol. 1, p. 59; c'est moi qui souligne.

[41] Robert S. McNamara, op. cit., p. 71.

[42] Bates, op. cit., p. 726.

> spatiale, ils seraient incapables de trouver, parmi les débris d'une économie moderne répandus autour d'eux — une automobile, une machine à laver — les moyens de satisfaire leurs besoins les plus élémentaires... [I]ls ne se soucieraient pas de reconstruire l'industrie automobile ou l'industrie électronique : ils se soucieraient de savoir comment trouver dans les bois des baies non radioactives et comment identifier les arbres à écorce comestible[43].»

iii) Trésors culturels

Doit également être prise en compte la destruction des trésors culturels, témoins du progrès de la civilisation à travers les âges. L'importance de la protection de cet aspect de la civilisation a été reconnue par la Convention de La Haye du 14 mai 1954 concernant la protection des biens culturels en cas de conflit armé, qui proclame que le patrimoine culturel a droit à une protection spéciale. Les monuments historiques, les oeuvres d'art et les lieux de culte qui constituent le patrimoine culturel ou spirituel des peuples ne doivent servir de cible à aucun acte d'hostilité.

Le Protocole additionnel II dispose que les biens culturels et les lieux de culte qui constituent le patrimoine culturel et spirituel des peuples ne doivent pas faire l'objet d'attaques. Semblables attaques constituent des violations graves du droit humanitaire tel qu'il résulte des Conventions et du Protocole. La protection du patrimoine culturel est considérée comme si importante par la communauté mondiale que l'UNESCO a élaboré un Programme spécial pour la protection de la culture en temps de guerre. Chaque destruction d'un bien culturel entraîne une réaction indignée de l'opinion publique et une protestation pour violation du droit de la guerre.

Or, il est manifeste que la bombe nucléaire n'épargne pas les trésors culturels. Elle réduit en cendres et anéantit tout ce qui se trouve dans son rayon de destruction, les biens culturels comme le reste.

Malgré le «blitz» subi par de nombreuses villes d'art pendant la deuxième guerre mondiale, bien des monuments culturels ont été épargnés. Tel ne sera pas le cas si une guerre nucléaire éclate.

L'importance considérable que revêt le patrimoine culturel dans tous les pays ressort clairement des statistiques relatives à un seul d'entre eux[44]. Il y avait en 1986 dans la seule République fédérale d'Allemagne environ un million de monuments classés dont 9 000 dans la seule ville de Cologne[45]. Une attaque nucléaire sur une ville comme Cologne priverait l'Allemagne et l'ensemble de la communauté mondiale d'une fraction appréciable de leur patrimoine car une bombe unique anéantirait aisément les 9 000 monuments, n'en

---

[43] Jonathan Schell, *The Fate of the Earth*, 1982, p. 69-70, cité dans Bates, op. cit., p. 727.

[44] Sur le devoir des États de protéger le patrimoine culturel, voir l'article 5 de la Convention de 1972 pour la protection du patrimoine mondial culturel et naturel.

[45] Voir Hiltrud Kier, «UNESCO Programme for the Protection of Culture in Wartime» inséré dans les Actes du sixième Congrès mondial de l'IPPNW, op. cit., p. 199.

laissant pas un seul debout — résultat auquel n'est parvenu aucun des bombardements de la deuxième guerre mondiale.

De ces monuments, comme de n'importe quel autre immeuble, la bombe nucléaire ne laissera subsister que des décombres radioactifs. Si l'on considère le patrimoine culturel de l'humanité comme un acquis précieux de la civilisation, il faut se rendre compte que la bombe nucléaire en aura inévitablement raison.

k) L'impulsion électromagnétique

L'explosion d'une bombe nucléaire s'accompagne d'un autre phénomène typique, celui de l'impulsion électromagnétique qui, selon les spécialistes, a pour effet de chasser les électrons des molécules d'air situées dans les couches supérieures de l'atmosphère, électrons qui sont alors attirés par le champ magnétique de la terre. Leur descente le long des lignes de force magnétique engendre une très forte et très soudaine poussée d'énergie — l'impulsion électromagnétique — qui met hors service tous les systèmes électroniques. Quand tous ces systèmes s'affolent, les lignes de communication sont coupées, les services de santé publique (y compris les services essentiels) cessent de fonctionner et la vie moderne organisée s'arrête. Il n'est pas jusqu'aux dispositifs de commande et de contrôle dont dépendent les réactions à une attaque nucléaire qui ne risquent de se détraquer. D'où, s'ajoutant à tous les autres, le danger que des bombes nucléaires ne soient involontairement activées.

Un dictionnaire scientifique classique, le «Dictionnaire encyclopédique d'électronique», décrit les effets de l'impulsion électromagnétique dans les termes suivants :

> «Impulsion électromagnétique, impulsion nucléaire : forte impulsion d'énergie électromagnétique rayonnée par une explosion nucléaire dans l'atmosphère; est due aux collisions entre les rayons gammas émis pendant les premières nano-secondes de l'explosion et les électrons des molécules de l'atmosphère; l'impulsion électromagnétique produite par une explosion nucléaire de puissance moyenne à environ 400 km. d'altitude peut mettre hors service instantanément la majeure partie des appareils électroniques à semi-conducteurs d'un pays grand comme les États-Unis et une grande partie de ses réseaux de distribution d'énergie sans que d'autres effets soient ressentis au sol, avec des conséquences militaires faciles à imaginer[46].»

L'impulsion électromagnétique a, entre autres caractéristiques, celle, importante, de se déplacer à des vitesses phénoménales de telle sorte que le dérèglement des systèmes de communication causé par la contamination radioactive peut s'étendre instantanément au-delà des frontières nationales et perturber les lignes de communication et les services essentiels des pays neutres. Étant donné le rôle capital que jouent les communications électroniques dans le fonctionnement de la société moderne à tous les niveaux, on serait en présence d'une atteinte injustifiée aux pays en question.

---

[46] Michel Fleutry, *Dictionnaire encyclopédique d'électronique* (anglais-français), 1995, p. 250.

Autre effet important de l'impulsion électromagnétique rayonnée par les armes nucléaires, les installations de production et de distribution d'énergie, y compris les systèmes de contrôle, risquent de se dérégler, ce qui pourrait, dans l'hypothèse où il y aurait une centrale nucléaire dans la zone affectée, provoquer la fusion accidentelle du coeur du réacteur[47].

l) Dommages aux réacteurs nucléaires

Étant donné l'ampleur des dévastations et l'intensité de la chaleur dégagée, toutes les centrales nucléaires de la région seraient touchées, avec pour conséquence l'élévation à un niveau dangereux de la radioactivité provenant de cette source, sans parler de la radioactivité attribuable à la bombe elle-même. L'Europe compte à elle seule 200 centrales nucléaires dispersées sur le continent, dont certaines sont proches de zones peuplées. Il y a par surcroît 150 installations d'enrichissement de l'uranium[48]. Un réacteur nucléaire endommagé pourrait émettre :

> «des doses létales de radiations sur une distance de 240 kilomètres sous le vent et générer des taux appréciables de contamination radioactive de l'environnement dont l'effet pourrait être ressenti à près de 1 000 kilomètres[49].»

L'arme nucléaire, si elle était utilisée contre l'un quelconque des pays qui se partagent les quelque 450 réacteurs nucléaires actuellement en service dans le monde, pourrait provoquer dans son sillage une série de Tchernobyl.

L'irradiation ainsi provoquée engendrerait des conséquences diverses : anorexie, arrêt de la production de cellules sanguines, diarrhée, hémorragie, lésion de la moelle osseuse, convulsions, troubles vasculaires et collapsus cardio-vasculaires[50].

m) Dommages à la productivité alimentaire

Au contraire des autres armes, dont l'impact direct est le plus dévastateur, les armes nucléaires peuvent causer des ravages bien plus grands après coup que sur le moment. L'étude technique détaillée intitulée «*Environmental Consequences of Nuclear War*», après avoir signalé certaines incertitudes quant aux effets indirects de la guerre nucléaire, affirme que :

> «Ce qu'on peut néanmoins dire sans risquer de se tromper, c'est que la population humaine de la Terre est beaucoup plus vulnérable aux effets indirects de la guerre nucléaire, notamment à

---

[47] Gordon Thompson, «Nuclear Power and the Threat of Nuclear War», dans les Actes du sixième Congrès mondial de l'IPPNW, op. cit., p. 240.

[48] William E. Butler (éd.), *Control over Compliance with International Law*, 1991, p. 24.

[49] Bates, op. cit, p. 720.

[50] Voir Herbert Abrams, op. cit., p. 122-125.

ses répercussions sur la productivité et le ravitaillement alimentaires, qu'aux effets directs de la guerre elle-même[51].»

L'hiver nucléaire, s'il survenait à la suite d'échanges de tirs nucléaires multiples, pourrait perturber le système d'approvisionnement en vivres sur l'ensemble de la planète.

Après la campagne d'essais nucléaires menée en 1954 par les États-Unis dans le Pacifique, on pêchait encore en divers points du Pacifique, huit mois après les explosions, du poisson contaminé et impropre à la consommation. En outre, les récoltes dans diverses régions du Japon ont été contaminées par des pluies radioactives. Telles sont les constatations qui ont été faites par une Commission internationale d'experts médicaux nommés par l'Association japonaise des médecins opposés à la bombe A et à la bombe H[52]. Au surplus :

«L'emploi des armes nucléaires entraîne une contamination de l'eau et de la nourriture, ainsi que du sol et des végétaux qui peuvent y pousser, et ce, non seulement dans la zone immédiatement touchée par les radiations nucléaires mais dans toute la zone, beaucoup plus étendue et sans limites définissables, affectée par les retombées radioactives[53].»

n) Explosions nucléaires multiples résultant de la légitime défense

En cas d'emploi de l'arme en état de légitime défense suite à une attaque nucléaire, l'écosystème qui aura déjà subi l'impact de l'attaque initiale, devra absorber en plus les conséquences de la riposte, laquelle ne se limitera pas nécessairement au lancement d'une seule bombe car le pays frappé sera si dévasté qu'il ne sera pas en mesure de calculer avec précision l'intensité de la riposte appropriée. En pareil cas, la tendance à riposter aussi énergiquement qu'il est possible est un élément à prendre en compte dans toute analyse réaliste de la situation. L'écosystème subirait donc l'impact d'explosions nucléaires multiples, qu'il ne parviendrait pas à absorber sans qu'il en résulte des dommages permanents et irréversibles. Des capitales à forte densité de population risqueraient d'être visées et la civilisation d'être détruite de fond en comble.

L'histoire rapporte que certains des conquérants les plus implacables des siècles passés, une fois maîtres d'une ville rebelle, la faisait raser complètement, n'y laissant subsister aucun signe de vie, pas même l'aboiement d'un chien ou le miaulement d'un chat. Interrogé sur la compatibilité d'un tel comportement avec le droit de la guerre, n'importe quel étudiant en droit international répondrait sans aucun doute par la négative. Il s'étonnerait même qu'on lui pose une telle question. À notre époque de développement plus avancé, l'arme nucléaire va beaucoup plus loin, ne laissant rien après elle que la dévastation la plus complète au milieu d'un silence spectral.

---

[51] SCOPE publication 28, parue à la Société royale, Londres, le 6 janvier 1986, Vol. I, p. 481.

[52] Mentionnées dans Singh et McWhinney, op. cit., p. 124.

[53] Ibid., p. 122.

o) L'ombre du champignon nucléaire

Comme le soulignent les exposés australiens (CR 95/22, p. 49), toute la génération d'après-guerre a vécu à l'ombre de la peur — l'ombre du champignon nucléaire, dit-on parfois — une peur qui domine l'ensemble de la réflexion sur l'avenir de l'humanité. Cette peur, qui pèse comme une malédiction sur l'esprit des enfants en particulier, est en elle-même une calamité et elle durera aussi longtemps qu'il y aura des armes nucléaires. Les jeunes ont besoin de grandir dans un climat d'espoir, sans avoir à redouter qu'à un moment quelconque de leur existence, la vie ou la santé ne leur soit arrachée, en même temps que tous ceux qu'ils chérissent, à cause d'une guerre à laquelle leur pays ne sera peut-être même pas partie.

* * *

Tout ce qui précède montre que, même parmi les armes de destruction massive dont beaucoup sont déjà interdites par le droit international, l'arme nucléaire occupe une place unique parce que sa capacité de destruction de tout ce que l'humanité a construit au fil des siècles et de tout ce dont l'humanité a besoin pour survivre est sans équivalent.

Je conclurai cette partie de mon opinion en citant la déclaration qu'a adressée à la Cour le professeur Joseph Rotblat, membre de l'équipe britannique travaillant au projet Manhattan à Los Alamos, Rapporteur dans le cadre de l'enquête conduite en 1983 par l'OMS au sujet des effets de la guerre nucléaire sur la santé et les services de santé publique, et lauréat du prix Nobel. Le professeur Rotblat faisait partie de l'une des délégations mais n'a pas pu se présenter devant la Cour pour raisons de santé.

Voici un extrait de sa déclaration à la Cour :

> «J'ai lu les exposés écrits présentés par le Royaume-Uni et les États-Unis. Leur position sur la licéité de l'emploi de l'arme nucléaire repose sur trois prémisses : a) que les armes ne causeraient pas nécessairement de maux superflus; b) qu'elles ne frapperaient pas nécessairement sans discrimination les populations civiles; et c) qu'elles n'auraient pas nécessairement d'effets sur le territoire d'États tiers. Parlant à titre professionnel, j'exprime l'opinion — exposée plus haut et dans les rapports de l'OMS que j'ai mentionnés — qu'à quelque cas de figure qu'on puisse raisonnablement se référer, leur position est indéfendable sur les trois points.» (CR/95/32, Annexe, p. 2)

4. La spécificité des armes nucléaires

Après cet exposé factuel, il est presque superflu de développer des arguments juridiques car peut-on concevoir qu'un système juridique donne droit de cité à un principe autorisant la destruction partielle ou totale de la collectivité qu'il régit — comme d'ailleurs de l'environnement naturel qui assure l'existence de cette collectivité depuis des temps immémoriaux[54]? Les risques sont si impressionnants que toute une série de principes juridiques se présentent à l'esprit pour y parer.

---

[54] Ce point est développé *infra*, à la section V.1.

Je me bornerai, à ce point de la présente opinion, à récapituler les raisons pour lesquelles l'arme nucléaire occupe, même parmi les armes de destruction massive, une place à part. Les armes nucléaires

1. sèment la mort et la destruction;
2. provoquent des cancers, leucémies, tumeurs chéloïdes et autres affections du même type;
3. sont la cause de troubles gastro-intestinaux et cardio-vasculaires et autres affections du même type;
4. continuent, des dizaines d'années après avoir été utilisées, à provoquer les effets pathogènes évoqués plus haut;
5. portent atteinte aux droits des générations futures concernant l'environnement;
6. sont cause de malformations congénitales, arriération mentale et dommages génétiques;
7. risquent de provoquer un hiver nucléaire;
8. contaminent et détruisent la chaîne alimentaire;
9. mettent en danger l'écosystème;
10. ont un effet thermique et un effet de souffle de dimension létale;
11. génèrent des radiations et des retombées radioactives;
12. génèrent une impulsion électromagnétique dévastatrice;
13. provoquent la désintégration sociale;
14. mettent la civilisation en danger;
15. menacent la survie de l'humanité;
16. dévastent le patrimoine culturel;
17. produisent des effets qui se font sentir pendant des milliers d'années;
18. menacent toutes les formes de vie sur la planète;
19. causent un dommage irréversible aux droits des générations futures;
20. exterminent les populations civiles;
21. causent des dommages aux États voisins;
22. provoquent tensions psychologiques et syndromes de peur

comme ne le fait aucun autre type d'armes.

Chacun de ces éléments est en lui-même assez préoccupant pour justifier le classement des armes en question dans une catégorie à part constituant un terrain d'élection pour les principes du droit humanitaire. Pris conjointement, ils rendent irréfutable la thèse qui revendique l'application de ces principes. La liste est loin d'être complète. Mais pour citer une étude récente :

> «Une fois établi que tout espoir est interdit à l'homme du 20e siècle si une guerre nucléaire éclate, il ne sert pas à grand-chose d'allonger la liste des conséquences[55].»

L'Assemblée générale a, dans sa «Déclaration sur la prévention d'une catastrophe nucléaire» de 1981, résumé les faits qui précèdent en une formule lapidaire :

---

[55] Bates, op. cit., p. 721.

«toutes les horreurs des guerres du passé et toutes les autres calamités que l'humanité a connues paraîtraient moindres au regard de ce qu'implique l'emploi des armes nucléaires qui peuvent détruire la civilisation sur la Terre[56].»

Tel est donc le contexte dans lequel s'inscrit l'examen de la question juridique dont la Cour est saisie. Détachée de son pénible contexte factuel, cette question ne peut pas être abordée sérieusement. Que l'on mette en revanche les effets de l'arme — si totalement négateurs de tous les principes d'humanité — en regard des principes acceptés du droit humanitaire et la conclusion ne fait aucun doute. L'analyse qui va suivre soulignera que les principes humanitaires sont outrageusement violés par les conséquences des armes nucléaires. Elle montrera que les effets de l'arme nucléaire et les principes humanitaires du droit de la guerre sont complètement antinomiques.

5. Le décalage entre le niveau actuel des connaissances scientifiques et celui de 1945

Le 17 juillet 1945, le Secrétaire d'État à la guerre des États-Unis Stimson, voulant informer le Premier Ministre Churchill, que son pays avait fait exploser une bombe nucléaire expérimentale dans des conditions satisfaisantes dans le désert du Nouveau Mexique, lui a envoyé un message destiné à n'être compris que de lui qui se lisait : «Nouveau-nés bien arrivés»[57]. Depuis le jour, lourd de conséquences, où l'entrée en scène d'une bombe inconnue a pu, même dans un message confidentiel, être salué en ces termes, on a énormément appris sur les effets de la nouvelle venue.

Sans doute en savait-on déjà très long, à l'époque, sur la puissance de la bombe mais des connaissances infiniment plus étendues ont maintenant été acquises sur les effets des bombes nucléaires. À côté des études d'origine militaire, il faut citer, parmi des centaines d'autres, les études détaillées de l'OMS et d'autres organisations spécialisées comme l'Association internationale des médecins pour la prévention de la guerre nucléaire (IPPNW); les études TTAPS sur l'hiver nucléaire; les études de la Commission scientifique sur les problèmes de l'environnement (SCOPE); celles du Conseil international des unions scientifiques (CIUS); et celles de l'Institut des Nations Unies pour la recherche sur le désarmement (UNIDIR). Une bonne partie de cette documentation a été communiquée à la Cour ou déposée à la Bibliothèque par l'OMS et plusieurs des États qui se sont présentés devant la Cour dans la présente affaire.

Sous l'angle de l'état des connaissances, de l'acceptabilité morale et de la licéité, la question de l'utilisation des armes nucléaires se pose donc aujourd'hui en termes très différents de ceux de 1945 et doit être analysée dans une perspective tout à fait nouvelle en tenant compte de l'énorme masse de données accumulées. Cet acquis a une très grande importance s'agissant de la question de la licéité soumise à la Cour.

Un même acte s'apprécie en droit de manière totalement différente selon que son auteur a agi en ayant pleinement conscience des conséquences qui en

---

[56] Résolution 36/100 du 9 décembre 1981.

[57] Winston Churchill, *The Second World War*, Vol. 6, «Triumph and Tragedy», 1953, p. 63.

découlent ou dans l'ignorance de ces conséquences. Un pays qui utilise l'arme nucléaire aujourd'hui ne saurait prétendre qu'il n'est pas au courant des effets à attendre de son acte. C'est en fonction des connaissances de 1996 que la question de la licéité des armes nucléaires doit être examinée.

6. De l'expérience d'Hiroshima et de Nagasaki peut-on conclure qu'il est possible de survivre à la guerre nucléaire?

Une question transcende les aspects particuliers des règles du droit humanitaire et en un sens les regroupe tous sous une seule interrogation, c'est la question de savoir si la population cible — en fait la race humaine — a une chance de survie. La chance de survie marque le point critique de chacun des dangers auxquels répondent les divers principes du droit humanitaire. Le point extrême qui est atteint lorsqu'un danger particulier développe son potentiel maximum est le point où il n'y a pas de survie possible. C'est à ce point que conduit la guerre nucléaire. Le fait qu'une telle guerre peut anéantir la race humaine et toute la civilisation a donc pour conséquence la mobilisation de la totalité des principes du droit humanitaire.

Si le risque qu'il n'y ait, en cas de guerre nucléaire, aucune chance de survie n'est pas toujours clairement perçu, c'est en raison de ce qui s'est passé après Hiroshima et Nagasaki. Le fait que des armes nucléaires ont été utilisées au Japon et que ce pays a résisté à la guerre et en est sorti revigoré peut donner à l'observateur l'illusion rassurante qu'il est possible de survivre à la guerre nucléaire. Cette vision euphorique s'est insinuée jusque dans le droit international car il existe quelque part un vague sentiment que la preuve a été faite qu'il est possible de survivre à la guerre nucléaire.

Il faut donc passer brièvement en revue quelques-uns des points sur lesquels le scénario minimaliste d'une attaque nucléaire remontant à un demi-siècle diffère manifestement de ce que serait vraisemblablement une guerre nucléaire aujourd'hui. Les différences suivantes sont à noter :

1. Les bombes employées à Hiroshima et à Nagasaki avaient une puissance qui ne dépassaient pas 15 kilotonnes. Les bombes susceptibles d'être utilisées dans le cadre d'une guerre nucléaire future auront une puissance infiniment supérieure.

2. Hiroshima et Nagasaki ont mis fin à la guerre. Cette guerre nucléaire n'a fait intervenir que deux bombes nucléaires de taille modeste. Rien ne dit que la prochaine guerre nucléaire, si elle a lieu, sera aussi limitée car des échanges multiples de tirs sont à envisager.

3. Le pays cible, dans le cas d'Hiroshima et de Nagasaki, n'était pas une puissance dotées d'armes nucléaires. Et il n'y avait pas d'autre puissance dotée d'armes nucléaires qui fût prête à venir à sa rescousse. La guerre nucléaire de demain, si elle a lieu, aura pour théâtre un monde où il existe une multiplicité d'armes nucléaires, qui ne sont pas là sans raison. La possibilité qu'une fraction de cet arsenal, si petite soit-elle, entre en action crée donc un risque permanent dont il faut tenir compte dans le contexte d'une guerre nucléaire future.

4. Les villes d'Hiroshima et de Nagasaki, si importantes fussent-elles, n'étaient pas les centres nerveux du gouvernement et de l'administration du Japon. Ce sont probablement les grandes villes et les capitales des

pays belligérants qui seront visées dans le contexte d'une guerre nucléaire future.

5. Les dommages catastrophiques à l'environnement du type hiver nucléaire que pourrait causer un échange multiple de bombes n'étaient pas à craindre dans le cas des bombes de taille modeste utilisées à Hiroshima et à Nagasaki.

Hiroshima et Nagasaki ne prouvent donc pas qu'il soit possible de survivre à la guerre nucléaire. Elles préfigurent plutôt, à une échelle très réduite, les dangers inhérents à une guerre nucléaire future. Elles fournissent la réponse à des questions qui auraient pu rester douteuses s'il avait fallu examiner le problème de la licéité des armes nucléaires sur la base des seules données scientifiques sans pouvoir s'appuyer sur une démonstration pratique de leur effet sur la population.

Ainsi donc, tous les maux que les règles du droit humanitaire visent à prévenir sont à prendre en considération dans l'examen des questions de survie que soulève l'utilisation future des armes nucléaires dans des situations de belligérance.

7. Une prophétie venant du passé

On arrive ainsi au terme d'une section de la présente opinion qui dresse un tableau général des effets de la bombe basé sur les résultats avérés de son emploi et sur les données scientifiques disponibles. La non-conformité de la bombe avec les normes du droit humanitaire et, d'ailleurs, avec les principes du droit international semble, sur cette base, tout à fait évidente — et la présente opinion reviendra plus loin sur ce point.

Pour situer le problème dans une perspective plus vaste, il convient de rappeler que, bien que n'ayant pas été témoin de l'utilisation effective de l'arme nucléaire et bien que n'ayant pas accès à la masse de données scientifiques aujourd'hui disponibles, un observateur perspicace a su, longtemps avant l'invention de la bombe, en percevoir l'incompatibilité avec toute forme d'ordre social, notion qui englobe bien sûr le droit international. Dans *The World Set Free*, H. G. Wells, partant de ce que l'on savait déjà en 1913 grâce aux travaux d'Einstein et d'autres savants sur la corrélation entre la matière et l'énergie, a eu la prémonition de la création de la bombe. Se projetant dans l'avenir avec une remarquable prescience, il écrivait en 1913 :

> «Les bombes atomiques ont réduit les problèmes internationaux à l'insignifiance... Nous avons réfléchi à la possibilité d'empêcher l'utilisation de ces effroyables engins avant que le monde ne soit entièrement détruit. Car il nous paraît tout à fait évident que ces bombes, et le pouvoir destructeur encore plus grand auquel elles ouvrent la voie, pourraient très facilement saper tout le système de relations et d'institutions de l'humanité[58].»

---

[58] H. G. Wells, *The First Men in the Moon*, et *The World Set Free*, the Literary Press, Londres, réimpression non datée de l'édition de 1913, p. 237. Voir aussi l'allusion à Wells dans R. J. Lifton et Richard Falk, *Indefensible Weapons*, 1982, p. 59.

La théorie avait, dès 1913, révélé la puissance que recélait l'atome. Sur cette base et en l'absence de toute confirmation pratique, on a pu prophétiser que la bombe était capable de saper tout le système de relations et d'institutions de la race humaine. Le droit international est l'un des éléments les plus fragiles de ce système.

Il est remarquable que la question de savoir si l'arme est permise au regard du droit international continue d'être sérieusement débattue alors même que la preuve de sa puissance a été, quarante ans après que les conséquences à en attendre eussent été qualifiées de «tout à fait évidentes», administrée de façon terrifiante et alors même que le monde a eu, depuis, un nouveau délai de réflexion de cinquante ans.

III. DROIT HUMANITAIRE

On peut dire que la principale question dont la Cour est saisie est de savoir si les armes nucléaires sont, à un degré quelconque, compatibles avec les principes fondamentaux du droit humanitaire.

Que les armes nucléaires soient régies par ces principes n'a été contesté à aucun stade de la procédure et a maintenant été confirmé par l'avis unanime de la Cour (alinéa 2D). La plupart des États qui soutiennent que l'emploi des armes nucléaires est licite ont d'ailleurs reconnu que leur utilisation est soumise aux règles du droit international humanitaire.

Ainsi la Russie déclare :

> «Bien entendu, les développements qui précèdent ne signifient pas que l'emploi des armes nucléaires n'est assujetti à aucune limitation. Même si leur emploi est en principe justifiable — en état de légitime défense individuelle ou collective — il doit s'insérer dans le cadre des restrictions imposées par le droit humanitaire en ce qui concerne les moyens et méthodes de conduite des activités militaires. Il est important de noter que, s'agissant des armes nucléaires, ces restrictions découlent du droit coutumier plutôt que du droit conventionnel.» (Exposé écrit, p. 18)

Les États-Unis s'expriment dans les termes suivants :

> «La position des États-Unis, qui n'est pas nouvelle, est que les divers principes du droit international des conflits armés s'appliquent à l'emploi des armes nucléaires comme ils s'appliquent à l'ensemble des autres méthodes et moyens de combat. Mais cela ne signifie pas que l'emploi des armes nucléaires soit interdit par le droit de la guerre. Comme le démontre la suite du présent exposé, la réponse à la question de la licéité dépend des circonstances précises qui entourent un cas déterminé d'emploi d'une arme nucléaire.» (Exposé écrit, p. 21)

Le Royaume-Uni indique :

> «Il suit de là que le droit des conflits armés par rapport auquel la licéité d'un emploi déterminé de bombes nucléaires doit s'apprécier englobe toutes les dispositions du droit international coutumier (y compris celles qui ont été codifiées dans le Protocole

additionnel I) et, le cas échéant, du droit conventionnel, à l'exclusion toutefois des dispositions du Protocole I qui ont introduit de nouvelles règles dans le droit.» (Exposé écrit, p. 46, par. 3.55)

La subordination des armes nucléaires aux règles du droit humanitaire est donc universellement reconnue et a maintenant été confirmée au niveau judiciaire en tant que principe indiscutable du droit international.

Il faut donc maintenant mettre en regard les grands principes du droit humanitaire et les effets avérés des bombes nucléaires qui ont été décrits plus haut. Une fois rapprochés les principes et les faits, leur incompatibilité totale ne peut dicter qu'une seule conclusion — que les armes nucléaires sont incompatibles avec le droit humanitaire. Puisqu'elles sont sans conteste régies par le droit humanitaire, elles sont sans conteste illicites.

Parmi les interdictions du droit international humanitaire qui sont pertinentes dans le présent contexte figurent l'interdiction de causer des maux superflus, la prohibition des armes qui ne permettent pas de faire la distinction entre la population civile et les combattants et l'interdiction des armes qui ne permettent pas de respecter les droits des États neutres.

Une analyse plus détaillée figure ci-dessous.

1. Les «considérations élémentaires d'humanité»

Cette formule est la traduction d'une notion-clé du droit humanitaire. La conduite d'un État dans une situation donnée est-elle contraire aux considérations élémentaires d'humanité? Il suffit de prononcer la formule et de se remémorer les résultats avérés de la bombe décrits plus haut pour que la contradiction éclate au grand jour. L'opposition est si radicale qu'on peut s'étonner qu'elle ait même pu être mise en doute.

Peut-on soutenir, si l'on a du bon sens, qu'exterminer massivement les habitants du pays ennemi, empoisonner l'air qu'ils respirent, provoquer chez eux des cancers, des tumeurs chéloïdes et des leucémies, exposer leur descendance au risque de malformations congénitales et d'arriération mentale, dévaster leur territoire et rendre leurs produits alimentaires impropres à la consommation — peut-on soutenir que des actes de ce genre sont compatibles avec les «considérations élémentaires d'humanité»? À moins d'être prêt à répondre en conscience à ces questions par l'affirmative, on doit reconnaître qu'il n'y a plus place pour aucune discussion sur le point de savoir si les armes nucléaires violent le droit humanitaire, et donc le droit international.

Le Président Woodrow Wilson, dans un discours prononcé lors d'une séance conjointe du Congrès le 2 avril 1917, a très bien formulé cette idée lorsqu'il a dit :

> «Progressivement et laborieusement, l'effort de développement de ce droit s'est poursuivi, avec des résultats certes bien modestes ... mais toujours, du moins, en pleine connaissance de ce que le coeur et la conscience de l'humanité exigeaient[59].»

S'agissant des armes nucléaires, il ne peut pas y avoir le moindre doute sur ce que «le coeur et la conscience de l'humanité» exigent. Un autre Président des États-Unis, le Président Reagan, a déclaré «J'appelle de tous mes voeux le jour où il ne restera plus d'armes nucléaires nulle part sur la terre»[60]. Cette attitude, qui est aussi — comme le souligne la présente opinion en divers endroits — celle de simples citoyens dans le monde entier, inspire le droit humanitaire moderne, qui a fait des progrès depuis le temps où le Président Wilson en qualifiait les résultats de «bien modestes».

La suite de la présente opinion sera consacrée à un examen de l'état actuel de développement des principes du droit humanitaire.

2. L'origine multicuturelle du droit humanitaire de la guerre

Le droit humanitaire de la guerre tire une autorité accrue du fait que, loin d'être une invention récente ou l'émanation d'une culture déterminée, il remonte à des temps anciens et repose sur une tradition trois fois millénaire et que, comme on l'a déjà souligné, il a de profondes racines dans une foule de cultures — hindoue, bouddhiste, chinoise, chrétienne, islamique et africaine. Toutes ces cultures ont dégagé une série de restrictions à la possibilité d'employer tel ou tel moyen pour combattre l'ennemi. Le problème à l'examen est un problème universel et la Cour est elle-même une instance universelle dont la composition doit statutairement refléter les principales formes de culture du monde[61]. La Cour ne saurait méconnaître en l'espèce les traditions multiculturelles qui existent sur cette importante question; il lui faut au contraire invoquer dans toute sa plénitude l'autorité universelle dont elle peut se prévaloir pour donner à ses conclusions un poids supplémentaire — le poids que confèrent aux traditions considérées la profondeur de leurs racines historiques et l'ampleur de leur champ géographique[62].

Particulièrement pertinente, s'agissant des armes nucléaires, est la tradition ancestrale de l'Asie du Sud touchant l'interdiction d'employer des armes hyperdestructives. Cette tradition se reflète dans deux célèbres épopées

---

[59] Discours prononcé le 2 avril 1917 par le Président des États-Unis à une séance conjointe des deux chambres du Congrès, réimprimé dans (1917) *American Journal of International Law*, Supp. p. 144. Les paroles du Président étaient inspirées par les attaques des sous-marins allemands contre les navires de guerre et les navires marchands indistinctement; il a parlé dans ce contexte de «guerre contre l'humanité».

[60] Discours du 16 juin 1983, mentionné par Robert McNamara, op. cit., p. 60.

[61] Je note à ce propos que notre très respecté collègue, le juge latino-américain Andrés Aguilar Mawdsley, est malheureusement décédé six jours avant que ne commencent les audiences dans la présente affaire, ce qui a réduit le nombre des juges à quatorze et privé la Cour de sa composante latino-américaine.

[62] Comme le souligne une étude contemporaine du développement du droit international humanitaire, il apparaît que «des efforts ont été faits par tous les peuples à toutes les époques pour limiter les ravages de la guerre» (Herczegh, op. cit., p. 14).

indiennes, le *Ramayana* et le *Mahabharatha*, qui sont connues et régulièrement représentées dans toute l'Asie du Sud et du Sud-Est où elles font partie du patrimoine culturel vivant des pays de la région. Ces deux épopées ne pourraient pas être plus précises dans leurs références à l'interdiction en question et elles rapportent des faits qui remontent à plus de trois mille ans.

Le *Ramayana*[63] raconte l'histoire héroïque d'une guerre entre Rama, prince d'Ayodhya en Inde, et Ravana, souverain du Sri Lanka. Au cours de cette lutte épique, que ce classique décrit dans le moindre détail, le demi-frère de Rama, Lakshmana, vint à acquérir un engin de guerre qui pouvait «détruire toute la race de l'adversaire, y compris ceux qui ne pouvaient porter les armes».

Rama fit valoir à Lakshmana que l'engin ne pouvait être utilisé dans le combat

> «parce que ce type de destruction massive était interdit par les lois de la guerre héritées du passé même si Ravana cherchait à atteindre, par une guerre injuste, un objectif contraire au droit[64].»

Les lois de la guerre auxquelles Rama se conformait étaient, déjà à son époque, des lois traditionnelles. Les lois de Manu interdisaient le recours aux stratagèmes ainsi que toute attaque contre des adversaires sans armes et des non-combattants et ce, qu'il s'agît d'une guerre ou injuste[65]. L'historien grec Megasthenes[66] rapporte qu'il était d'usage en Inde que les armées en lutte épargnent les paysans, même si la bataille faisait rage tout près d'eux. Il signale en outre que la terre de l'adversaire n'était pas détruite par le feu ni ses arbres abattus[67].

Le *Mahabharatha* est le récit d'une lutte épique entre les Kauravas et les Pandavas qui évoque, lui aussi, le principe interdisant les armes hyperdestructives lorsqu'il signale que :

> «Arjuna, se conformant aux lois de la guerre, s'abstint d'utiliser le '*pasupathastra*', une arme hyperdestructive, au motif que, dès lors que le combat ne faisait appel qu'aux armes classiques ordinaires, l'emploi d'armes extraordinaires ou non classiques eût

---

[63] *The Ramayana*, traduction française basée sur la traduction de Romesh Chunder Dutt.

[64] Voir Nagendra Singh, «The Distinguisable Characteristics of the Concept of Law as it Developed in Ancient India», in *Liber Amicorum for the Right Honourable Lord Wilberforce*, 1987, p. 93. Le passage pertinent du *Ramayana* se trouve dans *Yuddah Kanda* (*Sloka*), VIII.39.

[65] *Manusmrti*, vii, 91, 92.

[66] Approx. 350 av. J.-C. - 290 av. J.-C. Historien et diplomate de la Grèce ancienne, envoyé en ambassade par Seleucos I à Chandragupta Maurya, il est l'auteur du compte rendu le plus complet sur l'Inde que connût alors le monde grec.

[67] Megasthenes, *Fragments*, cité dans N. Singh, *Juristic Concepts of Ancient Indian Polity*, 1980, p. 162-163.

été non seulement contraire à la religion ou aux lois de la guerre reconnues mais immoral[68].»

Les armes causant des maux superflus ont également été bannies par les lois de Manu qui mentionnent par exemple les flèches avec pointe à barbillons qui, une fois entrées dans le corps, seraient difficiles à extirper ou les flèches aux pointes rougies au feu ou empoisonnées[69].

La sagesse de la tradition judaïque ancienne se reflète, pour ce qui est de l'environnement, dans le passage ci-après du Deutéronome (20:19) :

«Lorsque tu tentes de capturer une ville, n'abats pas ses arbres fruitiers même si le siège dure longtemps. Mange les fruits mais ne détruis pas les arbres. *Les arbres ne sont pas tes ennemis*.» (C'est moi qui souligne.)

Des études récentes sur la conduite de la guerre chez les peuples africains révèlent de même l'existence de traditions humanitaires dans le cadre des conflits armés, les adversaires étant traités avec modération et clémence[70]. Par exemple, il y avait en Afrique un art de la guerre traditionnel qui prévoyait dans certains cas l'interdiction d'armes déterminées et certaines régions appliquaient, à la veille, au cours et au lendemain des hostilités, une étiquette, des conventions et des règles très complexes — un système d'indemnisation étant même prévu[71].

Dans la tradition chrétienne, le deuxième Concile de Latran tenu en 1139 mérite une mention spéciale pour avoir interdit les armes trop cruelles pour être utilisées au combat, l'arbalète et les machines de siège, condamnées comme «meurtrières et odieuses au Seigneur»[72]. Nussbaum, citant cette clause observe qu'elle «paraît certainement curieuse à l'ère de la bombe atomique». Elle montre qu'on s'est très tôt rendu compte des dangers que comportait l'introduction de techniques nouvelles sur le champ de bataille. Il y a aussi eu, dans d'autres secteurs du droit de la guerre, des efforts pour imposer certains contrôles, par exemple par la proclamation de «trêves de Dieu» qui interdisaient les guerres féodales certains jours de la semaine et qui pouvaient se prolonger, selon les diocèses, du mercredi au coucher du soleil jusqu'au lundi à l'aube[73].

---

[68] *Mahabharatha*, *Udyog Parva*, 194.12, cité dans Nagendra Singh, «The Distinguishable Characteristics of the Concept of Law as it Developed in Ancient India», op. cit., p. 93.

[69] *Manusmriti*, VII.90, cité dans N. Singh, *India and International Law*, 1973, p. 72.

[70] Voir Y. Diallo, *Traditions africaines en droit humanitaire*, Genève 1978, p. 16; E. Bello, *African Customary Humanitarian Law*, CICR, Genève, 1980, l'un et l'autre mentionnés dans Herczegh, op. cit., p. 14.

[71] Bello, op. cit., p. 20-21.

[72] Résolutions du Deuxième Concile de Latran, Canon XXIX, cité par Nussbaum, *A Concise History of the Law of Nations*, 1947, p. 25.

[73] Ibid., p. 26.

Le Décret de Gratien, au 12e siècle, a été l'un des premiers écrits chrétiens à traiter de ces problèmes et l'interdiction de certaines armes imposée par le deuxième Concile de Latran témoigne de l'intérêt croissant suscité par la question. S'agissant de la philosophie chrétienne toutefois, on notera que si la notion de guerre juste (*jus ad bellum*) a été très tôt examinée en grand détail par des penseurs comme Saint Augustin, il a fallu attendre plusieurs siècles pour que le *jus in bello* fasse l'objet d'études approfondies.

Vitoria a recueilli des traditions de diverses origines sur le sujet et, en particulier, les traditions guerrières de l'époque de la chevalerie; Saint Thomas d'Aquin a élaboré une doctrine très fouillée sur la protection des non-combattants; et d'autres auteurs ont alimenté le courant de pensée de plus en plus nourri engendré par la question.

Dans la tradition islamique, les lois de la guerre interdisaient d'employer les flèches empoisonnées ainsi que d'enduire de poison les armes telles que lances ou épées[74]. Il était formellement prohibé d'utiliser pour tuer des procédés inutilement cruels et de pratiquer des mutilations. Les non-combattants, les femmes et les enfants, les moines et les lieux de culte étaient expressément protégés. Les récoltes et le bétail devaient être épargnés[75] par quiconque avait le contrôle d'un territoire. Les prisonniers devaient être traités avec clémence conformément à des préceptes coraniques tels que : «Donne à manger, pour l'amour d'Allah, à l'indigent, à l'orphelin *et au captif*»[76]. Le droit islamique était si développé en ce qui concerne la conduite à observer pendant les hostilités qu'il ordonnait non seulement que les prisonniers soient bien traités mais aussi que, s'ils exprimaient leurs dernières volontés pendant leur captivité, celles-ci soient communiquées du côté ennemi par la voie appropriée[77].

La tradition bouddhiste allait encore plus loin car elle était totalement pacifiste et interdisait de tuer, d'infliger des souffrances, de faire des prisonniers ou de s'emparer des biens ou du territoire d'autrui, quelles que fussent les circonstances. Puisqu'elle bannit totalement la guerre, elle ne pourrait en aucun cas donner son aval aux armes de destruction — surtout à une arme telle que la bombe nucléaire.

> «Pour le bouddhisme, il n'y a pas de 'guerre juste', notion fallacieuse imaginée et propagée pour justifier et excuser la haine, la cruauté, la violence et l'extermination. Qui détermine ce qui est juste et injuste? Les puissants et les vainqueurs sont 'justes' et les faibles et les vaincus sont 'injustes'. Notre guerre est

---

[74] Voir N. Singh, *India and International Law*, op. cit., p. 216.

[75] *Qur'an*, II.205.

[76] Ibid., LXXVII.8; c'est moi qui souligne.

[77] S.R. Hassan, *The Reconstruction of Legal Thought in Islam*, 1974, p. 177. Voir, d'une manière générale, Majid Khadduri, *War and Peace in the Law of Islam*, 1955. Pour un aperçu du droit islamique concernant la guerre, voir C. G. Weeramantry, *Islamic Jurisprudence: Some International Perspectives*, 1988, p. 134-138.

> toujours ’juste’ et votre guerre toujours ’injuste’. Le bouddhisme n’accepte pas cette doctrine[78].»

