

## DISSENTING OPINION OF JUDGE CANÇADO TRINDADE

## TABLE OF CONTENTS

	<i>Paragraphs</i>
I. <i>PROLEGOMENA</i>	1-4
II. THE EXISTENCE OF A DISPUTE BEFORE THE HAGUE COURT	5-30
1. Objective determination by the Court	5-15
2. Existence of a dispute in the <i>cas d'espèce</i> ( <i>Marshall Islands v. United Kingdom</i> case)	16-19
3. The threshold for the determination of the existence of a dispute	20-25
4. Contentions in the <i>Marshall Islands v. United Kingdom</i> case	26
5. General assessment	27-30
III. UN GENERAL ASSEMBLY RESOLUTIONS AND <i>OPINIO JURIS</i>	31-56
1. UN General Assembly resolutions on nuclear weapons (1961-1981)	32-37
2. UN General Assembly resolutions on freeze of nuclear weapons (1982-1992)	38-40
3. UN General Assembly resolutions on nuclear weapons as breach of the UN Charter (Acknowledgment before the ICJ, 1995)	41-44
4. UN General Assembly resolutions condemning nuclear weapons (1982-2015)	45-50
5. UN General Assembly resolutions following up the ICJ's 1996 Advisory Opinion (1996-2015)	51-56
IV. UN SECURITY COUNCIL RESOLUTIONS AND <i>OPINIO JURIS</i>	57-63
V. THE SAGA OF THE UNITED NATIONS IN THE CONDEMNATION OF NUCLEAR WEAPONS	64-77
VI. UN RESOLUTIONS AND THE EMERGENCE OF <i>OPINIO JURIS</i> : THE POSITIONS OF THE CONTENDING PARTIES	78-83
VII. QUESTIONS FROM THE BENCH AND RESPONSES FROM THE PARTIES	84-88

## OPINION DISSIDENTE DE M. LE JUGE CANÇADO TRINDADE

[Traduction]

## TABLE DES MATIÈRES

	<i>Paragraphes</i>
I. PROLÉGOMÈNES	1-4
II. LA DÉTERMINATION DE L'EXISTENCE D'UN DIFFÉREND DANS LES AFFAIRES PORTÉES DEVANT LA COUR DE LA HAYE	5-30
1. Détermination objective	5-15
2. L'existence d'un différend en l'espèce (affaire <i>Iles Marshall c. Royaume-Uni</i> )	16-19
3. Le seuil de détermination de l'existence d'un différend	20-25
4. Les arguments des Parties en l'affaire <i>Iles Marshall c. Royaume-Uni</i>	26
5. Appréciation d'ensemble	27-30
III. LES RÉOLUTIONS DE L'ASSEMBLÉE GÉNÉRALE DES NATIONS UNIES ET L' <i>OPINIO JURIS</i> QUI S'EN DÉGAGE	31-56
1. Les résolutions de l'Assemblée générale relatives aux armes nucléaires (1961-1981)	32-37
2. Les résolutions de l'Assemblée générale relatives au gel des armements nucléaires (1982-1992)	38-40
3. Les résolutions de l'Assemblée générale qualifiant la menace ou l'emploi d'armes nucléaires de violation de la Charte (et leur invocation devant la Cour en 1995)	41-44
4. Les résolutions de l'Assemblée générale condamnant les armes nucléaires (1982-2015)	45-50
5. Les résolutions de l'Assemblée générale sur la suite donnée à l'avis consultatif rendu par la Cour en 1996 (1996-2015)	51-56
IV. LES RÉOLUTIONS DU CONSEIL DE SÉCURITÉ ET L' <i>OPINIO JURIS</i> QUI S'EN DÉGAGE	57-63
V. LA SAGA DE LA CONDAMNATION DES ARMES NUCLÉAIRES PAR LES NATIONS UNIES	64-77
VI. LES RÉOLUTIONS DES NATIONS UNIES ET LA FORMATION D'UNE <i>OPINIO JURIS</i> : LES POSITIONS DES PARTIES	78-83
VII. QUESTIONS POSÉES PAR UN MEMBRE DE LA COUR ET RÉPONSES DES PARTIES	84-88

VIII. HUMAN WICKEDNESS: FROM THE TWENTY-FIRST CENTURY BACK TO THE BOOK OF GENESIS	89-118
IX. THE ATTENTION OF THE UNITED NATIONS CHARTER TO PEOPLES	119-127
X. IMPERTINENCE OF THE SO-CALLED MONETARY GOLD “PRINCIPLE”	128-131
XI. THE FUNDAMENTAL PRINCIPLE OF THE JURIDICAL EQUALITY OF STATES	132-135
XII. UNFOUNDEDNESS OF THE STRATEGY OF “DETERRENCE”	136-146
XIII. THE ILLEGALITY OF NUCLEAR WEAPONS AND THE OBLIGATION OF NUCLEAR DISARMAMENT	147-196
1. The condemnation of all weapons of mass destruction	147-152
2. The prohibition of nuclear weapons: The need of a people-centred approach	153-171
3. The prohibition of nuclear weapons: The fundamental right to life	172-185
4. The absolute prohibitions of <i>jus cogens</i> and the humanization of international law	186-189
5. Pitfalls of Legal Positivism: A rebuttal of the so-called <i>Lotus</i> “principle”	190-196
XIV. RECOURSE TO THE “MARTENS CLAUSE” AS AN EXPRESSION OF THE <i>RAISON D’HUMANITÉ</i>	197-205
XV. NUCLEAR DISARMAMENT: JUSNATURALISM, THE HUMANIST CONCEPTION AND THE UNIVERSALITY OF INTERNATIONAL LAW	206-216
XVI. THE PRINCIPLE OF HUMANITY AND THE UNIVERSALIST APPROACH: <i>JUS NECESSARIUM</i> TRANSCENDING THE LIMITATIONS OF <i>JUS VOLUNTARIUM</i>	217-229
XVII. NPT REVIEW CONFERENCES	230-245
XVIII. THE ESTABLISHMENT OF NUCLEAR-WEAPON-FREE ZONES	246-258
XIX. CONFERENCES ON THE HUMANITARIAN IMPACT OF NUCLEAR WEAPONS (2013-2014)	259-295
1. First Conference on the Humanitarian Impact of Nuclear Weapons	262-266
2. Second Conference on the Humanitarian Impact of Nuclear Weapons	267-275
3. Third Conference on the Humanitarian Impact of Nuclear Weapons	276-287

VIII. LA MALFAISANCE DE L'HOMME: ACTUALITÉ DU LIVRE DE LA GENÈSE AU XXI <sup>e</sup> SIÈCLE	89-118
IX. LA PLACE QUE FAIT AUX PEUPLES LA CHARTE DES NATIONS UNIES	119-127
X. DÉFAUT DE PERTINENCE DU PRÉTENDU «PRINCIPE» DE L'OR MONÉTAIRE	128-131
XI. LE PRINCIPE FONDAMENTAL DE L'ÉGALITÉ JURIDIQUE DES ÉTATS	132-135
XII. L'INCONSISTANCE DE LA STRATÉGIE DE «DISSUASION»	136-146
XIII. L'ILLICÉITÉ DES ARMES NUCLÉAIRES ET L'OBLIGATION DE PROCÉDER AU DÉSARMEMENT NUCLÉAIRE	147-196
1. La condamnation de toutes les armes de destruction massive	147-152
2. L'interdiction des armes nucléaires: nécessité d'une optique centrée sur les peuples	153-171
3. L'interdiction des armes nucléaires: le droit fondamental à la vie	172-185
4. Les interdits absolus de <i>jus cogens</i> et l'humanisation du droit international	186-189
5. Les failles du positivisme juridique: réfutation du pseudo-principe du <i>Lotus</i>	190-196
XIV. L'INVOCATION DE LA «CLAUSE DE MARTENS» COMME EXPRESSION DE LA RAISON D'HUMANITÉ	197-205
XV. LE DÉSARMEMENT NUCLÉAIRE, LE JUSNATURALISME, LA CONCEPTION HUMANISTE ET L'UNIVERSALITÉ DU DROIT INTERNATIONAL	206-216
XVI. LE PRINCIPE D'HUMANITÉ ET LA CONCEPTION UNIVERSALISTE DU DROIT: LE <i>JUS NECESSARIUM</i> TRANSCENDE LES LIMITES DU <i>JUS VOLUNTARIUM</i>	217-229
XVII. LES CONFÉRENCES D'EXAMEN DU TNP	230-245
XVIII. LA CRÉATION DE ZONES EXEMPTES D'ARMES NUCLÉAIRES	246-258
XIX. LES CONFÉRENCES SUR L'IMPACT HUMANITAIRE DES ARMES NUCLÉAIRES (2013-2014)	259-295
1. La première conférence	262-266
2. La deuxième conférence	267-275
3. La troisième conférence	276-287

4. Aftermath: The “humanitarian pledge”	288-295
XX. FINAL CONSIDERATIONS: <i>OPINIO JURIS COMMUNIS</i> EMANATING FROM CONSCIENCE ( <i>RECTA RATIO</i> ), WELL ABOVE THE “WILL”	296-310
XXI. EPILOGUE: A RECAPITULATION	311-327

\*

### I. *PROLEGOMENA*

1. I regret not to be able to accompany the Court’s majority in the Judgment of today, 5 October 2016 in the present case of *Obligations concerning Negotiations relating to Cessation of the Nuclear Arms Race and to Nuclear Disarmament (Marshall Islands v. United Kingdom)*, whereby it has found that the existence of a dispute between the Parties has not been established before it, and that the Court has no jurisdiction to consider the Application lodged with it by the Marshall Islands, and cannot thus proceed to the merits of the case. I entirely disagree with the present Judgment. As my dissenting position covers all points addressed in it, in its reasoning as well as in its resolatory points, I feel obliged, in the faithful exercise of the international judicial function, to lay on the records the foundations of my own position thereon.

2. In doing so, I distance myself as much as I can from the position of the Court’s split majority, so as to remain in peace with my conscience. I shall endeavour to make clear the reasons of my personal position on the matter addressed in the present Judgment, in the course of the present dissenting opinion. I shall begin by examining the question of the existence of a dispute before the Hague Court (its objective determination by the Court and the threshold for the determination of the existence of a dispute). I shall then turn attention to the distinct series of UN General Assembly resolutions on nuclear weapons and *opinio juris*. After surveying also UN Security Council resolutions and *opinio juris*, I shall dwell upon the saga of the United Nations in the condemnation of nuclear weapons. Next, I shall address the positions of the Contending Parties on UN resolutions and the emergence of *opinio juris*, and their responses to questions from the Bench.

3. In logical sequence, I shall then, looking well back in time, underline the need to go beyond the strict inter-State dimension, bearing in mind the attention of the UN Charter to peoples. Then, after recalling the fundamental principle of the juridical equality of States, I shall dwell upon the unfoundedness of the strategy of “deterrence”. My next line of con-

4. Les suites des trois conférences: l'«engagement humanitaire»	288-295
XX. CONSIDÉRATIONS FINALES: L'EXISTENCE D'UNE <i>OPINIO JURIS COMMUNIS</i> INSPIRÉE PAR LA CONSCIENCE ( <i>RECTA RATIO</i> ), QUI PRIME DE BEAUCOUP LA «VOLONTÉ»	296-310
XXI. ÉPILOGUE: RÉCAPITULATION	311-327

\*

## I. PROLÉGOMÈNES

1. Je regrette de n'avoir pu joindre ma voix à celles de la majorité des membres de la Cour lorsque celle-ci a rendu, ce 5 octobre 2016, son arrêt en l'affaire des *Obligations relatives à des négociations concernant la cessation de la course aux armes nucléaires et le désarmement nucléaire (Iles Marshall c. Royaume-Uni)*, par lequel elle a conclu que l'existence d'un différend entre les Parties n'avait pas été établie et qu'en conséquence elle n'avait pas compétence pour connaître de la requête déposée par les Iles Marshall et procéder à l'examen de l'affaire au fond. Je suis en complet désaccord avec le présent arrêt. Etant donné que mon dissentiment s'étend à tous les points dont traite l'arrêt, que ce soit dans l'exposé du raisonnement ou dans le dispositif, je considère que le rôle qui m'est dévolu dans l'exercice de la fonction judiciaire internationale de la Cour m'impose le devoir de joindre à l'arrêt l'exposé de ma position sur l'ensemble de ces points.

2. J'entends ainsi marquer que je me dissocie autant que faire se peut de la position adoptée par une Cour divisée, afin de pouvoir rester en paix avec ma conscience. Je vais tenter de mettre en évidence les raisons qui motivent ma position sur les questions abordées dans l'arrêt. Pour commencer, j'examinerai la question de l'existence d'un différend susceptible d'être tranché par la Cour de La Haye (application de critères objectifs et seuil de détermination de l'existence d'un différend). Je porterai ensuite mon attention sur les séries de résolutions de l'Assemblée générale des Nations Unies relatives aux armes nucléaires et l'*opinio juris* qui s'en dégage. Je procéderai de même pour les résolutions du Conseil de sécurité. Je poursuivrai en analysant la saga de la condamnation des armes nucléaires par les Nations Unies, puis en examinant les positions des Parties sur les résolutions des Nations Unies et l'émergence d'une *opinio juris*, ainsi que leurs réponses aux questions que je leur ai posées à l'issue de la procédure orale.

3. Suivant un ordre logique, je remonterai loin dans le temps pour mettre en lumière la nécessité de dépasser la perspective strictement interétatique, en gardant à l'esprit l'attention que les auteurs de la Charte des Nations Unies ont portée aux peuples. Ensuite, après avoir rappelé le principe fondamental de l'égalité juridique des Etats, j'expliquerai pour-

siderations pertains to the illegality of nuclear weapons and the obligation of nuclear disarmament, encompassing: (a) the condemnation of all weapons of mass destruction; (b) the prohibition of nuclear weapons (the need of a people-centred approach, and the fundamental right to life); (c) the absolute prohibitions of *jus cogens* and the humanization of international law; (d) pitfalls of legal positivism.

4. This will bring me to address the recourse to the “Martens clause” as an expression of the *raison d’humanité*. My following reflections, on nuclear disarmament, will be in the line of jusnaturalism, the humanist conception and the universality of international law; in addressing the universalist approach, I shall draw attention to the principle of humanity and the *jus necessarium* transcending the limitations of *jus voluntarium*. I shall then turn attention to the NPT Review Conferences, to the relevant establishment of nuclear-weapon-free zones, and to the Conferences on the Humanitarian Impact of Nuclear Weapons. The way will then be paved for my final considerations, on *opinio juris communis* emanating from conscience (*recta ratio*), well above the “will”, — and, last but not least, to the epilogue (recapitulation).

## II. THE EXISTENCE OF A DISPUTE BEFORE THE HAGUE COURT

### 1. *Objective Determination by the Court*

5. May I start by addressing the issue of the existence of a dispute before the Hague Court. In the *jurisprudence constante* of the Hague Court (PCIJ and ICJ), a dispute exists when there is “a disagreement on a point of law or fact, a conflict of legal views or of interests between two persons”<sup>1</sup>. Whether there exists a dispute is a matter for “objective determination” by the Court; the “mere denial of the existence of a dispute does not prove its non-existence”<sup>2</sup>. The Court must examine if “the claim of one party is positively opposed by the other”<sup>3</sup>. The Court further states that “a disagreement on a point of law or fact, a conflict of legal views or interests, or the positive opposition of the

<sup>1</sup> *Mavrommatis Palestine Concessions, Judgment No. 2, 1924, P.C.I.J., Series A, No. 2*, p. 11.

<sup>2</sup> *Interpretation of Peace Treaties with Bulgaria, Hungary and Romania, First Phase, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1950*, p. 74.

<sup>3</sup> *South West Africa (Ethiopia v. South Africa; Liberia v. South Africa), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1962*, p. 328; case of *Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application: 2002) (Democratic Republic of the Congo v. Rwanda), Jurisdiction and Admissibility, Judgment, I.C.J. Reports 2006*, p. 40, para. 90.

quoi la stratégie dite de «dissuasion» est à mon sens inconsistante. J'exposerai ensuite mes observations sur l'illicéité des armes nucléaires et l'obligation de procéder au désarmement nucléaire, ce qui m'amènera à aborder les points suivants: *a)* la condamnation de toutes les armes de destruction massive; *b)* l'interdiction des armes nucléaires (dans une optique centrée sur les peuples et le respect du droit fondamental à la vie); *c)* les interdits absolus de *jus cogens* et l'humanisation du droit international; *d)* les failles du positivisme juridique.

4. J'en viendrai ainsi à traiter du recours à la «clause de Martens» en tant qu'expression de la *raison d'humanité*. Je poursuivrai ma réflexion sur le désarmement nucléaire en invoquant la pensée jusnaturaliste et la conception humaniste et universaliste du droit international; à propos de l'universalisme, j'appellerai l'attention sur le principe d'humanité et le *jus necessarium* en ce qu'ils transcendent les limites du *jus voluntarium*. Je m'intéresserai ensuite aux conférences d'examen du traité sur la non-prolifération des armes nucléaires (TNP), à l'utilité de la création de zones exemptes d'armes nucléaires et aux conférences sur l'impact humanitaire des armes nucléaires. J'aurai ainsi esquissé les fondements de mes considérations finales sur l'existence d'une *opinio juris communis* inspirée par la conscience (*recta ratio*), laquelle relève d'un ordre bien supérieur à celui de la volonté, et je terminerai par un épilogue récapitulatif.

## II. LA DÉTERMINATION DE L'EXISTENCE D'UN DIFFÉREND DANS LES AFFAIRES PORTÉES DEVANT LA COUR DE LA HAYE

### 1. Détermination objective

5. Je vais examiner tout d'abord la question de la détermination de l'existence d'un différend dans les affaires portées devant la Cour de La Haye. Selon la jurisprudence constante de la Cour permanente de Justice internationale (CPJI) et de la Cour actuelle, il existe un différend lorsqu'il y a «un désaccord sur un point de droit ou de fait, une contradiction, une opposition de thèses juridiques ou d'intérêts entre deux personnes»<sup>1</sup>. L'existence d'un différend doit être «établie objectivement» par la Cour; «[l]e simple fait que l'existence d'un différend est contestée ne prouve pas que ce différend n'existe pas»<sup>2</sup>. La Cour doit examiner si «la réclamation de l'une des parties se heurte à l'opposition manifeste de l'autre»<sup>3</sup>. La

<sup>1</sup> *Concessions Mavrommatis en Palestine*, arrêt n° 2, 1924, C.P.J.I. série A n° 2, p. 11.

<sup>2</sup> *Interprétation des traités de paix conclus avec la Bulgarie, la Hongrie et la Roumanie, première phase, avis consultatif*, C.I.J. Recueil 1950, p. 74.

<sup>3</sup> *Sud-Ouest africain (Ethiopie c. Afrique du Sud; Libéria c. Afrique du Sud)*, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1962, p. 328; *Activités armées sur le territoire du Congo (nouvelle requête: 2002) (République démocratique du Congo c. Rwanda)*, compétence et recevabilité, arrêt, C.I.J. Recueil 2006, p. 40, par. 90.



claim of one party by the other need not be necessarily be stated *expressis verbis*<sup>4</sup>.

6. Over the last decade, the Court has deemed it fit to insist on its own faculty to proceed to the “objective determination” of the dispute. Thus, in the case of *Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application: 2002) (Democratic Republic of the Congo v. Rwanda)*, *Jurisdiction and Admissibility (Judgment, I.C.J. Reports 2006, p. 6)*, for example, the ICJ has recalled that, as long ago as 1924, the PCIJ stated that “a dispute is a disagreement on a point of law or fact, a conflict of legal views or interests” (*Mavrommatis Palestine Concessions, Judgment No. 2, 1924, P.C.I.J., Series A, No. 2, p. 11*). It then added that

“For its part, the present Court has had occasion a number of times to state the following:

‘In order to establish the existence of a dispute, ‘it must be shown that the claim of one party is positively opposed by the other’ (*South West Africa, Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1962, p. 328*); and further, ‘Whether there exists an international dispute is a matter for objective determination’ (*Interpretation of Peace Treaties with Bulgaria, Hungary and Romania, First Phase, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1950, p. 74*; *East Timor (Portugal v. Australia), Judgment, I.C.J. Reports 1995, p. 100, para. 22*; *Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention arising from the Aerial Incident at Lockerbie (Libyan Arab Jamahiriya v. United Kingdom), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1998, p. 17, para. 22*; *Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention arising from the Aerial Incident at Lockerbie (Libyan Arab Jamahiriya v. United States of America), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1998, pp. 122-123, para. 21*; *Certain Property (Liechtenstein v. Germany), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2005, p. 18, para. 24*).” (*Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application: 2002) (Democratic Republic of the Congo v. Rwanda), Jurisdiction and Admissibility, Judgment, I.C.J. Reports 2006, p. 40, para. 90*.)

7. Shortly afterwards, in its Judgment on preliminary objections (of 18 November 2008) in the case of the *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia)*, the ICJ has again recalled that

“In numerous cases, the Court has reiterated the general rule which it applies in this regard, namely: ‘the jurisdiction of the Court must

---

<sup>4</sup> *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. Nigeria), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1998, p. 315, para. 89.*

Cour a également dit ceci : « un désaccord sur un point de droit ou de fait, un conflit, une opposition de thèses juridiques ou d'intérêts ou le fait que la réclamation de l'une des parties se heurte à l'opposition manifeste de l'autre ne doivent pas nécessairement être énoncés *expressis verbis* »<sup>4</sup>.

6. Au cours des dix dernières années, la Cour a jugé bon d'insister sur le fait qu'il lui appartient de procéder à la « détermination objective » de l'existence d'un différend. Par exemple, en l'affaire relative à des *Activités armées sur le territoire du Congo (nouvelle requête: 2002) (République démocratique du Congo c. Rwanda)*, compétence et recevabilité (arrêt, C.I.J. Recueil 2006, p. 6), la Cour a rappelé que, dès 1924, la CPJI avait déclaré qu'« un différend est un désaccord sur un point de droit ou de fait, une contradiction, une opposition de thèses juridiques ou d'intérêts entre deux personnes » (*Concessions Mavrommatis en Palestine*, arrêt n° 2, 1924, C.P.J.I. série A n° 2, p. 11). Elle a ajouté ceci :

« La Cour actuelle a pour sa part eu l'occasion de souligner à diverses reprises ce qui suit :

« Pour établir l'existence d'un différend : « Il faut démontrer que la réclamation de l'une des parties se heurte à l'opposition manifeste de l'autre » (*Sud-Ouest africain, exceptions préliminaires*, arrêt, C.I.J. Recueil 1962, p. 328); par ailleurs, « l'existence d'un différend international demande à être établie objectivement » (*Interprétation des traités de paix conclus avec la Bulgarie, la Hongrie et la Roumanie, première phase, avis consultatif*, C.I.J. Recueil 1950, p. 74; *Timor oriental (Portugal c. Australie)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1995, p. 100, par. 22; *Questions d'interprétation et d'application de la convention de Montréal de 1971 résultant de l'incident aérien de Lockerbie (Jamahiriya arabe libyenne c. Royaume-Uni)*, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1998, p. 17, par. 22; *Questions d'interprétation et d'application de la convention de Montréal de 1971 résultant de l'incident aérien de Lockerbie (Jamahiriya arabe libyenne c. Etats-Unis d'Amérique)*, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1998, p. 122, par. 21; *Certains biens (Liechtenstein c. Allemagne)*, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2005, p. 18, par. 24) ». » (*Activités armées sur le territoire du Congo (nouvelle requête: 2002) (République démocratique du Congo c. Rwanda)*, compétence et recevabilité, arrêt, C.I.J. Recueil 2006, p. 40, par. 90.)

7. Peu après, dans son arrêt du 18 novembre 2008 sur les exceptions préliminaires en l'affaire relative à l'*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Croatie c. Serbie)*, la Cour a rappelé sa jurisprudence en ces termes :

« Dans de nombreuses affaires, la Cour a rappelé quelle est, à cet égard, la règle générale dont elle fait application. C'est la suivante :

<sup>4</sup> *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria (Cameroun c. Nigéria)*, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1998, p. 315, par. 89.

normally be assessed on the date of the filing of the act instituting proceedings’ (to this effect, see *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia)*, *Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1996 (II)*, p. 613, para. 26; *Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention arising from the Aerial Incident at Lockerbie (Libyan Arab Jamahiriya v. United Kingdom)*, *Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1998*, p. 26, para. 44).

.....  
 (It is normally by reference to the date of the filing of the instrument instituting proceedings that it must be determined whether those conditions are met.

.....  
 What is at stake is legal certainty, respect for the principle of equality and the right of a State which has properly seised the Court to see its claims decided, when it has taken all the necessary precautions to submit the act instituting proceedings in time.

.....  
 [T]he Court must in principle decide the question of jurisdiction on the basis of the conditions that existed at the time of the institution of the proceedings.

However, it is to be recalled that the Court, like its predecessor, has also shown realism and flexibility in certain situations in which the conditions governing the Court’s jurisdiction were not fully satisfied when proceedings were initiated but were subsequently satisfied, before the Court ruled on its jurisdiction.” (*Judgment, I.C.J. Reports 2008*, pp. 437-438, paras. 79-81.)

8. More recently, in its Judgment on preliminary objections (of 1 April 2011) in the case of the *Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Georgia v. Russian Federation)*, (hereinafter *Application of the CERD Convention*) the ICJ has seen it fit, once again, to stress:

“The Court recalls its established case law on that matter, beginning with the frequently quoted statement by the Permanent Court of International Justice in the *Mavrommatis Palestine Concessions* case in 1924: ‘A dispute is a disagreement on a point of law or fact, a conflict of legal views or of interests between two persons’. (*Judgment No. 2, 1924, P.C.I.J., Series A, No. 2*, p. 11). Whether there is a dispute in a given case is a matter for ‘objective determination’ by the Court (*Interpretation of Peace Treaties with Bulgaria, Hungary and Romania, First Phase, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1950*, p. 74). ‘It must be shown that the claim of one party is positively opposed by the other’ (*South West Africa (Ethiopia v. South Africa; Liberia v. South Africa)*, *Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1962*,

«la compétence de la Cour doit normalement s’apprécier à la date du dépôt de l’acte introductif d’instance.» (Voir en ce sens *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie)*, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1996 (II), p. 613, par. 26; *Questions d’interprétation et d’application de la convention de Montréal de 1971 résultant de l’incident aérien de Lockerbie (Jamahiriya arabe libyenne c. Royaume-Uni)*, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1998, p. 26, par. 44.)

.....  
 [C]’est normalement à la date du dépôt de l’acte introductif d’instance que l’on doit se placer pour vérifier si lesdites conditions sont réalisées.  
 .....

Il y va de la sécurité juridique, du respect du principe d’égalité et du droit pour un Etat qui a valablement saisi la Cour de voir statuer sur ses prétentions lorsqu’il a pris toutes les précautions nécessaires pour accomplir l’acte de saisine en temps utile.  
 .....

[L]a Cour doit en principe se prononcer sur sa compétence au regard des conditions qui existaient à la date de l’introduction de l’instance.

Cependant, il convient de rappeler que la Cour, comme sa devancière, a aussi fait preuve de réalisme et de souplesse dans certaines hypothèses où les conditions de la compétence de la Cour n’étaient pas toutes remplies à la date de l’introduction de l’instance mais l’avaient été postérieurement, et avant que la Cour décide sur sa compétence.» (*Arrêt, C.I.J. Recueil 2008*, p. 437-438, par. 79-81.)

8. Plus récemment, dans son arrêt du 1<sup>er</sup> avril 2011 sur les exceptions préliminaires en l’affaire relative à l’*Application de la convention internationale sur l’élimination de toutes les formes de discrimination raciale (Géorgie c. Fédération de Russie)*, la Cour a une fois encore jugé utile de revenir sur la question :

«La Cour rappelle sa jurisprudence constante sur cette question, à commencer par le prononcé fréquemment cité de la Cour permanente de Justice internationale en l’affaire des *Concessions Mavromatis en Palestine* de 1924: «Un différend est un désaccord sur un point de droit ou de fait, une contradiction, une opposition de thèses juridiques ou d’intérêts entre deux personnes» (*arrêt n° 2, 1924, C.P.J.I. série A n° 2*, p. 11). La question de savoir s’il existe un différend dans une affaire donnée demande à être «établie objectivement» par la Cour (*Interprétation des traités de paix conclus avec la Bulgarie, la Hongrie et la Roumanie, première phase, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1950*, p. 74). Il convient de «démontrer que la réclamation de l’une des parties se heurte à l’opposition manifeste de l’autre»

p. 328); and, most recently, *Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application: 2002) (Democratic Republic of the Congo v. Rwanda)*, *Jurisdiction and Admissibility, Judgment, I.C.J. Reports 2006*, p. 40, para. 90). The Court's determination must turn on an examination of the facts. The matter is one of substance, not of form. As the Court has recognized (for example, *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. Nigeria)*, *Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1998*, p. 315, para. 89), the existence of a dispute may be inferred from the failure of a State to respond to a claim in circumstances where a response is called for. While the existence of a dispute and the undertaking of negotiations are distinct as a matter of principle, the negotiations may help demonstrate the existence of the dispute and delineate its subject-matter.

The dispute must in principle exist at the time the Application is submitted to the Court (*Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention arising from the Aerial Incident at Lockerbie (Libyan Arab Jamahiriya v. United Kingdom)*, *Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1998*, pp. 25-26, paras. 42-44; *Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention arising from the Aerial Incident at Lockerbie (Libyan Arab Jamahiriya v. United States of America)*, *Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1998*, pp. 130-131, paras. 42-44.)” (*I.C.J. Reports 2011 (I)*, pp. 84-85, para. 30.)

9. This passage of the 2011 Judgment in the case of the *Application of the CERD Convention* reiterates what the ICJ has held in its *jurisprudence constante*. Yet, shortly afterwards in that same Judgment, the ICJ has decided to apply to the facts of the case a higher threshold for the determination of the existence of a dispute, by proceeding to ascertain whether the applicant State had given the respondent State prior notice of its claim and whether the respondent State had opposed it<sup>5</sup>. On this basis, it has concluded that no dispute had arisen between the Contending Parties (before August 2008). Such new requirement, however, is not consistent with the PCIJ's and the ICJ's *jurisprudence constante* on the determination of the existence of a dispute (cf. *supra*).

10. Now, in the present case of *Obligations concerning Negotiations relating to Cessation of the Nuclear Arms Race and to Nuclear Disarmament*, the three respondent States (India, United Kingdom and Pakistan), seek to rely on a requirement of prior notification of the claim, or the test of prior awareness of the claim of the applicant State (the Marshall Islands), for a dispute to exist under the ICJ's Statute or general international law. Yet, nowhere can such a requirement be found in the Court's

<sup>5</sup> Cf. paras. 50-105, and esp. paras. 31, 61 and 104-105, of the Court's Judgment of 1 April 2011.

(*Sud-Ouest africain (Ethiopie c. Afrique du Sud; Libéria c. Afrique du Sud)*, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1962, p. 328) (et, plus récemment, *Activités armées sur le territoire du Congo (nouvelle requête: 2002) (République démocratique du Congo c. Rwanda)*, compétence et recevabilité, arrêt, C.I.J. Recueil 2006, p. 40, par. 90). La Cour, pour se prononcer, doit s'attacher aux faits. Il s'agit d'une question de fond, et non de forme. Comme la Cour l'a reconnu (voir, par exemple, *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria (Cameroun c. Nigéria)*, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1998, p. 315, par. 89), l'existence d'un différend peut être déduite de l'absence de réaction d'un Etat à une accusation dans des circonstances où une telle réaction s'imposait. Bien que l'existence d'un différend et la tenue de négociations soient par principe deux choses distinctes, les négociations peuvent aider à démontrer l'existence du différend et à en circonscrire l'objet.

En principe, le différend doit exister au moment où la requête est soumise à la Cour (*Questions d'interprétation et d'application de la convention de Montréal de 1971 résultant de l'incident aérien de Lockerbie (Jamahiriya arabe libyenne c. Royaume-Uni)*, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1998, p. 25-26, par. 42-44; *Questions d'interprétation et d'application de la convention de Montréal de 1971 résultant de l'incident aérien de Lockerbie (Jamahiriya arabe libyenne c. Etats-Unis d'Amérique)*, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1998, p. 130-131, par. 42-44.)» (C.I.J. Recueil 2011 (I), p. 84-85, par. 30.)

9. Ce passage de l'arrêt de 2011 est un rappel de la jurisprudence constante de la Cour. Cependant, dans la suite du même arrêt, celle-ci a décidé d'examiner les faits de la cause en appliquant des conditions plus rigoureuses de détermination de l'existence d'un différend, à savoir qu'elle a entrepris de vérifier si, avant le dépôt de sa requête, le demandeur avait informé le futur défendeur de ses prétentions, et de déterminer si le défendeur y avait manifesté son opposition<sup>5</sup>. Elle a conclu de cet examen qu'aucun différend ne s'était élevé (avant août 2008) entre les parties. En posant cette condition supplémentaire, la Cour s'est écartée de la jurisprudence de la CPJI et de sa propre jurisprudence constante concernant la détermination de l'existence d'un différend (voir plus haut).

10. Dans les trois affaires sur lesquelles la Cour vient de se déclarer incompétente, les Etats défendeurs (l'Inde, le Royaume-Uni et le Pakistan) soutenaient que, selon le Statut de la Cour ou le droit international général, l'existence d'un différend auquel ils auraient été parties était subordonnée à la condition qu'ils aient reçu notification préalable des griefs de l'Etat demandeur (les Iles Marshall), ou qu'il soit prouvé qu'ils en avaient eu préalablement connaissance. Or, on ne trouve pas trace de

<sup>5</sup> Voir l'arrêt du 1<sup>er</sup> avril 2011, par. 50-105, et, plus spécialement, les paragraphes 31, 61 et 104-105.

*jurisprudence constante* as to the existence of a dispute: quite to the contrary, the ICJ has made clear that the position or the attitude of a party can be established by inference<sup>6</sup>. Pursuant to the Court's approach, it is not necessary for the respondent to oppose previously the claim by an express statement, or to express acknowledgment of the existence of a dispute.

11. The respondent States in the present case have made reference to the Court's 2011 Judgment in the case of the *Application of the CERD Convention* in support of their position that prior notice of the applicant's claim is a requirement for the existence of a dispute. Already in my dissenting opinion (para. 161) in that case, I criticized the Court's "formalistic reasoning" in determining the existence of a dispute, introducing a higher threshold that goes beyond the *jurisprudence constante* of the PCIJ and the ICJ itself (cf. *supra*).

12. As I pointed out in that dissenting opinion in the case of the *Application of the CERD Convention*,

"[a]s to the first preliminary objection, for example, the Court spent 92 paragraphs to concede that, in its view, a legal dispute at last crystallized, on 10 August 2008 (para. 93), only *after* the outbreak of an open and declared war between Georgia and Russia! I find that truly extraordinary: the emergence of a legal dispute only *after* the outbreak of widespread violence and war! Are there disputes which are quintessentially and ontologically *legal*, devoid of any political ingredients or considerations? I do not think so. The same formalistic reasoning leads the Court, in 70 paragraphs, to uphold the second preliminary objection, on the basis of alleged (unfulfilled) 'preconditions' of its own construction, in my view at variance with its own *jurisprudence constante* and with the more lucid international legal doctrine." (*I.C.J. Reports 2011 (I)*, p. 305, para. 161.)

13. Half a decade later, I was hopeful that the Court would distance itself from the formalistic approach it adopted in the case of the *Applica-*

---

<sup>6</sup> *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. Nigeria), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1998*, p. 315, para. 89:

"a disagreement on a point of law or fact, a conflict of legal views or interests, or the positive opposition of the claim of one party by the other need not necessarily be stated *expressis verbis*. In the determination of the existence of a dispute, as in other matters, the position or the attitude of a party can be established by inference, whatever the professed view of that party."

pareille condition dans la jurisprudence constante de la Cour sur la détermination de l'existence d'un différend ; bien au contraire, la Cour a tenu à préciser qu'il était possible d'établir par inférence<sup>6</sup> quelle était la position ou l'attitude d'une partie. Il en découle que, pour que la Cour puisse établir l'existence d'un différend, il n'est pas nécessaire qu'antérieurement au dépôt de la requête le défendeur ait manifesté son opposition aux prétentions du demandeur par une déclaration à cet effet, ou qu'il ait expressément reconnu l'existence d'un différend l'opposant à lui.

11. En l'espèce, les Etats défendeurs ont invoqué l'arrêt rendu par la Cour en 2011 en l'affaire relative à l'*Application de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale* (CIEDR) à l'appui de leur position, selon laquelle la notification préalable des prétentions du demandeur serait une condition nécessaire de l'existence d'un différend. Dans l'opinion dissidente que j'ai jointe audit arrêt, j'ai déjà eu l'occasion (par. 161) de critiquer le «raisonnement formaliste» suivi par la Cour pour déterminer l'existence d'un différend, raisonnement qui l'a conduite à introduire une condition contraire à la jurisprudence constante de la CPJI et à la sienne (voir plus haut).

12. Comme je l'ai fait observer dans la même opinion dissidente,

«[e]n ce qui concerne la première de ces exceptions, par exemple, il a fallu quatre-vingt-douze paragraphes à la Cour pour reconnaître que, selon elle, un différend juridique s'était finalement cristallisé le 10 août 2008 (par. 93), seulement *après* l'éclatement d'une guerre ouverte et déclarée entre la Géorgie et la Russie! Je trouve cela vraiment extraordinaire: voici un différend juridique qui ne s'est fait jour qu'*après* le déclenchement d'une vague de violence et d'une guerre généralisée! Existe-t-il des différends foncièrement et ontologiquement *juridiques* coupés de toutes ramifications ou considérations politiques? Je ne pense pas. Ce même raisonnement formaliste conduit la Cour, au bout de soixante-dix paragraphes, à retenir la deuxième exception préliminaire, sur la base de prétendues «conditions préalables» (non remplies) de son invention — en s'écartant à mon sens de sa propre jurisprudence constante et de la doctrine juridique internationale, plus éclairée.» (*C.I.J. Recueil 2011 (I)*, p. 305, par. 161.)

13. J'espérais que, après cinq ans, la Cour se départirait de la démarche formaliste qu'elle avait suivie en l'affaire relative à l'*Application de la*

---

<sup>6</sup> *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria (Cameroun c. Nigéria)*, exceptions préliminaires, arrêt, *C.I.J. Recueil 1998*, p. 315, par. 89:

«un désaccord sur un point de droit ou de fait, un conflit, une opposition de thèses juridiques ou d'intérêts ou le fait que la réclamation de l'une des parties se heurte à l'opposition manifeste de l'autre ne doivent pas nécessairement être énoncés *expressis verbis*. Pour déterminer l'existence d'un différend, il est possible, comme en d'autres domaines, d'établir par inférence quelle est en réalité la position ou l'attitude d'une partie.»



*tion of the CERD Convention.* As it regrettably has not done so, I feel obliged to reiterate here my dissenting position on the issue, this time in the present case of *Obligations concerning Negotiations relating to Cessation of the Nuclear Arms Race and to Nuclear Disarmament*. In effect, there is no general requirement of prior notice of the applicant State's intention to initiate proceedings before the ICJ<sup>7</sup>. It should not pass unnoticed that the *purpose* of the need of determination of the existence of a dispute (and its object) before the Court is to enable this latter to exercise jurisdiction properly: it is not intended to protect the respondent State, but rather and more precisely to safeguard the proper exercise of the Court's judicial function.

14. There is no requirement under general international law that the contending parties must first "exhaust" diplomatic negotiations before lodging a case with, and instituting proceedings before, the Court (as a precondition for the existence of the dispute). There is no such requirement in general international law, nor in the ICJ's Statute, nor in the Court's case law. This is precisely what the ICJ held in its Judgment on preliminary objections (of 11 June 1998) in the case of *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria*: it clearly stated that "Neither in the Charter nor otherwise in international law is any general rule to be found to the effect that the exhaustion of diplomatic negotiations constitutes a precondition for a matter to be referred to the Court" (*I.C.J. Reports 1998*, p. 303, para. 56).

15. The Court's statement refers to the "exhaustion" of diplomatic negotiations, — to discard the concept. In effect, there is no such requirement in the UN Charter either, that negotiations would need to be resorted to or attempted. May I reiterate that the Court's determination of the existence of the dispute is not designed to protect the respondent State(s), but rather to safeguard the proper exercise of its own judicial function in contentious cases. It is thus a matter for objective determination by the Court, as it recalled in that same Judgment (para. 87), on the basis of its own *jurisprudence constante* on the matter.

2. *Existence of a Dispute in the Cas d'Espèce*  
(*Marshall Islands v. United Kingdom Case*)

16. In the present case opposing the Marshall Islands to the United Kingdom, there were two sustained and quite distinct courses of conduct of the two Contending Parties, evidencing their distinct legal positions (as to the duty of negotiations leading to nuclear disarmament

---

<sup>7</sup> Cf., to this effect, S. Rosenne, *The Law and Practice of the International Court (1920-2005)*, 4th ed., Vol. III, Leiden, Nijhoff/Brill, 2006, p. 1153.

*convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale*. Comme malheureusement elle n'en a rien fait, je me vois dans l'obligation de réaffirmer ma position dissidente, cette fois-ci dans une affaire qui porte sur des *Obligations relatives à des négociations concernant la cessation de la course aux armes nucléaires et le désarmement nucléaire*. Le fait est qu'il n'existe aucune règle générale qui ferait obligation à l'Etat demandeur, préalablement au dépôt de sa requête, d'informer la ou les futures parties adverses de son intention de saisir la Cour<sup>7</sup>. Il ne faut pas perdre de vue que c'est pour lui permettre d'exercer dûment sa juridiction que la Cour doit d'abord déterminer s'il existe un différend (et quel en est l'objet) : cette détermination a pour objet non pas de protéger le défendeur, mais de garantir le bon exercice par la Cour de sa fonction judiciaire.

14. Le droit international général ne pose pas non plus comme condition de la constatation par la Cour de l'existence d'un différend entre Etats l'«épuisement» par ceux-ci, avant l'introduction d'une instance devant elle, des négociations diplomatiques. Cette condition, je le répète, n'existe pas en droit international général, pas plus qu'elle n'est posée par le Statut de la Cour ou établie par sa jurisprudence. C'est d'ailleurs exactement ce que la Cour a constaté dans son arrêt du 11 juin 1998 sur les exceptions préliminaires en l'affaire relative à la *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria* : elle a en effet dit clairement ce qui suit : «Il n'existe ni dans la Charte, ni ailleurs en droit international, de règle générale selon laquelle l'épuisement des négociations diplomatiques serait un préalable à la saisine de la Cour.» (*C.I.J. Recueil 1998*, p. 303, par. 56.)

15. La Cour a donc rejeté l'idée que l'«épuisement» des négociations diplomatiques puisse être un préalable à sa saisine. Il est de fait que la Charte des Nations Unies ne prévoit pas non plus de condition qui ferait de négociations ou tentatives de négociation un préalable à la saisine de la Cour. Je me permets de rappeler encore une fois que la détermination par la Cour de l'existence d'un différend a pour but non pas de protéger l'Etat ou les Etats défendeurs, mais de veiller au bon exercice par la Cour de sa fonction judiciaire en matière contentieuse. Il s'agit donc pour elle de procéder à une détermination objective, comme elle l'a rappelé dans le même arrêt (par. 87), en se fondant sur sa propre jurisprudence constante.

## 2. *L'existence d'un différend en l'espèce* (*affaire Iles Marshall c. Royaume-Uni*)

16. Dans l'affaire qui opposait les Iles Marshall au Royaume-Uni, les Parties ont constamment manifesté deux types bien distincts de comportement qui révélaient l'opposition de leurs thèses juridiques (concernant l'exigence de négociations conduisant au désarmement nucléaire dans

<sup>7</sup> Voir, notamment, S. Rosenne, *The Law and Practice of the International Court (1920-2005)*, 4<sup>e</sup> éd., vol. III, Leyde, Nijhoff/Brill, 2006, p. 1153.

in all its aspects under strict and effective international control), which suffice for the determination of the existence of a dispute. The Marshall Islands drew attention to the fact that the United Kingdom has consistently opposed the commencement of multilateral negotiations on nuclear disarmament<sup>8</sup>, and has voted against General Assembly resolutions reaffirming the obligations recognized in the 1996 ICJ Advisory Opinion and calling for negotiations on nuclear disarmament<sup>9</sup>.

17. There were thus opposing views of the Contending Parties as to their divergent voting records in respect of the aforementioned General Assembly resolutions<sup>10</sup>. The primary articulation of the Marshall Islands' claim was its declaration in the Conference of Nayarit on 14 February 2014, wherein the Marshall Islands contested the legality of the conduct of the nuclear-weapon States [NWS], (including the United Kingdom), under the NPT and customary international law. The fact that the Marshall Islands' declaration was addressed to a plurality of States (namely "all States possessing nuclear arsenals"), and not to the United Kingdom individually, in my perception does not affect the existence of a dispute.

18. States possessing nuclear weapons are a small and easily identifiable group of States — to which the United Kingdom belongs — of the international community. The Marshall Islands' declaration was made with sufficient clarity to enable all NWS, including the United Kingdom, to consider the existence of a dispute concerning the theme; the Marshall Islands' declaration clearly identified the legal basis of the claim and the conduct complained of. Likewise, the fact that the United Kingdom was not present at the Conference of Nayarit of 2014 does not prejudice the opposition of legal views between the Marshall Islands and the United Kingdom.

19. There is a consistent course of distinct conducts by the two Contending Parties. This is followed by a claim, as to the substance of the matter at issue. This is sufficient for a dispute to crystallize; nothing more is required. The United Kingdom's subsequent submissions before the ICJ confirm the opposition of legal views: suffice it to mention that the United Kingdom stated that the allegations brought by the Marshall Islands are "manifestly unfounded on the merits"<sup>11</sup>: this is a clear opposition to the Marshall Islands' claim. A dispute already existed on the date of filing of the Application in the *cas d'espèce*, and the subsequent arguments of the Parties before the Court confirm that.

<sup>8</sup> Cf. Written statement of the Marshall Islands, para. 40.

<sup>9</sup> Cf. resolutions A/RES/68/32, A/RES/68/42, and A/RES/68/47 of 5 December 2013; A/RES/69/58, A/RES/69/43, and A/RES/69/48 of 2 December 2014; A/RES/70/34, A/RES/70/56, and A/RES/70/52 of 7 December 2015.

<sup>10</sup> CR 2016/13, Response of the Marshall Islands to the questions addressed by Judge Cançado Trindade to both Parties, para. 9.

<sup>11</sup> Preliminary Objections of the United Kingdom, para. 5.

tous ses aspects, effectué sous un contrôle international strict et efficace), laquelle suffisait à établir qu'il existait entre elles un différend. Les Iles Marshall ont ainsi appelé l'attention sur le fait que le Royaume-Uni s'était toujours opposé à ce que soient entamées des négociations multilatérales sur le désarmement nucléaire<sup>8</sup>, et avait voté contre les résolutions de l'Assemblée générale réaffirmant les obligations reconnues dans l'avis consultatif de la Cour de 1996 et appelant à des négociations sur le désarmement nucléaire<sup>9</sup>.

17. Les Parties avaient donc des points de vue opposés dont témoignaient leurs votes divergents sur les résolutions susmentionnées de l'Assemblée générale<sup>10</sup>. Les Iles Marshall ont formulé leur réclamation pour la première fois dans la déclaration qu'elles ont faite à la conférence de Nayarit le 14 février 2014, dans laquelle le demandeur a contesté la licéité du comportement des Etats dotés d'armes nucléaires (dont le Royaume-Uni) au regard du TNP et du droit international coutumier. Le fait que ladite déclaration se soit adressée à plusieurs Etats (à savoir «l'ensemble des Etats dotés d'armes nucléaires»), et non au Royaume-Uni individuellement, n'a pas, selon moi, d'incidence sur l'existence d'un différend.

18. Les Etats possédant des armes nucléaires constituent un petit groupe aisément identifiable de la communauté internationale (auquel appartient le Royaume-Uni). La déclaration du demandeur était suffisamment claire pour permettre à l'ensemble des Etats dotés d'armes nucléaires, dont le Royaume-Uni, de considérer qu'il existait un différend à cet égard; y étaient clairement exposés la base juridique de la réclamation et le comportement incriminé. De la même manière, le fait que le Royaume-Uni n'ait pas participé à la conférence de Nayarit de 2014 n'infirme pas la thèse selon laquelle il existait une opposition d'intérêts juridiques entre les deux Etats.

19. Les Parties ont constamment suivi des lignes de conduite bien distinctes; puis une réclamation ayant trait au fond de la question en litige a été formulée. Cela suffit pour qu'un différend se cristallise; rien de plus n'est requis. Les conclusions que le Royaume-Uni a par la suite présentées à la Cour confirment l'opposition de thèses juridiques: on se contentera de rappeler que le défendeur a affirmé que les allégations formulées par les Iles Marshall étaient «manifestement dépourvues de fondement»<sup>11</sup>, ce qui va clairement à l'encontre de la réclamation des Iles Marshall. Il existait déjà un différend à la date de dépôt de la requête en l'espèce, ce qu'ont confirmé les arguments avancés ultérieurement par les Parties devant la Cour.