Dans un avis consultatif sur une question de droit humanitaire touchant la licéité de l’emploi de la force poussé au point de menacer l’humanité tout entière de destruction, ce serait une grave erreur de passer sous silence les conceptions humanitaires qui nous viennent de l’une des plus importantes traditions culturelles du monde[79].

Dans l’histoire plus récente, les exemples de réactions humanitaires abondent. C’est ainsi que pendant la guerre de Crimée en 1855, il a été proposé lors du siège de Sébastopol d’interdire l’emploi du soufre mais le Gouvernement britannique a opposé un refus. De même, pendant la guerre civile américaine, il a été proposé en 1862 de mettre du chlore dans les obus utilisés par les forces de l’Union mais le Gouvernement a rejeté la proposition[80].

C’est dans ce riche contexte culturel qu’il faut replacer les questions à l’étude en mesurant bien qu’elles n’ont pas leur origine dans un engouement né au siècle dernier et suffisamment dépourvu de rapport avec la tradition universelle pour qu’il n’y ait pas lieu d’en faire grand cas.

Face aux cruautés de la guerre, Grotius notait, en le déplorant, que :

> «lorsque les armes commencent à parler, tout respect pour les lois divines et humaines est balayé, comme si les hommes avaient, à partir de là, licence absolue de commettre tous les crimes[81].»

Les thèses de Grotius avaient une large assise et insistaient sur le caractère impératif des restrictions applicables à la conduite de la guerre. En élaborant ces thèses, Grotius s’est appuyé sur l’expérience collective de l’humanité puisée dans un vaste éventail de civilisations et de cultures.

Dans son étude encyclopédique des sources écrites d’où ses principes découlent, Grotius n’a naturellement pas eu accès aux témoignages fournis par les traditions hindoue, bouddhiste et islamique sur les questions à l’étude et a dû travailler sans le bénéfice de cet appoint documentaire considérable d’où il ressort que la branche du droit que nous désignons sous le nom de *jus in bello* est universelle dans ses origines et remonte à la plus haute antiquité.

---

[78] Walpola Rahula, *What the Buddha Taught*, 1959, p. 84.

[79] Sur le bouddhisme et le droit international, voir, d’une manière générale, K. N. Jayetilleke, «The Principles of International Law in Buddhist Doctrine», *Recueil des cours* (1967-I), p. 441-567.

[80] Voir L. S. Wolfe, «Chemical and Biological Warfare: Effects and Consequences» (1983) *McGill Law Journal*, p. 735. Voir également «Chemical Warfare» dans *Encyclopaedia Britannica*, 1959, Vol. 5, p. 353-358.

[81] Grotius, *Prolégomènes*, par. 28.

3. Aperçu de l'évolution du droit humanitaire

Les principes humanitaires font depuis longtemps partie de la panoplie d'idées-forces qui constituent le substratum de l'ensemble du droit international. Le droit international moderne est le produit de cent ans d'efforts humanitaires inspirés par les souffrances de la guerre. Ces efforts ont eu pour but de juguler la tendance, si souvent observée en période de conflit, à enfreindre tous les préceptes dictés par la compassion humaine. Ils ont été couronnés de succès dans plusieurs domaines bien précis mais si ces résultats concrets ont pu être obtenus c'est parce qu'il y avait à la base, et pour donner l'impulsion nécessaire, des principes généraux exigeant que soit évitée toute souffrance humaine excessive par rapport aux buts et aux nécessités de la guerre.

C'est aux États-Unis que revient le mérite d'une des premières initiatives prises pour coucher sur le papier les règles du droit humanitaire devant guider la conduite des armées. Pendant la guerre de sécession, le président Lincoln a chargé le professeur Lieber de préparer, à l'intention des armées du général Grant, des instructions dont M. de Martens, délégué du tsar Nicolas II à la Conférence de la paix de 1899, a dit qu'elles avaient beaucoup amélioré le sort non seulement des troupes des États-Unis mais aussi de celles de la Confédération sudiste. Rendant hommage à cette initiative, Martens l'a décrite comme un exemple dont la Conférence de Bruxelles de 1874 convoquée par l'empereur Alexandre II «a été le développement logique et naturel». Cette conférence est à l'origine de la Conférence de la paix de 1899, et, au-delà, des Conventions de La Haye qui revêtent tant d'importance en l'occurrence[82].

La Déclaration de Saint-Pétersbourg de 1868 stipule que «le seul but légitime» de la guerre est «l'affaiblissement des forces militaires de l'ennemi» et de nombreuses déclarations ultérieures ont repris ce principe en le renforçant[83]. Il est l'expression d'une règle très ancienne acceptée par de nombreuses civilisations[84].

La clause Martens, du nom de son auteur, a été insérée, à la suite d'un vote unanime, dans le préambule de la Convention II de La Haye de 1899 (et de la Convention IV de 1907) concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre. Cette clause se lit comme suit :

> «En attendant qu'un code plus complet des lois de la guerre puisse être édicté, les Hautes Parties contractantes jugent approprié de déclarer que, *dans les cas qui ne sont pas couverts par des Règlements spécifiques adoptés par elles*, les populations des territoires occupés et les belligérants restent sous la sauvegarde et sous l'empire des principes du droit des gens, tels qu'ils résultent des usages établis entre nations civilisées, des lois de

---

[82] Pour le discours de Martens, voir *Conférence internationale de la paix*, La Haye, 18 mai-29 juillet 1899, op. cit., p. 114.

[83] Règlements de La Haye de 1899 et de 1907, art. 25; Convention de La Haye (IX) de 1907, article premier; résolution du 30 septembre 1928 de l'Assemblée de la Société des Nations; résolutions de l'Assemblée générale des Nations Unies 2444 (XXIII) du 19 décembre 1968 et 2675 (XXV) du 9 décembre 1970; Protocole additionnel I aux Conventions de Genève de 1949, art. 48 et 51.

[84] Voir, *infra*, la section V.2 sur «Les buts de la guerre».

l'humanité et des exigences de la conscience publique.» (C'est moi qui souligne.)

Bien que ce soit de dissensions sur le statut des mouvements de résistance en territoire occupé apparues entre les participants aux Conférences de la paix de La Haye qu'elle tire son origine, la clause Martens est aujourd'hui considérée comme applicable à l'ensemble du droit humanitaire[85]. Elle apparaît sous une forme ou sous une autre dans plusieurs grands traités de droit humanitaire[86]. Elle indique clairement que derrière les règles précises qui ont déjà pu être élaborées, il existe un ensemble de principes généraux suffisamment bien établis pour être susceptibles d'application dans les situations qui ne sont pas encore régies par une règle particulière[87].

Doit également être mentionné dans ce contexte, l'article 22 du Règlement de La Haye de 1907 qui dispose que «les belligérants n'ont pas un droit illimité quant au choix des moyens de nuire à l'ennemi».

Il y a là autant de preuves que le droit international, loin d'être insensible à des problèmes qui ont un tel retentissement sur le bien-être de l'humanité, a depuis longtemps reconnu l'importance capitale des considérations d'humanité dans le choix de ses attitudes et de ses réactions face au non-respect, dans quelque contexte que ce soit, de ces mêmes considérations. Les déclarations évoquées plus haut ont été faites, il faut le rappeler, à une époque où les armements se développaient à un rythme accéléré sous l'impulsion du progrès technique. On présumait qu'un peu partout dans le monde la hiérarchie militaire avait en chantier des armes plus perfectionnées et plus dévastatrices et qu'il en serait ainsi pendant des années. Les principes qui s'élaboraient étaient donc destinés à s'appliquer aux armes existantes comme aux armes à venir, aux armes connues comme aux armes à naître. Il s'agissait de principes généraux conçus en pensant aux armes nouvelles tout autant qu'à celles d'hier.

Les Parties aux Conventions de Genève de 1949 ont expressément reconnu la clause Martens comme faisant partie du droit international vivant — chose qu'aucun juriste international ne peut sérieusement contester.

Comme l'ont souligné McDougal et Feliciano :

---

[85] Voir D. Fleck (éd.), *The Handbook of Humanitarian Law in Armed Conflicts*, 1995, p. 29.

[86] Première Convention de Genève de 1949, art. 63, par. 4; Deuxième Convention de Genève, art. 62, par. 4; Troisième Convention de Genève, art. 142, par. 4; Quatrième Convention de Genève, art 158, par. 4; Convention sur les armes inhumaines, 1980, préambule, cinquième alinéa.

[87] À la dernière séance de la Quatrième Commission de la Conférence de la paix tenue le 26 septembre 1907, M. de Martens a résumé le résultat des travaux dans les termes suivants : «Si, depuis l'antiquité jusqu'à nos jours, on répétait l'adage romain '*Inter arma silent leges*', nous avons proclamé hautement '*Inter arma vivant leges*'... C'est le plus grand triomphe du droit et de la justice sur la force brutale et les nécessités de la guerre.» (Deuxième Conférence internationale de la paix, La Haye, 15 juin-18 octobre 1907, *Actes et documents*, Ministère des affaires étrangères, La Haye, Imprimerie nationale, 1907, tome III, p. 924).

> «On ne peut guère admettre la licéité d'actions visant à terroriser délibérément la population de l'adversaire en lui faisant subir des destructions massives sans rendre oiseuses, du même coup, toutes les restrictions juridiques à l'emploi de la violence[88].»

Le droit international distingue depuis longtemps entre les armes conventionnelles et celles qui causent des maux superflus. Et l'intérêt qu'il porte à ce problème ne s'est jamais démenti. C'est ainsi que la Convention de 1980 sur l'interdiction et la limitation de l'emploi de certaines armes classiques qui peuvent être considérées comme produisant des effets traumatiques excessifs ou comme frappant sans discrimination traite dans trois Protocoles séparés des armes qui produisent des éclats non localisables impossibles à détecter dans le corps humain (Protocole I); des mines, pièges et autres dispositifs (Protocole II) et des armes incendiaires (Protocole III).

Si le droit international était en 1899 assez vigoureux au niveau des principes pour établir que l'extraordinaire cruauté de la balle dum-dum ou des projectiles qui s'épanouissent dans le corps humain était excessive par rapport aux buts de la guerre[89] et que les projectiles diffusant des gaz asphyxiants ou délétères étaient, eux aussi, extraordinairement cruels[90], n'est-il pas surprenant, du point de vue d'un observateur objectif, que ce même droit international soit, en 1996, si faible au niveau des principes qu'avec plus d'un siècle de droit humanitaire à son actif, il ne soit toujours pas capable de parvenir à la conclusion que la cruauté des armes nucléaires est excessive par rapport aux buts de la guerre. On peut en tout cas s'étonner, et le mot est faible, que l'emploi contre un seul soldat d'une seule balle dum-dum soit un acte de cruauté excessive que le droit international ne tolère plus depuis 1899 alors que ne l'est pas le fait de réduire en cendres, en une seconde, cent mille civils. Et l'étonnement grandit encore si l'on sait que l'arme en question est capable, en cas d'utilisations multiples, de mettre en danger la race humaine tout entière et toutes les formes de civilisation.

Chaque branche du savoir a intérêt à prendre de temps à autre un peu de recul et à se mettre sans complaisance à la recherche des anomalies ou absurdités qu'elle peut recéler. Si une anomalie ou une absurdité manifeste se révèle et n'est pas censurée, la discipline en question risque fort d'être perçue comme prise au piège de ses propres subtilités. Le droit international n'est heureusement pas dans cette situation mais il y serait si la conclusion que les armes nucléaires sont illicites devait être jugée erronée.

Comme le montrera l'analyse qui va suivre, le droit international n'est pas si démuni qu'il ne puisse relever ce défi sans précédent. Le droit humanitaire n'est pas une construction inutile face au péril nucléaire. Il

---

[88] M. S. McDougal et F. P. Feliciano, *Law and Minimum World Public Order: The Legal Regulation of International Coercion*, 1961, p.657.

[89] Déclaration internationale interdisant l'emploi de balles qui s'épanouissent ou s'aplatissent facilement dans le corps humain, signée à La Haye le 29 juillet 1899.

[90] Déclaration internationale prohibant l'emploi de projectiles qui ont pour but unique de répandre des gaz asphyxiants ou délétères, signée à La Haye le 29 juillet 1899.

offre une foule de principes assez amples, assez profonds et assez vigoureux pour permettre de résoudre le problème.

Le droit humanitaire a bien sûr reçu la sanction de la jurisprudence de la Cour internationale de Justice (cf. par exemple l'affaire du *Détroit de Corfou*, *CIJ Recueil 1949*, p. 22; l'affaire des *Actions armées frontalières et transfrontalières* (*Nicaragua c. Honduras*), *CIJ Recueil 1988*, p. 114) mais la Cour n'a pas jusqu'à présent été amenée à l'examiner en profondeur. La présente affaire lui offre une occasion idéale de le faire.

4. L'acceptation par les États de la clause Martens

La clause Martens a reçu l'assentiment général de la communauté internationale. Elle a, ainsi qu'il est rappelé ailleurs dans la présente opinion, été incorporée dans une série de traités, elle a été appliquée par des instances judiciaires internationales, elle a été incorporée dans les manuels militaires[91] et elle a été généralement acceptée par les internationalistes comme résumant en quelques lignes toute la philosophie du droit de la guerre.

Au Procès Krupp (1948), elle a été décrite comme :

> «une clause générale, qui fait des usages établis entre nations civilisées, des lois de l'humanité et des exigences de la conscience publique le critère à appliquer au cas où les dispositions de la Convention et du Règlement qui y est annexé ne couvriraient pas telle ou telle situation survenant au combat ou en marge du combat[92].»

Pour Lord Wright, elle exprime la philosophie générale du Règlement de La Haye qui identifie un très grand nombre de crimes de guerre

> «et abandonne le reste à l'autorité de cette clause souveraine où se trouvent effectivement définis en quelques mots tout l'esprit et tout le but du droit de la guerre et d'ailleurs de l'ensemble du droit parce que l'objet du droit sous toutes ses formes est de faire prévaloir autant que possible dans les relations mutuelles des êtres humains intéressés les principes du droit et de la justice, ainsi que de l'humanité[93].

La clause Martens est donc une composante bien établie du droit international coutumier actuel. Le droit international a depuis longtemps dépassé le stade où l'on pouvait débattre du point de savoir si les principes en cause étaient devenus partie intégrante du droit international coutumier. Aucun État ne serait prêt aujourd'hui à renier l'un quelconque de ces principes.

---

[91] Voir la section III.10 *a)*, *infra*.

[92] *Law Reports of Trials of War Criminals*, Vol. 10, p. 133.

[93] Préface de Lord Wright au dernier volume des *Law Reports of Trials of War Criminals*, vol. 15, p. xiii. Voir également l'analyse de la clause Martens figurant dans Singh et McWhinney, op. cit., p. 46 *et seq.*, qui se réfère notamment aux deux passages cités ci-dessus.

Pour qu'une règle puisse être considérée comme faisant partie du droit international coutumier, il faut, selon un critère admis par beaucoup, qu'elle soit «si largement et si généralement acceptée qu'il soit impossible qu'un État civilisé la renie»[94]. Aucun État ne renierait aujourd'hui l'un quelconque des principes considérés; ce qui semble donner lieu à contestation, c'est l'application de ces principes au cas particulier des armes nucléaires qui, pour une raison obscure, semblent être placées, pour ce qui est de leur régime juridique, au-dessus des autres armes. Si le droit humanitaire établit une réglementation pour les armes de moindre puissance par crainte qu'elles ne causent les maux excessifs que ses principes ont pour objet de prévenir, il doit *a fortiori* établir une réglementation pour les armes plus puissantes. Essayer de soustraire les bombes nucléaires à l'application des principes du droit humanitaire est indéfendable non seulement sur le plan des considérations d'humanité mais aussi sur le plan de la logique.

Ce raisonnement vaut aussi pour l'argument selon lequel il ne peut pas se créer de règles de droit coutumier en présence d'objections de la part des États dotés d'armes nucléaires (Exposé écrit des États-Unis, p. 9)[95]. Les principes généraux du droit international applicables en la matière ont été acceptés par ces États longtemps avant l'invention des armes nucléaires. Or, c'est de ces principes généraux que découle l'illicéité des armes en question.

Il paraît clair que si ces principes sont acceptés et demeurent incontestés, leur applicabilité au cas particulier des armes nucléaires ne saurait être raisonnablement mise en doute.

5. Les «exigences de la conscience publique»

Cette formule, extraite de la clause Martens, résume l'essence du droit humanitaire. La clause Martens et bon nombre des formulations de principes humanitaires qui l'ont suivie reconnaissaient que les convictions collectives en matière de comportement humanitaire doivent impérativement trouver un écho dans le droit.

La formule est, bien sûr, si générale qu'il n'est pas toujours facile de déterminer si une conviction sur un point particulier est assez largement partagée pour entrer dans son champ.

Mais en ce qui concerne l'emploi ou la menace d'emploi des armes nucléaires, le problème ne se pose pas car sur cette question, la conscience de la communauté mondiale s'est exprimée, et ce, à maintes reprises et dans les termes les plus catégoriques. À preuve non seulement les résolutions adoptées par l'Assemblée générale au fil des ans, mais le fait que des multitudes de personnes dans pratiquement tous les pays, des organismes professionnels à caractère multinational[96] et bien d'autres groupements à travers le monde proclament sans relâche leur conviction que la conscience publique exige que les armes nucléaires ne soient pas utilisées. Partout à la surface du globe, des présidents et des premiers ministres, des prêtres et des prélats, des travailleurs et des étudiants, des femmes et des enfants

---

[94] *West Rand Central Gold Mining Co., Ltd. v. R.* (1905), 2KB, p. 407.

[95] À ce sujet, voir aussi la section VI.6, *infra*.

[96] Sur ces organisations, voir la section VI.3, *infra*.

manifestent inlassablement leur révolte devant la bombe et ses dangers. C'est d'ailleurs le même sentiment qui anime l'ensemble de la communauté des nations lorsque, par exemple, elle convient dans le Traité de non-prolifération que l'objectif est, en dernière analyse, l'élimination de toutes les armes nucléaires. Que tel est l'objectif a été confirmé par la Conférence de 1995 chargée d'examiner le Traité de non-prolifération et est également confirmé par les travaux en cours concernant l'élaboration d'un traité d'interdiction totale des essais.

La section suivante de la présente opinion (section VI.6) traitera de la sensibilisation de l'opinion publique aux questions humanitaires, que l'on doit aux immenses progrès faits par le droit relatif aux droits de l'homme depuis la signature de la Charte des Nations Unies en 1945.

Les résolutions de l'Assemblée générale sur la question sont légion[97]. Pour n'en citer qu'une, rappelons que la résolution 1653 (XVI) de 1961 déclare que :

> «L'emploi des armes nucléaires et thermonucléaires est contraire à l'esprit, à la lettre et aux buts de la Charte des Nations Unies et constitue, en tant que tel, une violation directe de la Charte.»

et ajoute, en se référant plus particulièrement au droit international, qu'un tel emploi «est contraire au droit international et aux lois de l'humanité». Sont par surcroît interdites, selon l'Assemblée générale, non pas seulement l'utilisation des armes nucléaires, mais aussi «la menace» d'utilisation de telles armes[98].

Les armes nucléaires ont été bannies par traité dans de nombreuses zones de l'espace planétaire — les fonds marins, l'Antarctique, l'Amérique latine et les Caraïbes, le Pacifique et l'Afrique, sans parler de l'espace extra-atmosphérique. Une telle convergence dans l'action et dans les convictions ne s'accorde pas avec l'idée que ces armes puissent être globalement reconnues comme compatibles avec les principes généraux d'humanité. Elle traduit plutôt

---

[97] Résolution 1653 (XVI) du 24 novembre 1961 («Déclaration sur l'interdiction de l'emploi des armes nucléaires et thermonucléaires»); résolution 2936 (XXVII) du 29 novembre 1972 («Non-recours à la force dans les relations internationales et interdiction permanente de l'utilisation des armes nucléaires»); résolution 33/71 B du 14 décembre 1978 («Non-recours aux armes nucléaires et prévention de la guerre nucléaire»); résolution 34/83 G du 11 décembre 1979 («Interdiction de l'emploi des armes nucléaires et prévention de la guerre nucléaire»); résolution 36/92 I du 9 décembre 1981 («Non-recours aux armes nucléaires et prévention de la guerre nucléaire»); résolution 44/117 C du 15 décembre 1989 («Convention sur l'interdiction de l'utilisation des armes nucléaires»); résolution 45/59 B du 4 décembre 1990 («Convention sur l'interdiction de l'utilisation des armes nucléaires»); résolution 46/37 D du 6 décembre 1991 («Convention sur l'interdiction de l'utilisation des armes nucléaires»). Voir également, par exemple, la résolution 36/100 du 9 décembre 1981 («Déclaration sur la prévention d'une catastrophe nucléaire»), paragraphe 1 («Les États et hommes d'État qui emploient les premiers des armes nucléaires commettent le crime le plus grave contre l'humanité»).

[98] Résolution 2936 (XXVII) du 29 novembre 1972 («Non-recours à la force dans les relations internationales et interdiction permanente de l'utilisation des armes nucléaires»), dixième alinéa du préambule.

un sentiment universel qu'il y a en elles quelque chose de profondément dérangeant pour la conscience publique de notre temps.

Comme on l'a justement observé :

> «En cette époque où les droits de l'homme font florès, plus peut-être qu'en aucune autre, il est non seulement souhaitable mais impératif, s'agissant d'une question qui n'intéresse rien moins que le sort de la civilisation humaine, de prendre dûment conscience de ce que tous les membres de la société humaine, au plan officiel comme au plan non officiel, attendent du droit[99].»

Sans doute aucun principe, si respectable soit-il, ne peut-il faire l'unanimité absolue de la communauté mondiale. Pourtant, il serait difficile d'identifier une idée aussi largement et universellement partagée que celle de l'inadmissibilité de l'emploi des armes nucléaires. Les diverses positions prises sur cette question «traduisent un vaste consensus collectif sur l'idée que les armes et les moyens de combat nucléaires ne sauraient être soustraits au test de la réglementation humanitaire des conflits armés»[100].

L'incompatibilité entre les «exigences de la conscience publique» et les caractéristiques de l'arme apparaît très clairement si l'on présente les problèmes sous forme de questions qui pourraient être adressées à la conscience publique du monde, incarnée dans chaque pays par un citoyen moyen.

Voici quelques exemples, parmi bien d'autres :

> Est-il licite, pour atteindre les buts de la guerre, de provoquer l'apparition à grande échelle dans la population ennemie de cancers, tumeurs chéloïdes et leucémies?
>
> Est-il licite, pour atteindre les buts de la guerre, d'exposer les enfants à naître de la population ennemie au risque de malformations congénitales et d'arriération mentale?
>
> Est-il licite, pour atteindre les buts de la guerre, d'empoisonner les ressources alimentaires de la population ennemie?
>
> Est-il licite, pour atteindre les buts de la guerre, d'infliger l'un quelconque de ces types de dommages à la population de pays n'ayant rien à voir avec le conflit qui a conduit à la guerre nucléaire?

La liste est longue des questions de ce genre qui pourraient être posées.

S'il est concevable que l'une quelconque de ces interrogations reçoive une réponse affirmative de la part de la conscience publique du monde, la thèse de la licéité des armes nucléaires est peut-être défendable. Sinon, la thèse contraire semble irréfutable.

---

[99] Burns H. Weston, «Nuclear Weapons and International Law: Prolegomenon to General Illegality» (1982-1983) *New York Law School Journal of International and Comparative Law*, p. 252, ainsi que les autorités qui y sont citées.

[100] Ibid., p. 242

6. Les répercussions de la Charte des Nations Unies et des droits de l'homme sur les considérations d'humanité et les exigences de la conscience publique[101]

Les énormes changements qui se sont produits après guerre dans le secteur des droits de l'homme, à compter de l'adoption en 1948 de la Déclaration universelle des droits de l'homme, ont nécessairement eu des répercussions sur ce que recouvrent la notion de «considérations d'humanité» et celle d'«exigences de la conscience publique». L'évolution qu'ont connue les notions relatives aux droits de l'homme, tant dans leur formulation qu'en accédant à l'universalité, dépasse en importance celle de bien des siècles antérieurs. Le sens moral de la communauté mondiale a donc acquis une grande vigueur et une grande sensibilité aux «considérations d'humanité» et aux «exigences de la conscience publique». Comme le vaste système de règles et normes internationalement acceptées en matière de droits de l'homme s'est intégré au conscient collectif de la population du globe — ce qui n'était pas le cas avant la deuxième guerre mondiale — les principes qui lui servent de fondement tendent à être invoqués spontanément et automatiquement chaque fois que se pose un problème de normes humanitaires.

Cette évolution a nécessairement une incidence sur la conception qu'on se fait, à l'époque contemporaine, de l'humanité et des normes d'humanité, le niveau de l'attente se situant bien au-dessus de ce qu'il était à l'époque où la clause Martens a été formulée.

Pour bien mesurer l'ampleur de ce changement, il faut se rappeler que la première pierre du droit humanitaire moderne a été posée dans un siècle (le 19e siècle) qui est souvent décrit comme «le siècle de Clausewitz» au motif qu'à l'époque, la guerre était largement considérée comme un mode naturel de règlement des différends et un prolongement naturel de la diplomatie. Les choses ont, depuis lors, énormément évolué puisque la Charte des Nations Unies interdit aujourd'hui tout recours à la force par les États (Article 2, paragraphe 4) sauf en cas de légitime défense (Article 51). L'avis de la Cour met en lumière l'importance de ces articles, et la présente opinion a, dès le départ, souligné qu'il en résulte des conséquences qui vont très loin (cf. «Observations préliminaires»). Le ferme engagement est pris à l'Article 2, paragraphe 3, que tous «les membres règlent leurs différends internationaux par des moyens pacifiques de manière que la paix et la sécurité internationales, *ainsi que la justice*, ne soient pas mises en danger». Cette vision radicalement différente de la normalité et de la légitimité de la guerre a indubitablement rehaussé le niveau des «exigences de la conscience publique» de notre temps.

Les dispositions de la Charte concernant les droits de l'homme, tels les Articles 1, 55, 62 et 76, la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948, les deux Pactes de 1966 relatifs aux droits de l'homme (droits civils et politiques d'une part et droits économiques, sociaux et culturels d'autre part) et les nombreuses conventions sur des sujets particuliers qui formulent des normes en matière de droits de l'homme, telle la Convention sur l'interdiction de la torture — autant d'instruments qui font maintenant partie intégrante de la conscience publique de l'humanité — ont beaucoup enrichi et précisé la notion de violation des normes humanitaires par rapport à l'époque où la clause Martens a vu le jour. Les règles et normes relatives aux droits

---

[101] Voir aussi la section III.10 *f)*, *infra*.

de l'homme imprègnent aujourd'hui si profondément la conscience collective qu'elles s'infiltrent un peu partout dans le droit humanitaire.

Des commentaires allant dans le même sens ont été présentés (par exemple par l'Australie (CR 95/22, p. 25)) dans des exposés qui appellent en outre l'attention sur le fait que l'Assemblée générale a souligné le lien entre droits de l'homme et armes nucléaires lorsqu'elle a condamné la guerre nucléaire en tant qu'«atteinte au droit primordial de l'homme — le droit à la vie»[102].

À côté de l'évolution qui s'est produite dans le domaine des droits de l'homme, il faut prendre en compte celle qu'a connue un autre vaste pan du droit — le droit de l'environnement — évolution qui a également contribué à sensibiliser la conscience publique aux problèmes d'environnement qui affectent les droits de l'homme. Comme l'a souligné la Commission du droit international dans le cadre de ses travaux sur la responsabilité des États, une conduite qui met gravement en danger la préservation de l'environnement humain contrevient à des principes «aujourd'hui si profondément ancrés dans la conscience universelle qu'ils sont devenus des règles particulièrement essentielles du droit international général»[103].

7. L'argument du caractère non intentionnel des «dommages collatéraux»

Il importe peu que les effets des armes nucléaires ne soient pas directement voulus mais soient des «sous-produits» ou des «dommages collatéraux». Le fait est que ces effets résultent inévitablement de l'emploi de l'arme. Il n'est pas concevable, dans un système juridique cohérent, que l'auteur d'un acte qui engendre de telles conséquences se voie dégagé de toute responsabilité juridique pour les avoir causés, pas plus qu'il n'est concevable qu'un automobiliste lancé à 150 kilomètres à l'heure dans une rue commerçante pleine de monde se trouve dégagé de toute responsabilité juridique pour la mort de ses victimes au motif qu'il n'avait pas l'intention de les tuer.

La masse de connaissances dont on dispose sur les conséquences de l'arme nucléaire fait à ce point partie du domaine public universel que nul ne peut plaider l'ignorance avec quelque chance d'être cru.

8. L'illicéité existe indépendamment d'interdictions spécifiques

La thèse des États opposés à l'illicéité repose en grande partie sur l'argument selon lequel ce qui n'est pas expressément interdit à un État est permis. Pour voir ce que vaut cet argument, je recourrai à quelques illustrations concrètes :

a) Si demain était inventé un rayon capable d'incinérer instantanément tout organisme vivant dans un rayon de 150 kilomètres, devrait-on attendre qu'un traité international l'interdise expressément pour le déclarer

---

[102] Résolution 38/75 de l'Assemblée générale en date du 15 décembre 1983 («Condamnation de la guerre nucléaire»), par. 1 du dispositif.

[103] Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa vingt-huitième session, *Annuaire de la Commission du droit international*, 1976, vol. II, deuxième partie, p. 101, par. 33).

incompatible avec les principes fondamentaux du *jus in bello* et non susceptible par conséquent d'être légitimement utilisé à la guerre? Il serait, semble-t-il, ridicule de devoir en passer par toutes sortes de préalables — convocation d'une conférence internationale, élaboration d'un traité et laborieux processus de ratification — avant que le droit ne puisse reconnaître l'arme en question comme illicite.

b) Le caractère spécieux de l'argument que ce qui n'est pas expressément interdit est autorisé ressort également d'un autre exemple cité ailleurs dans la présente opinion. Cet argument conduirait à la conclusion qu'immédiatement avant l'adoption des traités bannissant les armes bactériologiques, il était licite d'utiliser des ogives porteuses des vecteurs bactériologiques les plus meurtriers pour provoquer des épidémies catastrophiques dans la population ennemie. Cette conclusion passe l'imagination et n'est défendable que moyennant de faire totalement fi des principes préexistants du droit humanitaire.

Le fait qu'il n'existe pas de traité ou de déclaration qualifiant expressément l'arme d'illicite est sans pertinence dès lors que l'illicéité découle de principes de droit international coutumier, lesquels sont bien plus importants que telle ou telle arme ou telle ou telle déclaration. Il n'est pas nécessaire d'identifier chaque arme proscrite par le droit international pour sa cruauté ou sa brutalité, pas plus qu'il n'est nécessaire d'énumérer tous les instruments de torture dans un énoncé de l'interdiction générale de la torture. C'est au *principe* que le droit international coutumier s'intéresse. Tel instrument de torture ou telle arme n'est à prendre en considération qu'en tant que vecteur de l'application de *principes* incontestés — principes qui ont souvent été décrits comme étant d'une nature telle qu'aucune nation civilisée ne serait prête à les renier.

Il est dans l'ordre des choses que la technique en matière d'armements invente sans cesse, grâce à des applications nouvelles de la technologie, des armes sans équivalent dans l'arsenal existant. Point n'est besoin d'attendre qu'un traité condamne expressément une arme nouvelle pour déclarer que son emploi est contraire aux principes du droit international.

Si — et tel est incontestablement le cas — la clause Martens énonce un principe de droit international universellement accepté, il en découle qu'au-delà du domaine des interdictions expresses existe le domaine des principes généraux du droit humanitaire. En fin de compte, «un acte de guerre qui n'est pas expressément interdit par des accords internationaux ou par le droit coutumier n'est pas nécessairement, *ipso facto*, autorisé»[104].

À l'évidence aucun système de droit ne peut fonctionner ou se développer par le seul moyen d'interdictions formulées en termes explicites. Dans tout système de droit on trouve, à côté d'un ensemble de prescriptions et d'interdictions, toute une gamme de principes généraux qui régissent, selon que de besoin, les comportements et événements n'ayant pas jusque-là fait l'objet de règles expresses. Le principe général est appliqué à la situation considérée et de cette application particulière se dégage une règle plus spécifique.

---

[104] D. Fleck, op. cit., p. 28, qui fait reposer ce principe sur la clause Martens.

Un système juridique fondé sur l'idée que ce qui n'est pas expressément interdit est autorisé serait un système tout à fait primitif et le droit international a largement dépassé ce stade. En admettant même que les systèmes internes puissent fonctionner sur cette base, ce qui est bien douteux, le droit international, né de siècles de réflexion philosophique, ne le peut pas. Dans beaucoup de pays, l'indigence de la thèse en question a été mise en évidence par la philosophie juridique moderne, dont les conclusions sur ce point s'appliquent *a fortiori* au droit international. Comme le souligne un ouvrage bien connu sur la théorie du droit :

> «De même que la terre est entourée par l'atmosphère, les règles de tout ordre juridique sont entourées d'un ensemble de principes et de doctrines qui non seulement influencent le jeu des règles mais en conditionnent parfois l'existence même[105].»

Plus pertinente que la question de savoir s'il est fait mention où que ce soit dans le droit conventionnel de l'illicéité des armes nucléaires est la question de savoir si l'on trouve dans une convention ou une déclaration quelconque une référence à la licéité des armes. Le fait est que bien que les documents internationaux traitant des armes nucléaires sous toute une série d'angles soient légion, on n'y trouve pas l'ombre d'une indication que *l'emploi* ou la *menace d'emploi* des armes nucléaires est licite. En revanche, il existe une foule de déclarations internationales qui prennent expressément position contre la licéité de l'emploi des armes nucléaires. Elles sont mentionnées ailleurs dans la présente opinion.

Les principes généraux sont tout à la fois une source où le droit puise pour se développer et un repère sur lequel se guident les moeurs de la société. Les traiter par le mépris comme certains le préconisent c'est condamner le droit international à dériver sans ses repères conceptuels. «Les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées» ne cessent pas d'être du droit simplement parce qu'il n'existe pas de traité international qui interdise expressément de massacrer les populations à l'aveuglette *au moyen d'armes nucléaires*, de ravager l'environnement *au moyen d'armes nucléaires*, et de causer des dommages irréparables aux États neutres *au moyen d'armes nucléaires*. Si l'on supprime de la phrase qui précède les mots soulignés, elle ne vise que des actes qui sont indéniablement interdits par le droit international. Il semble spécieux de soutenir que le principe de l'interdiction ne peut pas être invoqué du fait du défaut d'identification de l'arme.

La doctrine qui veut que le souverain ait latitude de faire tout ce qu'une loi n'interdit pas est une doctrine qui a fait long feu. Lorsque le positivisme a été poussé à ce point extrême dans la doctrine juridique, la société humaine a été conduite à quelques-uns de ses pires excès. L'histoire montre que le pouvoir sans le garde-fou des principes devient abus de pouvoir. Il n'est pas inutile d'écrire les choses noir sur blanc mais le droit ne se réduit pas, tant s'en faut, à ce qui est écrit noir sur blanc.

S'agissant plus spécialement du droit de la guerre, la doctrine en question viderait de sens la clause Martens qui dispose expressément qu'«en attendant qu'un code plus complet des lois de la guerre puisse être édicté, les Hautes Parties Contractantes ... déclare[nt] que, *dans les cas qui ne sont*

---

[105] Dias, *Jurisprudence*, 4e éd., 1976, p. 287.

pas couverts par des Règlements spécifiques adoptés par elles» (c'est moi qui souligne), les principes humanitaires qu'elle énonce s'appliqueront.

En vertu donc d'un accord exprès (si tant est que cette condition soit nécessaire), le vaste éventail des principes du droit humanitaire contenus dans le droit international coutumier est là pour régir cette matière, qui n'a pas encore fait l'objet de dispositions conventionnelles.

9. L'arrêt rendu dans l'affaire du *Lotus*

Une bonne partie de l'argumentation qui se fonde sur l'absence de texte énonçant l'illicéité prend pour point de départ l'arrêt rendu dans l'affaire du *Lotus*. Dans cette affaire, la Cour permanente a recherché :

> «si oui ou non le droit international comporte un principe en vertu duquel il aurait été interdit à la Turquie d'exercer, dans les circonstances de ce cas, des poursuites pénales contre le lieutenant Demons» (CPJI, Série A, No. 10, p. 21)

Il a été jugé qu'en l'absence d'un tel principe ou d'une règle précise à laquelle il aurait consenti, un État ne pouvait voir son pouvoir limité.

En fait, même sur la base de l'arrêt du *Lotus*, les principes considérés sont applicables car, s'agissant du droit de la guerre, les puissances dotées d'armes nucléaires ont expressément accepté que les principes humanitaires du droit de la guerre s'appliquent. Mises à part ces puissances, certaines autres puissances qui se sont déclarées devant la Cour opposées à une conclusion d'illicéité (ou qui n'ont pas adopté une position tranchée à l'égard de la demande d'avis consultatif à l'examen) sont aussi parties à la Convention de La Haye, parmi elles l'Allemagne, les Pays-Bas, l'Italie et le Japon.

L'arrêt du *Lotus* a été rendu à propos d'une collision en haute mer, en temps de paix, entre le *Lotus*, navire battant pavillon français et un navire battant pavillon turc. Huit marins et passagers turcs ayant trouvé la mort, la question se posait de la comparution devant les tribunaux turcs, pour meurtre, de l'officier français responsable. La situation n'avait donc rien à voir avec celles dans lesquelles le droit humanitaire de la guerre s'applique. Le concept de droit humanitaire était déjà bien établi à l'époque de l'arrêt du *Lotus* mais il n'était pas pertinent en l'espèce. La Cour n'aurait jamais imaginé, lorsqu'elle a tranché cette affaire, que sa décision, rendue dans un contexte si totalement différent, pût être invoquée dans le dessein d'annihiler tout ce que le droit humanitaire de la guerre avait déjà édifié — car l'interprétation que l'on cherche maintenant à donner de l'affaire du *Lotus* n'aboutit à rien moins qu'à une mise à l'écart de principes humanitaires aussi solidement établis que ceux de la clause Martens qui, selon ses termes exprès, doivent s'appliquer «dans les cas qui ne sont pas couverts par des Règlements spécifiques adoptés par [les Hautes Parties Contractantes]».

Au surplus, le droit international était en ce temps-là généralement divisé en deux volets — le droit de la paix et le droit de la guerre — division que respectaient les textes juridiques de l'époque. Le principe que la Cour permanente a énoncé dans l'arrêt du *Lotus* se situait entièrement dans le contexte du droit de la paix.

Il est implicite dans cet arrêt que la souveraineté des autres États doit être respectée. L'une des caractéristiques des armes nucléaires est de violer

la souveraineté d'autres pays qui n'ont en aucune manière consenti aux atteintes à leurs droits souverains fondamentaux que comporte nécessairement l'emploi de l'arme nucléaire. On ne saurait, sans faire fi du contexte, interpréter l'arrêt du *Lotus* comme énonçant une théorie, applicable aussi bien en temps de paix qu'en temps de guerre, selon laquelle un État serait libre d'agir à sa guise pourvu qu'il n'ait pas pris d'engagement à l'effet contraire. Une telle interprétation de l'arrêt vouerait à un sort funeste le développement progressif du droit international.

Il est à noter qu'exactement quatre ans auparavant, à propos de la question de la souveraineté des États, la Cour permanente a remarqué, dans son avis consultatif concernant les *Décrets de nationalité promulgués en Tunisie et au Maroc* (*CPJI série B, No 4*) (1923), que la souveraineté des États aurait un champ de plus en plus réduit et de plus en plus restreint au fur et à mesure du développement du droit international (p. 21-25, p. 27, p. 30). Au cours du demi-siècle qui s'est écoulé depuis l'affaire du *Lotus*, le droit international et le droit relatif au comportement humanitaire en temps de guerre se sont, à l'évidence, considérablement développés, ajoutant par conséquent aux restrictions à la souveraineté des États qui existaient à l'époque de l'affaire en question. La Cour elle-même a établi, dans l'affaire du *Détroit de Corfou*, que le droit international coutumier imposait aux États le devoir de conduire leurs affaires de manière à ne pas causer de tort aux autres, alors même que l'acte portant atteinte aux droits de l'État plaignant ne faisait pas l'objet d'une prohibition formulée en termes exprès. La Cour ne peut pas en 1996 faire sienne une interprétation de l'arrêt du *Lotus* tellement étroite qu'elle ramènerait le droit au stade où il se trouvait avant la clause Martens.

10. Règles particulières du droit humanitaire de la guerre

Le droit international humanitaire comporte plusieurs principes qui s'entrelacent pour en constituer la trame. Il se caractérise non par un manque mais par une abondance de règles qui, séparément ou conjointement, frappent d'illicéité l'emploi ou la menace d'emploi des armes nucléaires.

Les règles du droit international humanitaire ont manifestement acquis le statut de règles du *jus cogens* car ce sont des règles fondamentales de caractère humanitaire auxquelles il ne peut être dérogé sans renier les considérations élémentaires d'humanité dont elles visent à assurer le respect. Les règles du *jus cogens* incluent, comme l'écrit Roberto Ago :

> «les règles fondamentales concernant la sauvegarde de la paix et notamment celles qui interdisent le recours à la force ou la menace de la force. Les *règles fondamentales de caractère humanitaire* (interdiction du génocide, de l'esclavage et de la discrimination raciale, *protection des droits essentiels de la personne humaine en temps de paix et en temps de guerre*); les règles qui interdisent les atteintes à l'indépendance et à l'égalité souveraine des États; les règles qui assurent à tous les membres de la communauté

internationale la jouissance de certains biens communs (haute mer, espace extra-atmosphérique, etc.)[106].»

La question à l'examen n'est pas de savoir s'il existe une règle impérative qui interdit expressément les armes nucléaires mais de déterminer s'il y a des principes de base ressortissant au *jus cogens* auxquels les armes nucléaires portent atteinte. Dans l'hypothèse où de tels principes ressortissant au *jus cogens* pourraient être identifiés, il s'ensuivrait que l'arme elle-même est interdite sur la base du *jus cogens*.

Comme on l'a souligné au début de la section III, la plupart des États qui appuient la thèse de la licéité de l'emploi des armes nucléaires reconnaissent que le droit international humanitaire en régit l'utilisation, laquelle doit se conformer aux principes de ce droit. Les plus importants de ces principes sont, notamment, les suivants :

a) l'interdiction de causer des maux superflus;
b) le principe de la proportionnalité;
c) le principe de la discrimination entre combattants et non-combattants;
d) l'obligation de respecter la souveraineté territoriale des États non belligérants;
e) l'interdiction du génocide et des crimes contre l'humanité;
f) l'interdiction de causer des dommages durables et graves à l'environnement;
g) le droit relatif aux droits de l'homme.

a) L'interdiction de causer des maux superflus

La clause Martens déjà évoquée plus haut a donné à ce principe sa formulation classique en droit moderne en déclarant que ne sont pas permises les armes incompatibles avec «les lois de l'humanité et les exigences de la conscience publique».

L'interdiction de causer des souffrances cruelles et superflues, qui fait depuis longtemps partie des principes généraux du droit humanitaire, a été reprise dans une foule de codes, de déclarations et de traités qui constituent un corpus juridique solide et étoffé, chaque document faisant application des principes généraux à une ou plusieurs situations particulières[107]. Tous ces documents attestent l'existence de principes généraux supérieurs qui transcendent les réalités particulières visées dans chacun d'eux.

---

[106] 1971-III *Recueil des cours*, p. 324, note 37 (c'est moi qui souligne). On trouvera également une étude détaillée des normes impératives du droit international des conflits armés dans Lauri Hannikainen, *Peremptory Norms (jus cogens) in International Law*, 1988, p. 596 à 715, où l'auteur conclut que bon nombre des principes du droit humanitaire de la guerre relèvent du *jus cogens*.

[107] On peut mentionner par exemple le Code Lieber de 1863 (adopté par les États-Unis en tant que règlement de campagne des armées); la Déclaration de Saint-Pétersbourg de 1868; les Conventions de La Haye de 1899 et de 1907; le Protocole de 1925 concernant la prohibition d'emploi à la guerre de gaz asphyxiants, toxiques ou similaires et de moyens bactériologiques; le Règlement de La Haye de 1923 sur la guerre aérienne; la Charte de Nuremberg de 1945 et les quatre Conventions de Genève de 1949.

Le principe interdisant de causer des maux superflus a été incorporé dans les manuels militaires courants. Ainsi le *Manuel of Military Law* britannique, publié par le *War Office* en 1916 et en usage pendant la première guerre mondiale, contient les dispositions suivantes :

«*IV. Moyens utilisés dans la conduite de la guerre*

39. Le premier principe de la guerre est la nécessité d'affaiblir et de détruire la capacité de résistance de l'ennemi. Toutefois les moyens qui peuvent être employés pour lui nuire ne sont pas illimités [une note de bas de page cite l'article 22 du Règlement de La Haye : 'Les belligérants n'ont pas un droit illimité quant au choix des moyens de nuire à l'ennemi']. Ils font en pratique l'objet de restrictions précises découlant de conventions et de déclarations internationales ainsi que des règles coutumières de la guerre. À cela s'ajoutent les injonctions de la morale, de la civilisation et de la magnanimité, qui doivent être respectées.

...

42. Il est expressément interdit d'employer des armes, projectiles ou matières conçus pour causer des maux superflus [Article 23 e) du Règlement de La Haye]. Sont ici visés, entre autres, les lances à pointe barbelée, les balles de forme irrégulière, les projectiles remplis de verre brisé et autres matières du même genre; plus le fait de pratiquer des entailles à la surface des balles, de limer l'extrémité de leur enveloppe et de les enduire d'une substance susceptible de s'enflammer ou de blesser. Cette interdiction ne s'applique toutefois pas à l'utilisation des explosifs contenus dans les mines, torpilles aériennes ou grenades à main.» (p. 242-243)

Voilà ce que disait le Manuel des forces armées britanniques en usage pendant la première guerre mondiale, longtemps avant que les principes de la conduite humanitaire de la guerre n'aient acquis le solide statut qu'ils ont aujourd'hui[108].

Dès 1862, Franz Lieber a admis que même la nécessité militaire est soumise aux lois et usages de la guerre, principe qui a été incorporé dans les instructions adressées à l'armée[109]. Les manuels de campagne modernes publiés par le *War Department* des États-Unis sont strictement conformes au Règlement de La Haye et soumettent expressément la nécessité militaire aux «lois coutumières et conventionnelles de la guerre»[110].

Les faits décrits dans la section II de la présente opinion sont plus que suffisants pour établir que l'arme nucléaire cause des maux superflus excédant de beaucoup ce qu'exigent les buts de la guerre.

---

[108] Sur la validité des manuels militaires et son importance, voir Singh et McWhinney, op. cit., p. 52-53.

[109] Règle générale 100, *Instructions for the Government of the Armies of the United States in the Field*, s.14.

[110] Singh et McWhinney, op. cit., p. 59.

On a tiré argument, en ce qui concerne le principe relatif aux maux superflus, du fait que, aux termes de l'article 23 e) du Règlement de La Haye, il est interdit «d'employer des armes, projectiles ou matières *conçus* pour causer des maux superflus» (c'est moi qui souligne). L'arme nucléaire, dit-on, n'est pas *conçue* pour causer des souffrances, les souffrances qu'elle cause relèvent plutôt des «effets secondaires» des explosions. Cet argument trouve sa réponse dans le principe juridique bien connu que l'auteur d'un acte doit être présumé en avoir voulu toutes les conséquences naturelles et prévisibles (voir la section III.7, *supra*). Il repose en outre sur une interprétation littérale qui ne tient pas compte de l'esprit de la disposition ni des préoccupations dont elle s'inspire — méthode d'interprétation particulièrement contestable dans le cas d'un instrument humanitaire. On peut aussi faire valoir que les armes nucléaires sont en fait utilisées «en partie pour tirer avantage des effets destructeurs des radiations et des retombées»[111].

b) Le principe de discrimination

Le principe de discrimination répond au souci d'éviter que les armes de guerre ne soient utilisées sans distinction contre des objectifs militaires et contre la population civile. Les non-combattants doivent être protégés par le droit de la guerre. Mais la non-discrimination est l'essence même de l'arme nucléaire. Une arme qui peut raser une ville et provoquer à elle seule autant de destructions que des milliers de bombes n'est pas une arme qui discrimine. Les radiations qu'elle émet dans un rayon immense ne font pas de distinction entre combattants et non-combattants ni, d'ailleurs, entre États combattants et États neutres.

L'article 48 du Protocole additionnel I de 1977 aux Conventions de Genève de 1949 réitère en tant que «règle fondamentale» la règle bien établie du droit humanitaire que voici :

> «En vue d'assurer le respect et la protection de la population civile et des biens de caractère civil, les Parties au conflit doivent *en tout temps* faire la distinction entre la population civile et les combattants ainsi qu'entre les biens de caractère civil et les objectifs militaires et, par conséquent, ne diriger leurs opérations que contre des objectifs militaires.» (C'est moi qui souligne.)

La règle de la distinction entre population civile et personnel militaire est, comme certaines autres règles du *jus in bello*, le fruit d'une longue tradition et l'apanage de nombreuses cultures. Nous avons déjà rappelé que, dans l'Inde d'autrefois, il était d'usage que les paysans continuent à travailler dans les champs, au voisinage de l'armée de l'envahisseur, confiants qu'ils étaient dans la protection que leur assurait la tradition qui faisait de la guerre une affaire de combattants[112]. Cette évocation bucolique, bien qu'elle ne cadre guère avec les brutalités de la guerre, nous rappelle utilement que des principes humanitaires fondamentaux comme le principe de discrimination ne sont pas des normes récentes inconnues des époques antérieures.

---

[111] Ian Brownlie, «Some Legal Aspects of the Use of Nuclear Weapons» (1965) *International and Comparative Law Quarterly*, p. 445.

[112] Nagendra Singh, note 67, *supra*.

Le principe de la protection de la population civile en période de conflit armé est depuis longtemps une règle bien établie du droit international humanitaire. Le Protocole additionnel I aux Conventions de Genève de 1949 dispose au paragraphe 5 b) de son article 51 que les «attaques effectuées sans discrimination» qu'il interdit comprennent :

> «les 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.»

De même, aux termes du paragraphe 2 b) de l'article 57, une attaque est interdite lorsqu'il apparaît :

> «que l'on peut attendre qu'elle cause 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.»

Les nombreux comportements relevant de cette règle ont été analysés dans la résolution adoptée par l'Institut de droit international à la Conférence d'Edimbourg en 1969[113], qui les a déclarés interdits par le droit *en vigueur* à l'époque. Au nombre des actes décrits comme interdits par *le droit en vigueur* figurent :

> «toutes les attaques menées à quelque titre que ce soit et par n'importe quel moyen et destinées à l'anéantissement d'un groupe, d'une région ou d'un centre urbain sans distinction possible entre forces armées et populations civiles ou entre objectifs militaires et objets non militaires[114].»
>
> «toutes les actions qui, à quelque titre que ce soit, sont destinées à semer la terreur dans la population civile» (par. 6).
>
> «l'emploi de toutes les armes qui, par leur nature, frappent sans distinction objectifs militaires et objets non militaires, forces armées et populations civiles. Est interdit notamment l'emploi des armes dont l'effet destructeur est trop grand pour pouvoir être limité à des objectifs militaires déterminés ou dont l'effet est incontrôlable ..., ainsi que des armes aveugles.» (par. 7)

c) Respect des États non belligérants

Le dommage irréparable aux tierces parties non belligérantes, qui est la conséquence naturelle et prévisible de l'emploi des armes nucléaires, est un facteur à prendre en considération pour décider si l'arme est permise ou non. Ce n'est pas un seul État non belligérant mais l'ensemble de la communauté des

---

[113] Au sujet de l'appui qu'a reçu ce document dans les cercles les plus éminents de la doctrine, voir la section III.11, *infra*.

[114] (1969) 53 *Annuaire de l'IDI*, Vol. II, p. 360, par. 8; Iran, CR 95/26, p. 47, note 45.

États qui risque de subir des dommages irrémédiables. Comme les radiations sont impossibles à arrêter, elles se propagent dans le monde entier. L'étendue démesurée des dommages que causent les armes nucléaires par rapport aux plus puissantes des armes conventionnelles est mise en évidence par le diagramme joint en annexe à la présente opinion, qui est repris des études de l'OMS. Diverses études, dont l'étude TTAPS, établissent de façon concluante que lorsque les vents aggravent la dispersion des retombées, les effets délétères des explosions dans un hémisphère peuvent se propager à l'autre hémisphère. Aucune partie du globe — et donc aucun pays — n'est à l'abri.

J'ai examiné dans le même contexte l'argument du défaut d'intention. Selon cet argument, une action dirigée contre un État ennemi ne comporte pas d'intention de causer des dommages à une tierce partie; si de tels dommages sont causés, elle ne donne pas lieu à responsabilité. Cet argument a déjà été analysé plus haut et est apparu comme indéfendable (section III.7). Le lancement d'une arme nucléaire est un acte délibéré. Les dommages aux pays neutres en sont la conséquence naturelle, prévisible et même inévitable. Le droit international ne peut pas faire place à une règle de non-responsabilité si radicalement opposée aux principes fondamentaux de la pensée juridique universelle.

d) L'interdiction du génocide[115]

J'estime que ce que dit la Cour sur les rapports entre l'arme nucléaire et le génocide est inadéquat (par. 26 de l'avis).

L'emploi d'armes nucléaires dans le cadre d'une riposte à une attaque nucléaire, surtout dans l'hypothèse d'une riposte généralisée, causerait vraisemblablement un génocide en déclenchant un échange nucléaire généralisé du type envisagé à la section IV (*infra*). Même une bombe nucléaire modeste, du genre de celles qui ont été utilisées au Japon, pourrait être un instrument de génocide vu le nombre avéré de personnes qui ont été tuées. Lancée sur une ville, une seule bombe pourrait faire plus d'un million de morts. Si un nombre plus élevé de bombes devait être utilisé en riposte, le nombre des morts pourrait, à en croire les estimations de l'OMS sur les effets de la guerre nucléaire, atteindre, dans le pays auteur de l'attaque et les autres pays, le total de un milliard. Un tel résultat constitue bien un génocide et ne peut, quelles que soient les circonstances, être toléré par le droit.

Quiconque emploie une bombe nucléaire sait nécessairement qu'elle aura pour effet de tuer un nombre si démesuré de personnes que des populations entières disparaîtront. Le génocide, selon la définition qu'en donne la Convention sur le génocide (art. II), s'entend de tout acte commis dans l'intention de détruire, en tout ou en partie, un groupe national, ethnique, racial ou religieux, comme tel. Les actes inclus dans la définition sont notamment les suivants : meurtre de membres du groupe, atteinte grave à l'intégrité physique ou mentale de membres du groupe et soumission intentionnelle du groupe à des conditions d'existence devant entraîner sa destruction physique totale ou partielle.

Il existe une tendance, dans les discussions sur la définition du génocide, à monter en épingle les mots «comme tel». L'argument qu'on en tire

---

[115] Voir aussi sur ce point, *infra*, la section III 10 *f)* concernant le droit relatif aux droits de l'homme.

est que l'atteinte à un groupe national, ethnique, racial ou religieux en tant que tel doit être un résultat intentionnel et non pas un effet subsidiaire d'un autre acte. Mais puisque les bombes nucléaires ont la capacité d'anéantir massivement la population, les chiffres s'échelonnant entre plusieurs centaines de milliers et plusieurs millions de personnes, il ne fait pas de doute que l'arme vise, en tout ou en partie, le groupe national de l'État contre lequel elle est dirigée.

Le Tribunal de Nuremberg a jugé que l'extermination de la population civile en tout ou en partie est un crime contre l'humanité. C'est précisément le résultat auquel aboutit une arme nucléaire.

e) L'interdiction des dommages à l'environnement

L'environnement, la demeure indivise de tous les Membres des Nations Unies, ne peut subir d'atteinte de la part d'un ou de plusieurs Membres au détriment des autres. J'ai déjà rappelé, à propos des exigences de la conscience publique (section III.6, *supra*), que les principes de la protection de l'environnement sont aujourd'hui «si profondément ancrés dans la conscience de l'humanité qu'ils sont devenus des règles particulièrement essentielles du droit international général»[116]. La Commission du droit international a même qualifié de crime international la pollution massive de l'atmosphère ou des mers[117]. Ces aspects ont été évoqués plus haut.

Le droit de l'environnement comporte un certain nombre de principes auxquels les armes nucléaires portent atteinte. Le principe de l'équité intergénérations et le principe du patrimoine commun ont déjà été mentionnés. Parmi les autres principes du droit de l'environnement susceptibles d'être reconnus par la Cour à la faveur de la présente demande d'avis consultatif et d'être utilisés dans la formulation de ses conclusions figurent le principe selon lequel des précautions doivent être prises, le principe de la tutelle sur les ressources de la terre, le principe suivant lequel la charge de la preuve que les mesures de sécurité ont été prises incombe à l'auteur de l'acte mis en cause et le principe «pollueur-payeur» qui impose à l'auteur d'un dommage à l'environnement la charge d'indemniser les victimes comme il convient[118]. Des efforts ont été faits ces derniers temps sur le plan juridique pour formuler ce qu'on a appelé les »principes de la sécurité écologique« dans le cadre d'un processus de développement normatif et de codification du droit de l'environnement motivé par la nécessité de protéger la civilisation humaine menacée d'auto-destruction.

---

[116] Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa vingt-huitième session, *Annuaire de la Commission du droit international*, 1976, vol. II, deuxième partie, p. 101, par. 33).

[117] Paragraphe 3 d) de l'article 19 du projet de la Commission du droit international sur la responsabilité des États, *ibid.*, p. 89.

[118] Voir les références à ces principes dans mon opinion dissidente relative à l'affaire de la *Demande d'examen de la situation au titre du paragraphe 63 de l'arrêt rendu par la Cour le 20 décembre 1974 dans l'affaire des* Essais nucléaires (Nouvelle-Zélande c. France), *CIJ Recueil 1995*, p. 339-347.

Un auteur[119] qui énumère onze principes de cette nature inclut parmi eux la «prohibition de l'agression écologique» en se fondant notamment sur la Convention de 1977 sur l'interdiction d'utiliser des techniques de modification de l'environnement à des fins militaires ou toutes autres fins hostiles, qui est entrée en vigueur le 5 octobre 1978 (Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1108, p. 151), ainsi que sur la résolution de l'Assemblée générale des Nations Unies intitulée «Responsabilité historique des États concernant la préservation de la nature pour les générations présentes et futures» (résolution 35/8 de l'Assemblée générale en date du 30 octobre 1980).

Le même auteur souligne que «Dans la doctrine juridique soviétique (aujourd'hui russe), la modification délibérée, à des fins hostiles, de l'environnement — l'écocide — est illicite et considérée comme un crime international»[120].

Un autre auteur, après avoir appelé l'attention sur la nécessité de concevoir une réaction collective coordonnée à la crise mondiale de l'environnement et sur la difficulté d'y parvenir, écrit :

> «Mais les circonstances exigent impérieusement une telle réaction; si nous ne sommes pas capables de faire de la préservation de la planète notre nouveau principe d'organisation, c'est la survie même de notre civilisation qui sera compromise[121].»

Voilà une définition vigoureuse de ce qui inspire le droit de l'environnement de notre temps, la préservation de la planète en tant que «nouveau principe d'organisation» sans lequel toute civilisation est en danger.

Un moyen, d'ores et déjà mis en oeuvre, de parvenir à la réaction collective organisée évoquée plus haut est de s'appuyer sur le droit international de l'environnement et il n'est pas étonnant que les principes de base axés sur la survie de la civilisation, voire de l'espère humaine, fassent déjà partie intégrante de ce droit.

La même question est abordée sous un angle différent dans une étude remarquable où il est dit ce qui suit :

> «L'auto-annihilation de notre espèce n'est pas un acte qu'on puisse qualifier de rationnel ou de raisonnable; pourtant c'est un acte que, sans tout à fait nous l'avouer à nous-mêmes, nous sommes prêts à commettre dans certaines circonstances. Ne pouvant être un acte entièrement intentionnel à moins que son auteur n'ait perdu l'esprit, il ne peut survenir qu'à la suite de quelque inadvertance, dans le sillage d'une activité qui, elle, est intentionnelle par exemple la défense de notre patrie, ou la défense de la liberté, ou la défense du socialisme ou la défense de n'importe quelle cause

---

[119] A. Timoschenko, «Ecological Security: Global Change Paradigm?» (1990) *Columbia Journal of International Environmental Law and Policy*, p. 127.

[120] Timoschenko, *supra*.

[121] A. Gore, *Earth in the Balance: Ecology and the Human Spirit*, 1992, p. 295, cité dans Guruswamy, Palmer et Weston, *International Environmental Law and World Order*, 1994, p. 264.

> dans laquelle nous croyons. Ce n'est donc que parce que nous ne mesurons pas l'ampleur et la gravité du péril que nous nous comportons comme nous le faisons. Nous ne pouvons agir ainsi que si nous ne voyons pas bien où nous allons. Si nous prenions conscience de la dimension du danger et reconnaissions sans détour et sans réserve que tout emploi de l'arme nucléaire risque de provoquer un holocauste dont l'issue pourrait être la disparition de toute vie humaine, nous verrions alors l'annihilation comme une chose non seulement impensable mais infaisable[122].»

Les principes du droit de l'environnement ne tirent pas leur validité de dispositions de traités. Ils relèvent du droit international coutumier. Ils sont l'une des conditions *sine qua non* de la survie de l'humanité.

Qu'ils fassent partie intégrante du droit international coutumier, l'activité internationale en apporte la preuve concrète dans divers contextes. C'est ainsi que dans sa résolution 687 de 1991, le Conseil de sécurité a déclaré que l'Iraq était «responsable en vertu du droit international ... [des] atteintes à l'environnement» résultant de son invasion illicite du Koweit. Cette responsabilité ne découlait pas d'un traité car l'Iraq n'était partie ni à la Convention de 1977 sur la modification de l'environnement ni aux Protocoles additionnels de 1977 ni à aucun instrument traitant expressément de la question. La responsabilité de l'Iraq, affirmée par le Conseil de sécurité en termes si dépourvus d'ambiguïté, était manifestement une responsabilité fondée sur le droit international coutumier[123].

Les principes en question valent pour le temps de guerre comme pour le temps de paix car ils procèdent de devoirs généraux applicables dans les deux situations[124].

Le principe de base en la matière est énoncé au paragraphe 3 de l'article 35 du Protocole additionnel I qui interdit

> «d'utiliser des méthodes ou moyens de guerre qui sont conçus pour causer, ou dont on peut attendre qu'ils causeront, des dommages étendus, durables et graves à l'environnement naturel.»

L'article 55, quant à lui, interdit :

> «d'utiliser des méthodes ou des moyens de guerre conçus pour causer ou dont peut attendre qu'ils causent de tels dommages à l'environnement naturel, compromettant de ce fait la santé ou la survie de la population.»

La question n'est pas de savoir si l'on a voulu ou non viser les armes nucléaires. Il suffit de voir dans ces dispositions des énoncés de principes

---

[122] Jonathan Schell, *The Fate of the Earth*, 1982, p. 186.

[123] Une conclusion en ce sens a été formulée par les Îles Salomon au cours des audiences - Sands, CR 95/32, p. 71.

[124] Voir par exemple la manière dont sont rédigés le principe 21 de la Déclaration de Stockholm et le principe 2 de la Déclaration de Rio relatifs aux devoirs des États en matière de prévention des dommages à l'environnement d'autres États.

incontestés du droit international coutumier. Soutenir que les principes généraux ainsi énoncés ne sont pas assez explicites pour pouvoir être considérés comme applicables aux armes nucléaires ou que les armes nucléaires ont été délibérément passées sous silence et ne sont donc pas couvertes ou même qu'il était clairement entendu que les armes nucléaires n'entraient pas dans le champ des dispositions en cause, c'est mettre en relief l'incongruité d'une thèse qui reconnaît comme interdites les armes présentant une nocivité moindre pour l'environnement mais laisse intouché un moyen infiniment plus puissant de causer les dommages que le traité a pour but de prévenir.

Dès lors qu'existent des devoirs généraux découlant du droit international coutumier, il importe peu que les divers accords sur l'environnement contiennent ou non une mention expresse des armes nucléaires. Les mêmes principes s'appliquent que l'on soit en présence de hauts fourneaux qui émettent des fumées, de réacteurs présentant des fuites ou de bombes nucléaires. Du fait que hauts fourneaux et réacteurs ne sont pas nommément désignés dans les traités sur l'environnement, on ne saurait déduire qu'ils échappent à l'empire des normes et principes indiscutables et bien établis énoncés dans ces traités.

La question de l'applicabilité du droit de l'environnement dans le présent contexte peut aussi être abordée sous l'angle du principe du bon voisinage qui est à la fois implicitement et expressément reconnu par la Charte des Nations Unies. Ce principe est l'une des bases du droit international moderne, qui a vu la faillite d'un système où les États souverains pouvaient vaquer à leurs intérêts sans se préoccuper les uns des autres. Un ordre mondial dans lequel tous les États souverains sont tributaires du même environnement a pour corollaire une interdépendance mutuelle qui exige coopération et bon voisinage.

La Charte des Nations Unies parle du «principe général du bon voisinage dans le domaine social, économique et commercial, compte tenu des intérêts et de la prospérité du reste du monde» (Art. 74). Un choix qui peut conduire à la destruction de l'environnement planétaire sera fatal non seulement à l'environnement mais aussi aux intérêts dans le domaine social, économique et commercial qui dépendent étroitement de cet environnement. En reconnaissant expressément l'existence d'un devoir général de bon voisinage, la Charte fait de ce devoir un élément essentiel du droit international.

La Cour a, dès l'origine, appuyé ce principe en affirmant le devoir de tout État de ne pas permettre que son territoire soit sciemment utilisé pour des actes contraires aux droits des autres États (affaire du *Détroit de Corfou*, *CIJ Recueil 1949*, p. 22).

La question de la responsabilité des États à l'égard de l'environnement est analysée plus en détail dans mon opinion dissidente relative à la demande d'avis consultatif de l'OMS et cette analyse doit être considérée comme un complément à l'examen des problèmes d'environnement contenu dans la présente opinion. Comme l'indique l'opinion dissidente en question, le dommage causé à l'environnement par les armes nucléaires est la conséquence de la violation d'une obligation incombant à l'État, ce qui ajoute une dimension de plus à la question de l'illicéité de l'emploi ou de la menace d'emploi des armes nucléaires.

f) Droit relatif aux droits de l'homme[125]

La présente opinion évoque à la section III.6 l'influence qu'a eue le développement des droits de l'homme dans la période d'après-guerre sur les notions de «considérations d'humanité» et d'«exigences de la conscience publique».

Une analyse plus détaillée du contenu de la Déclaration universelle des droits de l'homme conduit à ranger parmi les droits de l'homme fondamentaux auxquels les armes nucléaires portent atteinte le droit à la vie (préambule et article premier), le droit de l'individu à la sûreté de sa personne (art. 3), le droit aux soins médicaux (art. 25, par. 1), le droit de se marier et de procréer (art. 16, par. 1), la protection de la maternité et de l'enfance (art. 25, par. 2) et le droit à la vie culturelle (art. 27, par. 1).

La doctrine établie en matière de droits de l'homme veut que certains droits ne soient susceptibles de dérogation en aucune circonstance. Parmi eux figure le droit à la vie, qui fait partie du noyau irréductible des droits de l'homme.

Le préambule de la Déclaration affirme que la reconnaissance de la dignité inhérente de tous les membres de la famille humaine constitue le fondement de la liberté, de la justice et de la paix dans le monde. Vient ensuite l'article premier qui déclare que «Tous les êtres humains naissent libres et égaux en dignité et en droits». L'article 6 dispose que chacun a droit à la reconnaissance en tous lieux de sa personnalité juridique. Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques précise ce droit et oblige les États à faire en sorte qu'il soit protégé par la loi. Le paragraphe 1 de l'article 6 est conçu comme suit : «Le droit à la vie est inhérent à la personne humaine. Ce droit doit être protégé par la loi.». Les États Parties au Pacte se sont expressément engagés à donner effet aux dispositions du Pacte.

La Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (1950, art. 2) et la Convention américaine des droits de l'homme (1969, art. 4) confirment également le droit à la vie. C'est l'un des droits qui ne sont pas susceptibles de dérogation et qui font partie du noyau irréductible des droits de l'homme.

On a soutenu que le droit à la vie n'est pas un droit absolu et que la privation de la vie à l'occasion d'hostilités armées est une exception nécessaire. Mais lorsqu'une arme peut tuer entre un million et un milliard de personnes, comme l'OMS l'a indiqué à la Cour, la vie humaine se trouve dévalorisée au point qu'il n'y a plus de dignité humaine au sens où on l'entend dans toutes les cultures. Un État qui adopte en quelque circonstance que ce soit un comportement aboutissant à ce résultat manque nécessairement au respect de l'éminente dignité de la personne humaine dont dépend la paix du monde et auquel sont tenus tous les États Membres des Nations Unies.

Je ne me réfère pas seulement ici à des dispositions de la Déclaration universelle des droits de l'homme ou d'autres instruments relatifs aux droits de l'homme. Je me réfère à un aspect fondamental du droit de la Charte dont le Préambule indique que les peuples des Nations Unies sont notamment résolus à

---

[125] Voir aussi la section III.6, *supra*.

«proclamer à nouveau [leur] foi dans les droits fondamentaux de l'homme, dans *la dignité et la valeur* de la personne humaine» (c'est moi qui souligne). Jamais au cours d'une longue histoire marquée par l'inhumanité de l'homme envers l'homme n'a été inventée une arme qui bafoue, comme le fait la bombe nucléaire, la dignité et la valeur de la personne humaine.

Il faut aussi mentionner le Commentaire général du Comité des droits de l'homme des Nations Unies intitulé «Le droit à la vie et les armes nucléaires»[126] qui souscrit à l'opinion de l'Assemblée générale que le droit à la vie est un élément particulièrement important d'une réflexion sur les bombes nucléaires[127]. Considérant que les armes nucléaires constituent l'une des plus graves menaces à la vie et au droit à la vie, le Comité a vu un tel conflit entre les armes nucléaires et le droit international qu'il a proposé de qualifier l'emploi de ces armes de crime contre l'humanité.

Tous ces droits de l'homme procèdent d'un droit cardinal — décrit par René Cassin comme «le droit des êtres humains à l'existence» (CR 95/32, p. 64; cf. aussi note 20). C'est sur cette base que le système des droits de l'homme dans toute sa complexité a été laborieusement construit par la communauté mondiale pendant la période d'après guerre.

Reconnaître la licéité, en quelque circonstance que ce soit, de l'emploi d'une arme qui peut faucher les vies par millions, ce serait détruire les fondations sur lesquelles repose un système qui représente l'une des réalisations juridiques les plus remarquables du 20e siècle. Ce système, bâti sur l'une des valeurs les plus essentielles et les plus dignes de respect que connaisse le droit, ne peut pas survivre sous une forme théorique — ce qui serait le cas si le droit international devait donner pareille licence aux États. Autant y renoncer purement et simplement.

11. L'*opinio juris*

On peut dire que l'*opinio juris* est en majeure partie d'avis que les armes nucléaires portent atteinte aux principes existants du droit humanitaire. L'*opinio juris* est une source importante du droit international et il est impossible de citer dans le cadre de la présente opinion toutes les autorités susceptibles d'être mentionnées. Je me bornerai à me référer à une résolution évoquée plus haut — la résolution adoptée par l'Institut de droit international en 1969 à sa session d'Edimbourg, à une époque où la doctrine s'intéressait beaucoup moins qu'aujourd'hui à la question des armes nucléaires et s'était en fait peu exprimée sur la question.

La conclusion de l'Institut (voir la section III. 10 *b)*, *supra*) suivant laquelle le droit international *en vigueur* interdit en particulier l'emploi de bombes dont l'effet destructeur «est trop grand pour pouvoir être limité à des objectifs militaires déterminés ou dont l'effet est incontrôlable ... ainsi que des armes aveugles»[128] a été adoptée par 60 voix contre une, avec deux

---

[126] Gen. C 14/23 reproduit dans M. Nowak, *United Nations Covenant on Civil and Political Rights*, 1983, p. 861.

[127] Résolution 38/75 de l'Assemblée générale intitulée «Condamnation de la guerre nucléaire», paragraphe 1 du dispositif.

[128] (1969) 53 *Annuaire de l'IDI*, Vol. II, p. 360, par. 7.

abstentions. Ont voté en faveur Charles de Visscher, Lord McNair, Roberto Ago, Suzanne Bastid, Erik Castrén, Sir Gerald Fitzmaurice, Wilfred Jenks, Sir Robert Jennings, Charles Rousseau, Grigory Tunkin, Sir Humphrey Waldock, José Maria Ruda, Oscar Schachter et Kotaro Tanaka, pour ne citer que quelques-uns des noms figurant dans une liste prestigieuse des plus éminents internationalistes de l'époque.

12. Le Protocole de Genève de 1925 sur les gaz asphyxiants

Abstraction faite des divers principes généraux qui ont été invoqués à ce point de la présente analyse, on peut s'appuyer sur une base conventionnelle pour soutenir que les armes nucléaires sont illicites — ce qui m'a amené à voter contre le paragraphe 2B du dispositif où il est déclaré que le droit international conventionnel ne comporte pas d'interdiction complète et universelle de la menace ou de l'emploi des armes nucléaires en tant que telles. Je songe en particulier au Protocole concernant la prohibition d'emploi à la guerre de gaz asphyxiants, toxiques ou similaires et de moyens bactériologiques, en date du 17 juin 1925 (communément désigné sous le nom de Protocole sur les gaz asphyxiants). La prohibition que contient cet instrument est formulée en termes si généraux qu'elle s'étend aux armes nucléaires, qui sont dès lors couvertes par un interdit conventionnel. De nombreux commentaires appuient cette façon de voir[129]. Au surplus, si les radiations sont toxiques, elles tombent sous le coup de la règle interdisant les armes toxiques contenue à l'article 23 a) du Règlement de La Haye, règle qui a été décrite comme énonçant «la prohibition spécifique la plus solidement établie qui existe dans le domaine des armes et instruments de guerre»[130] et qui est admise depuis des temps immémoriaux dans bon nombre de cultures.

Le Protocole de Genève sur les gaz asphyxiants est rédigé en termes très généraux. Il interdit l'emploi à la guerre de gaz asphyxiants, *toxiques* ou similaires «ainsi que de tous liquides, *matières* ou *procédés* analogues» (c'est moi qui souligne).

Pour que ce Protocole soit applicable aux armes nucléaires, il faut établir :

1) que les radiations sont *toxiques*; et
2) qu'elles mettent une *matière* en contact avec le corps humain.

Moyennant d'établir ces deux points, on pourrait conclure que les effets nocifs des radiations sur le corps humain sont couvertes par les termes du Protocole.

---

[129] Voir Burns H. Weston, op. cit., p. 241; E. Castrén, *The Present Law of War and Neutrality*, 1954, p. 207; G. Schwarzenberger, *The Legality of Nuclear Weapons*, 1958, p. 37-38; N. Singh, *Nuclear Weapons and International Law*, 1959, p. 162-166; Falk, Meyrowitz et Sanderson, «Nuclear Weapons and International Law» (1980) 20 *Indian Journal of International Law*, p. 563; Julius Stone, *Legal Controls of International Conflict*, 1954, p. 556; Spaight, *Air Power and War Rights*, 3e éd., 1947, p. 275-276; H. Lauterpacht (éd.) dans *Oppenheim's International Law*, Vol. 2, 7e éd., 1952, p. 348.

[130] Singh et McWhinney, op. cit., p. 120.

i) Les radiations sont-elles toxiques?

Un produit toxique ou poison est généralement défini comme une substance capable, par elle-même, de nuire à la santé par contact avec le corps ou par absorption[131]. La description des effets des radiations figurant *supra*, à la section II.3 *e)*, montre clairement que les radiations ont pour effet de détruire la vie ou de dérégler les fonctions des organes et des tissus.

Schwarzenberger souligne qu'à partir d'une certaine dose, l'irradiation du corps s'accompagne de symptômes en tous points identiques à ceux que provoquent les produits toxiques[132].

Dès lors que les radiations radioactives sont toxiques, elles sont également couvertes par l'interdiction du poison contenue dans le Règlement de La Haye dont il a déjà été question. Elles agissent en réalité de manière plus insidieuse que les gaz toxiques car elles provoquent des désordres génétiques qui durent des générations.

Les pays membres de l'OTAN ont eux-mêmes reconnu que les armes nucléaires sont une source d'empoisonnement car, à l'occasion de l'adhésion de la République fédérale d'Allemagne au Traité de l'Atlantique Nord, ils ont, dans l'Annexe II au Protocole sur le contrôle des armes relatif aux accords de Paris du 23 octobre 1954, défini une arme nucléaire comme étant toute arme :

> «conçue pour contenir ou utiliser un combustible nucléaire ou des isotopes radio-actifs et qui, par explosion ou autre transformation nucléaire non contrôlée ... est capable de destruction massive, dommages généralisés ou *empoisonnements massifs*» (c'est moi qui souligne).

ii) *Les radiations mettent-elles des «matières» en contact avec le corps humain?*

Les définitions déjà citées emploient le terme «substance». Le Protocole de Genève sur les gaz asphyxiants parle de «matières» ayant des propriétés

---

[131] Le *McGraw-Hill Dictionary of Scientific and Technical Terms* contient la définition suivante : «Toute substance capable à doses relativement faibles de détruire la vie ou de dérégler gravement les fonctions des organes et des tissus» (2e éd., 1978, p. 1237). La définition de l'*Oxford English Dictionary* se lit : «Toute substance qui, introduite dans un organisme vivant ou absorbée par un tel organisme, détruit la vie ou altère la santé, sans l'intervention de moyens mécaniques ou de modifications thermiques directes. Le terme s'emploie notamment pour désigner une substance capable de détruire la vie rapidement et à faibles doses...

Dans l'usage scientifique toutefois, on parle aussi d''intoxication lente' pour désigner l'effet cumulatif d'une drogue ou d'un agent nuisible pris pendant un certain temps.» (Vol. XII, p. 2, édition de 1989)

[132] The *Legality of Nuclear Weapons*, 1958, p. 35. L'auteur remarque, non sans férocité, que les radiations «tuent ou nuisent gravement à la santé dans des conditions, aurait dit Gentili, plus dignes de démons que d'êtres humains civilisés». Gentili a en effet écrit que bien que la guerre soit une lutte entre êtres humains, l'emploi de moyens tels que le poison en fait une lutte de démons (*De Jure Belli Libri Tres* (1612), Livre II, Ch. VI, p. 161, trad. J. C. Rolfe [dont la traduction anglaise a servi de base de la version française ci-dessus]).

toxiques. Il faut donc déterminer si une radiation est une «substance» ou une «matière» ou simplement un rayon comparable à un rayon de lumière qui, lorsqu'il touche un objet, ne met pas nécessairement une substance ou une «matière» en contact avec cet objet. Dans le premier cas, les conditions requises pour que le Protocole de Genève soit applicable seraient remplies.

La définition que donne le *Shorter Oxford Dictionary* du terme «radioactif» est la suivante : «capable (comme le radium) d'émettre spontanément des rayons composés de *particules matérielles* se déplaçant à très grande vitesse»[133].

Les scientifiques[134] font une distinction entre le spectre des radiations électromagnétiques ayant une masse zéro à l'état stationnaire (théorique) (ondes radioélectriques, micro-ondes, rayons infrarouges, lumière visible, rayons ultraviolets, rayons X et rayons gamma) et les radiations qui font intervenir des particules ayant une masse (électrons, protons et neutrons) et qui naissent du déplacement à très grande vitesse des particules en question.

Les radiations ionisantes émises par les armes nucléaires appartiennent au deuxième type. Elles consistent notamment en une émission d'un flux de particules[135] qui entrent en contact avec le corps humain et altèrent les tissus. En d'autres termes, c'est une substance matérielle qui a un effet pernicieux sur le corps et une telle substance entre nécessairement dans le champ de l'interdiction des armes toxiques édictée par le Protocole de Genève sur les gaz asphyxiants.

Il est donc indiscutable que les radiations sont une matière. Comme le dit Schwarzenberger :

> «La formule 'tous liquides, matières ou procédés analogues' est conçue en termes si larges qu'elle englobe toutes les armes 'analogues' qu'elles fassent ou non partie de l'arsenal des armes connues ou utilisées à l'époque de la signature du Protocole. Si les radiations et les retombées provoquées par les armes nucléaires peuvent être considérées comme provoquant des empoisonnements, elles peuvent être assimilées à un gaz toxique...[136]».

Les spécialistes se sont demandé si la matière émise devait être une matière gazeuse, vu que la disposition considérée vise les «matières» analogues aux gaz. On notera à cet égard que le libellé n'exige pas que la toxicité provienne d'un gaz puisqu'il englobe les «liquides, matières» et jusqu'aux «procédés analogues». Mais même si l'on s'en tient aux *gaz*, la terminologie militaire n'a, de toute évidence, jamais fait, pour ce qui est des gaz, de distinction stricte entre l'état solide, l'état liquide et l'état

---

[133] 3e éd., 1987, vol. II, p. 1738.

[134] Voir *Encyclopaedia Britannica Macropaedia*, Vol. 26, p. 471 *et seq.*, au mot «*Radiation*».

[135] Le *McGraw-Hill Dictionary of Physics and Mathematics* (1978, p. 800) définit la radiation comme «une émission de particules ... ou de photons à haute énergie ou d'une combinaison des deux».

[136] Op. cit., p. 38.

gazeux. Comme le soulignent Singh et McWhinney, l'ypérite est, en fait, d'un point de vue strictement scientifique, un liquide alors que le chlore est un gaz mais dans la terminologie militaire, l'un et l'autre entrent dans la catégorie des gaz[137].

Que les armes nucléaires soient couvertes par le Protocole de Genève sur les gaz asphyxiants nous paraît donc irréfutable. Qui plus est, si les radiations radioactives sont effectivement toxiques, leur prohibition relèverait d'un interdit du droit coutumier universel et s'appliquerait à tout État, qu'il soit ou non partie au Protocole de Genève de 1925[138].

Un élément supplémentaire qui milite en faveur de l'applicabilité du Protocole de Genève sur les gaz asphyxiants est que le mot «procédés» couvre probablement les bombes nucléaires, ce qui rend oiseuse la question de savoir si les radiations entrent dans la catégorie des «matières analogues».

Les armes nucléaires, puisqu'elles étaient inconnues à l'époque où les documents à l'examen ont été élaborés, ne pouvaient pas être nommément désignées mais elles sont couvertes par la lettre et par l'esprit du Protocole et du Règlement de La Haye.

Les États-Unis ont fait valoir que :

> «Cette interdiction n'était pas censée s'appliquer et n'a pas été appliquée aux armes conçues pour tuer ou blesser par d'autres moyens, quand bien même elles généreraient des sous-produits asphyxiants ou toxiques.» (Exposé écrit, p. 25)

Si les radiations sont en fait l'un des principaux sous-produits générés par une arme nucléaire — et c'est effectivement ce qu'elles sont — il est difficile de voir sur la base de quel principe ressortissant à la science juridique on peut prétendre qu'elles ne font pas partie des conséquences naturelles et prévisibles de l'utilisation de l'arme. Ces «sous-produits» sont parfois désignés sous le nom de dommages collatéraux mais de quelque manière qu'on les désigne, ils constituent l'une des principales conséquences de la bombe et sont trop bien connus pour pouvoir être considérés en droit comme non intentionnels.

Au surplus, la thèse considérée fait intervenir l'argument juridiquement inacceptable que si un acte comporte des conséquences licites et des conséquences illicites, les premières justifient ou excusent les secondes.

13. L'article 23 *a)* du Règlement de La Haye

L'analyse qui précède démontre que les radiations sont toxiques et relèvent donc de la catégorie des poisons. Poursuivant le raisonnement, on est amené à la conclusion que l'emploi des armes nucléaires aboutit également à une violation manifeste de l'article 23 *a)* du Règlement de La Haye qui formule

---

[137] Op. cit., p. 126.

[138] Voir, en ce sens, Schwarzenberger, op. cit., p. 37-38, à propos des armes chimiques et bactériologiques.

sans ambiguïté l'interdiction qu'il énonce[139]. Ce point n'appelle pas de longs développements car il est bien établi que l'interdiction catégorique du poison qui y est contenue est une des lois de la guerre les plus anciennes et les plus largement reconnues. Puisque «la pratique universellement acceptée des nations civilisées est de considérer le poison comme interdit», la prohibition contenue à l'article 23 *a)* du Règlement de La Haye a été considérée comme obligatoire même pour les États qui ne sont pas parties à cet instrument conventionnel.

> «Ainsi donc, abstraction faite du droit purement conventionnel, la coutume telle qu'elle se reflète dans les principes généraux du droit interdirait également l'emploi à la guerre de substances toxiques, parce que barbare, inhumain et indigne d'une nation civilisée et, par surcroît, empreint de perfidie[140].»