<sup>8</sup> Cf. exposé écrit des Iles Marshall, par. 40.

<sup>9</sup> Cf. résolutions A/RES/68/32, A/RES/68/42 et A/RES/68/47 du 5 décembre 2013; A/RES/69/58, A/RES/69/43 et A/RES/69/48 du 2 décembre 2014; A/RES/70/34, A/RES/70/56 et A/RES/70/52 du 7 décembre 2015.

<sup>10</sup> Réponse des Iles Marshall à la question posée par le juge Cançado Trindade aux deux Parties, document 2016/13, par. 9.

<sup>11</sup> Exceptions préliminaires du Royaume-Uni, par. 5.

### 3. *The Threshold for the Determination of the Existence of a Dispute*

20. In the present cases of *Obligations concerning Negotiations relating to Cessation of the Nuclear Arms Race and to Nuclear Disarmament (Marshall Islands v. India/United Kingdom/Pakistan)*, the Court's majority has unduly heightened the threshold for establishing the existence of a dispute. Even if dismissing the need for an applicant State to provide notice of a dispute, in practice, the requirement stipulated goes far beyond giving notice: the Court effectively requires an applicant State to set out its legal claim, to direct it specifically to the prospective-respondent State(s), and to make the alleged harmful conduct clear. All of this forms part of the "awareness" requirement that the Court's majority has laid down, seemingly undermining its own ability to infer the existence of a dispute from the conflicting courses of conduct of the Contending Parties.

21. This is not in line with the ICJ's previous *obiter dicta* on inference, contradicting it. For example, in the aforementioned case of *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria* (1998), the ICJ stated that

"[A] disagreement on a point of law or fact, a conflict of legal views or interests, or the positive opposition of the claim of one party by the other need not necessarily be stated *expressis verbis*. In the determination of the existence of a dispute, as in other matters, the position or the attitude of a party can be established by inference, whatever the professed view of that party." (*I.C.J. Reports 1998*, p. 315, para. 89.)

22. The view taken by the Court's majority in the present case contradicts the Hague Court's (PCIJ and ICJ) own earlier case law, in which it has taken a much less formalistic approach to the establishment of the existence of a dispute. Early in its life, the PCIJ made clear that it did not attach much importance to "matters of form"<sup>12</sup>; it added that it could not "be hampered by a mere defect of form"<sup>13</sup>. The PCIJ further stated that "the manifestation of the existence of the dispute in a specific manner, as for instance by diplomatic negotiations, is not required. (. . .) [T]he Court considers that it cannot require that the dispute should have manifested itself in a formal way."<sup>14</sup>

<sup>12</sup> *Mavrommatis Palestine Concessions, Judgment No. 2, 1924, P.C.I.J., Series A, No. 2*, p. 34.

<sup>13</sup> *Certain German Interests in Polish Upper Silesia, Jurisdiction, Judgment No. 6, 1925, P.C.I.J., Series A, No. 6*, p. 14.

<sup>14</sup> *Interpretation of Judgments Nos. 7 and 8 (Factory at Chorzów), Judgment No. 11, 1927, P.C.I.J., Series A, No. 13*, pp. 10-11.

### 3. Le seuil de détermination de l'existence d'un différend

20. En votant les arrêts sur les affaires qui opposaient les Iles Marshall à l'Inde, au Royaume-Uni et au Pakistan, la majorité des membres de la Cour a indûment relevé le seuil de détermination de l'existence d'un différend. En effet, même si elle n'a pas retenu l'idée que l'existence d'un différend ne pouvait être établie que si l'Etat requérant avait préalablement porté celui-ci à l'attention du ou des futurs défendeurs, elle a en pratique posé des conditions beaucoup plus rigoureuses que la notification préalable, qui reviennent en fait à exiger de l'Etat demandeur qu'il formule sa prétention juridique, qu'il la dirige spécifiquement contre l'Etat ou les Etats qu'il projette d'attirer devant la Cour, et qu'il précise en quoi consiste le comportement qu'il allègue lui avoir causé un préjudice. Tous ces éléments sont compris dans la condition de «connaissance» préalable posée par la majorité, au risque de priver la Cour de sa faculté de déterminer par inférence l'existence d'un différend lorsqu'elle constate que le comportement des parties révèle l'opposition de leurs points de vue.

21. Cette position de la majorité s'écarte des *obiter dicta* précédemment énoncés par la Cour, et va jusqu'à les contredire. Par exemple, en l'affaire de la *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria* que j'ai déjà citée (arrêt de 1998), la Cour a dit ceci :

«[U]n désaccord sur un point de droit ou de fait, un conflit, une opposition de thèses juridiques ou d'intérêts ou le fait que la réclamation de l'une des parties se heurte à l'opposition manifeste de l'autre ne doivent pas nécessairement être énoncés *expressis verbis*. Pour déterminer l'existence d'un différend, il est possible, comme en d'autres domaines, d'établir par inférence quelle est en réalité la position ou l'attitude d'une partie.» (*C.I.J. Recueil 1998*, p. 315, par. 89.)

22. La position de la majorité contredit la jurisprudence de la Cour de La Haye, dont il ressort que celle-ci a suivi une démarche beaucoup moins formaliste pour établir l'existence d'un différend. Peu après sa fondation, la CPJI a tenu à préciser qu'elle n'attachait guère d'importance aux «considérations de forme»<sup>12</sup>; elle a ajouté qu'elle «ne pourrait s'arrêter à un défaut de forme»<sup>13</sup>. Elle a en outre dit ceci : «[le Statut] n'exige pas que l'existence de la contestation se soit manifestée d'une certaine manière, par exemple par des négociations diplomatiques... [L]a Cour estime ne pas pouvoir exiger que la contestation se soit formellement manifestée.»<sup>14</sup>

<sup>12</sup> *Concessions Mavrommatis en Palestine*, arrêt n° 2, 1924, C.P.J.I. série A n° 2, p. 34.

<sup>13</sup> *Certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise, compétence*, arrêt n° 6, 1925, C.P.J.I. série A n° 6, p. 14.

<sup>14</sup> *Interprétation des arrêts nos 7 et 8 (usine de Chorzów)*, arrêt n° 11, 1927, C.P.J.I. série A n° 13, p. 10-11.

23. The ICJ has, likewise, in its own case law, avoided to take a very formalistic approach to the determination of the existence of a dispute<sup>15</sup>. May I recall, in this respect, *inter alia*, as notable examples, the Court's *obiter dicta* on the issue, in the cases of *East Timor (Portugal v. Australia)*, of the *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia)*, and of *Certain Property (Liechtenstein v. Germany)*. In those cases, the ICJ has considered that conduct post-dating the critical date (i.e., the date of the filing of the Application) supports a finding of the existence of a dispute between the parties. In the light of this approach taken by the ICJ itself in its earlier case law, it is clear that a dispute exists in each of the present cases lodged with it by the Marshall Islands.

24. In the case of *East Timor* (1995), in response to Australia's preliminary objection that there was no dispute between itself and Portugal, the Court stated: "Portugal has, rightly or wrongly, formulated complaints of fact and law against Australia which the latter has denied. By virtue of this denial, there is a legal dispute"<sup>16</sup>. Shortly afterwards, in the case of the *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (preliminary objections, 1996), in response to Yugoslavia's preliminary objection that the Court did not have jurisdiction under Article IX of the Convention against Genocide because there was no dispute between the Parties, the Court, contrariwise, found that there was a dispute between them, on the basis that Yugoslavia had "wholly denied all of Bosnia and Herzegovina's allegations, whether at the stage of proceedings relating to the requests for the indication of provisional measures, or at the stage of the (. . .) proceedings relating to [preliminary] objections"<sup>17</sup>. Accordingly, "by reason of the rejection by Yugoslavia of the complaints formulated against it"<sup>18</sup>, the ICJ found that there was a dispute.

<sup>15</sup> Cf., e.g., Advisory Opinion on the *Applicability of the Obligation to Arbitrate under Section 21 of the United Nations Headquarters Agreement of 26 June 1947*, *Advisory Opinion*, *I.C.J. Reports 1988*, pp. 28-29, para. 38; case of *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, *Jurisdiction and Admissibility, Judgment*, *I.C.J. Reports 1984*, pp. 428-429, para. 83. Moreover, the critical date for the determination of the existence of a dispute is, "in principle" (as the ICJ says), the date on which the application is submitted to the Court (*Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)*, *Judgment*, *I.C.J. Reports 2012 (II)*, p. 442, para. 46; case of *Alleged Violations of Sovereign Rights and Maritime Spaces in the Caribbean Sea, Preliminary Objections, Judgment*, *I.C.J. Reports 2016 (I)*, p. 27, para. 52); the ICJ's phraseology shows that this is not a strict rule, but rather one to be approached with flexibility.

<sup>16</sup> *East Timor (Portugal v. Australia)*, *Judgment*, *I.C.J. Reports 1995*, p. 100, para. 22.

<sup>17</sup> *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia)*, *Preliminary Objections, Judgment*, *I.C.J. Reports 1996 (II)*, pp. 595 and 614-615, paras. 27-29.

<sup>18</sup> *Ibid.*, p. 615, para. 29.

23. La jurisprudence de la Cour actuelle montre qu'elle aussi s'est gardée du formalisme dans la détermination de l'existence d'un différend<sup>15</sup>. Je me permets de rappeler ici quelques exemples importants des *obiter dicta* énoncés par la Cour sur cette question, empruntés à trois affaires, celle du *Timor oriental* (*Portugal c. Australie*), celle relative à l'*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide* (*Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie*) et celle relative à *Certains biens* (*Liechtenstein c. Allemagne*). Dans ces affaires, la Cour a considéré que le comportement des parties postérieur à la date critique (celle du dépôt de la requête) pouvait étayer la constatation de l'existence entre elles d'un différend. Si l'on garde à l'esprit la position que la Cour a ainsi adoptée conformément à sa jurisprudence, il est manifeste qu'il existait bien un différend dans chacune des trois affaires portées devant elle par les Iles Marshall.

24. Dans l'affaire du *Timor oriental* (1995), l'Australie ayant soulevé une exception préliminaire au motif qu'il n'existait selon elle aucun différend l'opposant au Portugal, la Cour a dit ceci : «[à] tort ou à raison, le Portugal a formulé des griefs en fait et en droit à l'encontre de l'Australie et celle-ci les a rejetés. Du fait de ce rejet, il existe un différend d'ordre juridique.»<sup>16</sup> Un peu plus tard, en l'affaire relative à l'*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide* (exceptions préliminaires, 1996), la Yougoslavie (Serbie-et-Monténégro) avait soulevé une exception préliminaire selon laquelle la Cour n'avait pas compétence aux termes de l'article IX de la convention parce qu'il n'existait selon elle aucun différend l'opposant à la Bosnie-Herzégovine; la Cour a au contraire déterminé qu'il existait un différend entre les deux Etats, du fait que la Yougoslavie avait «globalement rejeté toutes les allégations de la Bosnie-Herzégovine, que ce soit au stade des procédures afférentes aux demandes en indication de mesures conservatoires, ou au stade de la ... procédure relative aux ... exceptions [préliminaires]»<sup>17</sup>. La Cour a conclu qu'il existait un différend entre les parties «du fait du rejet, par la Yougoslavie, des griefs formulés à son encontre par la Bosnie-Herzégovine»<sup>18</sup>.

<sup>15</sup> Voir, notamment, *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, avis consultatif*, C.I.J. Recueil 1988, p. 28, par. 38; *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (*Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique*), compétence et recevabilité, arrêt, C.I.J. Recueil 1984, p. 428, par. 83. La Cour a dit en outre que la date critique à retenir pour constater l'existence d'un différend était «[e]n principe» la date du dépôt de la requête (*Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader* (*Belgique c. Sénégal*), arrêt, C.I.J. Recueil 2012 (II), p. 442, par. 46; *Violations alléguées de droits souverains et d'espaces maritimes dans la mer des Caraïbes, exceptions préliminaires, arrêt*, C.I.J. Recueil 2016 (I), p. 27, par. 52); la phraséologie employée par la Cour montre que cette règle n'est pas stricte, et peut être appliquée avec une certaine latitude.

<sup>16</sup> *Timor oriental* (*Portugal c. Australie*), arrêt, C.I.J. Recueil 1995, p. 100, par. 22.

<sup>17</sup> *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide* (*Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie*), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1996 (II), p. 595, 614-615, par. 27-29.

<sup>18</sup> *Ibid.*, p. 615, par. 29.



25. In the case of *Certain Property* (preliminary objections, 2005), as to Germany's preliminary objection that there was no dispute between the parties, the ICJ found that complaints of fact and law formulated by Liechtenstein were denied by Germany; accordingly, "[i]n conformity with well-established jurisprudence" — the ICJ concluded — "by virtue of this denial", there was a legal dispute between Liechtenstein and Germany<sup>19</sup>. Now, in the present proceedings before the Court, in each of the three cases lodged with the ICJ by the Marshall Islands (against India, the United Kingdom and Pakistan), the respondent States have expressly denied the arguments of the Marshall Islands. May we now take note of the denials which, on the basis of the Court's aforementioned *jurisprudence constante*, evidence the existence of a dispute between the Contending Parties<sup>20</sup>.

#### 4. Contentions in the Marshall Islands v. United Kingdom Case

26. The Marshall Islands argues that the United Kingdom has violated its obligations under Article VI of the NPT as well as its obligations under customary international law with regard to nuclear disarmament and the cessation of the nuclear arms race<sup>21</sup>. Although the United Kingdom's Preliminary Objections do not address the merits of the dispute, there is one statement by the United Kingdom that reveals a dispute between the Parties:

"The silence by the Marshall Islands vis-à-vis the UK on nuclear disarmament issues comes against a backdrop of both a progressive unilateral reduction by the UK of its own nuclear arsenal, (. . .), and of active UK engagement in efforts, *inter alia*, to secure and extend nuclear-weapon-free zones around the world. The UK is a party to the Protocols to the Treaty of Tlatelolco, the Treaty of Rarotonga and the Treaty of Pelindaba, addressing, respectively, nuclear-weapon-free zones in Latin America and the Caribbean, the South Pacific, and Africa. The UK has ratified the Protocol to the Treaty on a Nuclear-Weapon-Free Zone in Central Asia and continues to engage with the States parties to the Treaty on the Southeast Asia

<sup>19</sup> *Certain Property (Liechtenstein v. Germany), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2005*, p. 19, para. 25, citing the Court's Judgments in the cases of *East Timor (Portugal v. Australia), Judgment, I.C.J. Reports 1995*, p. 100, para. 22; and of the *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1996 (II)*, p. 615, para. 29.

<sup>20</sup> As the present proceedings relate to jurisdiction, the opposition of views is captured in the various jurisdictional objections; it would be even more forceful in pleadings on the merits, which, given the Court's majority decision, will regrettably no longer take place.

<sup>21</sup> Application instituting proceedings of the Marshall Islands, pp. 54-56, paras. 100-109.

25. En l'affaire relative à *Certains biens* (exceptions préliminaires, 2005), l'Allemagne avait soulevé une exception d'incompétence en invoquant l'absence de différend entre les parties; ayant constaté que l'Allemagne rejetait les griefs de fait et de droit exprimés contre elle par le Liechtenstein, la Cour, «[c]onformément à sa jurisprudence bien établie», a conclu que, «[d]u fait de ce rejet», il existait un différend d'ordre juridique entre les deux Etats<sup>19</sup>. Or, dans les trois affaires sur lesquelles la Cour s'est aujourd'hui déclarée incompétente, qui opposaient les Iles Marshall à l'Inde, au Royaume-Uni et au Pakistan, chacun des Etats défendeurs avait expressément rejeté les griefs du demandeur. Je vais maintenant examiner ces griefs dont le rejet, selon la jurisprudence constante de la Cour que je viens de rappeler, prouvait qu'il existait bien un différend entre les Iles Marshall et chacun des Etats défendeurs<sup>20</sup>.

#### 4. *Les arguments des Parties en l'affaire Iles Marshall c. Royaume-Uni*

26. Les Iles Marshall soutenaient que le Royaume-Uni avait manqué aux obligations lui incombant au titre de l'article VI du TNP, ainsi qu'à celles découlant du droit international coutumier en ce qui concerne le désarmement nucléaire et la cessation de la course aux armements nucléaires<sup>21</sup>. Même si le Royaume-Uni, dans ses exceptions préliminaires, n'a pas traité des questions de fond, l'une de ses déclarations attestait l'existence d'un différend entre les Parties :

«Ce silence des Iles Marshall a pour toile de fond la réduction unilatérale progressive, par le Royaume-Uni, de son arsenal nucléaire ... et sa participation active aux efforts internationaux en vue, notamment, de la création de zones exemptes d'armes nucléaires et de l'élargissement de ces zones. Le Royaume-Uni est ainsi partie aux protocoles additionnels des traités de Tlatelolco, Rarotonga et Pelindaba, qui portent respectivement sur les zones dénucléarisées des régions Amérique latine et Caraïbes, Pacifique sud et Afrique. Il a également ratifié le protocole additionnel au traité portant création d'une zone exempte d'armes nucléaires en Asie centrale et poursuivi sa coopération avec les Etats signataires de l'instrument équivalent

<sup>19</sup> *Certains biens (Liechtenstein c. Allemagne)*, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2005, p. 19, par. 25, citant les arrêts de la Cour en l'affaire du *Timor oriental (Portugal c. Australie)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1995, p. 100, par. 22; et l'affaire relative à l'*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie)*, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1996 (II), p. 615, par. 29.

<sup>20</sup> Etant donné que la présente procédure portait sur la compétence de la Cour, la divergence de vues entre les Parties est présentée ici telle qu'elle ressort de leur argumentation sur les exceptions préliminaires; elle serait apparue plus nettement encore si l'affaire avait été examinée au fond, ce qu'a malheureusement exclu la décision de la majorité.

<sup>21</sup> Requête des Iles Marshall, p. 55-57, par. 100-109.

Nuclear-Weapon-Free Zone. The UK signed the Comprehensive Nuclear Test Ban Treaty on the first day it was opened for signature and was, alongside France, the first nuclear-weapon State to become a party to it. Beyond this, the UK is leading efforts to develop verification technologies to ensure that any future nuclear disarmament treaty will apply under strict and effective international control.

Against this background, the Marshall Islands' Application instituting proceedings against the UK alleging a breach *inter alia* of Article VI of the NPT, and of asserted parallel obligations of customary international law, came entirely out of the blue. The United Kingdom considers the allegations to be manifestly unfounded on the merits."<sup>22</sup>

### 5. General Assessment

27. Always attentive and over-sensitive to the position of nuclear-weapon States [NWS] (cf. Part XIII, *infra*) — such as the respondent States in the present cases (India, United Kingdom and Pakistan) — the Court, in the *cas d'espèce*, dismisses the statements made by the Marshall Islands in multilateral *fora* before the filing of the Application, as being, in its view, insufficient to determine the existence of a dispute. Moreover, the Court's split majority makes *tabula rasa* of the requirement that "in principle" the date for determining the existence of the dispute is the date of filing of the application (case of *Alleged Violations of Sovereign Rights and Maritime Spaces in the Caribbean Sea (Nicaragua v. Colombia)*, *Preliminary Objections, Judgment*, I.C.J. Reports 2016 (I), p. 27, para. 52); as already seen, in its case law the ICJ has taken into account conduct post-dating that critical date (cf. *supra*).

28. In an entirely formalistic reasoning, the Court borrows the *obiter dicta* it made in the case of the *Application of the CERD Convention* (2011) — unduly elevating the threshold for the determination of the existence of a dispute — in respect of a compromissory clause under that Convention (wrongly interpreted anyway, making abstraction of the object and purpose of the CERD Convention). In the present case, opposing the Marshall Islands to the United Kingdom, worse still, the Court's majority takes that higher standard out of context, and applies it herein, in a case lodged with the Court on the basis of an optional clause declaration, even though also concerning a conventional obligation (under the NPT).

29. This attempt to heighten still further the threshold for the determination of the existence of a dispute (requiring further factual precisions

<sup>22</sup> Preliminary Objections of the United Kingdom, pp. 2-3, paras. 4-5.

conclu en ce qui concerne l'Asie du Sud-Est. Ayant signé le traité d'interdiction complète des essais nucléaires dès l'ouverture de celui-ci à la signature, le Royaume-Uni est, avec la France, le premier Etat doté d'armes nucléaires à en être devenu partie. En outre, il dirige des activités de recherche visant à mettre au point des techniques de vérification pour s'assurer que tout traité de désarmement nucléaire signé à l'avenir soit appliqué sous un contrôle international strict et efficace.

Dans ce contexte, la requête des Iles Marshall introduisant une instance contre le Royaume-Uni pour inobservation, notamment, de l'article VI du TNP et de prétendues obligations parallèles découlant du droit international coutumier a été une surprise totale, et les allégations qui y figurent sont, selon le Royaume-Uni, manifestement dépourvues de fondement.»<sup>22</sup>

### 5. *Appréciation d'ensemble*

27. Toujours attentive et trop sensible à la position des Etats dotés d'armes nucléaires (voir plus loin, sect. XIII), dont les trois défenseurs dans les affaires ici considérées (l'Inde, le Royaume-Uni et le Pakistan), la Cour a écarté les déclarations que les Iles Marshall avaient faites devant des instances multilatérales avant de déposer sa requête parce qu'elles ne suffisaient pas, selon elle, à établir l'existence d'un différend. Elle a de plus fait abstraction de ce que la date à laquelle doit être établie l'existence d'un différend n'est qu'«[e]n principe» la date du dépôt de la requête (*Violations alléguées de droits souverains et d'espaces maritimes dans la mer des Caraïbes (Nicaragua c. Colombie), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2016 (I)*, p. 27, par. 52); comme je l'ai rappelé plus haut, la jurisprudence de la Cour montre qu'elle peut tenir compte du comportement manifesté par les parties après la date critique.

28. Suivant un raisonnement purement formaliste, la Cour a repris l'*obiter dictum* qu'elle avait énoncé dans son arrêt en l'affaire de l'*Application de la CIEDR* (2011), par lequel elle avait indûment relevé le seuil de détermination de l'existence d'un différend en retenant une exception fondée sur une disposition de la clause compromissoire figurant dans la convention (qu'elle avait du reste mal interprétée, en faisant abstraction de l'objet et du but de la CIEDR). En l'affaire *Iles Marshall c. Royaume-Uni*, la majorité a fait pire encore : elle a repris les conditions plus rigoureuses d'établissement de l'existence d'un différend retenues dans l'arrêt sur l'application de la CIEDR pour les transposer dans une affaire introduite sur la base d'une déclaration faite en vertu de la clause facultative, même si la présente espèce avait également trait à une obligation conventionnelle (découlant du TNP).

29. Cette tentative de relever encore le seuil de détermination de l'existence d'un différend (en exigeant du demandeur qu'il fournisse davantage

<sup>22</sup> Exceptions préliminaires du Royaume-Uni, p. 2-3, par. 4-5.

from the applicant) is, besides formalistic, artificial: it does not follow from the definition of a dispute in the Court's *jurisprudence constante*, as being "a conflict of legal views or of interests", as already seen (cf. *supra*). The Court's majority formalistically requires a specific reaction of the respondent State to the claim made by the applicant State (in applying the criterion of "awareness", amounting, in my perception, to an obstacle to access to justice), even in a situation where, as in the *cas d'espèce*, there are two consistent and distinct courses of conduct on the part of the Contending Parties.

30. Furthermore, and in conclusion, there is a clear denial by the respondent States (India, United Kingdom and Pakistan) of the arguments made against them by the applicant State, the Marshall Islands. By virtue of these denials there is a legal dispute between the Marshall Islands and each of the three respondent States. The formalistic raising, by the Court's majority, of the higher threshold for the determination of the existence of a dispute, is not in conformity with the *jurisprudence constante* of the PCIJ and ICJ on the matter (cf. *supra*). Furthermore, in my perception, it unduly creates a difficulty for the very *access to justice* (by applicants) at international level, in a case on a matter of concern to the whole of humankind. This is most regrettable.

### III. UN GENERAL ASSEMBLY RESOLUTIONS AND *OPINIO JURIS*

31. In the course of the proceedings in the present cases of *Obligations concerning Negotiations relating to Cessation of the Nuclear Arms Race and to Nuclear Disarmament*, both the applicant State (the Marshall Islands) and the respondent States (India, United Kingdom and Pakistan) addressed UN General Assembly resolutions on the matter of nuclear disarmament (cf. Part VI, *infra*). This is the point that I purport to consider, in sequence, in the present dissenting opinion, namely, in addition to the acknowledgment before the ICJ (1995) of the authority and legal value of General Assembly resolutions on nuclear weapons as breach of the UN Charter, the distinct series of: (a) UN General Assembly Resolutions on Nuclear Weapons (1961-1981); (b) UN General Assembly Resolutions on Freeze of Nuclear Weapons (1982-1992); (c) UN General Assembly Resolutions Condemning Nuclear Weapons (1982-2015); (d) UN General Assembly Resolutions Following up the ICJ's 1996 Advisory Opinion (1996-2015).

#### 1. *UN General Assembly Resolutions on Nuclear Weapons (1961-1981)*

32. The 1970s was the First Disarmament Decade: it was so declared by General Assembly resolution A/RES/2602E (XXIV) of 16 December

de précisions factuelles), outre qu'elle est empreinte de formalisme, est artificielle en ce qu'elle ne suit pas la définition établie par la jurisprudence constante de la Cour, selon laquelle, comme je l'ai déjà rappelé, un différend est «une opposition de thèses juridiques ou d'intérêts». S'en tenant à une optique formaliste, la majorité a posé comme condition de l'existence d'un différend que l'Etat défendeur ait réagi spécifiquement aux griefs de l'Etat demandeur (ce à quoi revient l'application du critère de la «connaissance» préalable, qui à mon sens crée un obstacle à l'accès à la justice), même dans une situation où, comme en l'espèce, les Parties avaient constamment manifesté des comportements bien distincts.

30. En outre, et pour conclure, je rappelle que les trois défendeurs (l'Inde, le Royaume-Uni et le Pakistan) avaient clairement rejeté les arguments avancés contre eux par les Iles Marshall. Du fait de ce rejet, il existait bien un différend d'ordre juridique entre les Iles Marshall et chacun des trois défendeurs. La majorité, en relevant par une exigence formaliste le seuil de détermination de l'existence d'un différend, n'a pas suivi la jurisprudence constante de la CPJI et de la Cour actuelle en la matière (voir plus haut). De plus, elle a créé, indûment selon moi, une difficulté (pour le demandeur) qui n'est autre qu'une entrave à *l'accès à la justice internationale*, et ce dans trois affaires relatives à une question intéressant l'humanité tout entière. Je vois là une décision extrêmement regrettable.

### III. LES RÉSOLUTIONS DE L'ASSEMBLÉE GÉNÉRALE DES NATIONS UNIES ET *L'OPINIO JURIS* QUI S'EN DÉGAGE

31. Au cours des procédures relatives aux affaires sur lesquelles la Cour vient de se déclarer incompétente, l'Etat demandeur (les Iles Marshall) et les Etats défendeurs (l'Inde, le Royaume-Uni et le Pakistan) se sont référés aux résolutions de l'Assemblée générale des Nations Unies concernant le désarmement nucléaire (voir plus loin, sect. VI). C'est à ces résolutions que je vais maintenant m'intéresser; je traiterai d'abord de la reconnaissance devant la Cour (en 1995) de l'autorité et de la valeur juridique des résolutions de l'Assemblée sur les armes nucléaires, dans lesquelles ces armes sont qualifiées de contraires à la Charte des Nations Unies, et j'examinerai ensuite chacune des séries de résolutions adoptées par l'Assemblée: *a*) celle des résolutions relatives aux armes nucléaires (1961-1981); *b*) celle des résolutions sur le gel des armements nucléaires (1982-1992); *c*) celle des résolutions condamnant les armes nucléaires (1982-2015); et *d*) celle des résolutions sur la suite donnée à l'avis consultatif rendu par la Cour en 1996 (1996-2015).

#### 1. *Les résolutions de l'Assemblée générale relatives aux armes nucléaires (1961-1981)*

32. Les années 1970 ont été la première décennie du désarmement, proclamée par l'Assemblée générale dans sa résolution A/RES/2602E (XXIV)

1969, followed by two other resolutions of 1978 and 1980 on non-use of nuclear weapons and prevention of nuclear war<sup>23</sup>. The General Assembly specifically called upon States to intensify efforts for the cessation of the nuclear arms race, nuclear disarmament and the elimination of other weapons of mass destruction. Even before that, the ground-breaking General Assembly resolution 1653 (XVI), of 24 November 1961, advanced its *célèbre* “Declaration on the Prohibition of the Use of Nuclear and Thermonuclear Weapons” (cf. Part V, *infra*). In 1979, when the First Disarmament Decade was coming to an end, the General Assembly, disappointed that the objectives of the first decade had not been realized, declared the 1980s as a Second Disarmament Decade<sup>24</sup>. Likewise, the 1990s were subsequently declared the Third Disarmament Decade<sup>25</sup>.

33. In this first period under review (1961-1981), the UN General Assembly paid continuously special attention to disarmament issues and to nuclear disarmament in particular. May I refer to General Assembly resolutions A/RES/2934 of 29 November 1972; A/RES/2936 of 29 November 1972; A/RES/3078 of 6 December 1973; A/RES/3257 of 9 December 1974; A/RES/3466 of 11 December 1975; A/RES/3478 of 11 December 1975; A/RES/31/66 of 10 December 1976; A/RES/32/78 of 12 December 1977; A/RES/33/71 of 14 December 1978; A/RES/33/72 of 14 December 1978; A/RES/33/91 of 16 December 1978; A/RES/34/83 of 11 December 1979; A/RES/34/84 of 11 December 1979; A/RES/34/85 of 11 December 1979; A/RES/34/86 of 11 December 1979; A/RES/35/152 of 12 December 1980; A/RES/35/155 of 12 December 1980; A/RES/35/156 of 12 December 1980; A/RES/36/81 of 9 December 1981; A/RES/36/84 of 9 December 1981; A/RES/36/92 of 9 December 1981; A/RES/36/94 of 9 December 1981; A/RES/36/95 of 9 December 1981; A/RES/36/97 of 9 December 1981; and A/RES/36/100 of 9 December 1981.

34. In 1978 and 1982, the UN General Assembly held two Special Sessions on Nuclear Disarmament (respectively, the Tenth and Twelfth Sessions), where the question of nuclear disarmament featured prominently amongst the themes discussed. In fact, it was stressed that the most immediate goal of disarmament is the elimination of the danger of a nuclear war. In a subsequent series of its resolutions (in the following period of 1982-2015), as we shall see, the General Assembly moved on straightforwardly to the condemnation of nuclear weapons (cf. *infra*).

<sup>23</sup> Namely, in sequence, General Assembly resolutions A/RES/33/71B of 14 December 1978, and A/RES/35/152D of 12 December 1980.

<sup>24</sup> Cf. General Assembly resolutions A/RES/34/75 of 11 December 1979, and A/RES/35/46 of 3 December 1980.

<sup>25</sup> Cf. General Assembly resolutions A/RES/43/78L of 7 December 1988, and A/RES/45/62A of 4 December 1990.

du 16 décembre 1969; cette résolution a été suivie de deux autres, adoptées en 1978 et 1980, sur le non-recours aux armes nucléaires et la prévention de la guerre nucléaire<sup>23</sup>. L'Assemblée générale a expressément demandé aux Etats Membres de l'ONU d'intensifier leurs efforts en vue de la cessation de la course aux armements nucléaires, du désarmement nucléaire et de l'élimination des autres armes de destruction massive. Auparavant, elle avait adopté sa résolution historique A/RES/1653 (XVI) du 24 novembre 1961, où figure sa célèbre «déclaration sur l'interdiction de l'emploi des armes nucléaires et thermonucléaires» (voir plus loin, sect. V). En 1979, alors que la première décennie du désarmement touchait à sa fin, l'Assemblée, déçue de constater que les objectifs de cette première décennie n'avaient pas été atteints, a proclamé les années 1980 deuxième décennie du désarmement<sup>24</sup>. Par la suite, elle a proclamé une troisième décennie du désarmement, coïncidant avec les années 1990<sup>25</sup>.

33. Durant la première période que j'ai examinée (1961-1981), l'Assemblée générale a constamment accordé une attention toute spéciale aux questions de désarmement, et au désarmement nucléaire en particulier. Je citerai à cet égard les résolutions A/RES/2934 (XXVII) du 29 novembre 1972, A/RES/2936 (XXVII) du 29 novembre 1972 également, A/RES/3078 (XXVIII) du 6 décembre 1973, A/RES/3257 (XXIX) du 9 décembre 1974, A/RES/3466 (XXX) du 11 décembre 1975, A/RES/3478 (XXX) du 11 décembre 1975 également, A/RES/31/66 du 10 décembre 1976, A/RES/32/78 du 12 décembre 1977, A/RES/33/71 du 14 décembre 1978, A/RES/33/72 du 14 décembre 1978 également, A/RES/33/91 du 16 décembre 1978, A/RES/34/83, A/RES/34/84, A/RES/34/85 et A/RES/34/86, toutes du 11 décembre 1979, A/RES/35/152, A/RES/35/155 et A/RES/35/156, toutes du 12 décembre 1980, A/RES/36/81, A/RES/36/84, A/RES/36/92, A/RES/36/94, A/RES/36/95, A/RES/36/97 et A/RES/36/100, toutes du 9 décembre 1981.

34. En 1978 et 1982, l'Assemblée générale a tenu deux sessions extraordinaires sur le désarmement (dixième et douzième sessions extraordinaires), lors desquelles la question du désarmement nucléaire figurait au premier rang des sujets abordés. En fait, les participants à ces deux sessions n'ont cessé de souligner que l'objectif le plus urgent du désarmement était d'écarter le danger d'une guerre nucléaire. Comme nous allons le voir, l'Assemblée, dans une série ultérieure de résolutions (adoptées de 1982 à 2015), en est venue à condamner directement les armes nucléaires (voir ci-après).

<sup>23</sup> Dans leur ordre chronologique, les résolutions A/RES/33/71B du 14 décembre 1978 et A/RES/35/152D, du 12 décembre 1980.

<sup>24</sup> Voir la résolution A/RES/34/75 du 11 décembre 1979, et la résolution A/RES/35/46 du 3 décembre 1980.

<sup>25</sup> Voir les résolutions A/RES/43/78L et A/RES/45/62A, des 7 décembre 1988 et 4 décembre 1990.



35. In its resolutions adopted during the present period of 1972-1981, the General Assembly repeatedly drew attention to the dangers of the nuclear arms race for humankind and the survival of civilization and expressed apprehension concerning the harmful consequences of nuclear testing for the acceleration of such arms race. Thus, the General Assembly reiterated its condemnation of all nuclear weapon tests, in whatever environment they may be conducted. It called upon States that had not yet done so to adhere to the 1963 Test Ban Treaty (banning nuclear tests in the atmosphere, in outer space and under water) and called for the conclusion of a comprehensive test ban treaty, which would ban nuclear weapons tests in all environments (e.g. underground as well). Pending the conclusion of such treaty, it urged NWS to suspend nuclear weapon tests in all environments.

36. The General Assembly also emphasized that NWS bear a special responsibility for fulfilling the goal of achieving nuclear disarmament, and in particular those nuclear weapon States that are parties to international agreements in which they have declared their intention to achieve the cessation of the nuclear arms race. It further called specifically on the Heads of State of the USSR and the United States to implement the procedures for the entry into force of the Strategic Arms Limitation agreement (so-called "SALT" agreement).

37. At the 84th plenary meeting, following the Tenth Special Session on Disarmament, the General Assembly declared that the use of nuclear weapons is a "violation of the Charter of the United Nations" and "a crime against humanity", and that the use of nuclear weapons should be prohibited, pending nuclear disarmament<sup>26</sup>. The General Assembly further noted the aspiration of non-nuclear-weapon States [NNWS] to prevent nuclear weapons from being stationed on their territories through the establishment of nuclear-weapon-free zones, and supported their efforts to conclude an international convention strengthening the guarantees for their security against the use or threat of use of nuclear weapons. As part of the measures to facilitate the process of nuclear disarmament and the non-proliferation of nuclear weapons, it requested the Committee on Disarmament to consider the question of the cessation and prohibition of the production of fissionable material for weapons purposes.

---

<sup>26</sup> Cf. General Assembly resolutions A/RES/33/71B of 14 December 1978, and A/RES/35/152D of 12 December 1980.

35. Dans les résolutions qu'elle a adoptées pendant la période 1972-1981, l'Assemblée générale a maintes fois appelé l'attention sur les dangers que la course aux armements nucléaires fait peser sur l'humanité et la survie de la civilisation, et exprimé l'appréhension que lui inspiraient les conséquences délétères des essais nucléaires, qui contribuaient à l'accélération de cette course. Elle a réitéré sa condamnation de l'ensemble des essais nucléaires, dans quelque milieu que ce soit. Elle a lancé des appels aux Etats pour qu'ils adhèrent au traité de 1963 sur l'interdiction partielle des essais nucléaires (interdisant les essais dans l'atmosphère, dans l'espace extra-atmosphérique et sous l'eau), et demandé la conclusion d'un traité sur l'interdiction complète des essais nucléaires dans tous les milieux (c'est-à-dire également des essais souterrains). Elle a exhorté les Etats dotés d'armes nucléaires, en attendant la conclusion d'un tel traité, à suspendre leurs essais nucléaires dans tous les milieux.

36. L'Assemblée générale a également souligné que la responsabilité de la réalisation de l'objectif du désarmement nucléaire incombait tout spécialement aux Etats dotés d'armes nucléaires, en particulier à ceux qui étaient parties à des accords internationaux aux termes desquels ils avaient déclaré leur intention de parvenir à la cessation de la course aux armements nucléaires. Elle a en outre demandé directement aux chefs d'Etat de l'URSS et des Etats-Unis d'engager les procédures nécessaires à l'entrée en vigueur de l'accord intérimaire concernant la limitation des armements stratégiques (Strategic Arms Limitation agreement ou accord SALT).

37. Après avoir consacré sa dixième session extraordinaire au désarmement, l'Assemblée générale, à la 84<sup>e</sup> séance plénière, a adopté une résolution dans laquelle elle déclarait que le recours aux armes nucléaires constituait «une violation de la Charte des Nations Unies et un crime contre l'humanité», et devait être interdit en attendant le désarmement nucléaire<sup>26</sup>. L'Assemblée a également noté que les Etats non dotés d'armes nucléaires aspiraient à la création de zones exemptes d'armes nucléaires pour éviter que de telles armes ne soient stationnées sur leur territoire, et a déclaré qu'elle soutenait leurs efforts en vue de la conclusion d'une convention internationale qui renforcerait les garanties de leur sécurité en les protégeant mieux de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires. Entre autres mesures propres à faciliter le désarmement nucléaire et à faire cesser la prolifération des armes nucléaires, l'Assemblée a également demandé à la commission du désarmement d'examiner attentivement la question de la cessation et de l'interdiction de la production de matières fissiles pouvant servir à la fabrication d'armes.

---

<sup>26</sup> Voir la résolution A/RES/33/71B du 14 décembre 1978; voir également la résolution A/RES/35/152D du 12 décembre 1980.

2. *UN General Assembly Resolutions on Freeze  
of Nuclear Weapons (1982-1992)*

38. Every year in the successive period 1982-1992 (following up on the Tenth and Twelfth Special Sessions on Nuclear Disarmament, held in 1978 and 1982, respectively), the General Assembly adopted resolutions also calling for a nuclear-weapons freeze. May I refer to General Assembly resolutions A/RES/37/100A of 13 December 1982; A/RES/38/73E of 15 December 1983; A/RES/39/63C of 12 December 1984; A/RES/40/151C of 16 December 1985; A/RES/41/60E of 3 December 1986; A/RES/42/39B of 30 November 1987; A/RES/43/76B of 7 December 1988; A/RES/44/117D of 15 December 1989; A/RES/45/59D of 4 December 1990; A/RES/46/37C of 6 December 1991; and A/RES/47/53E of 9 December 1992.

39. These resolutions on freeze of nuclear weapons note that existing arsenals of nuclear weapons are more than sufficient to destroy all life on earth. They express the conviction that lasting world peace can be based only upon the achievement of general and complete disarmament, under effective international control. In this connection, the aforementioned General Assembly resolutions note that the highest priority objectives in the field of disarmament have to be nuclear disarmament and the elimination of all weapons of mass destruction. They at last call upon NWS to agree to reach “a freeze on nuclear weapons”, which would, *inter alia*, provide for “a simultaneous total stoppage of any further production of fissionable material for weapons purposes”.

40. Such nuclear-weapons freeze is not seen as an end in itself but as the most effective first step towards: (a) halting any further increase and qualitative improvement in the existing arsenals of nuclear weapons; and (b) activating negotiations for the substantial reduction and qualitative limitation of nuclear weapons. From 1989 onwards, these resolutions also set out the structure and scope of the prospective joint declaration through which all nuclear-weapons States would agree on a nuclear-arms freeze. Such freeze would encompass: (a) a comprehensive test ban; (b) cessation of the manufacture of nuclear weapons; (c) a ban on all further deployment of nuclear weapons; and (d) cessation of the production of fissionable material for weapons purposes.

3. *UN General Assembly Resolutions on Nuclear Weapons  
as Breach of the UN Charter  
(Acknowledgment before the ICJ, 1995)*

41. Two decades ago, when UN General Assembly resolutions condemning nuclear weapons were not as numerous as they are today, they

2. *Les résolutions de l'Assemblée générale relatives au gel des armements nucléaires (1982-1992)*

38. Durant la période 1982-1992, qui a suivi ses dixième et douzième sessions extraordinaires, consacrées au désarmement (1978 et 1982), l'Assemblée générale a adopté des résolutions dans lesquelles elle demandait également le gel des armements nucléaires. Je citerai à cet égard les résolutions A/RES/37/100A du 13 décembre 1982, A/RES/38/73E du 15 décembre 1983, A/RES/39/63C du 12 décembre 1984, A/RES/40/151C du 16 décembre 1985, A/RES/41/60E du 3 décembre 1986, A/RES/42/39B du 30 novembre 1987, A/RES/43/76B du 7 décembre 1988, A/RES/44/117D du 15 décembre 1989, A/RES/45/59D du 4 décembre 1990, A/RES/46/37C du 6 décembre 1991 et A/RES/47/53E du 9 décembre 1992.

39. Dans ces résolutions, l'Assemblée notait que les arsenaux nucléaires existants étaient déjà plus que suffisants pour effacer toute trace de vie sur terre. Elle exprimait sa conviction que seul le désarmement général et complet sous un contrôle international efficace permettrait d'instaurer dans le monde une paix durable. L'Assemblée notait également que, dans le domaine du désarmement, priorité absolue devait être donnée au désarmement nucléaire et à l'élimination de toutes les armes de destruction massive. Elle demandait enfin aux Etats dotés d'armes nucléaires de convenir «d'un gel des armements nucléaires», qui prévoirait notamment «un arrêt simultané total de la production d'armes nucléaires et la cessation complète de la production de matières fissiles destinées à la fabrication d'armes».

40. Ce gel des armements nucléaires était considéré non pas comme une fin en soi, mais comme la première étape la plus efficace d'un processus conduisant à: a) la cessation de tout accroissement et de tout perfectionnement des arsenaux nucléaires existants; et b) l'ouverture de négociations sur une réduction substantielle des armements nucléaires et la limitation des capacités des armes nucléaires. A partir de 1989, ces résolutions précisent également la structure et la portée d'une déclaration conjointe par laquelle tous les Etats dotés d'armes nucléaires conviendraient d'un gel général des armements nucléaires. Ce gel devait comprendre: a) une interdiction générale des essais d'armes nucléaires; b) l'arrêt complet de la fabrication d'armes nucléaires; c) l'interdiction de tout nouveau déploiement d'armes nucléaires; et d) l'arrêt complet de la production de matières fissiles destinées à la fabrication d'armes.

3. *Les résolutions de l'Assemblée générale qualifiant la menace ou l'emploi d'armes nucléaires de violation de la Charte (et leur invocation devant la Cour en 1995)*

41. Il y a une vingtaine d'années, les résolutions de l'Assemblée générale condamnant les armes nucléaires, moins nombreuses qu'aujourd'hui,

were already regarded as authoritative in the views of States from distinct continents. This was made clear, e.g., by States which participated in the advisory proceedings of 30 October to 15 November 1995 before the ICJ, conducive to its Advisory Opinion of 8 July 1996 on the *Threat or Use of Nuclear Weapons*. On the occasion, the view was upheld that those General Assembly resolutions expressed a “general consensus” and had a relevant “legal value”<sup>27</sup>. Resolution 1653 (XVI), of 1961, e.g., was invoked as a “law-making” resolution of the General Assembly, in stating that the use of nuclear weapons is contrary to the letter and spirit, and aims, of the United Nations, and, as such, a “direct violation” of the UN Charter<sup>28</sup>.

42. It was further stated that, already towards the end of 1995, “numerous” General Assembly resolutions and declarations confirmed the illegality of the use of force, including nuclear weapons<sup>29</sup>. Some General Assembly resolutions (1653 (XVI), of 24 November 1961; 33/71B of 14 December 1978; 34/83G of 11 December 1979; 35/152D of 12 December 1980; 36/92I of 9 December 1981; 45/59B of 4 December 1990; 46/37D of 6 December 1991) were singled out for having significantly declared that the use of nuclear weapons would be a violation of the UN Charter itself<sup>30</sup>. The view was expressed that the series of General Assembly resolutions (starting with resolution 1653 (XVI), of 24 November 1961) amounted to “an authoritative interpretation” of humanitarian law treaties as well as the UN Charter<sup>31</sup>.

43. In the advisory proceedings of 1995 before the ICJ, it was further recalled that General Assembly resolution 1653 (XVI) of 1961 was adopted in the form of a declaration, being thus “an assertion of the law”, and, ever since, the General Assembly’s authority to adopt such declaratory resolutions (in condemnation of nuclear weapons) was generally accepted; such resolutions declaring the use of nuclear weapons “unlawful” were regarded as ensuing from the exercise of an “inherent” power of the General Assembly<sup>32</sup>. The relevance of General Assembly resolutions has been reckoned by large groups of States<sup>33</sup>.

<sup>27</sup> CR 1995/25, of 3 November 1995, pp. 52-53 (statement of Mexico).

<sup>28</sup> CR 1995/22, of 30 October 1995, pp. 44-45 (statement of Australia).

<sup>29</sup> CR 1995/26, of 6 November 1995, pp. 23-24 (statement of Iran).

<sup>30</sup> CR 1995/28, of 9 November 1995, pp. 62-63 (statement of the Philippines).

<sup>31</sup> CR 1995/31, of 13 November 1995, p. 46 (statement of Samoa).

<sup>32</sup> CR 1995/27, of 7 November 1995, pp. 58-59 (statement of Malaysia).

<sup>33</sup> Cf., e.g., CR 1995/35, of 15 November 1995, p. 34, and cf. p. 22 (statement of Zimbabwe, on its initiative as Chair of the Non-Aligned Movement).

étaient déjà considérées par des Etats de divers continents comme faisant autorité. Tel était le cas, notamment, des Etats qui se sont exprimés devant la Cour lors des audiences qu'elle a tenues du 30 octobre au 15 novembre 1995 dans le cadre de la procédure qui a abouti au prononcé de son avis consultatif du 8 juillet 1996 sur la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*. Il a été dit lors des audiences que ces résolutions de l'Assemblée générale exprimaient un « consensus général » et avaient une « valeur juridique » pertinente pour l'examen de la question<sup>27</sup>. Par exemple, la résolution A/RES/1653 (XVI) de 1961 a été invoquée comme étant une résolution où l'Assemblée avait « dit le droit » en déclarant que l'emploi d'armes nucléaires était contraire à l'esprit, à la lettre et aux buts de la Charte des Nations Unies, et constituait, en tant que tel, une « violation directe » de celle-ci<sup>28</sup>.

42. Lors de ces audiences, dont il faut se souvenir qu'elles remontent à la fin de 1995, il a également été dit que de « nombreuses » résolutions et déclarations de l'Assemblée générale confirmaient l'illicéité de l'emploi de la force, y compris l'emploi d'armes nucléaires<sup>29</sup>. Certaines résolutions (les résolutions A/RES/1653 (XVI) du 24 novembre 1961, A/RES/33/71B du 14 décembre 1978, A/RES/34/83G du 11 décembre 1979, A/RES/35/152D du 12 décembre 1980, A/RES/36/92I du 9 décembre 1981, A/RES/45/59B du 4 décembre 1990 et A/RES/46/37D du 6 décembre 1991) ont été retenues comme particulièrement importantes du fait qu'il y était déclaré que l'emploi d'armes nucléaires constituerait une violation de la Charte des Nations Unies<sup>30</sup>. Il a été dit aussi que la série de résolutions de l'Assemblée générale inaugurée par la résolution A/RES/1653 (XVI) du 24 novembre 1961 renfermait une « interprétation faisant autorité » des traités relatifs au droit humanitaire et de la Charte<sup>31</sup>.