IV. LÉGITIME DÉFENSE

C'est probablement la légitime défense qui soulève les problèmes les plus délicats dans la présente affaire. La deuxième phrase du paragraphe 2E du dispositif indique qu'au vu de l'état actuel du droit international ainsi que des éléments de fait dont elle dispose, la Cour ne peut conclure de façon définitive que la menace ou l'emploi d'armes nucléaires serait licite ou illicite dans une circonstance extrême de légitime défense dans laquelle la survie même d'un État serait en cause. J'ai voté contre cette phrase parce que je ne considère comme licites en aucune circonstance la menace d'emploi ou l'emploi d'armes nucléaires qui sont l'une et l'autre contraires aux principes fondamentaux du *jus in bello*. Cette conclusion est claire et découle inéluctablement de principes bien établis du droit international.

Si une nation est attaquée, elle a sans aucun doute le droit, reconnu par la Charte des Nations Unies, de se défendre. Elle entre alors dans le domaine du *jus in bello*, régi par les principes du droit humanitaire qui s'appliquent dans le cadre de la légitime défense comme dans le cadre de n'importe quelle opération militaire. Il nous faut donc déterminer quels principes du *jus in bello* régissent l'emploi des armes nucléaires en état de légitime défense.

Le premier point à relever est qu'il y a une différence entre employer la force en état de légitime défense (ce qui est un droit incontestable) et employer des *armes nucléaires* en état de légitime défense. L'autorisation donnée par le droit international pour le premier cas ne vaut pas pour le second, qui est, au demeurant, régi par d'autres principes.

Les sept principes du droit humanitaire examinés dans la présente opinion s'appliquent à l'emploi des armes nucléaires aussi bien en état de légitime défense que dans le cadre de n'importe quelle autre opération de guerre. Les principes touchant les maux superflus, la proportionnalité, la discrimination, les États non belligérants, le génocide, les dommages à l'environnement et les droits de l'homme seraient tous violés, que l'hypothèse soit celle de la légitime défense ou celle d'une agression pure et simple. Le *jus in bello*

---

[139] Voir Singh et McWhinney, op. cit., p. 127 et 121.

[140] Singh et McWhinney, ibid., p. 121.

couvre tous les emplois de la force quels qu'en soient les motifs. Toute exception serait contraire à l'essence même de ses principes.

L'État initialement attaqué userait vraisemblablement, en riposte, des mêmes moyens. En présence des dévastations causées par la première attaque, surtout s'il s'agit d'une attaque nucléaire, la tentation sera grande de recourir à n'importe quel engin nucléaire disponible.

Robert McNamara écrit ce qui suit à propos de la réaction à une première frappe :

> «Mais en pareilles circonstances, les dirigeants de part et d'autre seraient irrésistiblement poussés à venger leur pays des pertes subies et à assurer la préservation des intérêts en cause. Et chacun craindrait que l'adversaire ne se prépare à lancer une attaque de plus grande envergure. Ils seraient par surcroît mal informés, du fait des perturbations causées dans les réseaux de communication par la conflagration (ou même par des frappes directes). Dès lors, il est infiniment probable que, plutôt que de se rendre, chacun des adversaires surenchérirait, dans l'espoir d'arrêter le combat en amenant l'autre à capituler[141].»

Une telle réaction précipiterait la catastrophe globale car une contre-réaction serait à prévoir et pourrait même être automatiquement déclenchée.

Il faut redire ici qu'un État qui est attaqué a indubitablement le droit d'employer toutes les armes dont il dispose pour repousser l'adversaire. Mais ce principe s'entend *sous réserve que les armes en question soient conformes aux règles fondamentales de la guerre*. C'est seulement dans ces limites et dans le but exclusif de repousser l'ennemi que l'État attaqué peut déchaîner tout son potentiel militaire contre l'agresseur. Il y a là un point incontestable et nul n'a jamais soutenu, à quelque tribune ou dans quelqu'ouvrage de doctrine que ce soit, qu'une nation contre laquelle seraient utilisées, par exemple, des armes chimiques ou biologiques serait en droit d'utiliser le même type d'armes dans l'exercice du droit de légitime défense ou d'anéantir la population de l'agresseur. Il est surprenant que d'aucuns voient dans la plus dévastatrice des armes de destruction massive la seule exception à apporter à une conclusion dictée par les principes les plus élémentaires du droit humanitaire.

Cela dit, nous passerons maintenant brièvement en revue les divers principes du droit humanitaire qui pourraient être violés par un pays en état de légitime défense.

1. Maux superflus

Les atroces souffrances causées par les armes nucléaires, qui ont été décrites plus haut dans la présente opinion, ne résultent pas seulement de l'emploi de ces armes à des fins agressives. Les séquelles des radiations sont tout aussi douloureuses, que l'arme ait été utilisée en état de légitime défense ou non.

---

[141] McNamara, op. cit., p. 71-72.

2. Proportionnalité/erreur

Le principe de la proportionnalité peut à première vue paraître respecté en cas de riposte nucléaire à une attaque nucléaire. Mais à y regarder de plus près, il est, en pareil cas, violé à maints égards. Comme l'a souligné la France :

> «L'évaluation de la nécessité et de la proportionnalité des mesures de riposte à l'agression dépend de la nature de l'agression, de son ampleur, du risque qu'elle fait courir et de l'adaptation de ces mesures au but défensif recherché.» (CR 95/23, p. 82-83)

C'est justement pour cela qu'il est impossible de déterminer avec précision en quoi consiste une riposte appropriée et non disproportionnée de la part d'une nation victime d'une frappe nucléaire[142]. S'agissant de la riposte nucléaire à une attaque nucléaire, on peut craindre, comme je l'ai déjà souligné, qu'une riposte nucléaire totale n'ouvre la voie à tous les scénarios apocalyptiques décrits avec tant de puissance d'évocation dans les ouvrages consacrés à la question.

Par surcroît, un facteur d'appréciation entre en jeu : il faut déterminer l'intensité de l'attaque et doser la riposte. Mais on ne peut mesurer que ce qui est mesurable. Dans le cas de la guerre nucléaire, rien n'est plus mesurable. Il n'y a pas d'étalon pour la dévastation totale. Nous entrons dans un domaine où le principe de proportionnalité n'a plus de sens.

On ne doit pas non plus méconnaître, dans le présent contexte, le risque d'une erreur humaine. Une riposte nucléaire à une attaque nucléaire, si bien planifiée soit-elle, ne peut pas, dans la confusion du moment, être subtilement dosée en fonction de la puissance des armes de l'attaquant. Même dans le climat comparativement plus détendu et plus serein du temps de paix, l'erreur est possible et peut aller jusqu'à déclencher une attaque nucléaire involontaire. C'est ce qui ressort des études sur la guerre nucléaire involontaire[143]. Le risque d'accident serait infiniment plus grand dans le contexte stressant d'une riposte à une attaque nucléaire.

Selon le *Bulletin of the Atomic Scientists* :

> «Les plus hauts échelons du pouvoir et les sources de renseignements auxquelles ils s'alimentent font appel à des ordinateurs et à d'autres types de matériel qui sont de plus en plus complexes et, par conséquent, de plus en plus vulnérables. Un certain nombre de cas ont été signalés où le dysfonctionnement de la machine ou de l'esprit humain ou des deux aurait pu, s'il n'avait été immédiatement détecté, aboutir à une guerre nucléaire involontaire[144].»

---

[142] Sur ce point, voir la section II.3 *n)*, *supra*, et la section VII.6, *infra*.

[143] Par exemple, *Risks of Unintentional Nuclear War*, Institut des Nations Unies pour la recherche sur le désarmement (UNIDIR), 1982.

[144] Juin 1982, Vol. 38, p. 68.

Le résultat serait une guerre nucléaire totale.

Là encore, on peut invoquer le témoignage d'hommes d'État ayant une solide expérience en matière de politique étrangère et de politique militaire, qui confirment qu'une guerre nucléaire totale est le résultat auquel on peut s'attendre. Robert McNamara écrit :

> «Comme d'autres qui ont étudié la question, j'ai peine à concevoir que les guerres nucléaires 'limitées' puissent rester limitées — il est hautement probable qu'une décision d'utiliser des armes nucléaires aurait les mêmes conséquences catastrophiques qu'un échange nucléaire total[145].»

L'ancien Secrétaire d'État Henry Kissinger prend position dans le même sens :

> «La guerre limitée ne suppose pas seulement des forces militaires et des doctrines appropriées. Elle exige en outre, de la part des dirigeants politiques, beaucoup de discipline et de subtilité et, de la part de la société, une grande confiance dans ses dirigeants. Car la guerre limitée est sur le plan psychologique beaucoup plus complexe à mener que la guerre totale ... Une guerre totale a toute chance de résulter d'une décision si précipitée — à supposer qu'on puisse parler de décision dans ce contexte — et de s'accompagner de souffrances d'une telle ampleur qu'il n'y aura pas place pour des discussions sur les nuances de la politique[146].»

Plus loin, il écrit :

> «La guerre nucléaire limitée n'est pas seulement, dans cette logique, impossible, elle est aussi inappropriée. Et d'abord, elle causerait, dans la zone des combats, des dévastations comparables par leur importance à celles qu'engendrerait une guerre thermonucléaire. Nous détruirions donc ceux-là mêmes que nous cherchons à protéger[147].»

Ce n'est donc pas de l'extravagance que d'anticiper, en cas d'emploi d'armes nucléaires en état de légitime défense, un échange nucléaire total. Il y a là un risque totalement inacceptable au regard du droit humanitaire, un risque dont aucun ordre juridique ne saurait s'accommoder.

3. Discrimination

Comme on l'a déjà souligné dans la présente opinion, les armes nucléaires font fi du principe de la discrimination entre forces armées et populations civiles. Sans doute la même remarque vaut-elle pour d'autres armes mais l'arme nucléaire a, outre son effet radioactif, un effet thermique et un effet de souffle tels qu'elle se place dans une catégorie à part. En présence d'armes

---

[145] Op. cit, p. 72.

[146] Henry Kissinger, *Nuclear Weapons and Foreign Policy*, 1957, p. 167.

[147] Ibid., p. 175.

qui font des centaines de milliers sinon des millions de victimes, le principe de discrimination perd toute pertinence juridique.

4. États non belligérants

C'est ici qu'apparaît l'une des principales objections à l'emploi des armes nucléaires en état de légitime défense.

La légitime défense ne peut être considérée comme relevant exclusivement de la compétence des États intéressés que pour autant qu'elle ne cause pas à coup sûr de dommages aux États non belligérants. Si une stratégie de légitime défense a un tel effet, la question sort du cadre de la compétence exclusive. Il est concevable qu'un acte de légitime défense cause des dommages accidentels et involontaires à un État tiers. Cela est dans l'ordre des choses et peut effectivement arriver mais ce n'est pas de cela que nous parlons ici.

5. Génocide

Le problème du génocide a déjà été analysé[148]. La légitime défense qui, comme on l'a vu à propos de la proportionnalité, a toute chance d'aboutir à une guerre nucléaire totale risque, plus encore que la frappe initiale, de conduire au génocide. Si le fait de tuer entre un million et un milliard d'individus n'entre pas dans le champ de la définition du génocide, on se demande ce que parler veut dire.

Aucune nation ne peut se voir reconnaître le droit de détruire la civilisation pour défendre ses intérêts nationaux.

6. Dommages à l'environnement

Ici interviennent des considérations analogues à celles qui ont été exposées à propos du génocide. La contamination de l'environnement dans un vaste rayon peut conduire à l'hiver nucléaire et à la destruction de l'écosystème. Ces effets se produiront que les armes nucléaires qui les provoquent soient utilisées en état de légitime défense ou à l'occasion d'une agression.

Le droit international de l'environnement, en tant qu'il concerne les armes nucléaires, est analysé plus en détail dans mon opinion dissidente touchant la demande d'avis consultatif de l'Organisation mondiale de la santé et ce qui est dit dans cette opinion doit être considéré comme un complément aux développements qui précèdent.

7. Droits de l'homme

Toutes les atteintes aux droits de l'homme mentionnées plus haut dans la présente opinion résulteraient aussi bien de l'emploi de la bombe en état de légitime défense que de son utilisation à des fins d'agression.

* * *

[148] Voir la section III.10 *d)*, *supra*.

Les principes humanitaires que l'on vient d'examiner ont depuis longtemps dépassé le stade de la simple aspiration philosophique. Intégrés au droit vivant, ils représentent le couronnement juridique d'une lutte persévérante pour contenir dans certaines limites la brutalité de la guerre à outrance. Ils énoncent les règles de base du comportement militaire de l'époque actuelle et ont été forgés par la communauté des nations en réponse aux souffrances infligées à des dizaines de millions d'êtres humains au cours de deux cataclysmes planétaires et de nombreuses guerres de moindre ampleur. Comme tous les principes juridiques, ils s'appliquent à l'ensemble des nations, grandes et petites.

Il semble difficile, compte tenu de l'impératif de cohérence auquel doit satisfaire tout système juridique pour être crédible, d'envisager que l'arme nucléaire puisse être écartée du champ de cet ensemble de principes chèrement acquis et qu'un agent de destruction sans équivalent ait ainsi licence de causer à une échelle bien plus grande les maux que les principes en question avaient mission de prévenir.

* * *

Trois autres aspects de l'argumentation présentée à la Cour à propos de la légitime défense seront maintenant brièvement évoqués.

Le Royaume-Uni (Exposé écrit, par. 3.40) a tiré argument d'une opinion exprimée par le Juge Ago dans l'additif à son huitième rapport sur la responsabilité des États, suivant laquelle :

> «Il se peut très bien que l'action requise pour stopper et rejeter l'agression doive prendre des proportions qui ne correspondent pas à celles de l'agression subie. Ce qui compte à ce sujet est le résultat à atteindre par l'action 'défensive', non pas les formes, la substance et l'intensité de l'action elle-même[149].»

Ago souligne ici que l'action défensive doit être en rapport avec son objet qui est d'arrêter et de repousser l'attaque. Comme il l'écrit dans le même paragraphe :

> «L'exigence dite de la *proportionnalité* de l'action commise en état de légitime défense a trait ... au rapport entre cette action et le but qu'elle se propose d'atteindre, à savoir ... d'arrêter et repousser l'agression.» (C'est moi qui souligne.)

Le but est d'arrêter et de repousser l'agression, non d'exterminer l'agresseur ou de faire subir un génocide à sa population. La référence aux formes, à la substance et à l'intensité de l'action est expressément liée par l'auteur au résultat à atteindre et ne peut être interprétée comme faisant table rase de toutes les autres prescriptions humanitaires, par exemple celles qui ont trait aux dommages aux États neutres, aux maux superflus ou à la discrimination. Un juriste aussi éminent ne saurait se voir attribuer l'intention de récuser les exigences classiques et irréductibles du *jus in bello* — exigences au demeurant approuvées à la quasi-unanimité par l'Institut

---

[149] *Annuaire de la Commission du droit international*, 1980, vol. II, première partie, p. 67, par. 121.

de droit international qu'il devait présider par la suite avec tant de talent. C'est par 60 voix contre une, avec deux abstentions, que la session d'Edimbourg de 1969 a adopté la résolution[150] interdisant les armes qui frappent sans distinction objectifs militaires et objets non militaires, forces armées et populations civiles, ainsi que les armes destinées à semer la terreur dans la population civile. Ago lui-même a voté dans le sens de la majorité.

Le deuxième point qui appelle un commentaire est l'argument suivant lequel la résolution 984 (1995) du Conseil de sécurité (Exposé écrit du Royaume-Uni, par. 3.42 et Annexe D) conforte en quelque sorte l'idée que l'emploi des armes nucléaires en riposte à une agression armée ne doit pas nécessairement être considérée comme illicite.

Si on lit attentivement la résolution en question, on voit qu'elle donne aux États non dotés d'armes nucléaires l'assurance que le Conseil de sécurité et les États dotés d'armes nucléaires prendraient immédiatement des mesures, au cas où un État non doté d'armes nucléaires serait victime d'un acte d'agression impliquant l'emploi d'armes nucléaires. La résolution *est entièrement muette* sur le type de mesures à prendre pour protéger la victime. S'il avait voulu traiter de cette question et déclarer licite l'emploi des armes nucléaires dans les circonstances indiquées, le Conseil de sécurité avait là une occasion idéale de le faire.

Pour en terminer avec cet aspect, il convient de souligner que la Cour est l'autorité suprême sur les problèmes de licéité et que, même si le Conseil de sécurité avait expressément approuvé l'emploi des armes nucléaires, il ne serait pas pour autant interdit à la Cour de formuler ses conclusions propres sur la question.

Le troisième point à signaler est que l'argumentation des adversaires de l'illicéité tend largement à estomper la distinction entre le *jus ad bellum* et le *jus in bello*. Le recours à la force peut être légitime ou illégitime (question qui relève du *jus ad bellum*) mais, une fois qu'il y a emploi de la force, le droit qui s'applique est le *jus in bello*. Le droit humanitaire de la guerre prend le relais et régit tous les participants, l'assaillant comme la victime. La thèse présentée à la Cour semble procéder de l'idée que, lorsqu'on est dans le cadre de l'exception au non-recours à la force que constitue la légitime défense, il n'y a pas place pour l'application du *jus in bello*. Cette idée est juridiquement fausse et logiquement indéfendable. La vérité est, bien entendu, que le *jus ad bellum* ne fait qu'ouvrir la porte à l'emploi de la force (en cas de légitime défense ou par décision du Conseil de sécurité) et que quiconque franchit cette porte doit se conformer au *jus in bello*. Prétendre que la licéité de l'emploi de la force justifie la méconnaissance du droit humanitaire est totalement aberrant.

* * *

En résumé donc, il n'y a pas, à l'illicéité de l'emploi des armes nucléaires, d'exception autorisant le recours à ces armes en état de légitime défense.

---

[150] Déjà mentionnée à la section III.11, *supra*.

La légitime défense collective soulève des problèmes analogues à ceux qui viennent d'être examinés.

La légitime défense préventive — c'est-à-dire le recours à la force par anticipation, avant que l'adversaire n'ait effectivement attaqué — ne peut pas, juridiquement parlant, prendre la forme d'une frappe nucléaire puisqu'une première frappe nucléaire serait à l'évidence interdite par les principes de base déjà mentionnés. Les armes non nucléaires pourraient sans doute être utilisées dans ce contexte du fait des progrès de la technique moderne et des systèmes de ciblage perfectionnés qui ont maintenant été mis au point.

V. QUELQUES CONSIDÉRATIONS GÉNÉRALES

1. Deux visions philosophiques

La présente opinion avance une foule de raisons à l'appui de la conclusion selon laquelle le recours aux armes nucléaires à quelque fin que ce soit pourrait conduire à la destruction de la société humaine, sinon de l'humanité elle-même.

Deux visions philosophiques seront présentées ici, fondées, l'une sur la raison, et l'autre, sur la justice.

Selon la première, tous les postulats du droit présupposent, tant pour ce qui est de la contribution qu'ils peuvent apporter que du cadre dans lequel ils jouent, que la société qu'ils ont mission de servir a un avenir. Une règle de droit ou un système juridique qui ne repose pas sur cette prémisse ne peut prétendre à aucune légitimité, si séduisant que puisse être le raisonnement juridique qui l'étaye. Ce n'est pas seulement telle ou telle règle particulière qui est affectée par le défaut de légitimité, c'est le système juridique tout entier qui est ébranlé dans ses bases car les systèmes juridiques sont faits pour une société qui dure. Étant une émanation de la société, ils s'effondrent avec la société qui leur sert de cadre. Cette idée, qui est au coeur même de la notion de droit, est parfois perdue de vue dans les débats sur l'arme nucléaire.

Sans vouloir aller au fond des doctrines philosophiques sur la nature du droit, on évoquera brièvement, aux fins de la présente analyse, les thèses avancées au sujet de la justice à l'époque contemporaine par deux éminents penseurs, H. L. A. Hart et John Rawls.

Hart, l'un des principaux représentants de l'école positiviste a, dans un célèbre exposé du contenu minimum du droit naturel, donné du principe visé plus haut la formulation lapidaire que voici :

> «Nous l'acceptons comme un présupposé requis par la nature de la discussion; ce qui nous intéresse, c'est un ordonnancement social projeté dans la durée, pas celui d'un *club du suicide*[151].»

Il explique que :

---

[151] H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, 1961, p. 188 (c'est moi qui souligne).

> «il y a des règles de comportement auxquelles toute organisation sociale doit faire place pour être viable. Ces règles constituent en fait le dénominateur commun du droit et de la morale conventionnelle de toutes les sociétés qui ont atteint un point assez avancé pour distinguer entre ces deux formes différentes de contrôle social[152].»

Le droit international est indubitablement une forme de contrôle social mis en place et accepté par les membres de la société internationale — les États nations.

Hart poursuit :

> «Les principes de conduite universellement reconnus qui trouvent leur fondement dans des vérités élémentaires concernant les êtres humains, leur environnement et leurs buts peuvent être considérés comme définissant le *contenu minimum* du droit naturel, par opposition aux définitions plus ambitieuses et plus hasardeuses que l'on a souvent voulu donner de la notion[153].»

Ainsi se trouve défini un minimum accepté par l'école positiviste, qui met en cause certaines des approches plus littérales d'autres écoles. On en revient au dénominateur commun auquel tous les systèmes juridiques doivent se conformer.

Pour prendre les choses sous un autre angle, les membres de la société internationale se sont, au cours des trois derniers siècles, attachés à formuler un ensemble de règles et de principes destinés à régir cette société — ce que nous désignons sous le nom de droit international. Il leur faut maintenant se demander s'il y a place dans ce contexte pour une règle en vertu de laquelle il serait licite, pour une raison ou une autre, d'éliminer des membres de la société ou, d'ailleurs, la société elle-même. La société internationale, censée être régie par une telle règle, pourrait-elle être réputée y avoir souscrit — qu'elle se réclame du positivisme, du droit naturel ou de n'importe quelle autre philosophie? La société internationale est-elle, pour reprendre l'expression de Hart, un «club du suicide»?

Ce problème n'a pas échappé à la sagacité de juristes de pays non dotés d'armes nucléaires qui sont conscients qu'en cas de conflit entre d'autres États, leur pays pourrait, bien que non belligérant, subir la dévastation nucléaire résultant du conflit. Est-il possible que le droit international, qui est censé être un système juridique applicable à l'ensemble de la société internationale, donne droit de cité à des principes qui permettent la destruction de membres de cette société?

> «Aucun système juridique ne peut conférer à l'un quelconque de ses membres le droit d'anéantir la société dont il est l'émanation et dont il vise à réglementer le fonctionnement. En d'autres termes, il ne peut pas y avoir de règles *juridiques* qui *autorisent* la menace d'emploi ou l'emploi d'armes nucléaires. En fin de compte, les armes nucléaires sont une réalité sans précédent qui exige un effort de

---

[152] Ibid.

[153] Ibid., p. 189; c'est moi qui souligne.

> réflexion sur la finalité du droit international traditionnel. Un tel effort de réflexion révélerait que la question n'est pas de savoir s'il y a une interprétation du droit de la guerre en vigueur qui interdit la menace d'emploi ou l'emploi des armes nucléaires et une autre qui le permet. Elle est de savoir s'il y a place pour une telle interrogation dans le monde juridique. Le droit ne peut simplement pas se saisir du problème parce qu'il ne saurait tolérer une interprétation qui nie son existence même. Le but du droit est d'instituer un ordre rationnel axé sur la survie alors que les armes nucléaires interdisent tout espoir d'atteindre ce but. En ce sens, les armes nucléaires sont illégitimes par définition[154].»

L'idée avancée par Hart que l'activité humaine est avant tout axée sur la survie se retrouve chez un ancien Président de la Cour, Nagendra Singh, qui écrit dans une étude sur les armes nucléaires qui a ouvert la voie à beaucoup d'autres :

> «Ce serait de l'impudence, de la part d'une nation isolée, de soutenir que, pour sauver l'humanité de l'esclavage, il a paru nécessaire de la détruire ... Aucune nation n'est investie du droit d'anéantir une autre nation ou même de détruire des terres et leurs habitants sur des milliers de kilomètres dans le vain espoir qu'une humanité débilitée et déchirée — résultat inévitable de la guerre nucléaire — serait préférable au sacrifice de la dignité humaine, fruit hypothétique de l'emploi ou du non-emploi des armes nucléaires[155].»

Nagendra Singh a dans le même ouvrage exprimé l'avis que «le recours à de telles armes est incompatible non seulement avec le droit de la guerre mais avec le droit international lui-même» (p. 17).

La seconde des deux thèses annoncées plus haut fait intervenir l'idée de la «vitre opaque» avancée par Rawls dans sa célèbre étude de la justice vue dans ses rapports avec l'équité[156].

Aux fins de la mise en place d'un système juridique «vivable», l'auteur propose que, pour déterminer si un système est équitable, on se demande si ceux auxquels il est destiné seraient prêts à l'accepter derrière une vitre opaque sans savoir quelle sera leur place dans le système.

Une nation ayant à choisir un système de droit international et ne sachant pas si elle tombera ou non du côté des nations dotées d'armes nucléaires ne serait guère encline à se rallier à un système qui comporterait une règle déclarant licite l'emploi par d'autres nations d'une arme capable de l'anéantir, surtout si le droit de posséder l'arme en question lui était refusé et plus encore si elle risquait d'être anéantie ou irrémédiablement

---

[154] B. S. Chimni, «Nuclear Weapons and International Law: Some Reflections», dans *International Law in Transition: Essays in Memory of Judge Nagendra Singh*, 1992, p. 142 (c'est moi qui souligne).

[155] Nagendra Singh, *Nuclear Weapons and International Law*, 1959, p. 243.

[156] John Rawls, *A Theory of Justice*, 1972.

meurtrie par suite de litiges opposant d'autres nations avec lesquels elle n'aurait rien à voir.

Le système serait, certes, attrayant pour quiconque serait assuré de devenir membre du club nucléaire mais, dès lors qu'il y aurait un risque de tomber du côté des pays non dotés d'armes nucléaires, qui accepterait un tel système si une vitre opaque l'empêchait de connaître son sort? Et cela changerait-il quelque chose que les membres du club nucléaire prennent l'engagement — qu'il n'y aurait personne pour faire respecter — de n'utiliser l'arme qu'en cas d'extrême urgence? La réponse à ces questions ne fait pas le moindre doute. Sur la base des critères de la légitimité et de l'équité, un système juridique du type envisagé serait sûrement condamné.

Ces analyses philosophiques sont d'une importance capitale lorsqu'il s'agit de savoir si l'illicéité de l'emploi des armes considérées est une norme minimum de tout système de droit international fondé soit sur la rationalité soit sur l'équité. Que l'on applique l'un ou l'autre de ces critères, tous deux largement admis par la pensée juridique moderne, le droit international ne saurait énoncer, en ce qui concerne les armes nucléaires, qu'une règle en prohibant l'emploi.

On tend parfois à oublier des considérations essentielles comme celles qui précèdent dans le débat sur la licéité des armes nucléaires. Elles sont pourtant décisives s'agissant d'une question qui met en jeu la validité du droit international tout entier.

2. Les buts de la guerre

La guerre n'est jamais une fin en soi. Elle est un moyen au service d'une fin. C'est ce qu'a reconnu la Déclaration de Saint-Pétersbourg de 1868, évoquée plus haut à la section III.3 sur le droit humanitaire, lorsqu'elle a affirmé que l'affaiblissement des forces militaires de l'ennemi est le seul but légitime de la guerre. Sur la base de ce principe, le droit humanitaire a dégagé une règle, déjà mentionnée, selon laquelle «les belligérants n'ont pas un droit illimité quant au choix des moyens de nuire à l'ennemi.» (Art. 22 du Règlement de La Haye de 1907).

Une étude du droit de la guerre n'a de sens que si elle s'ordonne autour des buts de la guerre; c'est là le seul moyen de situer dans leur vrai contexte les restrictions auxquelles la guerre est subordonnée. On est donc amené à examiner brièvement la philosophie relative aux buts de la guerre. Il y a plus de vingt siècles que la doctrine s'intéresse à cette question.

Mention a déjà été faite, à propos des armes hyperdestructrices, de la tradition indienne classique telle qu'elle se reflète dans les deux plus grandes épopées de l'Inde, le *Ramayana* et le *Mahabharatha*. Dans cette tradition, les armes en question étaient interdites parce que leurs effets dépassaient les buts de la guerre.

C'est le même esprit qui inspirait Aristote lorsqu'il écrivait dans le Livre VII de la *Politique* : «La guerre ne doit être envisagée que comme un moyen de parvenir à la paix[157].» On se rappellera qu'Aristote distinguait

[157] Aristote, *Politique*, version française basée sur la traduction de John Warington, Heron Books, 1934, p. 212.

entre les actions qui sont simplement nécessaires ou utiles et celles qui sont bonnes en elles-mêmes. La paix est bonne et la guerre n'est qu'un moyen d'y parvenir. Privée de son but — la paix — la guerre serait vide de sens et inutile. Si l'on applique ce raisonnement dans le contexte nucléaire, une guerre qui détruit l'autre partie est totalement dépourvue de sens et d'utilité et n'a donc aucune justification. Aristote voyait dans la guerre une suspension temporaire de la normalité faisant place, une fois la guerre inéluctablement parvenue à son terme, à un nouvel équilibre.

La philosophie de l'équilibre des pouvoirs qui a dominé la diplomatie européenne à compter de la paix d'Utrecht en 1713 reposait sur l'idée non de l'élimination de l'adversaire, mais de l'instauration d'un équilibre des pouvoirs viable où le vaincu avait sa place. Même la théorie extrême, défendue par Clausewitz, selon laquelle la guerre est le prolongement de la diplomatie présupposait que la nation vaincue continuait d'exister en tant qu'entité viable.

La Charte des Nations Unies elle-même repose sur le principe de base que l'emploi de la force est banni (sauf dans l'hypothèse, strictement circonscrite, de la légitime défense) et que le but de la Charte est de préserver l'humanité du fléau de la guerre. La paix entre les adversaires, non la dévastation totale de l'un d'entre eux, est l'issue que la Charte envisage.

Les armes nucléaires vident ces philosophies de tout sens. Les échanges nucléaires de demain, s'ils ont lieu, auront pour théâtre un monde où aucune nation n'aura le monopole des armes nucléaires. Une guerre nucléaire ne se réduira pas, comme dans le cas du Japon, au largage d'une bombe par une seule puissance. Un échange nucléaire sera d'autant plus inévitable que nous vivons en un temps où les armes nucléaires sont programmées pour une riposte instantanée et automatique en cas d'attaque nucléaire.

À une guerre nucléaire les nations telles que nous les connaissons ne peuvent pas survivre en tant qu'entités viables. Dans le désert nucléaire, le spectre qui hantera les vainqueurs (s'il y en a) comme les vaincus sera celui du désespoir absolu. Nous avons là une méthode de guerre qui conduit à des résultats excessifs par rapport aux buts de la guerre.

3. Le concept de «menace de la force» dans la Charte des Nations Unies

La question posée par l'Assemblée générale concerne l'emploi de la force et la menace de la force. En principe, l'emploi de la force, même au moyen de l'arme la plus simple, est illicite en vertu de la Charte des Nations Unies. Il n'y a donc pas à se demander si l'emploi de la force au moyen d'une arme nucléaire est contraire au droit international. Si l'emploi d'un simple fusil est interdit, est-il concevable que l'utilisation d'une arme nucléaire soit permise?

La question de la menace de la force au sens de la Charte appelle quelques commentaires. Elle exige un examen de la notion même de menace de la force, telle qu'elle figure dans la Charte.

L'Article 2, paragraphe 4 de la Charte interdit les menaces à l'intégrité territoriale et à l'indépendance politique de tout État. Ainsi qu'il est réaffirmé dans la Déclaration sur les principes du droit international concernant les relations amicales de 1970 :

> «Pareil recours à la menace ou à l'emploi de la force constitue une violation du droit international et de la Charte des Nations Unies et ne doit jamais être utilisé comme moyen de règlement des problèmes internationaux» (résolution 2625 (XXV) de l'Assemblée générale).

Parmi les autres documents qui confirment qu'aux yeux de la communauté internationale, la menace est interdite par le droit international, on peut citer la Déclaration de 1965 sur l'inadmissibilité de l'intervention dans les affaires intérieures des États et la protection de leur indépendance et de leur souveraineté (résolution 2131 (XX) de l'Assemblée générale) et la Déclaration de 1987 sur le renforcement de l'efficacité du principe de l'abstention du recours à la menace ou à l'emploi de la force dans les relations internationales (résolution 42/22 de l'Assemblée générale, par. 2).

Il est à noter que la Charte des Nations Unies ne fait pas de distinction entre l'emploi de la force et la menace de la force. L'un et l'autre sont exclus du champ des comportements licites.

De nombreux documents internationaux confirment que la menace de la force est totalement interdite. On citera, parmi d'autres, la Déclaration de 1949 sur les éléments essentiels de la paix (résolution 290 (IV) de l'Assemblée générale); la Déclaration de 1970 sur le renforcement de la sécurité internationale (résolution 2734 (XXV) de l'Assemblée générale); et la Déclaration de 1988 sur la prévention et l'élimination des différends et des situations qui peuvent menacer la paix et la sécurité internationales (résolution 43/51 de l'Assemblée générale). L'Acte final d'Helsinki enjoint aux États participant de s'abstenir de la menace ou de l'emploi de la force. Le Pacte de Bogota (le Traité américain sur le règlement pacifique des différends) est plus précis encore puisqu'il exige des Parties Contractantes qu'elles s'abstiennent «de la menace, de l'emploi de la force ou de n'importe quel autre moyen de coercition pour régler leurs différends...»

Le principe du non-recours à la menace de la force est donc aussi fermement établi que le principe du non-recours à la force et dans aucune de ses nombreuses formulations, il ne s'accompagne d'exceptions. Si donc la dissuasion est une forme de menace, elle est nécessairement couverte par l'interdiction de la menace de la force.

Une analyse plus détaillée de la notion de dissuasion figure à la section VII.2.

4. L'égalité dans le contexte du droit de la guerre

Il y a, dans l'ordre juridique international actuel, des inégalités structurelles mais le fond du droit international — le corpus de normes et de principes en quoi il consiste — s'applique également à tous. L'égalité de l'ensemble des sujets de droit dans le cadre d'un même ordre juridique est une condition essentielle de l'intégrité et de la légitimité de cet ordre juridique. La règle vaut pour le groupe de principes qui constituent le corpus du droit international. Particulièrement intolérable serait la coexistence d'un droit pour les puissants et d'un droit pour les autres. Une telle formule ne serait acceptable dans aucun ordre interne; elle ne l'est pas davantage dans l'ordre international, qui repose sur la notion d'égalité.

Comme l'a dit en 1825 le juge américain John Marshall dans une formule célèbre : «Aucun principe du droit général n'est plus universellement reconnu que le principe de la complète égalité des nations. La Russie et Genève ont des droits égaux»[158]. La notion d'égalité fait partie intégrante du droit de la guerre comme de toutes les autres composantes de l'ordre juridique international.

Autre anomalie à relever : si, en vertu du droit international coutumier, l'*emploi* de la bombe est licite, il est illogique de refuser à 180 des 185 Membres de l'Organisation des Nations Unies le droit de simplement *posséder* cette arme. Le droit international coutumier ne peut pas s'appliquer de façon aussi inégale, surtout étant donné la position des puissances dotées d'armes nucléaires qui prétendent qu'elles doivent pouvoir employer la bombe à des fins de légitime défense. Le droit de légitime défense est l'un de ceux auxquels les États sont le plus attachés et l'Article 51 de la Charte des Nations Unies le reconnaît comme un droit naturel de tous les États Membres des Nations Unies. Il est impensable que ce droit soit accordé à des degrés variables aux divers membres de la famille des nations que représente l'Organisation des Nations Unies.

Il existe des inégalités de fait et il continuera d'en exister aussi longtemps que la société internationale sera composée d'États souverains qui sont nécessairement inégaux par leur taille, leur puissance, leur richesse et leur influence. Mais au plan conceptuel, il y a un grand pas entre constater une inégalité de fait et la convertir en une inégalité de droit. C'est précisément ce pas que franchissent ceux, par exemple, pour qui le silence des Protocoles additionnels aux Conventions de Genève sur l'interdiction de l'emploi des armes nucléaires équivaut à une reconnaissance implicite de la licéité de l'emploi de ces armes par les puissances dotées d'armes nucléaires. En réalité, ce que traduit le silence des Protocoles c'est un accord pour ne pas traiter de la question, non un accord pour reconnaître la licéité de l'emploi des armes nucléaires. Les déclarations des États-Unis et du Royaume-Uni selon lesquelles les règles établies ou les règles nouvelles consignées dans le Protocole additionnel de 1977 aux quatre Conventions de Genève ne sont censées ni régir ni interdire l'emploi des armes nucléaires ne mettent pas en question les principes de base qui existaient avant que cet instrument formel ne soit adopté et ne les énonce noir sur blanc. Elles ne reposent sur aucun argument philosophique ou juridique qui ait la moindre prise sur les principes en question. Il est absurde d'attribuer au silence des dispositions conventionnelles considérées une valeur juridique supérieure à celle des principes en cause.

On peut répondre de la même manière à l'argument suivant lequel les traités imposant des interdictions partielles touchant les armes nucléaires doivent être interprétés comme reconnaissant implicitement, pour le moment, la licéité de ces armes.

Cet argument est mal fondé. Trouver des accommodements dans le cadre d'une situation dont on n'est pas maître n'équivaut ni à accepter cette

---

[158] Affaire de l'*Antilope* [1825] *Wheaton*, p. 122. Cf. Vattel, «Un nain est un être humain au même titre qu'un géant; une petite république est un État souverain au même titre que le royaume le plus puissant» (*Droit des gens*, version française basée sur la traduction de Fenwick dans *Classics of International Law*, S. 18).

situation ni à en reconnaître la licéité. De tels accommodements n'emportent en aucune manière reconnaissance de la légitimité de la situation. La Malaisie a fait dans ce contexte une comparaison avec les programmes d'échange de seringues visant à freiner la propagation des maladies parmi les toxicomanes. De tels programmes ne peuvent pas être interprétés comme légalisant l'abus des stupéfiants (observations écrites, p. 14). Ce qui compte, c'est que, dans la multitude de résolutions et de déclarations où il est question des armes nucléaires, on n'en trouve pas une qui autorise l'emploi de ces armes à quelque fin que ce soit.

Une règle juridique qui permettrait à quelques nations d'employer des armes chimiques et bactériologiques en état de légitime défense mais ne conférerait pas le même droit à d'autres est une chose impensable. Pourtant, c'est de cette logique juridique que procède la position des pays qui prétendent avoir le droit d'utiliser les armes nucléaires en état de légitime défense.

Il faut en outre rappeler ici que la société internationale est par définition une société volontariste. Il n'est loisible à aucun de ses éléments d'imposer aux autres, d'en haut, des limites à leur liberté d'action. Une telle structure ne peut fonctionner que sur la base de l'égalité, faute de quoi «il y a fort à craindre que le droit ne se réduise à l'expression de la volonté des plus forts»[159].

Si l'on veut que le droit international conserve l'autorité qu'il doit avoir pour remplir les multiples fonctions bénéfiques qui sont les siennes dans la société internationale, il faut que chacune de ses composantes passe avec succès le test de l'égalité. Sans doute certaines inégalités structurelles ont-elles été introduites dans l'ordre constitutionnel international mais introduire des inégalités dans le droit substantif, qui régit toutes les nations sans distinction, est une tout autre affaire.

Il est à peine besoin de souligner que tout ce qui est dit dans la présente section repose sur l'idée que l'emploi des armes nucléaires par quelque puissance que ce soit et dans quelque circonstance que ce soit est totalement illicite. C'est là la seule manière dont le principe d'égalité, fondement du droit international, puisse être appliqué s'agissant de l'important problème international que posent les armes nucléaires.

5. L'illogisme d'un régime dualiste en matière de droit de la guerre

Admettre que le droit humanitaire ne s'applique pas aux armes nucléaires créerait une situation illogique où le droit de la guerre s'appliquerait à certaines armes mais non à d'autres, quand bien même les deux catégories d'armes pourraient être utilisées simultanément. Un jeu de principes s'appliquerait aux armes nucléaires et un autre au reste des armes. Si les deux catégories d'armes devaient être employées dans le cadre d'une même guerre, le droit des conflits armés ne serait plus que confusion et anarchie.

Le Japon est une nation contre laquelle les deux catégories d'armes ont été employées et il n'est donc pas étonnant que la doctrine japonaise ait, semble-t-il, été la première à soulever ce problème. Le professeur Fajita, dans un article qui a été porté à notre attention, a déclaré ce qui suit :

---

[159] Weston, op. cit., p. 254.

> «cette scission entre les règles de la guerre conventionnelle et celles de la guerre nucléaire donnera de curieux résultats que l'on a peine à se représenter parce que les armes conventionnelles et les armes nucléaires seront en fin de compte utilisées simultanément et dans les mêmes circonstances dans le cadre d'un conflit armé futur[160].»

Une telle dualité de régime ne cadre pas avec la notion de principe juridique et il n'a été avancé aucune raison de fond qui justifierait que les armes nucléaires soient soustraites au régime juridique normalement applicable à toutes les armes. Seules ont été invoquées des raisons d'opportunité ou des raisons politiques et il n'est pas d'organe judiciaire ou de système juridique cohérent qui puisse accepter une dichotomie de ce genre.

Digne d'être relevé dans ce contexte est le fait que même les nations qui contestent l'illicéité des armes nucléaires en tant que telles avertissent leurs forces armées dans leurs manuels militaires que les armes nucléaires sont soumises aux normes qui s'appliquent aux autres armes en période de conflit armé[161].

6. Le processus d'élaboration des décisions en matière nucléaire

Dans une réflexion sur la licéité de l'emploi des armes nucléaires, il faut, étant donné leur énorme potentiel de destruction à l'échelle planétaire, s'interroger sur le processus d'élaboration des décisions relatives à leur emploi.

La décision d'utiliser les armes nucléaires — si décision il y a — sera vraisemblablement prise dans des conditions peu propices à des appréciations juridiques nuancées puisque, selon toute probabilité, les passions seront exacerbées, le temps fera défaut et les faits seront mal connus. Ce ne sera donc pas une décision mûrement pesée, intervenant après une analyse détaillée et objective de tous les éléments de fait à prendre en considération mais une décision dictée par l'appréhension et la pression des événements. Des questions juridiques exigeant une réflexion approfondie devront être tranchées en quelques minutes, peut-être même par des militaires et non par des juristes alors même qu'elles sont assez complexes pour avoir retenu l'attention de la Cour pendant des mois. Le sort de l'humanité ne peut pas raisonnablement dépendre d'une décision prise dans ces conditions.

Selon les études qui ont été faites sur le processus d'élaboration des décisions en matière nucléaire[162], une crise nucléaire présente les quatre particularités suivantes :

1. La nécessité de prendre des décisions cruciales en très peu de temps. C'est là une caractéristique essentielle de toutes les situations de crise;

---

[160] (1982) *Kansai University Review of Law and Political Science*, p. 77.

[161] Voir Burns H. Weston, op. cit., p. 252, note 105.

[162] Voir Conn Nugent, «How a Nuclear War Might Begin», dans les Actes du sixième Congrès mondial de l'Association internationale des médecins pour la prévention de la guerre nucléaire (IPPNW), op. cit., p. 117.

2. L'importance des enjeux et, en particulier, la gravité du péril encouru par l'intérêt national;

3. L'extrême insécurité engendrée par l'absence de renseignements précis sur le déroulement des événements, les intentions de l'ennemi, etc.

4. L'intervention de considérations politiques limitant la liberté d'action des autorités.

Si telles sont les conditions dans lesquelles les dirigeants doivent agir et s'il leur faut apprécier la licéité de tel ou tel comportement sans le secours de directives, le risque d'une utilisation illicite de l'arme est considérable.

L'arme nucléaire doit à mon avis être déclarée illicite en *toutes* circonstances. Si certaines circonstances en rendent l'emploi licite — ce qui paraît bien improbable — il faut les préciser pour éviter d'ajouter à la confusion.

VI. L'ATTITUDE DE LA COMMUNAUTÉ INTERNATIONALE VIS-À-VIS DES ARMES NUCLÉAIRES

S'il paraît utile de consacrer une section à cette question, c'est parce que, indépendamment du rôle important que jouent des facteurs tels que la conscience de l'humanité et les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées, c'est de la volonté des peuples des Nations Unies que procède le droit des Nations Unies; or, aucune question depuis la création de l'Organisation n'a suscité dans la communauté de ses Membres un intérêt aussi soutenu et aussi universel. Sans doute l'apartheid a-t-il été, jusqu'à une date récente, l'un des grands problèmes internationaux sur lesquels se concentrait l'attention, mais il semble bien que l'inquiétude causée par les armes nucléaires ait été plus constante et plus profonde et l'horreur inspirée par leurs conséquences plus largement partagée. La tempête de protestations provoquée par les armes nucléaires n'a jamais connu de répit et continuera sans doute de faire rage aussi longtemps que ces armes seront stockées dans les arsenaux de la planète.

1. Universalité de l'adhésion au but ultime de l'élimination complète

Les armes nucléaires ont suscité dans la société internationale une réaction sans équivoque — elles constituent un danger pour la civilisation et doivent disparaître. La nécessité de les éliminer complètement a été soulignée par plusieurs résolutions catégoriques de l'Assemblée générale, qui sont mentionnées ailleurs dans la présente opinion.

La déclaration la plus récente de la communauté internationale sur cette question a eu pour cadre la Conférence chargée d'examiner le Traité de non-prolifération, tenue en 1995, laquelle a, sous le titre «Principes et objectifs de la non-prolifération et du désarmement nucléaires» mis l'accent sur «les objectifs finals de l'élimination complète des armes nucléaires et la conclusion d'un traité sur le désarmement général et complet». Cette formule traduit le sentiment unanime de la communauté mondiale et la volonté clairement exprimée de l'ensemble des nations de faire tout ce qui est en leur pouvoir pour parvenir à l'élimination complète de ces armes.

Le Traité de non-prolifération, loin de légitimer la possession des armes nucléaires, visait à en assurer la liquidation et, en dernière analyse, l'élimination. Son préambule requérait clairement la liquidation de tous les stocks existants et l'élimination des armes en cause des arsenaux nationaux. La faculté de continuer à posséder des armes nucléaires, pour autant qu'elle fût reconnue par le traité, n'était pas absolue mais subordonnée à la condition que soient poursuivies de bonne foi les négociations sur des mesures efficaces concernant la cessation au plus tôt de la course aux armements nucléaires. Cette condition et le traité tout entier traduisaient l'intention non d'accepter les armes nucléaires mais de les condamner et de les répudier. Cela était vrai lorsque le Traité de non-prolifération est entré en vigueur le 5 mars 1970 et l'était encore lorsque s'est tenue en 1995 la Conférence chargée d'examiner le Traité et la question de sa prorogation[163].

La Conférence chargée d'examiner le Traité de non-prolifération n'a rien révélé de nouveau sur l'universalité et la vigueur des convictions qui existent en la matière; elle a simplement confirmé des positions qui ont été exprimées dès la première résolution des Nations Unies en 1945. On peut donc dire que, depuis la naissance des Nations Unies et jusqu'à ce jour, il existe une volonté unanime d'éliminer les armes nucléaires — volonté qui est la conséquence naturelle de l'horreur que ces armes et la dévastation qu'elles engendrent inspirent à l'humanité tout entière.

2. Rappel des écrasantes majorités favorables à l'abolition totale

La volonté évoquée ci-dessus, qui ne pourrait s'exprimer plus clairement qu'elle ne le fait dans de nombreuses résolutions de l'Assemblée générale, définit la perspective dans laquelle se situe l'examen de la question du droit applicable.

Il n'est pas contestable que l'écrasante majorité des États est opposée aux armes nucléaires et cherche à les faire totalement disparaître.

La toute première résolution de l'Assemblée générale adoptée à la dix-septième séance plénière, le 24 janvier 1946, a nommé une Commission qui était notamment chargée de présenter des propositions déterminées en vue «d'éliminer, des armements nationaux, les armes atomiques et toutes autres armes importantes permettant des destructions massives».

En 1961, à Belgrade, les chefs d'États non alignés ont clairement reconnu la nécessité d'élaborer un accord global interdisant tous les essais nucléaires. Le mouvement non aligné, qui regroupe 113 pays d'Asie, d'Afrique, d'Amérique latine et d'Europe a dans sa mouvance non seulement le gros de la population mondiale mais aussi une énorme partie des ressources naturelles de la planète et l'essentiel de sa biodiversité. Il a travaillé à l'abolition des armes nucléaires et systématiquement appuyé toute une série de résolutions

---

[163] Au nombre des buts définis par le paragraphe 4 de la décision No 2 sur les Principes et objectifs de la non-prolifération et du désarmement nucléaire adoptée par cette Conférence figure le but suivant présenté comme une obligation des États parties intrinsèquement liée à la prorogation du Traité : «La volonté des États dotés d'armes nucléaires d'aller systématiquement et progressivement de l'avant afin de réduire les armes nucléaires dans leur ensemble, puis de les éliminer» [par. 4 *c)*]. En outre, la Conférence du désarmement a été invitée à conclure les négociations sur un traité d'interdiction totale des essais nucléaires au plus tard en 1996 [par. 4 *a)*].

tant au sein de l'Assemblée générale que dans d'autres instances recherchant le même objectif[164]. Le nombre considérable d'États qui prônent le non-recours aux armes nucléaires témoigne éloquemment du sentiment unanime de la communauté mondiale à cet égard.

Les États qui se sont présentés devant la Cour lui ont fait tenir une liste de résolutions et de déclarations des Nations Unies où s'exprime la réaction de l'écrasante majorité des États Membres aux armes en question. Plusieurs de ces résolutions qualifient l'emploi des armes nucléaires non seulement de violation du droit international mais aussi de crime contre l'humanité.

Parmi elles figurent les résolutions de 1978, 1979, 1980 et 1981 sur le non-recours aux armes nucléaires et la prévention de la guerre nucléaire adoptées, celle de 1978 par 103 voix contre 18, avec 18 abstentions; celle de 1979 par 112 voix contre 16, avec 14 abstentions; celle de 1980 par 113 voix contre 19, avec 14 abstentions; et celle de 1981 par 121 voix contre 19, avec 6 abstentions. On peut vraiment parler de majorités écrasantes (voir l'appendice IV aux observations écrites de la Malaisie).

Les résolutions qui présentent l'élimination des armes nucléaires comme le but à atteindre sont légion. Un État (la Malaisie) en a, dans ses observations écrites, dénombré 49, dont plusieurs ont été adoptées à des majorités comparables et certaines sans opposition aucune, avec seulement trois ou quatre abstentions. C'est ainsi que les résolutions de 1986 et de 1987 sur la conclusion d'arrangements internationaux efficaces pour garantir les États non dotés d'armes nucléaires contre l'emploi ou la menace d'armes nucléaires ont été adoptées, la première par 149 voix contre zéro, avec 4 abstentions, et la deuxième, par 151 voix contre zéro, avec 3 abstentions. Ces résolutions où l'élimination complète des armes nucléaires est présentée comme le but à atteindre témoignent d'un sentiment unanime qui voit dans les armes nucléaires un danger pour les intérêts généraux de la communauté des nations.

Les déclarations de l'Assemblée générale, organe représentatif principal de la société mondiale, n'ont peut-être pas, en elles-mêmes, valeur normative mais lorsque, comme c'est le cas en l'espèce, elles sont réitérées à intervalles fréquents et en termes catégoriques elles plaident éloquemment en faveur de la thèse qui considère la menace d'emploi ou l'emploi des armes nucléaires comme illicites au regard du droit international coutumier. Si l'on prend en outre en compte d'autres manifestations d'hostilité à l'emploi ou à la menace d'emploi de ces armes, la thèse gagne encore en autorité. Quant à savoir si certaines des résolutions de l'Assemblée générale ont, en elles-mêmes, valeur normative, c'est une question qu'il convient de peser mûrement, sans oublier qu'une partie non négligeable de la doctrine y répond affirmativement[165].

Bien que ces résolutions aient été principalement parrainées par le groupe des pays non alignés, la thèse de l'illicéité a également reçu l'appui

---

[164] Voir la note 97, *supra*.

[165] Par exemple Brownlie, *Principles of Public International Law*, 4e éd., 1990, p. 14, qui décrit la résolution 1653 (XVI) de 1961 sur les armes nucléaires et thermonucléaires comme une «résolution normative».

de pays extérieurs à ce groupe. Elle a notamment été défendue devant la Cour par la Suède, Saint-Marin, l'Australie et la Nouvelle-Zélande. Même dans les pays qui n'y souscrivent pas, l'opinion est profondément divisée. Notre attention a par exemple été appelée sur une résolution du Sénat italien en date du 13 juillet 1995 recommandant au Gouvernement de se prononcer en faveur d'une condamnation par la Cour de l'emploi des armes nucléaires.

N'oublions pas que sur les 185 États Membres des Nations Unies, il n'y en a que cinq qui disposent d'armes nucléaires et ont annoncé des politiques où ces armes jouent un rôle. Du point de vue de la création de la coutume internationale, la pratique et la politique de cinq États sur 185 ne semblent pas constituer une base suffisante pour la naissance d'une coutume, quelle que puisse être l'influence exercée dans le monde par ces cinq États. Comme l'a souligné la Malaisie :

> «Si les lois de l'humanité et les exigences de la conscience publique requièrent l'interdiction de ces armes, les cinq États dotés d'armes nucléaires, si puissants soient-ils, ne peuvent que s'incliner.» (CR 95/27, p. 56)

Devant une telle convergence d'opinions au niveau étatique, il est difficile de nier l'existence d'une *opinio juris* contre l'emploi ou la menace d'emploi des armes nucléaires et il est tout à fait impossible de conclure à l'existence d'une *opinio juris* en faveur de la licéité de tel comportement.

3. L'opinion publique mondiale

À côté des positions officielles, il faut mentionner une opinion publique mondiale massivement orientée dans le même sens. Des protestations énergiques contre les armes nucléaires ont été émises par des sociétés savantes, des associations de membres des professions libérales, des confessions religieuses, des organisations féminines, des partis politiques, des fédérations d'étudiants, des syndicats, des ONG et la quasi-totalité des groupements au sein desquels s'exprime une opinion collective. Des centaines de groupements de ce type existent à travers le monde. En voici un simple échantillon qui donnera une idée de leur diversité : International Physicians for the Prevention of Nuclear War (IPPNW) [Association internationale des médecins pour la prévention de la guerre nucléaire]; Medical Campaign Against Nuclear Weapons [Campagne médicale contre les armes nucléaires]; Scientists Against Nuclear Arms [Association de savants opposés aux armes nucléaires]; People for Nuclear Disarmament [Partisans du désarmement nucléaire]; International Association of Lawyers Against Nuclear Arms (IALANA) [Association internationale des juristes opposés aux armes nucléaires]; Performers and Artists for Nuclear Disarmament International [Association internationale des artistes et interprètes favorables au désarmement nucléaire]; Social Scientists Against Nuclear War [Association des spécialistes des sciences sociales opposés à la guerre nucléaire]; Society for a Nuclear Free Future [Société des partisans d'un avenir exempt d'armes nucléaires]; European Federation Against Nuclear Arms [Fédération européenne des opposants aux armes nucléaires]; The Nuclear Age Peace Foundation [Fondation pour la paix à l'ère nucléaire]; Campaign for Nuclear Disarmament [Campagne en faveur du désarmement nucléaire]; Children's Campaign for Nuclear Disarmament [Campagne de l'enfance pour le désarmement nucléaire]. On trouve de tels groupements dans tous les pays et dans tous les secteurs d'activité et leurs ramifications s'étendent au monde entier.

Mention a été faite, au début de la présente opinion, des millions de signatures qui sont parvenues à la Cour.

4. Interdictions existantes

Une grande partie de la surface de la Terre ainsi que la totalité de l'espace situé au-dessus de l'écorce terrestre et au-dessous de la surface des océans sont désormais soumises à un régime juridique qui interdit jusqu'à la présence d'armes nucléaires. Parmi les traités qui ont conduit à ce résultat figurent le Traité de 1959 sur l'Antarctique, le Traité de Tlatelolco de 1967 concernant l'Amérique latine et les Caraïbes, le Traité de Rarotonga de 1985 relatif au Pacifique sud et le Traité du Caire de 1996 concernant l'Afrique. À ces instruments s'ajoutent le Traité interdisant les armes nucléaires dans l'atmosphère et l'espace extra-atmosphérique et le Traité de 1971 interdisant de placer des armes nucléaires et d'autres armes de destruction massive sur le fond des mers et des océans ainsi que dans leur sous-sol (voir CR 95/22, p. 50). La majeure partie de l'espace où l'activité humaine peut se déployer à la surface de la planète est donc proclamée zone dénucléarisée — résultat qui n'aurait pu être atteint s'il n'y avait pas un accord universel sur le danger résultant des effets incontrôlables de ces armes et sur la nécessité de les éliminer totalement.

5. Interdictions partielles

C'est le même accord universel qui explique les résultats obtenus en matière d'interdictions partielles et de réduction du niveau des armements nucléaires. Particulièrement importants dans ce domaine sont le Traité d'interdiction partielle des essais nucléaires de 1963 qui a banni les essais nucléaires dans l'atmosphère et le Traité de non-prolifération nucléaire de 1968. Ces traités prohibent jusqu'aux essais d'armes nucléaires dans certaines circonstances et contiennent des dispositions visant à empêcher la prolifération horizontale des armes nucléaires en imposant certaines obligations juridiques tant aux États dotés d'armes nucléaires qu'aux États non dotés d'armes nucléaires. Le traité général d'interdiction des essais qui est en cours de négociations tend à éliminer tous les essais. Les accords START (START I et START II) visent à opérer des réductions considérables — portant sur environ 2 000 engins par an — dans les arsenaux nucléaires des États-Unis et de la Fédération de Russie.

6. Quels sont les États spécialement intéressés?

Si ce sont les États dotés d'armes nucléaires qui sont les États les plus affectés, leur position hostile à l'illicéité revêt une importance particulière, même s'ils ne représentent qu'une fraction réduite (2,7 % environ) du nombre total (185) des États Membres des Nations Unies.

De fait, les États dotés d'armes nucléaires ont prétendu être les États plus spécialement affectés.

S'agissant des armes nucléaires toutefois, il faut se garder de toute conclusion hâtive en ce sens. Sans doute les États dotés d'armes nucléaires possèdent-ils les armes mais il faut, pour être réaliste, prendre en considération les pays qui seraient affectés par l'emploi de ces armes. Eux aussi doivent être rangés au nombre des États les plus intéressés car, en cas d'emploi des armes nucléaires, leur territoire et leurs habitants seraient tout aussi exposés au risque de dommages nucléaires que ceux des pays dotés

d'armes nucléaires. Ce point a d'ailleurs été souligné par l'Égypte dans son exposé (CR 95/23, p. 40).

Pour apprécier la valeur de l'argument suivant lequel les États dotés d'armes nucléaires sont les États les plus spécialement affectés, prenons le cas des essais nucléaires. Supposons qu'une puissance métropolitaine procède à des essais nucléaires dans une colonie lointaine mais en s'entourant de précautions si insuffisantes que des fuites de matières radioactives se produisent. Si les pays victimes de ces fuites élevaient une protestation fondée sur l'illicéité des essais, la puissance métropolitaine serait malvenue à prétendre qu'étant propriétaire de l'arme, elle est l'État le plus affecté. Les États victimes seraient de toute évidence les États les plus affectés. Il en irait de même dans le contexte d'une guerre puisque les radiations émises par une bombe explosant dans l'atmosphère ne pourraient être contenues dans les limites de l'État visé. Les États voisins pourraient très légitimement, et plus légitimement que l'État propriétaire de la bombe, prétendre être les États les plus affectés.

Et il faudrait aussi compter avec les protestations de l'État sur le territoire duquel l'explosion aurait eu lieu. Ce point mérite d'être souligné étant donné que, sur les douzaines de guerres que le monde a connues depuis 1945, aucune ne s'est déroulée sur le sol de l'une quelconque des puissances dotées d'armes nucléaires. C'est là un fait à garder en mémoire lorsqu'on cherche à déterminer quels sont les États les plus intéressés.

La vérité est qu'aucun groupe de nations — qu'il soit ou non doté d'armes nucléaires — ne peut soutenir que ce sont ses intérêts qui sont le plus spécialement affectés. Toutes les nations du monde sont spécialement affectées par les armes nucléaires car ce sont des problèmes de survie qui sont en jeu et la survie est une préoccupation universelle.

7. Les États ont-ils, en devenant parties à des traités régionaux, reconnu la licéité des armes nucléaires?

Les États-Unis, le Royaume-Uni et la France ont, dans leurs exposés écrits, soutenu qu'en signant un traité régional comme le Traité de Tlatelolco qui a interdit l'emploi des armes nucléaires en Amérique latine et aux Caraïbes, les États signataires ont implicitement reconnu qu'il n'y pas d'interdiction générale de l'emploi des armes nucléaires.

Si les États signataires d'un tel traité s'emploient à établir et à consolider un régime de non-prolifération dans leur région respective, ce n'est pas parce que l'illicéité générale des armes nucléaires ne leur est pas acceptable mais parce qu'elle est inacceptable aux États pro-nucléaires.

La position des États de la région ressort très clairement du vote qu'ils ont émis lors de l'adoption de nombreuses résolutions de l'Assemblée générale, plusieurs d'entre eux, par exemple le Costa Rica, appuyant des textes qui qualifient l'emploi des armes nucléaires de crime contre l'humanité, de violation de la Charte des Nations Unies et/ou de violation du droit international.

Le Traité lui-même est très révélateur de l'attitude des États Parties vis-à-vis de l'arme puisqu'il y voit «une atteinte à l'intégrité de l'espèce humaine» et lui reconnaît le pouvoir «de rendre finalement toute la Terre inhabitable».

VII. QUELQUES ASPECTS PARTICULIERS

1. Le Traité de non-prolifération

On a soutenu que le Traité de non-prolifération admet implicitement la licéité des armes nucléaires puisque tous les États Parties acceptent sans objection que les puissances dotées d'armes nucléaires possèdent de telles armes. Comme on va le voir, cet argument est très sujet à caution.

i) Ainsi qu'il a déjà été souligné, le Traité de non-prolifération ne porte pas sur la question de l'*emploi* ou de la *menace d'emploi* des armes nucléaires. Il n'y est nulle part donné le droit d'utiliser ces armes ou de menacer d'y avoir recours.

ii) Le Traité est intervenu dans le cadre de ce qu'on pourrait appeler une «situation de liquidation». La communauté mondiale devait compter avec l'existence d'une multiplicité d'armes nucléaires et avec le risque de prolifération de ces armes. Son objectif immédiat était de liquider les stocks existants.

Comme certains États l'ont représenté à la Cour dans leurs exposés, il est de fait qu'au moment où le Traité a été élaboré, la communauté mondiale — que cela lui plût ou non — comptait un petit nombre d'États dotés d'armes nucléaires et un grand nombre d'États non dotés d'armes nucléaires. La réalité était que les États dotés d'armes nucléaires n'étaient pas disposés à renoncer aux armes en question, que la prolifération était sérieusement à redouter et que tout devait être fait pour l'enrayer sans pour autant perdre de vue que le but ultime était d'éliminer les armes nucléaires.

iii) Comme on l'a déjà souligné, s'incliner devant une réalité inéluctable n'équivaut pas à l'accepter, pas plus qu'accepter une situation fâcheuse dont on n'est pas maître n'équivaut à y consentir.

iv) Dans la situation de liquidation évoquée plus haut, rien ne permet de penser que, dans l'intention des rédacteurs du Traité, le droit de posséder l'arme était censé englober celui de l'utiliser ou de menacer de l'utiliser. Le droit à la possession de l'arme, à supposer qu'il existât, était un droit temporaire et conditionnel destiné à disparaître une fois les stocks complètement éliminés.

v) Dans son préambule, le Traité indique clairement qu'il a pour objectif :

«la cessation de la fabrication d'armes nucléaires, la liquidation de tous les stocks existants desdites armes, et l'élimination des armes nucléaires et de leurs vecteurs des arsenaux nationaux...»

Ce préambule qui, il convient de le noter, reflète l'opinion unanime de toutes les Parties, dotées ou non dotées d'armes nucléaires, décrit l'utilisation à la guerre des armes nucléaires comme étant de nature à faire subir des dévastations «à l'humanité entière».

Tout cela indique bien que, loin de reconnaître la licéité des armes nucléaires, le Traité traduisait en fait un effort concerté de la communauté internationale pour réduire peu à peu les stocks existants et parvenir finalement à leur élimination complète. Une telle unanimité quant à la nécessité d'éliminer les armes nucléaires et de conjuguer les efforts à cette fin contredit l'idée d'une reconnaissance, par la communauté mondiale, de la licéité du maintien de l'arme dans les arsenaux des puissances dotées d'armes nucléaires.

vi) En admettant même que la possession de l'arme soit légitimée par le Traité, il ne peut s'agir de rien d'autre que de la possession et, par surcroît, d'une légitimation temporaire. C'est à cela tout au plus, vu l'objet et les termes du Traité, que les signataires ont consenti — et ce, en échange de la promesse que les puissances dotées d'armes nucléaires ne ménageraient aucun effort pour éliminer des armes reconnues par *tous* les signataires comme ayant un caractère assez maléfique pour justifier leur élimination. Il n'y a pas eu là reconnaissance d'un droit mais reconnaissance d'un fait dont la licéité n'a pas été admise car si elle l'avait été, on n'aurait pas exigé de toutes les puissances dotées d'armes nucléaires qu'elles s'emploient de bonne foi par tous les moyens à éliminer ces armes, dont le caractère inacceptable est la prémisse de base qui a inspiré le Traité tout entier.

2. Dissuasion

On a dit quelques mots de la dissuasion à propos du Traité de non-prolifération. Mais la question mérite d'être abordée sous d'autres angles car la dissuasion touche à la menace d'emploi des armes nucléaires — l'un des points sur lesquels l'avis de la Cour a été sollicité.

i) Qu'entend-on par dissuasion?

On peut dire, en gros, que l'État qui recourt à la dissuasion avertit le reste du monde de son intention d'utiliser l'arme nucléaire contre n'importe quel État dans l'hypothèse où il ferait l'objet d'une agression. Le concept doit être examiné plus avant.

ii) La dissuasion — de quoi?

Il y a dissuasion, au sens que revêt ce terme dans le contexte des armes nucléaires, lorsqu'un État cherche à en dissuader un autre de commettre *un acte de guerre* — non d'adopter *un comportement qu'il réprouve*[166].

Ce qui est à craindre, dès lors qu'un État possède des armes nucléaires à des fins de dissuasion, c'est que cette distinction soit perdue de vue et que la puissance que confère l'arme nucléaire soit utilisée pour décourager un autre État d'adopter un comportement jugé indésirable. L'argument vaut naturellement pour tous les types d'armement mais s'applique spécialement aux armes nucléaires. Comme le souligne Polanyi, la dissuasion a cette caractéristique particulièrement inquiétante qu'on peut, au lieu de la

[166] John Polanyi, *Lawyers and the Nuclear Debate*, op. cit., p. 19.

cantonner à son objectif propre — prévenir le recours à la guerre — en faire un moyen d'empêcher les comportements considérés comme inopportuns.

L'idée a été émise, par exemple, que la dissuasion peut servir à protéger les «intérêts vitaux». En quoi consistent les intérêts vitaux et qui les définit? Peut-il s'agir d'intérêts strictement commerciaux? Et ces intérêts commerciaux peuvent-ils se situer dans un État voisin ou sur un autre continent?

On parle également dans ce contexte de la défense des «intérêts stratégiques». Certains exposés se réfèrent aussi à la dissuasion dite «infrastratégique» consistant pour une nation à donner un «coup de semonce» de faible puissance lorsque ses intérêts vitaux sont menacés (voir par exemple l'exposé de la Malaisie, CR 95/27, p. 53). La présente opinion laisse de côté ces formes de dissuasion et ne traite que de la dissuasion utilisée à des fins de légitime défense en réponse à un acte de guerre.

iii) Les degrés de la dissuasion

La dissuasion peut se situer à divers niveaux allant de la dissuasion maximale à une «stratégie de dissuasion minimale ou quasi minimale»[167]. La dissuasion nucléaire minimale a été décrite comme étant :

> «une stratégie nucléaire consistant pour une ou plusieurs nations à maintenir le nombre minimum d'armes nucléaires nécessaire pour faire subir à l'adversaire des dommages inacceptables dans la phase postérieure à celle d'une attaque nucléaire[168].»

Le principe de la dissuasion consiste dans la menace de représailles *massives* et, comme l'a dit le professeur Brownlie :

> «La mise en oeuvre de ce principe conduirait à une disproportion entre la menace effective et la riposte. Une réaction disproportionnée ne répond pas à la définition de la légitime défense autorisée par l'Article 51 de la Charte des Nations Unies[169].»

Pour citer le même auteur «les armes nucléaires dissuasives ont la triste mission d'infliger des représailles à outrance — ce sont des instruments de terreur plutôt que des armes de guerre»[170].

Pour déterminer, comme la question posée invite à le faire, s'il y a des circonstances dans lesquelles l'utilisation des armes nucléaires est licite, on doit s'interroger sur la dissuasion minimale.

---

[167] R. C. Karp (éd.), *Security Without Nuclear Weapons? Different Perspectives on Non-Nuclear Security*, 1992, p. 251.

[168] Ibid., p. 250. L'auteur cite Hollins, Powers and Sommer, *The Conquest of War: Alternative Strategies for Global Securities*, 1989, p. 54 et 55.

[169] «Some Legal Aspects of the Use of Nuclear Weapons», op. cit., p. 446 et 447.

[170] Ibid., p. 445.

iv) La dissuasion minimale

La dissuasion, même minimale, a ceci d'inquiétant qu'un geste considéré comme défensif par l'une des parties peut fort bien être perçu par l'autre comme une menace. Telle est l'explication classique de la course aux armements telle que nous la connaissons et elle vaut pour tous les types d'armes. Dans le cas des armes nucléaires, c'est une course aux armements nucléaires qui est déclenchée, suscitant toute une série de problèmes juridiques. Même à son niveau minimal donc, la dissuasion entraîne une contre-dissuasion et amorce une spirale sans fin d'essais nucléaires et de tensions, la conclusion étant que les objections juridiques à la dissuasion valent aussi pour la dissuasion minimale.

v) Le problème de la crédibilité

La dissuasion ne joue que si les autres parties sont convaincues qu'il existe une réelle intention d'utiliser les armes contre elles au cas où elles attaqueraient. Une telle intention ne se communique pas par un jeu de bluff car il est difficile de faire passer pour réelles des intentions qui ne le sont pas. La dissuasion requiert donc une authentique volonté[171] d'utiliser les armes considérées. Elle n'atteint son but que si elle renie le monde des faux semblants et opte pour celui de la menace militaire sérieuse.

La dissuasion soulève donc la question de savoir non seulement si la menace d'emploi des armes en question est licite mais aussi celle de savoir si leur *emploi* est licite. Comme elle a pour prémisse la destruction assurée de l'ennemi, elle va au-delà de ce qui est requis pour atteindre les objectifs de la guerre. Au surplus, on ne peut guère s'attendre à ce qu'il y ait place, dans le cadre d'une riposte quasi instantanée à une attaque armée, pour des choix subtils privilégiant les missiles nucléaires stratégiques appropriés et les armes «propres» qui causent un minimum de dommages.

vi) La différence entre dissuasion et possession

La dissuasion va plus loin que la possession. Elle ne se réduit pas au simple stockage d'armes dans un arsenal. Elle implique que les armes sont prêtes à être effectivement utilisées, qu'elles sont assemblées en vue d'un emploi immédiat, que les systèmes de commande et de contrôle sont programmés en conséquence, que les armes sont fixées sur les vecteurs, que le personnel est nuit et jour prêt à entrer en action quasi instantanément. Il y a loin des armes stockées dans un entrepôt aux armes prêtes à servir. La simple possession et la dissuasion se différencient donc nettement l'une de l'autre.

vii) Le problème juridique de l'intention

Pour les raisons déjà esquissées, recourir à la dissuasion n'est pas emmagasiner des armes pour susciter la terreur mais emmagasiner des armes avec *l'intention de les utiliser*. Si cette intention existe, elle emporte toutes les conséquences que le droit, tant interne qu'international, attache à l'*intention*. Il y a *intention* de causer les dommages corrélatifs. L'intention de causer les dommages ou des dévastations qui laissent l'ennemi totalement

---

[171] Pour une analyse plus approfondie de la notion d'intention dans ce contexte, voir *Just War, Nonviolence and Nuclear Deterrence*, D. L. Cady et R. Werner (éd.), 1991, p. 193 à 205.

anéanti ou le raye purement et simplement de la carte va manifestement au-delà des buts de la guerre[172]. C'est elle qui fournit l'élément psychologique implicite dans la notion de menace.

Toutefois, une intention secrète de commettre un acte dommageable ou criminel n'emporte pas de conséquences juridiques tant qu'elle ne se traduit pas par des actes. Une intention n'est donc pas délictueuse si elle reste inavouée mais, dès lors qu'elle est annoncée soit ouvertement soit indirectement, elle devient un délit pénal qui consiste dans la menace de commettre tel ou tel acte délictueux.

La dissuasion est par définition le contraire d'une intention secrète d'utiliser les armes nucléaires. Elle implique nécessairement qu'explicitement ou par implication, l'intention effective d'*employer* les armes nucléaires est communiquée au monde extérieur. Elle n'est donc rien moins qu'une menace d'utilisation de ces armes. Si un acte est illicite, la menace de commettre cet acte l'est aussi, surtout si elle est publiquement exprimée.

viii) La tentation d'utiliser les armes tenues en réserve à des fins de dissuasion

On doit aussi compter, dans le présent contexte, avec la tentation d'utiliser les armes tenues en réserve à des fins de dissuasion. L'attention de la Cour a été appelée sur les nombreux cas où s'est profilé le risque d'une utilisation des armes nucléaires, dont la crise des missiles à Cuba offre probablement l'exemple le plus célèbre. On nous a signalé une étude basée sur les archives du Pentagone qui mentionne de nombreux épisodes de ce genre échelonnés entre 1946 et 1980[173].

ix) La dissuasion et l'égalité souveraine

Ce point a déjà été évoqué. Si l'on veut que la légitime défense soit régie par le principe de l'égalité, il faut que le droit d'user d'une arme particulière en état de légitime défense appartienne à toutes les nations ou n'appartienne à aucune. La première alternative n'est pas concevable et la deuxième est donc la seule possible.

Le parallèle, fait plus haut, avec les armes chimiques et bactériologiques permet de mesurer combien toute autre solution serait anormale étant donné que les règles du droit international doivent jouer de manière uniforme pour l'ensemble de la communauté internationale. Rien n'a été dit sur les raisons qui justifieraient l'application aux armes nucléaires d'un régime particulier.

---

[172] Pour les implications philosophiques de la dissuasion, envisagée du point de vue du droit naturel, voir Cady et Werner, op. cit., p. 207 à 219. Voir aussi John Finnis, Joseph Boyle et Germain Grisez, *Nuclear Deterrence, Morality and Realism* (1987). Parmi les auteurs qui défendent essentiellement la même thèse, on peut citer Anthony Kenny, *The Logic of Deterrence* (1985) et *The Ivory Tower* (1985); Roger Ruston, *Nuclear Deterrence - Right or Wrong?* (1981) et «Nuclear Deterrence and the Use of the Just War Doctrine» dans Blake et Pole (éd.), *Objections to Nuclear Defense* (1984).

[173] Michio Kaku et Daniel Axelrod, *To Win a Nuclear War*, 1987, p. 5; CR 95/27, p. 48.

x) Incompatibilité de la dissuasion avec les principes énoncés dans la Déclaration de Saint-Pétersbourg

Comme on l'a déjà souligné, la Déclaration de Saint-Pétersbourg qui a été entérinée par de nombreux autres documents subséquents (voir la section III.3, *supra*) a déclaré que l'affaiblissement des forces militaires de l'adversaire est le seul but légitime que les États doivent se proposer durant une guerre (sur ce point, voir la section V.2, *supra*). La doctrine de la dissuasion a des objectifs qui vont beaucoup plus loin — destruction des principales zones urbaines et agglomérations et même «destruction mutuelle assurée». Pendant la guerre froide notamment, des missiles étaient, en application de cette doctrine, constamment en état d'alerte et pointés sur de nombreuses grandes villes des puissances adverses. De telles doctrines sont bien éloignées des principes solennellement acceptés à Saint-Pétersbourg et maintes fois confirmés par la communauté internationale.

3. Représailles

La Cour n'a pas dit dans son avis si le principe des représailles est accepté par le droit international moderne. Je regrette qu'elle n'ait pas saisi cette occasion pour confirmer que le droit international d'aujourd'hui ne permet les représailles ni en temps de paix ni en temps de guerre.

Je tiens, pour ma part, à souligner que la licéité du recours aux représailles ne me paraît pas être une doctrine acceptée par le droit international contemporain.

La notion de représailles fournit-elle la base d'une exception possible à la règle selon laquelle la riposte à une attaque est, comme toute autre action militaire, soumise au droit de la guerre?

La Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les États (résolution 2625 (XXV) de 1970) affirme catégoriquement que «Les États ont le devoir de s'abstenir d'actes de représailles impliquant l'emploi de la force».

Le professeur Bowett énonce ce principe avec beaucoup de fermeté lorsqu'il écrit :

> «Rares sont les préceptes du droit international qui bénéficient d'un appui aussi vigoureux que celui selon lequel, en vertu de la Charte des Nations Unies, l'emploi de la force en représailles est illicite. Bien que la Charte ne parle pas de 'représailles' ni de 'rétorsion', ce précepte est généralement considéré par la doctrine et par le Conseil de sécurité comme un corollaire logique et nécessaire de l'interdiction du recours à la force énoncée au paragraphe 4 de l'Article 2 de l'obligation de régler les différends par des moyens pacifiques prévue au paragraphe 3 de l'Article 2 et de la restriction au seul cas de la légitime défense du droit de recourir à la force[174].»

---

[174] D. Bowett, «Reprisals involving Recourse to Armed Force» (1972) *American Journal of International Law*, p. 1, cité dans Weston, Falk, D'Amato, *International Law and World Order*, 1980, p. 910.

C'est là une position inattaquable, mais il faut en outre rappeler que les armes nucléaires posent des problèmes particuliers en raison de l'ampleur des destructions qui en sont la conséquence nécessaire. De toute manière, une doctrine élaborée pour des techniques de combat entièrement différentes ne saurait être appliquée aux armes nucléaires sans un peu de réflexion.

Le professeur Brownlie évoque cette question dans les termes suivants :

> «Il est tout d'abord contestable d'étendre une doctrine conçue en fonction des caractéristiques particulières de la guerre traditionnelle à un échange de puissance auquel, dans le cas des emplois stratégiques et dissuasifs des armes nucléaires, se résument tout l'effort de guerre et la finalité de la guerre[175].»

Ces solides objections juridiques à la reconnaissance d'un droit de représailles acquièrent plus de force encore si l'on considère deux autres facteurs : le comportement de l'État auteur des représailles et celui de l'État victime.

L'État auteur des représailles doit faire preuve de mesure car il ne peut légitimement chercher à atteindre d'autre objectif que celui qui a été rappelé plus haut. Si tenté qu'il soit, sous l'effet de la colère ou pour se venger, de déchaîner toute la puissance nucléaire dont il dispose, il doit strictement contrôler sa réaction. Intéressante à cet égard est l'observation d'Oppenheim qui, après avoir passé en revue toute une série d'exemples historiques, conclut :

> «les représailles, au lieu d'être un moyen de faire respecter les règles du combat, peuvent aisément fournir l'occasion de violations systématiques et éhontées de ces règles qui constituent l'essence même du droit de la guerre[176]».

Les exemples historiques que cite Oppenheim se rapportent notamment aux révoltantes atrocités, prétendument justifiables sur la base de la théorie des représailles, qui ont été commises pendant la guerre franco-allemande, la guerre des Boers, la première guerre mondiale et la deuxième guerre mondiale[177]. Ces exemples révèlent cruauté, inhumanité et outrance dans l'emploi de la force, tous abus que le droit de la guerre a pour but d'empêcher. Les bribes du droit de représailles qui pourraient avoir survécu au développement du droit de la guerre disparaissent avec l'arme nucléaire à cause de sa nature même, telle qu'elle est décrite dans la présente opinion.

L'histoire nous enseigne que l'État auteur des représailles usera dans la pratique de son «droit de représailles» — s'il existe — sans se soucier le moins du monde de l'objectif et des limites de ce droit, qui ne devrait être exercé que pour assurer le respect du droit de la guerre.

Quant à l'État victime des représailles — qui a initialement enfreint le droit de la guerre — il ne sera que plus tenté de déchaîner tout l'arsenal

---

[175] «Some Legal Aspects of the Use of Nuclear Weapons», op. cit., p. 445.

[176] Op. cit, Vol. II, p. 565.

[177] Ibid., p. 563 à 565.

nucléaire dont il dispose pour riposter aux représailles — à moins bien sûr d'être déjà hors de combat.

Dans ces conditions, inviter la Cour à sanctionner la légitimité du recours à des représailles nucléaires en cas d'attaque nucléaire, c'est l'inviter à sanctionner un principe qui ouvre la porte à l'arbitraire et à l'outrance dans l'utilisation des armes nucléaires.

Si tant est que les représailles puissent se justifier, ce ne peut-être que comme un moyen de faire respecter le droit de la guerre. Comme elles ne peuvent manifestement pas jouer ce rôle dans le cas des armes nucléaires, l'exception revendiquée ne repose plus sur rien. *Cessante ratione legis, cessat ipsa lex*.

4. Conflits internes

La question posée à la Cour concerne l'emploi des armes nucléaires «en toutes circonstances». La Cour a précisé qu'elle ne faisait pas d'observation sur ce point. Je suis d'avis que l'emploi de l'arme est interdit en *toutes* circonstances.

Les règles d'humanité qui interdisent l'emploi de l'arme dans les guerres à l'extérieur ne commencent pas à jouer une fois les frontières nationales franchies. Elles s'appliquent aussi sur le plan interne.

L'article 3 commun aux quatre Conventions de Genève s'applique à tous les conflits armés de caractère non international qui ont pour cadre le territoire d'une Partie à la Convention. Le Protocole additionnel II de 1977 concernant les conflits internes s'inspire de la clause Martens et se réfère aux «principes d'humanité et aux exigences de la conscience publique».

Le droit international ne fait donc pas de différence, en principe, entre les populations à l'intérieur et à l'extérieur des frontières.

Au surplus, si des armes nucléaires sont utilisées par un État dans le cadre de ses frontières, leurs effets ne pourront, comme le prouve abondamment l'analyse qui précède, être cantonnés au territoire national. Ils se feront sentir bien au-delà, l'expérience de Tchernobyl est là pour en témoigner.

5. La théorie de la nécessité

Trouve-t-on dans la théorie de la nécessité un principe qui pourrait autoriser l'emploi des armes nucléaires en riposte à un acte de guerre illégitime?

La théorie de la nécessité a quelques partisans dans la doctrine relativement ancienne et notamment dans l'école allemande[178], qui l'a résumée dans l'adage allemand «*Kriegsraeson geht vor Kriegsmanier*» [Les nécessités de la guerre priment la manière de la faire]. Mais certains auteurs allemands n'y

[178] Voir la liste des auteurs allemands cités par Oppenheim, op. cit., Vol. II, p. 231, note 6.

souscrivent pas, non plus que, d'une manière générale, les auteurs anglais, français, italiens et américains[179].

Selon cette théorie, le droit de la guerre cesse d'être obligatoire lorsque ce n'est qu'en y contrevenant qu'il est possible de parer à l'extrême danger résultant de l'acte illégitime initial.

Mais c'est là une théorie qui, quoi que l'on puisse en penser, remonte à une époque où il y avait non pas un droit de la guerre, mais des usages de la guerre qui n'avaient pas encore le statut de règles acceptées par la communauté internationale comme obligatoires.

L'évolution qui s'est produite en ce sens depuis la Convention de Genève de 1864 ne permet plus de soutenir que l'applicabilité des règles en question dépend du bon vouloir et de l'appréciation unilatérale des parties. Dès avant la première guerre mondiale, des auteurs faisant autorité, comme Westlake, ont vigoureusement contesté la théorie de la nécessité[180] qui, avec la mise au point, durant la première guerre mondiale, de nouveaux moyens de destruction à grand rayon d'action — en particulier les sous-marins et les aéronefs — s'est révélée de plus en plus dangereuse et inadaptée. L'apparition, pendant la deuxième guerre mondiale, des moyens de destruction massive en a encore accentué le caractère anachronique.

Les décisions des tribunaux qui ont eu à connaître de crimes de guerre durant cette période témoignent du discrédit dans lequel la théorie en cause est tombée — à supposer qu'elle ait jamais été admise. L'affaire du *Peleus* (*War Crimes Reports*, i (1946), p. 1 à 16) relative à la guerre sous-marine, jugée par un tribunal militaire britannique; l'affaire *Milch* (*War Crimes Trials*, 7 (1948), p. 44, 65), jugée par le Tribunal militaire des États-Unis à Nuremberg; et l'affaire *Krupp* (*War Crimes Trials*, 10 (1949), p. 138), où le tribunal a examiné la question de la nécessité économique grave sont autant d'affaires où la théorie de la nécessité a été catégoriquement rejetée par les tribunaux[181].