43. Lors des audiences tenues par la Cour en 1995 dans le cadre de la procédure qui a abouti au prononcé de son avis consultatif de 1996, il a été rappelé également que l'Assemblée générale avait adopté sa résolution A/RES/1653 (XVI) en 1961 sous la forme d'une déclaration, ce qui lui conférait le caractère d'une « affirmation du droit », et il a été dit que, depuis lors, il était généralement admis que l'Assemblée avait le pouvoir d'adopter de telles résolutions déclaratoires (condamnant les armes nucléaires), et que les résolutions par lesquelles elle avait déclaré « illicite » l'emploi des armes nucléaires étaient considérées comme procédant de l'exercice de son pouvoir « inhérent »<sup>32</sup>. La pertinence des résolutions de l'Assemblée générale a été reconnue par un important groupe d'Etats<sup>33</sup>.

<sup>27</sup> CR 1995/25, p. 52-53 (exposé du Mexique).

<sup>28</sup> CR 1995/22, p. 44-45 (exposé de l'Australie).

<sup>29</sup> CR 1995/26, p. 23-24 (exposé de l'Iran).

<sup>30</sup> CR 1995/28, p. 62-63 (exposé des Philippines).

<sup>31</sup> CR 1995/31, p. 46 (exposé du Samoa).

<sup>32</sup> CR 1995/27, p. 58-59 (exposé de la Malaisie).

<sup>33</sup> Voir, notamment, CR 1995/35, p. 34, et également p. 22 (exposé du Zimbabwe sur l'initiative qu'il avait prise en tant que président du Mouvement des pays non alignés).

44. Ever since the aforementioned acknowledgment of the authority and legal value of General Assembly resolutions in the course of the pleadings of late 1995 before the ICJ, those resolutions continue to grow in number until today, clearly forming, in my perception, an *opinio juris communis* on nuclear disarmament. In addition to those aforementioned, may I also review, in sequence, two other series of General Assembly resolutions, extending to the present, namely: the longstanding series of General Assembly resolutions condemning nuclear weapons (1982-2015), and the series of General Assembly resolutions following up the ICJ's 1996 Advisory Opinion (1997-2015).

4. *UN General Assembly Resolutions Condemning Nuclear Weapons (1982-2015)*

45. In the period 1982-2015, there is a long series of UN General Assembly resolutions condemning nuclear weapons. May I refer to General Assembly resolutions A/RES/37/100C of 9 December 1982; A/RES/38/73G of 15 December 1983; A/RES/39/63H of 12 December 1984; A/RES/40/151F of 16 December 1985; A/RES/41/60F of 3 December 1986; A/RES/42/39C of 30 November 1987; A/RES/43/76E of 7 December 1988; A/RES/44/117C of 15 December 1989; A/RES/45/59B of 4 December 1990; A/RES/46/37D of 6 December 1991; A/RES/47/53C of 9 December 1992; A/RES/48/76B of 16 December 1993; A/RES/49/76E of 15 December 1994; A/RES/50/71E of 12 December 1995; A/RES/51/46D of 10 December 1996; A/RES/52/39C of 9 December 1997; A/RES/53/78D of 4 December 1998; A/RES/54/55D of 1 December 1999; A/RES/55/34G of 20 November 2000; A/RES/56/25B of 29 November 2001; A/RES/57/94 of 22 November 2002; A/RES/58/64 of 8 December 2003; A/RES/59/102 of 3 December 2004; A/RES/60/88 of 8 December 2005; A/RES/61/97 of 6 December 2006; A/RES/62/51 of 5 December 2007; A/RES/63/75 of 2 December 2008; A/RES/64/59 of 2 December 2009; A/RES/65/80 of 8 December 2010; A/RES/66/57 of 2 December 2011; A/RES/67/64 of 3 December 2012; A/RES/68/58 of 5 December 2013; A/RES/69/69 of 2 December 2014; and A/RES/70/62 of 7 December 2015.

46. In those resolutions, the General Assembly warned against the threat by nuclear weapons to the survival of humankind. They were preceded by two ground-breaking historical resolutions, namely, General Assembly resolution 1 (I) of 24 January 1946, and General Assembly resolution 1653 (XVI), of 24 November 1961 (cf. *infra*). In this new and long series of resolutions condemning nuclear weapons (1982-2015), at the opening of their preambular paragraphs the General Assembly states, year after year, that it is

“*Alarmed* by the threat to the survival of mankind and to the life-sustaining system posed by nuclear weapons and by their use, inherent in the concepts of deterrence,

44. Depuis ces audiences tenues par la Cour dans les derniers mois de 1995, au cours desquelles ont été reconnues l'autorité et la valeur juridique de ses résolutions relatives aux armes nucléaires, l'Assemblée générale en a adopté un certain nombre d'autres dont se dégage, à mon avis, une *opinio juris communis* sur le désarmement nucléaire. Je vais maintenant procéder, par ordre chronologique, à l'examen de deux autres séries de résolutions ; la longue série (1982-2015) de celles condamnant l'emploi des armes nucléaires, et la série de celles relatives à la suite donnée à l'avis consultatif émis par la Cour en 1996 (adoptées de 1997 à 2015).

#### 4. *Les résolutions de l'Assemblée générale condamnant les armes nucléaires (1982-2015)*

45. De 1982 à 2015, l'Assemblée générale a adopté toute une série de résolutions condamnant les armes nucléaires. Je retiens parmi elles les résolutions A/RES/37/100C du 13 décembre 1982, A/RES/38/73G du 15 décembre 1983, A/RES/39/63H du 12 décembre 1984, A/RES/40/151F du 16 décembre 1985, A/RES/41/60F du 3 décembre 1986, A/RES/42/39C du 30 novembre 1987, A/RES/43/76E du 7 décembre 1988, A/RES/44/117C du 15 décembre 1989, A/RES/45/59B du 4 décembre 1990, A/RES/46/37D du 6 décembre 1991, A/RES/47/53C du 9 décembre 1992, A/RES/48/76B du 16 décembre 1993, A/RES/49/76E du 15 décembre 1994, A/RES/50/71E du 12 décembre 1995, A/RES/51/46D du 10 décembre 1996, A/RES/52/39C du 9 décembre 1997, A/RES/53/78D du 4 décembre 1998, A/RES/54/55D du 1<sup>er</sup> décembre 1999, A/RES/55/34G du 20 novembre 2000, A/RES/56/25B du 29 novembre 2001, A/RES/57/94 du 22 novembre 2002, A/RES/58/64 du 8 décembre 2003, A/RES/59/102 du 3 décembre 2004, A/RES/60/88 du 8 décembre 2005, A/RES/61/97 du 6 décembre 2006, A/RES/62/51 du 5 décembre 2007, A/RES/63/75 du 2 décembre 2008, A/RES/64/59 du 2 décembre 2009, A/RES/65/80 du 8 décembre 2010, A/RES/66/57 du 2 décembre 2011, A/RES/67/64 du 3 décembre 2012, A/RES/68/58 du 5 décembre 2013, A/RES/69/69 du 2 décembre 2014 et A/RES/70/62 du 7 décembre 2015.

46. Dans ces résolutions, l'Assemblée met en garde contre le danger que font peser les armes nucléaires sur la survie de l'humanité. Cette série de résolutions trouve son origine dans deux résolutions historiques, la résolution A/RES/1 (I) du 24 janvier 1946 et la résolution A/RES/1653 (XVI) du 24 novembre 1961 (voir ci-après). Dans cette longue série de résolutions condamnant les armes nucléaires, l'Assemblée générale reprend année après année, au début du préambule, les considérants suivants :

« *Alarmée* par la menace que les armes nucléaires et leur utilisation, inhérente aux concepts de dissuasion, représentent pour la survie de l'humanité et pour le maintien de conditions qui permettent la vie,



*Convinced* that nuclear disarmament is essential for the prevention of nuclear war and for the strengthening of international peace and security,

*Further convinced* that a prohibition of the use or threat of use of nuclear weapons would be a step towards the complete elimination of nuclear weapons leading to general and complete disarmament under strict and effective international control.”

47. Those General Assembly resolutions next significantly *reaffirm*, in their preambular paragraphs, year after year, that

“the use of nuclear weapons would be a violation of the Charter of the United Nations and a crime against humanity, as declared in its resolutions 1653 (XVI) of 24 November 1961, 33/71 B of 14 December 1978, 34/83 G of 11 December 1979, 35/152 D of 12 December 1980 and 36/92 I of 9 December 1981”.

48. Still in their preambular paragraphs, those General Assembly resolutions further *note with regret* the inability of the Conference on Disarmament to undertake negotiations with a view to achieving agreement on a nuclear disarmament convention during each previous year. In their operative part, those resolutions reiterate, year after year, the request that the Committee on Disarmament undertakes, on a priority basis, negotiations aiming at achieving agreement on an international convention prohibiting the use or threat of use of nuclear weapons under any circumstances, taking as a basis the text of the draft Convention on the Prohibition of the Use of Nuclear Weapons.

49. From 1989 (forty-fourth session) onwards, those resolutions begin to note specifically that a multilateral agreement prohibiting the use or threat of use of nuclear weapons should strengthen international security and help to create the climate for negotiations leading to the complete elimination of nuclear weapons. Subsequently, those resolutions come to stress, in particular, that an international convention would be a step towards the complete elimination of nuclear weapons, leading to general and complete disarmament, under strict and effective international control.

50. Clauses of the kind then evolve, from 1996 onwards<sup>34</sup>, to refer expressly to a time framework, i.e., that an international convention would be an important step in a phased programme towards the complete elimination of nuclear weapons, within a specific framework of time. More recent resolutions also expressly refer to the determination to achieve an international convention prohibiting the development, pro-

---

<sup>34</sup> Cf., e.g., *inter alia*, General Assembly resolution A/RES/50/71E, of 12 December 1995.

*Convaincue* que le désarmement nucléaire est essentiel pour la prévention de la guerre nucléaire et le renforcement de la paix et de la sécurité internationales,

*Convaincue en outre* que l'interdiction de l'utilisation ou de la menace de l'utilisation des armes nucléaires constituerait une étape sur la voie de l'élimination complète des armes nucléaires aboutissant à un désarmement général et complet sous contrôle international efficace.»

47. Dans la suite de leur préambule, ces résolutions, il est important de le noter, *affirment* année après année ce qui suit :

«le recours aux armes nucléaires constituerait une violation de la Charte des Nations Unies et un crime contre l'humanité, comme [l'Assemblée] l'a déclaré dans 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 et 36/92 1 du 9 décembre 1981 ».

48. Toujours dans le préambule desdites résolutions, l'Assemblée générale, chaque année, *note avec regret* que la conférence du désarmement, au cours de sa session de l'année précédente, n'a pu entreprendre des négociations en vue de parvenir à un accord sur une convention relative au désarmement nucléaire. Dans le dispositif des mêmes résolutions, l'Assemblée réitère, d'année en année, sa demande à la conférence 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 sur l'interdiction de l'utilisation des armes nucléaires.

49. A partir de 1989 (quarante-quatrième session), l'Assemblée générale, dans ces résolutions, se dit convaincue qu'un accord multilatéral interdisant l'emploi ou la menace d'armes nucléaires renforcerait la sécurité internationale et aiderait à créer un climat propice à des négociations qui conduiraient à l'élimination complète des armes nucléaires. Elle en vient, plus tard, à souligner particulièrement que la conclusion d'une convention internationale serait une étape sur la voie de l'élimination complète des armes nucléaires, aboutissant au désarmement général et complet, sous un contrôle international strict et efficace.

50. A partir de 1996, les résolutions, dans leurs considérants<sup>34</sup>, font référence à un calendrier : l'Assemblée souligne qu'une convention internationale constituerait une étape importante d'un programme échelonné sur la voie de l'élimination complète des armes nucléaires selon un calendrier déterminé. Dans ses résolutions plus récentes de la même série, l'Assemblée se dit résolue à parvenir à la conclusion d'une convention

<sup>34</sup> Voir, par exemple, la résolution A/RES/50/71E du 12 décembre 1995.

duction, stockpiling and use of nuclear weapons, leading to their ultimate destruction.

5. *UN General Assembly Resolutions Following up the ICJ's 1996 Advisory Opinion (1996-2015)*

51. Ever since the delivery, on 8 July 1996, of the ICJ's Advisory Opinion on *Nuclear Weapons* to date, the General Assembly has been adopting a series of resolutions (1996-2015), as its follow-up. May I refer to General Assembly resolutions A/RES/51/45 of 10 December 1996; A/RES/52/38 of 9 December 1997; A/RES/53/77 of 4 December 1998; A/RES/54/54 of 1 December 1999; A/RES/55/33 of 20 November 2000; A/RES/56/24 of 29 November 2001; A/RES/57/85 of 22 November 2002; A/RES/58/46 of 8 December 2003; A/RES/59/83 of 3 December 2004; A/RES/60/76 of 8 December 2005; A/RES/61/83 of 6 December 2006; A/RES/62/39 of 5 December 2007; A/RES/63/49 of 2 December 2008; A/RES/64/55 of 2 December 2009; A/RES/65/76 of 8 December 2010; A/RES/66/46 of 2 December 2011; A/RES/67/33 of 3 December 2012; A/RES/68/42 of 5 December 2013; A/RES/69/43 of 2 December 2014; and A/RES/70/56 of 7 December 2015. These resolutions make a number of significant statements.

52. The series of aforementioned General Assembly resolutions on follow-up to the 1996 Advisory Opinion of the ICJ (1996-2015) begins by expressing the General Assembly's belief that "the continuing existence of nuclear weapons poses a threat to humanity" and that "their use would have catastrophic consequences for all life on earth", and, further, that "the only defence against a nuclear catastrophe is the total elimination of nuclear weapons and the certainty that they will never be produced again" (2nd preambular paragraph). The General Assembly resolutions reiteratedly reaffirm "the commitment of the international community to the realization of the goal of a nuclear-weapon-free world through the total elimination of nuclear weapons" (3rd preambular paragraph). They recall their request to the Conference on Disarmament to establish an *ad hoc* Committee to commence negotiations on a phased programme of nuclear disarmament, aiming at the elimination of nuclear weapons, within a "time bound framework"; they further reaffirm the role of the Conference on Disarmament as the single multilateral disarmament negotiating forum.

53. The General Assembly then recalls, again and again, that "the solemn obligations of States parties, undertaken in Article VI of the Treaty on the Non-Proliferation of Nuclear Weapons (NPT), particularly to pursue negotiations in good faith on effective measures relating to cessation of the nuclear arms race at an early date and to nuclear disarmament" (4th preambular paragraph). They express the goal of achieving a legally binding prohibition on the development, production, testing, deployment, stockpiling, threat or use of nuclear weapons, and their destruction under

internationale interdisant la mise au point, la fabrication, le stockage et l'emploi des armes nucléaires et conduisant, à terme, à leur destruction.

5. *Les résolutions de l'Assemblée générale sur la suite donnée à l'avis consultatif rendu par la Cour en 1996 (1996-2015)*

51. Depuis le prononcé par la Cour de son avis consultatif du 8 juillet 1996 sur la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, l'Assemblée a adopté une nouvelle série de résolutions (1996-2015), consacrée à la suite donnée à cet avis. Il s'agit des résolutions A/RES/51/45 du 10 décembre 1996, A/RES/52/38 du 9 décembre 1997, A/RES/53/77 du 4 décembre 1998, A/RES/54/54 du 1<sup>er</sup> décembre 1999, A/RES/55/33 du 20 novembre 2000, A/RES/56/24 du 29 novembre 2001, A/RES/57/85 du 22 novembre 2002, A/RES/58/46 du 8 décembre 2003, A/RES/59/83 du 3 décembre 2004, A/RES/60/76 du 8 décembre 2005, A/RES/61/83 du 6 décembre 2006, A/RES/62/39 du 5 décembre 2007, A/RES/63/49 du 2 décembre 2008, A/RES/64/55 du 2 décembre 2009, A/RES/65/76 du 8 décembre 2010, A/RES/66/46 du 2 décembre 2011, A/RES/67/33 du 3 décembre 2012, A/RES/68/42 du 5 décembre 2013, A/RES/69/43 du 2 décembre 2014 et A/RES/70/56 du 7 décembre 2015. Ces résolutions comprennent un certain nombre de considérants ou de dispositions importants.

52. Dans le préambule des résolutions de cette série, l'Assemblée générale exprime sa conviction «que la persistance des armes nucléaires fait peser une menace sur l'humanité tout entière et que leur emploi aurait des conséquences catastrophiques pour toutes les formes de vie sur terre», et que «la seule protection contre une catastrophe nucléaire est l'élimination complète des armes nucléaires et la certitude qu'il n'en sera plus jamais fabriqué» (deuxième alinéa). Elle réaffirme régulièrement «l'engagement pris par la communauté internationale d'atteindre l'objectif d'un monde exempt d'armes nucléaires grâce à l'élimination totale des armes nucléaires» (troisième alinéa). Elle rappelle aussi qu'elle a demandé à la conférence du désarmement de créer un comité spécial chargé d'entamer des négociations sur un programme échelonné de désarmement nucléaire, l'objectif étant d'éliminer définitivement les armes nucléaires selon «un calendrier déterminé»; elle réaffirme également le rôle qui revient à la conférence du désarmement, unique instance multilatérale pour les négociations sur le désarmement.

53. L'Assemblée, toujours dans le préambule, rappelle ensuite inlassablement les «obligations solennelles» imposées aux Etats parties, au TNP par son article VI, en particulier celle de «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» (quatrième alinéa). Elle exprime le souhait que soit élaboré un instrument juridiquement contraignant sur l'interdiction de la mise au point, de la fabrication, de l'essai, du déploiement, du stockage, de la

“effective international control”. They significantly call upon *all States* to fulfil promptly the obligation leading to an early conclusion of a convention prohibiting the development, production, testing, deployment, stockpiling, transfer, threat or use of nuclear weapons and providing for their elimination<sup>35</sup>.

54. Those resolutions (from 2003 onwards) express deep concern at the lack of progress made in the implementation of the “thirteen steps” agreed to, at the 2000 Review Conference, for the implementation of Article VI of the NPT. The aforementioned series of General Assembly resolutions include, from 2010 onwards, an additional (6th) preambular paragraph, expressing “deep concern at the catastrophic humanitarian consequences of any use of nuclear weapons”, and reaffirming, in this context, “the need for all States at all times to comply with applicable international law, including international humanitarian law”. Those follow-up General Assembly resolutions further recognize

“with satisfaction that the Antarctic Treaty, the Treaties of Tlatelolco, Rarotonga, Bangkok and Pelindaba, and the Treaty on a Nuclear-Weapon-Free Zone in Central Asia, as well as Mongolia’s nuclear-weapon-free status, are gradually freeing the entire southern hemisphere and adjacent areas covered by those treaties from nuclear weapons” (10th preambular paragraph).

55. More recent resolutions (from 2013 onwards) are significantly further expanded. They call upon all NWS to undertake concrete disarmament efforts, stressing that all States need to make special efforts to achieve and maintain a world without nuclear weapons. They also take note of the “Five-Point Proposal on Nuclear Disarmament” made by the UN Secretary-General (cf. Part XVII, *infra*), and recognize the need for a multilaterally negotiated and legally binding instrument to assure that NNWS stand against the threat or use of nuclear weapons, pending the total elimination of nuclear weapons. In their operative part, the same series of General Assembly resolutions underline the ICJ’s unanimous conclusion, in its 1996 Advisory Opinion on the *Threat or Use of Nuclear Weapons*, that “there exists an obligation to pursue in good faith and bring to a conclusion negotiations leading to nuclear disarmament in all its aspects under strict and effective international control” (para. 1).

---

<sup>35</sup> Note that in earlier resolutions, the following year is explicitly referenced, i.e., States should commence negotiations in “the following year”. This reference is removed in later resolutions.

menace ou de l'emploi d'armes nucléaires et sur leur destruction « sous un contrôle international efficace ». Il importe de noter que, dans ces résolutions, l'Assemblée générale demande à *tous les Etats* de satisfaire à leur obligation de négocier de bonne foi afin de parvenir à la conclusion rapide d'une convention interdisant la mise au point, la fabrication, l'essai, le déploiement, le stockage, le transfert, la menace ou l'emploi d'armes nucléaires et prévoyant leur élimination<sup>35</sup>.

54. A partir de 2003, dans les résolutions de cette série, l'Assemblée générale se déclare profondément préoccupée par l'absence de progrès de la mise en œuvre des « treize mesures concrètes » approuvées par la conférence d'examen de 2000 en vue de l'application de l'article VI du TNP. A partir de 2010, le préambule de ces résolutions comprend un sixième alinéa où l'Assemblée se déclare « profondément préoccupée par les conséquences catastrophiques sur le plan humanitaire qu'aurait tout recours aux armes nucléaires », et réaffirme « que tous les Etats doivent toujours se conformer au droit international applicable, y compris le droit international humanitaire ». Dans ces résolutions sur la suite donnée à l'avis consultatif de 1996, l'Assemblée constate en outre

« avec satisfaction que le traité sur l'Antarctique, les traités de Tlatelolco, de Rarotonga, de Bangkok et de Pelindaba, et le Traité portant création d'une zone exempte d'armes nucléaires en Asie centrale, ainsi que le statut d'Etat exempt d'armes nucléaires de la Mongolie, libèrent progressivement de la présence d'armes nucléaires tout l'hémisphère Sud et les zones adjacentes visées par ces traités » (dixième alinéa du préambule).

55. Les résolutions récentes de cette série (à partir de 2013) comportent des ajouts notables. L'Assemblée générale y appelle tous les Etats dotés d'armes nucléaires à prendre des mesures concrètes de désarmement, et souligne que tous les Etats doivent faire des efforts particuliers pour instaurer et conserver un monde exempt d'armes nucléaires. Elle y prend note de la « proposition en cinq points ... sur le désarmement nucléaire » avancée par le Secrétaire général (voir ci-après, sect. XVII), et constate qu'il est nécessaire d'adopter un instrument juridiquement contraignant négocié sur le plan multilatéral et visant à garantir les Etats non dotés d'armes nucléaires contre la menace de l'emploi de ces armes en attendant leur élimination. Dans le dispositif des résolutions de cette série, l'Assemblée souligne la conclusion unanime énoncée dans l'avis consultatif rendu par la Cour en 1996 sur la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, selon laquelle « 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 » (par. 1).

<sup>35</sup> Il est à noter que cette formulation est celle employée dans les résolutions les plus anciennes de la série; dans les résolutions plus récentes, l'Assemblée précise que les négociations devraient commencer l'année suivante.

56. Looking at this particular series of General Assembly follow-up resolutions as a whole, it should not pass unnoticed that they contain paragraphs referring to the obligation to pursue and conclude, in good faith, negotiations leading to nuclear disarmament, without any reference to the NPT or to States parties to it. They rather refer to that obligation as a general one, not grounded on any treaty provision. *All States*, and not only States parties to the NPT, are called upon to fulfil promptly that obligation, incumbent upon *all States*, to report (to the Secretary-General) on their compliance with the resolutions at issue. There are, notably, other paragraphs in those resolutions that are specifically directed at nuclear-weapon States, or make specific references to the NPT. In sum, references to *all States* are deliberate, and in the absence of any references to a treaty or other specifically-imposed international obligation, this thus points towards a customary law obligation to negotiate and achieve nuclear disarmament.

#### IV. UN SECURITY COUNCIL RESOLUTIONS AND *OPINIO JURIS*

57. Like the UN General Assembly, the UN Security Council has also often dwelt upon the matter at issue. May I refer, *inter alia*, to Security Council resolutions S/23500, of 31 January 1992; S/RES/984, of 11 April 1995; S/RES/1540, of 28 April 2004; S/RES/1673, of 27 April 2006; S/RES/1810, of 25 April 2008; S/RES/1887, of 24 September 2009; and S/RES/1997, of 11 July 2011 — to which others can be added<sup>36</sup>. May I at first recall that, at a Security Council’s meeting at the level of Heads of State and Government, held on 31 January 1992, the President of the UN Security Council made a statement on behalf of the members of the Security Council that called upon all member States to fulfil their obligations on matters of arms control and disarmament, and to prevent the proliferation of all weapons of mass destruction<sup>37</sup> (encompassing nuclear, chemical, and biological weapons).

58. The statement expressed the feeling prevailing at the time that the end of the Cold War “has raised hopes for a safer, more equitable and more humane world”, giving now to the world “the best chance of achiev-

<sup>36</sup> Cf. also Security Council resolutions S/RES/1695 of 15 July 2006; S/RES/1718 of 14 October 2006; S/RES/1874 of 12 June 2009; S/RES/1928 of 7 June 2010; S/RES/2094 of 7 March 2013; S/RES/2141 of 5 March 2014; S/RES/2159 of 9 June 2014; S/RES/2224 of 9 June 2015; S/RES/2270 of 2 March 2016. In preambular paragraphs of all these Security Council resolutions, the Security Council reaffirms, time and time again, that the proliferation of nuclear, chemical and biological weapons, and their means of delivery, constitutes a threat to international peace and security.

<sup>37</sup> UN doc. S/23500, of 31 January 1992, pp. 1-5.

56. Il convient de noter que les résolutions de cette série contiennent des paragraphes sur l'obligation de poursuivre de bonne foi et de mener à terme des négociations conduisant au désarmement nucléaire où il n'est aucunement question du TNP ou des Etats parties à cet instrument. Cette obligation est présentée comme générale, et non pas fondée sur les dispositions de tel ou tel traité. *Tous les Etats*, et pas seulement ceux qui sont parties au TNP, se sont engagés à remplir promptement cette obligation, et c'est à *tous les Etats* que l'Assemblée demande de tenir le Secrétaire général informé des efforts qu'ils déploient et des mesures qu'ils prennent en application de la résolution considérée. Il importe aussi de relever que d'autres paragraphes ou alinéas de ces résolutions s'adressent directement aux Etats dotés d'armes nucléaires et font expressément référence au TNP. Autrement dit, les mentions de *tous les Etats* sont délibérées, et sauf renvoi à une obligation conventionnelle ou une autre obligation internationale spéciale, les formules employées dans ces résolutions vont dans le sens de l'existence d'une obligation de droit international coutumier de négocier pour parvenir au désarmement nucléaire.

#### IV. LES RÉSOLUTIONS DU CONSEIL DE SÉCURITÉ ET L'*OPINIO JURIS* QUI S'EN DÉGAGE

57. Comme l'Assemblée générale, le Conseil de sécurité des Nations Unies s'est souvent penché sur la question des armes nucléaires. Je citerai notamment à cet égard la déclaration de son président (S/23500) en date du 31 janvier 1992, et ses résolutions suivantes : S/RES/984 du 11 avril 1995, S/RES/1540 du 28 avril 2004, S/RES/1673 du 27 avril 2006, S/RES/1810 du 25 avril 2008, S/RES/1887 du 24 septembre 2009 et S/RES/1997 du 11 juillet 2011 ; je pourrais en citer d'autres<sup>36</sup>. A l'issue d'une réunion du Conseil de sécurité tenue au niveau des chefs d'Etat ou de gouvernement le 31 janvier 1992, son président, au nom des membres du Conseil, a fait la déclaration susmentionnée, engageant tous les Etats Membres de l'ONU à s'acquitter des obligations qu'ils avaient contractées en ce qui concerne la maîtrise des armements et le désarmement, et à empêcher la prolifération de toutes les armes de destruction massive<sup>37</sup> (armes nucléaires, chimiques et biologiques).

58. Cette déclaration exprimait le sentiment dominant de l'époque, à savoir que la fin de la guerre froide avait « fait naître l'espoir de l'avènement d'un monde plus sûr, plus équitable et plus humain », et créé une

<sup>36</sup> Voir également les résolutions suivantes du Conseil de sécurité : S/RES/1695 du 15 juillet 2006, S/RES/1718 du 14 octobre 2006, S/RES/1874 du 12 juin 2009, S/RES/1928 du 7 juin 2010, S/RES/2094 du 7 mars 2013, S/RES/2141 du 5 mars 2014, S/RES/2159 du 9 juin 2014, S/RES/2224 du 9 juin 2015 et S/RES/2270 du 2 mars 2016. Dans le préambule de toutes ces résolutions, le Conseil de sécurité réaffirme inlassablement que la prolifération des armes nucléaires, chimiques et biologiques et de leurs vecteurs menace la paix et la sécurité internationales.

<sup>37</sup> Nations Unies, doc. S/23500 (31 janvier 1992), p. 1-5.



ing international peace and security since the foundation of the United Nations”<sup>38</sup>. The members of the Security Council then warned against the threat to international peace and security of all weapons of mass destruction, and expressed their commitment to take appropriate action to prevent “the spread of technology related to the research for or production of such weapons”<sup>39</sup>. They further stressed the importance of “the integral role in the implementation” of the NPT of “fully effective IAEA safeguards”, and of “effective export controls”; they added that they would take “appropriate measures in the case of any violations notified to them by the IAEA”<sup>40</sup>.

59. The proliferation of all weapons of mass destruction is defined in the aforementioned Security Council statement, notably, as a threat to international peace and security, — a point which was to be referred to, in subsequent resolutions of the Security Council, to justify its action under Chapter VII of the UN Charter. In three of its subsequent resolutions, in a preambular paragraph (resolution 1540, of 28 April 2004, para. 2; resolution 1810, of 25 April 2008, para. 3; and resolution 1887, of 24 September 2009, para. 2), the Security Council reaffirms the statement of its President (adopted on 31 January 1992), and, also in other resolutions, further asserts (also in preambular paragraphs) that the proliferation of nuclear, chemical and biological weapons is a threat to international peace and security<sup>41</sup> and that all States need to take measures to prevent such proliferation.

60. In resolution 1540/2004 of 28 April 2004, adopted by the Security Council acting under Chapter VII of the UN Charter, it sets forth legally binding obligations on all UN Member States to set up and enforce appropriate and effective measures against the proliferation of nuclear, chemical, and biological weapons, — including the adoption of controls and a reporting procedure for UN Member States to a Committee of the Security Council (sometimes referred to as the “1540 Committee”). Subsequent Security Council resolutions reaffirm resolution 1540/2004 and call upon UN Member States to implement it.

61. The UN Security Council refers, in particular, in two of its resolutions (984/1995, of 11 April 1995; and 1887/2009 of 24 September 2009), to the obligation to pursue negotiations in good faith in relation to nuclear disarmament. In its preamble, Security Council resolu-

<sup>38</sup> UN doc. S/23500, of 31 January 1992, pp. 2 and 5.

<sup>39</sup> *Ibid.*, p. 4.

<sup>40</sup> *Ibid.*

<sup>41</sup> Cf. e.g. Security Council resolutions S/RES/1540, of 28 April 2004; S/RES/1673, of 27 April 2006; S/RES/1810, of 25 April 2008; S/RES/1977, of 20 April 2011. And cf. also resolutions S/RES/1695, of 15 July 2006; S/RES/1718, of 14 October 2006; S/RES/1874, of 12 June 2009; S/RES/1928, of 7 June 2010; S/RES/2094, of 7 March 2013; S/RES/2141, of 5 March 2014; S/RES/2159, of 9 June 2014; S/RES/2224, of 9 June 2015; and S/RES/2270, of 2 March 2016.

conjoncture qui «[était] la plus propice à la paix et à la sécurité internationales qui ait existé depuis la fondation de l'Organisation des Nations Unies»<sup>38</sup>. Dans la même déclaration, les membres du Conseil mettaient en garde contre le danger que toutes les armes de destruction massive faisaient peser sur la paix et la sécurité, et s'engageaient à travailler à «la prévention de la dissémination des technologies liées à la recherche et à la production de telles armes»<sup>39</sup>. Ils soulignaient en outre «le rôle essentiel des garanties de l'AIEA pleinement efficaces pour l'application [du TNP] et l'importance de contrôles à l'exportation rigoureux»; ils ajoutaient qu'ils «prendr[aient] des mesures appropriées si des violations leur [étaient] notifiées par l'AIEA»<sup>40</sup>.

59. Il convient de relever que, dans cette déclaration du président du Conseil de sécurité, la prolifération de toutes les armes de destruction massive est qualifiée de menace à la paix et la sécurité internationales, qualification qui est reprise dans les résolutions ultérieures du Conseil pour justifier les mesures prises par lui en vertu du chapitre VII de la Charte. Dans trois de ces résolutions (les résolutions S/RES/1540 du 28 avril 2004 (par. 2), S/RES/1810 du 25 avril 2008 (par. 3) et S/RES/1887 du 24 septembre 2009 (par. 2)), le Conseil réaffirme ladite déclaration de son président (adoptée, je le rappelle, le 31 janvier 1992) et, comme d'ailleurs dans d'autres résolutions, réitère dans le préambule que la prolifération des armes nucléaires, chimiques et biologiques menace la paix et la sécurité internationales<sup>41</sup>, et que tous les Etats doivent prendre des mesures pour l'empêcher.

60. Dans sa résolution S/RES/1540 du 28 avril 2004, le Conseil de sécurité, agissant en vertu du chapitre VII de la Charte, invoque les obligations juridiquement contraignantes qui imposent à tous les Etats Membres de l'ONU de prendre et d'appliquer des mesures appropriées et efficaces contre la prolifération des armes nucléaires, chimiques et biologiques, y compris mettre sur pied des dispositifs de contrôle et un système de communication d'informations à un comité du Conseil (comité ensuite dénommé «comité créé par la résolution 1540»). Dans ses résolutions ultérieures, le Conseil rappelle sa résolution S/RES/1540 et engage les Etats Membres de l'ONU à l'appliquer.

61. Dans ses résolutions S/RES/984 du 11 avril 1995 et S/RES/1887 du 24 septembre 2009, le Conseil insiste particulièrement sur l'obligation qu'ont les Etats de poursuivre de bonne foi des négociations conduisant au désarmement nucléaire. Dans le préambule de la résolution S/RES/984,

<sup>38</sup> Nations Unies, doc. S/23500 (31 janvier 1992), p. 2 et 5.

<sup>39</sup> *Ibid.*, p. 4.

<sup>40</sup> *Ibid.*

<sup>41</sup> Voir, notamment, les résolutions S/RES/1540 du 28 avril 2004, S/RES/1673 du 27 avril 2006, S/RES/1810 du 25 avril 2008, S/RES/1977 du 20 avril 2011. Voir également les résolutions S/RES/1695 du 15 juillet 2006, S/RES/1718 du 14 octobre 2006, S/RES/1874 du 12 juin 2009, S/RES/1928 du 7 juin 2010, S/RES/2094 du 7 mars 2013, S/RES/2141 du 5 mars 2014, S/RES/2159 du 9 juin 2014, S/RES/2224 du 9 juin 2015 et S/RES/2270 du 2 mars 2016.

tion 984/1995 affirms the need for all States parties to the NPT “to comply fully with all their obligations”; in its operative part, it further

“[u]rges all States, as provided for in Article VI of the Treaty on the Non-Proliferation of Nuclear Weapons, to pursue negotiations in good faith on effective measures relating to nuclear disarmament and on a treaty on general and complete disarmament under strict and effective international control which remains a universal goal” (para. 8).

It should not pass unnoticed that Security Council resolution 984/1995 pre-dates the ICJ’s 1996 Advisory Opinion on the *Threat or Use of Nuclear Weapons*.

62. And Security Council resolution 1887/2009 of 24 September 2009, in its operative part, again calls upon States parties to the NPT “to comply fully with all their obligations and fulfil their commitments under the Treaty” (para. 2), and, in particular, “pursuant to Article VI of the Treaty, to undertake to pursue negotiations in good faith on effective measures relating to nuclear arms reduction and disarmament”; furthermore, it calls upon “all other States to join in this endeavour” (para. 5). It should not pass unnoticed that it is a general call, upon all UN Member States, whether or not parties to the NPT.

63. In my perception, the aforementioned resolutions of the Security Council, like those of the General Assembly (cf. *supra*), addressing all UN Member States, provide significant elements of the emergence of an *opinio juris*, in support of the gradual formation of an obligation of customary international law, corresponding to the conventional obligation under Article VI of the NPT. In particular, the fact that the Security Council calls upon *all States*, and not only States parties to the NPT, to pursue negotiations towards nuclear disarmament in good faith (or to join the NPT State parties in this endeavour) is significant. It is an indication that the obligation is incumbent on all UN Member States, irrespectively of their being or not Parties to the NPT.

#### V. THE SAGA OF THE UNITED NATIONS IN THE CONDEMNATION OF NUCLEAR WEAPONS

64. The UN resolutions (of the General Assembly and the Security Council) that I have just reviewed (*supra*) portray the United Nations’ longstanding saga in the condemnation of nuclear weapons. This saga goes back to the birth and earlier years of the United Nations. In fact, nuclear weapons were not in the minds of the delegates to the San Francisco Conference of June 1945, at the time when the United Nations Charter was adopted on 26 June 1945. The United States’ dropping of atomic bombs over Hiroshima and Nagasaki, heralding the nuclear age,

il affirme qu'il est nécessaire que tous les Etats parties au TNP «s'acquittent pleinement de toutes leurs obligations»; dans son dispositif, il

«[e]ngage tous les Etats 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» (résolution S/RES/984, par. 8).

Il est intéressant de noter que la résolution S/RES/984 est antérieure au prononcé par la Cour de son avis consultatif de 1996 sur la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*.

62. Dans le dispositif de sa résolution S/RES/1887 du 24 septembre 2009, le Conseil invite à nouveau les Etats parties au TNP à «s'acquitter pleinement de toutes leurs obligations et à honorer leurs engagements au titre du Traité» (par. 2); en particulier, il les prie de «s'engager, en vertu de l'article VI du Traité, à poursuivre de bonne foi des négociations sur des mesures efficaces de réduction des armes nucléaires et de désarmement nucléaire», et engage «tous les autres Etats à se joindre à cette entreprise» (par. 5). Il importe de relever que le Conseil lance là un appel général qui s'adresse à tous les Etats Membres de l'ONU, parties ou non au TNP.

63. A mon sens, les résolutions susmentionnées du Conseil de sécurité, comme celles de l'Assemblée générale (voir plus haut), pour autant qu'elles s'adressent à tous les Etats Membres de l'ONU, ont notablement contribué à dégager une *opinio juris* sur laquelle s'est appuyée la formation progressive d'une obligation de droit international coutumier correspondant à l'obligation conventionnelle créée par l'article VI du TNP. En particulier, le fait que le Conseil engage *tous les Etats*, et pas seulement les parties au TNP, à poursuivre de bonne foi des négociations conduisant au désarmement nucléaire (ou à se joindre à ce que les parties au TNP sont invitées à entreprendre en ce sens) est important. En effet, il indique que cette obligation incombe à tous les Etats Membres de l'ONU, qu'ils soient ou non parties au TNP.

#### V. LA SAGA DE LA CONDAMNATION DES ARMES NUCLÉAIRES PAR LES NATIONS UNIES

64. Les résolutions de l'Assemblée générale et du Conseil de sécurité des Nations Unies que je viens de passer en revue illustrent la longue saga de la condamnation des armes nucléaires par les Etats Membres de l'ONU. Cette saga remonte à la fondation et aux premières années de l'existence de l'Organisation des Nations Unies. En fait, au moment de l'adoption de la Charte des Nations Unies le 26 juin 1945, les délégations à la conférence de San Francisco n'avaient pas à l'esprit les armes nucléaires. C'est le largage par les Etats-Unis de bombes atomiques sur

occurred on 6 and 9 August 1945, respectively, over ten weeks before the UN Charter's entry into force, on 24 October 1945.

65. As soon as the United Nations Organization came into being, it promptly sought to equip itself to face the new challenges of the nuclear age: the General Assembly's very first resolution, — resolution 1 (I) of 24 January 1946, — thus, established a Commission to deal with the matter, entrusted with submitting reports to the Security Council “in the interest of peace and security” (para. 2 (a)), as well as with making proposals for “control of atomic energy to the extent necessary to ensure its use only for peaceful purposes”, and for “the elimination from national armaments of atomic weapons and of all other major weapons adaptable to mass destruction” (para. 5 (b) (c)).

66. One decade later, in 1956, the International Atomic Energy Agency (IAEA) was established. And half a decade later, in 1961, the General Assembly adopted a ground-breaking resolution: it would be proper here to recall the precise terms of the historical General Assembly resolution 1653 (XVI), of 24 November 1961, titled “*Declaration on the Prohibition of the Use of Nuclear and Thermo-Nuclear Weapons*”. That *célèbre* resolution 1653 (1961) remains contemporary today, and, 55 years later, continues to require close attention; in it,

“*The General Assembly,*

*Mindful* of its responsibility under the Charter of the United Nations in the maintenance of international peace and security, as well as in the consideration of principles governing disarmament,

*Gravely concerned* that, while negotiations on disarmament have not so far achieved satisfactory results, the armaments race, particularly in the nuclear and thermo-nuclear fields, has reached a dangerous stage requiring all possible precautionary measures to protect humanity and civilization from the hazard of nuclear and thermo-nuclear catastrophe,

*Recalling* that the use of weapons of mass destruction, causing unnecessary human suffering, was in the past prohibited, as being contrary to the laws of humanity and to the principles of international law, by international declarations and binding agreements, such as the Declaration of St. Petersburg of 1868, the Declaration of the Brussels Conference of 1874, the Conventions of The Hague Peace Conferences of 1899 and 1907, and the Geneva Protocol of 1925, to which the majority of nations are still parties,

*Considering* that the use of nuclear and thermo-nuclear weapons would bring about indiscriminate suffering and destruction to mankind and civilization to an even greater extent than the use of those weapons declared by the aforementioned international declarations

Hiroshima et Nagasaki, les 6 et 9 août 1945, qui a marqué l'avènement de l'ère nucléaire, plus de dix semaines avant l'entrée en vigueur de la Charte (24 octobre 1945).

65. L'Organisation nouvellement créée n'a pas tardé à chercher des moyens de parer aux problèmes inhérents à l'ère nucléaire. L'Assemblée générale, par sa toute première résolution, la résolution 1 (I) du 24 janvier 1946, a créé une commission faisant rapport au Conseil de sécurité, chargée d'étudier ces problèmes « dans l'intérêt de la paix et de la sécurité » (par. 2 *a*) et de faire des recommandations tendant à « assurer le contrôle de l'énergie atomique dans la mesure nécessaire pour assurer son utilisation à des fins purement pacifiques » et à « éliminer, des armements nationaux, les armes atomiques et toutes autres armes importantes permettant des destructions massives » (par. 5 *b*) et *c*)).

66. L'Agence internationale de l'énergie atomique (AIEA) a été créée dix ans plus tard, en 1956. En 1961, l'Assemblée générale a adopté une résolution historique (résolution A/RES/1653 (XVI) du 24 novembre 1961), intitulée « Déclaration sur l'interdiction de l'emploi des armes nucléaires et thermonucléaires ». Cette célèbre résolution, après cinquante-cinq ans, reste d'actualité et continue de mériter la plus grande attention; elle est libellée comme suit :

« *L'Assemblée générale,*

*Tenant compte* de la responsabilité qui lui incombe aux termes de la Charte des Nations Unies quant au maintien de la paix et de la sécurité internationales et quant à l'examen des principes régissant le désarmement,

*Gravement préoccupée* du fait que, alors que les négociations sur le désarmement n'ont pas jusqu'ici abouti à des résultats satisfaisants, la course aux armements, en particulier dans les domaines nucléaire et thermonucléaire, est parvenue à un stade dangereux exigeant que toutes les mesures de précaution possibles soient prises pour protéger l'humanité et la civilisation contre les risques d'une catastrophe nucléaire et thermonucléaire,

*Rappelant* que l'emploi d'armes de destruction massive, causant d'inutiles souffrances humaines, a été autrefois interdit, comme contraire aux lois de l'humanité et aux principes du droit international, par des déclarations internationales et des accords obligatoires comme la Déclaration de Saint-Petersbourg de 1868, la Déclaration de la Conférence de Bruxelles de 1874, les Conventions des Conférences de la paix de La Haye de 1899 et 1907 et le Protocole de Genève de 1925, auxquels la majorité des nations sont toujours parties,

*Considérant* que l'emploi d'armes nucléaires et thermonucléaires entraînerait pour l'humanité et la civilisation des souffrances et des destructions aveugles dans une mesure encore plus large que l'emploi des armes que les déclarations et accords internationaux susmention-

and agreements to be contrary to the laws of humanity and a crime under international law,

*Believing* that the use of weapons of mass destruction, such as nuclear and thermo-nuclear weapons, is a direct negation of the high ideals and objectives which the United Nations has been established to achieve through the protection of succeeding generations from the scourge of war and through the preservation and promotion of their cultures,

1. *Declares* that:

- (a) The use of nuclear and thermo-nuclear weapons is contrary to the spirit, letter and aims of the United Nations and, as such, a direct violation of the Charter of the United Nations;
- (b) The use of nuclear and thermo-nuclear weapons would exceed even the scope of war and cause indiscriminate suffering and destruction to mankind and civilization and, as such, is contrary to the rules of international law and to the laws of humanity;
- (c) The use of nuclear and thermo-nuclear weapons is a war directed not against an enemy or enemies alone but also against mankind in general, since the peoples of the world not involved in such a war will be subjected to all the evils generated by the use of such weapons;
- (d) Any State using nuclear and thermo-nuclear weapons is to be considered as violating the Charter of the United Nations, as acting contrary to the laws of humanity and as committing a crime against mankind and civilization;

2. *Requests* the Secretary-General to consult the Governments of Member States to ascertain their views on the possibility of convening a special conference for signing a convention on the prohibition of the use of nuclear and thermo-nuclear weapons for war purposes and to report on the results of such consultation to the General Assembly at its seventeenth session.”

67. Over half a century later, the lucid and poignant declaration contained in General Assembly resolution 1653 (1961) appears endowed with permanent topicality, as the whole international community remains still awaiting for the conclusion of the propounded general convention on the prohibition of nuclear and thermo-nuclear weapons: nuclear disarmament remains still a goal to be achieved by the United Nations today, as it was in 1961. The Comprehensive Nuclear Test Ban Treaty (CTBT), adopted on 24 September 1996, has not yet entered into force, although 164 States have ratified it to date.

nés proclamaient contraires aux lois de l'humanité et criminelles aux termes du droit international,

*Estimant* que l'emploi d'armes de destruction massive, telles que les armes nucléaires et thermonucléaires, est la négation directe des idéaux et objectifs élevés que l'Organisation des Nations Unies a, lors de sa création, reçu pour mission d'atteindre en protégeant les générations futures du fléau de la guerre ainsi qu'en sauvegardant et en favorisant leur culture,

1. *Déclare* que :

- a) L'emploi d'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;
- b) L'emploi d'armes nucléaires et thermonucléaires excéderait même le champ de la guerre et causerait à l'humanité et à la civilisation des souffrances et des destructions aveugles, et est, par conséquent, contraire aux règles du droit international et aux lois de l'humanité;
- c) L'emploi d'armes nucléaires et thermonucléaires est une guerre dirigée non seulement contre un ennemi ou des ennemis, mais aussi contre l'humanité en général, étant donné que les peuples du monde non mêlés à cette guerre subiront tous les ravages causés par l'emploi de ces armes;
- d) Tout Etat 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;

2. *Prie* le Secrétaire général de consulter les gouvernements des Etats 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 et thermonucléaires à des fins de guerre, et de rendre compte à l'Assemblée générale, lors de sa dix-septième session, des résultats de cette consultation.»

67. Après plus d'un demi-siècle, cette déclaration lucide et poignante de l'Assemblée générale semble vouée à conserver indéfiniment son actualité, puisque la communauté internationale attend toujours que soit conclue la convention générale sur l'interdiction des armes nucléaires et thermonucléaires qui y est proposée; aujourd'hui comme en 1961, le désarmement n'est encore, pour les Nations Unies, rien d'autre qu'un objectif. Ainsi, bien que 164 Etats l'aient ratifié, le traité d'interdiction complète des essais nucléaires, adopté le 24 septembre 1996, n'est pas encore entré en vigueur.



68. It is beyond the scope of the present dissenting opinion to dwell upon the reasons why, already for two decades, one remains awaiting for the CTBT's entry into force<sup>42</sup>. Suffice it here to recall that the CTBT provides (Art. XIV) that for it to enter into force, the 44 States specified in its Annex 2 need to ratify it<sup>43</sup>; a number of these States have not yet ratified the CTBT, including some NWS, like India and Pakistan. NWS have invoked distinct reasons for their positions conditioning nuclear disarmament (cf. *infra*). The entry into force of the CTBT has thus been delayed.