Cette théorie débouche sur la revanche, la dévastation à outrance et, dans le contexte des armes nucléaires, le génocide. Dans la mesure où elle tend à supplanter les principes du droit de la guerre, elle n'a pas sa place dans le droit international moderne.

Comme l'écrit un auteur américain :

> «y a-t-il une nécessité militaire qui oblige à réduire en cendres la population de villes entières, à dévaster le territoire de pays neutres proches et lointains et à ravager le milieu naturel pour des générations ...? ... Dans l'affirmative, nous assistons au désaveu de Nüremberg, au triomphe de la *Kriegsraeson*, à la répudiation virtuelle de toutes les règles humanitaires des conflits armés ...

---

[179] Ibid., p. 232.

[180] Westlake, *International Law*, 2e éd., 1910-1913, p. 126 à 128; *The Collected Papers of John Westlake on Public International Law*, éd. L. Oppenheim, 1914, p. 243.

[181] Voir, sur ces affaires, Oppenheim, op. cit., p. 232 et 233.

> La notion même de ’proportionnalité’ disparaît et nous ne sommes pas loin d’absoudre le crime de génocide perpétré sous la forme d’une campagne militaire faite plus pour exterminer l’ennemi que pour gagner une bataille ou une guerre[182].»

6. Armes nucléaires à effets limités ou tactiques ou de combat

On a déjà évoqué l’argument des tenants de la licéité de l’emploi des armes nucléaires selon lequel il est possible de minimiser les dangers inhérents à ces armes en recourant à des armes «de faible puissance», «propres», «à effets réduits» ou «tactiques». Ce point a des conséquences importantes en ce qui concerne la question juridique soumise à la Cour et il faut donc étudier d’assez près l’argument selon lequel les armes à effets limités priveraient de fondement les objections reposant sur le caractère destructeur des armes nucléaires.

On examinera ci-après quelques-uns des facteurs à prendre en considération à cet égard :

i) Rien dans le dossier qui a été soumis à la Cour n’indique qu’il existe une arme nucléaire qui n’émette pas de radiations, n’ait pas d’effets délétères sur l’environnement et ne comporte pas de conséquences négatives pour la santé de la génération actuelle et de celles qui la suivront. S’il existe une arme nucléaire qui ne présente pas les caractéristiques très particulières évoquées plus haut dans la présente opinion, on peut se demander pourquoi une arme conventionnelle ne ferait pas aussi bien l’affaire. Nous ne pouvons raisonner que sur la base de ce que nous savons des armes nucléaires.

ii) La viabilité des armes nucléaires de faible puissance a été contestée par les plus hautes autorités du monde militaire[183] et scientifique[184].

iii) On a souligné à propos de la légitime défense (voir la section IV, *supra*) combien il est difficile sur le plan politique, ainsi que l’ont reconnu deux anciens Secrétaires d’État des États-Unis, Robert McNamara et Henry Kissinger, de maintenir la contre-attaque dans les limites de ce qu’on a appelé une riposte restreinte ou minimale. L’idée qu’on pourrait arrêter l’escalade ne paraît pas réaliste dans le contexte d’une attaque nucléaire.

iv) Même en employant des armes nucléaires «de faible puissance», «tactiques» ou «de combat», on franchit le seuil nucléaire. L’État

---

[182] Burns H. Weston, «Nuclear Weapons versus International Law: A Contextual Reassessment» (1983) 28 *McGill Law Journal*, p. 578.

[183] Général Colin Powell, *A Soldier’s Way*, 1995, p. 324 : «Si minimes que soient ces charges nucléaires, nous franchirions un seuil. Utiliser les armes nucléaires dans la conjoncture actuelle serait l’une des initiatives militaires les plus lourdes de conséquences prises depuis Hiroshima ... J’ai commencé à m’interroger sur la viabilité de ces armes nucléaires de faible puissance».

[184] Voir *Bulletin of Atomics Scientists*, mai 1985, p. 35, à la page 37, dont il est fait mention dans les observations écrites de la Malaisie, p. 20.

qui serait la cible d'une telle riposte nucléaire ne saurait pas qu'il est en présence d'une riposte restreinte ou tactique faisant intervenir une arme de faible puissance et on ne peut pas raisonnablement s'attendre à ce que sa contre-riposte soit de même nature, c'est-à-dire utilise une arme de puissance analogue.

L'hypothèse que nous envisageons ici est celle d'une attaque nucléaire suivie d'une riposte nucléaire restreinte. Comme on l'a déjà vu :

a) Compter sur une «riposte contrôlée» relève de l'utopie; et

b) Attendre de la puissance nucléaire auteur de l'attaque initiale une «contre-riposte contrôlée» à la «riposte contrôlée» est encore plus chimérique.

Dans ces conditions, l'hypothèse considérée est celle d'une guerre nucléaire totale, d'où il résulte que l'utilisation d'armes nucléaires dans le cadre d'une riposte contrôlée est illicite.

L'idée que l'État-cible renoncerait volontairement à utiliser à plein son potentiel nucléaire est, comme on l'a souligné plus haut dans la présente opinion, une vue de l'esprit. Faire reposer l'avenir de l'humanité sur une vue de l'esprit paraît bien hasardeux.

v) Comme l'a souligné un des États qui se sont présentés devant la Cour :

«Essayer de démontrer que l'emploi d'une seule arme nucléaire n'est pas nécessairement incompatible avec les principes d'humanité relève de la théorie et de l'utopie. Dans la réalité, l'emploi des armes nucléaires conduirait presque immanquablement au déclenchement d'une guerre nucléaire.» (Australie, Gareth Evans, CR 95/22, p. 49 et 50)

vi) On pourrait soutenir qu'en présence de préparatifs visant à rendre une arme nucléaire opérationnelle, une frappe anticipée est nécessaire à des fins de légitime défense. Mais s'il est fait usage, pour une telle frappe, d'une arme nucléaire de faible puissance comparable par définition à une arme conventionnelle du point de vue de l'effet de souffle, de l'effet thermique et des radiations, pourquoi utiliser une arme nucléaire quand une arme conventionnelle ferait aussi bien l'affaire?

vii) Le risque d'accident doit aussi être pris en compte. Les armes nucléaires n'ont jamais été essayées dans aucun théâtre d'opérations. La mesure dans laquelle leur capacité de destruction peut être limitée n'a pas été testée et tout repose encore dans ce domaine sur des assurances théoriques. Étant donné que l'erreur humaine n'est jamais à exclure dans une activité hautement scientifique — témoin l'explosion accidentelle d'une navette spatiale avec tous ses passagers à bord — une arme prétendument dotée d'un potentiel de destruction «limitée» peut fort bien ne pas être telle par suite d'une erreur ou d'un défaut de construction.

On peut dire qu'abstraction faite du problème du calibrage précis de la bombe à utiliser, l'emploi de n'importe quel type d'armes nucléaires sous la pression de l'urgence est une démarche qui comporte des risques élevés d'accident[185]. L'étude de l'UNIDIR en référence insiste sur «la très haute probabilité d'escalade une fois la confrontation amorcée» (p. 11).

viii) Ce qu'il faut entendre par arme nucléaire tactique «de faible puissance» n'est pas clair et aucune des puissances dotées d'armes nucléaires n'a fourni d'indication précise à la Cour sur ce point. La Malaisie a en revanche appelé l'attention de la Cour sur une loi des États-Unis qui a interdit «la recherche-développement pouvant conduire à la production ... d'une arme nucléaire à effets réduits» (observations écrites, p. 20), qui est définie comme ayant une puissance inférieure à 5 kilotonnes (les bombes d'Hiroshima et de Nagasaki étaient dotées d'une puissance de 15 et 12 kilotonnes respectivement)[186]. Des armes de cette puissance peuvent, sauf preuve contraire, être présumées générer tous les dangers inhérents aux armes nucléaires, tels qu'ils ont été décrits plus haut dans la présente opinion.

ix) D'aucuns soutiennent qu'il pourrait être fait usage d'une arme capable d'être dirigée de manière précise sur une cible bien déterminée. Mais l'expérience toute récente de la guerre du Golfe a montré que les armes, si perfectionnées ou miniaturisées soient-elles, n'atteignent pas toujours leur cible. Dans le cas des armes nucléaires, pareille erreur de tir aurait des conséquences extrêmement graves.

x) Étant donné qu'une guerre nucléaire, que la plus modeste des armes nucléaires suffirait à déclencher, ferait, selon les estimations de l'OMS, entre un million et un milliard de morts, on ne peut que se ranger au sentiment dont l'Égypte nous a fait part lorsque, se référant à l'hécatombe anticipée, elle écrit :

«même dans l'hypothèse d'une extrême miniaturisation, pareils chiffres estimatifs sont tout à fait intolérables au regard des principes généraux du droit humanitaire.» (CR 95/23, p. 43)

xi) Les armes chimiques et bactériologiques offrent une analogie convaincante : du fait que de ces armes, employées en petite quantité, on peut attendre des dommages comparativement réduits, nul ne conclurait que les armes en question sont licites puisqu'il est possible de les utiliser sans dépasser certaines limites. Si, de la même manière, les armes nucléaires sont en règle générale illicites, celles qui sont de faible puissance ne peuvent faire exception.

---

[185] Voir, *supra*, l'étude de l'UNIDIR, *Risks of Unintentional Nuclear War*.

[186] *National Defense Authorization Act for Fiscal Year (FY) 1944*, *Public Law*, 103-160, 30 novembre 1993.

Dès lors que les armes nucléaires sont intrinsèquement illicites, il ne suffit pas de les utiliser à dose réduite ou d'employer des modèles de faible puissance pour les rendre licites. De même, on ne peut raisonnablement soutenir qu'un État attaqué au moyen d'armes chimiques ou bactériologiques serait en droit de riposter avec un nombre limité d'armes de même nature. S'il n'est pas permis d'utiliser ces diverses catégories d'armes même en état de légitime défense, c'est parce que leurs effets dépassent les nécessités de la guerre — une caractéristique qui leur est commune à toutes.

xii) Même si — et aucun des États qui se sont présentés devant la Cour n'a rien soutenu de tel — il existait une bombe nucléaire ne comportant absolument aucun risque de propagation des radiations et ne relevant pas de la catégorie des armes de destruction massive, il serait tout à fait impossible à la Cour d'identifier les armes nucléaires licites et les armes nucléaires illicites car il lui faudrait pour cela entrer dans des analyses techniques qui excèdent sa compétence. La Cour doit donc se prononcer sur la licéité en général.

En déclarant, avec l'autorité qui s'attache à ses conclusions, que toutes les armes nucléaires ne sont pas illicites (c'est-à-dire qu'il en existe qui ne sont pas illicites), la Cour donnerait à quiconque se propose d'employer ou de menacer d'employer des armes nucléaires la possibilité de présenter l'arme particulière utilisée ou envisagée comme couverte par la déclaration en question. Aucune vérification ne serait possible. Licence serait donnée d'employer n'importe quelle arme nucléaire au gré des États.

Si détaillées que puissent être les conclusions de la Cour, on ne peut pas raisonnablement s'attendre à ce qu'une puissance désireuse d'utiliser la bombe veille à en choisir une qui réponde aux critères définis dans ces conclusions.

VIII. QUELQUES ARGUMENTS AVANCÉS POUR SOUTENIR QUE LA COUR NE DEVRAIT PAS DONNER L'AVIS CONSULTATIF SOLLICITÉ

1. Un tel avis consultatif serait dépourvu d'effets pratiques

On a fait valoir que, quel que puisse être l'état du droit, la question de l'emploi des armes nucléaires est une question politique qui fait intervenir des considérations politiques et qui relève d'une option politique. Peut-être, mais il faut se rappeler que, si politique que puisse être une question, un effort de clarification du droit, loin d'être inutile, oiseux ou stérile, est toujours payant.

Il est important que la Cour dise le droit tel qu'il est. Une décision fondée sur une analyse correcte du droit inspirera le respect en vertu de son autorité intrinsèque. Elle contribuera à l'instauration d'un climat favorable au respect du droit. Elle renforcera l'autorité de la Cour en la faisant apparaître comme une institution qui s'acquitte de sa mission d'élucidation et de développement du droit, quelles que soient les considérations politiques en jeu.

La décision de la Cour sur l'illicéité du système d'apartheid n'avait guère de chance d'être appliquée par le Gouvernement délinquant mais elle a contribué à créer un courant d'opinion qui a démantelé ce système. Si la Cour s'était laissée arrêter par l'inutilité de ses injonctions, l'apartheid aurait peut-être pris fin beaucoup plus tard ou même survécu. L'élucidation du droit est une fin en soi et pas seulement un moyen au service d'une fin. Lorsque le droit est clair, il a plus de chance d'être respecté que s'il est enveloppé d'obscurité.

On a fait valoir que, dans les domaines relevant de la «haute politique», l'influence du droit international est minime. Mais, comme l'a souligné le professeur Brownlie en réponse à cet argument, mieux vaut «proclamer une interdiction qui *risque* d'être transgressée en période de crise que de renoncer à tout effort normatif»[187].

Je tiens aussi à rappeler dans ce contexte les observations très perspicaces d'Albert Schweitzer, citées au début de la présente opinion, sur l'utilité d'une sensibilisation accrue de l'opinion publique au problème de l'illicéité des armes nucléaires.

La Cour doit s'acquitter de son rôle judiciaire, dire le droit et en préciser le contenu, comme elle a le pouvoir et la responsabilité de le faire, sans se laisser arrêter par des considérations politiques qui ne sont pas de son ressort.

2. Les armes nucléaires ont préservé la paix mondiale

Certains États partisans de la thèse de la licéité ont soutenu que les armes nucléaires ont servi de manière décisive la cause de la sécurité internationale pendant les 50 dernières années et ont contribué au maintien de la paix mondiale.

Même en admettant que cet argument soit correct, il n'a pas grand chose à voir avec la question juridique dont la Cour est saisie. La menace d'emploi d'une arme en violation du droit humanitaire de la guerre ne cesse pas d'être une violation de ce droit simplement parce que la terreur insurmontable que l'arme inspire a l'effet psychologique de paralyser la partie adverse. La Cour ne peut souscrire à un système de sécurité reposant sur la terreur. Pour reprendre la saisissante formule employée par Winston Churchill devant la Chambre des communes en 1955, «la sécurité sera l'enfant vigoureux de la terreur et la survie la soeur jumelle de l'annihilation». Un ordre mondial qui fait de la sécurité la conséquence de la terreur et voit dans la survie et l'annihilation des alternatives jumelées fait dépendre la paix et l'avenir de l'homme de la terreur. Ce n'est pas un ordre mondial auquel la Cour puisse donner son aval. La Cour doit faire prévaloir non le règne de la force et de la terreur mais la règle de droit, ainsi que les principes humanitaires du droit de la guerre qui sont un élément essentiel de l'ordre juridique international que la Cour a mission de faire respecter.

Un ordre mondial fondé sur la terreur nous ramènerait à l'état de nature décrit par Hobbes dans le *Leviathan* où les souverains «adoptent la posture de

---

[187] «Some Legal Aspects of the Use of Nuclear Weapons», op. cit., p. 438 (c'est moi qui souligne).

gladiateurs, tenant leurs armes à bout de bras et s'affrontant du regard — c'est-à-dire une posture belliqueuse»[188].

Le droit international, arrivant aux portes d'un nouveau millénaire avec, derrière lui, trois siècles de développement et un siècle de développement du droit humanitaire, peut faire mieux que de réaffirmer la sujétion du droit international à la terreur, ce qui marquerait un retour à l'état de nature décrit par Hobbes au lieu d'une victoire de la primauté du droit international prêchée par Grotius. En présence de deux visions du monde aussi dissemblables bien qu'émanant de deux quasi-contemporains, le droit international doit manifestement opter pour celle de Grotius et la présente affaire a fourni à la Cour l'occasion d'écrire ce que les historiens de demain appelleront peut-être une «page de Grotius» dans l'histoire du droit international. Je regrette que la Cour n'ait pas saisi cette occasion. Le silence qu'elle a gardé sur les contradictions entre la dissuasion et le droit international risque en outre de perpétuer la «posture belliqueuse», évoquée par Hobbes, que la dissuasion implique.

Si décisives que soient les considérations qui précèdent pour réfuter l'argument selon lequel la dissuasion a eu le mérite de préserver la paix mondiale, il y a plus encore. L'argument est infirmé par l'histoire. Il est établi que le recours aux armes nucléaires a été envisagé plus d'une fois au cours des 50 dernières années. Parmi les exemples les plus connus figure la crise des missiles à Cuba (1962) et la crise de Berlin (1961). À ces deux exemples on pourrait en ajouter beaucoup d'autres, puisés dans des études bien documentées sur le sujet[189]. Le monde a, en chacune de ces occasions, frisé la catastrophe nucléaire et, pour ainsi dire, retenu son souffle. Tout aurait pu arriver lors de ces confrontations où ceux qui contrôlent le bouton nucléaire se sont souvent trouvés engagés dans une guerre des nerfs et l'humanité a eu de la chance qu'il n'y ait pas eu d'échanges nucléaires. C'est par surcroît une erreur de dire que l'arme nucléaire a sauvé le monde de la guerre puisqu'on dénombre, depuis 1945, plus d'une centaine de guerres qui ont fait 20 millions de morts[190]. Certaines études démontrent que, depuis la fin de la deuxième guerre mondiale, il n'y a pas eu une seule année, sauf peut-être 1968, qui n'ait été témoin de conflits armés en divers points du globe[191] et des enquêtes plus détaillées révèlent que sur les 2 340 semaines qui se sont écoulées entre 1945 et 1990, il n'y en a eu que trois où le monde a vraiment été exempt de tout conflit[192].

Sans doute n'y a-t-il pas eu de conflagration mondiale mais l'arme nucléaire n'a pas marqué la fin d'un monde déchiré par la guerre et semé de

---

[188] Thomas Hobbes, *The Leviathan*, éd. James B. Randall, Washington Square Press, 1970, p. 86.

[189] Par exemple, *The Nuclear Predicament: A Sourcebook*, D. U. Gregory (éd.), 1982.

[190] Ruth Sivard, dans *World Military and Social Expenditures, World Priorities* (1993, p. 20), dénombre 149 guerres et 23 millions de morts.

[191] Voir Charles Allen, *The Savage Wars of Peace: Soldiers' Voices 1945-1989*, 1989.

[192] Alvin et Heidi Toffler, *War and Anti-War: Survival at the Dawn of the 21st Century*, 1993, p. 14.

foyers de tension susceptibles de conduire, en cas d'escalade du conflit et si les moyens sont là, à l'emploi des armes nucléaires. Ainsi seraient infligées à l'humanité «les indicibles souffrances» que la Charte des Nations Unies avait pour but principal de lui épargner.

IX. CONCLUSION

1. La tâche de la Cour

On a rappelé (à la section VI.4 de la présente opinion) que la cause antinucléaire a mobilisé les efforts de groupements très divers — associations d'écologistes, de médecins, de juristes, d'artistes-interprètes, de parlementaires ou de pacifistes, organisations féminines, fédérations d'étudiants — trop nombreux pour qu'on puisse en tenir le compte. Il s'en trouve dans tous les pays et dans toutes les régions.

D'autres cercles ont pris position en sens contraire pour des raisons diverses.

Comme aucune voix autorisée ne s'est jusqu'à présent prononcée sur l'état du droit dans ce domaine, la Cour a été invitée à donner un avis consultatif. Cette invitation lui a été adressée par l'institution la plus représentative du monde, motivée par la conviction que l'instance judiciaire suprême de la planète pouvait, en se prononçant sur cette question capitale, être d'un grand secours à l'humanité.

De par la demande qui lui a été soumise, la Cour a eu l'occasion de rendre un service exceptionnel sur une question exceptionnelle. De par l'avis qu'elle a donné, certains principes importants ont pour la première fois reçu une sanction judiciaire. Pourtant, la Cour n'est pas, selon moi, allée aussi loin qu'elle l'aurait dû.

Dans la présente opinion dissidente, j'ai exposé mes conclusions touchant l'état du droit. Bien que conscient de l'ampleur des problèmes en jeu, je m'en suis tenu au droit *tel qu'il est* — aux nombreux principes dégagés par le droit international coutumier et, plus spécialement, au droit humanitaire qui couvre les diverses formes de dommages causés par les armes nucléaires. Comme je l'ai dit en commençant, je suis convaincu que l'emploi et la menace d'emploi des armes nucléaires sont incompatibles avec le droit international et avec les fondements sur lesquels il repose. J'ai voulu dans la présente opinion exposer mes raisons de manière assez détaillée et préciser pourquoi l'utilisation ou la menace d'utilisation des armes nucléaires sont totalement interdites — *sans réserve et en toutes circonstances* — par le droit *en vigueur*.

Je me félicite que ces conclusions juridiques aillent dans le sens de ce que je crois être les exigences de la morale et les intérêts de l'humanité.

2. Les options qui s'offrent à l'humanité

En conclusion, je voudrais évoquer brièvement le manifeste Russell-Einstein, publié le 9 juillet 1955. Deux des plus grands cerveaux de ce siècle, Bertrand Russell et Albert Einstein, l'un et l'autre particulièrement qualifiés pour parler d'une voix autorisée de la puissance emprisonnée dans l'atome ont, avec quelques-uns des plus éminents savants du monde, lancé un appel poignant au monde entier au sujet des armes nucléaires.

Cet appel était dicté par la raison, par l'humanité et par le souci du sort de l'espèce humaine. Raison, humanité et souci du sort de l'espèce humaine font partie intégrante du droit international.

Le droit international comporte une branche qui s'intéresse spécialement au droit humanitaire de la guerre. C'est dans la perspective de cette branche du droit que se situe la présente affaire — une perspective dans laquelle les préoccupations reflétées dans le manifeste Russell-Einstein prennent un relief particulier.

Voici des extraits de cet appel :

> «Nul ne sait dans quel rayon se diffuseraient ces particules radioactives létales mais les autorités les plus dignes de foi conviennent unanimement qu'une guerre faisant intervenir des bombes H pourrait mettre fin à la race humaine...
>
> ... Nous lançons, en tant qu'êtres humains, un appel aux êtres humains : rappelez-vous votre condition d'être humain et oubliez le reste. Si vous y parvenez, vous verrez s'ouvrir devant vous la voie d'un nouvel Eden; sinon, vous devrez affronter le risque d'une annihilation universelle.»

Muni de l'arsenal de principes nécessaires, le droit international pourrait puissamment contribuer à dissiper l'ombre du champignon nucléaire et à faire lever l'aube éclatante d'une ère dénucléarisée.

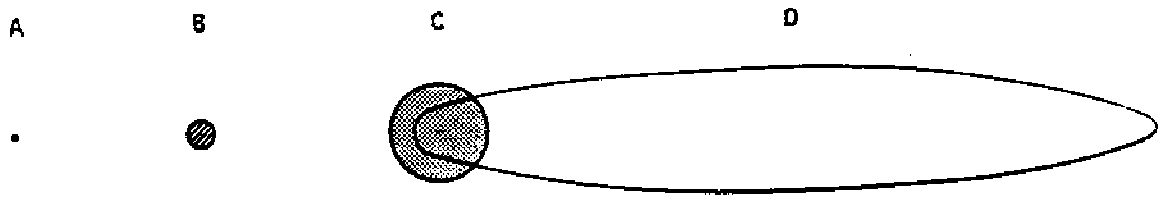
Il n'est pas de question qui soit plus lourde de conséquences pour l'avenir de l'humanité et les contours de cet avenir transparaissent clairement dans la trame du droit international. Cette question n'avait pas jusqu'à présent été inscrite au rôle d'un tribunal international. Maintenant qu'elle l'a été, et pour la première fois, il faut y répondre fermement, clairement et catégoriquement.

(Signé) Christopher Gregory WEERAMANTRY

APPENDICE

(le risque encouru par les états neutres)

COMPARAISON ENTRE LES EFFETS DES BOMBES



A — Zone létale de l'onde de choc des bombes les plus puissantes utilisées au cours de la deuxième guerre mondiale.

B — Zone létale de l'onde de choc de la bombe d'Hiroshima.

C — Zone létale de l'onde de choc d'une bombe d'une mégatonne.

D — Zone létale des retombées radioactives d'une bombe d'une mégatonne.

OPINION DISSIDENTE DE M. KOROMA

Je regrette vivement d'être dans l'obligation de joindre cette opinion dissidente à l'avis consultatif rendu par la Cour car je suis en total désaccord avec la conclusion à laquelle la Cour est parvenue — grâce à la voix prépondérante du Président — et aux termes de laquelle :

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

Mon opinion mûrement réfléchie est que non seulement cette conclusion est insoutenable eu égard au droit international existant, mais elle est aussi, comme je le montrerai plus loin, en complète contradiction avec les nombreux éléments faisant autorité qui ont été présentés à la Cour. Ce prononcé est d'autant plus regrettable que la Cour était elle-même parvenue à la conclusion que :

> «la menace ou l'emploi d'armes nucléaires serait généralement contraire aux règles du droit international applicable dans les conflits armés, et spécialement aux principes et règles du droit humanitaire».

C'est là une conclusion que j'approuve, sauf le mot «généralement». Mon opinion bien pesée, fondée sur le droit existant et les éléments de preuve dont on dispose, est que l'emploi d'armes nucléaires serait illicite en toute circonstance d'après le droit international. Cet emploi constituerait à tout le moins une violation des principes et règles du droit international humanitaire et serait donc contraire à ce droit.

Je ne puis non plus m'associer à divers aspects du raisonnement qui motive l'avis consultatif. Certains, d'après moi, sont indéfendables en droit et risquent même d'entraîner éventuellement une déstabilisation de l'ordre juridique international existant.

Selon la documentation dont la Cour a été saisie, on estime qu'il y a aujourd'hui dans le monde plus de 40 000 ogives nucléaires et que leur capacité totale de destruction est supérieure d'environ un million de fois à la capacité de destruction de la bombe qui a dévasté Hiroshima. On dit qu'une seule bombe atomique explosant au-dessus d'une grande ville pourrait tuer plus d'un million de personnes. Utilisées massivement, ces armes pourraient entraîner l'anéantissement de la race humaine et l'extinction de la civilisation. Les armes nucléaires ne sont pas simplement des armes d'un autre genre; elles sont considérées comme l'arme absolue et leurs effets destructeurs sont beaucoup plus étendus que ceux de toute arme conventionnelle. La question de savoir si l'emploi de telles armes est licite — sur ce quoi porte la demande d'avis consultatif — est une question à laquelle, selon moi, la Cour en tant que tribunal et en tant que gardienne de la légalité dans le système des Nations Unies devrait être capable de répondre.

Si les États ont des positions divergentes sur la question des armes nucléaires, tout comme sur leurs conséquences, ils ont aussi des positions divergentes sur le point de savoir si la Cour aurait dû être saisie d'une demande d'avis consultatif en la matière. Quoi qu'il en soit, ayant décidé que l'Assemblée générale avait compétence pour poser la question et qu'il n'y avait aucune «raison décisive», tenant à l'opportunité ou à la nécessité de sauvegarder son caractère judiciaire, pour ne pas répondre, la Cour aurait dû s'acquitter de sa fonction judiciaire conformément à l'article 38 de son Statut et trancher la question «conformément au droit international», en appliquant simultanément les conventions internationales et la coutume internationale en tant que règles établies, reconnues par les États, ou en tant que preuve d'une pratique générale acceptée comme étant le droit, ou bien les principes généraux de droit reconnus par tous les États, les décisions judiciaires de la Cour et les résolutions d'organisations internationales, au moins comme preuves du droit.

À mon avis, la prévention de la guerre, par l'emploi d'armes nucléaires, relève du droit international et, si la Cour est invitée à trancher une question de ce genre, elle a compétence pour le faire. En assurant le respect du droit, sa décision peut contribuer à prévenir un conflit. Dans l'affaire du *Détroit de Corfou*, la Cour a dit qu'elle avait pour fonction d'«assurer l'intégrité du droit international dont elle est l'organe» (*CIJ Recueil 1949*, p. 35). Commentant cette formule, M. Nagendra Singh, ancien membre et Président de la Cour, a fait observer que la Cour ne s'y était pas référée à la Charte des Nations Unies ou à son propre Statut. Il a ajouté que «la Cour doit ainsi avoir conscience de ce fait, comme de quelque chose d'inhérent à son existence, lié au droit qu'elle applique». («The Role and Record of the International Court of Justice», p. 173). Aujourd'hui il existe un système de prévention de la guerre en droit international dont les éléments sont l'interdiction du recours à la force, les dispositions de la Charte des Nations Unies relatives à la sécurité collective et visant au maintien de la paix internationale, l'obligation d'utiliser des moyens pacifiques pour régler les différends internationaux et les réglementations touchant aux armes, à la limitation des armements et au désarmement. L'avis consultatif de la Cour en l'espèce aurait pu renforcer ce régime en offrant un bouclier à l'humanité.

Compte tenu des données dont la Cour était saisie, il est parfaitement illogique, selon moi, qu'elle dise ne pas pouvoir se prononcer de façon définitive sur la question posée au vu de l'état actuel du droit ainsi que des éléments de fait dont elle dispose car ni le droit ni les faits ne sont imprécis ou insuffisants au point de l'empêcher de parvenir à une conclusion définitive en la matière. On pourrait aussi interpréter le prononcé de la Cour comme suggérant soit qu'il y a un vide, une lacune, dans le droit actuel soit que la Cour n'est pas en mesure de parvenir à une conclusion définitive en la matière parce que le droit est imprécis, que son contenu est insuffisant ou que simplement il n'existe pas. Il ne me semble pas que l'on ait besoin de principes nouveaux pour statuer sur cette question. Tout ce que l'on demandait à la Cour était d'appliquer le droit existant. Conclure à un *non liquet* est dépourvu de tout fondement en l'espèce. La Cour a toujours été d'avis que c'est à elle et non aux parties qu'il incombe d'établir ce qu'est le droit. La Cour a déclaré :

> «qu'il n'est nullement incompatible avec sa fonction judiciaire de statuer sur les droits et les devoirs des parties au regard du droit international existant d'une manière qui pourrait avoir manifestement un effet dans l'avenir... La possibilité d'une

> modification du droit existe toujours mais cela ne saurait décharger la Cour de son obligation de statuer sur la base du droit tel qu'il existe au moment où elle rend sa décision.» (*Compétence en matière de pêcheries, fond, arrêt, CIJ Recueil 1974*, p. 19)

Non seulement le *corpus juris* en la matière est considérable mais encore il est suffisamment clair et précis pour que la Cour ait pu se prononcer de façon définitive. Si la Cour avait appliqué le droit dans toute son ampleur — y compris les conventions internationales, les règles du droit international coutumier, les principes généraux de droit international, les décisions judiciaires ainsi que les résolutions des organisations internationales — il n'y aurait pas eu lieu de prononcer ce qui revient à un *non liquet*.

En outre tous les États — aussi bien les États dotés de l'arme nucléaire que ceux qui ne la possèdent pas — sont convenus d'appliquer à l'emploi d'armes nucléaires les règles du droit international applicable dans les conflits armés, spécialement le droit international humanitaire. Ce droit, qui a été formulé et codifié pour restreindre le recours à certaines armes et à certaines méthodes de combat, vise à limiter les terribles effets de la guerre. Il est centré sur le principe d'humanité qui tend avant tout à atténuer les conséquences des hostilités pour les civils comme pour les combattants. Ce droit établit aussi un régime sur la base duquel doivent être jugés les moyens et les méthodes utilisés pour faire la guerre. En conséquence, il semblerait approprié et justifiable que les effets d'un conflit où des armes nucléaires seraient employées soient jugés selon les normes afférentes à ce régime.

En dépit de ses conclusions, la Cour considère elle-même que le droit des conflits armés et en particulier les principes et les règles du droit humanitaire trouveraient application dans un conflit où l'arme nucléaire serait employée. Il s'ensuit que le prononcé de la Cour selon lequel elle ne peut conclure de façon définitive que la menace ou l'emploi d'armes nucléaires serait licite ou illicite dans une circonstance extrême de légitime défense dans laquelle la survie même d'un État serait en cause comporte une contradiction et que l'on peut y voir au mieux l'exposé de deux principes, à savoir l'obligation de respecter les principes et les règles du droit international applicable dans les conflits armés et le droit de légitime défense des États notamment quand ils estiment que leur survie même est en jeu. Ces principes ne s'excluent pas mutuellement et sont reconnus par le droit international. On a soutenu néanmoins que, lorsque la Cour se trouve en face de deux principes ou droits concurrents, elle devrait dans sa jurisprudence attribuer la priorité à l'un des deux et assurer sa primauté. De l'avis de Sir Hersch Lauterpacht, même si la primauté d'un principe sur l'autre résulte d'une préférence marginale pour l'un des deux principes, cette préférence, si légère soit-elle, est décisive. Il admet qu'une action du juge en ce sens peut être à certains égards impossible à distinguer d'une législation émanant du juge. Toutefois, soutient-il, la Cour «peut avoir à réaliser un compromis — non pas un compromis diplomatique mais un compromis judiciaire légitime — entre des principes de droit concurrents» et il conclut :

> «il n'y a pas de raison décisive pour que la Cour évite à tout prix une telle issue. Il est conforme à la véritable fonction de la Cour que le différend qui lui est soumis soit tranché par sa propre décision et non par l'action aléatoire de plaideurs désirant un accommodement. Lorsqu'après une procédure écrite et orale prolongée,

> la Cour est obligée de laisser le règlement du problème... aux parties, il en résulte une déception embarrassante, qui juridiquement n'est pas sans pertinence.» (*The Development of International Law by the International Court*, p. 146)

Le fait de laisser à chaque État, comme on l'a suggéré, la liberté de déterminer s'il peut être licite ou non de recourir à l'arme nucléaire ne correspond pas seulement à une option lourde de graves dangers pour les États directement engagés dans un conflit comme pour les États qui y sont étrangers mais peut amener à penser que cette option n'est pas légalement répréhensible. Par conséquent, au lieu de laisser à chaque État le soin de décider s'il serait licite ou illicite d'employer des armes nucléaires dans une circonstance extrême touchant à la survie de l'État, la Cour aurait dû dire s'il est permis d'utiliser des armes nucléaires même dans un cas où la survie de l'État serait en cause. La question posée à la Cour est de savoir s'il est licite de se servir d'armes nucléaires et non celle de la survie de l'État, sur laquelle est axée la réponse donnée par la Cour. Si celle-ci avait bien interprété la question, non seulement elle aurait été amenée à dire le droit en ce qui concerne l'emploi d'armes nucléaires, mais sa réponse aurait fort bien pu jouer un rôle préventif par rapport à cet emploi. Malheureusement la Cour ne s'est pas seulement abstenue d'exercer sa fonction judiciaire; en ne prenant pas position, elle semble réduire gravement la portée des restrictions juridiques mises actuellement à l'utilisation des armes nucléaires, tout en jetant le doute sur le régime de la légitime défense — elle a créé en effet une catégorie nouvelle, celle de la «survie de l'État», qui constituerait une exception à l'Article 2, paragraphe 4 et à l'Article 51 de la Charte des Nations Unies ainsi qu'aux principes et aux règles du droit humanitaire. En fait, ce genre d'abstention pourrait bien équivaloir à une législation judiciaire alors que la Cour elle-même a indiqué, à juste titre selon moi, qu'elle ne saurait «légiférer» et que

> «dans les circonstances de l'espèce, elle n'est nullement appelée à le faire. Il lui appartient seulement de s'acquitter de sa fonction judiciaire normale en s'assurant de l'existence ou de la non-existence de principes et de règles juridiques applicables à la menace ou à l'emploi d'armes nucléaires.» (Avis consultatif, par. 18)

Néanmoins, juste après avoir réaffirmé son auto-limitation, la Cour y renonce immédiatement en proclamant qu'elle ne peut conclure de façon définitive que la menace ou l'emploi d'armes nucléaires serait «licite ou illicite dans une circonstance extrême de légitime défense dans laquelle la survie même d'un État serait en cause», vu l'état actuel du droit international et des éléments de fait dont elle disposait. Qu'il me soit permis de dire que ce prononcé n'est pas seulement insoutenable en droit, il est aussi juridiquement superflu. Le droit de légitime défense est un droit inhérent et fondamental que possèdent tous les États. Dire qu'il est en dehors et au-dessus des lois, c'est rendre probable l'utilisation unilatérale de la force par un État quand lui-même et lui seul considère que sa survie est en jeu. Le droit de légitime défense n'est pas une simple licence permettant de recourir à la force, il est réglementé par le droit et son objet n'a jamais été de menacer la sécurité d'autres États.

Ainsi non seulement la Cour, par son prononcé, semble avoir fait oeuvre de législation judiciaire, sapant le régime du non-recours à la force tel qu'il résulte de l'Article 2, paragraphe 4, de la Charte et celui de la

légitime défense que consacre l'Article 51, mais encore la doctrine de la survie de l'État représente un recul par rapport au droit qui a précédé l'adoption de la Charte des Nations Unies et rappelle une période bien antérieure. Grotius qui écrivait au dix-septième siècle a dit : «le droit de légitime défense... tire son origine directement et principalement du fait que la nature confie à chacun le soin de sa propre protection» (Grotius, *De Jure Belli Ac Pacis*, livre II, chap. I, partie III - 1646). La conclusion de la Cour revient, semble-t-il, à attribuer à chaque État le droit exclusif de décider tout seul l'emploi de l'arme nucléaire quand sa survie, telle qu'il la perçoit, est en cause et cette décision n'est soumise ni au droit ni au jugement d'un tiers. Quand, après la conclusion du Pacte Briand-Kellogg de 1928, Lauterpacht a eu à examiner une situation similaire où les États en cause alléguaient qu'un État invoquant la légitime défense avait seul compétence pour décider si les circonstances requéraient le recours à la guerre au titre de la légitime défense, il a estimé qu'une telle «allégation renferme une contradiction car elle prétend se fonder sur un droit tout en se dissociant d'une réglementation et d'une évaluation juridiques». Tout en considérant le droit de légitime défense comme «absolu» en ce sens qu'il ne peut être juridiquement méconnu, Lauterpacht a soutenu qu'il était «relatif» en ce qu'il est présumé relever du droit. Il est réglementé au point qu'il appartient aux tribunaux de dire si le recours à la légitime défense était nécessaire, jusqu'à quel point et jusqu'à quand. (*The Function of Law in the International Community*, p. 179-180)

Comme on l'a déjà indiqué, le prononcé de la Cour dont il s'agit est un défi à certains des préceptes fondamentaux du droit international existant, y compris l'interdiction du recours à la force dans les relations internationales et l'exercice du droit de légitime défense. Que la Cour ne puisse décider de façon définitive si l'emploi d'armes nucléaires est licite ou illicite quand la survie d'un État est en cause confirme l'assertion selon laquelle non seulement la survie de cet État ne relève pas du droit mais encore un État peut, pour assurer sa survie, annihiler le reste de l'humanité en recourant à l'arme nucléaire. Sous sa forme historique du droit fondamental à l'auto-préservation, on a pris par le passé prétexte de ce droit pour violer la souveraineté d'autres États. De tels actes sont maintenant considérés comme illicites par le droit international contemporain. Le Tribunal militaire international de Nuremberg a rejeté en 1946 l'argument tiré de ce que l'État en cause avait agi dans le cadre de la légitime défense et de ce que tout État devait être juge de décider, si dans un cas donné, il avait le droit d'exercer sa légitime défense. Le Tribunal estime que le point de savoir si des mesures prises sous le couvert de la légitime défense sont en fait agressives ou défensives doit finalement faire l'objet d'une enquête et d'un jugement si l'on veut jamais que le droit international soit respecté (*Jugement du Tribunal militaire international de Nuremberg*, 1946, Procès des grands criminels de guerre devant le Tribunal militaire international (1947), Vol. I, p. 208).

De même, dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, la Cour a rejeté l'argument selon lequel le droit de légitime défense ne relève pas du droit international. Tout en notant que l'Article 51 de la Charte reconnaît qu'il existe un droit «naturel» ou «inhérent» de légitime défense, elle déclare : «on voit mal comment il ne serait pas de nature coutumière, même si son contenu est désormais confirmé par la Charte et influencé par elle» (*CIJ Recueil 1986*, p. 94). La Cour, dans ses conclusions actuelles, semble s'écarter de sa propre jurisprudence

puisqu'elle dit ne pas pouvoir conclure de façon définitive s'il serait ou non licite qu'un État se serve d'armes nucléaires.

Quoi qu'il en soit, la Cour n'était nullement tenue de conclure de la sorte car le droit est clair. Le recours à la force est fermement et impérativement interdit par l'Article 2, paragraphe 4, de la Charte des Nations Unies. Le régime de la légitime défense que la Cour préfère dénommer la doctrine de la «survie» de l'État est réglementé lui aussi et relève de ce droit. Le droit de légitime défense est clairement énoncé à l'Article 51 de la Charte dans les termes suivants :

> «Aucune disposition de la présente Charte ne porte atteinte au droit naturel de légitime défense, individuelle ou collective, dans le cas où un Membre des Nations Unies est l'objet d'une agression armée, jusqu'à ce que le Conseil de sécurité ait pris les mesures nécessaires pour maintenir la paix et la sécurité internationales. Les mesures prises par des Membres dans l'exercice de ce droit de légitime défense sont immédiatement portées à la connaissance du Conseil de sécurité et n'affectent en rien le pouvoir et le devoir qu'a le Conseil, en vertu de la présente Charte, d'agir à tout moment de la manière qu'il juge nécessaire pour maintenir ou rétablir la paix et la sécurité internationales.»

Ainsi l'Article 51 autorise l'exercice du droit de légitime défense aux conditions qu'il stipule. En premier lieu, pour pouvoir exercer ce droit, un État doit avoir été la victime d'une agression armée et, quand il l'exerce, il doit respecter le principe de la proportionnalité. En second lieu, la ou les mesures prises dans l'exercice de ce droit doivent être portées à la connaissance du Conseil de sécurité et abrogées dès que le Conseil lui-même a pris les dispositions nécessaires pour maintenir la paix internationale. L'Article 51 envisage donc qu'un État soit capable de se défendre *légalement* contre une agression armée. La Cour souligne cela quand elle indique que le droit de légitime défense prévu à l'Article 51 est subordonné aux conditions de nécessité et de proportionnalité et que cette double condition s'applique quels que soient les moyens mis en oeuvre. En outre, la légitime défense doit également satisfaire aux exigences du droit applicable dans les conflits armés, en particulier aux principes et règles du droit international humanitaire.