69. Recently, in a panel in Vienna (on 27 April 2016) in commemoration of the twentieth anniversary of the CTBT, the UN Secretary-General (Ban Ki-moon) pondered that there have been advances in the matter, but there remains a long way to go, in the determination “to bring into force a legally binding prohibition against all nuclear tests”. He recalled to have

“repeatedly pointed to the toxic legacy that some 2,000 tests left on people and the environment in parts of Central Asia, North Africa, North America and the South Pacific. Nuclear testing poisons water, causes cancers, and pollutes the area with radioactive fall-out for generations and generations to come. We are here to honour the victims. The best tribute to them is action to ban and to stop nuclear testing. Their sufferings should teach the world to end this madness.”<sup>44</sup>

He then called on the (eight) remaining CTBT Annex 2 States “to sign and ratify the Treaty without further delay”, so as to strengthen its goal of universality; in this way — he concluded — “we can leave a safer world, free of nuclear tests, to our children and to succeeding generations of this world”<sup>45</sup>.

---

<sup>42</sup> For a historical account and the perspectives of the CTBT, cf., e.g., K. A. Hansen, *The Comprehensive Nuclear Test Ban Treaty*, Stanford, Stanford University Press, 2006, pp. 1-84; [Various Authors], *Nuclear Weapons after the Comprehensive Test Ban Treaty* (ed. E. Arnett), Stockholm-Solna/Oxford, SIPRI/Oxford University Press, 1996, pp. 1-141; J. Ramaker, J. Mackby, P. D. Marshall and R. Geil, *The Final Test — A History of the Comprehensive Nuclear-Test-Ban Treaty Negotiations*, Vienna, Ed. Prep. Comm. of CTBTO, 2003, pp. 1-265.

<sup>43</sup> Those 44 States, named in Annex 2, participated in the CTBT negotiations at the Conference on Disarmament, from 1994 to 1996, and possessed nuclear reactors at that time.

<sup>44</sup> UN doc. SG/SM/17709-DC/3628, of 27 April 2016, pp. 1-2.

<sup>45</sup> *Ibid.*, p. 2.

68. L'analyse détaillée des raisons pour lesquelles, après vingt ans déjà, on attend toujours l'entrée en vigueur de cet instrument<sup>42</sup> n'a pas sa place dans le présent exposé de mon opinion dissidente. Je me bornerai à rappeler que, selon son article XIV, le traité n'entrera en vigueur que lorsque les quarante-quatre Etats spécifiés dans son annexe 2 l'auront ratifié<sup>43</sup>. Un certain nombre d'Etats, dont des Etats dotés d'armes nucléaires tels que l'Inde et le Pakistan, ne l'ont pas encore ratifié. Les Etats dotés d'armes nucléaires qui n'ont pas ratifié le traité ont invoqué diverses raisons pour justifier les conditions qu'ils mettent au désarmement nucléaire (voir plus loin). Voilà pourquoi le traité n'est toujours pas en vigueur.

69. Récemment (le 27 avril 2016), devant un groupe de travail réuni à Vienne à l'occasion du vingtième anniversaire de la conclusion du traité, Ban Ki-moon, Secrétaire général de l'ONU, a déclaré que, malgré quelques progrès, il faudrait attendre encore longtemps pour que se concrétise la détermination à «mettre en vigueur une interdiction juridiquement contraignante de tous les essais nucléaires». Il a dit qu'il avait «maintes fois appelé l'attention sur les séquelles délétères que quelque deux mille essais nucléaires avaient laissées dans la population et dans l'environnement de certaines parties de l'Asie centrale, de l'Afrique du Nord, de l'Amérique du Nord et du Pacifique Sud». «Les essais nucléaires», a-t-il ajouté,

«empoisonnent l'eau et provoquent des cancers, et la pollution radioactive due aux retombées se perpétue pendant des générations. Nous sommes ici réunis pour honorer les victimes. Nous ne saurions mieux leur rendre hommage qu'en agissant pour interdire et faire cesser enfin les essais nucléaires. Leurs souffrances devraient inspirer au monde la volonté d'en finir avec cette folie.»<sup>44</sup>

Il a ensuite engagé les Etats énumérés à l'annexe 2 du traité qui ne l'avaient pas encore fait (au nombre de huit) «à signer et ratifier sans plus tarder le traité» afin que sa vocation à l'universalité puisse devenir réalité; ainsi, a-t-il conclu, «nous pourrions laisser à nos enfants et aux générations suivantes un monde enfin débarrassé des essais nucléaires»<sup>45</sup>.

---

<sup>42</sup> Au sujet de la genèse du traité et de la perspective dans laquelle il a été adopté, voir, entre autres: K. A. Hansen, *The Comprehensive Nuclear Test Ban Treaty*, Stanford University Press, 2006, p. 1-84; [divers auteurs] *Nuclear Weapons after the Comprehensive Test Ban Treaty* (dir. publ., E. Arnett), SIPRI/Oxford University Press, 1996, p. 1-141; J. Ramaker, J. Mackby, P. D. Marshall et R. Geil, *The Final Test — A History of the Comprehensive Nuclear-Test-Ban Treaty Negotiations*, Ed. Commission préparatoire, 2003, p. 1-265.

<sup>43</sup> Ces quarante-quatre Etats, énumérés à l'annexe 2, ont participé à la négociation du traité au sein de la conférence du désarmement (1994 à 1996); il s'agit des Etats qui, à l'époque, possédaient des réacteurs nucléaires.

<sup>44</sup> Nations Unies, doc. SG/SM/17709-DC/3628, du 27 avril 2016, p. 1-2.

<sup>45</sup> *Ibid.*, p. 2.

70. To this one may add the unaccomplished endeavours of the UN General Assembly Special Sessions on Disarmament. Of the three Special Sessions held so far (in 1978, Tenth Special Session; in 1982, Twelfth Special Session; and in 1988, Fifteenth Special Session)<sup>46</sup>, the first one appears to have been the most significant one so far. The Final Document adopted unanimously (without a vote) by the First Special Session on Disarmament sets up a programme of action on disarmament and the corresponding mechanism in its current form. In the present case before the ICJ, the Marshall Islands refers to this document in its Memorial, singling out its relevance for the interpretation of Article VI of the NPT and the corresponding customary international law obligation of nuclear disarmament (paras. 129-132).

71. That Final Document of the first General Assembly Special Session on Disarmament (1978) addresses nuclear disarmament in its distinct aspects. In this respect, the General Assembly begins by observing that the accumulation of nuclear weapons constitutes a threat to the future of humankind (para. 1), in effect “the greatest danger” to humankind and to “the survival of civilization” (para. 47). It adds that the arms race, particularly in its nuclear aspect, is incompatible with the principles enshrined in the United Nations Charter (para. 12). In its view, the most effective guarantee against the dangers of nuclear war is the complete elimination of nuclear weapons (paras. 8 and 56)<sup>47</sup>.

72. While disarmament is the responsibility of all States, the General Assembly asserts that NWS have the primary responsibility for nuclear disarmament. There is pressing need of “urgent negotiations of agreements” to that end, and in particular to conclude “a treaty prohibiting nuclear-weapon tests” (paras. 50-51). It further stresses the importance of nuclear-weapon-free zones that have been established or are the subject of negotiations in various parts of the globe (paras. 60-64).

73. The Conference on Disarmament, since 1979 the sole multilateral disarmament-negotiating forum of the international community, has helped to negotiate multilateral arms-limitation and disarmament agreements<sup>48</sup>. It has focused its work on four main issues, namely: nuclear disarmament, prohibition of the production of fissile material for weapon use, prevention of arms race in outer space, and negative security assurances. Yet, since the adoption of the CTBT in 1996, the Conference on Disarmament has been largely deadlocked, in face of the invocation of

<sup>46</sup> Ever since, several General Assembly resolutions have called for a Fourth Special Session on Disarmament, but it has not yet taken place.

<sup>47</sup> And cf. also paras. 18 and 20.

<sup>48</sup> E.g., the aforementioned NPT, CTBT, the Biological Weapons Convention, and the Chemical Weapons Convention, in addition to the sea-bed treaties, and the Convention on the Prohibition of Military or any other Hostile Use of Environmental Modification Techniques.

70. Cet appel est à rapprocher de ceux, restés sans écho, lancés par l'Assemblée générale lors de ses sessions extraordinaires sur le désarmement. Des trois sessions qui y ont jusqu'à présent été consacrées (dixième session extraordinaire, tenue en 1978, douzième session extraordinaire, tenue en 1982, et quinzième session extraordinaire, tenue en 1988)<sup>46</sup>, la première semble avoir été la plus importante. Le document final de cette session, adopté à l'unanimité, prévoyait un programme d'action pour le désarmement, assorti d'un dispositif de mise en œuvre qui est toujours en place. En la présente affaire, les Îles Marshall ont fait référence à ce document dans leur mémoire, soulignant sa pertinence aux fins de l'interprétation de l'article VI et de l'obligation correspondante de désarmement nucléaire découlant du droit international coutumier (MIM, par. 129-132).

71. Ce document traite des divers aspects du désarmement nucléaire. L'Assemblée y constate d'abord que l'accumulation d'armes nucléaires constitue une menace pour l'avenir de l'humanité (doc. final, par. 1)<sup>47</sup> et ajoute qu'il est de fait que les armes nucléaires «sont celles qui menacent le plus gravement l'humanité et la survie de la civilisation» (*ibid.*, par. 47). Elle affirme que la course aux armements, en particulier dans le domaine nucléaire, «est incompatible avec les principes qui ... sont énoncés [dans la Charte des Nations Unies]» (*ibid.*, par. 12). Elle dit aussi que, à son avis, l'élimination complète des armes nucléaires constitue la garantie la plus efficace contre les risques de guerre nucléaire (*ibid.*, par. 8 et 56).

72. Tout en se disant consciente de ce que le désarmement relève de la responsabilité de tous les Etats, l'Assemblée affirme que cette responsabilité, dans le domaine nucléaire, incombe au premier chef aux Etats dotés d'armes nucléaires. Elle affirme aussi que la réalisation du désarmement «nécessite ... la négociation urgente d'accords» en la matière, en particulier d'«un traité interdisant les essais d'armes nucléaires» (*ibid.*, par. 50-51). Elle souligne aussi l'importance des zones exemptes d'armes nucléaires déjà créées ou faisant l'objet de négociations dans diverses parties du monde (*ibid.*, par. 60-64).

73. La conférence du désarmement, qui, depuis 1979, est la seule instance multilatérale de négociation du désarmement dont dispose la communauté internationale, a facilité la négociation d'accords multilatéraux de limitation des armements et de désarmement<sup>48</sup>. Ses travaux portent essentiellement sur quatre questions : le désarmement nucléaire, l'interdiction de la production de matières fissiles pouvant servir à fabriquer des armes, la prévention de la course aux armements dans l'espace et les garanties négatives de sécurité. Cependant, depuis l'adoption en 1996 du

<sup>46</sup> Depuis, l'Assemblée générale a demandé dans plusieurs résolutions que soit organisée une quatrième session extraordinaire sur le désarmement, sans succès jusqu'à présent.

<sup>47</sup> Résolution A/S-10/2 du 30 juin 1978; voir également par. 18 et 20.

<sup>48</sup> Notamment le TNP, le traité d'interdiction complète des essais nucléaires, la convention sur les armes biologiques et la convention sur les armes chimiques, sans compter les traités sur l'utilisation des fonds marins et la convention sur l'interdiction d'utiliser des techniques de modification de l'environnement à des fins militaires ou toutes autres fins hostiles.

divergent security interests, added to the understanding that nuclear weapons require mutuality; furthermore, the Rules of Procedure of the Conference provide that all decisions must be adopted by consensus. In sum, some States blame political factors for causing its long-standing stalemate, while others attribute it to outdated procedural rules.

74. After all, in historical perspective, some advances have been attained in the last decades in respect of other weapons of mass destruction, as illustrated by the adoption of the Convention on the Prohibition of the Development, Production and Stockpiling of Bacteriological (Biological) and Toxin Weapons and on Their Destruction (on 10 April 1972), as well as the Convention on the Prohibition of the Development, Production, Stockpiling and Use of Chemical Weapons and on Their Destruction (on 13 January 1993); distinctly from the CTBT (*supra*), these two Conventions have already entered into force (on 26 March 1975, and on 29 April 1997, respectively).

75. If we look at conventional international law only, weapons of mass destruction (poisonous gases, biological and chemical weapons) have been outlawed; yet, nuclear weapons, far more destructive, have not been banned yet. This juridical absurdity nourishes the positivist myopia, or blindness, in inferring therefrom that there is no customary international obligation of nuclear disarmament. Positivists only have eyes for treaty law, for individual State consent, revolving in vicious circles, unable to see the pressing needs and aspirations of the international community as a whole, and to grasp the *universality* of contemporary international law — as envisaged by its “founding fathers”, already in the sixteenth-seventeenth centuries, — with its underlying fundamental principles (*cf. infra*).

76. The truth is that, in our times, the obligation of nuclear disarmament has emerged and crystallized, in both conventional and customary international law, and the United Nations has been giving a most valuable contribution to this over the decades. The matter at issue, the United Nations saga in this domain, was brought to the attention of the ICJ, two decades ago, in the advisory proceedings that led to its Advisory Opinion of 1996 on the *Threat or Use of Nuclear Weapons*, and now again, two decades later, in the present contentious proceedings in the cases of *Obligations concerning Negotiations relating to Cessation of the Nuclear Arms Race and to Nuclear Disarmament*, opposing the Marshall Islands to India, Pakistan and the United Kingdom, respectively.

traité d'interdiction complète des essais nucléaires, la conférence du désarmement est pratiquement paralysée, du fait de la divergence des intérêts que défendent les Etats en matière de sécurité et de leur réticence à admettre la réciprocité qu'implique le désarmement nucléaire; à cela s'ajoute une difficulté qui tient à ce que le règlement intérieur de la conférence prévoit qu'elle doit prendre toutes ses décisions par consensus. Bref, les travaux de la conférence se trouvent depuis longtemps dans une impasse qui, pour certains Etats, est due à des facteurs politiques, et pour d'autres à des règles de procédure obsolètes.

74. Vus dans une perspective historique, les travaux poursuivis par la conférence ces dernières décennies ont tout de même produit quelques résultats, comme en témoignent l'adoption, le 10 avril 1972, 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, et celle, le 13 janvier 1993, de la convention sur l'interdiction de la mise au point, de la production, du stockage et de l'utilisation des armes chimiques et sur leur destruction, instruments qui, à la différence du traité d'interdiction complète des essais nucléaires (voir plus haut), sont en vigueur (depuis le 26 mars 1975 et le 29 avril 1997, respectivement).

75. Si l'on considère uniquement le droit international conventionnel, on constate que diverses armes de destruction massive (gaz toxiques, armes biologiques et chimiques) sont désormais illicites, mais que les armes nucléaires, dont le pouvoir destructeur est pourtant bien supérieur, ne sont toujours pas interdites. Les témoins du droit positif ne voient pas qu'il y a là une absurdité juridique, et dans leur myopie, pour ne pas dire leur cécité, ils persistent à conclure de cette situation qu'il n'existe pas d'obligation de droit international coutumier de procéder au désarmement nucléaire. Les positivistes ne veulent voir rien d'autre que le droit conventionnel, dont le développement est enfermé dans un cercle vicieux parce qu'il est subordonné au consentement des Etats, et ils sont incapables de percevoir les besoins pressants et les aspirations de la communauté internationale tout entière et de prendre conscience de l'*universalité* du droit international contemporain et des principes fondamentaux dont il procède, alors que les «pères fondateurs» du droit des gens l'avaient annoncée dès les XVI<sup>e</sup> et XVII<sup>e</sup> siècles (voir plus loin).

76. En réalité, l'obligation de procéder au désarmement nucléaire s'est formée et s'est cristallisée à la fois en droit international conventionnel et en droit international coutumier, et les Nations Unies, au fil des décennies, ont apporté une très importante contribution à son avènement. La saga de la condamnation des armes nucléaires par les Nations Unies a été portée à l'attention de la Cour internationale de Justice voici une vingtaine d'années, lors de la procédure consultative qui a abouti au prononcé de son avis de 1996 sur la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, et l'a été de nouveau dans les trois affaires jugées aujourd'hui, qui opposaient les Iles Marshall à l'Inde, au Pakistan et au Royaume-Uni au sujet d'*Obligations relatives à des négociations concernant la cessation de la course aux armes nucléaires et le désarmement nucléaire*.

77. The aforementioned UN resolutions were in effect the object of attention on the part of the Contending Parties before the Court (Marshall Islands, India, Pakistan and the United Kingdom). In the oral phase of their arguments, they were dealt with by the participating States (Marshall Islands, India and the United Kingdom), and, extensively so, in particular, by the Marshall Islands and India. The key point is the relation of those resolutions with the emergence of *opinio juris*, of relevance to the identification of a customary international law obligation in the present domain. May I turn, first, to the positions sustained by the Contending Parties, and then, to the questions I put to them in the public sitting of 16 March 2016 before the ICJ in the *cas d'espèce*, and the responses received from them.

#### VI. UN RESOLUTIONS AND THE EMERGENCE OF *OPINIO JURIS*: THE POSITIONS OF THE CONTENDING PARTIES

78. In their written submissions and oral arguments before the Court in the present case(s) of *Obligations concerning Negotiations relating to Cessation of the Nuclear Arms Race and to Nuclear Disarmament*, the Marshall Islands addresses General Assembly resolutions on nuclear disarmament, in relation to the development of customary international law<sup>49</sup>; it also refers to Security Council resolutions<sup>50</sup>. Quoting the ICJ's Advisory Opinion of 1996, it contends (perhaps not as clearly as it could have done) that although General Assembly resolutions lack binding force, they may “sometimes have normative value”, and thus contribute to the emergence of an *opinio juris*<sup>51</sup>.

79. In its written submissions and oral arguments before the Court, India addresses UN General Assembly resolutions on follow-up to the ICJ's Advisory Opinion of 1996, pointing out that it is the only nuclear weapon State that has co-sponsored and voted in favour of such resolutions<sup>52</sup>. India supports nuclear disarmament “in a time-bound, universal, non-discriminatory, phased and verifiable manner”<sup>53</sup>. And it criticizes the Marshall Islands for not supporting the General Assembly follow-up resolutions in its own voting pattern (having voted against one of them, in favour once, and all other times abstained)<sup>54</sup>.

80. In its Preliminary Objections (of 15 June 2015), the United Kingdom, after recalling the Marshall Islands' position on earlier UN Gen-

<sup>49</sup> CR 2016/1, of 7 March 2016, para. 7.

<sup>50</sup> *Ibid.*, para. 8.

<sup>51</sup> *Ibid.*, para. 7.

<sup>52</sup> CR 2016/4, of 10 March 2016, p. 19, para. 1.

<sup>53</sup> Counter-Memorial of India, p. 9, para. 13.

<sup>54</sup> *Ibid.*, p. 8, para. 12.

77. Les résolutions des Nations Unies que j'ai mentionnées ont retenu l'attention des Parties à ces trois affaires. Celles qui ont pris part à la procédure orale (les Iles Marshall, l'Inde et le Royaume-Uni), particulièrement les Iles Marshall et l'Inde, s'y sont abondamment référées dans leurs plaidoiries. Le point essentiel à retenir est le rapport de ces résolutions avec la formation d'une *opinio juris* pertinente pour établir l'existence d'une obligation de droit international coutumier dans le domaine considéré. A ce sujet, je commencerai par analyser les positions des Parties à l'affaire dont je traite ici (les Iles Marshall et l'Inde), et j'examinerai ensuite leurs réponses aux questions que je leur ai posées lors de l'audience tenue par la Cour le 16 mars 2016.

## VI. LES RÉOLUTIONS DES NATIONS UNIES ET LA FORMATION D'UNE *OPINIO JURIS*: LES POSITIONS DES PARTIES

78. En l'affaire ici considérée, les Iles Marshall, dans leurs écritures et leurs plaidoiries, ont traité des résolutions de l'Assemblée générale des Nations Unies relatives au désarmement nucléaire du point de vue du développement du droit international coutumier<sup>49</sup>; elles ont aussi fait référence aux résolutions du Conseil de sécurité<sup>50</sup>. Citant l'avis consultatif rendu par la Cour en 1996, elles ont soutenu (peut-être pas aussi clairement qu'elles n'auraient pu le faire) que, bien qu'elles n'aient pas force obligatoire, les résolutions de l'Assemblée générale pouvaient «parfois avoir une valeur normative», et contribuer ainsi à l'émergence d'une *opinio juris*<sup>51</sup>.

79. Dans ses écritures et ses plaidoiries, l'Inde s'est quant à elle référée aux résolutions de l'Assemblée générale relative à la suite donnée à l'avis consultatif de 1996, faisant valoir qu'elle était le seul Etat doté d'armes nucléaires à s'être constamment joint aux auteurs de ces résolutions et à avoir voté pour<sup>52</sup>. L'Inde s'est dite favorable à l'élimination des armes nucléaires «de manière universelle, non discriminatoire, progressive et vérifiable, selon un calendrier précis»<sup>53</sup>. De plus, elle a critiqué les Iles Marshall pour ne pas avoir constamment soutenu les projets de résolution soumis à l'Assemblée générale sur la suite donnée à l'avis consultatif de 1996 (votant une fois contre, une fois pour, et s'abstenant les autres années)<sup>54</sup>.

80. Dans l'exposé de ses exceptions préliminaires (15 juin 2015), le Royaume-Uni a, après avoir analysé la position des Iles Marshall sur les

<sup>49</sup> CR 2016/1, par. 7.

<sup>50</sup> *Ibid.*, par. 8.

<sup>51</sup> *Ibid.*, par. 7.

<sup>52</sup> CR 2016/4, p. 19, par. 1.

<sup>53</sup> Contre-mémoire de l'Inde, p. 9, par. 13.

<sup>54</sup> *Ibid.*, p. 8, par. 12.



eral Assembly resolutions, in the 1960s and 1970s (paras. 21 and 98 (*c*) and (*h*)), then refers to its own position thereon (paras. 84 and 99 (*c*)). It also refers to UN Security Council resolutions (para. 92). It then recalls the Marshall Islands' arguments — e.g., that “the United Kingdom has always voted against” General Assembly resolutions on the follow-up of the ICJ Advisory Opinion of 1996, and of the UN High Level Meetings in 2013 and 2014 (paras. 98 (*e*) and (*h*)), — in order to rebut them (paras. 99-103).

81. As for Pakistan, though it informed the Court of its decision not to participate in the oral phase of the present proceedings (letter of 2 March 2016), in the submissions in its Counter-Memorial it argues that the ICJ 1996 Advisory Opinion nowhere stated that the obligation under Article VI of the NPT was a general obligation or that it was opposable *erga omnes*; in its view, there was no prima facie evidence to this effect *erga omnes*<sup>55</sup>. As to the UN General Assembly resolutions following up the ICJ's 1996 Advisory Opinion, Pakistan notes that it has voted in favour of these resolutions from 1997 to 2015, and by contrast, it adds, the Marshall Islands abstained from voting in 2002 and 2003 and again from 2005 to 2012<sup>56</sup>.

82. After recalling that it is not a party to the NPT<sup>57</sup>, Pakistan further argues that General Assembly resolutions do not have binding force and cannot thus, in its view, give rise to obligations enforceable against a State<sup>58</sup>. Pakistan concludes that the General Assembly resolutions do not support the proposition that there exists a customary international law obligation “rooted” in Article VI of the NPT. Rather, it is the NPT that underpins the Marshall Islands' claims<sup>59</sup>.

83. In sum, the United Kingdom has voted against such resolutions, the Marshall Islands has abstained in most of them, India and Pakistan have voted in favour of them. Despite these distinct patterns of voting, in my view the UN General Assembly resolutions reviewed in the present dissenting opinion, taken altogether, are not at all deprived of their contribution to the conformation of *opinio juris* as to the formation of a customary international law obligation of nuclear denuclearization. After all, they are resolutions of the UN General Assembly itself (and not only of the large majority of UN Member States which voted in their favour); they are resolutions of the United Nations Organization itself, addressing a matter of common concern of humankind as a whole (cf. Part XX, *infra*).

<sup>55</sup> Counter-Memorial of Pakistan, p. 8, para. 2.3.

<sup>56</sup> *Ibid.*, para. 2.4.

<sup>57</sup> *Ibid.*, p. 14, para. 4.4; p. 30, para. 7.55.

<sup>58</sup> *Ibid.*, p. 38, paras. 7.95-7.97.

<sup>59</sup> *Ibid.*, para. 7.97.

résolutions adoptées par l'Assemblée générale dans les années 1960 et 1970 (exposé des exceptions préliminaires du Royaume-Uni, par. 21 et 98, al. *c*) et *h*)), rappelé sa propre position sur ces résolutions (*ibid.*, par. 84 et 99, al. *c*). Il a fait également référence aux résolutions du Conseil de sécurité (*ibid.*, par. 92). Il a rappelé que les Iles Marshall lui reprochaient d'avoir « toujours voté contre » les résolutions de l'Assemblée sur la suite donnée à l'avis consultatif de 1996 et d'avoir également voté contre ses résolutions relatives au suivi des réunions de haut niveau tenues par l'Assemblée en 2013 et 2014 (*ibid.*, par. 98, al. *e*) et *f*)), pour ensuite les réfuter (*ibid.*, par. 99-103).

81. Le Pakistan a quant à lui informé la Cour qu'il ne prendrait pas part à la procédure orale (par une lettre en date du 2 mars 2016), mais il a soutenu dans son contre-mémoire que, dans son avis consultatif de 1996, la Cour n'avait aucunement déclaré que l'obligation imposée par l'article VI du TNP était une obligation générale ou opposable *erga omnes*; selon lui, rien ne prouvait *prima facie* qu'il s'agissait d'une obligation *erga omnes*<sup>55</sup>. Au sujet de l'adoption des résolutions de l'Assemblée générale sur la suite donnée à l'avis consultatif de 1996, le Pakistan fait observer qu'il avait voté pour de 1997 à 2015, alors que les Iles Marshall s'étaient abstenues en 2002 et 2003 et de 2005 à 2012<sup>56</sup>.

82. Après avoir rappelé qu'il n'était pas partie au TNP<sup>57</sup>, le Pakistan a fait valoir que les résolutions de l'Assemblée générale n'avaient pas force obligatoire et ne pouvaient donc pas, à son avis, créer des obligations opposables à un Etat<sup>58</sup>. Il a conclu que les résolutions de l'Assemblée générale ne venaient pas étayer la thèse selon laquelle il existerait une obligation de droit international coutumier « ancrée » dans l'article VI du TNP. Il a ajouté que c'était en réalité sur le TNP que s'appuyaient les prétentions des Iles Marshall<sup>59</sup>.

83. En résumé, le Royaume-Uni a voté contre les résolutions susmentionnées, les Iles Marshall se sont la plupart du temps abstenues lors de leur vote, et l'Inde et le Pakistan ont voté pour. Or, malgré ces votes non concordants, j'estime que les résolutions de l'Assemblée générale des Nations Unies que j'ai passées en revue plus haut, considérées dans leur ensemble, ont bel et bien contribué à dégager une *opinio juris* sur la formation d'une obligation de droit international coutumier de procéder au désarmement nucléaire. Après tout, ces résolutions sont celles de l'Assemblée générale des Nations Unies, et pas celles seulement de la vaste majorité des Etats Membres de l'ONU qui ont voté pour; il s'agit de résolutions de l'Organisation des Nations Unies elle-même, qui traitent d'une question intéressant l'humanité tout entière (voir plus loin, sect. XX).

<sup>55</sup> Contre-mémoire du Pakistan, p. 8, par. 2-3.

<sup>56</sup> *Ibid.*, par. 2-4.

<sup>57</sup> *Ibid.*, p. 14, par. 4.4; p. 30, p. 7.55.

<sup>58</sup> *Ibid.*, p. 38, par. 7.95-7.97.

<sup>59</sup> *Ibid.*, par. 7.97.

VII. QUESTIONS FROM THE BENCH AND RESPONSES  
FROM THE PARTIES

84. At the end of the public sittings before the Court in the present case, I deemed it fit to put the following questions (on 16 March 2016, in the afternoon) to the Contending Parties:

“I have questions to put to both Contending Parties, the Marshall Islands and the United Kingdom. My questions are the following:

The Marshall Islands, in the course of the written submissions and oral arguments, and the United Kingdom, in its document on Preliminary Objections (of 15 June 2015), have both referred to UN General Assembly resolutions on nuclear disarmament. Parallel to the resolutions on the matter which go back to the early 1970s (First Disarmament Decade), there have been two more recent series of General Assembly resolutions, namely: those condemning nuclear weapons, extending from 1982 to date, and those adopted as a follow-up to the 1996 ICJ Advisory Opinion on Nuclear Weapons, extending so far from 1997 to 2015. In relation to this last series of General Assembly resolutions, — referred to by the Contending Parties, — I would like to ask both the Marshall Islands and the United Kingdom whether, in their understanding, such General Assembly resolutions are constitutive of an expression of *opinio juris*, and, if so, what in their view is their relevance to the formation of a customary international law obligation to pursue negotiations leading to nuclear disarmament, and what is their incidence upon the question of the existence of a dispute between the Parties.”<sup>60</sup>

85. One week later (on 23 March 2016), the United Kingdom and the Marshall Islands submitted to the ICJ their written replies to my questions. In its response to them, the United Kingdom stated that resolutions adopted by international organizations may, in some circumstances, be evidence of customary international law or contribute to its development; however, they do not constitute an expression of customary international law in and of themselves. In the *cas d'espèce*, the United Kingdom deems it unnecessary to assess whether the General Assembly resolutions following up on the ICJ's 1996 Advisory Opinion on the *Threat or Use of Nuclear Weapons* constitute evidence of custom, as the obligation set forth in Article VI of the NPT is binding upon the United Kingdom anyway, irrespective of whether there is a corresponding obligation in customary international law<sup>61</sup>.

86. The Marshall Islands, for its part, recalls the ICJ's 1996 Advisory Opinion on the *Threat or Use of Nuclear Weapons*, as well as a number of

<sup>60</sup> CR 2016/9, of 16 September 2016, pp. 33-34.

<sup>61</sup> Reply of the United Kingdom to the Questions Addressed by Judge Cançado Trindade to Both Parties, ICJ doc. MIUK 2016/13, of 23 March 2016, pp. 1-2, para. 3.

VII. QUESTIONS POSÉES PAR UN MEMBRE DE LA COUR  
ET RÉPONSES DES PARTIES

84. Le 16 mars 2016, à l'issue de la procédure orale en l'affaire *Iles Marshall c. Royaume-Uni* dont je traite ici, j'ai jugé utile d'adresser aux Parties la demande ci-après :

«Je souhaiterais poser les questions suivantes aux deux Parties, les Iles Marshall et le Royaume-Uni.

Les Iles Marshall, dans leurs écritures et plaidoiries, et le Royaume-Uni, dans ses exceptions préliminaires (du 15 juin 2015), se sont tous deux référés aux résolutions de l'Assemblée générale des Nations Unies sur le désarmement nucléaire. Parallèlement à ces résolutions, qui remontent au début des années 1970 (première décennie du désarmement), il existe deux séries plus récentes de résolutions, à savoir celles condamnant les armes nucléaires, adoptées de 1982 à ce jour, et celles concernant la suite donnée à l'avis consultatif que la Cour a rendu en 1996 sur la question de la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, qui ont jusqu'à présent été adoptées de 1997 à 2015. S'agissant de cette dernière série de résolutions, auxquelles les Parties se sont référées, je voudrais demander aux Iles Marshall et au Royaume-Uni si, selon elles, ces résolutions constituent l'expression d'une *opinio juris* et, dans l'affirmative, quelle est leur pertinence en ce qui concerne la formation d'une obligation de droit international coutumier consistant à poursuivre des négociations menant au désarmement nucléaire et quelle est leur incidence sur la question de l'existence d'un différend entre les Parties.»<sup>60</sup>

85. Une semaine plus tard, le 23 mars 2016, le Royaume-Uni et les Iles Marshall ont soumis à la Cour leurs réponses écrites à mes questions. Le défendeur, dans sa réponse, a affirmé que les résolutions adoptées par les organisations internationales pouvaient, dans certaines circonstances, constater le droit international coutumier ou contribuer à son développement, mais qu'elles ne sauraient en elles-mêmes constituer ce droit. En l'espèce, le Royaume-Uni n'a pas estimé utile de rechercher si les résolutions de l'Assemblée générale faisant suite à l'avis consultatif de la Cour de 1996 sur la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires* attestaient l'existence d'une règle coutumière, étant de toute façon lié par l'obligation énoncée à l'article VI du TNP, qu'il existe ou non une obligation correspondante en droit international coutumier<sup>61</sup>.

86. Les Iles Marshall ont fait référence à l'avis consultatif rendu par la Cour en 1996 sur la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*,

<sup>60</sup> CR 2016/9 p. 33-34.

<sup>61</sup> Réponse du Royaume-Uni aux questions posées aux deux Parties par M. le juge Cançado Trindade, MIUK 2016/13, 23 septembre 2016, p. 1-2, par. 3.

General Assembly resolutions upholding the obligation to pursue negotiations leading to nuclear disarmament, in support of its position as to the existence of a customary international law obligation to this end. It also refers to the ICJ's *obiter dictum* in the case of *Nicaragua v. United States of America*, to the effect that “*opinio juris* may, though with all due caution, be deduced from, *inter alia*, the attitude of the Parties and the attitude of States towards certain General Assembly resolutions”<sup>62</sup>.

87. In the perception of the Marshall Islands, the attitude of States towards General Assembly resolutions adopted in the period 1982-1995 indicates an emerging *opinio juris* on the obligation to conduct negotiations in good faith leading to general and complete nuclear disarmament. The Marshall Islands then states that the attitude of States to resolutions following up the 1996 ICJ's Advisory Opinion — those affirming the existence of an obligation to pursue negotiations leading to nuclear disarmament — constitutes an expression of *opinio juris*, in support of a customary international obligation to this end<sup>63</sup>.

88. As to the incidence of General Assembly resolutions on the existence of a dispute in the *cas d'espèce*, the Marshall Islands contends that opposing attitudes of States to such resolutions may contribute to demonstrating the existence of a dispute<sup>64</sup>. As to the present case opposing the Marshall Islands to the United Kingdom, the Marshall Islands contends that the diverging voting records of the Marshall Islands and the United Kingdom are a clear indication of the opposing views of the Parties concerning the obligations enshrined in Article VI of the NPT (and the corresponding obligation of customary international law)<sup>65</sup>.

#### VIII. HUMAN WICKEDNESS: FROM THE TWENTY-FIRST CENTURY BACK TO THE BOOK OF GENESIS

89. Since the beginning of the nuclear age in August 1945, some of the great thinkers of the twentieth century started inquiring whether humankind has a future. Indeed, this is a question which cannot be eluded. Thus, already in 1946, for example, deeply shocked by the United States' atomic bombings of Hiroshima and Nagasaki (on 6 and 9 August 1945,

<sup>62</sup> The Marshall Islands also cites the International Law Commission's Draft Conclusions on the *Identification of Customary International Law* (2015), which recognize the importance of the attitude of States towards General Assembly resolutions for establishing State practice and *opinio juris*. Reply of the Marshall Islands to the Questions Addressed by Judge Cançado Trindade to Both Parties, ICJ doc. MIUK 2016/13, of 23 March 2016, pp. 2-3, paras. 2-5.

<sup>63</sup> *Ibid.*, p. 4, para. 7.

<sup>64</sup> *Ibid.*, para. 8.

<sup>65</sup> *Ibid.*, para. 9.

ainsi qu'à un certain nombre de résolutions de l'Assemblée générale réaffirmant l'obligation de poursuivre des négociations conduisant au désarmement nucléaire, qui selon elles étayaient leur position quant à l'existence, à cet égard, d'une obligation de droit international coutumier. Elles ont aussi invoqué l'*obiter dictum* énoncé par la Cour en l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique)*, selon lequel une «*opinio juris* peut se déduire entre autres, quoique avec la prudence nécessaire, de l'attitude des parties et des Etats à l'égard de certaines résolutions de l'Assemblée générale»<sup>62</sup>.

87. Selon les Iles Marshall, l'attitude des Etats à l'égard des résolutions adoptées par l'Assemblée générale de 1982 à 1995 indiquait l'émergence d'une *opinio juris* sur l'obligation de poursuivre de bonne foi des négociations conduisant au désarmement nucléaire général et complet. Les Iles Marshall affirmaient également que l'attitude des Etats à l'égard des résolutions relatives à la suite donnée à l'avis consultatif de 1996, dans lesquelles l'Assemblée affirmait l'existence d'une obligation de poursuivre des négociations conduisant au désarmement nucléaire, était l'expression d'une *opinio juris* venant confirmer que cette obligation ressortissait au droit international coutumier<sup>63</sup>.

88. Au sujet de l'incidence que l'attitude des Etats à l'égard des résolutions de l'Assemblée générale pouvait avoir sur la question de l'existence d'un différend en l'espèce, les Iles Marshall ont soutenu que les attitudes opposées des Etats à l'égard de ces résolutions pouvaient contribuer à révéler l'existence d'un différend<sup>64</sup>. En ce qui concerne l'affaire les opposant au Royaume-Uni, elles ont affirmé que les votes contradictoires des deux Etats attestaient clairement l'existence d'une divergence de vues entre les Parties au sujet des obligations énoncées à l'article VI du TNP (et de l'obligation correspondante de droit international coutumier)<sup>65</sup>.

#### VIII. LA MALFAISANCE DE L'HOMME: ACTUALITÉ DU LIVRE DE LA GENÈSE AU XXI<sup>E</sup> SIÈCLE

89. Depuis l'avènement de l'ère nucléaire en août 1945, certains des plus grands penseurs du XX<sup>e</sup> siècle en sont venus à se demander si l'humanité avait encore un avenir. C'est là une question que l'on ne saurait éluder. Par exemple, dès 1946, le Mahatma Gandhi, profondément choqué après le largage de bombes atomiques par les Etats-Unis sur Hiro-

<sup>62</sup> Les Iles Marshall font également référence aux projets de conclusion de la Commission du droit international sur la détermination du droit international coutumier (2015), dans lesquels est soulignée l'importance du comportement des Etats à l'égard de résolutions de l'Assemblée générale aux fins de l'établissement de la pratique des Etats et de l'*opinio juris*. Réponse des Iles Marshall aux questions posées aux deux Parties par M. le juge Cançado Trindade, CIJ, doc. MIUK 2016/13, 23 mars 2016, p. 2-3, par. 2-5.

<sup>63</sup> *Ibid.*, p. 4, par. 7.

<sup>64</sup> *Ibid.*, par. 8.

<sup>65</sup> *Ibid.*, par. 9.

respectively)<sup>66</sup>, Mahatma Gandhi, in promptly expressing his worry about the future of human society, wrote, in the Journal *Harijan*, on 7 July 1946, that

“So far as I can see, the atomic bomb has deadened the finest feeling that has sustained mankind for ages. There used to be the so-called laws of war which made it tolerable. Now we know the naked truth. War knows no law except that of might.”<sup>67</sup>

90. And Gandhi, denouncing its brutality, added that the “atom bomb is the weapon of ultimate force and destruction”, evidencing the “futility” of such violence; the development of the atom bomb “represents the most sinful and diabolical use of science”<sup>68</sup>. In the same Journal *Harijan*, M. Gandhi further wrote, on 29 September 1946, that non-violence is “the only thing the atom bomb cannot destroy”; and he further warned that “unless now the world adopts non-violence, it will spell certain suicide for mankind”<sup>69</sup>.

91. Over a decade later, in the late 1950s, Karl Jaspers, in his book *La bombe atomique et l’avenir de l’homme* (1958), regretted that the existence of nuclear weapons seemed to have been taken for granted, despite their capacity to destroy humankind and all life on the surface of earth<sup>70</sup>. One has thus to admit, he added, that “this Earth, which was born of an atomic explosion, may well also be destroyed by atomic bombs”<sup>71</sup>. Jaspers further regretted that progress had occurred in technological knowledge, but there had been “no progress of ethics nor of reason”. Human nature has not changed: “man must change or die”<sup>72</sup>.

92. In the early 1960s, for his part, Bertrand Russell, in his book *Has Man a Future?* (1961), likewise regretted that people seemed to have got used to the existence of nuclear weapons, in a world dominated by a “will towards death”, prevailing over sanity<sup>73</sup>. Unfortunately, he proceeded, “love for power” has enticed States “to pursue irrational poli-

<sup>66</sup> Preceded by a nuclear test undertaken by the United States at Alamogordo, New Mexico, on 16 July 1945.

<sup>67</sup> M. Gandhi, “Atom Bomb and Ahimsa”, *Harijan* (7 July 1946), reproduced in: *Journalist Gandhi — Selected Writings of Gandhi* (org. S. Sharma), 1st ed., Mumbai, Ed. Gandhi Book Centre, 1994, p. 104; also cited in: P. F. Power, *Gandhi on World Affairs*, London, Allen & Unwin, 1961, pp. 63-64.

<sup>68</sup> Cited in: *What Mahatma Gandhi Said about the Atom Bomb* (org. Y. P. Anand), New Delhi, National Gandhi Museum, 1998, p. 5.

<sup>69</sup> From the Journal *Harijan* (29 September 1946), cited in: Faisal Devji, *The Impossible Indian — Gandhi and the Temptation of Violence*, London, Hurst & Co., 2012, p. 150.

<sup>70</sup> K. Jaspers, *La bombe atomique et l’avenir de l’homme* [1958], Paris, Buchet/Chastel, 1963, pp. 22 and 336.

<sup>71</sup> *Ibid.*, p. 576 [translation by the Registry].

<sup>72</sup> *Ibid.*, pp. 621 and 640 [translation by the Registry].

<sup>73</sup> B. Russell, *Has Man a Future?*, [London], Penguin Books, 1962 [reprint], pp. 27 and 37.

shima et Nagasaki (les 6 et 9 août 1945)<sup>66</sup>, a exprimé ainsi, dans le journal *Harijan* (numéro du 7 juillet 1946) son inquiétude quant à l'avenir des sociétés humaines :

«Autant que je puisse voir, la bombe atomique a anéanti le plus noble des sentiments, qui, depuis le fond des âges, animait l'humanité. Il existait naguère des «lois de la guerre», censées rendre celle-ci tolérable. La réalité se présente maintenant dans sa cruelle nudité. La guerre ne connaît plus d'autre loi que celle du plus fort.»<sup>67</sup>

90. Gandhi, dénonçant la brutalité de la bombe atomique, ajoutait qu'elle était «l'arme de la force absolue; de la destruction sans borne» et que pareille violence n'avait «aucun sens»; il voyait dans la mise au point de la bombe atomique «l'application de la science la plus maléfique et la plus diabolique qui puisse être»<sup>68</sup>. Dans le *Harijan* du 29 septembre 1946, Gandhi écrivait que la non-violence était «la seule chose que la bombe atomique ne puisse pas détruire», et que, «à moins que le monde n'adopte maintenant la non-violence», l'humanité était «vouée au suicide»<sup>69</sup>.

91. Vers la fin des années 1950, Karl Jaspers, dans un livre intitulé *La bombe atomique et l'avenir de l'homme* (1958), regrettait que l'existence des armes atomiques semble déjà être considérée comme allant de soi, en dépit de leur capacité de détruire l'humanité et d'effacer toute trace de vie sur terre<sup>70</sup>. Il fallait donc admettre, écrivait-il, que «cette terre, qui [était] née d'une explosion de l'atome, soit anéantie aussi par les bombes atomiques»<sup>71</sup>. Jaspers disait également regretter que le progrès des techniques n'ait pas été accompagné du progrès de la morale ou de la raison. Il constatait que la nature humaine n'avait pas changé, et concluait : «ou l'homme se transforme, ou il disparaît»<sup>72</sup>.

92. Au début des années 1960, Bertrand Russell, dans *L'humanité a-t-elle un avenir?*<sup>73</sup> (1961), regrettait lui aussi que les gens semblent s'être accommodés de l'existence des armes nucléaires, dans un monde où «une volonté de mort» l'emportait sur la raison. Il relevait que l'obsession de la puissance avait poussé les Etats «à poursuivre des politiques irration-

<sup>66</sup> Les Etats-Unis avaient auparavant, le 16 juillet 1945, procédé à un essai nucléaire à Alamogordo (Nouveau-Mexique).

<sup>67</sup> M. Gandhi, «Atom Bomb and Ahimsa», *Harijan* (7 juillet 1946), reproduit dans *Journalist Gandhi — Selected Writings of Gandhi* (sous la dir. de S. Sharma), 1<sup>re</sup> éd., Mumbai, Ed. Gandhi Book Center, 1994, p. 104; voir également P. F. Power, *Gandhi on World Affairs*, Londres, Allen & Unwin, 1961, p. 63-64.

<sup>68</sup> Cité dans *What Mahatma Gandhi Said about the Atom Bomb* (sous la dir. de Y. P. Anand), New Delhi, National Gandhi Museum, 1998, p. 5.

<sup>69</sup> *Harijan* (numéro du 29 septembre 1946), cité dans Faisal Devji, *The Impossible Indian — Gandhi and the Temptation of Violence*, Londres, Hurst & Co., 2012, p. 150.

<sup>70</sup> K. Jaspers, *La bombe atomique et l'avenir de l'homme* (1958), Paris, Buchet-Chastel, 1963, p. 22 et 336.

<sup>71</sup> *Ibid.*, p. 576.

<sup>72</sup> *Ibid.*, p. 621 et 640.

<sup>73</sup> B. Russell, *Has Man a Future?*, Londres, Penguin Books, 1962 (réimpr.), p. 27 et 37.



cies”; and he added: “Those who regard Genesis as authentic history, may take Cain as the first example: he may well have thought that, with Abel out of the way, he could rule over coming generations”<sup>74</sup>. To Russell, it is “in the hearts of men that the evil lies”, it is in their minds that “the cure must be sought”<sup>75</sup>. He further regretted the discouraging results of disarmament conferences, and even wrote that ICJ pronouncements on the issue should be authoritative, and it was not “optional” for States “to respect or not international law”<sup>76</sup>.

93. For his part, Karl Popper, at the end of his life, in his book (in the form of an interview) *The Lesson of This Century* (1997), in assembling his recollections of the twentieth century, expressed the anguish, for example, at the time of the 1962 Cuban Missile crisis, with the finding that each of the 38 warheads at issue had three thousand times more power than the atomic bomb dropped over Hiroshima<sup>77</sup>. Once again, the constatation: human nature has not changed. Popper, like other great thinkers of the twentieth century, regretted that no lessons seemed to have been learned from the past; this increased the concern they shared, in successive decades, with the future of humankind, in the presence of arsenals of nuclear weapons.

94. A contemporary writer, Max Gallo, in his recent novel *Caïn et Abel — Le premier crime*, has written that the presence of evil is within everyone; “evil lies at the heart of good, and this ambiguous reality is peculiar to the affairs of humankind”<sup>78</sup>. Writers of the past, he went on, “they too — you, Dante, you, Dostoyevsky, and those who inspired you, Aeschylus, Sophocles — fan the flames of punishment and guilt”<sup>79</sup>. And he added:

“Everywhere, Cain stabs or strangles Abel. (. . .) And no one seems to see (. . .) the imminent death of all humankind. It holds in its hands the weapon of its destruction. Now it is not only entire cities that will be burnt down, razed to the ground: all life will be consumed, and the earth vitrified.

Two cities have already suffered that fate, and the shadows of their inhabitants’ bodies are forever embedded in the stone by a heat as hot as the sun’s lava.

. . . . .

<sup>74</sup> *Op. cit. supra* note 73, p. 45.

<sup>75</sup> *Ibid.*, pp. 45-46, and cf. 69.

<sup>76</sup> *Ibid.*, pp. 97 and 79.

<sup>77</sup> K. Popper, *The Lesson of This Century* (interview with G. Bosetti), London/N.Y., Routledge, 1997, pp. 24 and 28. And cf. also, earlier on, K. Popper, *La Responsabilidad de Vivir — Escritos sobre Política, Historia y Conocimiento* [1994], Barcelona, Paidós, 2012 (reed.), p. 242, and cf. p. 274.

<sup>78</sup> M. Gallo, *Caïn et Abel — Le premier crime*, [Paris], Fayard, 2011, pp. 112 and 141 [translation by the Registry].

<sup>79</sup> *Ibid.*, p. 174 [translation by the Registry].

nelles»; et ajoutait ceci: «Ceux qui considèrent la Genèse comme un authentique récit historique peuvent voir en Caïn le tout premier exemple: il a fort bien pu se dire que, en se débarrassant d'Abel, il pourrait régner sur les générations futures.»<sup>74</sup> Pour Russell, le mal résidait «dans le cœur des hommes», mais il fallait «chercher le remède dans leur esprit»<sup>75</sup>. Il regrettait les résultats décevants des conférences sur le désarmement, et il a même écrit que les prononcés de la Cour internationale de Justice sur la question devraient faire autorité, et que le respect du droit international n'était pas «facultatif» pour les Etats<sup>76</sup>.

93. Karl Popper, dans *The Lesson of This Century* (1997), ouvrage en forme d'interview publié vers la fin de sa vie, rappelait, en revenant sur ses souvenirs du XX<sup>e</sup> siècle, l'angoisse qu'il avait éprouvée, par exemple, lors de la crise des missiles cubains de 1962, en apprenant que chacune des trente-huit ogives nucléaires en cause était trois mille fois plus puissante que la bombe d'Hiroshima<sup>77</sup>. Popper constatait lui aussi que la nature humaine n'avait pas changé. Comme d'autres grands penseurs du XX<sup>e</sup> siècle, il regrettait que l'humanité n'ait apparemment pas tiré les leçons de son passé; cette constatation ne pouvait qu'aggraver les inquiétudes exprimées successivement par ces penseurs quant à la menace que les arsenaux nucléaires faisaient énormément peser sur l'avenir de l'humanité.

94. Un auteur contemporain, Max Gallo, dans son roman récent intitulé *Caïn et Abel — Le premier crime*, écrit que le mal est présent en chacun: «le Mal est au cœur du Bien, et cette réalité ambiguë est le propre des affaires humaines»<sup>78</sup>. Il évoque le rôle des écrivains du passé: «eux aussi — toi Dante, toi Dostoïevski, et ceux qui vous ont inspirés, Eschyle, Sophocle — attisent le brasier du châtimeut et de la culpabilité»<sup>79</sup>. Et il ajoute ceci:

«Partout, Caïn poignarde ou étrangle Abel... Et personne ne semble voir ... la mort prochaine de toute humanité. Elle tient entre ses mains l'arme de sa destruction. Ce ne sont plus seulement des villes entières qui seront incendiées, rasées: toute vie sera alors consumée, et la terre vitrifiée.

Deux villes ont déjà connu ce sort, et l'ombre des corps de leurs habitants est à jamais incrustée dans la pierre sous l'effet d'une chaleur de lave solaire.

.....

<sup>74</sup> *Op. cit. supra* note 73, p. 45.

<sup>75</sup> *Ibid.*, p. 45-46; voir également p. 69.

<sup>76</sup> *Ibid.*, p. 97 et 79.

<sup>77</sup> K. Popper (interviewé par G. Bosetti), *The Lesson of This Century*, Londres/New York, Routledge, 1997, p. 24 et 28. Voir également un ouvrage plus ancien de K. Popper, *La Responsabilidad de Vivir — Escritos sobre Política, Historia y Conocimiento* (1994), Barcelone, Paidós, 2012 (réédit.), p. 242; voir également p. 274.

<sup>78</sup> M. Gallo, *Caïn et Abel — Le premier crime*, Paris, Fayard, 2011, p. 112 et 141.

<sup>79</sup> *Ibid.*, p. 174.

Cain will pursue Abel everywhere (. . .) Vulnerable cities will be soaked in blood. The highest towers will be destroyed, their inhabitants buried beneath the rubble.”<sup>80</sup>

95. As well captured by those and other thinkers, in the Book of Genesis, the episode of the brothers Cain and Abel portraying the first murder ever, came to be seen, over the centuries, as disclosing the presence of evil and guilt in the world where everyone lives. This called for care, prudence and reflection, as it became possible to realize that human beings were gradually distancing themselves from their Creator. The fragility of civilizations soon became visible. That distancing became manifest in the subsequent episode of the Tower of Babel (Genesis, Chap. 11: 9). As they were built, civilizations could be destroyed. History was to provide many examples of that (as singled out, in the twentieth century, by Arnold Toynbee). Over the centuries, with the growth of scientific-technological knowledge, the human capacity of self-destruction increased considerably, having become limitless in the present nuclear age.

96. Turning back to the aforementioned book by Bertrand Russell, also in its French edition (*L'homme survivra-t-il?*, 1963), he further warned therein that

“[I] faut que nous nous rendions compte que la haine, la perte de temps, d'argent et d'habilité intellectuelle en vue de la création d'engins de destruction, la crainte du mal que nous pouvons nous faire mutuellement, le risque quotidien et permanent de voir la fin de tout ce que l'homme a réalisé, sont le produit de la folie humaine. (. . .) C'est dans nos cœurs que réside le mal, c'est de nos cœurs qu'il doit être extirpé”<sup>81</sup>. [“[W]e must become aware that the hatred, the expenditure of time and money and intellectual ability upon weapons of destruction, the fear of what we may do to each other, and the imminent daily and continued risk of an end to all that man has achieved, . . . all this is a product of human folly . . . It is in our hearts that the evil lies, and it is from our hearts that it must be plucked out.”<sup>82</sup>]

97. Some other great thinkers of the twentieth century (from distinct branches of knowledge), expressed their grave common concern with the increased human capacity of destruction coupled with the development of scientific-technological knowledge. Thus, the historian Arnold Toynbee (*A Study in History*, 1934-1954; and *Civilization on Trial*, 1948), regretted precisely the modern tragedy that human iniquity was not eliminated

<sup>80</sup> *Op. cit. supra* note 78, pp. 236-237 [translation by the Registry].

<sup>81</sup> B. Russell, *L'homme survivra-t-il?*, Paris, Ed. J. Didier, 1963, pp. 162-163.

<sup>82</sup> B. Russell, *Has Man a Future?*, *op. cit. supra* note 73, pp. 109-110. Towards the end of his life, Bertrand Russell again warned against the extreme danger of atomic and hydrogen bombs, and expressed his concern that people seemed to get used to their existence; cf. B. Russell, *Autobiography* [1967], London, Unwin, 1985 (reed.), pp. 554-555.

[P]artout Caïn poursuivra Abel... Les villes vulnérables seront ensanglantées. Les tours les plus hautes seront détruites, leurs habitants ensevelis sous les décombres.»<sup>80</sup>

95. Comme l'ont bien vu ces penseurs et quelques autres, l'épisode du Livre de la Genèse où Caïn, en tuant son frère Abel, commet le tout premier meurtre, en est venu, au fil des siècles, à symboliser la présence du mal et de la culpabilité en ce monde. Cet épisode invitait à la prudence et à la réflexion, faisant prendre conscience aux êtres humains qu'ils s'éloignaient de plus en plus de leur Créateur. Cet éloignement, dans la suite du Livre de la Genèse (chap. II-9), est illustré par la légende de la Tour de Babel, qui montre que les civilisations peuvent fleurir, mais aussi périr. L'histoire en a fourni de nombreux exemples (qu'Arnold Toynbee a recensés au XX<sup>e</sup> siècle). Siècle après siècle, le progrès des connaissances scientifiques et techniques a accru énormément la capacité d'auto-destruction de l'homme, et partant l'avènement de l'ère nucléaire l'a rendue illimitée.

96. Je reviens, à ce sujet, au livre de Bertrand Russell que j'ai déjà cité, paru dans sa traduction française sous le titre *L'homme survivra-t-il?* (1963); on peut y lire la mise en garde suivante:

«[I] faut que nous nous rendions compte que la haine, la perte de temps, d'argent et d'habileté intellectuelle en vue de la création d'engins de destruction, la crainte du mal que nous pouvons nous faire mutuellement, le risque quotidien et permanent de voir la fin de tout ce que l'homme a réalisé, sont le produit de la folie humaine... C'est dans nos cœurs que réside le mal, c'est de nos cœurs qu'il doit être extirpé.»<sup>81</sup> [«We must become aware that the hatred, the expenditure of time and money and intellectual ability upon weapons of destruction, the fear of what we may do to each other, and the imminent daily and hourly risk of an end to all that man has achieved,... all this is a product of human folly... It is in our hearts that the evil lies, and it is from our hearts that it must be plucked out.»]<sup>82</sup>

97. Quelques autres grands penseurs du XX<sup>e</sup> siècle appartenant à diverses disciplines ont dit les graves inquiétudes que leur inspirait l'augmentation de la capacité de destruction résultant du progrès des connaissances scientifiques et techniques. Je citerai parmi eux l'historien Arnold Toynbee (*A Study in History*, 1934-1954; et *Civilization on Trial*, 1948); il constatait avec regret ce qu'il voyait comme la tragédie moderne:

<sup>80</sup> *Op. cit. supra* note 78, p. 236-237.

<sup>81</sup> B. Russell, *L'homme survivra-t-il?*, Paris, Ed. J. Didier, 1963, p. 162-163.

<sup>82</sup> B. Russell, *Has Man a Future?*, *op. cit. supra* note 73, p. 109-110. Vers la fin de sa vie, Russell a de nouveau appelé l'attention sur le danger extrême que présentent les bombes atomiques et les bombes à hydrogène, et constaté avec inquiétude que les gens semblent s'accommoder de la précarité de leur existence; voir B. Russell, *Autobiography* (1967), Londres, Unwin, 1985 (rééd.), p. 554-555.

with the development of scientific-technological knowledge, but widely enlarged, without a concomitant advance at spiritual level<sup>83</sup>. And the increase in armaments and in the capacity of destruction, he added, became a symptom of the fall of civilizations<sup>84</sup>.

98. For his part, the writer Hermann Hesse, in a posthumous book of essays (*Guerre et paix*, 1946), originally published shortly after the Second World War, warned that with the mass killings, not only do we keep on killing ourselves, but also our present and perhaps also our future<sup>85</sup>. The worst destruction, he added, was the one organized by the State itself, with its corollary, “the philosophy of the State”, accompanied by capital and industry<sup>86</sup>. The philosopher and theologian Jacques Maritain (*Œuvres complètes*, 1961-1967), in turn, wrote that the atrocities perpetrated in the twentieth century had “a more tragic significance for human conscience”<sup>87</sup>. In calling for an “integral humanism”, he warned that the human person transcends the State, and the realization of the common good is to be pursued keeping in mind human dignity<sup>88</sup>. In his criticism of the “realists”, he stressed the imperatives of ethics and justice, and the importance of general principles of law, in the line of jusnaturalist thinking<sup>89</sup>.

99. Another writer, the humanist Stefan Zweig, remained always concerned with the fate of humankind. He was impressed with the Scripture’s legend of the Tower of Babel, having written an essay on it in 1916, and kept it in mind over the years, as shown in successive essays written in

<sup>83</sup> Cf. A. J. Toynbee, *A Study in History*, Oxford University Press, 1970 [3rd reprint], pp. 48-558, 559-701, 702-718 and 826-850; A. J. Toynbee, *Civilization on Trial*, Oxford/N.Y., Oxford University Press, 1948, pp. 3-263.

<sup>84</sup> A. J. Toynbee, *Guerra e Civilização [War and Civilization]*, Lisbon, Edit. Presença, 1963, pp. 29, 129 and 178.

<sup>85</sup> H. Hesse, *Sobre la Guerra y la Paz [1946]*, 5th ed., Barcelona, Edit. Noguer, 1986, pp. 119 and 122.

<sup>86</sup> H. Hesse, *Guerre et Paix*, Paris, L’Arche Ed., 2003 (reed.), pp. 127 and 133.

<sup>87</sup> J. Maritain, “Dieu et la permission du mal”, *Œuvres de Jacques Maritain — 1961-1967 (Jacques et Raïssa Maritain — Œuvres complètes)*, Vol. XII, Fribourg/Paris, Ed. Universitaires/Ed. Saint-Paul, 1992, p. 17, and cf. p. 41 [translation by the Registry].

<sup>88</sup> Cf. J. Maritain, *Humanisme intégral*, Paris, Aubier, 2000 (reed.), pp. 18, 37, 137 and 230-232; J. Maritain, *The Person and the Common Good*, Notre Dame, University of Notre Dame Press, 2002 (reed.), pp. 29, 49-50, 92-93 and 104; J. Maritain, *O Homem e o Estado*, 4th ed., Rio de Janeiro, Livr. Agir Ed., 1966, pp. 96-102; J. Maritain, *Los Derechos del Hombre y la Ley Natural*, Buenos Aires, Ed. Leviatan, 1982, pp. 38, 44, 50, 69 and 94-95, and cf. pp. 79-82; J. Maritain, *Para una Filosofía de la Persona Humana*, Buenos Aires, Ed. Club de Lectores, 1984, pp. 164, 176-178, 196-197, 221 and 231.

<sup>89</sup> J. Maritain, *De la justice politique — Notes sur la présente guerre*, Paris, Libr. Plon, 1940, pp. 88, 90-91, 106-107 and 112-114.

loin d'être en voie de disparaître par l'effet du progrès scientifique et technique, l'iniquité dont souffrait une partie du genre humain s'aggravait rapidement, parce que ce progrès ne s'accompagnait pas d'un progrès spirituel<sup>83</sup>. Il ajoutait que l'accumulation d'armements dont la capacité de destruction ne cessait d'augmenter semblait être un symptôme du déclin des civilisations<sup>84</sup>.

98. L'écrivain Hermann Hesse, dans un recueil posthume d'essais (*Guerre et paix*), paru en 1946, soit peu après la fin de la seconde guerre mondiale, annonçait que l'humanité, en multipliant les massacres, travaillait non seulement à son autodestruction, mais également à la perte de son présent, et peut-être aussi de son avenir<sup>85</sup>. La pire de toutes les destructions, observait-il, était celle orchestrée par l'Etat lui-même, et avait pour corollaire la «philosophie d'Etat» et le règne du capital et de l'industrie<sup>86</sup>. Le philosophe et théologien Jacques Maritain dans ses *Œuvres complètes* (1961-1967) a quant à lui écrit que les atrocités perpétrées au XX<sup>e</sup> siècle avaient «une importance plus tragique pour la conscience humaine»<sup>87</sup>. Prônant «l'humanisme intégral», il faisait observer que la personne humaine transcendait l'Etat, et que le bien commun devait être recherché en gardant à l'esprit la dignité humaine<sup>88</sup>. Dans sa critique des «réalistes», il insistait sur les impératifs de l'éthique et de la justice, et soulignait l'importance que représentaient les principes généraux de droit, rejoignant ainsi la pensée jusnaturaliste<sup>89</sup>.

99. Un autre écrivain, l'humaniste Stefan Zweig, a tout au long de son œuvre manifesté son inquiétude pour le sort de l'humanité. La légende biblique de la Tour de Babel lui ayant fait forte impression, il lui consacra un essai en 1916 et la garda à l'esprit par la suite, comme en témoigne une

<sup>83</sup> Voir A. J. Toynbee, *A Study in History*, Oxford University Press, 1970 (3<sup>e</sup> réimpr.), p. 48-558, 559-701, 702-718 et 826-850; A. J. Toynbee, *Civilization on Trial*, Oxford/New York, Oxford University Press, 1948, p. 3-263.

<sup>84</sup> A. J. Toynbee, *Guerra e Civilização [Guerre et Civilisation]*, Lisbonne, Ed. Presença, 1963, p. 29, 129 et 178.

<sup>85</sup> H. Hesse, *Sobre la Guerra y la Paz* (1946), 5<sup>e</sup> éd., Barcelona, Ed. Noguer, 1986, p. 119 et 122.

<sup>86</sup> H. Hesse, *Guerre et Paix*, Paris, Ed. L'Arche, 2003 (rééd.), p. 127 et 133.

<sup>87</sup> J. Maritain, «Dieu et la permission du mal», *Œuvres de Jacques Maritain — 1961-1967 (Jacques et Raïssa Maritain — Œuvres complètes)*, vol. XII, Fribourg/Paris, Ed. Universitaires/Ed. Saint-Paul, 1992, p. 17; voir également p. 41.

<sup>88</sup> Voir J. Maritain, *Humanisme intégral*, Paris, Aubier, 2000 (rééd.), p. 18, 37, 137 et 230-232; J. Maritain, *The Person and the Common Good [La personne et le bien commun]*, Notre Dame, University of Notre Dame Press, 2002 (rééd.), p. 29, 49-50, 92-93 et 104; J. Maritain, *O Homem e o Estado*, 4<sup>e</sup> éd., Rio de Janeiro, Livr. Agir Ed., 1966, p. 96-102; J. Maritain, *Los Derechos del Hombre y la Ley Natural [Les droits de l'homme et les lois naturelles]*, Buenos Aires, Ed. Leviatan, 1982, p. 38, 44, 50, 69 et 94-95; voir aussi p. 79-82; J. Maritain, *Para una Filosofia de la Persona Humana*, Buenos Aires, Ed. Club de Lectores, 1984, p. 164, 176-178, 196-197, 221 et 231.

<sup>89</sup> J. Maritain, *De la justice politique — Notes sur la présente guerre*, Paris, Libr. Plon, 1940, p. 88, 90-91, 106-107 et 112-114.

more than the two following decades<sup>90</sup>, taking it as a symbol of the perennial yearning for a unified humanity. In his own words,

“The history of tomorrow must be a history of all humanity and the conflicts between individual conflicts must be seen as redundant alongside the common good of the community. History must then be transformed from the current woeful State to a completely new position; (. . .) it must clearly contrast the old ideal of victory with the new one of unity and the old glorification of war with a new contempt for it. (. . .) [T]he only important thing is to push forward under the banner of a community of nations, the mentality of mankind (. . .)”<sup>91</sup>

100. Yet, in his dense and thoughtful intellectual autobiography (*Le monde d'hier*, 1944), written shortly before putting an end to his own life, Stefan Zweig expressed his deep concern with the fading away of conscience, disclosed by the fact that the world got used to the “dehumanization, injustice and brutality, as never before in hundreds of centuries”<sup>92</sup>; persons had been transformed into simple objects<sup>93</sup>. Earlier on — before the nuclear age — his friend the psychologist Sigmund Freud, in a well-known essay (*Civilization and Its Discontents*, 1930), expressed his deep preoccupation with what he perceived as an impulse to barbarism and destruction, which could not be expelled from the human psyche<sup>94</sup>. In face of human hostility and the threat of self-disintegration, he added, there is a consequent loss of happiness<sup>95</sup>.

101. Another psychologist, Carl Jung, referring, in his book *Aspects du drame contemporain* (1948), to events of contemporary history of his epoch, warned against subsuming individuals under the State; in his view, collective evil and culpability contaminate everyone everywhere<sup>96</sup>. He further warned against the tragic dehumanization of others<sup>97</sup> and the psychic exteriorizations of mass movements (of the collective unconscious) conducive to destruction<sup>98</sup>.

<sup>90</sup> As shown in his posthumous book of essays: S. Zweig, *Messages from a Lost World*, London, Pushkin Press, 2016, pp. 55, 88-90, 97, 107 and 176.

<sup>91</sup> *Ibid.*, pp. 170 and 175.

<sup>92</sup> S. Zweig, *O Mundo que Eu Vi* [1944, *Die Welt von Gestern*], Rio de Janeiro, Edit. Record, 1999, p. 483, and cf. 272-274, 278, 462, 467, 474, 490 and 503-505.

<sup>93</sup> *Ibid.*, p. 490.

<sup>94</sup> Sigmund Freud, *Civilization and Its Discontents* [1930], N.Y., Norton & Cia., 1962 (reed.), pp. 7-9, 26, 36-37 and 59-63.

<sup>95</sup> Cf. *ibid.*, pp. 23 and 67-92.

<sup>96</sup> C. G. Jung, *Aspects du drame contemporain*, Geneva/Paris, Libr. de l'Univ. Georg/Ed. de la Colonne Vendôme, 1948, pp. 99 and 145.

<sup>97</sup> *Ibid.*, pp. 173 and 179.

<sup>98</sup> *Ibid.*, pp. 198-200, 208, 218-219 and 223.

série d'essais dont la publication s'est étalée sur plus de vingt ans<sup>90</sup>, où il présentait cette légende comme le symbole d'une aspiration persistante à l'unification de l'humanité. Voici un exemple de ce qu'il a écrit à ce sujet :

«L'histoire de demain doit être l'histoire de l'humanité tout entière, et chaque conflit doit être vu dans son inanité au regard du bien commun de la collectivité humaine. Il faut donc que l'histoire se transforme en se détournant de la lamentable entité qu'est aujourd'hui l'Etat pour prendre une orientation entièrement nouvelle ; ... elle doit rompre définitivement avec le vieil idéal de la victoire pour adopter celui de l'unité de la collectivité humaine, et n'avoir que mépris pour la guerre, si longtemps glorifiée... [T]out ce qui importe, c'est d'aller de l'avant sous l'étendard d'une communauté des nations animée par l'esprit du genre humain... »<sup>91</sup>

100. Pourtant, dans sa dense et pénétrante autobiographie intellectuelle, publiée peu avant qu'il ne mette fin à ses jours (*Le monde d'hier*, 1944), Stefan Zweig exprimait sa profonde inquiétude devant le déclin de la conscience, dont il voyait le signe dans le fait que le monde s'accommodait «d'une déshumanisation, d'une injustice et d'une brutalité jamais vues depuis le fond des âges»<sup>92</sup>. Selon lui, les êtres humains étaient réduits à l'état de simples objets<sup>93</sup>. Avant l'avènement de l'ère nucléaire, son ami Sigmund Freud, dans un essai bien connu (*Malaise dans la civilisation*), publié en 1930, se disait vivement préoccupé par ce qu'il voyait comme une pulsion barbare et destructrice qu'il était impossible d'extirper du psychisme humain<sup>94</sup>. Il ajoutait que l'hostilité dans les rapports humains et le risque d'autodestruction étaient la cause d'une déperdition de bonheur<sup>95</sup>.

101. Carl Jung, autre psychologue, dans un ouvrage intitulé *Aspects du drame contemporain* (1948), considérant les événements de son temps, dénonçait la subsomption de l'individu sous l'Etat; il expliquait que le mal qui pouvait inspirer l'action collective et le sentiment de culpabilité qui y était associé contaminaient chaque individu, où qu'il se trouve<sup>96</sup>. Il s'inquiétait aussi de la déshumanisation tragique de l'autre<sup>97</sup> et de l'extériorisation de l'inconscient collectif observée dans les mouvements de masse, qui pour lui ouvrait la voie à la manipulation des esprits<sup>98</sup>.

<sup>90</sup> Comme on peut le voir dans son recueil posthume d'essais : S. Zweig, *Messages from a Lost World*, Londres, Pushkin Press, 2016, p. 55, 88-90, 97, 107 et 176.

<sup>91</sup> *Ibid.*, p. 170 et 175.

<sup>92</sup> S. Zweig, *O Mundo que Eu Vi* (1944) [*Die Welt von Gestern*], Rio de Janeiro, Ed. Record, 1999, p. 483; voir également p. 272-274, 278, 462, 467, 474, 490 et 503-505.

<sup>93</sup> *Ibid.*, p. 490.

<sup>94</sup> Sigmund Freud, *Civilization and Its Discontents* (1930), New York, Norton et Cia., 1962 (rééd.), p. 7-9, 26, 36-37 et 59-63.

<sup>95</sup> Voir *ibid.*, p. 23 et 67-92.

<sup>96</sup> C. G. Jung, *Aspects du drame contemporain*, Genève/Paris, Libr. de l'Univ. Georg/Ed. de la Colonne Vendôme, 1948, p. 99 et 145.

<sup>97</sup> *Ibid.*, p. 173 et 179.

<sup>98</sup> *Ibid.*, p. 198-200, 208, 218-219 et 223.



102. To the writer and theologian Albert Schweitzer (who wrote his *Kulturphilosophie* in 1923), the essence of civilization lies in the respect for life, to the benefit of each person and of humankind<sup>99</sup>. He rejected the “illness” of *Realpolitik*, having stated that good consists in the preservation and exaltation of life, and evil lies in its destruction; nowadays more than ever, he added, we need an “ethics of reverence for life”, what requires responsibility<sup>100</sup>. He insisted, in his book *La civilisation et l'éthique* (1923), that respect for life started from awareness of one's responsibility vis-à-vis the life of others<sup>101</sup>.

103. Later on in his life, then in the nuclear age, in his series of lectures *Paix ou guerre atomique* (1958), Schweitzer called for an end to nuclear weapons, with their “unimaginable destruction and annihilation”<sup>102</sup>. In his own words,

“There are no victors in a nuclear war, only the vanquished. Each belligerent suffers the same damage from the adversary's atomic bombs and missiles as it inflicts with its own. The result is continuous annihilation (. . .). It can only say: are we both going to commit suicide by mutual extermination?”<sup>103</sup>

104. Well before them, by the turn of the nineteenth to the twentieth century, the writer Leo Tolstoy warned (*The Slavery of Our Times*, 1900) against the undue use of the State monopoly of “organized violence”, conforming a new form of slavery of the vulnerable ones<sup>104</sup>; he criticized the recruitment of personnel to be sent to war to kill defenseless persons, perpetrating acts of extreme violence<sup>105</sup>. On his turn, the physician Georges Duhamel warned (in his account *Civilization, 1914-1917*) against the fact that war had become an industry of killing, with a “barbaric ideology”, destroying civilization with its “lack of humanity”; yet, he still cherished the hope that the spirit of humanism could flourish from the ashes<sup>106</sup>.

<sup>99</sup> A. Schweitzer, *Filosofia da Civilização* [1923], São Paulo, Edit. Unesp, 2011 (reed.), pp. 80, 304, 311 and 315.

<sup>100</sup> A. Schweitzer, *Pilgrimage to Humanity [Weg zur Humanität]*, N.Y., Philosophical Library, 1961, pp. 87-88, 99 and 101.

<sup>101</sup> M. Arnold, *Albert Schweitzer — La compassion et la raison*, Lyon, Ed. Olivétan, 2015, pp. 74-75 and 77 [translation by the Registry].

<sup>102</sup> Cited in *ibid.*, p. 111 [translation by the Registry].

<sup>103</sup> Extract from his book *Paix ou guerre atomique* (1958), reproduced in his posthumous book of essays: A. Schweitzer, *Respect de la vie* (org. B. Kaempf), Paris, Ed. Arfuyen/CIAL, 1990, p. 98 [translation by the Registry].

<sup>104</sup> L. Tolstoy, *La Esclavitud de Nuestro Tiempo* [1900], Barcelona, Littera, 2000 (reed.), pp. 86-87, 89, 91 and 97.

<sup>105</sup> *Ibid.*, pp. 101, 103-104 and 121.

<sup>106</sup> G. Duhamel, *Civilisation — 1914-1917*, Paris, Mercure de France, 1944, pp. 53 and 274-275; G. Duhamel, *Mémorial de la guerre blanche — 1938*, Paris, Mercure de France, 1945, pp. 41, 95, 100, 102 and 170.

102. Dans sa *Philosophie de la civilisation* (1923), l'écrivain et théologien Albert Schweitzer voyait le respect de la vie, pour le bien de chaque individu et de l'humanité entière, comme l'essence même de la civilisation<sup>99</sup>. Il rejetait la *Realpolitik* qu'il qualifiait de «maladie de l'esprit», estimant que le bien réside dans la préservation et l'exaltation de la vie, et le mal dans sa destruction ; « aujourd'hui plus que jamais, ajoutait-il, nous avons besoin d'une éthique de la révérence pour la vie », fondée sur la responsabilité<sup>100</sup>. Dans *La civilisation et l'éthique* (1923), il disait que le respect de la vie commençait par « une prise de conscience » de chacun de sa responsabilité à l'égard de la vie d'autrui<sup>101</sup>.

103. Plus tard, après le début de l'ère nucléaire, Schweitzer, dans une série de conférences sur le thème *Paix ou guerre atomique* (1958), a lancé un appel à l'élimination des armes nucléaires, instruments de « destructions et anéantissements inimaginables »<sup>102</sup>. Pour reprendre ses termes :

« La guerre atomique ne connaît pas de vainqueurs, mais uniquement des vaincus. Chaque belligérant subit par les bombes et les projectiles atomiques de l'adversaire les mêmes dégâts qu'il lui inflige par les siens. Il en résulte un anéantissement continu... Il peut seulement dire : allons-nous nous suicider tous les deux par une extermination réciproque ? »<sup>103</sup>

104. Bien avant tous ces penseurs, Léon Tolstoï, dans *L'esclavage contemporain* (1900), signalait les dangers du monopole exercé par l'Etat sur la « violence organisée », qui selon lui soumettait les plus vulnérables à une nouvelle forme d'esclavage<sup>104</sup>. Il critiquait le recrutement de soldats qu'on envoyait à la guerre tuer des gens sans défense et perpétrer d'autres actes d'extrême violence<sup>105</sup>. Un peu plus tard, le médecin et écrivain Georges Duhamel, dans *Civilisation — 1914-1917*, dénonçait une « idéologie barbare » autorisant les tueries de civils, qui transformait la guerre en une industrie de la mort où le sentiment d'humanité n'avait aucune place ; cependant, il nourrissait l'espoir que l'humanisme renaîtrait de ses cendres<sup>106</sup>.

<sup>99</sup> A. Schweitzer, *Filosofia da Civilização* (1923), São Paulo, Ed. Unesp, 2011 (rééd.), p. 80, 304, 311 et 315.

<sup>100</sup> A. Schweitzer, *Pilgrimage to Humanity [Weg zur Humanität]*, New York, Philosophical Library, 1961, p. 87-88, 99 et 101.

<sup>101</sup> M. Arnold, *Albert Schweitzer — La compassion et la raison*, Lyon, Ed. Olivétan, 2015, p. 74-75 et 77.

<sup>102</sup> Cité dans *ibid.*, p. 111.

<sup>103</sup> Extrait de *Paix ou guerre atomique* (1958), essai qui figure dans un recueil posthume ; A. Schweitzer, *Respect de la vie* (sous la dir. de B. Kaempff), Paris, Ed. Arfuyen/CIAL, 1990, p. 98.

<sup>104</sup> L. Tolstoï, *La Esclavitud de Nuestro Tiempo* (1900), Barcelone, Littera, 2000 (rééd.), p. 86-87, 89, 91 et 97.

<sup>105</sup> *Ibid.*, p. 101, 103-104 et 121.

<sup>106</sup> G. Duhamel, *Civilisation — 1914-1917*, Paris, Mercure de France, 1944, p. 53 et 274-275 ; G. Duhamel, *Mémorial de la guerre blanche — 1938*, Paris, Mercure de France, 1945, p. 41, 95, 100, 102 et 170.

105. The historian of ideas, Isaiah Berlin, for his part, warned (*The Proper Study of Mankind*) against the dangers of the *raison d'Etat*, and stressed the relevance of *values*, in the search of knowledge, of cultures, and of the *recta ratio*<sup>107</sup>. On his turn, the writer Erich Fromm upheld human life in insisting that there could only exist a truly “civilized” society if based on humanist values<sup>108</sup>. Towards the end of his life, in his book *The Anatomy of Human Destructivity* (1974), he warned against destruction and propounded the prevalence of love for life<sup>109</sup>.

106. Fromm further warned that the devastation of wars (including the contemporary ones) has led to the loss of hope and to brutalization, amidst the tension of the co-existence or ambivalence between civilization and barbarism, which requires all our endeavours towards the revival of humanism<sup>110</sup>. Likewise, in our days, the philosopher Edgar Morin has also warned that the advances of scientific knowledge disclosed an ambivalence, in that they provided, on the one hand, the means to improve the knowledge of the world, and, on the other hand, with the production (and proliferation) of nuclear weapons, in addition to other weapons (biological and chemical) of mass destruction, the means to destroy the world<sup>111</sup>.

107. The future has thus become unpredictable, and unknown, in face of the confrontation between the forces of life and the forces of death. Yet, he added, human beings are endowed with conscience, and are aware that civilizations, as well as the whole of humankind, are mortal<sup>112</sup>. Morin further contended the tragic experiences lived in recent times should lead to the repentance of barbarism and the return to humanism; in effect, to think about, and resist to, barbarism, amounts to contributing to recreate humanism<sup>113</sup>.

108. For his part, in the late 1980s, in his book of essays *Silences et mémoires d'hommes* (1989), Elie Wiesel stressed the need of memory and attention to the world wherein we live, so as to combat the indifference to

---

<sup>107</sup> I. Berlin, *The Proper Study of Mankind*, N.Y., Farrar & Straus & Giroux, 2000 (reed.), pp. 78, 135, 155, 217, 235-236, 242, 247, 311 and 334; I. Berlin, “Return of the *Volkgeist*: Nationalism, Good and Bad”, *At Century's End* (ed. N. P. Gardels), San Diego/Cal., Alti Publ., 1995, p. 94.

<sup>108</sup> Cf. E. Fromm, *Las Cadenas de la Ilusión — Una Autobiografía Intelectual* [1962], Barcelona, Paidós, 2008 (reed.), pp. 78 and 234-239.

<sup>109</sup> Cf. E. Fromm, *Anatomía de la Destructividad Humana* [1974], Mexico/Madrid/Buenos Aires, 2009 (reed.), pp. 16-468; and cf. also E. Fromm, *El Amor a la Vida* [1983 — *Über die Liebe zum Leben*], Barcelona, Paidós, 2016 (4th reprint), pp. 15-250.

<sup>110</sup> E. Fromm, *Las Cadenas de la Ilusión . . .*, *op. cit. supra* note 108, pp. 240 and 250-251.

<sup>111</sup> E. Morin, *Vers l'abîme?*, Paris, L'Herne, 2012, pp. 9, 24-25 and 40-41.

<sup>112</sup> *Ibid.*, pp. 27, 30, 59, 85, 89, 126 and 181.

<sup>113</sup> E. Morin, *Breve Historia de la Barbarie en Occidente*, Barcelona, Paidós, 2009, p. 94, and cf. pp. 60 and 92-93.

105. L'historien des idées, Isaiah Berlin, dans *The Proper Study of Mankind*, signalait les dangers de la *raison d'Etat* et soulignait la place importante que devaient tenir les *valeurs* et la *recta ratio*<sup>107</sup> dans la recherche du savoir. L'écrivain Erich Fromm, lui aussi, célébrait la vie en soulignant que seules les valeurs humanistes pouvaient fonder une société véritablement civilisée<sup>108</sup>. Vers la fin de sa vie, dans son ouvrage intitulé *The Anatomy of Human Destructivity* (1974), il dénonçait les pulsions destructrices et exprimait l'espoir que l'amour de la vie l'emporterait<sup>109</sup>.

106. Fromm affirmait aussi que les dévastations causées par les guerres (y compris les guerres contemporaines) conduisaient au désespoir et à la montée de la violence parmi les tensions inhérentes à des sociétés où la frontière entre barbarie et civilisation devenait de plus en plus floue, et engageait ses contemporains à tendre tous leurs efforts vers le renouveau de l'humanisme<sup>110</sup>. Plus près de nous, le philosophe Edgar Morin a lui aussi signalé l'ambivalence du progrès des sciences, qui a certes permis de mieux connaître le monde, mais a aussi fourni les moyens de le détruire en rendant possible la fabrication (et la prolifération) des armes nucléaires et d'autres armes de destruction massive (armes biologiques et chimiques)<sup>111</sup>.

107. Selon Morin, l'avenir est ainsi devenu imprévisible et inconnaisable, suspendu à l'affrontement des forces de la vie et des forces de la mort, bien que les êtres humains, étant doués de conscience, sachent pertinemment que les civilisations, et d'ailleurs l'humanité tout entière, sont mortelles<sup>112</sup>. Morin soutient également que les tragédies que nous avons vécues récemment devraient nous inciter au repentir pour tant de barbarie et susciter le retour de l'humanisme; pour lui, réfléchir à la barbarie et apprendre à y résister sont les moyens de faire renaître l'humanisme<sup>113</sup>.

108. Elie Wiesel, dans un recueil d'essais intitulé *Silences et mémoires d'hommes* (1989), souligne que, pour combattre l'indifférence à la violence et au mal, il importe que chacun accomplisse son devoir de mémoire et

<sup>107</sup> I. Berlin, *The Proper Study of Mankind*, New York, Farrar & Straus & Giroux, 2000 (rééd.), p. 78, 135, 155, 217, 235-236, 242, 247, 311 et 334; I. Berlin, «Return of the *Volksgeist*: Nationalism, Good and Bad», *At Century's End* (ouvrage collectif publié sous la dir. de N. P. Gardels), San Diego/Cal., Alti Publ., 1995, p. 94.

<sup>108</sup> E. Fromm, *Las Cadenas de la Ilusión — Una Autobiografía Intelectual* (1962), Barcelone, Paidós, 2008 (rééd.), p. 78 et 234-239.

<sup>109</sup> Voir E. Fromm, *Anatomía de la Destructividad Humana* (1974), Mexico/Madrid/Buenos Aires, 2009 (rééd.), p. 16-468; voir également E. Fromm, *El Amor a la Vida* (1983) [*Über die Liebe zum Leben*], Barcelone, Paidós, 2016 (4<sup>e</sup> réimpr.), p. 15-250.

<sup>110</sup> E. Fromm, *Las Cadenas de la Ilusión...*, *op. cit. supra* note 108, p. 240 et 250-251.

<sup>111</sup> E. Morin, *Vers l'abîme?* Paris, L'Herne, 2012, p. 9, 24-25 et 40-41.

<sup>112</sup> *Ibid.*, p. 27, 30, 59, 85, 89, 126 et 181.

<sup>113</sup> E. Morin, *Breve historia de la Barbarie en Occidente*, Barcelone, Paidós, 2009, p. 94; voir également p. 60 et 92-93.

violence and evil<sup>114</sup>. Looking back to the Book of Genesis, he saw it fit to recall that

“Cain and Abel — the first children on earth — discovered they were enemies. Although they were brothers, one became the murderer and the other the victim. What lesson should we learn from this? Two men may be brothers and nonetheless want to kill each other. And also: whoever does the killing, kills his brother. But it is only later that we learn this.”<sup>115</sup>

109. Turning attention to the threat of nuclear weapons, Wiesel sharply criticized the already prevailing attitude of indifference to it: “the world, today, seems astonishingly indifferent to the nuclear question”, — an attitude which he found not understandable<sup>116</sup>. And he added that

“Indifference (. . .) can also become contagious. (. . .) Indifference can, moreover, serve as a measure of the progress of the evil that is undermining society. (. . .) Here again, memory alone can awaken us. If we remember what happened forty years ago, there is a chance we can prevent further disasters. Otherwise, we are at risk of being the victims of our own indifference. For if we are indifferent to the lessons of our past, we will be indifferent to the hopes inherent in our future. (. . .) My fear is this: if we forget, we will be forgotten. (. . .) If we remain indifferent to our fate, (. . .) there will be no one left to tell our story.”<sup>117</sup>

110. In effect, already in the early twentieth century, Henri Bergson, in his monograph *La conscience et la vie* (1911), devoted attention to the search for meaning in life: to him, to live with consciousness is to remember the past (memory) in the present, and to anticipate the future<sup>118</sup>. In his own words, “To remember what is no longer, to anticipate what does not yet exist, that is the first function of consciousness. (. . .) Consciousness is a link between what was and what will be, a bridge between the past and the future.”<sup>119</sup>

111. Also in international legal doctrine, there have been those who have felt the need to move away from State voluntarism and acknowledge the

<sup>114</sup> E. Wiesel, *Silences et mémoires d'hommes*, Paris, Ed. du Seuil, 1989, pp. 166, 173 and 175.

<sup>115</sup> *Ibid.*, pp. 167-168.

<sup>116</sup> *Ibid.*, p. 174, and cf. p. 170 [translation by the Registry].

<sup>117</sup> *Ibid.*, pp. 175-176 [translation by the Registry].

<sup>118</sup> H. Bergson, *La conscience et la vie* [1911], Paris, PUF, 2012 [reprint], pp. 10-11, 13 and 26.

<sup>119</sup> *Ibid.*, pp. 5-6 [translation by the Registry].

prête attention au monde où il vit<sup>114</sup>. Evoquant la Genèse, il juge utile de rappeler ce qui suit :

«Caïn et Abel — les premiers enfants sur terre — se découvrirent ennemis. Bien que frères, l'un devint l'assassin ou la victime de l'autre. L'enseignement que nous devrions en tirer? Deux hommes peuvent être frères et néanmoins désireux de s'entretuer. Et aussi: quiconque tue, tue son frère. Seulement cela, on l'apprend plus tard.»<sup>115</sup>

109. Quant aux armes nucléaires, Wiesel critiquait sévèrement l'indifférence générale qui, déjà, se manifestait à leur égard: «le monde, aujourd'hui, nous paraît étonnamment indifférent vis-à-vis de la question nucléaire» — trouvant incompréhensible pareille attitude<sup>116</sup>. Il ajoutait ce qui suit :

«L'indifférence ... peut elle aussi devenir contagieuse... L'indifférence permet également de mesurer la progression du mal qui mine la société... Là encore, la mémoire seule peut nous réveiller. Si nous nous souvenons de ce qui s'est passé il y a quarante ans, nous avons une possibilité d'empêcher de nouvelles catastrophes. Sinon, nous risquons d'être les victimes de notre propre indifférence. Car si nous sommes indifférents aux leçons de notre passé, nous le serons aux espoirs inhérents à notre avenir... Voici mon angoisse: si nous oublions, nous serons oubliés... Si nous restons indifférents à notre sort, ... il ne restera personne pour raconter notre histoire.»<sup>117</sup>

110. En fait, dès le début du XX<sup>e</sup> siècle, le philosophe Henri Bergson, dans *La conscience et la vie* (1911), s'était intéressé à la recherche du sens de la vie: pour lui, l'être conscient devait se souvenir du passé (importance de la mémoire), être attentif au présent et savoir anticiper l'avenir<sup>118</sup>. Voici ce qu'il a écrit à ce sujet: «Retenir ce qui n'est déjà plus, anticiper sur ce qui n'est pas encore, voilà donc la première fonction de la conscience... [L]a conscience est un trait d'union entre ce qui a été et ce qui sera, un pont jeté entre le passé et l'avenir.»<sup>119</sup>

111. Certains théoriciens du droit international ont également éprouvé le besoin de se détourner de la doctrine du volontarisme d'Etat et de

<sup>114</sup> E. Wiesel, *Silences et mémoires d'hommes*, Paris, Ed. du Seuil, 1989, p. 166, 173 et 175.

<sup>115</sup> *Ibid.*, p. 167-168.

<sup>116</sup> *Ibid.*, p. 174; voir également p. 170.

<sup>117</sup> *Ibid.*, p. 175-176.

<sup>118</sup> H. Bergson, *La conscience et la vie* (1911), Paris, PUF, 2012 (rééd.), p. 10-11, 13 et 26.

<sup>119</sup> *Ibid.*, p. 5-6.

prevalence of conscience over the “will”. It is not my intention to dwell upon this point here, as I have dealt with it elsewhere<sup>120</sup>. For the purposes of the present dissenting opinion, suffice it to recall a couple of examples. The jurist Gustav Radbruch, at the end of his life, forcefully discarded legal positivism, always subservient to power and the established order, and formulated his moving conversion and profession of faith in jusnaturalism<sup>121</sup>. His lucid message was preserved and has been projected in time<sup>122</sup>, thanks to the devotion of his students and disciples of the School of Heidelberg.

112. There are further examples of doctrinal endeavours to put limits to State voluntarism, such as the jusnaturalist construction of, e.g., Alfred Verdross, — as from the *idée du droit*, — of an objective law finding expression in the general principles of law, preceding positive international law<sup>123</sup>; or else the conception of the *droit spontané*, of Roberto Ago, upholding the spontaneous formation (emanating from human conscience, well beyond the “will” of individual States) of new rules of international law<sup>124</sup>.

113. In the view of Albert de La Pradelle, the conception of the formation of international law on the strict basis of reciprocal rights and duties only of States is “extremely grave and dangerous”<sup>125</sup>. International law is a “law of the human community”, encompassing, besides States, also peoples and human beings; it is the “law of all mankind”, on the foundations of which are the general principles of law<sup>126</sup>. To de La Pradelle, this “*droit de l’humanité*” is not static, but rather dynamic, attentive to human values, in the line of jusnaturalist thinking<sup>127</sup>.

114. “Juridical conscience” is invoked in lucid criticisms of legal positivism<sup>128</sup>. Thus, in his monograph-plea (of 1964) against nuclear weap-

<sup>120</sup> Cf. A. A. Cançado Trindade, *International Law for Humankind — Towards a New Jus Gentium*, 2nd rev. ed., Leiden/The Hague, Nijhoff/the Hague Academy of International Law, 2013, pp. 141-147 and 153-161.

<sup>121</sup> Cf. G. Radbruch, *Introducción a la Filosofía del Derecho*, 3rd ed., Mexico/Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 1965, pp. 9-180.

<sup>122</sup> Cf., e.g., R. Alexy, *The Argument from Injustice — A Reply to Legal Positivism*, Oxford University Press, 2010, pp. 3-130.

<sup>123</sup> A. Verdross, *Derecho Internacional Público*, 5th ed., Madrid, Aguilar, 1969 [reprint], pp. 15-19.

<sup>124</sup> R. Ago, “Nouvelles réflexions sur la codification du droit international”, 92 *Revue générale de droit international public* (1988), p. 540, and cf. p. 541 on “la nature non volontaire de l’origine du droit coutumier”.

<sup>125</sup> A. de La Pradelle, *Droit international public* (cours sténographié), Paris, Institut des Hautes Etudes Internationales/Centre Européen de la Dotation Carnegie, November 1932/ May 1933, p. 33, and cf. pp. 36-37.

<sup>126</sup> *Ibid.*, pp. 49-59, 149, 222 and 264.

<sup>127</sup> Cf. *ibid.*, pp. 412-413.

<sup>128</sup> Such as, e.g., those of Antonio Gómez Robledo, *Meditación sobre la Justicia* [1963], Mexico/Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 1963, pp. 179 and 185; R. Quadri, “Cours général de droit international public”, 113 *Recueil des cours de l’Académie de droit international de La Haye* (1964), pp. 326, 332, 336-337, 339 and 350-351.

reconnaître la primauté de la conscience sur la «volonté». Je ne m'attarderai pas ici sur ce point, dont j'ai déjà traité ailleurs<sup>120</sup>. Je me bornerai à rappeler quelques exemples. Le juriste Gustav Radbruch, vers la fin de sa vie, a magistralement dénoncé le positivisme juridique, toujours subordonné au pouvoir et à l'ordre établi, et a exposé en termes émouvants sa conversion et sa profession de foi dans le jusnaturalisme<sup>121</sup>. Son message lucide ne s'est pas éteint avec lui<sup>122</sup>, grâce au dévouement de ses étudiants et disciples de l'école d'Heidelberg.

112. D'autres auteurs se sont attachés à mettre en lumière les limites du volontarisme étatique, notamment Alfred Verdross, dans sa doctrine jusnaturaliste, selon laquelle une certaine idée du droit, une conception objective du droit, a trouvé son expression dans des principes généraux de droit qui préexistaient au droit international positif<sup>123</sup>, ou encore Roberto Ago, avec sa conception du droit spontané, selon laquelle le droit émane spontanément de la conscience humaine, hors la «volonté» des Etats considérés individuellement, pour former de nouvelles règles juridiques internationales<sup>124</sup>.

113. Selon Albert de La Pradelle, l'idée que le droit se développe uniquement en fonction des droits et obligations que les Etats se reconnaissent mutuellement présente un grave danger<sup>125</sup>. Il considère que le droit international est un «droit de la communauté humaine», dont les sujets ne sont pas seulement les Etats, mais sont aussi les peuples et les êtres humains; pour lui, c'est du «droit de toute l'humanité» que procèdent les principes généraux de droit<sup>126</sup>. Ce «droit de l'humanité» est dynamique, et non statique, attentif qu'il est aux valeurs humaines, comme le veulent les préceptes du jusnaturalisme<sup>127</sup>.

114. Des critiques lucides du positivisme juridique ont invoqué la «conscience juridique»<sup>128</sup>. Par exemple, dans sa monographie de 1964 en

<sup>120</sup> Voir A. A. Cançado Trindade, *International Law for Humankind — Towards a New Jus Gentium*, 2<sup>e</sup> éd. rév., Leyde/La Haye, Nijhoff/La Haye, Académie de droit international, 2013, p. 141-147 et 153-161.

<sup>121</sup> Voir G. Radbruch, *Introducción a la Filosofía del Derecho*, 3<sup>e</sup> éd., Mexico/Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 1965, p. 9-180.

<sup>122</sup> Voir, notamment, R. Alexy, *The Argument from Injustice — A Reply to Legal Positivism*, Oxford University Press, 2010, p. 3-130.

<sup>123</sup> A. Verdross, *Derecho Internacional Público*, 5<sup>e</sup> éd., Madrid, Aguilar, 1969 (réimpr.), p. 15-19.

<sup>124</sup> R. Ago, «Nouvelles réflexions sur la codification du droit international», *Revue générale de droit international public* (1988), vol. 92, p. 540; voir également p. 541 au sujet de «la nature non volontaire de l'origine du droit coutumier».

<sup>125</sup> A. de La Pradelle, *Droit international public* (cours sténographié), Paris, Institut des hautes études internationales/Centre européen de la dotation Carnegie, novembre 1932-mai 1933, p. 33; voir également p. 36-37.

<sup>126</sup> *Ibid.*, p. 49-59, 149, 222 et 264.