La question n'est donc pas de savoir si un État est habilité à exercer son droit de légitime défense dans une circonstance extrême dans laquelle la survie même de cet État serait en cause, elle est plutôt de savoir si l'emploi d'armes nucléaires serait licite ou illicite en toute circonstance, y compris une circonstance extrême dans laquelle sa survie même serait en jeu — ou, en d'autres termes, si l'on peut concevoir que l'utilisation de telles armes ait des conséquences n'entraînant pas une violation du droit international applicable dans les conflits armés, en particulier une violation du droit international humanitaire. Comme il est dit plus haut, aux termes de la loi, le droit de légitime défense consiste uniquement à repousser l'agression et n'autorise ni représailles ni action punitive. Il n'est pas non plus une exception au *jus in bello* (conduite des hostilités). Dès lors que, compte tenu du droit et des faits, il est inconcevable que l'emploi d'armes nucléaires n'entraîne pas une violation, au moins, du droit applicable dans les conflits armés, en particulier du droit humanitaire, il s'ensuit que leur utilisation serait illicite. Les armes nucléaires ne constituent pas une exception au regard du droit humanitaire.

Cela étant, il n'est pas juridiquement défendable de soutenir, comme la Cour le fait, qu'au vu de l'état actuel du droit, elle ne peut conclure de façon définitive que la menace ou l'emploi d'armes nucléaires serait licite ou illicite dans une circonstance extrême mettant en jeu la survie de l'État car, comme elle l'a dit dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* :

> «Il lui paraît suffisant, pour déduire l'existence de règles coutumières, que les États y conforment leur conduite d'une manière générale et qu'ils traitent eux-mêmes les comportements non conformes à la règle en question comme des violations de celle-ci et non pas comme des manifestations de la reconnaissance d'une règle nouvelle.» (*CIJ Recueil 1986*, p. 98)

Un ancien membre de la Cour, M. Mosler, a dit dans un autre contexte :

> «que le droit ne saurait reconnaître un acte accompli par un membre ou par plusieurs membres agissant de concert comme juridiquement valable si cet acte s'attaque au fondement même du droit.» (H. Mosler, *The International Society as a Legal Community*, 1980, p. 18)

Une autre raison pour laquelle le prononcé de la Cour n'est pas défendable, c'est que, on l'a déjà mentionné, le *corpus juris* sur la base duquel elle aurait dû parvenir à sa conclusion existe bel et bien, et qu'il est abondant et substantiel. La Cour elle-même l'a reconnu quand elle a noté que les «lois et coutumes de la guerre» applicables en l'espèce avaient été codifiées dans les Conventions de La Haye de 1899 et 1907, qui se fondaient sur la déclaration de Saint-Pétersbourg de 1868 ainsi que sur les résultats de la Conférence de Bruxelles de 1874. La Cour a constaté aussi que le «droit de La Haye», et notamment le règlement concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre, fixe les droits et les devoirs des belligérants dans la conduite des hostilités et limite le choix des moyens de nuire à l'ennemi en temps de guerre. Elle a estimé que le «droit de Genève» (les Conventions de 1864, 1906, 1929 et 1949) qui protège les victimes de la guerre et vise à sauvegarder les membres des forces armées mis hors de combat ainsi que les personnes qui ne participent pas aux hostilités s'applique également au problème qui lui était posé. Elle a noté que ces deux branches du droit forment aujourd'hui le droit international humanitaire, lequel a été codifié dans les Protocoles additionnels de 1977 aux Conventions de Genève de 1949.

La Cour a fait observer que, dès le début du siècle, certaines armes telles que les projectiles explosifs d'un poids inférieur à 400 grammes, les balles dum-dum et les gaz asphyxiants ont été spécifiquement interdits et que les armes chimiques et bactériologiques ont également été prohibées par le Protocole de Genève de 1925. Plus récemment, la Cour l'a rappelé, l'emploi d'armes produisant des «éclats non localisables», de certains types de mines, pièges et autres dispositifs, ainsi que d'armes incendiaires a été, selon le cas, interdit ou limité par la Convention du 10 octobre 1980 sur l'interdiction ou la limitation de l'emploi de certaines armes classiques qui peuvent être considérées comme produisant des effets traumatiques excessifs ou comme frappant sans discrimination. Cette interdiction, a-t-elle dit, est conforme à la règle selon laquelle «les belligérants n'ont pas un droit illimité quant au choix des moyens de nuire à l'ennemi», pour reprendre les termes de l'article 22 du règlement de La Haye de 1907 concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre. La Cour a relevé en outre que la déclaration

de Saint-Pétersbourg avait déjà condamné l'«emploi d'armes qui aggraveraient inutilement les souffrances des hommes mis hors de combat, ou rendraient leur mort inévitable» et que le règlement évoqué plus haut, qui est annexé à la Convention IV de La Haye de 1907, interdit «d'employer des armes, des projectiles ou des matières propres à causer des maux superflus» (article 23).

La Cour a aussi précisé les principes cardinaux qui forment le tissu du droit humanitaire, dont le premier vise à protéger la population civile et les biens de caractère civil et établit la distinction entre combattants et non-combattants. Selon ce principe, les États ne doivent jamais prendre pour cible des civils, ni en conséquence utiliser des armes qui sont dans l'incapacité de distinguer entre cibles civiles et cibles militaires. Le second principe est qu'il ne faut pas causer des maux superflus aux combattants et en conséquence il est interdit d'utiliser des armes leur causant de tels maux ou aggravant inutilement leurs souffrances. À cet égard, la Cour a indiqué que les États n'ont pas un choix illimité quant aux armes qu'ils emploient.

La Cour a également considéré comme applicable la clause de Martens énoncée pour la première fois dans la Convention de La Haye de 1899 concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre et dont une version contemporaine a été codifiée à l'article premier, paragraphe 2, du Protocole additionnel I de 1977. Elle se lit comme suit :

> «Dans les cas non prévus par le présent Protocole ou par d'autres accords internationaux, les personnes civiles et les combattants restent sous la sauvegarde et sous l'empire des principes du droit des gens, tels qu'ils résultent des usages établis, des principes de l'humanité et des exigences de la conscience publique.»

Selon la Cour, les principes consacrés dans cette clause sont les principes et les règles du droit humanitaire qui, avec le principe de neutralité, s'appliquent dans le cas des armes nucléaires.

C'est compte tenu de ce qui précède que la Cour a considéré que le droit humanitaire bannit l'emploi de certaines armes soit parce qu'elles frappent de façon indiscriminée les combattants et les populations civiles, soit parce qu'elles causent aux combattants des souffrances inutiles. La Cour a conclu en conséquence que les principes et les règles du droit international humanitaire étaient obligatoires et liaient les États parce qu'ils constituent des principes intransgressibles du droit international coutumier.

En ce qui concerne l'applicabilité aux armes nucléaires du Protocole additionnel I de 1977, la Cour a rappelé que, même si tous les États ne sont pas parties au Protocole, ils sont tous liés par celles des règles du Protocole qui, au moment de leur adoption, représentaient l'expression du droit coutumier préexistant, comme c'est le cas en particulier de la clause de Martens, reprise à l'article premier de ce document.

La Cour a déclaré que le fait que certaines armes ne sont pas spécifiquement mentionnées dans la Convention ne permet de tirer aucune conclusion juridique quant aux problèmes de fond que le recours à ces armes soulèverait. Il ne fait aucun doute, a-t-elle estimé, que les principes et les règles du droit humanitaire, énoncées dans les Conventions de Genève de 1949 et dans les deux Protocoles additionnels de 1977, s'appliquent aux armes nucléaires. Certes la Cour a relevé que les conférences de 1949 et de 1977

n’avaient pas spécifiquement traité de la question des armes nucléaires, mais elle n’en a pas moins déclaré que l’on ne peut en conclure que les principes et règles établis du droit humanitaire applicable dans les conflits armés ne s’appliquent pas aux armes nucléaires car une telle conclusion méconnaîtrait la nature intrinsèquement humanitaire des principes juridiques en jeu qui imprègnent tout le droit des conflits armés et s’appliquent à toutes les formes de guerre et à toutes les armes.

La Cour a approuvé l’argument selon lequel :

> «De manière générale, le droit international humanitaire s’applique à la menace ou à l’emploi d’armes nucléaires, comme il s’applique à d’autres armes.
>
> Le droit international humanitaire a évolué pour tenir compte des circonstances et son application ne se limite pas aux armements du passé. Les principes fondamentaux de ce droit demeurent : atténuer et limiter la cruauté de la guerre pour des raisons humanitaires.» (Nouvelle-Zélande, exposé écrit, par. 63 et 64)

La Cour a rappelé aussi qu’aucun des États partisans de la licéité de l’emploi d’armes nucléaires dans certaines circonstances, y compris l’emploi «propre» d’armes nucléaires tactiques, plus petites et de faible puissance, n’avait indiqué que les principes du droit humanitaire ne s’appliquaient pas aux armes nucléaires; elle a noté par exemple que, pour la Fédération de Russie, «les restrictions imposées par les règles applicables aux conflits armés en ce qui concerne les moyens et méthodes de guerre s’étendent assurément aux armes nucléaires»; que, pour les États-Unis «cela fait longtemps que les États-Unis pensent que le droit des conflits armés régit l’emploi d’armes nucléaires comme il régit d’ailleurs celui d’armes classiques» et que pour le Royaume-Uni, «en ce qui concerne le droit coutumier de la guerre, le Royaume-Uni a toujours admis que l’emploi d’armes nucléaires est assujetti aux principes généraux du *jus in bello*».

S’agissant des éléments de fait qu’elle mentionne dans ses conclusions, la Cour a noté les définitions qui ont été données des armes nucléaires dans divers traités et instruments, y compris celles selon lesquelles les explosions nucléaires sont capables de causer des destructions massives, des dommages généralisés ou un empoisonnement massif (Accords de Paris, 1954) ou encore le préambule du Traité de Tlatelolco de 1967 qui décrit les armes nucléaires comme des armes «dont les terribles effets atteignent sans distinction et sans merci les forces armées et la population civile, [et qui] constituent, vu la persistance de la radioactivité qu’elles engendrent, une atteinte à l’intégrité de l’espèce humaine et risquent de rendre finalement toute la terre inhabitable». Elle a noté aussi que les armes nucléaires libèrent non seulement d’énormes quantités de chaleur et d’énergie mais aussi un rayonnement puissant et prolongé, que les deux premières sources de dommages sont bien plus puissantes qu’elles ne le sont dans le cas d’autres armes de destruction massive et que le phénomène du rayonnement est considéré comme particulier aux armes nucléaires. Vu ces caractéristiques, conclut la Cour, l’arme nucléaire est potentiellement d’une nature catastrophique, son pouvoir destructeur ne peut être endigué ni dans l’espace ni dans le temps et elle a le pouvoir de détruire toute civilisation ainsi que l’écosystème tout entier de la planète.

Parmi les éléments de fait, la Cour a relevé que 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, et que l'emploi d'armes nucléaires ferait courir les plus graves dangers aux générations futures. Le rayonnement ionisant était en outre susceptible de porter atteinte à l'environnement, à la chaîne alimentaire et à l'écosystème marin dans l'avenir, et de provoquer des tares et des maladies chez les générations futures.

À cet égard également, le Gouvernement japonais a dit à la Cour que les bombes atomiques lâchées sur Hiroshima le 6 août 1945 et sur Nagasaki le 9 août 1945 avaient une puissance équivalant respectivement à 15 et à 22 kilotonnes. L'explosion a produit une énorme boule de feu et s'est accompagnée de températures extrêmement élevées, de l'ordre de quelques millions de degrés centigrades, ainsi que de pressions extrêmement élevées aussi, de l'ordre de plusieurs centaines de milliers d'atmosphères. Elle a dégagé aussi un rayonnement considérable. Selon la délégation, la boule de feu qui a duré environ 10 secondes a porté la température au sol, à l'hypocentre, à quelque 3 à 4 000 degrés centigrades et la chaleur a provoqué l'incendie des bâtiments de bois dans un rayon de 3 kilomètres environ à partir de l'hypocentre. Le nombre des maisons endommagées a été de 70 147 à Hiroshima et de 18 409 à Nagasaki. Les personnes qui se trouvaient à moins de 1 000 mètres de l'hypocentre ont été exposées à des rayonnements initiaux de 3,93 grays. On estime que 50 % des personnes ayant été exposées à des rayonnements de plus de 3 grays sont mortes de lésions médullaires dans les 2 mois. Le sol et les bâtiments touchés par la radioactivité ont eux-mêmes émis des rayonnements. En outre la suie et la poussière contaminées par radio-induction se sont dispersées dans l'air et ont tourbillonné jusqu'à la stratosphère sous l'effet de l'explosion, ce qui a provoqué des retombées radioactives sur le sol pendant plusieurs mois.

Selon la délégation, la rareté des documents ne permet pas de connaître le nombre exact des victimes. On a estimé cependant le nombre des personnes décédées avant la fin de 1945 à environ 140 000 pour Hiroshima et 74 000 pour Nagasaki, la population de ces deux villes étant évaluée à l'époque respectivement à 350 000 et 240 000 habitants. Le nombre des personnes mortes de rayonnements thermiques immédiatement après l'explosion, le même jour ou dans les quelques jours qui ont suivi est incertain. Néanmoins 90 % des personnes exposées à des rayonnements thermiques sans aucune protection à moins d'un kilomètre de l'hypocentre sont mortes en moins d'une semaine. Peu après l'explosion, le taux de mortalité des personnes qui s'étaient trouvées à une distance d'un kilomètre et demi à deux kilomètres de l'hypocentre était de 14 % pour celles qui avaient disposé d'une protection et de 83 % pour celles qui n'en avaient pas eu. Indépendamment des personnes mortes des suites directes de l'explosion, d'autres sont décédées par l'effet combiné de plusieurs facteurs : écrasées ou enterrées sous des bâtiments, blessées par des éclats de verre, exposées à des rayonnements ou encore en raison de la pénurie alimentaire ou du manque de médecins ou de médicaments.

Plus de 320 000 personnes parmi les survivants irradiés continuent à souffrir de tumeurs malignes dues aux rayonnements, et notamment de leucémie, de cancer de la thyroïde, de cancer du sein, de cancer du poumon, de cancer gastrique, de cataracte et de diverses autres séquelles. Plus d'un demi-siècle après la catastrophe, elles continuent, nous dit-on, à subir des examens médicaux et à suivre un traitement.

D’après le maire d’Hiroshima qui a fait une déclaration devant la Cour, la bombe atomique qui a explosé à Hiroshima avait une puissance de destruction énorme et a réduit en cendres d’innocentes populations civiles. Femmes, vieillards et nouveau-nés baignaient, a-t-il dit, dans des rayonnements mortels. Le largage de la bombe, a-t-il ajouté, a provoqué un nuage en forme de champignon, la peau d’êtres humains a brûlé vive et d’autres victimes ont connu une atroce agonie. Le maire a dit encore à la Cour qu’au moment de l’explosion d’énormes colonnes de feu s’étaient élevées vers le ciel et que la majorité des bâtiments s’était effondrée, causant de nombreuses victimes dont beaucoup sont mortes.

Dans un autre passage de son exposé, le maire a dit que ce qui caractérisait le bombardement atomique et en faisait quelque chose d’unique tenait à ce que l’énorme destruction qu’il provoquait était instantanée et universelle. Les vieux, les jeunes, les hommes, les femmes, les soldats, les civils, tous sont tués *sans discrimination*. Toute la ville d’Hiroshima a été exposée à des rayons thermiques, à l’onde de choc de l’explosion et aux rayonnements. La bombe a semble-t-il dégagé une chaleur qui a atteint plusieurs millions de degrés centigrades. Le globe de feu avait environ 280 mètres de diamètre et l’on pense que les rayons thermiques qui en émanaient ont brûlé instantanément tout être humain qui se trouvait à l’extérieur près de l’hypocentre. Le témoin a révélé en outre, sur la base de cas avérés, que des vêtements avaient pris feu à 2 kilomètres de l’hypocentre et que de nombreux feux s’étaient allumés simultanément un peu partout; toute la ville a été carbonisée et réduite en cendres. Autre phénomène, celui de l’onde de choc qui a infligé des dommages encore plus grands en ricochant sur le sol et sur des bâtiments. La déflagration qui a suivi a soulevé et porté les gens en l’air. Tous les édifices en bois dans un rayon de deux kilomètres se sont effondrés et beaucoup, bien plus éloignés encore, ont été endommagés.

La déflagration et les rayons thermiques se sont combinés pour réduire en cendres ou faire écrouler 70 % des 76 327 habitations qu’Hiroshima comptait à l’époque. Les autres ont été partiellement détruites, à demi sinistrées ou endommagées. On a dit que la ville avait été dévastée instantanément par le largage de la bombe.

Le témoin a indiqué que le jour de l’explosion de la bombe, il y avait 350 000 habitants à Hiroshima mais on a estimé plus tard que 140 000 environ étaient morts avant la fin décembre 1945. Les hôpitaux étaient en ruines, leur personnel médical mort ou blessé, sans médicaments et sans équipement; un nombre incroyable de victimes étaient mortes faute d’avoir pu recevoir le traitement qu’il fallait. Les survivants souffraient de fièvre, de diarrhée, d’hémorragies et d’une extrême fatigue et beaucoup décédaient brusquement. C’est ainsi, a-t-on dit, que se présentaient les symptômes aigus de la maladie de la bombe atomique dont d’autres conséquences étaient une destruction généralisée des cellules, une perte des tissus hématopoïétiques et une détérioration organique. Le système immunitaire des survivants était affaibli et l’on voyait se manifester des symptômes très apparents comme la chute des cheveux. On a enregistré également une multiplication des cas de leucémie, de cataractes, de cancers et entre autres de cancers de la thyroïde, du sein et des poumons. Conséquence du bombardement, des enfants exposés aux rayonnements ont souffert d’un retard mental et physique. On n’a rien pu faire pour eux sur le plan médical et même des bébés encore à naître ont été atteints. Le maire a conclu en disant que jusqu’à ce jour l’on est encore exposé à des niveaux élevés de rayonnement à Hiroshima.

Le maire de Nagasaki a décrit dans son témoignage les effets qu'avait eus sur sa ville le bombardement atomique intervenu pendant la guerre, effets similaires à ceux qu'Hiroshima avait connus. Selon ce témoin,

> «L'explosion de la bombe atomique a donné lieu à une énorme boule de feu, de 200 mètres de diamètre, presque comme si un petit soleil était apparu dans le ciel. L'instant d'après, une déflagration fantastique et une vague de chaleur ont touché le sol dans un bruit de tonnerre. La température à la surface de la boule de feu était d'environ 7 000 degrés centigrades et les rayons qui ont atteint le sol dépassaient 3 000 degrés. L'explosion a immédiatement tué ou blessé les gens qui se trouvaient dans un rayon de deux kilomètres à partir de l'hypocentre, laissant d'innombrables cadavres carbonisés comme des morceaux de bois au milieu des ruines. Dans certains cas, on n'a même pas pu retrouver la moindre trace des restes du cadavre. Le souffle qui dépassait 300 mètres à la seconde a aplati les arbres et démoli la plupart des bâtiments. Même les constructions en béton armé ont été si endommagées qu'elles semblaient avoir été écrasées par un gigantesque marteau. Le violent éclair de chaleur avait en même temps fait fondre le verre, déformé les objets métalliques comme de la guimauve et les incendies qui se sont ensuite allumés ont réduit en cendres les ruines de la ville. Nagasaki est devenue une ville morte où l'on n'entendait même pas de bruits d'insectes. Peu après, d'innombrables hommes, femmes et enfants ont commencé à se grouper sur les rives du fleuve Urakami tout proche pour y boire; leurs cheveux et leurs vêtements étaient roussis, leur peau brûlée pendait en lambeaux comme des guenilles. Implorant de l'aide, ils sont morts l'un après l'autre dans l'eau ou par monceaux sur les rives. Puis les radiations ont commencé leurs ravages, tuant les gens comme un fléau mortel qui se répandait en cercles concentriques à partir de l'hypocentre. Quatre mois après le bombardement atomique, 74 000 personnes étaient mortes et 75 000 blessées, autrement dit, les deux tiers de la population de la ville avait été victime de cette calamité qui s'est abattue sur Nagasaki comme les prémices de l'Apocalypse». (CR 95/27)

Le témoin a poursuivi en disant que même ceux qui avaient eu la chance de survivre continuaient jusqu'à maintenant à souffrir des séquelles tardives qui caractérisent les armes nucléaires. Les armes nucléaires, a-t-il conclu, apportent avec elles la destruction indiscriminée des populations civiles.

A été entendu aussi le témoignage de la délégation des Îles Marshall où avaient eu lieu 67 essais nucléaires entre le 30 juin et le 18 août 1958, à l'époque où elles faisaient partie du territoire des Îles du Pacifique placé sous la tutelle des Nations Unies. On a dit que la puissance totale de ces armes équivalait à plus de 7 000 bombes de la taille de celle qui avait anéanti Hiroshima. Ces essais avaient causé des maladies radio-induites, des morts et des malformations congénitales. On a indiqué plus tard que, même quand les explosions avaient lieu à de grandes distances, dans le temps et l'espace, elles pouvaient entraîner des souffrances pour l'homme et causer des dommages à l'environnement, même si l'on s'efforçait d'éviter ou d'atténuer le préjudice. Poursuivant son témoignage, la délégation a informé la Cour que les armes nucléaires ont des caractéristiques qui leur sont propres — elles causent des maux superflus, elles ne se bornent pas à une contamination radioactive très vaste et très étendue ayant des conséquences néfastes cumulatives mais elles génèrent aussi localement des rayonnements intenses

ayant des effets nocifs graves, immédiats et à long terme, des déflagrations de grande ampleur, de la chaleur et de la lumière, ce qui provoque des lésions importantes et des maladies chroniques. La cécité permanente ou temporaire résultant de l'exposition à la lumière intense et l'affaiblissement de l'immunité face aux rayonnements étaient les conséquences courantes et inévitables de l'emploi d'armes nucléaires, conséquences rares ou inexistantes si l'on utilisait d'autres engins de destruction.

La délégation des Îles Marshall a indiqué aussi que des malformations congénitales et des maladies extrêmement douloureuses et de très longue durée dues aux retombées radioactives avaient profondément affecté la population civile, ce qui était inévitable, longtemps après le moment où les essais nucléaires avaient eu lieu. Ces maux avaient frappé des générations d'insulaires nées bien après les essais. En dehors des dommages immédiats causés au point zéro (où l'explosion s'était produite) ou dans son voisinage, c'est dans toute la zone que la flore et la faune ont été contaminées, le sol et l'eau empoisonnés. En conséquence, certaines des îles étaient toujours abandonnées et dans celles où la population s'était récemment réinstallée, la présence de césium provenant des retombées radioactives dans les plantes rendait celles-ci incomestibles. On a signalé que des femmes habitant certains atolls et à qui l'on avait donné l'assurance que leur atoll ne serait pas touché par les rayonnements avaient donné naissance à des «bébés monstres». On a dit qu'une fillette de l'un de ces atolls n'avait pas de genoux, qu'elle avait trois doigts à chaque main et qu'il lui manquait un bras. Sa mère n'était pas encore née en 1954 quand les essais ont débuté mais elle avait été élevée sur un atoll contaminé.

Eu égard à ce qui précède et tenant compte des caractéristiques uniques de l'arme nucléaire quand elle est utilisée, la Cour a abouti aux conclusions suivantes : l'arme nucléaire possède une puissance destructrice bien supérieure à celle de n'importe quelle arme conventionnelle; une arme nucléaire est capable de tuer à elle seule des milliers, voire des millions, d'êtres humains; elle cause des souffrances inutiles et des maux superflus aux combattants comme aux non-combattants; elle est incapable de faire la distinction entre civils et combattants. L'emploi de l'arme nucléaire peut causer des dommages aux générations futures, et avoir des incidences généralisées et à long terme sur l'environnement, en particulier sur les ressources nécessaires à la survie de l'homme. À cet égard, on doit noter que les effets de cette arme ne sont pas seulement similaires à ceux qui résultent de l'usage de gaz toxiques, qui contreviendrait au Protocole de Genève de 1925 sur les gaz, ils sont considérés comme encore plus nuisibles en raison de leur radioactivité.

Les constatations qui précèdent auraient dû nécessairement amener la Cour à conclure que tout emploi d'armes nucléaires est illicite en droit international et contraire en particulier au droit applicable dans les conflits armés, y compris au droit humanitaire. Au lieu de cela, la Cour a dit :

> «Au vu de l'état actuel du droit international, ainsi que des éléments de fait dont elle dispose, la Cour ne peut conclure de façon définitive que la menace ou l'emploi d'armes nucléaires serait licite ou illicite dans une circonstance extrême de légitime défense dans laquelle la survie même d'un État serait en cause.»

Cette conclusion paraît laisser entendre que, quand des armes nucléaires sont utilisées dans un cas où la «survie de l'État» est menacée — concept inventé par la Cour — cet emploi constituerait une exception au corps de règles du droit humanitaire qui s'applique dans tous les conflits armés et n'admet aucune exception en faveur des armes nucléaires. Mon opinion mûrement réfléchie est que l'illicéité de l'utilisation d'armes nucléaires ne dépend pas des circonstances de cette utilisation mais résulte des caractéristiques uniques et bien connues de ces armes dont l'emploi violerait le droit international quelles que soient les circonstances. Il est donc tout à fait inopportun que la conclusion de la Cour soit axée sur la question de la survie de l'État alors que la question qui se pose est celle de la licéité des armes nucléaires. Cette interprétation erronée de la question prive la conclusion de la Cour de toute base juridique.

Si en revanche la Cour avait bien perçu la question et désiré y apporté une réponse appropriée, elle aurait constaté que le droit et les faits lui offraient une justification écrasante qui lui permettaient de conclure à l'illicéité de l'emploi d'armes nucléaires en toute circonstance. Le fait que la Cour ne soit pas parvenue à cette solution inévitable m'oblige à me dissocier énergiquement de sa conclusion principale.

Je me sens également tenu de mentionner certains doutes, plus généraux, que j'éprouve au sujet de l'avis consultatif dans son ensemble. Alors que l'objet de la compétence consultative de la Cour est de donner un avis juridique faisant autorité à l'organe qui le demande sur certains aspects d'une question dont il a à connaître dans l'exercice de ses fonctions, on a aussi utilisé ce mécanisme soit pour obtenir une interprétation autorisée des dispositions de la Charte ou des instruments constitutifs des institutions spécialisées soit pour guider divers organes des Nations Unies dans leur fonctionnement. De plus, bien que les avis consultatifs de la Cour ne soient pas juridiquement obligatoires et n'imposent aucune obligation ni à l'organe demandeur ni aux États, ils ne sont pas pour autant privés d'effets car ils restent la loi «reconnue par les Nations Unies» (*Admissibilité de l'audition de pétitionnaires par le Comité du Sud-Ouest africain, CIJ Recueil 1956*, opinion individuelle de Sir Hersch Lauterpacht, p. 46). Il en résulte que la Cour actuelle s'est à diverses reprises servie de sa compétence consultative comme moyen de participer aux travaux de l'Organisation des Nations Unies, aidant celle-ci à atteindre ses objectifs. Les avis consultatifs ont mis la Cour en mesure de contribuer utilement au développement et à la cristallisation du droit. C'est ainsi que, dans son avis consultatif sur la *Namibie*, la Cour a évoqué l'évolution du «droit international à l'égard des territoires non autonomes, tel qu'il est consacré par la Charte des Nations Unies» qui a fait de l'autodétermination un principe applicable à tous ces territoires (*CIJ Recueil 1971*, p. 31).

Dans son avis consultatif sur le *Sahara occidental*, la Cour, citant l'avis relatif à la *Namibie* à propos du principe d'autodétermination, a dit que, si on lui pose des questions au sujet de ce principe, elle

> «doit prendre en considération les transformations survenues dans le demi-siècle qui a suivi et son interprétation ne peut manquer de tenir compte de l'évolution que le droit a ultérieurement connue grâce à la Charte des Nations Unies et à la coutume.
>
> ...

> Dans ce domaine comme dans les autres, le *corpus juris gentium* s'est beaucoup enrichi et, pour pouvoir s'acquitter fidèlement de ses fonctions, la Cour ne peut l'ignorer.» (*CIJ Recueil 1975*, p. 32)

L'avis de la Cour dans cette affaire a donc renvoyé à l'Article 1 de la Charte ainsi qu'à la déclaration sur l'octroi de l'indépendance aux pays et aux peuples coloniaux qui, a-t-elle dit, «confirment et soulignent que l'application du droit à l'autodétermination suppose l'expression libre et authentique de la volonté des peuples intéressés (*CIJ Recueil 1975*, p. 32). La Cour a souligné en outre que

> «La validité du principe d'autodétermination, défini comme répondant à la nécessité de respecter la volonté librement exprimée des peuples, n'est pas diminuée par le fait que dans certains cas l'Assemblée générale n'a pas cru devoir exiger la consultation des habitants de tel ou tel territoire.» (Ibid., p. 33)

On peut donc relever que la Cour a rendu, au moyen de ses avis consultatifs, des décisions normatives qui ont permis aux Nations Unies d'atteindre leurs objectifs, et dans quelques cas ont abouti à un règlement pacifique du différend, et qu'elle a soit contribué à la cristallisation et au développement du droit soit, en donnant son imprimatur, consacré son apparition.

Il faut cependant regretter en l'occurrence que non seulement la Cour ait renoncé à contribuer, comme elle en avait fait une pratique, au développement du droit dans un domaine d'une si grande importance pour l'Assemblée générale et la communauté internationale dans son ensemble mais encore qu'elle ait jeté, peut-être sans le vouloir, un doute sur des règles établies ou en gestation du droit international. Cette attitude explique en grande partie la démarche suivie par la Cour dans son avis consultatif. Lorsqu'elle ne recherchait pas des règles coutumières spécifiques ou des traités censés réglementer ou interdire l'emploi d'armes nucléaires, la Cour a eu tendance à dire soit qu'elle n'était pas appelée à se prononcer en la matière soit qu'il n'était pas nécessaire qu'elle prenne position. Ainsi sur la question de savoir si les principes et règles du droit humanitaire font partie du *jus cogens* tel qu'il a été défini à l'article 53 de la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités, la Cour a déclaré ne pas avoir à se prononcer sur ce point bien que l'on tienne quasi universellement les Conventions de Genève de 1949 pour déclaratoires du droit international coutumier et que l'observation et le respect de leurs dispositions répondent à l'intérêt collectif et bénéficient d'un consensus de la part de la communauté. Un prononcé de la Cour soulignant l'arrière-plan humanitaire de ces dispositions, le fait qu'elles sont profondément enracinées dans les traditions et les valeurs des États membres de la communauté internationale et qu'elles méritent d'être respectées et protégées universellement sans que les États puissent y déroger, un tel prononcé contribuerait à renforcer l'application juridique de ces dispositions, tout spécialement à une époque qui a été si souvent le témoin des violations les plus graves et les plus flagrantes des principes et des règles du droit humanitaire — dont la raison d'être est inconciliable avec l'emploi d'armes nucléaires. Il relève de la fonction judiciaire de la Cour de fixer des normes juridiques internationales pour la communauté des États et en particulier pour ceux qui se présentent devant elle ou sont parties à son Statut. Pour établir de telles normes, la Cour a dit, dans l'affaire des *Réserves à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, que les principes qui sont la base de cette convention sont des

principes reconnus par les nations civilisées «comme obligeant les États même en dehors de tout lien conventionnel» (*CIJ Recueil 1951*, p. 23). Elle a mentionné aussi la coopération nécessaire qu'exigeait la Convention «pour libérer l'humanité d'un fléau aussi odieux» (ibid.). La Cour a noté que la Convention avait été adoptée dans un but purement humain et civilisateur «pour sauvegarder l'existence même de certains groupes humains, ... confirmer et ... sanctionner les principes de morale les plus élémentaires» (ibid.). Dans l'affaire du *Détroit de Corfou*, la Cour s'est référée à «certains principes généraux et bien reconnus, tels que des considérations élémentaires d'humanité, plus absolues encore en temps de paix qu'en temps de guerre» *(CIJ Recueil 1949*, p. 22). De tels prononcés auraient sans aucun doute contribué à stimuler le sens de la modération au sein de la communauté internationale. Dans l'affaire de la *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, la Cour a dit, à propos des obligations des États envers la communauté internationale, qu'il s'agissait d'obligations *erga omnes* qui

> «découlent par exemple, dans le droit international contemporain, de la mise hors la loi des actes d'agression et de génocide mais aussi des principes et des règles concernant les droits fondamentaux de la personne humaine, y compris la protection contre la pratique de l'esclavage et la discrimination raciale. Certains droits de protection correspondants se sont intégrés au droit international général...» (*CIJ Recueil 1970*, p. 32)

Dans l'affaire qui nous concerne, il semble que la Cour ne se soit montrée que trop hésitante à prendre une position de principe sur une question impliquant ce que feu le juge Nagendra Singh décrivait comme l'aspect le plus important du droit international que l'humanité doit affronter aujourd'hui (Nagendra Singh, *Nuclear Weapons and International Law*, p. 17). Au lieu de cela, la Cour a résolu la question de savoir si certains des principes et règles du droit humanitaire relevaient du *jus cogens* en disant que la demande qui lui avait été adressée «ne soulève pas la question de savoir quelle serait la nature du droit humanitaire qui s'appliquerait à l'emploi des armes nucléaires». Je me permets de dire qu'elle la soulève. Si la Cour se prononçait sur la nature de ces règles, cela ne garantirait peut-être pas leur respect à tout moment, mais cela serait utile dans la mesure où ces règles se rattachent à des valeurs humaines déjà protégées par des principes de droit positif qui, pris dans leur ensemble, attestent l'existence de certains critères d'ordre public (voir I. Brownlie, *Principles of Public Policy Law*, 1990, p. 29). H. Lauterpacht a dit aussi que nombre des dispositions des Conventions de Genève résultant, comme elles le font, de «considérations impérieuses d'humanité sont déclaratoires d'une coutume internationale obligatoire sur le plan universel». [E. Lauterpacht, *International Law, being the Collected Papers of Hersch Lauterpacht*, p. 115 (E. Lauterpacht éd. 1970)]. La Commission du droit international a souligné dans son commentaire sur l'article 50 (devenu 53) de la Convention de Vienne sur le droit des traités que ce n'est pas la forme d'une règle générale de droit international mais la nature particulière du sujet dont elle traite qui peut lui donner le caractère de *jus cogens*. En 1980 déjà, la Commission a fait observer que certaines règles de droit humanitaire sont, selon elle, des règles qui imposent des obligations relevant du *jus cogens*.

La Cour a également adopté la politique consistant à ne pas se prononcer sur le problème des représailles en temps de guerre — problème des plus pertinents par rapport à la question qui lui était posée — «sinon pour observer qu'en tout état de cause tout droit de recourir à de telles

représailles serait, comme le droit de légitime défense, régi, notamment, par le principe de proportionnalité» (par. 46). Il est pour le moins étrange que la Cour s'abstienne de statuer sur la licéité ou l'illicéité des représailles en temps de guerre, en particulier si cela devait donner lieu à l'emploi d'armes nucléaires. Dans le droit international contemporain, des représailles en temps de guerre effectuées au moyen d'armes nucléaires constitueraient une violation flagrante du droit humanitaire en toute circonstance et, plus généralement, du droit international. Si, étant donné les caractéristiques des armes nucléaires, leur incapacité à faire une distinction entre civils et combattants et entre objectifs civils et objectifs militaires, des telles armes étaient employées aux fins de représailles, celles-ci seraient à tout le moins contraires au droit humanitaire établi et par suite illicites. La «réserve judiciaire» de la Cour sur un point d'une importance aussi cruciale pour la question qui lui est posée ne contribue pas à la clarification du droit, pour ne rien dire de son respect.

L'hésitation que montre la Cour à prendre une position juridique sur certains des points importants intéressant la question dont elle est saisie ressort bien de ce que l'on peut appeler l'«odyssée judiciaire» de la Cour durant laquelle elle a cherché une règle conventionnelle ou coutumière spécifique autorisant ou interdisant expressément l'emploi d'armes nucléaires pour découvrir finalement qu'il n'en existe aucune. Si une telle règle existait, il est fort peu probable que la question aurait été posée à la Cour sous la forme où elle l'a été et peut-être même n'aurait-elle pas été posée du tout. Mais l'absence d'une convention interdisant expressément l'emploi d'armes nucléaires n'aurait pas dû l'amener à penser que cet emploi pourrait être licite dès lors que les États admettent en général que le droit international coutumier consacre des principes applicables à l'utilisation de ces armes. La futile recherche d'une interdiction juridique expresse ne peut donc s'expliquer que par une forme extrême de positivisme qui n'est plus en accord avec la jurisprudence internationale — y compris celle de la Cour. La futilité d'une telle entreprise a été reconnue par le tribunal arbitral américano-britannique des réclamations dans l'affaire *Eastern Extension, Australia and China Telegraph Company* où le tribunal a dit que, même en l'absence d'une règle de droit international expressément applicable dans une affaire, on ne pouvait prétendre qu'aucune règle de droit international ne pouvait être appliquée.

> «Il se peut que le droit international, comme le droit interne, ne contienne pas de règle expresse permettant de trancher une affaire déterminée et généralement il n'en contient pas mais la fonction de la jurisprudence est de résoudre le conflit entre droits et intérêts opposée en appliquant, à défaut de toute disposition spécifique de la loi, les corollaires des principes généraux et de trouver ainsi — exactement comme en mathématiques — la solution du problème. Telle est la méthode jurisprudentielle; c'est grâce à cette méthode que le droit s'est graduellement développé dans tous les pays, aboutissant à la définition et à l'aménagement des rapports juridiques aussi bien entre les États qu'entre les particuliers.» (*Nations Unies, Recueil des sentences arbitrales*, vol. VI, p. 114)

Telle a été la démarche jurisprudentielle de la Cour par rapport aux questions qu'elle avait à régler. Elle a appliqué des principes et des règles juridiques pour résoudre le conflit entre droits et intérêts opposés là où la loi ne contenait aucune disposition expresse et elle s'est appuyée sur les

corollaires des principes généraux afin de trouver une solution au problème. La Cour ne s'est pas bornée à chercher un traité ou une règle de droit coutumier régissant spécifiquement le cas dont elle était saisie et, en l'absence d'un traité ou d'une règle de ce genre, elle n'a pas dit qu'elle ne pouvait pas aboutir à une conclusion définitive ou qu'elle n'était pas en mesure de parvenir à une décision ou de statuer en la matière. La Cour ne s'est pas, dans le passé, imposée de telles restrictions dans l'exercice de sa fonction judiciaire qui consiste à régler les différends conformément au droit international — et elle a bien fait à mon sens — mais elle s'est référée aux principes du droit international, à l'équité ou à sa propre jurisprudence afin de définir et de trancher les questions juridiques qui lui étaient soumises.

Or la recherche de règles spécifiques a amené la Cour à méconnaître ou à ne pas appliquer pleinement les principes de la Charte des Nations Unies dans l'examen de la question posée. Un principe auquel la Cour ne paraît pas avoir attaché toute l'importance voulue dans sa décision est le paragraphe 1 de l'Article 2 de la Charte selon lequel : «L'Organisation est fondée sur l'égalité souveraine des États». Ce principe est d'application générale. Il présuppose le respect de la souveraineté et de l'intégrité territoriale de tous les États. Le droit international reconnaît la souveraineté de chaque État sur son territoire de même que l'intégrité physique de la population civile. En vertu de ce principe, il est interdit à un État d'infliger des dommages ou de porter préjudice à un autre État. Ce principe ne peut qu'être violé si des armes nucléaires sont employées dans un conflit donné, en raison des caractéristiques avérées et bien connues qu'elles présentent. L'utilisation de telles armes ne constituerait pas seulement une violation de l'intégrité territoriale d'États non belligérants due à une contamination radioactive, mais elle entraînerait la mort de milliers, voire de millions, de personnes habitant des territoires étrangers au conflit. Ce serait là violer le principe consacré dans la Charte mais cet aspect de la question ne paraît pas avoir été pleinement pris en considération par la Cour quand elle a adopté ses conclusions.

Je me sens également tenu d'exprimer mes appréhensions sur certains autres prononcés de l'avis consultatif concernant les droits de l'homme et le génocide, la protection de l'environnement et la politique de dissuasion. S'agissant du génocide, il est dit que l'on considérerait qu'il y a génocide si le recours à l'arme nucléaire résultait d'une intention de détruire, en tout ou en partie, un groupe national, ethnique, racial ou religieux, comme tel. Cela reflète le texte de la convention sur le génocide. Il ne faut cependant pas oublier les traits particuliers de la convention, son objet et son but, dont la Cour elle-même a dit, en l'affaire des *Réserves à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide* qu'elle vise à condamner et à réprimer le génocide comme

> «un crime de droit des gens impliquant le refus du droit à l'existence de groupes humains entiers, refus qui bouleverse la conscience humaine, inflige de grandes pertes à l'humanité, et qui est contraire à la fois à la loi morale et à l'esprit et aux fins des Nations Unies.» (*CIJ Recueil 1951*, p. 23)

La Cour a poursuivi en ces termes :

> «les principes qui sont à la base de la Convention sont des principes reconnus par les nations civilisées comme obligeant les États même en dehors de tout lien conventionnel.» (Ibid.)

Elle a souligné encore qu'une coopération était nécessaire «pour libérer l'humanité d'un fléau aussi odieux» et, vu l'objectif humanitaire et civilisateur de la Convention, elle a dit que cette convention visait à «sauvegarder l'existence même de certains groupes humains» et à «confirmer et ... sanctionner les principes de morale les plus élémentaires». La Cour ne saurait donc envisager avec équanimité la mort de milliers, voire de millions, de civils innocents, qui résulterait inévitablement de l'emploi des armes nucléaires et conclure qu'il n'y a pas eu génocide car l'État qui s'est servi de ces armes n'avait pas manifesté l'intention de tuer tant de milliers ou de millions d'individus. Qui plus est, la Convention tient bel et bien compte de l'importance numérique des victimes. Il ne me semble pas que la réserve judiciaire oblige la Cour à s'abstenir de s'exprimer sur le fait que l'emploi d'armes nucléaires dans un conflit armé peut aboutir à cette conséquence atroce et bouleversante qu'est l'élimination d'une population tout entière et sur le fait que cela revient à un génocide dès lors que les conséquences de l'acte étaient prévisibles. Une telle manifestation d'inquiétude pourrait peut-être même avoir un effet préventif sur l'utilisation de ces armes.

Sur le point de savoir si le recours aux armes nucléaires violerait les droits de l'homme, en particulier le droit à la vie, la Cour a estimé que l'on n'avait jamais envisagé que le Pacte international relatif aux droits civils et politiques régisse la question de la licéité de ces armes. On peut accepter cette position juridique mais il me semble que la question a été envisagée de façon trop étroite. Il faut rappeler en effet que la raison d'être aussi bien des droits de l'homme que du droit international humanitaire est de protéger l'individu ainsi que la valeur et la dignité de la personne humaine, à la fois en temps de paix et pendant les conflits armés. C'est pour cela à mon avis que la Charte des Nations Unies, adoptée juste après la fin de la seconde guerre mondiale — pendant laquelle des violations graves des droits de l'homme s'étaient produites — s'est engagée à protéger les droits de l'être humain, indépendamment de sa race, de sa couleur et de sa croyance, et a souligné que ces droits devaient être protégés et respectés même pendant un conflit armé. Il ne faut pas oublier que c'est durant la seconde guerre mondiale que l'arme atomique a été utilisée à Hiroshima et à Nagasaki, causant des morts par milliers. On en est donc venu à considérer cette période comme l'illustration même des violations flagrantes des droits de l'homme. La possibilité que les droits fondamentaux du citoyen, en particulier le droit à la vie, soient violés pendant une conflagration nucléaire est une question qui relève de la Charte et d'autres instruments juridiques internationaux pertinents. Toute activité entraînant une très grave violation des principes de la Charte doit être envisagée eu égard à la Charte et aux autres règles applicables. C'est évidemment dans ce contexte que le Comité des droits de l'homme, prévu par le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, a adopté en 1984 une observation générale sur l'article 6 du Pacte (droit à la vie) en vertu de laquelle «la fabrication, la mise à l'essai, la possession, le déploiement et l'utilisation d'armes nucléaires devraient être interdits et qualifiés de crimes contre l'humanité». On doit rappeler que l'article 6 du statut du Tribunal de Nuremberg a défini comme crimes contre l'humanité : «l'assassinat, l'extermination ... et tout autre acte inhumain commis contre toutes populations civiles avant ou pendant la guerre ...» Il s'ensuit que les principes de Nuremberg sont eux aussi pertinents par rapport à la question que la Cour vient d'examiner.

En ce qui concerne la protection et la sauvegarde de l'environnement naturel, la Cour est parvenue à la conclusion que le droit international existant n'interdit pas l'emploi d'armes nucléaires mais que d'importantes

considérations d'ordre écologique doivent être prises en compte dans le cadre de la mise en oeuvre des principes et règles du droit applicable dans les conflits armés. La Cour a estimé aussi que les traités adoptés pour protéger l'environnement naturel n'ont pas entendu priver un État de l'exercice de son droit de légitime défense en vertu du droit international. À mon sens, il s'agit non pas de savoir si un État peut être privé du droit de légitime défense en vertu de traités relatifs à la protection de l'environnement naturel mais de savoir si, étant donné les caractéristiques connues des explosions d'armes nucléaires et étant donné leur radioactivité qui a pour effet de contaminer sur de vastes superficies non seulement les êtres humains mais aussi l'environnement et notamment l'agriculture, l'alimentation, l'eau potable et l'écosystème marin, il en résulte que l'emploi de ces armes causerait des préjudices graves et étendus à l'environnement et priverait les hommes de l'eau potable et des ressources nécessaires à la vie. Tenant compte de cela, le premier Protocole additionnel de 1977 prévoit la protection de ce qui est indispensable à la survie de la population civile — vivres, produits agricoles, installations d'eau potable, etc. L'avis consultatif aurait dû examiner la question posée par rapport à la protection de l'environnement naturel dans cette perspective au lieu de donner l'impression que l'argument avancé concernait le refus de reconnaître à l'État son droit de légitime défense.

L'avis consultatif considère que l'on ne peut voir dans la non-utilisation des armes nucléaires pendant 50 ans l'expression d'une *opinio juris*. La base juridique de ce constat n'est pas expliquée; il s'agit plutôt de quelque chose comme une affirmation. Quoi qu'il en soit, la Cour n'a pas estimé que la conviction partagée par une écrasante majorité d'États selon laquelle la non-utilisation des armes nucléaires pendant 50 ans avait établi une *opinio juris* dans le sens d'une interdiction de leur emploi devait avoir une influence sur sa décision. À cet égard, la Cour aurait dû attacher plus de poids aux déclarations faites par l'écrasante majorité des États ainsi qu'aux résolutions adoptées par diverses organisations internationales sur l'usage des armes nucléaires, en tant que preuves de l'émergence d'une *opinio juris*.

À mon avis, il n'était pas judicieux que la Cour paraisse accorder une reconnaissance juridique à la doctrine de la dissuasion comme principe de droit international. S'il est légitime que la Cour constate l'existence de cette politique, elle aurait dû avoir conscience qu'une fois mise en oeuvre la doctrine en question peut être déclarée illicite car son application suppose un conflit nucléaire lourd de conséquences catastrophiques non seulement pour la population civile des États belligérants mais aussi pour celle d'États étrangers au conflit et peut déboucher sur la violation du droit international en général et du droit humanitaire en particulier. Il aurait été prudent que la Cour s'abstienne de prendre position en cette matière, essentiellement non juridique.

Quoi qu'il en soit, on ne saurait considérer que l'avis consultatif est entièrement dépourvu de valeur ou de portée juridique. Les prononcés positifs qu'il contient doivent être tenus pour un progrès dans le processus historique qui tend à imposer des restrictions juridiques dans les conflits armés. Certaines de ces contraintes concernant les armes nucléaires sont maintenant mentionnées dans l'avis de la Cour. Pour la première fois dans son histoire — comme d'ailleurs dans l'histoire de tout autre tribunal de même niveau — la Cour déclare et confirme que les armes nucléaires relèvent du droit international; que la menace ou l'emploi de la force au moyen d'armes nucléaires qui serait contraire à l'Article 2, paragraphe 4, de la Charte des

Nations Unies et qui ne satisferait pas à toutes les prescriptions de son Article 51 est illicite. La Cour dit aussi que toute menace ou tout emploi d'armes nucléaires incompatible avec les exigences du droit international applicable dans les conflits armés, spécialement celles des principes et règles du droit international humanitaire, ainsi qu'avec les obligations particulières en vertu des traités et autres engagements qui ont expressément trait aux armes nucléaires serait illicite. On peut en déduire que c'est parce que le recours aux armes nucléaires ne peut satisfaire aux exigences susmentionnées que la Cour conclut : «la menace ou l'emploi d'armes nucléaires serait généralement contraire aux règles du droit international applicable dans les conflits armés, et spécialement aux principes et règles du droit humanitaire». Rapproché des autres conclusions de la Cour, ce prononcé, si nuancé soit-il, doit être considéré comme important sur le plan normatif. En particulier, il rejette l'argument selon lequel, le droit humanitaire ayant précédé l'invention de l'arme nucléaire, il ne peut s'appliquer à elle. La Cour estime au contraire que, vu le caractère intrinsèque des règles et des principes établis du droit humanitaire, celui-ci s'applique bien à elle.

C'est en réaction aux conclusions juridiques qui présentent une importance à la fois historique et normative que j'ai voté pour les paragraphes 2A, 2C, 2D et 2F du dispositif, non sans des réserves toutefois en ce qui concerne le paragraphe 2C.

En revanche j'ai voté contre le paragraphe 2B où la Cour dit que ni le droit international coutumier ni le droit international conventionnel ne comportent d'interdiction complète et universelle de la menace ou de l'emploi des armes nucléaires en tant que telles. Cette conclusion n'est pas, selon moi, conforme au droit. Le recours aux armes nucléaires violerait à tout le moins l'interdiction d'employer des «armes empoisonnées» édictée à l'article 23 a) de la Convention de La Haye de 1899 et de 1907 et le Protocole de Genève de 1925 qui interdit l'usage de gaz toxiques et/ou d'armes bactériologiques. Ce protocole ayant bénéficié d'une adhésion universelle, il est admis qu'il lie la communauté internationale dans son ensemble. En outre, l'interdiction de l'emploi de gaz toxiques est maintenant considérée comme faisant partie du droit international coutumier obligeant tous les États de sorte que la conclusion de la Cour au paragraphe B du dispositif est indéfendable eu égard aux Conventions de Genève de 1949 et des Protocoles additionnels y relatifs de 1977. Pour ce qui est des Conventions, elles lient aujourd'hui 186 États au moins si bien que leur universalité paraît plus grande encore que celle de la Charte des Nations Unies. En conséquence, il est maintenant admis que ces traités font partie du droit international coutumier liant tous les États. Dans son jugement en l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, la Cour a confirmé que les Conventions faisaient partie du droit international coutumier lorsqu'elle a déclaré :

> «[les États-Unis] ont obligation, selon les termes de l'article premier des quatre Conventions de Genève, de 'respecter' et même de 'faire respecter' ces conventions 'en toute circonstance', car une telle obligation ne découle pas seulement des conventions elles-mêmes, mais des principes généraux du droit humanitaire dont les Conventions ne sont que l'expression concrète.» (*CIJ Recueil 1986*, p. 114)

Se référant aux principes humanitaires du droit international, la Cour a constaté que les Conventions elles-mêmes traduisaient le droit coutumier et de ce fait liaient les États. Le même raisonnement vaut en particulier pour le

Protocole additionnel I qui constitue un nouvel énoncé et une réaffirmation des règles de droit coutumier fondées sur les Conventions antérieures de Genève et de La Haye. À ce jour, 143 États sont parties au Protocole et la force coutumière de ces dispositions ne résulte pas de leur incorporation formelle dans le Protocole lui-même.

Compte tenu de ce qui précède, on ne peut soutenir, comme la Cour l'a fait, que ni le droit international coutumier ni le droit international conventionnel ne comportent d'interdiction complète et universelle de la menace ou de l'emploi des armes nucléaires en tant que telles. Un tel prononcé n'est pas non plus compatible avec la jurisprudence de la Cour qui a été rappelée plus haut.

J'ai voté cependant pour le paragraphe F du dispositif qui souligne l'obligation de poursuivre de bonne foi et de mener à terme des négociations conduisant au désarmement nucléaire dans tous ses aspects, sous un contrôle international strict et efficace. Je suis d'avis que les parties au Traité de 1968 sur la non-prolifération des armes nucléaires, conscientes du danger que la prolifération fait courir à tous les États, ont pris l'engagement contraignant de mettre fin rapidement à la course aux armes nucléaires et d'entreprendre le désarmement nucléaire. Les risques que ces armes représentaient pour l'humanité en 1968 sont toujours là, comme cela résulte de la décision prise en 1995 par les États parties au Traité de donner à celui-ci un caractère permanent. L'obligation d'éliminer les armes nucléaires continue à s'imposer à ces États, l'objectif étant d'écarter la menace que ces armes peuvent présenter et d'où pourrait résulter la violation de la Charte ou des principes et règles du droit humanitaire. Il y a par suite une corrélation entre l'obligation de désarmement nucléaire assumée par ces États parties au Traité de non-prolifération et les obligations assumées par les États en vertu de la Charte des Nations Unies ainsi que du droit applicable dans les conflits armés, et spécialement du droit international humanitaire.

Malgré cela et en dépit de certaines autres conclusions normatives auxquelles la Cour est parvenue dans son avis consultatif, je regrette profondément que, sur la vraie question qui lui était posée — «est-il permis en droit international de recourir à la menace ou à l'emploi d'armes nucléaires en toute circonstances?» — la Cour ait reculé et n'ait pas adopté la seule et inéluctable conclusion qui s'imposait, à savoir que, étant donné les faits établis relativement à l'utilisation de ces armes, il est inconcevable qu'il puisse y avoir des circonstances où leur emploi ne violerait pas les principes et les règles du droit international applicable dans les conflits armés, et en particulier les principes et les règles du droit humanitaire. En ne répondant pas à la question et en laissant les États libres de trancher, la Cour s'est dérobée devant sa tâche qui aurait dû être de réaffirmer l'applicabilité aux armes nucléaires des règles de droit, en particulier des règles du droit humanitaire, et d'assurer la protection des êtres humains, des générations à venir et de l'environnement naturel contre l'emploi de telles armes dont la puissance destructrice, nous l'avons vu, est incapable de distinguer entre combattants et non-combattants, d'épargner les hôpitaux et les camps de prisonniers de guerre et peut causer des souffrances hors de proportion avec les nécessités militaires, laissant les victimes mourir de leurs brûlures après des semaines d'agonie ou endurer toute leur vie de douloureuses infirmités. Ce que l'Assemblée générale demandait à la Cour, garante de la légalité, c'était de déclarer qu'en raison de ces conséquences l'utilisation des armes nucléaires est illicite en droit international. C'est une déclaration que notre Cour en tant que tribunal aurait dû pouvoir faire.

En l’absence d’une conclusion catégorique et inéluctable de ce genre, je n’ai pas d’autre choix que de me dissocier, à mon grand regret, de l’avis consultatif.

(*Signé*) Abdul G. KOROMA

OPINION DISSIDENTE DE MADAME HIGGINS

1. J'approuve tout ce que la Cour dit sur les raisons pour lesquelles elle doit rendre le présent avis et j'approuve une bonne partie de ce qu'elle dit sur le fond de la question qui lui est posée. J'ai voté aussi pour les paragraphes 2A, 2B, 2C, 2D et 2F du dispositif. Les quatre premiers annoncent en quelque sorte ce qui est au coeur même du problème et qui fait l'objet du paragraphe 2E. Je regrette de n'avoir pu voter pour ce que la Cour y énonce.

2. Dans la première partie de son avis, la Cour rejette des suggestions tendant à ce qu'elle use de son pouvoir discrétionnaire pour refuser de donner l'avis demandé parce que la question ne serait pas juridique, qu'elle serait trop vague, qu'elle amènerait la Cour à écrire des «scénarios» ou encore l'obligerait à «légiférer». Mais au paragraphe 97 de son avis et au paragraphe 2E du dispositif, la Cour prononce bel et bien, en ce qui concerne la question clé, un *non liquet* fondé sur le caractère incertain de l'état actuel du droit et sur les éléments de fait. Cette démarche me paraît illogique.

3. J'approuve pour l'essentiel la motivation juridique des paragraphes 2A, 2B, 2C et 2D. Bien que le paragraphe C soit formulé de façon négative, il résulte clairement de l'analyse de la Cour que ni les dispositions de la Charte, ni le droit international coutumier, ni le droit conventionnel ne rendent illicite en soi la menace ou l'emploi d'armes nucléaires.

4. Dans son arrêt sur les *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, la Cour a confirmé qu'il existait en droit international coutumier une règle de proportionnalité dans l'exercice de la légitime défense. Elle y a noté que la Charte «ne comporte pas la règle spécifique ... selon laquelle la légitime défense ne justifierait que des mesures proportionnelles à l'agression armée subie, et nécessaires pour y riposter» (*CIJ Recueil 1986*, par. 176). Qui plus est, la Cour indique clairement, dans le présent avis (par. 40-41), que même si l'Article 51 ne contient aucune mention spécifique de la proportionnalité, celle-ci ne s'en applique pas moins lorsque la légitime défense est exercée en vertu de la Charte.

5. Dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, il résulte nettement des termes employés par la Cour que la notion de proportionnalité en matière de légitime défense limite la riposte à ce qui est nécessaire pour repousser l'agression. Cela cadre bien avec la conception du professeur Ago (c'était alors son titre) qui avait précisé, dans l'additif à son huitième rapport sur la responsabilité des États que la notion de proportionnalité visait le caractère proportionné des moyens mis en oeuvre pour répondre à l'attaque et non pas une quelconque symétrie entre les modalités de l'agression initiale et les modalités de la riposte (A/CN.6/318/Add.5-7, par. 121, *Annuaire de la CDI* (1980) Vol. II, Partie I, p. 67).

6. Le paragraphe 2E du dispositif énonce dans sa première partie que la menace ou l'emploi d'armes nucléaires serait généralement contraire aux règles du droit international applicable dans les conflits armés, et spécialement aux principes et règles du droit humanitaire et, dans sa deuxième partie, que la Cour ne peut conclure que la menace ou l'emploi d'armes nucléaires serait licite ou illicite dans une circonstance extrême de légitime défense dans laquelle la survie même d'un État serait en cause.

7. Je n'ai pas été en mesure de voter pour ces paragraphes pour plusieurs raisons. Une exigence essentielle du processus judiciaire est que le tribunal indique comment il est parvenu à sa conclusion. Or, je crois que la Cour ne l'a pas fait en ce qui concerne la première partie du paragraphe 2E. Dans tout dispositif judiciaire, la conclusion doit être claire. Il me semble que le sens du paragraphe 2E ne l'est pas (et peut-être cette absence de clarté est-elle considérée comme une vertu). Je regrette vivement le *non liquet* que constitue la deuxième partie du paragraphe 2E. Je crois que, dans cette deuxième phrase, la Cour refuse de répondre à une question qui, en fait, ne lui a jamais été posée.

8. Après avoir dit, en se référant à la Charte et au droit conventionnel, que la menace ou l'emploi d'armes nucléaires n'est pas interdit en soi, la Cour examine si une interdiction en soi résulte du droit applicable dans les conflits armés (et spécialement du droit humanitaire).

9. Pour répondre à la question qui lui est posée, il ne suffit pas que la Cour mentionne les exigences du droit applicable dans les conflits armés (y compris le droit humanitaire) puis se contente de conclure que la menace ou l'emploi d'armes nucléaires est généralement illicite par rapport à ces principes et à ces normes. La Cour se borne à affirmer que les principes et règles du droit humanitaire s'appliquent aux armes nucléaires. Au paragraphe 95, se référant aux «caractéristiques uniques des armes nucléaires», elle dit que leur utilisation «n'apparaît guère conciliable» avec les exigences du droit humanitaire et «serait généralement contraire» à ce droit (par. 2E du dispositif). À aucun moment la Cour ne s'attelle, dans son avis, à la tâche que lui imposait certainement la question posée, à savoir appliquer systématiquement le droit approprié à la menace ou à l'emploi d'armes nucléaires. Elle conclut sans avoir procédé à une analyse détaillée. Une phrase essentielle du processus judiciaire - celle de la motivation juridique - a été omise.

10. Ce que la Cour aurait dû faire, d'après moi, c'est expliquer, préciser et appliquer les éléments clés du droit humanitaire identifiés par elle. Comme la Cour, je pense que certains principes généraux résultant des traités sur le droit applicable dans les conflits armés et sur le droit humanitaire sont obligatoires soit à titre d'obligations conventionnelles permanentes soit à titre de prescriptions de droit international coutumier. Ces principes ont pour origine toute une série de sources incontestées (je veux dire par là qu'ils ne relèvent en rien des dispositions du Protocole additionnel I aux Conventions de Genève de 1949 et sont indépendants des opinions formulées quant à l'application de ces dispositions aux armes nucléaires). On peut se référer en particulier à la déclaration de Saint-Pétersbourg du 11 décembre 1868 et au règlement annexé à la Convention IV de La Haye de 1907, articles 22 et 23 *e)*. La Cour rappelle que le Tribunal militaire de Nuremberg a jugé en 1946 que le règlement annexé à la Convention IV de La Haye faisait partie en 1939 du droit international coutumier (avis consultatif par. 80).

11. Le principe juridique selon lequel les parties à un conflit armé n'ont pas un choix illimité quant aux armes et aux méthodes qu'elles emploient ne permet pas, à lui seul, de répondre à la question dont la Cour est saisie. Son but est de faire en sorte que l'emploi des armes et les méthodes de guerre utilisées soient conformes aux autres règles de fond.

12. En ce qui concerne le choix des armes, il n'est pas permis de causer des souffrances inutiles aux combattants ennemis ni de rendre leur mort inévitable ni d'aggraver les souffrances de ceux qui sont mis hors de combat. Le rapport de la Commission militaire internationale de Saint-Pétersbourg (1868) a de même précisé qu'il n'était pas légitime de s'en prendre aux civils pour s'assurer de la victoire sur l'ennemi et que, s'agissant même de mettre hors de combat des militaires, toute méthode n'était pas licite. Dans nombre d'exposés écrits ou oraux présentés à la Cour, ces deux éléments vont de pair. Mais la Cour indique clairement, au paragraphe 78 de son avis, que les interdictions visant des méthodes susceptibles de causer des maux superflus concernant le second élément, autrement dit même quand il s'agit de mettre hors de combat des forces militaires de l'ennemi, il existe une limitation quant aux moyens dont on peut se servir. Ces dispositions ne visent pas la protection des civils — il y en a d'autres à cet effet. Il est de toute façon absolument interdit d'attaquer des civils, que ce soit au moyen d'armes nucléaires ou avec d'autres armes. L'illicéité des attaques dirigées contre des civils est indépendante de toute disposition interdisant d'infliger des «maux superflus» ou d'aggraver les souffrances de ceux qui sont déjà hors de combat.

13. Si donc la clause relative aux «maux superflus» ne constitue pas une interdiction générale mais vise la protection des combattants, nous devons nous demander tout de même si les conséquences primaires effrayantes de l'arme nucléaire — effet de souffle, incendies, rayonnements, retombées radioactives — ne causent pas des maux superflus considérables. Ces effets entraînent certes des souffrances abominables. Mais ce ne sont pas nécessairement des «maux superflus» au sens où cette expression doit être comprise dans le contexte du droit de 1868 et de 1907, lequel est orienté vers la limitation des moyens utilisés contre la cible légitime qu'est le personnel militaire.

14. L'article 23 *a)* du règlement de La Haye avait pour arrière-plan la disposition de l'article 22 (par lequel commence un chapitre sur les «moyens de nuire à l'ennemi») selon lequel le choix des moyens de nuire à l'ennemi n'est pas illimité. Un certain niveau de violence est nécessairement autorisé dans l'exercice de la légitime défense; le droit humanitaire cherche à contenir cette force (ainsi que ses utilisations illicites) en prescrivant une série «équilibrée» de normes. C'est ainsi qu'il est illicite de causer des souffrances et des dévastations allant au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre ces buts légitimes. La mise en oeuvre de ce précepte exige que soit réalisé un équilibre entre la nécessité et l'humanité. Cette façon de parvenir à une bonne interprétation de la notion de «maux superflus» a été approuvée entre autres par les Pays-Bas (Demande d'avis consultatif sur la licéité de l'emploi par un État d'armes nucléaires (art. 66, par. 2 du Statut), par. 27, par le Royaume-Uni, ibid., par. 36 et suivants et exposé oral (CR95/34); par les États-Unis, ibid. par. 25 et par la Nouvelle-Zélande, (Demande d'avis consultatif sur la licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, exposé écrit, par. 69).

15. La pratique diplomatique ultérieure confirme cette interprétation des «maux superflus» visés par le règlement de 1907. Lors de la Conférence d'experts gouvernementaux sur l'emploi de certaines armes conventionnelles, tenue à Lucerne en 1974, les experts sont tombés d'accord sur ce qu'il fallait entendre par «maux» et par «superflus». À cet égard, ils ont dit :

> «Ce problème présuppose une sorte de relation entre l'importance de la blessure ou des souffrances infligées (aspects humanitaires) d'une part et la nécessité plus ou moins grande de choisir telle ou telle arme (aspect militaire) d'autre part». *(Rapport de la Conférence, publiée par le CICR en 1975, par. 24)*

Ils ont été d'accord pour admettre que la notion de «maux superflus» impliquait un «équilibre» ou une «relation» et non l'interdiction d'infliger des souffrances graves, voire très graves. Dans la mesure où il y a eu désaccord, celui-ci a porté plutôt sur le point de savoir si l'élément de la nécessité militaire se limitait à exiger qu'une arme soit capable de mettre un ennemi hors de combat ou s'il permettait que l'on s'en prenne au matériel, aux lignes de communication et aux ressources de l'adversaire (ibid., par. 25).

16. C'est cette interprétation du principe qui explique que les États aient pu interdire spécifiquement l'emploi des balles dum-dum alors que certaines armes qui provoquent des maux beaucoup plus considérables n'ont jamais fait l'objet d'interdictions spécifiques ni, dans la pratique générale des États, été considérées comme manifestement interdites en application du principe qui prohibe les «maux superflus». C'est ainsi que le statut des projectiles incendiaires des lance-flammes, du napalm, des armes à grande vitesse — tous moyens particulièrement odieux de faire la guerre — est resté contesté.

17. L'interdiction d'infliger des souffrances inutiles et des maux superflus est, pour le personnel militaire, une protection qui doit être appréciée par rapport à la nécessité d'une attaque contre la cible militaire qu'il représente. Le principe ne stipule pas qu'une cible légitime ne doit pas être attaquée parce qu'il pourrait en résulter de grandes souffrances.

18. Demeure cependant sans réponse la question cruciale : *quelle* nécessité militaire est assez grande pour jamais justifier le genre de souffrance que l'emploi d'armes nucléaires infligerait au personnel militaire? Cette question exige elle-même que l'on connaisse l'ampleur des souffrances dont on parle et les circonstances qui les occasionnent. On a dit que les souffrances pourraient être relativement limitées sur un théâtre d'opérations où seraient utilisées des armes tactiques. La Cour considère à juste titre que cela n'est pas certain. Si les souffrances ressemblent à celles que l'on associe habituellement à l'emploi des armes nucléaires — du fait du souffle, du rayonnement, du choc, du risque d'escalade, du risque de propagation dans l'espace et le temps — on peut concevoir que seules les circonstances les plus extrêmes (défense contre d'indicibles souffrances ou contre la disparition d'un État ou de populations) pourraient justifier qu'on établisse une «équation» entre la nécessité militaire et les exigences de l'humanité.

19. Pour montrer comment elle est parvenue à la conclusion énoncée au paragraphe 2E du dispositif, la Cour aurait dû, après avoir analysé les dispositions du droit humanitaire relatives à la protection des combattants, appliquer systématiquement à la protection des civils les règles et principes humanitaires. On aurait pu s'attendre à ce que, dans ce contexte, la Cour examine les principales questions juridiques suivantes : l'interdiction de s'attaquer à des civils empêche-t-elle l'attaque d'un objectif militaire dès lors que des pertes civiles collatérales sont inévitables? Compte tenu de la réponse à cette question, que veut-on dire quand on exige qu'une arme soit capable de distinguer entre cibles civiles et cibles militaires et comment cela s'applique-t-il aux armes nucléaires?

20. Pour certains des États qui se sont exprimés devant la Cour, le fait qu'il y ait beaucoup de victimes civiles *suffit* à montrer que le dommage collatéral est excessif. Mais le droit applicable dans les conflits armés se présente sous la forme d'une interdiction générale — les civils ne peuvent faire l'objet d'une attaque armée — et la question du nombre de victimes ou de la souffrance subie (à condition que cette obligation fondamentale soit respectée) doit être envisagée dans le cadre de «l'équilibre» ou de la «relation» entre les nécessités de la guerre et les exigences de l'humanité. Les articles 23 g), 25 et 27 de l'annexe à la Convention IV de La Haye sont à cet égard pertinents. Même s'il n'est pas spécifiquement mentionné, le principe de proportionnalité se traduit dans de nombreuses dispositions du Protocole additionnel I aux Conventions de Genève de 1949. C'est ainsi que l'on ne peut attaquer même un objectif légitime si les pertes civiles collatérales doivent être disproportionnées à l'avantage militaire que l'on attend de cette attaque. On est inévitablement amené à se poser la question de savoir si, au cas où une cible serait légitime et où l'emploi d'armes nucléaires serait le seul moyen de la détruire, cette destruction pourrait jamais être indispensable au point que l'on inflige aux civils des dommages collatéraux massifs.

21. Pour remplir la condition juridique d'après laquelle un objectif militaire ne doit pas être attaqué si les pertes civiles collatérales risquent d'être excessives par rapport à l'avantage militaire retiré de cette attaque, cet «avantage militaire» doit être lié à la survie même de l'État ou permettre d'écarter de grandes et cruelles souffrances (qu'elles soient causées par des armes nucléaires ou d'autres armes de destruction massive) et il ne doit pas y avoir d'autres moyens d'éliminer l'objectif militaire en question.

22. On dit que les dommages collatéraux causés aux civils, même s'ils sont proportionnels à l'importance de l'objectif militaire, ne doivent jamais être intentionnels. «L'intention se définit par ce que l'on décide de faire ou ce que l'on cherche à réaliser par les moyens que l'on décide d'employer.» (Finnis, Boyle et Grisez, *Nuclear Deterrence, Morality and Idealism* (1987), p. 92-93). Cela se rapproche beaucoup de la doctrine juridique de la prévisibilité, en vertu de laquelle chacun est censé vouloir les conséquences de ses actes. Est-ce que, pour autant, le fait de savoir que, dans des circonstances données, l'emploi de l'arme nucléaire entraînera la mort de civils équivaut à une intention de s'attaquer à des civils? En droit, l'analyse doit toujours tenir compte du contexte et la question philosophique posée ici n'est pas différente qu'il s'agisse d'armes nucléaires ou d'autres armes. Le devoir de ne pas s'attaquer aux civils vaut aussi pour les armes conventionnelles. Or, on a toujours admis que les dommages collatéraux provoqués par ces armes ne résultaient pas d'une «intention», à condition bien sûr que l'élément de proportionnalité fût respecté.

23. Très importante aussi dans le présent contexte est la condition posée par le droit humanitaire selon laquelle on ne doit pas utiliser d'armes incapables de distinguer entre cibles civiles et cibles militaires.

24. La condition d'après laquelle une arme doit pouvoir faire la distinction entre cibles militaires et cibles civiles n'est pas un principe général de droit humanitaire énoncé dans le droit de 1899, 1907 ou 1949 mais elle résulte de la règle de base qui veut que l'on ne doit pas s'attaquer aux civils. On a beaucoup discuté, sans aboutir à un résultat, pour savoir si ce principe se réfère aux armes qui, vu la manière dont elles sont couramment utilisées, frappent indistinctement les civils et les combattants *(Les armes*

de nature à causer des maux superflus ou à frapper sans discrimination, Rapport sur les travaux d'experts, publié par le CICR en 1973) ou s'il se réfère aux armes qui «du point de vue de leurs effets dans le temps et l'espace, ne pouvaient être employées avec une précision suffisante et prévisible pour atteindre la cible visée» (Conférence d'experts gouvernementaux sur l'emploi de certaines armes conventionnelles (Lucerne, 1974) Rapport publié par le CICR en 1975, p. 10-11, par. 31, voir aussi Kalshoven «Armes, armement et interprétation du droit», *Recueil des cours*, 1985, II, p. 236). Si l'on admet que ce concept a une existence autonome, qu'il est distinct de celui de dommage collatéral (qu'il recouvre en partie) et quelle que soit l'interprétation retenue, on peut conclure qu'une arme sera illicite en soi si elle ne peut pas être dirigée contre un objectif militaire et lui seul, indépendamment des dommages collatéraux qui peuvent se produire. Malgré les caractéristiques uniques et la nature profondément destructrice de toutes les armes nucléaires, cette expression s'applique à des armes diverses dont les effets ne sont pas tous les mêmes. Dans la mesure où une arme nucléaire donnée serait incapable de faire la distinction, son emploi serait illicite.

25. Je ne crois pas qu'il soit juridiquement utile de dire que l'emploi d'armes nucléaires est «généralement contraire aux règles du droit international applicable dans les conflits armés, et spécialement aux principes et règles du droit humanitaire». Que veut dire «généralement»? Est-ce une allusion numérique, une référence aux différents types d'armes nucléaires ou veut-on suggérer que les règles du droit humanitaire ne peuvent s'appliquer sauf exception? S'il en est ainsi, où la Cour a-t-elle analysé ces règles en en donnant la bonne interprétation, où a-t-elle analysé leur application aux armes nucléaires? Quelles exceptions doit-on lire derrière le terme «généralement»? Ou bien le terme «généralement» indique-t-il surtout compte tenu du paragraphe 96, que, si l'emploi d'armes nucléaires dans une circonstance extrême de légitime défense est licite, il en résulte exceptionnellement que cet emploi devient compatible avec le droit humanitaire? La terminologie du paragraphe 2E du dispositif soulève toutes ces questions sans répondre à aucune d'elles.

26. Il y a une autre raison pour laquelle je n'ai pu voter en faveur du paragraphe 2E du dispositif. C'est qu'il énonce une conséquence négative du droit humanitaire et des exceptions possibles (d'ailleurs non spécifiées). Le rôle du droit humanitaire, par opposition aux traités interdisant l'emploi d'une arme déterminée, est de prescrire des normes de conduite et non de donner des réponses d'un caractère général au sujet d'armes particulières. Je n'exclus cependant pas la possibilité qu'une telle arme soit illicite par rapport au droit humanitaire, s'il est impossible qu'elle puisse jamais répondre aux exigences de ce droit — quel que soit le type d'engin appartenant à cette catégorie d'armes et quel que soit le lieu de son utilisation. Nous pouvons penser que, dans l'état actuel du développement de l'armement, il y a très peu de chances pour qu'un État puisse se conformer aux exigences du droit humanitaire. Mais c'est autre chose que de considérer l'emploi d'armes nucléaires comme «généralement illicite».

27. Le sens de la deuxième phrase du paragraphe 2E du dispositif — et par la suite le sens des deux phrases du paragraphe, rapprochées l'une de l'autre — n'est pas clair. La deuxième phrase ne se réfère probablement pas à la légitime défense s'exerçant dans les circonstances exceptionnelles — qu'implique le mot «généralement» — où l'on pourrait considérer la menace ou l'emploi d'armes nucléaires comme compatible avec le droit humanitaire. Si,

comme la Cour l'a indiqué au paragraphe 42 (et au paragraphe 2C du dispositif), la Charte ne rend pas par elle-même illicite l'emploi des armes nucléaires et si, dans un cas donné, cet emploi est conforme aux dispositions de l'Article 51 et est compatible avec le droit humanitaire, la Cour ne peut guère vouloir dire dans la deuxième phrase du paragraphe 2E qu'elle ignore si cette utilisation serait licite ou illicite.

28. Il semble par conséquent que la Cour vise les circonstances «générales», à savoir celles où la menace ou l'emploi d'armes nucléaires viole le droit humanitaire, et qu'elle se demande si, *en ces circonstances-là*, le recours à la force *in extremis* et conformément à l'Article 51 de la Charte pourrait être néanmoins considéré comme licite ou ne devrait pas l'être. La Cour répond qu'elle ne sait pas.

29. Ce que la Cour a fait, c'est conclure à une «incompatibilité d'ordre général» avec le droit humanitaire puis prononcer un véritable *non liquet* sur le point de savoir si l'emploi d'armes nucléaires en cas de légitime défense lorsque la survie d'un État est en cause pourrait être licite, même si cet emploi était dans ce cas particulier contraire au droit humanitaire. En évitant ainsi de se prononcer, la Cour laisse nécessairement ouverte la possibilité qu'un recours à l'arme nucléaire, contraire au droit humanitaire, soit néanmoins licite. C'est aller beaucoup plus loin que ne l'ont fait les États dotés de l'arme nucléaire qui se sont exprimés devant la Cour et qui ont pleinement admis que pour être licite la menace ou l'emploi d'armes nucléaires devait respecter aussi bien le *jus ad bellum* que le *jus in bello* (voir par. 86).

30. Il n'est pas douteux que la formule choisie est un *non liquet* car la Cour ne se borne pas à invoquer l'insuffisance des faits et des arguments concernant les armes dites «propres» et «précises». Je pense comme la Cour qu'on ne lui a pas expliqué de façon convaincante dans quelles circonstances il pourrait être essentiel d'utiliser ce gendre d'armement. On ne saurait supposer que des armes de ce type (à utiliser peut-être contre des sous-marins ou dans des déserts) puissent représenter pour un État doté de l'arme nucléaire tout ce dont il a besoin pour mener une politique de dissuasion efficace.

31. La formule contenue dans la deuxième partie du paragraphe 2E mentionne «l'état actuel du droit international» comme la base du *non liquet* prononcé par la Cour. J'ai beaucoup de mal à comprendre cette mention. Le paragraphe F du dispositif et les derniers paragraphes de l'avis montrent que la Cour nourrit l'espoir d'un désarmement — y compris un désarmement nucléaire — qui serait total, négocié et vérifié. Mais ce n'est pas parce que l'on n'a pas encore atteint ce but que le droit international n'a rien à dire quant à l'emploi d'armes nucléaires en cas de légitime défense. Le droit international ne consiste pas seulement en interdictions totales. On ne saurait dire non plus qu'il n'existe pas un droit positif de la légitime défense sur lequel la Cour puisse donner un avis — car c'est, tout compte fait, un des domaines du droit international les mieux développés.

32. Est-ce que la mention «l'état actuel du droit international» ne renverrait pas au droit humanitaire? C'est l'un des nombreux éléments qui manquent de clarté. Cet aspect semble être déjà traité dans la première partie du paragraphe 2E. Quoi qu'il en soit, le droit humanitaire est lui aussi déjà bien développé. Le fait qu'il énonce ses principes en termes généraux et que ceux-ci soulèvent souvent d'autres questions appelant une réponse ne saurait

justifier un *non liquet*. C'est justement la fonction du juge de partir de principes d'application générale, d'expliciter leur sens et de les appliquer à des situations données. Tel est précisément le rôle de la Cour internationale de Justice tant en matière contentieuse qu'en matière consultative.

33. Peut-être la référence à «l'état actuel du droit international» renvoie-t-elle à des tensions que l'on peut percevoir entre d'une part l'acceptation très répandue de la possession d'armes nucléaires (et donc, on peut le présumer, de la licéité de leur emploi en certaines circonstances), acceptation mentionnée par la Cour aux paragraphes 67 et 96 de l'avis, et d'autre part les exigences du droit humanitaire. S'il en est ainsi, je crois qu'il s'agit là d'une fausse dichotomie. La recherche de la dissuasion, la protection qu'assure le «parapluie» nucléaire, l'acceptation silencieuse des réserves et des déclarations faites par les puissances nucléaires à l'égard de traités interdisant le recours à l'arme nucléaire dans certaines régions, la recherche d'éventuelles garanties de sécurité, ce sont là autant d'éléments qui mettent en évidence une pratique internationale importante intéressant non seulement le droit de la légitime défense mais aussi le droit humanitaire. Si bon nombre des États de la communauté internationale estiment que l'emploi d'armes nucléaires peut être *in extremis* compatible avec les obligations que leur impose la Charte (soit comme puissances nucléaires soit comme bénéficiaires du «parapluie» nucléaire ou des garanties de sécurité), on peut supposer qu'ils estiment aussi ne violer en rien leurs obligations au regard du droit humanitaire.

34. Rien dans les exposés présentés n'indique que les États qui ont donné des garanties en matière nucléaire et ceux qui les ont reçues ont considéré qu'ils violaient le droit humanitaire mais ont néanmoins décidé de passer outre à cette violation. En somme, l'importance que l'on peut accorder à la pratique des États qui vient d'être mentionnée présente autant d'intérêt pour notre compréhension des dispositions complexes du droit humanitaire que pour notre compréhension du droit de la légitime défense défini dans la Charte.

35. Pour toutes ces raisons, je ne vois pas pourquoi la Cour en vient à donner la réponse que l'on trouve dans la deuxième partie du paragraphe 2E du dispositif.

36. C'est aussi, je crois, un principe important et bien établi que la notion du *non liquet* — c'est bien ce que nous avons ici — ne fait pas partie de la jurisprudence de la Cour.

37. Certes, la Cour a plusieurs fois refusé de répondre à une question alors même qu'elle s'était déclarée compétente. Elle a invoqué des motifs tenant à ce qu'elle considérait comme approprié (articles 65 du Statut; affaires de *l'Or monétaire* et du *Cameroun septentrional* ou de graves vices de procédure (affaires du *Droit d'asile* et *Haya de la Torre*). Mais «dans aucune de ces affaires le *non liquet* ne résulte ... d'insuffisances du droit» (Rosenne, The Law and Practice of the International Court, 2e éd. révisée, p. 100).

38. Cette fâcheuse formulation fait fi de soixante-cinq années d'un noble passé judiciaire comme des convictions de nos prédécesseurs. L'ancien président de la Cour, M. Elias, nous rappelle que ce qu'il dénomme des «engins utiles» existent et peuvent nous aider si nous avons des difficultés à utiliser les sources habituelles du droit international. À son sens, «ils

interdisent à la Cour de prononcer un *non liquet* dans une affaire déterminée» (Elias, *The International Court of Justice and Some Contemporary Problems*, 1983, p. 14).

39. Les éminents rédacteurs de la neuvième édition de l'ouvrage d'Oppenheim *International Laws* nous rappellent ceci :

> «il n'existe pas toujours une règle juridique claire et spécifique facilement applicable dans toute situation internationale, mais toute situation internationale peut-être résolue *en droit*» (Jennings et Watts, Vol. I. p. 13).

40. La situation ne change pas si l'on fait valoir que le problème tient autant à l'antinomie ou au heurt des divers éléments du droit qu'au caractère prétendument vague de ce droit. À supposer qu'une telle antinomie existe (ce dont je doute, comme je l'ai dit plus haut), le rôle du juge est précisément de dire quelle est celle des normes concurrentes qui s'applique dans l'espèce considérée. Le corpus international du droit international consiste souvent en normes qui, prises isolément, paraissent aller dans des directions différentes, on a par exemple : les États ne doivent pas recourir à la force/les États peuvent recourir à la force en cas de légitime défense; *pacta sunt servanda*/un État peut dénoncer un traité ou en suspendre l'application pour des raisons déterminées. Il appartient au juge de dire, dans le contexte et sur la base de motifs qu'il doit exposer, pourquoi il y a lieu de privilégier une norme par rapport à une autre dans le cas considéré. Comme ces normes existent indubitablement et que les difficultés rencontrées par la Cour concernent leur application, on ne saurait parler de législation judiciaire.

41. On ne peut rester insensible devant les insupportables souffrances et l'ampleur des destructions dont les armes nucléaires peuvent être la cause. Il est bien compréhensible que l'on attende de ceux que préoccupent ces souffrances et ces dévastations qu'ils déclarent cette cause illicite. On peut fort bien se demander si, quand un juge procède à une analyse juridique de notions comme celles de «maux superflus», de «dommage collatéral» ou de «droit à la légitime défense», il n'a pas perdu de vue l'aspect réellement humain de la situation. L'objectif judiciaire à atteindre, qu'il s'agisse de répondre à des questions difficiles d'interprétation du droit humanitaire ou de résoudre de prétendues tensions entre normes concurrentes, ce sont les valeurs que le droit international s'efforce de promouvoir et de protéger. En l'espèce, c'est la survie au sens physique des populations que nous ne devons jamais perdre de vue. Nous vivons dans un ordre mondial décentralisé où l'on sait que certains États possédant l'arme nucléaire préfèrent rester en dehors du système créé par le traité sur la non-prolifération, tandis que d'autres États non parties ont déclaré leur intention d'accéder à l'arme nucléaire et où l'on croit que d'autres encore possèdent clandestinement cette arme ou s'emploient à l'obtenir sous peu (certains d'entre eux pouvant d'ailleurs être parties au Traité sur la non-prolifération). Il ne me semble pas que prononcer l'illicéité des armes nucléaires en toute circonstance ou donner les réponses que la Cour formule au paragraphe 2E du dispositif soient les meilleurs moyens de protéger l'humanité contre ces souffrances inimaginables que nous redoutons tous.

(Signé) Rosalyn HIGGINS