<sup>127</sup> Voir *ibid.*, p. 412-413.

<sup>128</sup> Entre autres, Antonio Gómez Robledo, *Meditación sobre la Justicia* (1963), Mexico/Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 1963, p. 179 et 185; R. Quadri, «Cours général de droit international public», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye (RCADI)* (1964), vol. 113, p. 326, 332, 336-337, 339 et 350-351.



ons, for example, Stefan Glaser sustained that customary international norms are those that, “according to universal conscience”, ought to regulate the international community, for fulfilling common interest and responding to the demands of justice; and he added that

“It is on this universal conscience that the main characteristic of international law is based: the belief that its norms are essential for the common good explains why they are recognized as binding rules.”<sup>129</sup>

115. This is the position that I also uphold; in my own understanding, it is the universal juridical conscience that is the ultimate material source of international law<sup>130</sup>. In my view, one cannot face the new challenges confronting the whole international community keeping in mind only State susceptibilities; such is the case with the obligation to render the world free of nuclear weapons, an imperative of *recta ratio* and not a derivative of the “will” of States. In effect, to keep hope alive it is necessary to bear always in mind humankind as a whole.

116. For my part, within the ICJ, I have deemed it fit to ponder, in my dissenting opinion in the case concerning the *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia)*, *Judgment, I.C.J. Reports 2015 (I)*, pp. 365-366, paras. 488-489), that, from Homer’s *Iliad* (late eighth or early seventh century BC) to date, individuals, indoctrinated and conditioned for war and destruction, have become objects of the struggle for domination. I recalled that this has been lucidly warned by Simone Weil, in a penetrating essay (of 1934), in which war victimizes everyone, there occurring “the substitution of the ends by the means”, transforming human life into a simple means, which can be sacrificed; individuals become unable to think, in face of the “social machine” of destruction of the spirit<sup>131</sup>.

117. The presence of evil has accompanied and marked human existence over the centuries. In the same aforementioned dissenting opinion in the case concerning the *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (2015), after drawing attention

<sup>129</sup> S. Glaser, *L’arme nucléaire à la lumière du droit international*, Paris, Pedone, 1964, p. 18 [translation by the Registry].

<sup>130</sup> Cf. A. A. Cançado Trindade, *op. cit. supra* note 120, Chap. VI, pp. 139-161.

<sup>131</sup> S. Weil, *Reflexiones sobre las Causas de la Libertad y de la Oposición Social*, Barcelona, Ed. Paidós/Universidad Autónoma de Barcelona, 1995, pp. 81-82, 84 and 130-131; S. Weil, *Réflexions sur les causes de la liberté et de l’oppression sociale*, Paris, Gallimard, 1955, pp. 124-125, and cf. pp. 114-115 and 144.

forme de plaidoyer contre les armes nucléaires, Stefan Glaser a soutenu que les règles de droit international coutumier sont celles qui, «selon la conscience universelle», devraient régler le comportement des membres de la communauté internationale dans le but de servir l'intérêt commun et de répondre aux exigences de la justice, à quoi il ajoutait ceci :

«C'est sur cette conscience universelle que repose la principale caractéristique du droit international: la conviction que ses normes sont indispensables pour le bien commun explique leur reconnaissance en tant que règles obligatoires.»<sup>129</sup>

115. Telle est la position que je défends moi-même; je considère que, en dernière analyse, c'est la conscience juridique universelle qui est la véritable source du droit international<sup>130</sup>. Je pense qu'il est impossible de résoudre les problèmes nouveaux qui se posent à la communauté internationale tout entière en ayant uniquement à l'esprit les susceptibilités des Etats; l'obligation de débarrasser le monde des armes nucléaires, par exemple, procède d'un impératif de la *recta ratio* et non de la «volonté» des Etats. Pour que l'espoir d'un succès à cet égard ne s'éteigne pas, il faut garder constamment à l'esprit que c'est le sort de l'humanité qui est en jeu.

116. En tant que membre de la Cour, j'ai jugé utile, dans l'exposé de mon opinion dissidente que j'ai joint à l'arrêt en l'affaire relative à l'*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Croatie c. Serbie)* (C.I.J. Recueil 2015 (I), p. 365-366), d'expliquer (aux paragraphes 488-489) que, de l'époque de l'*Illiade* d'Homère (fin du VIII<sup>e</sup> ou début du VII<sup>e</sup> siècle avant J.-C.) jusqu'à nos jours, les individus, endoctrinés et conditionnés pour la guerre et la destruction, sont devenus des objets de la lutte pour la domination. J'ai rappelé l'analyse lucide consacrée à ce sujet par Simone Weil dans un essai pénétrant publié en 1934; selon elle, la lutte pour le pouvoir, en fin de compte, fait de tous des victimes lorsque se produit la «substitution des moyens aux fins», qui fait des êtres humains de simples moyens pouvant être sacrifiés; les individus deviennent incapables de penser, devant une «machine sociale» devenue «une machine ... à écraser les esprits, une machine à fabriquer de l'inconscience»<sup>131</sup>.

117. La présence du mal a tout au long des siècles hanté et marqué l'existence des hommes. Dans l'opinion dissidente que je viens de mentionner (*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Croatie c. Serbie)*), j'ai d'abord appelé l'attention sur

<sup>129</sup> S. Glaser, *L'arme nucléaire à la lumière du droit international*, Paris, Pedone, 1964, p. 18.

<sup>130</sup> Voir A. A. Cançado Trindade, *op. cit. supra* note 120, chap. VI, p. 139-161.

<sup>131</sup> S. Weil, *Reflexiones sobre las Causas de la Libertad y de la Opression Social*, Barcelone, Ed. Paidós/Universidad Autónoma de Barcelona, 1995, p. 81-82, 84 et 130-131; S. Weil, *Réflexions sur les causes de la liberté et de l'oppression sociale*, Paris, Gallimard, 1955, p. 124-125; voir également p. 114-115 et 144

to “the ever-lasting presence of evil, which appears proper to the human condition, in all times”, I added:

“It is thus understandable that it has attracted the concern of, and has presented challenges to, legal thinking, in our times and previous centuries, as well as other branches of knowledge (such as, e.g., history, psychology, anthropology, sociology, philosophy and theology, among others). It has marked presence in literature as well. This long-standing concern, over centuries, has not, however, succeeded to provide an explanation for evil.

Despite the endeavours of human thinking, through history, we have not been able to rid humankind of it. Like the passing of time, the ever-lasting presence of evil is yet another mystery surrounding human beings, wherever and while they live. Whenever individuals purport to subject their fellow human beings to their ‘will’, placing this latter above conscience, evil is bound to manifest itself. In one of the most learned writings on the problem of evil, R. P. Sertillanges ponders that the awareness of evil and the anguish emanated therefrom have marked presence in all civilizations. The ensuing threat to the future of humankind has accounted for the continuous presence of that concern throughout the history of human thinking.<sup>132</sup>

Religions were the first to dwell upon the problem of evil, which came also to be considered by philosophy, history, psychology, social sciences and literature. Over the centuries, human thinking has always acknowledged the need to examine the problem of evil, its incidence in human relations, in the world wherein we live, without losing faith in human values<sup>133</sup>. Despite the perennial quest of human thinking to find answers to the problem of evil, going as far back as the Book of Job, or even further back, to the Genesis itself<sup>134</sup>, — not even theology has found an explanation for it, that is satisfactory to all.” (*I.C.J. Reports 2015 (I)*, pp. 361-362, paras. 472-474.)

118. The Scripture’s account of Cain and Abel (Genesis, Chap. 4: 8-10) through the centuries came to be regarded as the aetiology of the frag-

<sup>132</sup> R. P. Sertillanges, *Le problème du mal — l’histoire*, Paris, Aubier, 1948, pp. 5-412.

<sup>133</sup> *Ibid.*

<sup>134</sup> Cf., *inter alia*, e.g., M. Neusch, *L’énigme du mal*, Paris, Bayard, 2007, pp. 7-193; J. Maritain, *Dio e la Permissione del Male*, 6th ed., Brescia, Edit. Morcelliana, 2000, pp. 9-100; E. Fromm, *Anatomía de la Destructividad Humana*, Mexico/Madrid/Buenos Aires, Siglo XXI Edit., 2009 [reprint.], pp. 11-468; P. Ricœur, *Evil — A Challenge to Philosophy and Theology*, London, Continuum, 2007, pp. 33-72; P. Ricœur, *Le mal — Un défi à la philosophie et à la théologie*, Geneva, Ed. Labor et Fides, 2004, pp. 19-65; C. S. Nino, *Juicio al Mal Absoluto*, Buenos Aires, Emecé Edit., 1997, pp. 7-292; A. Morton, *On Evil*, N.Y./London, Routledge, 2004, pp. 1-148; T. Eagleton, *On Evil*, New Haven/London, Yale University Press, 2010, pp. 1-163; P. Dews, *The Idea of Evil*, Oxford, Wiley-Blackwell, 2013, pp. 1-234.

«la présence perpétuelle du mal, qui semble propre à la condition humaine, à toutes les époques»; j'ai ensuite exprimé les réflexions suivantes :

«On peut donc comprendre que la pensée juridique, ainsi que d'autres domaines du savoir (histoire, psychologie, anthropologie, sociologie, philosophie et théologie), s'y soit intéressée et heurtée, à notre époque comme aux siècles passés. Il en va de même pour la littérature. Cette réflexion pérenne, égrenée au fil des siècles, n'est toutefois pas parvenue à expliquer l'existence du mal.

Malgré les efforts déployés tout au long de l'histoire, l'humanité n'a pas été capable de se débarrasser de ce fléau. Comme le passage du temps, la présence perpétuelle du mal reste l'un des mystères qui entoure les êtres humains, où qu'ils soient et tant qu'ils vivent. Quand des individus prétendent soumettre leurs semblables à leur «volonté», en plaçant celle-ci au-dessus de leur conscience, le mal se manifeste inévitablement. Dans l'un des meilleurs ouvrages sur la question du mal, R. P. Sertillanges rappelle que toutes les civilisations sont marquées par la conscience du mal et l'angoisse que celle-ci génère. Cette menace sur l'avenir de l'espèce humaine justifie l'omniprésence d'une telle préoccupation tout au long de l'histoire de la pensée humaine<sup>132</sup>.

Les religions ont été les premières à étudier la question du mal, sujet dont la philosophie, l'histoire, la psychologie, les sciences sociales et la littérature se sont ensuite emparées. Tout au long des siècles, l'homme, conscient du monde dans lequel il vit et sans perdre foi en ses valeurs<sup>133</sup>, a toujours ressenti le besoin d'analyser cette question et ses incidences sur les relations humaines. En dépit de cette quête pérenne de réponses à la question du mal — qui remonte au Livre de Job, voire à la Genèse elle-même<sup>134</sup> —, aucune explication satisfaisante pour tous n'a été trouvée, même par la théologie.» (*C.I.J. Recueil 2015 (I)*, p. 361-362, par. 472-474.)

118. La légende de Caïn et d'Abel (Genèse, chap. 4: 8-10) en est venue au fil des siècles à symboliser l'indifférence de chacun au sort des autres,

<sup>132</sup> R. P. Sertillanges, *Le problème du mal — l'histoire*, Paris, Aubier, 1948, p. 5-412.

<sup>133</sup> *Ibid.*

<sup>134</sup> Voir, notamment, M. Neusch, *L'énigme du mal*, Paris, Bayard, 2007, p. 7-193; J. Maritain, *Dio e la Permissione del Male*, 6<sup>e</sup> éd., Brescia, Edit. Morcelliana, 2000, p. 9-100; E. Fromm, *Anatomía de la Destructividad Humana*, Mexico/Madrid/Buenos Aires, Siglo XXI Edit., 2009 (réimpr.), p. 11-468; P. Ricœur, *Evil — A Challenge to Philosophy and Theology*, Londres, Continuum, 2007, p. 33-72; P. Ricœur, *Le mal — Un défi à la philosophie et à la théologie*, Genève, Ed. Labor et Fides, 2004, p. 19-65; C. S. Nino, *Juicio al Mal Absoluto*, Buenos Aires, Emecé Edit., 1997, p. 7-292; A. Morton, *On Evil*, New York/Londres, Routledge, 2004, p. 1-148; T. Eagleton, *On Evil*, New Haven/Londres, Yale University Press, 2010, p. 1-163; P. Dews, *The Idea of Evil*, Oxford, Wiley-Blackwell, 2013, p. 1-234.

mentation of humankind, as from the indifference of an individual to the fate of another. The increasing disregard for human life was fostered by growing, generalized and uncontrolled violence in search of domination. This was further aggravated by ideological manipulations, and even the dehumanization of the others, the ones to be victimized. The problem of evil continues to be studied, in face of the human capacity for extreme violence and self-destruction on a large scale<sup>135</sup>. The tragic message of the Book of Genesis, in my perception, seems perennial, as contemporary as ever, in the current nuclear age.

#### IX. THE ATTENTION OF THE UNITED NATIONS CHARTER TO PEOPLES

119. It should be kept in mind that the United Nations Charter was adopted on 26 June 1945 on behalf of “we, the peoples of the United Nations”. In several provisions it expresses its concern with the living conditions of all peoples (preamble, Arts. 55, 73 (a), 76, 80), and calls for the promotion of, and universal respect for, human rights (Arts. 55 (c), 62 (2), 68, 76 (c)). It invokes the “principles of justice and international law” (Art. 1 (1)), and refers to “justice and respect for the obligations arising from treaties and other sources of international law” (preamble). It further states that the Statute of the ICJ, “the principal judicial organ of the United Nations”, forms “an integral part” of the UN Charter itself (Art. 92).

120. In the mid-1950s, Max Huber, a former judge of the PCIJ, wrote that international law has to protect also values common to humankind, attentive to respect for life and human dignity, in the line of the jusnaturalist conception of the *jus gentium*; the UN Charter, in incorporating human rights into this *droit de l'humanité*, initiated a new era in the development of international law, in a way rescuing the idea of the *civitas maxima*, which marked presence already in the historical origins of the

---

<sup>135</sup> Cf., moreover, *inter alia*, e.g., [Various Authors], *Le Mal* (ed. C. Crignon), Paris, Flammarion, 2000, pp. 11-232; J. Waller, *Becoming Evil*, 2nd ed., Oxford University Press, 2007, pp. 3-330; S. Baron-Cohen, *The Science of Evil — On Empathy and the Origins of Cruelty*, N.Y., Basic Books, 2012, pp. 1-243; L. Svendsen, *A Philosophy of Evil*, Campaign/London, Dalkey Archive Press, 2011 [reprint], pp. 9-282; M. Salvioli, *Bene e Male — Variazioni sul Tema*, Bologna, Ed. Studio Domenicano (ESD), 2012, pp. 11-185; D. Livingstone Smith, *Less than Human*, N.Y., St. Martin's Press, 2011, pp. 1-316; R. Safranski, *El Mal, o el Drama de la Libertad*, 4th ed., Barcelona, Tusquets Edit., 2014, pp. 15-281; S. Neiman, *Evil in Modern Thought*, 2nd ed., Princeton/Oxford, Princeton University Press, 2015, pp. 1-359; J.-C. Guillebaud, *Le tourment de la guerre*, Paris, Ed. de l'Iconoclaste, 2016, pp. 9-390.

cause profonde de la fragmentation de la société humaine. La volonté de puissance et la violence généralisée et incontrôlée qui en est l'instrument sont à l'origine du mépris de la vie qui se manifeste de plus en plus. Cette tendance a été exacerbée par l'influence d'idéologies manipulatrices qui sont allées jusqu'à inciter à la négation de l'humanité de l'autre, réduit à l'état de victime. L'étude du problème du mal garde toute sa pertinence maintenant que l'humanité s'est dotée d'énormes moyens de pratiquer l'extrême violence et de s'autodétruire<sup>135</sup>. Le message profondément tragique que nous a transmis la Genèse, dont l'actualité est manifeste à l'ère nucléaire où nous vivons, me semble, hélas, voué à rester éternellement vrai.

#### IX. LA PLACE QUE FAIT AUX PEUPLES LA CHARTE DES NATIONS UNIES

119. Il importe de ne pas perdre de vue que c'est au nom des «peuples des Nations Unies» que la Charte a été adoptée le 26 juin 1945. Plusieurs dispositions de la Charte montrent que ses auteurs se préoccupaient des conditions d'existence de tous les peuples (préambule, art. 55, 73 a), 76, 80), et voulaient promouvoir et faire universellement respecter les droits de l'homme (art. 55 c), 62 2), 68, 76 c)). La Charte invoque les «principes de la justice et du droit international» (art. 1, par. 1) et fait référence à «la justice et [au] respect des obligations nées des traités et autres sources de droit international» (préambule). Il y est dit aussi que le Statut de la Cour internationale de Justice, «organe judiciaire principal des Nations Unies», «fait partie intégrante» de la Charte (art. 92).

120. Vers le milieu des années 1950, Max Huber, ancien juge à la CPJI, a écrit que le droit international devait protéger également les valeurs communes de l'humanité et être attentif au respect de la vie et de la dignité humaine, selon les préceptes de la conception junsaturaliste du *ius gentium*; selon lui, l'incorporation des droits de l'homme à ce *droit de l'humanité* inaugurerait une ère nouvelle du développement du droit international, réhabilitant en quelque sorte l'idée de la *civitas maxima*,

---

<sup>135</sup> Voir, entre autres, *Le Mal* (ouvrage collectif publié sous la dir. de C. Crignon), Paris, Flammarion, 2000, p. 11-232; J. Waller, *Becoming Evil*, 2<sup>e</sup> éd., Oxford University Press, 2007, p. 3-330; S. Baron-Cohen, *The Science of Evil — On Empathy and the Origins of Cruelty*, New York, Basic Books, 2012, p. 1-243; L. Svendsen, *A Philosophy of Evil*, Champaign/Londres, Dalkey Archive Press, 2011 (réimpr.), p. 9-282; M. Salvioi, *Bene e Male — Variazioni sul Tema*, Bologne, Ed. Studio Domenicano (ESD), 2012, p. 11-185; D. Livingstone Smith, *Less than Human*, New York, St. Martin's Press, 2011, p. 1-316; R. Safranski, *El Mal, o el Drama de la Libertad*, 4<sup>e</sup> éd., Barcelone, Tusquets Ed., 2014, p. 15-281; S. Neiman, *Evil in Modern Thought*, 2<sup>e</sup> éd., Princeton/Oxford, Princeton University Press, 2015, p. 1-359; J.-C. Guillebaud, *Le tourment de la guerre*, Paris, Ed. de l'Iconoclaste, 2016, p. 9-390.

law of nations. The UN Charter's attention to peoples, its principled position for the protection of the human person, much transcends positive domestic law and politics<sup>136</sup>.

121. The new vision advanced by the UN Charter, and espoused by the law of the United Nations, has, in my perception, an incidence upon judicial settlement of international disputes. Thus, the fact that the ICJ's mechanism for the handling of contentious cases is an inter-State one, does not mean that its reasoning should also pursue a strictly inter-State dimension; that will depend on the nature and substance of the cases lodged with it. And there have been several cases lodged with the Court that required a reasoning going well beyond the inter-State dimension<sup>137</sup>. Such reasoning beyond the inter-State dimension is faithful to the UN Charter, the ICJ being "the principal judicial organ of the United Nations" (Art. 92).

<sup>136</sup> Max Huber, *La pensée et l'action de la Croix-Rouge*, Geneva, CICR, 1954, pp. 26, 247, 270, 286 and 291.

<sup>137</sup> Cf., e.g., the case of *Nottebohm (Liechtenstein v. Guatemala)* (1955, pertaining to double nationality); the cases of the *Trial of Pakistani Prisoners of War (Pakistan v. India)* (1973), of the *Hostages (United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran (United States of America v. Iran))* case (1980); of the *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)* case (1996 and 2007); of the *Frontier Dispute (Burkina Faso/Republic of Mali)* (1986); the triad of cases concerning consular assistance — namely, the cases *Vienna Convention on Consular Relations (Paraguay v. United States of America)* (1998), the case *LaGrand (Germany v. United States of America)* (2001), the case *Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America)* (2004); the case of *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)* (2000), concerning grave violations of human rights and of international humanitarian law; of the *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. Nigeria)* (1996); of *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)* (2009 and 2012), pertaining to the principle of universal jurisdiction under the UN Convention against Torture; of *Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo)* (2010) (on detention and expulsion of a foreigner), of the *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy; Greece intervening)* (2010 and 2012); of the *Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Georgia v. Russian Federation)* (2011); of the *Request for Interpretation of the Judgment of 15 June 1962 in the Case concerning the Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand)* (*Cambodia v. Thailand*) (provisional measures, 2011); of the *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia)* (2015). To those cases one can add the two most recent Advisory Opinions of the ICJ, on the *Accordance with International Law of the Unilateral Declaration of Independence in Respect of Kosovo* (2010); and on a *Judgment No. 2867 of the Administrative Tribunal of the International Labour Organization upon a Complaint Filed against the International Fund for Agricultural Development* (2012).

notablement présente dès le début de l'histoire de la formation du droit des nations. Il ajoutait que la place faite aux peuples par les auteurs de la Charte et leur volonté de pourvoir sur la base de principes à la protection de la personne humaine montraient que ce texte fondamental transcendait largement le positivisme du droit interne et des politiques des Etats<sup>136</sup>.

121. La nouvelle vision du monde proposée par la Charte et exprimée dans le droit des Nations Unies influe, selon moi, sur le règlement judiciaire des différends internationaux. Je considère en effet que le fait que les procédures contentieuses engagées devant elle opposent des Etats ne signifie aucunement que la Cour doive raisonner ses décisions dans une perspective strictement interétatique; son mode de raisonnement doit dépendre de la nature et de l'objet de chaque différend, et de fait, pour trancher un certain nombre de différends, elle a dû suivre un raisonnement qui dépassait largement cette dimension interétatique<sup>137</sup>. Ce type de raisonnement, qui va au-delà de la dimension interétatique d'une affaire, est fidèle à la Charte, qui a fait de la Cour internationale de Justice l'«organe judiciaire principal des Nations Unies» (art. 92).

<sup>136</sup> Max Huber, *La pensée et l'action de la Croix-Rouge*, Genève, CICR, 1954, p. 26, 247, 270, 286 et 291.

<sup>137</sup> Voir, notamment, les affaires suivantes: *Affaire Nottebohm (Liechtenstein c. Guatemala)* (1955, affaire relative à la double nationalité); *Procès de prisonniers de guerre pakistanais (Pakistan c. Inde)* (1973); *Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran (Etats-Unis d'Amérique c. Iran)* (1980); *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)* (1996 et 2007); *Différend frontalier (Burkina Faso/République du Mali)* (1986). Voir également trois affaires relatives à l'assistance consulaire: *Convention de Vienne sur les relations consulaires (Paraguay c. Etats-Unis d'Amérique)* (1998); affaire *LaGrand (Allemagne c. Etats-Unis d'Amérique)* (2001); *Avena et autres ressortissants mexicains (Mexique c. Etats-Unis d'Amérique)* (2004). Voir aussi: *Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda)* (2000) (l'une de plusieurs affaires concernant des violations graves des droits de l'homme et du droit international humanitaire); *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria (Cameroun c. Nigéria)* (1996); *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal)* (2009 et 2012) (affaire relative à l'exercice de la compétence universelle en application de la convention contre la torture); *Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo)* (2010) (affaire relative à la détention et l'expulsion d'un étranger); *Immunités juridictionnelles de l'Etat (Allemagne c. Italie; Grèce (intervenant))* (2010 et 2012); *Application de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (Géorgie c. Fédération de Russie)* (2011); *Demande en interprétation de l'arrêt du 15 juin 1962 en l'affaire du Temple de Préah Vihear (Cambodge c. Thaïlande)* (*Cambodge c. Thaïlande*) (mesures conservatoires, 2011); *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Croatie c. Serbie)* (2015). Aux arrêts et ordonnances rendus dans ces affaires, on pourrait ajouter les deux avis consultatifs les plus récents émis par la Cour: *Conformité au droit international de la déclaration unilatérale d'indépendance relative au Kosovo* (2010) et *Jugement n° 2867 du Tribunal administratif de l'Organisation internationale du Travail sur requête contre le Fonds international de développement agricole* (2012).



122. Recently, in one of such cases, that of the *Application of the Convention against Genocide*, in my extensive dissenting opinion appended thereto, I have deemed it fit, *inter alia*, to warn that

“The present case concerning the *Application of the Convention against Genocide* provides yet another illustration of the pressing need to overcome and move away from the dogmatic and strict inter-State outlook, even more cogently. In effect, the 1948 Convention against Genocide, adopted on the eve of the Universal Declaration of Human Rights, is not State-centred, but rather *people-centred*. The Convention against Genocide cannot be properly interpreted and applied with a strict State-centred outlook, with attention turned to inter-State susceptibilities. Attention is to be kept on the *justiciables*, on the victims — real and potential victims — so as to impart justice under the Genocide Convention.” (*I.C.J. Reports 2015 (I)*, p. 368, para. 496.)

123. In a report in the early 1990s, a former UN Secretary-General, calling for a “concerted effort” towards complete disarmament, rightly pondered that “[i]n today’s world, societies can no longer afford to solve problems by the use of force. (. . .) [O]ne of the most important means of reducing violence in inter-State relations is disarmament”<sup>138</sup>. There followed the cycle of World Conferences of the United Nations during the 1990s, in a commendable endeavour of the United Nations *to go beyond and transcend the purely inter-State dimension*, imbued of a spirit of solidarity, so as to consider the challenges for the future of humankind.

124. Those UN World Conferences disclosed a growing awareness of the international community as a whole, and entered into a continuing universal dialogue between UN Member States and entities of the civil societies, — which I well remember, having participated in it<sup>139</sup>, — so as to devise the new international agenda in the search of common solutions for the new challenges affecting humankind as a whole. In focusing attention on vulnerable segments of the populations, the immediate concern

---

<sup>138</sup> B. Boutros-Ghali, “New dimensions of arms regulation and disarmament in the post-Cold War era — Report of the Secretary-General”, N.Y., United Nations, 1993, para. 46.

<sup>139</sup> E.g., in the UN Conference on Environment and Development (Rio de Janeiro, 1992, in its World NGO Forum) and in the II World Conference on Human Rights (Vienna, 1993, in the same Forum and in its Drafting Committee).

122. Au sujet d'une affaire récente qui appelait ce mode de raisonnement (*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Croatie c. Serbie)*), j'ai jugé utile, dans le long exposé de mon opinion dissidente que j'ai joint à l'arrêt sur les exceptions préliminaires rendu le 3 février 2015, d'exprimer les réflexions suivantes :

« La présente affaire relative à l'*Application de la convention sur le génocide* montre une nouvelle fois, de manière encore plus convaincante, qu'il faut impérativement dépasser la conception interétatique dogmatique et stricte, et s'en éloigner. En effet, la convention de 1948 sur le génocide — adoptée à la veille de la Déclaration universelle des droits de l'homme — est non pas *axée* sur l'Etat, mais sur la *personne*. Elle ne peut pas être interprétée et appliquée correctement selon une conception stricte centrée sur l'Etat et donnant la priorité à la susceptibilité des Etats. C'est aux *justiciables*, aux victimes — réelles et potentielles — qu'il convient de continuer d'accorder la priorité pour rendre la justice en vertu de la convention sur le génocide. » (*C.I.J. Recueil 2015 (I)*, p. 368, par. 496.)

123. Dans un rapport publié au début des années 1990, le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies, appelant à « un effort concerté » devant aboutir au désarmement complet, avait judicieusement observé que, « [d]ans le monde d'aujourd'hui, les nations ne [pouvaient] plus se permettre de résoudre les problèmes par la force ». Il ajoutait que « le désarmement [était] l'un des moyens les plus importants de réduire la violence dans les relations entre Etats »<sup>138</sup>. Par la suite, jusqu'à la fin des années 1990, les Nations Unies ont organisé une série de conférences mondiales où s'est manifestée l'intention louable de *dépasser et transcender la dimension strictement interétatique* et d'examiner dans un esprit de solidarité les problèmes mettant en jeu l'avenir de l'humanité.

124. Ces conférences mondiales ont montré que la communauté internationale dans son ensemble, de plus en plus consciente de ces problèmes, entendait que s'engage un dialogue permanent entre les Etats Membres de l'ONU et les organisations de la société civile — dialogue dont j'ai gardé le souvenir, ayant eu l'occasion d'y participer<sup>139</sup> —, en vue d'établir le nouvel agenda mondial pour la recherche de solutions arrêtées en commun aux problèmes intéressant l'humanité tout entière. Cette série mémo-

<sup>138</sup> B. Boutros-Ghali, « Nouvelles dimensions de la réglementation des armements et du désarmement dans la période de l'après-guerre froide — Rapport du Secrétaire général », New York, Nations Unies, 1993, par. 46.

<sup>139</sup> Ce dialogue a eu lieu, par exemple, dans le cadre de la première conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement (Rio de Janeiro, 1992), grâce à l'organisation d'un forum des organisations non gouvernementales, ou encore lors de la deuxième conférence des Nations Unies sur les droits de l'homme (Vienne, 1993), où ce même forum a pris part aux travaux du comité de rédaction.

has been with meeting basic human needs, that memorable cycle of world conferences disclosed a common concern with the deterioration of living conditions, dramatically affecting increasingly greater segments of the population in many parts of the world nowadays<sup>140</sup>.

125. The common denominator in those UN World Conferences — as I have pointed out on distinct occasions over the last two decades<sup>141</sup> — can be found in the recognition of the legitimacy of the concern of the international community as a whole with the conditions of living of all human beings everywhere. The placing of the well-being of peoples and human beings, of the improvement of their conditions of living, at the centre of the concerns of the international community, is remindful of the historical origins of the *droit des gens*<sup>142</sup>.

126. At the end of the decade and the dawn of the new millennium, the United Nations Millennium Declaration (adopted by General Assembly's resolution 55/2, of 8 September 2000) stated the determination “to eliminate the dangers posed by weapons of mass destruction” (para. II (8)), and, noticeably,

“To strive for the elimination of weapons of mass destruction, particularly nuclear weapons, and to keep all options open for achieving this aim, including the possibility of convening an international conference to identify ways of eliminating nuclear dangers.” (Para. II (9).)

---

<sup>140</sup> A growing call was formed for the pursuance of social justice *among* and *within* nations.

<sup>141</sup> A. A. Cançado Trindade, *A Proteção dos Vulneráveis como Legado da II Conferência Mundial de Direitos Humanos (1993-2013)*, Fortaleza/Brazil, IBDH/IIDH/SLADI, 2014, pp. 13-356; A. A. Cançado Trindade, “Sustainable Human Development and Conditions of Life as a Matter of Legitimate International Concern: The Legacy of the UN World Conferences”, *Japan and International Law — Past, Present and Future* (International Symposium to Mark the Centennial of the Japanese Association of International Law), The Hague, Kluwer, 1999, pp. 285-309; A. A. Cançado Trindade, “The Contribution of Recent World Conferences of the United Nations to the Relations between Sustainable Development and Economic, Social and Cultural Rights”, *Les hommes et l'environnement: Quels droits pour le vingt-et-unième siècle? — Etudes en hommage à Alexandre Kiss* (eds. M. Prieur and C. Lambrechts), Paris, Ed. Frison-Roche, 1998, pp. 119-146; A. A. Cançado Trindade, “Memória da Conferência Mundial de Direitos Humanos (Vienna, 1993)”, 87/90 *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional* (1993-1994), pp. 9-57.

<sup>142</sup> Those Conferences acknowledged that human rights do in fact permeate all areas of human activity, and contributed decisively to the reestablishment of the central position of human beings in the conceptual universe of the law of nations (*droit des gens*). Cf., on the matter, A. A. Cançado Trindade, *Evolution du droit international au droit des gens — L'accès des particuliers à la justice internationale: le regard d'un juge*, Paris, Pedone, 2008, pp. 1-187.

nable de conférences, en mettant en avant la condition des couches les plus vulnérables de la population et la nécessité de répondre aux besoins essentiels des individus, a révélé l'inquiétude largement partagée que suscitaient la dégradation des conditions d'existence dans de nombreuses régions du monde et ses conséquences désastreuses pour une part grandissante de la population<sup>140</sup>.

125. Comme j'ai eu plusieurs fois l'occasion de le dire au cours des vingt dernières années<sup>141</sup>, ces conférences mondiales avaient en commun un trait essentiel, à savoir qu'elles consacraient la légitimité des préoccupations que la détérioration des conditions d'existence constatée partout dans le monde inspirait à la communauté internationale tout entière. Ces conférences, plaçant le bien-être des peuples et des individus et l'amélioration de leurs conditions de vie au centre des préoccupations de la communauté internationale, nous invitent à un retour aux origines historiques du droit des gens<sup>142</sup>.

126. A l'aube du XXI<sup>e</sup> siècle, l'Assemblée générale des Nations Unies a adopté la déclaration du millénaire (résolution A/RES/55/2 du 8 septembre 2000), dans laquelle les Etats se sont dits résolus à «éliminer les dangers posés par les armes de destruction massive» (par. II 8)) et ont décidé

«de travailler à l'élimination des armes de destruction massive, notamment les armes nucléaires, et de n'écarter aucune solution possible pour parvenir à cet objectif, notamment en ce qui concerne la convocation éventuelle d'une conférence internationale pour définir les moyens d'éliminer les dangers nucléaires» (par. II 9)).

<sup>140</sup> On a constaté que les appels en faveur d'une plus grande justice sociale *entre* les Etats et *à l'intérieur* des nations se faisaient de plus en plus pressants.

<sup>141</sup> A. A. Cançado Trindade, *A Proteção dos Vulneráveis como Legado da II Conferência Mundial de Direitos Humanos (1993-2013)*, Fortaleza/Brésil, IBDH/IIDH/SLADI, 2014, p. 13-356; A. A. Cançado Trindade, «Sustainable Human Development and Conditions of Life as a Matter of Legitimate International Concern: The Legacy of the UN World Conferences», *Japan and International Law — Past, Present and Future* (International Symposium to Mark the Centennial of the Japanese Association of International Law), La Haye, Kluwer, 1999, p. 285-309; A. A. Cançado Trindade, «The Contribution of Recent World Conferences of the United Nations to the Relations between Sustainable Development and Economic, Social and Cultural Rights», *Les hommes et l'environnement: Quels droits pour le vingt et unième siècle? — Etudes en hommage à Alexandre Kiss* (ouvrage collectif publié sous la dir. de M. Prieur et C. Lambrechts), Paris, Ed. Frison-Roche, 1998, p. 119-146; A. A. Cançado Trindade, «Memória da Conferência Mundial de Direitos Humanos (Vienne, 1993)», *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional* (1993-1994), vol. 87/90, p. 9-57.

<sup>142</sup> Les participants à ces conférences ont en effet reconnu que l'idéal des droits de l'homme imprégnait tous les domaines de l'activité humaine et avait contribué de façon décisive à replacer les êtres humains au centre de l'appareil conceptuel du droit des nations (droit des gens). Voir à ce sujet A. A. Cançado Trindade, *Evolution du droit international au droit des gens — L'accès des particuliers à la justice internationale: le regard d'un juge*, Paris, Pedone, 2008, p. 1-187.

127. In addition to our responsibilities to our individual societies, — the UN Millennium Declaration added,

“we have a collective responsibility to uphold the principles of human dignity, equality and equity at the global level. (. . .) [W]e have a duty therefore to all the world’s people, especially the most vulnerable and, in particular, the children of the world, to whom the future belongs.

We reaffirm our commitment to the purposes and principles of the Charter of the United Nations, which have proved timeless and universal. Indeed, their relevance and capacity to inspire have increased, as nations and peoples have become increasingly interconnected and interdependent” (A/RES/55/2, paras. I (2-3)).

#### X. IMPERTINENCE OF THE SO-CALLED *MONETARY GOLD* “PRINCIPLE”

128. The distortions generated by the obsession with the strict inter-State paradigm are not hard to detect. An example is afforded, in this connection, by the ICJ’s handling of the *East Timor* case (1995): the East Timorese people had no *locus standi* to request intervention in the proceedings, not even to present an *amicus curiae*, although the crucial point under consideration was that of sovereignty over their own territory. Worse still, the interests of a third State (which had not even accepted the Court’s jurisdiction) were taken for granted and promptly safeguarded by the Court, by means of the application of the so-called *Monetary Gold* “principle” — an assumed “principle” also invoked now, two decades later, in the present case concerning the obligation of elimination of nuclear weapons!

129. Attention has to be turned to the *nature* of the case at issue, which may well require a reasoning— as the *cas d’espèce* does — moving away from “a strict State-centred voluntarist perspective” and from the “exaltation of State consent”, and seeking guidance in fundamental principles (*prima principia*), such as the principle of humanity. This is what I pointed out in my extensive dissenting opinion in the case concerning the *Application of the Convention against Genocide*, where I pondered *inter alia* that such *prima principia* confer to the international legal order “its ineluctable axiological dimension”; they “conform its *substratum*, and convey the idea of an *objective* justice, in the line of jusnaturalist thinking” (*I.C.J. Reports 2015 (I)*, p. 373, para. 517).

130. That was not the first time I made such ponderation: I had done the same, in another extensive dissenting opinion, in the case concerning

127. Toujours dans la déclaration du millénaire, les Etats, considérant que leurs responsabilités ne se limitaient pas à celles qu'ils devaient assumer envers leurs sociétés respectives, ont affirmé ce qui suit :

« nous sommes collectivement tenus de défendre, au niveau mondial, les principes de la dignité humaine, de l'égalité et de l'équité... [N]ous avons donc des devoirs à l'égard de tous les citoyens du monde, en particulier les personnes les plus vulnérables, et tout spécialement les enfants, à qui l'avenir appartient.

Nous réaffirmons notre attachement aux buts et principes énoncés dans la Charte des Nations Unies, qui ont une valeur éternelle et universelle. En fait, leur pertinence et leur importance en tant que source d'inspiration se sont accrues avec la multiplication des liens et le renforcement de l'interdépendance entre les nations et les peuples. » (A/RES/55/2, par. I 2-3.)

#### X. DÉFAUT DE PERTINENCE DU PRÉTENDU « PRINCIPE » DE L'OR MONÉTAIRE

128. Les distorsions qui résultent de l'obsession du paradigme strictement interétatique sont faciles à déceler. On en trouve un exemple dans la manière dont l'affaire du *Timor oriental* a été traitée (1995); le peuple timorais n'avait pas qualité pour demander à intervenir dans la procédure, ni même pour s'exprimer en tant qu'*amicus curiae*, alors que le point essentiel sur lequel devait se prononcer la Cour était sa souveraineté sur son propre territoire. Pis encore, la Cour a considéré qu'il allait de soi qu'elle s'empresse de protéger les intérêts d'un Etat tiers (qui n'avait même pas accepté sa juridiction obligatoire), en vertu du prétendu principe de l'*Or monétaire*, lequel, après plus de vingt ans, vient d'être à nouveau invoqué dans une affaire qui porte sur rien moins que l'obligation d'éliminer les armes nucléaires!

129. Il importe que la Cour prête attention à la *nature* de chaque affaire, ce qui peut la porter, comme cela aurait dû être le cas en l'espèce, à suivre un raisonnement qui s'écarte de la « perspective volontariste strictement centrée sur les Etats » et de la « recherche continue du consentement de l'Etat », et s'inspire des principes fondamentaux (*prima principia*), dont le principe d'humanité. C'est ce que j'ai tenu à faire valoir dans le long exposé de mon opinion dissidente sur l'arrêt du 3 février 2015 en l'affaire relative à l'*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Croatie c. Serbie)*, où j'ai notamment expliqué que ces principes confèrent à l'ordre juridique international « sa dimension axiologique inévitable » et le sous-tendent « en exprimant l'idée d'une justice *objective* propre au droit naturel » (*C.I.J. Recueil 2015 (I)*, p. 373, par. 517).

130. J'avais déjà formulé ces observations au paragraphe 213 de l'opinion dissidente, elle aussi fort longue, que j'avais jointe à l'arrêt du

the *Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Georgia v. Russian Federation)* [hereinafter *CERD*]. In my subsequent aforementioned dissenting opinion in the case concerning the *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* I expressed my dissatisfaction that in a case pertaining to the interpretation and application of the Convention against Genocide, the ICJ even made recourse to the so-called *Monetary Gold* “principle”<sup>143</sup>, which had no place in a case like that, and “which does not belong to the realm of the *prima principia*, being nothing more than a concession to State consent, within an outdated State voluntarist framework” (*I.C.J. Reports 2015 (I)*, p. 374, para. 519).

131. May I, in the present dissenting opinion, this time in the case of *Obligations concerning Negotiations relating to Cessation of the Nuclear Arms Race and to Nuclear Disarmament*, again leave on the records my dissatisfaction for the same reason. Once again, may I stress that the adjudication of a case like the present one shows the need to go beyond the strict inter-State outlook. The fact that the mechanism for the adjudication of contentious cases before the ICJ is an inter-State one, does not at all imply that the Court’s reasoning should likewise be strictly inter State. In the present case concerning nuclear weapons and the obligation of nuclear disarmament, it is necessary to focus attention on peoples, rather than on inter-State susceptibilities. It is imperative to keep in mind the world population, in pursuance of a humanist outlook, in the light of the *principle of humanity*.

## XI. THE FUNDAMENTAL PRINCIPLE OF THE JURIDICAL EQUALITY OF STATES

132. The present case of *Obligations concerning Negotiations relating to Cessation of the Nuclear Arms Race and to Nuclear Disarmament* stresses the utmost importance of the principle of the juridical equality of States. The importance attributed to fundamental principles, the idea of an objective justice, and its incidence upon the laws, go back in time, being deeply-rooted in jusnaturalist thinking. If laws are deprived of justice, they no longer oblige in conscience. Ethics cannot be dissociated from law; in the international scenario, each one is responsible for all the others. To the “founding fathers” of the law of nations (*droit des gens*), like Francisco de Vitoria and Francisco Suárez, the principle of equality was fundamental, in the relations among individuals, as well as among nations. Their teachings have survived the erosion of time: today, four

---

<sup>143</sup> Even if only to dismiss it (para. 116).

1<sup>er</sup> avril 2011 en l'affaire relative à l'*Application de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (Géorgie c. Fédération de Russie)*. Dans l'opinion susmentionnée (*Convention contre le génocide*), j'ai dit regretter que, dans une affaire portant sur un sujet aussi important, la Cour se soit laissée aller à invoquer le prétendu principe de l'*Or monétaire*<sup>143</sup>, qui, à mon avis, n'avait pas sa place dans une telle affaire et «ne relev[ait] pas des *prima principia*, n'étant rien de plus qu'une concession faite au consentement de l'Etat [selon] une idée dépassée de l'Etat volontariste» (*C.I.J. Recueil 2015 (I)*, p. 374, par. 519).

131. Je tiens à dire ici que j'éprouve la même déception, et pour les mêmes raisons, devant l'arrêt rendu aujourd'hui par la Cour dans une affaire qui, ne l'oublions pas, portait sur des *Obligations relatives à des négociations concernant la cessation de la course aux armes nucléaires et le désarmement nucléaire*. Je souligne une fois de plus que le règlement d'une affaire telle que celle qui vient d'être jugée exige que soit dépassée la perspective strictement interétatique. Le fait que les procédures contentieuses engagées devant elle mettent en présence des Etats n'implique aucunement que la Cour doive raisonner dans une optique étroitement interétatique. Dans une affaire qui portait sur les armes nucléaires et l'obligation de procéder au désarmement nucléaire, il aurait fallu que la Cour concentre son attention en particulier sur le sort des peuples, plutôt que sur les susceptibilités des Etats. Il est impératif, en vertu du *principe d'humanité*, de ne jamais perdre de vue que le monde est constitué de peuples.

#### XI. LE PRINCIPE FONDAMENTAL DE L'ÉGALITÉ JURIDIQUE DES ÉTATS

132. L'affaire dont je traite ici met en relief l'importance capitale du principe de l'égalité juridique des Etats. La prééminence des principes fondamentaux ainsi que l'idée d'une justice objective, et ce qu'elle implique pour les règles de droit, sont des notions anciennes, profondément ancrées dans la doctrine jusnaturaliste. Les règles de droit, si elles ne servent pas la justice, cessent de s'imposer à la conscience. L'éthique et le droit ne sauraient être dissociés ; sur la scène internationale, chaque acteur est responsable devant tous les autres. Pour les pères fondateurs du droit des nations (*droit des gens*), comme Vitoria ou Suárez, le principe d'égalité devait jouer un rôle fondamental dans les relations entre individus aussi bien qu'entre Etats. Les enseignements de ces maîtres ont bien résisté à l'épreuve du temps et, après quatre siècles et demi, le principe

<sup>143</sup> Même si elle l'a finalement écarté (par. 116).



and a half centuries later, the basic principle of equality and non-discrimination is in the foundations of the law of the United Nations itself.

133. The present case is surely not the first one before the ICJ that brings to the fore the relevance of the principle of the juridical equality of States. In the ICJ's Order (of Provisional Measures of Protection) of 3 March 2014, I have deemed it fit to point out, in my separate opinion appended thereto, that the case concerning *Questions relating to the Seizure and Detention of Certain Documents and Data (Timor-Leste v. Australia)*

“bears witness of the relevance of the principle of the juridical equality of States. The prevalence of this fundamental principle has marked a longstanding presence in the realm of international law, ever since the times of the II Hague Peace Conference of 1907, and then of the drafting of the Statute of the Permanent Court of International Justice by the Advisory Committee of Jurists, in June-July 1920. Recourse was then made, by that Committee, *inter alia*, to general principles of law, as these latter embodied the objective idea of justice. A general principle such as that of the juridical equality of States, enshrined a quarter of a century later in the United Nations Charter (Art. 2 (1)), is ineluctably intermingled with the quest for justice.

Subsequently, throughout the drafting of the 1970 UN Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Co-operation among States in accordance with the Charter of the United Nations (1964-1970), the need was felt to make it clear that stronger States cannot impose their will upon the weak, and that *de facto* inequalities among States cannot affect the weaker in the vindication of their rights. The principle of the juridical equality of States gave expression to this concern, embodying the *idée de justice*, emanated from the universal juridical conscience.” (*I.C.J. Reports 2014*, p. 184, paras. 44-45.)

134. And one decade earlier, in my General Course on public international law delivered at the Hague Academy of International Law (2005), I pondered that

“On successive occasions the principles of international law have proved to be of fundamental importance to humankind's quest for justice. This is clearly illustrated by the role played, *inter alia*, by the principle of juridical equality of States. This fundamental principle, — the historical roots of which go back to the II Hague Peace Conference of 1907, — proclaimed in the UN Charter and enunciated also in the 1970 Declaration of Principles, means ultimately that all States, — factually strong and weak, great and small, — are equal before international law, are entitled to the same protection under the

essentiel d'égalité et de non-discrimination fait maintenant partie des fondements du droit des Nations Unies.

133. Parmi les affaires portées devant la Cour, celle considérée ici n'est certainement pas la première à mettre en évidence l'importance du principe de l'égalité juridique des Etats. Dans l'exposé de mon opinion individuelle que j'ai cru utile de joindre à l'ordonnance en indication de mesures conservatoires prise par la Cour le 3 mars 2014 en l'affaire relative à des *Questions concernant la saisie et la détention de certains documents et données (Timor-Leste c. Australie)*, j'ai fait observer ce qui suit :

«La présente affaire témoigne de l'importance du principe de l'égalité juridique des Etats. La place prépondérante de ce principe fondamental du droit international remonte à la deuxième conférence de la paix de La Haye de 1907, et à la rédaction, en juin-juillet 1920, du Statut de la Cour permanente de Justice internationale par le Comité consultatif de juristes, qui s'était alors notamment référé aux principes généraux de droit exprimant l'idée objective de justice. Consacré vingt-cinq ans plus tard dans la Charte des Nations Unies (au paragraphe 1 de l'article 2), le principe général de l'égalité juridique des Etats est aujourd'hui immanquablement et indissociablement lié à la quête de justice.

Plus tard, au moment de la rédaction de la déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les Etats conformément à la Charte des Nations Unies (1964-1970), il est apparu nécessaire d'affirmer l'idée que les Etats puissants ne sauraient imposer leur volonté, et que des inégalités de fait entre les Etats ne devaient pas affecter la capacité des plus faibles de faire valoir leurs droits. Le principe de l'égalité juridique des Etats a donné corps à cette préoccupation et à l'idée de justice, laquelle procède de la conscience juridique universelle.» (*C.I.J. Recueil 2014*, p. 184, par. 44-45.)

134. Dix ans plus tôt environ, dans un cours général de droit international public que j'avais donné à l'Académie de droit international de La Haye (2005), j'avais également exprimé les réflexions suivantes :

«En plusieurs occasions, les principes de droit international se sont révélés être d'une importance capitale dans la quête de justice de l'humanité. En témoigne manifestement le rôle qu'a joué, entre autres, le principe de l'égalité juridique des Etats. Ce principe fondamental, qui trouve son origine dans la deuxième conférence de la paix de La Haye de 1907, et est consacré par la Charte des Nations Unies et énoncé également dans la déclaration de 1970 relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre Etats, signifie concrètement que tous les

law and before the organs of international justice, and to equality in the exercise of international rights and duties.

Despite successive attempts to undermine it, the principle of juridical equality of States has remained, from the II Hague Peace Conference of 1907 to date, one of the basic pillars of international law. It has withstood the onslaught of time, and shown itself salutary for the peaceful conducting of international relations, being ineluctably associated — as it stands — with the foundations of international law. It has been very important for the international legal system itself, and has proven to be a cornerstone of international law in the United Nations era. In fact, the UN Charter gave it a new dimension, and the principle developments such as that of the system of collective security, within the ambit of the law of the United Nations.”<sup>144</sup>

135. By the turn of the century, the General Assembly’s resolution 55/2, of 8 September 2000, adopted the United Nations Millennium Declaration, which *inter alia* upheld the “sovereign equality of all States”, in conformity with “the principles of justice and international law” (para. I (4)). Half a decade later, the General Assembly’s resolution 60/1, of 16 September 2005, adopted the World Summit Outcome, which *inter alia* expressed the determination “to establish a just and lasting peace all over the world in accordance with the purposes and principles of the [UN] Charter”, as well as “to uphold the sovereign equality of all States” (para. I (5)). In stressing therein the “vital importance of an effective multilateral system” to face current challenges to international peace and security (paras. 6-7), the international community reiterated its profession of faith in the general principles of international law.

## XII. UNFOUNDEDNESS OF THE STRATEGY OF “DETERRENCE”

136. In effect, the strategy of “deterrence”, pursued by NWS in the present context of nuclear disarmament in order to attempt to justify their own position, makes abstraction of the fundamental principle of the juridical equality of States, enshrined into the UN Charter. Factual

---

<sup>144</sup> A. A. Cançado Trindade, *International Law for Humankind — Towards a New Jus Gentium*, *op. cit. supra* note 120, pp. 84-85, and cf. pp. 62-63, 65 and 73.

Etats, puissants ou faibles, grands ou petits, sont égaux devant le droit international, ont droit à la même protection juridique et à l'égalité de traitement devant les organes judiciaires internationaux, et qu'ils sont égaux dans l'exercice de leurs droits internationaux et dans l'exécution de leurs obligations internationales.

Bien que plusieurs tentatives aient été faites pour le moderniser, le principe de l'égalité juridique des Etats est resté, depuis la deuxième conférence de la paix de La Haye de 1907, de ceux qui constituent le socle du droit international. Il a bien résisté à l'épreuve du temps et a eu un effet salutaire en ce qu'il a incité les Etats à se conduire pacifiquement dans leurs relations internationales, faisant nécessairement partie des fondements du droit international. Ce principe est un élément très important du système juridique international, dont il est l'une des pierres angulaires depuis la fondation de l'Organisation des Nations Unies. En fait, la Charte des Nations Unies lui a conféré une dimension nouvelle, en ce qu'il est maintenant l'un des principes du droit des Nations Unies sur lesquels repose notamment le système de sécurité collective.»<sup>144</sup>

135. Dans la déclaration du millénaire, adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies le 8 septembre 2000 (résolution A/RES/55/2), les Etats ont affirmé leur volonté d'assurer l'«égalité souveraine de tous les Etats», conformément «aux principes de la justice et du droit international» (par. I 4)). Cinq ans plus tard, l'Assemblée générale, par sa résolution A/RES/60/1 du 16 septembre 2005, a adopté le document final du Sommet mondial de 2005, dans lequel les Etats se sont notamment déclarés résolus «à instaurer une paix juste et durable dans le monde entier conformément aux buts et aux principes énoncés dans la Charte [des Nations Unies]» et ont réaffirmé leur «volonté de ... défendre l'égalité souveraine ... de tous les Etats» (par. I 5)). Soulignant en particulier «l'importance vitale d'un système multilatéral efficace fondé sur le droit international» pour mieux affronter les défis mettant en danger la paix et la sécurité internationales (par. 6-7), la communauté internationale a renouvelé sa profession de foi dans les principes généraux de droit international.

## XII. L'INCONSISTANCE DE LA STRATÉGIE DE «DISSUASION»

136. La stratégie dite de «dissuasion» que les Etats dotés d'armes nucléaires invoquent pour tenter de défendre leurs positions en matière de désarmement nucléaire fait abstraction du principe fondamental de l'égalité juridique des Etats, consacré par la Charte des Nations Unies. Les

---

<sup>144</sup> A. A. Cançado Trindade, *International Law for Humankind — Towards a New Jus Gentium*, *op. cit. supra* note 120, p. 84-85 ; voir également p. 62-63, 65 et 73.

inequalities cannot be made to prevail over the juridical equality of States. All UN Member States are juridically equal. The strategy of a few States pursuing their own “national security interests” cannot be made to prevail over a fundamental principle of international law set forth in the UN Charter: factual inequalities between States cannot, and do not prevail over the juridical equality of States.

137. In its 1996 Advisory Opinion on the *Threat or Use of Nuclear Weapons*, permeated with ambiguity, the ICJ gave undue weight to “the still strong adherence to the practice of deterrence” (*I.C.J. Reports 1996 (I)*, pp. 254 and 255, paras. 67 and 73) by a few NWS, to the point of beholding in it an obstacle to the formation and consolidation of *opinio juris* and a customary rule as to the illegality of nuclear weapons, leading to “a specific and express prohibition” of their use (*ibid.*, p. 255, para. 73). Here the Court assumed its usual positivist posture: in its view, the prohibition must be express, stated in positive law, even if those weapons are capable of destroying all life on earth, the whole of humankind . . .

138. The ICJ, in its Advisory Opinion of 1996, gave too much weight to the opposition of NWS as to the existence of an *opinio juris* on the unlawfulness of nuclear weapons. And this, despite the fact that, in their overwhelming majority, Member States of the United Nations stand clearly against nuclear weapons, and in favour of nuclear disarmament. The 1996 Advisory Opinion, notwithstanding, appears unduly influenced by the lack of logic of “deterrence”<sup>145</sup>. One cannot conceive, as the 1996 Advisory Opinion did, of recourse to nuclear weapons by a hypothetical State in “self-defence” at the unbearable cost of the devastating effects and sufferings inflicted upon humankind as a whole, in an “escalation to apocalypse”<sup>146</sup>.

139. The infliction of such devastation and suffering is in flagrant breach of international law, — of the ILHR, IHL and the law of the United Nations (cf. Part XIII, *infra*). It is, furthermore, in flagrant breach of norms of *jus cogens*<sup>147</sup>. The strategy of “deterrence” seems to make abstraction of all that. The ICJ, as the International Court of Justice, should have given, on all occasions when it has been called upon to pro-

<sup>145</sup> Cf. criticisms of such posture in, e.g., A. Sayed, *Quand le droit est face à son néant — Le droit à l'épreuve de l'emploi de l'arme nucléaire*, Brussels, Bruylant, 1998, pp. 79-80, 84, 88-89, 96 and 113.

<sup>146</sup> Cf. *ibid.*, p. 147, and cf. pp. 129, 133, 151, 160, 174-175, 197 and 199-200.

<sup>147</sup> On the expansion of the material content of this latter, cf. A. A. Cançado Trindade, “*Jus Cogens*: The Determination and the Gradual Expansion of Its Material Content in Contemporary International Case Law”, *XXXV Curso de Derecho Internacional Organizado por el Comité Jurídico Interamericano — 2008*, Washington, OAS General Secretariat, 2009, pp. 3-29.

inégalités de fait entre Etats ne sauraient entamer leur égalité devant le droit. Tous les Etats Membres de l'ONU sont égaux en droit. La stratégie adoptée par quelques Etats invoquant les impératifs de leur défense ne peut pas justifier la remise en question du principe fondamental de l'égalité juridique de tous les Etats énoncé, je le répète, dans la Charte; encore une fois, les inégalités de fait entre Etats ne sauraient justifier des atteintes à leur égalité juridique.

137. Dans l'avis consultatif lourd d'ambiguïtés qu'elle a émis en 1996 sur la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, la Cour a accordé un poids indu à « une adhésion encore forte à la pratique de la dissuasion » (*C.I.J. Recueil 1996 (I)*, p. 254, par. 67, et p. 255, par. 73) de la part de quelques Etats dotés d'armes nucléaires, au point d'y voir un obstacle à la formation et la consolidation d'une *opinio juris* et d'une règle de droit international coutumier quant à l'illicéité des armes nucléaires, conduisant à l'« interdiction spécifique et expresse » de leur emploi (*ibid.*, p. 255, par. 73). La Cour s'en est ainsi tenue à son optique positiviste habituelle: pour elle, il faut que l'interdiction soit expressément stipulée dans un instrument de droit positif, en dépit du fait que les armes en cause sont capables d'effacer toute trace de vie sur terre, anéantissant le genre humain...

138. Dans son avis consultatif, la Cour a accordé trop de poids à la contestation par les Etats dotés d'armes nucléaires de l'existence d'une *opinio juris* sur l'illicéité de ces armes, alors que l'écrasante majorité des Etats Membres de l'ONU réproouve manifestement leur existence et est favorable au désarmement nucléaire. L'avis consultatif de 1996 semble en tout cas avoir été indûment influencé par l'impossible logique de la « dissuasion »<sup>145</sup>. On ne peut pas imaginer — comme la Cour l'a pourtant fait dans son avis consultatif de 1996 — qu'un Etat hypothétique puisse recourir à l'arme nucléaire au nom de la « légitime défense », sachant le prix inacceptable de pareille décision, qui infligerait à l'humanité tout entière une gigantesque dévastation et d'indicibles souffrances, dans une « escalade vers l'apocalypse »<sup>146</sup>.

139. Infliger de telles dévastations et souffrances serait une violation flagrante du droit international — droit international des droits de l'homme, droit international humanitaire, droit des Nations Unies — (voir ci-après, sect. XIII), ainsi que des normes de *jus cogens*<sup>147</sup>. La stratégie de dissuasion semble faire abstraction de tout cela. La Cour internationale de *Justice*, pour être vraiment fidèle à son nom, aurait dû,

<sup>145</sup> Pour des critiques de la doctrine de la dissuasion, voir, par exemple, A. Sayed, *Quand le droit est face à son néant — Le droit à l'épreuve de l'emploi de l'arme nucléaire*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 79-80, 84, 88-89, 96 et 113.

<sup>146</sup> *Ibid.*, p. 147; voir également les pages 129, 133, 151, 160, 174-175, 197 et 199-200.

<sup>147</sup> Pour un exposé de ces normes, voir A. A. Cançado Trindade, « *Jus Cogens: The Determination and the Gradual Expansion of Its Material Content in Contemporary International Case-Law* », *XXXV Curso de Derecho Internacional Organizado por el Comité Jurídico Interamericano — 2008*, Washington, Secrétariat général de l'OEA, 2009, p. 3-29.

nounce on nuclear weapons (in the exercise of its jurisdiction on contentious and advisory matters), far greater weight to the *raison d'humanité*<sup>148</sup>, rather than to the *raison d'Etat* nourishing “deterrence”. We have to keep in mind the human person and the peoples, for which States were created, instead of relying only on what one assumes to be the *raison d'Etat*. The *raison d'humanité*, in my understanding, prevails surely over considerations of *Realpolitik*.

140. In its 1996 Advisory Opinion, the ICJ, however, at the same time, rightly acknowledged the importance of complete nuclear disarmament, asserted in the series of General Assembly resolutions, and the relevance of the corresponding obligation under Article VI of the NPT to the international community as a whole (*I.C.J. Reports 1996 (I)*, pp. 263-264, paras. 99 and 102). To the Court, this is an obligation of result, and not of mere conduct (*ibid.*, p. 264, para. 99). Yet, it did not extract the consequences of that. Had it done so, it would have reached the conclusion that nuclear disarmament cannot be hampered by the conduct of a few States — the NWS — which maintain and modernize their own arsenals of nuclear weapons, pursuant to their strategy of “deterrence”.

141. The strategy of “deterrence” has a suicidal component. Nowadays, in 2016, twenty years after the 1996 ICJ Advisory Opinion, and with the subsequent reiteration of the conventional and customary international legal obligation of nuclear disarmament, there is no longer any room for ambiguity. There is an *opinio juris communis* as to the illegality of nuclear weapons, and as to the well-established obligation of nuclear disarmament, which is an obligation of result and not of mere conduct. Such *opinio juris* cannot be erased by the dogmatic positivist insistence on an express prohibition of nuclear weapons; on the contrary, that *opinio juris* discloses that the invocation of the absence of an express prohibition is nonsensical, in relying upon the destructive and suicidal strategy of “deterrence”.

142. Such strategy is incompatible with jusnaturalist thinking, always attentive to ethical considerations (cf. Part XV, *infra*). Over half a century ago (precisely 55 years ago), the UN General Assembly had already stated, in its seminal resolution 1653 (XVI) of 1961, that the use of nuclear weapons was “contrary to the spirit, letter and aims of the United Nations”, a “direct violation” of the UN Charter, a breach of international law and of “the laws of humanity”, and “a crime against mankind and civilization” (operative para. 1). Several subsequent General Assembly resolu-

<sup>148</sup> A. A. Cançado Trindade, “La Humanización del Derecho Internacional y los Límites de la Razón de Estado”, 40 *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais* — Belo Horizonte/Brazil (2001), pp. 11-23.

chaque fois qu'il lui était donné de se prononcer sur les armes nucléaires dans l'exercice de sa fonction judiciaire (que ce soit dans une affaire contentieuse ou dans une procédure consultative), accorder beaucoup plus de poids à la *raison d'humanité*<sup>148</sup>, et beaucoup moins à la *raison d'Etat* dont procède la doctrine de la dissuasion. Il nous faut conserver le souci de la personne humaine et des peuples, dans l'intérêt desquels ont été créés les Etats, au lieu de nous préoccuper seulement de ce que nous supposons être la *raison d'Etat*. Pour moi, il ne fait aucun doute que la *raison d'humanité* doit l'emporter sur la *Realpolitik*.

140. Dans son avis consultatif de 1996, la Cour a néanmoins eu raison de reconnaître qu'il importe de procéder au désarmement nucléaire complet, comme l'a affirmé l'Assemblée générale des Nations Unies dans toute une série de résolutions, et de reconnaître aussi la pertinence pour la communauté internationale tout entière de l'obligation correspondante énoncée à l'article VI du TNP (*C.I.J. Recueil 1996 (I)*, p. 263, par. 99, et p. 264, par. 102). La Cour a considéré cette obligation comme une obligation de résultat et non de simple comportement (*ibid.*, p. 264, par. 99), sans toutefois en tirer les conséquences. Si elle l'avait fait, elle serait parvenue à la conclusion que le désarmement nucléaire ne pouvait pas être entravé par le comportement de quelques Etats — ceux dotés d'armes nucléaires — qui entretiennent et modernisent leurs arsenaux nucléaires selon leur stratégie de dissuasion.

141. La stratégie de dissuasion a quelque chose de suicidaire. Aujourd'hui, alors que vingt années se sont écoulées depuis le prononcé de l'avis consultatif de 1996, durant lesquelles a été réitérée l'obligation de droit international conventionnel et coutumier de procéder au désarmement nucléaire, il n'y a plus aucune marge d'ambiguïté. Il existe une *opinio juris communis* sur l'illicéité des armes nucléaires et sur l'obligation bien établie de procéder au désarmement nucléaire, obligation qui est de résultat, et non de simple comportement. L'insistance dogmatique des positivistes sur la nécessité d'une interdiction expresse des armes nucléaires ne saurait éclipser cette *opinio juris*, alors que celle-ci, bien au contraire, montre que l'argument du défaut d'interdiction expresse n'a réellement aucun sens, en ce qu'il repose sur la doctrine destructrice et suicidaire de la dissuasion.

142. La stratégie de dissuasion est incompatible avec les conceptions jusnaturalistes, qui ont toujours fait entrer en ligne de compte des considérations éthiques (voir plus loin, sect. XV). Ainsi, il y a plus d'un demi-siècle, l'Assemblée générale, dans sa résolution historique A/RES/1653 (XVI) de 1961, affirmait déjà que l'emploi d'armes nucléaires était «contraire à l'esprit, à la lettre et aux buts de la Charte des Nations Unies», constituait une «violation directe de la Charte» et était contraire au droit international et «aux lois de l'humanité», et qu'il

<sup>148</sup> A. A. Cançado Trindade, «La Humanización del Derecho Internacional y los Límites de la Razón de Estado», *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais* — Belo Horizonte/Brésil (2001), vol. 40, p. 11-23.



tions upheld the same understanding of resolution 1653 (XVI) of 1961 (cf. Part III, *supra*), leaving thus no room at all for ambiguity or hesitation, or to any concession.

143. Two decades ago, in the advisory proceedings of late 1995 before the ICJ, conducive to its 1996 Advisory Opinion on *Threat or Use of Nuclear Weapons*, fierce criticisms were voiced of the strategy of “deterrence”, keeping in mind the inhumane sufferings of victims of nuclear detonation, radiation and contamination<sup>149</sup>. Attention was drawn, on the occasion, to the “distortion of logic” in “deterrence”, in trying to rely on so immensely destructive weapons to keep peace, and in further trying to persuade others “to accept that for the last 50 or so years this new and more dangerous and potentially genocidal level of armaments should be credited with keeping peace”<sup>150</sup>.

144. In the aforementioned advisory proceedings, “nuclear deterrence” was dismissed as being “simply the maintenance of a balance of fear”<sup>151</sup>; it was criticized as seeking to ground itself on a “highly questionable” premise, whereby a handful of NWS feel free to “arrogate to themselves” the faculty “to determine what is world peace and security, exclusive in the context of their own” national strategies and interests<sup>152</sup>. It was contended that nuclear weapons are in breach of international law by their own nature, as weapons of catastrophic mass destruction; “nuclear deterrence” wrongfully assumes that States and individuals act rationally, leaving the world “under the nuclear sword of Damocles”, stimulating “the nuclear ambitions of their countries, thereby increasing overall instability”, and also increasing the danger of their being used “intentionally or accidentally”<sup>153</sup>.

145. The NWS, in persisting to rely on the strategy of “deterrence”, seem to overlook the above-reviewed distinct series of UN General Assembly resolutions (cf. Part III, *supra*) condemning nuclear weapons and calling for their elimination. The strategy of “deterrence” has come under strong criticism over the years, for the serious risks it carries, and for its indifference to the goal — supported by the United Nations, — of achieving a world free of nuclear weapons. Very recently, participants in the

<sup>149</sup> Cf., e.g., the testimonies of the Mayors of Hiroshima and Nagasaki, in Part XIII, *infra*.

<sup>150</sup> CR 1995/35, of 15 November 1995, p. 32 (statement of Zimbabwe).

<sup>151</sup> CR 1995/27, of 7 November 1995, p. 37 (statement of the Mayor of Nagasaki).

<sup>152</sup> *Ibid.*, p. 45, para. 14 (statement of Malaysia).

<sup>153</sup> *Ibid.*, p. 55, para. 8; and cf. pp. 60-61 and 63, paras. 17-20 (statement of Malaysia).

constituait « un crime contre l'humanité et la civilisation » (par. 1). L'Assemblée a par la suite réaffirmé les dispositions de sa résolution 1653 (XVI) (voir plus haut, sect. III), ne laissant ainsi aucune place à l'ambiguïté, à des hésitations ou à la moindre concession.

143. Lors de la procédure orale qui s'est déroulée à la fin de 1995 avant que la Cour ne rende son avis consultatif sur la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, la stratégie de dissuasion a fait l'objet de très vives critiques insistant sur les souffrances humaines causées par l'explosion d'un engin nucléaire, les radiations qu'elle dégage et la contamination de l'environnement qui en résulte<sup>149</sup>. Des intervenants ont appelé l'attention sur la « perversion de la logique » inhérente à la doctrine de la dissuasion, qui voulait que la sécurité internationale repose sur la menace d'armes immensément destructrices, et supposait que les Etats non dotés d'armes nucléaires « admettent que, depuis une cinquantaine d'années, le maintien de la paix n'[était] possible que grâce à l'accumulation sans précédent d'armements plus dangereux que jamais, qui [pouvait] conduire à un génocide »<sup>150</sup>.

144. Toujours, lors des audiences qui ont précédé le prononcé de l'avis consultatif susmentionné, la « dissuasion nucléaire » a été critiquée comme étant le « maintien de l'équilibre de la terreur »<sup>151</sup> ; elle a été critiquée aussi parce que ses tenants prétendent la fonder sur la « proposition extrêmement contestable » selon laquelle quelques Etats dotés d'armes nucléaires seraient libres de « s'arroger » le droit de « déterminer ce que sont les exigences de la paix et de la sécurité mondiales en fonction exclusivement » de leurs propres intérêts stratégiques et autres<sup>152</sup>. Il a été dit aussi que, de par leur nature même, les armes nucléaires étaient contraires au droit international, étant capables de destructions massives catastrophiques ; il a été déclaré que la dissuasion nucléaire supposait à tort que les Etats et les individus agissent rationnellement, ce qui laissait le monde « sous la menace d'une épée de Damoclès nucléaire », situation qui stimulait « les ambitions nucléaires des Etats, contribuant ainsi à aggraver l'instabilité générale », et aussi le risque d'utilisation « intentionnelle ou accidentelle » d'armes nucléaires<sup>153</sup>.

145. En insistant sur la stratégie de dissuasion, les Etats dotés d'armes nucléaires semblent tenir pour quantité négligeable les séries susmentionnées de résolutions de l'Assemblée générale (voir sect. III) condamnant les armes nucléaires et appelant à leur élimination. Au fil des années, la stratégie de « dissuasion » en est venue à être vivement critiquée pour les graves dangers qu'elle comporte et pour l'indifférence dont elle témoigne à l'objectif — soutenu par les Nations Unies — d'un monde exempt

<sup>149</sup> Voir, par exemple, le témoignage du maire d'Hiroshima et de celui de Nagasaki, à la section XIII.

<sup>150</sup> CR 1995/35, p. 32 (exposé du Zimbabwe).

<sup>151</sup> CR 1995/27 p. 37 (témoignage du maire de Nagasaki).

<sup>152</sup> *Ibid.*, p. 45, par. 14 (exposé de la Malaisie).

<sup>153</sup> *Ibid.*, p. 55, par. 8 ; voir également les pages 60-61 et 63, par. 17-20 (exposé de la Malaisie).

series of Conferences on Humanitarian Impact of Nuclear Weapons (2013-2014) strongly criticized the strategy of nuclear “deterrence”. In a statement sent to the 2014 Vienna Conference, the UN Secretary-General warned against the dangers of nuclear “deterrence”, undermining world stability (cf. Part XIX, *infra*).

146. There is here, in effect, clearly formed, an *opinio juris communis* as to the illegality and prohibition of nuclear weapons. The use or threat of use of nuclear weapons being a clear breach of international law, of international humanitarian law and of the international law of human rights, and of the UN Charter, renders unsustainable and unfounded any invocation of the strategy of “deterrence”. In my view, a few States cannot keep on insisting on “national security interests” to arrogate to themselves indefinitely the prerogative to determine by themselves the conditions of world peace, and to impose them upon all others, the overwhelming majority of the international community. The survival of humankind cannot be made to depend on the “will” of a handful of privileged States. The universal juridical conscience stands well above the “will” of individual States.

### XIII. THE ILLEGALITY OF NUCLEAR WEAPONS AND THE OBLIGATION OF NUCLEAR DISARMAMENT

#### 1. *The Condemnation of All Weapons of Mass Destruction*

147. Since the beginning of the nuclear age, it became clear that the effects of nuclear weapons (such as heat and radiation) cannot be limited to military targets only, being thus by nature indiscriminate and disproportionate in their long-term devastation, disclosing the utmost cruelty. The *opinio juris communis* as to the prohibition of nuclear weapons, and of all weapons of mass destruction, has gradually been formed, over the last decades<sup>154</sup>. If weapons less destructive than nuclear weapons have already been expressly prohibited (as is the case of biological and chemical weapons), it would be nonsensical to argue that, those which have not, by positive conventional international law, like nuclear weapons, would not likewise be illicit; after all, they have far greater and long-lasting devastating effects, threatening the existence of the international community as a whole.

<sup>154</sup> Cf., e.g., G. E. do Nascimento e Silva, “A Proliferação Nuclear e o Direito Internacional”, *Pensamiento Jurídico y Sociedad Internacional — Libro-Homenaje al Prof. A. Truyol y Serra*, Vol. II, Madrid, Universidad Complutense, 1986, pp. 877-886; C. A. Dunshee de Abranches, *Proscrição das Armas Nucleares*, Rio de Janeiro, Livr. Freitas Bastos, 1964, pp. 114-179.

d'armes nucléaires. Par exemple, tout récemment, les participants à la série de conférences sur l'impact humanitaire des armes nucléaires (2013-2014) se sont montrés très critiques à l'égard de la stratégie de la dissuasion nucléaire. Entre autres, dans une déclaration communiquée à la conférence tenue à Vienne en 2014, le Secrétaire général de l'ONU a mis en garde contre les dangers de la dissuasion nucléaire, qui selon lui compromettrait la stabilité internationale (voir plus loin, sect. XIX).

146. Il existe en effet une *opinio juris communis* bien définie sur l'illégalité et l'interdiction des armes nucléaires. Etant donné que la menace ou l'emploi de ces armes est une violation flagrante du droit international, du droit international humanitaire et du droit international des droits de l'homme, ainsi que de la Charte des Nations Unies, tout argument invoquant la stratégie de dissuasion est infondé et indéfendable. A mon sens, il est inadmissible que quelques Etats puissent continuer indéfiniment, en invoquant leurs «intérêts en matière de défense nationale», de s'arroger la prérogative de déterminer seuls les conditions de la paix mondiale, et imposer ces conditions à tous les autres Etats, qui constituent l'écrasante majorité de la communauté internationale. La survie de l'humanité ne saurait être suspendue à la «volonté» d'une poignée d'Etats privilégiés. La conscience juridique universelle est d'un ordre bien supérieur à celui de la «volonté» individuelle des Etats.

### XIII. L'ILLICÉITÉ DES ARMES NUCLÉAIRES ET L'OBLIGATION DE PROCÉDER AU DÉSARMEMENT NUCLÉAIRE

#### 1. La condamnation de toutes les armes de destruction massive

147. Depuis l'avènement de l'ère nucléaire, il est devenu manifeste qu'il était impossible de limiter à des objectifs militaires les effets des armes nucléaires (la chaleur et les radiations), effets qui, de par leur nature, s'exercent sans discrimination et sont disproportionnés en raison des dévastations et des souffrances d'une indicible cruauté qu'ils infligent. L'*opinio juris communis* sur l'interdiction des armes nucléaires et de toutes les armes de destruction massive s'est formée progressivement au cours des dernières décennies<sup>154</sup>. Alors que des armes moins destructrices que les armes nucléaires (comme les armes biologiques et chimiques) sont déjà expressément interdites, il serait insensé de prétendre que les armes qui n'ont pas été interdites par le droit international conventionnel, dont les armes nucléaires, ne sont pas de même illicites; après tout, elles ont des effets dévastateurs bien plus considérables et durables, qui mettent en péril l'existence de la communauté internationale tout entière.

<sup>154</sup> Voir, par exemple, G. E. do Nascimento e Silva, «A Proliferação Nuclear e o Direito Internacional», *Pensamiento Jurídico y Sociedad Internacional — Libro-Homenaje al Prof. A. Truyol y Serra*, vol. II, Madrid, Universidad Complutense, 1986, p. 877-886; C. A. Dunshee de Abranches, *Proscrição das Armas Nucleares*, Rio de Janeiro, Livr. Freitas Bastos, 1964, p. 114-179.

148. It may be recalled that, already in 1969, *all* weapons of mass destruction were condemned by the Institut de droit international (I.D.I.). In the debates of its Edinburgh session on the matter, emphasis was placed on the need to respect the principle of distinction (between military and non-military objectives), and the terrifying effects of the use of nuclear weapons were pointed out, — the example of the atomic bombing of Hiroshima and Nagasaki having been expressly recalled<sup>155</sup>. In its resolution of September 1969 on the matter, the Institut began by restating, in the preamble, the *prohibition of recourse to force* in international law, and the duty of protection of civilian populations in any armed conflict; it further recalled the general principles of international law, customary rules and conventions, — supported by international case law and practice, — which “clearly restrict” the extent to which the parties engaged in a conflict may harm the adversary, and warned against “the consequences which the indiscriminate conduct of hostilities and particularly the use of nuclear, chemical and bacteriological weapons, may involve for civilian populations and for mankind as a whole”<sup>156</sup>.

149. In its operative part, the aforementioned resolution of the Institut stressed the importance of the principle of distinction (between military and non-military objectives) as a “fundamental principle of international law” and the pressing need to protect civilian populations in armed conflicts<sup>157</sup>, and added, in paragraphs 4 and 7, that:

“Existing international law prohibits all armed attacks on the civilian population as such, as well as on non-military objects, notably dwellings or other buildings sheltering the civilian population, so long as these are not used for military purposes.

.....  
Existing international law prohibits the use of all weapons which, by their nature, affect indiscriminately both military objectives and non-military objects, or both armed forces and civilian populations. In particular, it prohibits the use of weapons the destructive effect of which is so great that it cannot be limited to specific military objectives or is otherwise uncontrollable (self-generating weapons), as well as of ‘blind’ weapons.”<sup>158</sup>

150. For its part, the International Law Association (ILA), in its more recent work (in 2014) on nuclear disarmament, after referring to Arti-

<sup>155</sup> Cf. *Annuaire de l’Institut de droit international* — Session d’Edimbourg (1969)-II, pp. 49-50, 53, 55, 60, 62-63, 66, 88-90 and 99.

<sup>156</sup> *Ibid.*, pp. 375-376.

<sup>157</sup> *Ibid.*, pp. 376-377, paras. 1-3, 5-6 and 8.

<sup>158</sup> *Ibid.*, pp. 376-377.

148. Il me paraît utile de rappeler que, dès 1969, l'Institut de droit international a condamné *toutes* les armes de destruction massive. Lors des débats consacrés à la question lors de sa session d'Edimbourg, les participants ont insisté en particulier sur la nécessité de respecter le principe de la distinction (entre objectifs militaires et objectifs non militaires) et ont souligné les effets terrifiants de l'emploi d'armes nucléaires, évoquant les bombardements atomiques d'Hiroshima et de Nagasaki<sup>155</sup>. Dans la résolution qu'il a adoptée en septembre 1969 sur la question, l'Institut a d'abord réaffirmé, dans le préambule, que le droit international *interdisait le recours à la force*, et rappelé ensuite que les Etats avaient le devoir de protéger les civils dans tout conflit armé; il a également rappelé les principes généraux de droit international, les règles coutumières et les conventions qui, entérinés par la jurisprudence et la pratique internationales, «limitent clairement la mesure dans laquelle les parties engagées dans un conflit peuvent nuire à l'ennemi»; et a mis en garde contre «les conséquences que la conduite indiscriminée des hostilités, et particulièrement l'emploi des armes nucléaires, chimiques et bactériologiques, peut entraîner pour les populations civiles et pour l'humanité tout entière»<sup>156</sup>.

149. Dans le dispositif de cette résolution, l'Institut a souligné l'importance du principe de distinction (entre objectifs militaires et objectifs non militaires) en tant que «principe fondamental du droit international en vigueur» et la nécessité pressante de protéger les populations civiles lors des conflits armés<sup>157</sup>; aux paragraphes 4 et 7, l'Institut a affirmé ce qui suit:

«Il est interdit par le droit international en vigueur d'attaquer, au moyen d'armes, la population civile comme telle, ainsi que tous objets non militaires, notamment les habitations ou autres constructions qui abritent la population civile, à moins qu'ils ne soient employés à des fins militaires.

.....

Est interdit par le droit international en vigueur 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 (armes «auto-génératrices»), ainsi que des armes aveugles.»<sup>158</sup>

150. L'Association de droit international, pour sa part, dans son rapport sur ses travaux les plus récents sur la question du désarmement

<sup>155</sup> Voir *Annuaire de l'Institut de droit international* — Session d'Edimbourg (1969)-II, p. 49-50, 53, 55, 60, 62-63, 66, 88-90 et 99.

<sup>156</sup> *Ibid.*, p. 375-376.

<sup>157</sup> *Ibid.*, par. 1-3, 5-6 et 8, p. 376-377.

<sup>158</sup> *Ibid.*, p. 376-377.

cle VI of the NPT, was of the view that it was not only conventional, but also an evolving customary international obligation with an *erga omnes* character, affecting “the international community as a whole”, and not only the States parties to the NPT<sup>159</sup>. It also referred to the “world-wide public opinion” pointing to “the catastrophic consequences for humankind of any use or detonation of nuclear weapons”, and added that reliance on nuclear weapons for “deterrence” was thus unsustainable<sup>160</sup>.

151. In its view, “nuclear” deterrence is not a global “umbrella”, but rather a threat to international peace and security, and NWS are still far from implementing Article VI of the NPT<sup>161</sup>. To the International Law Association, the provisions of Article VI are not limited to States parties to the NPT, “they are part of customary international law or at least evolving custom”; they are valid *erga omnes*, as they affect “the international community as a whole”, and not only a group of States or a particular State<sup>162</sup>. Thus, as just seen, learned institutions in international law, such as the IDI and the ILA, have also sustained the prohibition in international law of all weapons of mass destruction, starting with nuclear weapons, the most devastating of all.

152. A single use of nuclear weapons, irrespective of the circumstances, may today ultimately mean the end of humankind itself<sup>163</sup>. All weapons of mass destruction are illegal, and are prohibited: this is what ineluctably ensues from an international legal order of which the ultimate material source is the *universal juridical conscience*<sup>164</sup>. This is the position I have consistently sustained over the years, including in a lecture I delivered at the University of Hiroshima, Japan, on 20 December 2004<sup>165</sup>. I have done so in the line of jusnaturalist thinking, faithful to the lessons of the

<sup>159</sup> International Law Association Committee: *Nuclear Weapons, Non-Proliferation and Contemporary International Law* (Second Report: *Legal Aspects of Nuclear Disarmament*), ILA, Washington Conference, 2014, pp. 2-4.

<sup>160</sup> *Ibid.*, pp. 5-6.

<sup>161</sup> *Ibid.*, pp. 8-9.

<sup>162</sup> *Ibid.*, p. 18.

<sup>163</sup> Nagendra Singh, *Nuclear Weapons and International Law*, London, Stevens, 1959, p. 242.

<sup>164</sup> A. A. Cançado Trindade, *International Law for Humankind — Towards a New Jus Gentium*, *op. cit. supra* note 120, Chap. VI (“The Material Source of International Law: Manifestations of the Universal Juridical Conscience”), pp. 139-161.

<sup>165</sup> Text of my lecture reproduced in: A. A. Cançado Trindade, *Le droit international pour la personne humaine*, Paris, Pedone, 2012, Chap. I (“L’illicéité de toutes les armes de destruction massive au regard du droit international contemporain”), pp. 61-90;

nucléaire (2014), rappelant l'article VI du TNP, a émis l'avis que le désarmement nucléaire relevait non seulement d'une obligation conventionnelle, mais aussi d'une obligation émergente de droit international coutumier de nature à s'imposer *erga omnes*, et donc applicable à «la communauté internationale tout entière», et pas seulement aux Etats parties au TNP<sup>159</sup>. Il est également fait référence dans ce rapport à l'«opinion publique mondiale», qui s'inquiète «des conséquences catastrophiques qu'aurait pour l'humanité l'emploi ou l'explosion d'armes nucléaires, dans quelque circonstance que ce soit», et il y est dit également que, en conséquence, le système de «dissuasion» fondé sur la possession d'armes nucléaires n'est pas viable<sup>160</sup>.

151. Selon ce rapport, la «dissuasion nucléaire», loin d'être un «parapluie» protégeant le monde, constitue une menace pour la paix et la sécurité internationales, et les Etats dotés d'armes nucléaires sont encore loin de s'être conformés à l'article VI du TNP<sup>161</sup>. Les dispositions de cet article VI, toujours selon l'Association de droit international, ne s'appliquent pas seulement aux Etats parties à ce traité, mais «font partie du droit international coutumier» ou, au moins, «des règles coutumières émergentes»; elles sont valables *erga omnes* parce qu'elles concernent «la communauté internationale tout entière», et pas seulement un groupe d'Etats ou un Etat particulier<sup>162</sup>. Ainsi, comme nous venons de le voir, d'éminents organismes spécialisés dans le droit international, tels que l'Institut de droit international et l'Association de droit international, considèrent également que le droit international en vigueur interdit toutes les armes de destruction massive, à commencer par les armes nucléaires, qui sont les plus destructrices.

152. Aujourd'hui, il suffirait que des armes nucléaires soient employées une seule fois, en quelque circonstance que ce soit, pour que la survie même de l'humanité soit compromise<sup>163</sup>. Un ordre juridique international fondé avant tout sur la *conscience juridique universelle* implique nécessairement l'illicéité et l'interdiction de toutes les armes de destruction massive<sup>164</sup>. Telle est la position que j'ai constamment défendue, notamment dans une conférence que j'ai donnée à l'université d'Hiroshima (Japon) le 20 décembre 2004<sup>165</sup>. Je m'inscris en cela dans le courant de pensée jus-

<sup>159</sup> International Law Association Committee, *Nuclear Weapons, Non-Proliferation and Contemporary International Law* (Second Report: *Legal Aspects of Nuclear Disarmament*), I.L.A. Washington Conference, 2014, p. 2-4.

<sup>160</sup> *Ibid.*, p. 5-6.

<sup>161</sup> *Ibid.*, p. 8-9.

<sup>162</sup> *Ibid.*, p. 18.

<sup>163</sup> Nagendra Singh, *Nuclear Weapons and International Law*, Londres, Stevens, 1959, p. 242.

<sup>164</sup> A. A. Cançado Trindade, *International Law for Humankind — Towards a New Jus Gentium*, *op. cit. supra* note 120, chap. VI («The Material Source of International Law: Manifestations of the Universal Juridical Conscience»), p. 139-161.

<sup>165</sup> Le texte de mon exposé est reproduit dans l'ouvrage suivant: A. A. Cançado Trindade, *Le droit international pour la personne humaine*, Paris, Pedone, 2012, chap. I (L'«illicéité de toutes les armes de destruction massive au regard du droit inter-



“founding fathers” of the law of nations, keeping in mind not only States, but also peoples and individuals, and humankind as a whole.

2. *The Prohibition of Nuclear Weapons:  
The Need of a People-Centred Approach*

153. In effect, the nuclear age itself, from its very beginning (the atomic blasts of Hiroshima and Nagasaki in August 1945) can be properly studied from a people-centred approach. There are moving testimonies and historical accounts of the devastating effects of nuclear weapons, from surviving victims and witnesses<sup>166</sup>. Yet, even with the eruption of the nuclear age, attention remained focused largely on State strategies: it took some time for them gradually to shift to the devastating effects of nuclear weapons on peoples.

154. As recalled in one of the historical accounts, only at the First Conference against Atomic and Hydrogen Bombs (1955), “the victims had their first opportunity, after ten years of silence, to make themselves heard”, in that forum<sup>167</sup>. Over the last decades, there have been endeavours to shift attention from State strategies to the numerous victims and enormous damages caused by nuclear weapons, focusing on “human misery and human dignity”<sup>168</sup>. Recently, one significant initiative to this effect has been the series of Conferences on the Humanitarian Impact of Nuclear Weapons (2013-2014), which I shall survey later on in this dissenting opinion (cf. Part XIX, *infra*).

155. There has been a chorus of voices of those who have been personally victimized by nuclear weapons in distinct circumstances, — either in the atomic bombings of Hiroshima and Nagasaki (1945), or in nuclear testing (during the Cold-War era) in regions such as Central Asia and the

---

A. A. Cançado Trindade, *A Humanização do Direito Internacional*, 2nd ed., Belo Horizonte/Brazil, Edit. Del Rey, 2015, Chap. XVII (“The Illegality under Contemporary International Law of All Weapons of Mass Destruction”), pp. 361-390.

<sup>166</sup> Michihiko Hachiya, *Journal d’Hiroshima — 6 août-30 septembre 1945* [1955], Paris, Ed. Tallandier, 2015 (reed.), pp. 25-281; Toyofumi Ogura, *Letters from the End of the World — A First-Hand Account of the Bombing of Hiroshima* [1948], Tokyo/N.Y./London, Kodansha International, 2001 (reed.), pp. 15-173; Naomi Shohnho, *The Legacy of Hiroshima — Its Past, Our Future*, Tokyo, Kōsei Publ. Co., 1987 (reed.), pp. 13-140; Kenzaburo Oe, *Notes de Hiroshima* [1965], [Paris.] Gallimard, 1996 (reed.), pp. 17-230; J. Hersey, *Hiroshima* [1946], London, Penguin, 2015 [reprint], pp. 1-98.

<sup>167</sup> Kenzaburo Oe, *Hiroshima Notes* [1965], N.Y./London, Marion Boyars, 1997 (reed.), pp. 72 and 159.

<sup>168</sup> *Ibid.*, pp. 149 and 162.

naturaliste, fidèle aux enseignements des «pères fondateurs» du droit des nations et s'intéressant non seulement aux Etats, mais aussi aux peuples, aux individus et à l'humanité tout entière.

2. *L'interdiction des armes nucléaires :  
nécessité d'une optique centrée sur les peuples*

153. Je considère que seule une optique centrée sur les peuples permet d'étudier comme il convient l'ère nucléaire depuis son avènement, marqué par le largage en août 1945 de bombes atomiques sur Hiroshima et Nagasaki. D'émouvants témoignages et les travaux d'historiens attestent les effets dévastateurs des armes nucléaires, qu'ont décrits les victimes et les témoins des deux explosions<sup>166</sup>. Cependant, malgré l'avènement dramatique de l'ère nucléaire, l'attention est longtemps restée essentiellement fixée sur les stratégies des Etats; ce n'est que progressivement que s'est dégagé un courant d'idées mettant l'accent sur les effets dévastateurs que l'emploi d'armes nucléaires peut avoir sur les peuples.

154. Comme l'ont relevé des historiens, il a fallu attendre la première conférence contre les bombes atomiques et les bombes à hydrogène (1955) pour que «les victimes, après dix ans de silence, aient enfin l'occasion de se faire entendre»<sup>167</sup>. Au cours des dernières décennies, un effort a été fait pour prêter moins d'attention à la stratégie des Etats et davantage aux nombreuses victimes des armes nucléaires et aux dommages particulièrement énormes qu'elles ont causés, et pour mettre l'accent avant tout sur «les souffrances humaines et la dignité de la personne humaine»<sup>168</sup>. Une initiative importante a été prise récemment en ce sens, à savoir l'organisation d'une série de conférences sur l'impact humanitaire des armes nucléaires (2013-2014), dont je passe les travaux en revue plus loin (voir sect. XIX).

155. Les victimes des effets des armes nucléaires ont uni leurs voix, qu'elles aient subi les effets des armes nucléaires lors du bombardement d'Hiroshima et de Nagasaki (1945) ou des essais nucléaires réalisés (pendant la guerre froide) dans des régions telles que l'Asie centrale et les îles

---

national contemporain»), p. 61-90; A. A. Cançado Trindade, *A Humanização do Direito Internacional*, 2<sup>e</sup> éd., Belo Horizonte/Brésil, Edit. Del Rey, 2015, chap. XVII («The Illegality under Contemporary International Law of All Weapons of Mass Destruction»), p. 361-390.

<sup>166</sup> Michihiko Hachiya, *Journal d'Hiroshima — 6 août-30 septembre 1945* (1955), Paris, Ed. Tallandier, 2015 (rééd.), p. 25-281; Toyofumi Ogura, *Letters from the End of the World — A Firsthand Account of the Bombing of Hiroshima* (1948), Tokyo/New York/Londres, Kodansha International, 2001 (rééd.), p. 15-173; Naomi Shohno, *The Legacy of Hiroshima — Its Past, Our Future*, Tokyo, Kōsei Publ. Co., 1987 (rééd.), p. 13-140; Kenzaburo Oe, *Notes de Hiroshima* (1965), Paris, Gallimard, 1996 (rééd.), p. 17-230; J. Hersey, *Hiroshima* (1946), Londres, Penguin, 2015 (réimpr.), p. 1-98.

<sup>167</sup> Kenzaburo Oe, *Hiroshima Notes* (1965), New York/Londres, Marion Boyars, 1997 (rééd.), p. 72 et 159.

<sup>168</sup> *Ibid.*, p. 149 et 162.

Pacific. Focusing on their intensive suffering (e.g., ensuing from radioactive contamination and forced displacement)<sup>169</sup>, affecting successive generations, they have drawn attention to the humanitarian consequences of nuclear weapon detonations.

156. In addressing the issue of nuclear weapons, on four successive occasions (cf. *infra*), the ICJ appears, however, to have always suffered from inter-State myopia. Despite the clarity of the formidable threat that nuclear weapons represent, the treatment of the issue of their prohibition under international law has most regrettably remained permeated by ambiguities. The present case of *Obligations concerning Negotiations relating to Cessation of the Nuclear Arms Race and to Nuclear Disarmament* is the third time that attempts were made, by means of the lodging of contentious cases with the ICJ, to obtain its pronouncement thereon. On two prior occasions — in the *Nuclear Tests* cases (1974 and 1995)<sup>170</sup>, the Court assumed, in both of them, a rather evasive posture, avoiding to pronounce clearly on the substance of a matter pertaining to the very survival of humankind.

157. May I here briefly single out one aspect of those earlier contentious proceedings, given its significance in historical perspective. It should not pass unnoticed that, in the first *Nuclear Tests* case (*Australia v. France; New Zealand v. France*), one of the applicant States contended, *inter alia*, that the nuclear testing undertaken by the French Government in the South Pacific region violated not only the right of New Zealand that no radioactive material enter its territory, air space and territorial waters *and* those of other Pacific territories but *also* “the rights of all members of the international community, including New Zealand, that no nuclear tests that give rise to radioactive fall-out be conducted”<sup>171</sup>.

158. For its part, the other applicant State contended that it was seeking protection to the life, health and well-being of Australia’s population, in common with the populations of other States, against atmospheric nuclear tests by any State<sup>172</sup>. Thus, over three decades ago, the perspective of the Applications instituting proceedings of both New Zealand and Australia (of 1973) went clearly — and correctly so — beyond the purely inter-State dimension, as the problem at issue concerned the international community as a whole.

<sup>169</sup> Cf. J. Borrie, “Humanitarian Reframing of Nuclear Weapons and the Logic of a Ban”, 90 *International Affairs* (2014), p. 633, and cf. pp. 637, 643-644 and 646.

<sup>170</sup> Cf. *I.C.J. Reports 1974*, pp. 63-455; and cf. *I.C.J. Reports 1995*, pp. 4-23, and the position of three dissenting judges in *ibid.*, pp. 317-421.

<sup>171</sup> Application instituting proceedings (of 9 May 1973), *Nuclear Tests* case (*New Zealand v. France*), pp. 8 and 15-16, cf. pp. 4-16.

<sup>172</sup> *Ibid.*, *Nuclear Tests* case (*Australia v. France*), pp. 12 and 14, paras. 40, 47 and 49 (1).

du Pacifique. Insistant sur les cruelles souffrances qui leur ont été infligées (entre autres du fait de la contamination radioactive de l'environnement et des déplacements forcés de population qu'elle a nécessités)<sup>169</sup>, souffrances qui se sont prolongées pendant plusieurs générations, ces victimes ont appelé l'attention sur les conséquences humanitaires de l'explosion d'engins nucléaires.

156. Bien qu'elle ait été appelée à quatre reprises à traiter de la question des armes nucléaires (voir ci-après), la Cour semble avoir persisté à l'aborder dans une optique trop étroitement interétatique. Il est regrettable que, si évident que puisse être l'immense danger que fait peser l'existence des armes nucléaires, elle ait continué de traiter de la question de leur interdiction en droit international d'une manière à plusieurs égards ambiguë. L'affaire sur laquelle elle vient de se déclarer incompétente était la troisième tentative faite par la voie d'une procédure contentieuse pour obtenir qu'elle se prononce sur la question. A deux occasions précédentes — les affaires des *Essais nucléaires* (1974 et 1995)<sup>170</sup> —, la Cour s'est montrée passablement évasive, évitant de se prononcer nettement sur le fond d'une question où est en jeu la survie même de l'humanité.

157. Je vais maintenant m'arrêter brièvement à un aspect que j'estime historiquement important de l'une des deux affaires parallèles de 1974, qui opposaient à la France l'Australie et la Nouvelle-Zélande. Cette dernière soutenait notamment que les essais nucléaires réalisés par le Gouvernement français dans le Pacifique sud violaient non seulement son droit à ce que son sol, son espace aérien et sa mer territoriale soient exempts de matières radioactives, ainsi que le même droit de divers territoires du Pacifique, mais également «le droit de tous les membres de la communauté internationale, y compris la Nouvelle-Zélande, à ce qu'aucun essai nucléaire donnant lieu à des retombées radioactives ne soit réalisé»<sup>171</sup>.

158. L'Australie attendait pour sa part de la Cour qu'elle protège la vie, la santé et le bien-être de sa population, de même que de la population d'autres Etats, des effets des essais nucléaires réalisés par un Etat quelconque<sup>172</sup>. Ainsi, voici plus de trente ans, les requêtes tant de la Nouvelle-Zélande que de l'Australie dépassaient clairement — et à juste titre — la dimension strictement interétatique, parce que la question en cause intéressait la communauté internationale tout entière.

<sup>169</sup> Voir J. Borrie, «Humanitarian Reframing of Nuclear Weapons and the Logic of a Ban», *International Affairs*, vol. 90, 2014, p. 633; voir également p. 637, 643-644 et 646.

<sup>170</sup> Voir *C.I.J. Recueil 1974*, p. 63-455. Voir également *C.I.J. Recueil 1995*, p. 288, et l'exposé des opinions dissidentes de trois juges sur cette ordonnance (*ibid.*, p. 317-421).

<sup>171</sup> Requête introductive d'instance déposée par la Nouvelle-Zélande le 9 mai 1973, p. 8 et 15-16; voir également les pages 4-16.

<sup>172</sup> Requête introductive d'instance déposée par l'Australie le 9 mai 1973, p. 13 et 15, par. 40, 47 et 49 1).

159. Both Australia and New Zealand insisted on the people-centred approach throughout the legal proceedings (written and oral phases). New Zealand, for example, in its Memorial, invoked the obligation *erga omnes* not to undertake nuclear testing “owed to the international community as a whole” (paras. 207-208), adding that non-compliance with it aroused “the keenest sense of alarm and antagonism among the peoples” and States of the region wherein the tests were conducted (para. 212). In its oral arguments in the public sitting of 10 July 1974 in the same *Nuclear Tests* case, New Zealand again invoked “the rights of all members of the international community”, and the obligations *erga omnes* owed to the international community as a whole<sup>173</sup>. And Australia, for example, in its oral arguments in the public sitting of 8 July 1974, referring to the 1963 Partial Test Ban Treaty, underlined the concern of “the whole international community” for “the future of mankind” and the responsibility imposed by “the principles of international law” upon “all States to refrain from testing nuclear weapons in the atmosphere”<sup>174</sup>.

160. The outcome of the *Nuclear Test* cases, however, was rather disappointing: even though the ICJ issued orders of provisional measures of protection in the cases in June 1973 (requiring the respondent State to cease testing), subsequently, in its Judgments of 1974<sup>175</sup>, in view of the announcement of France’s voluntary discontinuance of its atmospheric tests, the ICJ found, yielding to State voluntarism, that the claims of Australia and New Zealand no longer had “any object” and that it was thus not called upon to give a decision thereon<sup>176</sup>. The dissenting judges in the case rightly pointed out that the legal dispute between the Contending Parties, far from having ceased, still persisted, since what Australia and New Zealand sought was a declaratory judgment of the ICJ stating that atmospheric nuclear tests were contrary to international law<sup>177</sup>.

---

<sup>173</sup> *I.C.J. Pleadings, Nuclear Tests (New Zealand v. France)*, Vol. II: 1973-1974, pp. 256-257 and 264-266.

<sup>174</sup> *I.C.J. Pleadings, Nuclear Tests (Australia v. France)*, Vol. I, p. 503.

<sup>175</sup> For a critical parallel between the 1973 Orders and the 1974 Judgments, cf. P. Lellouche, “The *Nuclear Tests* Cases: Judicial Silence versus Atomic Blasts”, 16 *Harvard International Law Journal* (1975), pp. 615-627 and 635; and, for further criticisms, cf. *ibid.*, pp. 614-637;

<sup>176</sup> *I.C.J. Reports 1974*, pp. 272 and 478, respectively.

<sup>177</sup> *Nuclear Tests* case, joint dissenting opinion of Judges Onyeama, Dillard, Jiménez de Aréchaga and Waldock, *ibid.*, pp. 319-322, 367-369, 496, 500, 502-504, 514 and 520-521; and cf. dissenting opinion of Judge De Castro, *ibid.*, pp. 386-390; and dissenting opinion of Judge Barwick, *ibid.*, pp. 392-394, 404-405, 436-437 and 525-528. It was further pointed out that the ICJ should thus have dwelt upon the question of the existence of rules of *customary* international law prohibiting States from causing, through atmospheric nuclear tests, the deposit of radio-active fall-out on the territory of other States; *Nuclear Tests* case, separate opinion of Judge Petrén, *I.C.J. Reports 1974*, pp. 303-306 and 488-489.

159. Tout au long de la procédure (écrite et orale), l'Australie et la Nouvelle-Zélande ont tenu à marquer qu'elles entendaient que la Cour suive une démarche centrée sur les peuples. Par exemple, dans son mémoire, la Nouvelle-Zélande invoquait l'obligation *erga omnes* de ne pas réaliser d'essais nucléaires, soulignant qu'il s'agissait d'une obligation « envers la communauté internationale tout entière » (par. 207-208), et ajoutant que l'inobservation de cette obligation suscitait dans la région où avaient lieu les essais « de très vives inquiétudes et de très vifs ressentiments parmi les peuples » et les Etats (par. 212). Lors de l'audience du 10 juillet 1974, la Nouvelle-Zélande a de nouveau invoqué « les droits de tous les membres de la communauté internationale » et l'obligation *erga omnes* susmentionnée envers la communauté internationale tout entière<sup>173</sup>. L'Australie, par exemple, lors de l'audience du 8 juillet 1974, a fait référence au traité sur l'interdiction partielle des essais nucléaires de 1963, insisté sur les inquiétudes de « toute la communauté internationale » quant à « l'avenir de l'humanité » et affirmé la responsabilité imposée « à tous les Etats » par « les principes de droit international » de « s'abstenir de procéder à des essais d'armes nucléaires dans l'atmosphère »<sup>174</sup>.

160. Le dénouement des deux affaires des *Essais nucléaires* a toutefois été plutôt décevant : alors que, par des ordonnances de juin 1973, la Cour avait indiqué des mesures conservatoires (consistant pour le défendeur à cesser ses essais nucléaires), elle a, dans ses arrêts de 1974<sup>175</sup>, cédé au volontarisme étatique et conclu que, puisque la France avait annoncé qu'elle cessait volontairement ses essais nucléaires dans l'atmosphère, les demandes de l'Australie et de la Nouvelle-Zélande étaient devenues « sans objet », et qu'il n'y avait dès lors pas lieu à statuer<sup>176</sup>. Les juges qui ont joint à chacun de ces arrêts l'exposé de leur opinion dissidente ont très justement fait observer que lesdits arrêts n'avaient nullement mis fin au différend juridique opposant les parties, étant donné que l'Australie et la Nouvelle-Zélande s'étaient adressées à la Cour en attendant d'elle qu'elle rende un arrêt déclaratoire indiquant que les essais nucléaires dans l'atmosphère étaient contraires au droit international<sup>177</sup>.

<sup>173</sup> C.I.J. *Mémoires, Essais nucléaires (Nouvelle-Zélande c. France)*, vol. II (plaidoiries), p. 256-257 et 264-266.

<sup>174</sup> C.I.J. *Mémoires, Essais nucléaires (Australie c. France)*, vol. I (plaidoiries), p. 503.

<sup>175</sup> Pour une analyse critique mettant en parallèle les ordonnances de 1973 et les arrêts de 1974, voir P. Lellouche, « The Nuclear Tests Cases: Judicial Silence versus Atomic Blasts », *Harvard International Law Journal* (1975), vol. 16, p. 615-627 et 635; pour d'autres critiques, voir *ibid.*, p. 614-637.

<sup>176</sup> C.I.J. *Recueil 1974*, p. 272 et 478, respectivement.

<sup>177</sup> *Ibid.*, opinion dissidente commune de MM. Onyeama, Dillard, Jiménez de Aréchaga et sir Humphrey Waldock, p. 319-322, 367-369, 496, 500, 502-504, 514 et 520-521; voir également *ibid.*, opinion dissidente du juge De Castro, p. 386-390; et *ibid.*, opinion dissidente du juge Barwick, p. 392-394, 404-405, 436-437 et 525-528. Il a été dit aussi, dans une opinion individuelle, que la Cour aurait dû s'arrêter à la question de l'existence de règles de droit international *coutumier* interdisant aux Etats de causer, en procédant à des essais nucléaires dans l'atmosphère, le dépôt de retombées radioactives sur le territoire d'autres Etats; C.I.J. *Recueil 1974*, opinion individuelle du juge Petrén, p. 303-306 et 488-489. Dans

161. The reticent position of the ICJ in that case was even more regrettable if one recalls that the applicants, in referring to the “psychological injury” caused to the peoples of the South Pacific region through their “anxiety as to the possible effects of radioactive fall-out on the well-being of themselves and their descendants”, as a result of the atmospheric nuclear tests, ironically invoked the notion of *erga omnes* obligations (as propounded by the ICJ itself in its *obiter dicta* in the *Barcelona Traction* case only four years earlier)<sup>178</sup>. As the ICJ reserved itself the right, in certain circumstances, to reopen the case decided in 1974, it did so two decades later, upon an Application instituted by New Zealand *versus* France. But in its Order of 22 September 1995, the ICJ dismissed the complaint, as it did not fit into the *caveat* of the 1974 Judgment, which concerned atmospheric nuclear tests; here, the complaint was directed against the underground nuclear tests conducted by France since 1974<sup>179</sup>.

162. The ICJ thus lost two historical opportunities, in both contentious cases (1974 and 1995), to clarify the key point at issue (nuclear tests). And now, with the decision it has just rendered today, 5 October 2016, it has lost a third occasion, this time to pronounce on the *Obligations concerning Negotiations relating to Cessation of the Nuclear Arms Race and to Nuclear Disarmament*, at the request of the Marshall Islands. This time the Court has found that the existence of a legal dispute has not been established before it and that it has no jurisdiction to consider the Application lodged with it by the Marshall Islands on 24 April 2014.

163. Furthermore, in the mid-1990s, the Court was called upon to exercise its advisory function, in respect of a directly related issue, that of nuclear weapons: both the UN General Assembly and the World Health Organization (WHO) opened those proceedings before the ICJ, by means of requests for an Advisory Opinion. Such requests no longer referred to nuclear tests, but rather to the question of the threat or use of nuclear weapons in the light of international law, for the determination of their illegality or otherwise.

---

It was the existence or otherwise of such customary rules that had to be determined, — a question which unfortunately was left largely unanswered by the Court in that case.

<sup>178</sup> As recalled in the joint dissenting opinion of Judges Onyeama, Dillard, Jiménez de Aréchaga and Waldock, *I.C.J. Reports 1974*, pp. 362, 368-369 and 520-521; as well as in the dissenting opinion of Judge Barwick, *ibid.*, pp. 436-437.

<sup>179</sup> Cf. *I.C.J. Reports 1995*, pp. 288-308; once again, there were dissenting opinions (cf. *ibid.*, pp. 317-421). Furthermore, petitions against the French nuclear tests in the atoll of Mururoa and in that of Fangataufa, in French Polynesia, were lodged with the European Commission of Human Rights (ECHR); cf. ECHR, case *N. N. Tauria and 18 Others v. France* (Appl. No. 28204/95), decision of 4 December 1995, 83-A *Decisions and Reports* (1995), p. 130.

161. La réticence qui a caractérisé la position de la Cour dans les deux affaires des *Essais nucléaires* était d'autant plus regrettable que les demandeurs, au sujet du «préjudice psychologique» causé aux peuples de la région du Pacifique par «les craintes que leur inspiraient les effets éventuels des retombées radioactives [résultant d'essais nucléaires dans l'atmosphère] sur leur bien-être et celui de leurs descendants», avaient invoqué la notion d'obligations *erga omnes* avancée par la Cour elle-même quatre ans seulement auparavant, dans l'*obiter dictum* qu'elle avait énoncé en l'affaire de la *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*<sup>178</sup>. La Cour, dans ses arrêts de 1974, avait ménagé la possibilité que, dans certaines circonstances, l'une ou l'autre des affaires soit rouverte, et c'est ce qui s'est effectivement produit vingt ans plus tard lorsque la Nouvelle-Zélande a déposé contre la France une nouvelle requête. Cependant, par ordonnance du 22 septembre 1995, la Cour a conclu que la demande de la Nouvelle-Zélande n'entraînait pas dans les prévisions de son arrêt de 1974, qui portait sur les essais nucléaires dans l'atmosphère, et qu'elle devait être écartée parce qu'elle concernait les essais nucléaires souterrains réalisés par la France depuis 1974<sup>179</sup>.

162. La Cour a ainsi manqué, en 1974 et en 1995, deux occasions historiques de préciser sa position sur la question, celle des *Essais nucléaires*. Elle vient d'en manquer une troisième en rendant sa décision d'aujourd'hui, grâce à laquelle elle n'a pas eu à se prononcer, comme l'en avaient priée les Iles Marshall, sur des *obligations relatives à des négociations concernant la cessation de la course aux armes nucléaires et le désarmement nucléaire*. Elle a jugé que l'existence d'un différend n'avait pas été établie et qu'elle n'avait pas compétence pour examiner la requête déposée par les Iles Marshall le 24 avril 2014.

163. Au milieu des années 1990, à la demande de l'Assemblée générale des Nations Unies et de l'Organisation mondiale de la santé (OMS), la Cour a été appelée à exercer sa fonction consultative sur une question directement liée à l'objet des affaires jugées en 1974, en 1995 et aujourd'hui, celle des armes nucléaires. Ces demandes d'avis consultatif portaient non pas sur les essais nucléaires, mais sur la licéité en droit international de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires.

---

cette affaire, la question qui appelait une réponse était de savoir s'il existait ou non de telles règles de droit international coutumier, question qui n'a malheureusement pas été véritablement tranchée par la Cour.

<sup>178</sup> Comme l'ont rappelé les juges Onyeama, Dillard, Jiménez de Aréchaga et Waldock dans leur opinion dissidente commune (*C.I.J. Recueil 1974*, p. 362, 368-369 et 520-521); ce rappel figure aussi dans l'exposé de l'opinion dissidente du juge Barwick (*ibid.*, p. 436-437).

<sup>179</sup> *C.I.J. Recueil 1995*, p. 288-308; comme les arrêts de 1974, cette ordonnance était accompagnée de l'exposé des opinions dissidentes de plusieurs juges (voir *ibid.*, p. 317-421). De plus, une requête a été déposée auprès de la Commission européenne des droits de l'homme contre la France au sujet des essais nucléaires réalisés par elle sur les atolls de Mururoa et de Fangataufa, en Polynésie française; voir Commission européenne des droits de l'homme, affaire *N. Narvii Tauria et 18 autres c. France* (requête n° 28204/95), décision du 4 décembre 1995, *Décisions et rapports*, vol. 83-A, 1995, p. 130.



164. In response to only one of the applications, that of the UN General Assembly<sup>180</sup>, the Court, in the Advisory Opinion of 8 July 1996 on the *Threat or Use of Nuclear Weapons*, affirmed that neither customary international law nor conventional international law authorizes specifically the threat or use of nuclear weapons; neither one, nor the other, contains a complete and universal prohibition of the threat or use of nuclear weapons as such; it added that such threat or use which is contrary to Article 2 (4) of the UN Charter and does not fulfil the requisites of its Article 51, is illicit; moreover, the conduct in armed conflicts should be compatible with the norms applicable in them, including those of international humanitarian law; it also affirmed the obligation to undertake in good will negotiations conducive to nuclear disarmament in all its aspects<sup>181</sup>.

165. In the most controversial part of its Advisory Opinion (resolatory point 2 E), the ICJ stated that the threat or use of nuclear weapons “would be generally contrary to the rules of international law applicable in armed conflict”, mainly those of international humanitarian law; however, the Court added that, at the present stage of international law “it cannot conclude definitively if the threat or use of nuclear weapons would be lawful or unlawful in an extreme circumstance of self-defence in which the very survival of a State would be at stake”<sup>182</sup>. The Court therein limited itself to record the existence of a legal uncertainty.

166. In fact, it did not go further than that, and the Advisory Opinion was permeated with evasive ambiguities, not avoiding the shadow of the *non liquet*, in relation to a question which affects, more than each State individually, the whole of humankind. The Advisory Opinion made abstraction of the fact that international humanitarian law applies likewise in case of self-defence, always safeguarding the principles of distinction and proportionality (which nuclear weapons simply ignore)<sup>183</sup>, and upholding the prohibition of infliction of unnecessary suffering.

---

<sup>180</sup> As the ICJ understood, as to the other application, that the WHO was not competent to deal with the question at issue, despite the purposes of that UN specialized agency at issue and the devastating effects of nuclear weapons over human health and the environment.

<sup>181</sup> *I.C.J. Reports 1996 (I)*, pp. 266-267.

<sup>182</sup> *Ibid.*, p. 266.

<sup>183</sup> L. Doswald-Beck, “International Humanitarian Law and the Advisory Opinion of the International Court of Justice on the Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons”, 316 *International Review of the Red Cross* (1997), pp. 35-55; H. Fujita, “The Advisory Opinion of the International Court of Justice on the Legality of Nuclear Weapons”, *ibid.*, pp. 56-64. International Humanitarian Law prevails also over self-defence; cf. M.-P. Lanfranchi and Th. Christakis, *La licéité de l’emploi d’armes nucléaires*

164. Après avoir décidé qu'elle ne donnerait suite qu'à la demande de l'Assemblée générale<sup>180</sup>, la Cour a rendu le 8 juillet 1996 un avis consultatif sur la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires* dans lequel elle a affirmé que ni le droit international coutumier, ni le droit international conventionnel n'autorisait spécifiquement la menace ou l'emploi d'armes nucléaires; que ni l'un ni l'autre ne comportait d'interdiction complète et universelle de la menace ou de l'emploi de ces armes en tant que telles; qu'était illicite la menace ou l'emploi de la force au moyen d'armes nucléaires qui serait contraire au paragraphe 4 de l'article 2 de la Charte des Nations Unies et qui ne satisferait pas à toutes les prescriptions de son article 51; que la menace ou l'emploi d'armes nucléaires devait aussi être compatible avec les exigences du droit international applicable dans les conflits armés, celles du droit international humanitaire; et qu'il existait une obligation de poursuivre de bonne foi des négociations conduisant au désarmement nucléaire dans tous ses aspects<sup>181</sup>.

165. Dans la partie la plus controversée de son avis consultatif (point 2 E du dispositif), la Cour a 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», mais elle a ajouté que, au vu de l'état actuel du droit international, elle «ne p[ouvait] 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»<sup>182</sup>. Elle s'est ainsi bornée à prendre acte de l'existence d'une incertitude juridique.

166. La Cour n'est pas allée plus loin, et son avis consultatif est plein d'ambiguïtés et d'équivoques, avec en filagramme le spectre d'un *non liquet*, alors qu'il porte sur une question qui concerne, plus que les Etats pris individuellement, l'humanité tout entière. Cet avis fait abstraction du fait que le droit international humanitaire s'applique également en cas de légitime défense, et commande de toujours respecter les principes de distinction et de proportionnalité (dont font fi les armes nucléaires)<sup>183</sup>, et de respecter aussi l'interdiction des armes qui causent des maux superflus.

<sup>180</sup> La Cour a décidé de ne pas donner suite à la demande d'avis consultatif de l'OMS parce qu'elle ne portait pas sur une question se posant dans le cadre de l'activité de cette organisation; elle l'a fait sans tenir compte de ce que, de par son mandat, cette institution spécialisée des Nations Unies pouvait s'intéresser aux effets dévastateurs des armes nucléaires sur la santé et l'environnement.

<sup>181</sup> *C.I.J. Recueil 1996 (I)*, p. 266-267.

<sup>182</sup> *Ibid.*, p. 266.

<sup>183</sup> L. Doswald-Beck, «International Humanitarian Law and the Advisory Opinion of the International Court of Justice on the Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons», *International Review of the Red Cross*, vol. 316, 1997, p. 35-55; H. Fujita, «The Advisory Opinion of the International Court of Justice on the Legality of Nuclear Weapons», *ibid.*, p. 56-64. Les règles de droit international humanitaire valent aussi en cas de légitime défense: voir M.-P. Lanfranchi et Th. Christakis, *La licéité de l'emploi*

167. The Advisory Opinion could and should have given greater weight to a point made before the ICJ in the oral arguments of November 1995, namely, that of the need of a people-centred approach in the present domain. Thus, it was stated, for example, that the “experience of the Marshallese people confirms that unnecessary suffering is an unavoidable consequence of the detonation of nuclear weapons”<sup>184</sup>; the effects of nuclear weapons, by their nature, are widespread, adverse and indiscriminate, affecting also future generations<sup>185</sup>. It was further stated that the “horrifying evidence” of the use of atomic bombs in Hiroshima and Nagasaki, followed by the experience and the aftermath of the nuclear tests carried out in the region of the Pacific Island States in the 1950s and the 1960s, have alerted to “the much graver risks to which mankind is exposed by the use of nuclear weapons”<sup>186</sup>.

168. The 1996 Opinion, on the one hand, recognized that nuclear weapons cause indiscriminate and durable suffering, and have an enormous destructive effect (para. 35), and that the principles of humanitarian law (encompassing customary law) are “intransgressible” (para. 79); nevertheless, these considerations did not appear sufficient to the Court to discard the use of such weapons also in self-defence, thus eluding to tell what the law is in all circumstances. It is clear to me that States are bound to respect, and to ensure respect, for international humanitarian law (IHL) and the international law of human rights (ILHR) in *any circumstances*; their fundamental principles belong to the domain of *jus cogens*, in prohibition of nuclear weapons.

169. Again, in the 1996 Opinion, it was the dissenting judges, and not the Court’s split majority, who drew attention to this<sup>187</sup>, and to the relevance of the Martens clause in the present con-

---

*devant la Cour internationale de Justice*, Aix-Marseille/Paris, Université d’Aix-Marseille III/Economica, 1997, pp. 111, 121 and 123; S. Mahmoudi, “The International Court of Justice and Nuclear Weapons”, 66 *Nordic Journal of International Law* (1997), pp. 77-100; E. David, “The Opinion of the International Court of Justice on the Legality of the Use of Nuclear Weapons”, 316 *International Review of the Red Cross* (1997), pp. 21-34.

<sup>184</sup> CR 1995/32, of 14 November 1995, p. 22 (statement of the Marshall Islands).

<sup>185</sup> *Ibid.*, p. 23.

<sup>186</sup> *Ibid.*, p. 31 (statement of Solomon Islands). Customary international law and general principles of international law have an incidence in this domain; *ibid.*, pp. 36 and 39-40.

<sup>187</sup> Cf. *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996 (I)*, dissenting opinion of Judge Koroma, pp. 573-574 and 578.

167. Dans son avis consultatif, la Cour aurait pu et aurait dû accorder plus de poids à l'argument avancé lors des audiences de novembre 1995 selon lequel il fallait, dans le domaine considéré, adopter une optique centrée sur les peuples. Lors de ces audiences, il a été déclaré par exemple que «l'expérience du peuple marshallais confirm[ait] que l'infliction de maux superflus était une conséquence inévitable de l'explosion d'engins nucléaires»<sup>184</sup>, et que, par nature, les effets délétères des armes nucléaires étaient de grande ampleur, s'exerçaient sans discrimination et se répercutaient sur les générations futures<sup>185</sup>. Il a été dit également que «les témoignages sur les effets épouvantables» de l'emploi de bombes atomiques à Hiroshima et Nagasaki, ainsi que les témoignages sur le déroulement et les suites des essais nucléaires réalisés dans la région des îles du Pacifique dans les années 1950 et 1960, avaient attiré l'attention sur «les dangers sans précédent auxquels l'humanité [était] exposée en cas d'utilisation d'armes nucléaires»<sup>186</sup>.

168. Dans son avis consultatif, la Cour a certes reconnu que les armes nucléaires causaient sans discrimination des souffrances de longue durée et qu'elles avaient un énorme pouvoir destructeur (par. 35), et a reconnu aussi que les principes de droit international humanitaire (comprenant des principes de droit international coutumier) étaient réellement «intransgressibles» (par. 79); cependant, ces considérations ne lui ont pas paru suffisamment importantes pour la conduire à se prononcer également contre l'emploi d'armes nucléaires en cas de légitime défense, s'épargnant ainsi d'avoir à dire le droit applicable en toutes circonstances. Pour moi, il est évident que les Etats sont tenus *en toutes circonstances* de respecter et de faire respecter le droit international humanitaire et le droit international des droits de l'homme, dont des principes fondamentaux de *jus cogens*, quant à l'interdiction des armes nucléaires.

169. Lorsque la Cour a rendu son avis consultatif en 1996, ce sont de nouveau les juges ayant émis une opinion dissidente, et non pas la majorité, d'ailleurs divisée, de ses membres, qui ont appelé l'attention sur ce point<sup>187</sup> et sur

---

*d'armes nucléaires devant la Cour internationale de Justice*, Aix-Marseille/Paris, Université d'Aix-Marseille III/Economica, 1997, p. 111, 121 et 123; S. Mahmoudi, «The International Court of Justice and Nuclear Weapons», *Nordic Journal of International Law*, vol. 66, 1997, p. 77-100; E. David, «The Opinion of the International Court of Justice on the Legality of the Use of Nuclear Weapons», *International Review of the Red Cross*, vol. 316, 1997 p. 21-34.

<sup>184</sup> CR 1995/32, p. 22 (exposé des Iles Marshall).

<sup>185</sup> *Ibid.*, p. 23.

<sup>186</sup> *Ibid.*, p. 31 (exposé des Iles Salomon). Voir également p. 36 et 39-40, au sujet de la place du droit international coutumier et des principes généraux de droit international dans le domaine considéré.

<sup>187</sup> Voir *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, avis consultatif*, C.I.J. Recueil 1996 (I), opinion dissidente du juge Koroma, p. 573-574 et 578.

text<sup>188</sup> (cf. Part XIV, *infra*). Moreover, the 1996 Opinion also minimized (para. 71) the resolutions of the UN General Assembly which affirm the illegality of nuclear weapons<sup>189</sup> and condemn their use as a violation of the UN Charter and as a crime against humanity. Instead, it took note of the “policy of deterrence”, which led it to find that the members of the international community continued “profoundly divided” on the matter, rendering it impossible to determine the existence of an *opinio juris* in this respect (para. 67).

170. It was not incumbent upon the Court to resort to the unfounded strategy of “deterrence” (cf. Part XII, *supra*), devoid of any legal value for the determination of the formation of a customary international law obligation of prohibition of the use of nuclear weapons. The Court did not contribute on this matter. In unduly relying on “deterrence” (para. 73), it singled out a division, in its view “profound”, between an extremely reduced group of nuclear powers on the one hand, and the vast majority of the countries of the world on the other; it ended up by favouring the former, by means of an inadmissible *non liquet*<sup>190</sup>.

171. The Court, thus, lost yet another opportunity, — in the exercise of its advisory function as well, — to contribute to the consolidation of the *opinio juris communis* in condemnation of nuclear weapons. Its 1996 Advisory Opinion considered the survival of a hypothetical State (in its resolutive point 2E), rather than that of peoples and individuals, and ultimately of humankind as a whole. It seemed to have overlooked that the survival of a State cannot have primacy over the right to survival of humankind as a whole.

### 3. *The Prohibition of Nuclear Weapons: The Fundamental Right to Life*

172. There is yet another related point to keep in mind. The ICJ’s 1996 Advisory Opinion erroneously took IHL as *lex specialis* (para. 25), overstepping the ILHR, oblivious that the maxim *lex specialis derogat*

<sup>188</sup> Cf. *op. cit. supra* note 187, dissenting opinions of Judge Shahabuddeen, pp. 386-387, 406, 408, 410-411 and 425; and of Judge Weeramantry, pp. 477-478, 481, 483, 486-487, 490-491, 494, 508 and 553-554.

<sup>189</sup> Notably, the ground-breaking General Assembly resolution 1653 (XVI), of 24 November 1961.

<sup>190</sup> A. A. Cançado Trindade, *International Law for Humankind — Towards a New Jus Gentium*, *op. cit. supra* note 120, pp. 415-418; L. Condorelli, “Nuclear Weapons: A Weighty Matter for the International Court of Justice — *Jura Novit Curia?*”, 316 *International Review of the Red Cross* (1997), pp. 9-20; M. Mohr, “Advisory Opinion of the International Court of Justice on the Legality of the Use of Nuclear Weapons under International Law — A Few Thoughts on Its Strengths and Weaknesses”, 316 *International Review of the Red Cross* (1997), pp. 92-102. The Opinion is not conclusive and provides no guidance; J.-P. Queneudec, “E.T. à la C.I.J.: méditations d’un extra-terrestre sur deux avis consultatifs”, 100 *Revue générale de droit international public* (1996), pp. 907-914, esp. p. 912.

la pertinence de la clause de Martens dans le contexte de l'espèce<sup>188</sup> (voir plus loin, sect. XIV). Dans son avis consultatif de 1996, la Cour a de plus minimisé (par. 71) l'importance des résolutions par lesquelles l'Assemblée générale des Nations Unies avait affirmé que les armes nucléaires étaient illicites<sup>189</sup>, et condamné leur emploi comme constituant une violation de la Charte et un crime contre l'humanité. Elle a en revanche pris note de la « politique de dissuasion », ce qui l'a amenée à constater que les membres de la communauté internationale restaient « profondément divisés » sur la question du non-recours aux armes nucléaires, et à dire que, dans ces conditions, elle ne pouvait pas conclure à l'existence d'une *opinio juris* sur la question (par. 67).

170. La Cour n'avait pas à invoquer la doctrine inconsistante de la « dissuasion » (voir plus haut, sect. XII), qui n'a aucune valeur juridique pour déterminer si s'est formée une obligation de droit international coutumier d'interdire l'emploi d'armes nucléaires. La Cour n'a rien apporté sur cette question. En accordant un poids indu à la « dissuasion » (par. 73), elle a fixé son attention sur une division, selon elle « profonde », entre un groupe extrêmement restreint de puissances nucléaires et l'écrasante majorité des pays du monde, pour finalement favoriser le premier groupe en prononçant un inadmissible *non liquet*<sup>190</sup>.

171. Ainsi, la Cour a de nouveau, cette fois dans l'exercice de sa fonction consultative, manqué une occasion d'apporter sa contribution à la consolidation de l'*opinio juris communis* condamnant les armes nucléaires. Dans son avis consultatif, elle a pris en considération la survie d'un Etat hypothétique (point 2 E du dispositif), plutôt que celle des peuples et des individus du reste du monde et, en définitive, celle de l'humanité tout entière. Il semble lui avoir échappé que la survie d'un Etat ne saurait prendre le pas sur le droit à la survie de toute l'humanité.

### 3. *L'interdiction des armes nucléaires: le droit fondamental à la vie*

172. Un autre point encore mérite d'être considéré au sujet de l'avis consultatif de 1996. Dans cet avis, la Cour a considéré à tort que le droit international humanitaire, en tant que *lex specialis* (par. 25), primait sur le

<sup>188</sup> *Op. cit. supra* note 187, opinion dissidente du juge Shahabuddeen, p. 386-387, 406, 408, 410-411 et 425; et opinion dissidente du juge Weeramantry, p. 477-478, 481, 483, 486-487, 490-491, 494, 508 et 553-554.

<sup>189</sup> Notamment la résolution historique A/RES/1653 (XVI) du 24 novembre 1961.

<sup>190</sup> A. A. Cançado Trindade, *International Law for Humankind — Towards a New Jus Gentium*, *op. cit. supra* note 120, p. 415-418; L. Condorelli, « Nuclear Weapons: A Weighty Matter for the International Court of Justice — *Jura Novit Curia?* », *International Review of the Red Cross*, vol. 316, 1997, p. 9-20; M. Mohr, « Advisory Opinion of the International Court of Justice on the Legality of the Use of Nuclear Weapons under International Law — A Few Thoughts on Its Strengths and Weaknesses », *International Review of the Red Cross*, vol. 316, 1997 p. 92-102. L'avis consultatif n'aboutit à aucune conclusion et n'est pas un guide utile; voir J.-P. Queneudec, « E.T. à la C.I.J. : méditations d'un extraterrestre sur deux avis consultatifs », *Revue générale de droit international public*, vol. 100, 1996, p. 907-914, particulièrement la page 912.

*generalis*, thus understood, has no application in the present context: in face of the immense threat of nuclear weapons to human life on earth, both IHL and the ILHR apply in a converging way<sup>191</sup>, so as to enhance the much-needed protection of human life. In any circumstances, the norms which best protect are the ones which apply, be they of IHL or of the ILHR, or any other branch of international protection of the human person (such as the international law of refugees). They are all equally important. Regrettably, the 1996 Advisory Opinion unduly minimized the international case law and the whole doctrinal construction on the right to life in the ambit of the ILHR.

173. It should not pass unnoticed, in this connection, that contemporary international human rights tribunals, such as the European (ECHR) and the Inter-American (IACtHR) Courts of Human Rights, in the adjudication of successive cases in recent years, have taken into account the relevant principles and norms of both the ILHR and IHL (conventional and customary). For its part, the African Commission of Human and Peoples' Rights (ACHPR), in its long-standing practice, has likewise acknowledged the approximations and convergences between the ILHR and IHL, and drawn attention to the principles underlying both branches of protection (such as, e.g., the principle of humanity).

174. This has been done, in distinct continents, so as to seek to secure the most effective safeguard of the protected rights, in all circumstances (including in times of armed conflict). Contrary to what was held in the ICJ's 1996 Advisory Opinion, there is no *lex specialis* here, but rather a concerted endeavour to apply the relevant norms (be they of the ILHR or of IHL) that best protect human beings. This is particularly important when they find themselves in a situation of utmost vulnerability, — such as in the present context of threat or use of nuclear weapons. In their case law, international human rights tribunals (like the ECHR and the IACtHR) have focused attention on the imperative of securing protection, e.g., to the fundamental right to life, of persons in great vulnerability (potential victims)<sup>192</sup>.

<sup>191</sup> Cf. A. A. Cançado Trindade, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Derecho Internacional de los Refugiados y Derecho Internacional Humanitario — Aproximaciones y Convergencias*, Geneva, ICRC, [2000], pp. 1-66.

<sup>192</sup> Cf. A. A. Cançado Trindade, *The Access of Individuals to International Justice*, Oxford University Press, 2012 [reprint], Chaps. II-III and VII, pp. 17-62 and 125-131.

droit international des droits de l'homme, oubliant que pareille interprétation de la maxime *lex specialis derogat generalis* n'était pas applicable à la procédure considérée; devant l'immense menace que font peser les armes nucléaires sur la vie sur terre, le droit international humanitaire et le droit international des droits de l'homme s'appliquent l'un et l'autre de façon convergente<sup>191</sup>, complémentarité qui répond à la nécessité de renforcer la protection de la vie humaine. En toutes circonstances, ce sont les règles qui offrent la meilleure protection qui sont applicables, qu'elles relèvent du droit international humanitaire, du droit international des droits de l'homme ou d'une autre branche du droit de la protection internationale de la personne humaine (comme le droit international des réfugiés). Ces règles sont toutes d'égale importance. Malheureusement, dans son avis consultatif de 1996, la Cour a indûment minimisé l'importance de la jurisprudence internationale et du corps de doctrine sur la protection du droit à la vie dans le cadre du droit international des droits de l'homme.

173. Il convient de noter, à ce sujet, que les tribunaux internationaux des droits de l'homme, tels que la Cour européenne des droits de l'homme et la Cour interaméricaine des droits de l'homme, dans des affaires dont ils ont eu à connaître, ont statué en tenant compte des principes et des règles pertinents de droit international des droits de l'homme et de droit international humanitaire (conventionnels et coutumiers). La commission africaine des droits de l'homme et des peuples, dans sa longue pratique, a elle aussi reconnu que le droit international des droits de l'homme et le droit international humanitaire sont proches l'un de l'autre; elle a appelé l'attention sur les principes (dont le principe d'humanité) sur lesquels reposent ces deux branches du dispositif juridique de protection.

174. On a ainsi assisté, sur plusieurs continents, à une évolution de la jurisprudence et de la pratique dans le sens de la garantie la plus efficace des droits protégés, en toutes circonstances (y compris en temps de conflit armé). Contrairement à ce qu'a dit la Cour dans son avis consultatif de 1996, il s'agit là non pas du développement d'une *lex specialis*, mais d'un effort concerté pour appliquer les règles pertinentes qui protègent le mieux les êtres humains qu'elles relèvent du droit international des droits de l'homme ou du droit international humanitaire. Il importe particulièrement de suivre cette démarche lorsque les êtres humains se trouvent dans une situation d'extrême vulnérabilité, comme quand ils sont exposés aux dangers que présente la menace ou l'emploi d'armes nucléaires. Il ressort de la jurisprudence des tribunaux internationaux des droits de l'homme tels que la Cour européenne et la Cour interaméricaine qu'ils ont concentré leur attention sur l'impératif de protection des droits des plus vulnérables (victimes potentielles), dont leur droit fondamental à la vie<sup>192</sup>.

<sup>191</sup> Voir A. A. Cançado Trindade, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Derecho Internacional de los Refugiados y Derecho Internacional Humanitario — Aproximaciones y Convergencias*, Genève, CICR, 2000, p. 1-66.

<sup>192</sup> Voir A. A. Cançado Trindade, *The Access of Individuals to International Justice*, Oxford University Press, 2012 (réimpr.), chap. II-III et VII, p. 17-62 et 125-131.



175. In the course of the proceedings before the ICJ in the present cases of *Obligations concerning Negotiations relating to Cessation of the Nuclear Arms Race and to Nuclear Disarmament*, the applicant State draws attention reiteratedly to the devastating effects upon human life of nuclear weapons detonations. Thus, in the case opposing the Marshall Islands to the United Kingdom, the applicant State draws attention, in its Memorial, to the destructive effects of nuclear weapons (testing) in space and time (pp. 12-14). In its oral arguments of 11 March 2016, the Marshall Islands addresses the “tragic losses to the Marshallese”, the “dire health consequences suffered by the Marshallese following nuclear contamination, including extreme birth defects and cancers”<sup>193</sup>.

176. In the case opposing the Marshall Islands to India, the applicant State, in its Memorial, refers to the grave “health and environmental consequences of nuclear testing” upon the Marshallese (pp. 5-6). In its oral arguments of 7 March 2016, the Marshall Islands stated:

“The Marshall Islands has a unique and devastating history with nuclear weapons. While it was designated as a Trust Territory by the United Nations, no fewer than 67 atomic and thermonuclear weapons were deliberately exploded as ‘tests’ in the Marshall Islands, by the United States. (. . .) Several islands in my country were vaporized and others are estimated to remain uninhabitable for thousands of years. Many, many Marshallese died, suffered birth defects never before seen and battled cancers resulting from the contamination. Tragically the Marshall Islands thus bears *eyewitness* to the horrific and indiscriminate lethal capacity of these weapons, and the intergenerational and continuing effects that they perpetuate even 60 years later.

One ‘test’ in particular, called the ‘Bravo’ test [in March 1954], was one thousand times stronger than the bombs dropped on Hiroshima and Nagasaki.”<sup>194</sup>

177. And in the case opposing the Marshall Islands to Pakistan, the applicant State, in its Memorial, likewise addresses the serious “health and environmental consequences of nuclear testing” upon the Marshallese (pp. 5-6). In its oral arguments of 8 March 2016, the Marshall Islands recalls the 67 atomic and thermonuclear weapons “tests” that it had to endure (since it became a UN Trust Territory); it further recalls the reference, in the UN Charter, to nations “large and small” having “equal rights” (preamble), and to the assertion in its Article 2 that the

<sup>193</sup> CR 2016/5, of 11 March 2016, p. 9, para. 10.

<sup>194</sup> CR 2016/1, of 7 March 2016, p. 16, paras. 4-5.

175. Dans les affaires sur lesquelles la Cour s'est aujourd'hui déclarée incompétente, les Iles Marshall avaient maintes fois appelé l'attention sur les effets dévastateurs que les explosions d'armes nucléaires avaient sur la vie humaine. Par exemple, dans l'affaire les opposant au Royaume-Uni, elles insistaient sur l'étendue et la durée des effets destructeurs des essais d'armes nucléaires (mémoire des Iles Marshall, p. 12-14). Lors de l'audience du 11 mars 2016, elles ont évoqué les «terribles préjudices subis par les Marshallais» et les «terribles effets de la contamination radioactive sur la santé des habitants des Iles Marshall, y compris notamment les malformations congénitales extrêmes et les cancers»<sup>193</sup>.

176. Dans l'affaire les opposant à l'Inde, les Iles Marshall ont rappelé dans leur mémoire qu'elles avaient subi les graves «conséquences sanitaires et environnementales des essais nucléaires». Lors de l'audience du 7 mars 2016, elles ont déclaré ceci :

«Dans l'histoire des Iles Marshall, les armes nucléaires ont joué un rôle unique et dévastateur. Alors que le pays avait été désigné territoire sous tutelle par les Nations Unies, les États-Unis d'Amérique y ont fait délibérément exploser pas moins de soixante-sept armes atomiques et thermonucléaires à titre d'«essais»... Les Iles Marshall ont protesté contre cette pratique devant l'ONU et demandé qu'il y soit mis fin, mais il n'a pas été tenu compte de cet appel et les explosions se sont poursuivies. Plusieurs îles de [notre] pays ont ainsi été réduites en poussière, d'autres devant, d'après les estimations, demeurer inhabitables pendant des milliers d'années. De très nombreux Marshallais ont trouvé la mort, subi des malformations congénitales jusque-là inconnues ou dû lutter contre des cancers dus à la contamination. Les Iles Marshall sont ainsi hélas les *témoins directs* de la monstrueuse et aveugle capacité meurtrière des armes nucléaires, ainsi que des effets intergénérationnels qu'elles continuent d'entraîner même soixante ans plus tard.

L'un des «essais» qui ont été menés, baptisé «Bravo», a été mille fois plus puissant que les bombes qui ont été lâchées sur Hiroshima et Nagasaki.»<sup>194</sup>

177. Dans l'affaire qui les opposait au Pakistan, les Iles Marshall ont de même rappelé qu'elles avaient subi les graves «conséquences sanitaires et environnementales des essais nucléaires» (mémoire, *ibid.*, p. 5-6). Dans leurs plaidoiries du 8 mars 2016, elles ont rappelé que, lorsqu'elles relevaient du régime de tutelle des Nations Unies, elles avaient subi les effets de soixante-sept «essais» d'armes nucléaires et thermonucléaires; elles ont rappelé également qu'il est dit dans la Charte des Nations Unies que les «nations, grandes et petites» jouissent de «l'égalité de droits» (préam-

<sup>193</sup> CR 2016/5, p. 3, par. 10.

<sup>194</sup> CR 2016/1, p. 10, par. 4-5.

United Nations is “based on the principle of the sovereign equality of all its Members”<sup>195</sup>.

178. Two decades earlier, in the course of the advisory proceedings before the ICJ of late 1995 preceding the 1996 Advisory Opinion on the *Threat or Use of Nuclear Weapons*, the devastating effects upon human life of nuclear weapons detonations were likewise brought to the Court’s attention. It is beyond the purposes of the present dissenting opinion to review all statements to this effect; suffice it here to recall two of the most moving statements, from the Mayors of Hiroshima and Nagasaki, who appeared before the Court as members of the delegation of Japan. The Mayor of Hiroshima (Mr. Takashi Hiraoka) thus began his statement of 7 November 1995 before the ICJ:

“I am here today representing Hiroshima citizens, who desire the abolition of nuclear weapons. More particularly, I represent the hundreds of thousands of victims whose lives were cut short, and survivors who are still suffering the effects of radiation, 50 years later. On their behalf, I am here to testify to the cruel, inhuman nature of nuclear weapons.

.....

The development of the atomic bomb was the product of co-operation among politicians, military and scientists. The nuclear age began the moment the bombs were dropped on human beings.

Their enormous destructive power reduced utterly innocent civilian populations to ashes. Women, the elderly, and the newborn were bathed in deadly radiation and slaughtered.”<sup>196</sup>

179. After stressing that the mass killing was “utterly indiscriminate”, he added that, even today, “thousands of people struggle daily with the curse of illness caused by that radiation”, there being until then “no truly accurate casualty figures”<sup>197</sup>. The exposure in Hiroshima to high-levels of radiation, he proceeded, “was the first in human history”, generating leukaemia, distinct kinds of cancer (of breast, lung, stomach, thyroid, and other), extending for “years or decades”, with all the fear generated by such continuing killing “across years or decades”<sup>198</sup>.

---

<sup>195</sup> CR 2016/2, of 8 March 2016, p. 10, paras. 5-7.

<sup>196</sup> CR 1995/27, of 7 November 1995, pp. 22-23.

<sup>197</sup> *Ibid.*, pp. 24-25.

<sup>198</sup> *Ibid.*, pp. 25-27.

bule), et que l'Organisation des Nations Unies est «fondée sur le principe de l'égalité souveraine de tous ses Membres»<sup>195</sup> (art. 2).

178. Vingt ans plus tôt, lors des audiences qui, vers la fin de 1995, ont précédé le prononcé par la Cour de son avis consultatif de 1996 sur la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, les effets dévastateurs de l'explosion d'armes nucléaires sur la vie humaine avaient déjà été exposés. Il n'est pas dans mon propos de passer en revue ici tous les exposés qui ont alors été consacrés à ce sujet; je me bornerai à rappeler les déclarations les plus émouvantes, celles des maires d'Hiroshima et de Nagasaki, venus témoigner devant la Cour en qualité de membres de la délégation japonaise. M. Takashi Hiraoka, maire d'Hiroshima, a introduit comme suit la déclaration qu'il a faite devant la Cour le 7 novembre 1995 :

«Je m'exprime aujourd'hui devant vous en tant que représentant des citoyens de la ville d'Hiroshima, qui souhaitent l'élimination des armes nucléaires. Je représente plus particulièrement les centaines de milliers de victimes dont la vie a été abrégée, ainsi que les survivants qui souffrent encore, après cinquante ans, des effets de leur exposition aux radiations. Je suis venu témoigner en leur nom de la cruauté inhumaine des armes nucléaires.

. . . . .

La mise au point de la bombe atomique a été rendue possible par la collaboration de politiciens, de militaires et de scientifiques. L'ère nucléaire a commencé au moment où les bombes ont été larguées sur des êtres humains.

L'énorme pouvoir de destruction de ces bombes a réduit en cendres de très nombreux civils parfaitement innocents. Pris dans un champ mortel de radiations, des femmes, des vieillards et des nouveau-nés ont été massacrés.»<sup>196</sup>

179. Après avoir souligné que les bombes avaient semé la mort «sans aucune discrimination», il a dit que «des milliers de survivants devaient encore, chaque jour, endurer les souffrances causées par des maladies consécutives à leur exposition aux radiations» ajoutant qu'il restait impossible «de déterminer le nombre exact des victimes»<sup>197</sup>. Il a expliqué que l'exposition des habitants d'Hiroshima à de fortes doses de radiations était «sans précédent dans l'histoire de l'humanité», et qu'il en était résulté des leucémies et différents types de cancer (du sein, des poumons, de l'estomac, de la thyroïde, notamment) infligeant des souffrances «pendant des années ou des dizaines d'années», à quoi s'ajoutait l'angoisse suscitée par l'effet mortel différé de l'irradiation, qui avait hanté ses concitoyens «année après année, décennie après décennie»<sup>198</sup>.

<sup>195</sup> CR 2016/2, p. 6-7, par. 5-7.

<sup>196</sup> CR 1995/27, p. 22-23.

<sup>197</sup> *Ibid.*, p. 24-25.

<sup>198</sup> *Ibid.*, p. 25-27.

180. Even half a century later, added the Mayor of Hiroshima, “the effects of radiation on human bodies are not thoroughly understood. Medically, we do know that radiation destroys cells in the human body, which can lead to many forms of pathology”<sup>199</sup>. The victimized segments of the population have continued suffering “psychologically, physically, and socially from the atomic bomb’s after-effects”<sup>200</sup>. He further stated that

“The horror of nuclear weapons (. . .) derives (. . .) from the tremendous destructive power, but equally from radiation, the effects of which reach across generations. (. . .) What could be more cruel? Nuclear weapons are more cruel and inhumane than any weapon banned thus far by international law.”<sup>201</sup>

181. After singling out the significance of UN General Assembly resolution 1653 (XVI) of 1961, the Mayor of Hiroshima warned that “[t]he stockpiles of nuclear weapons on earth today are enough to annihilate the entire human race several times over. These weapons are possessed on the assumption that they can be used”<sup>202</sup>. He concluded with a strong criticism of the strategy of “deterrence”; in his own words,

“As long as nuclear weapons exist, the human race faces a real and present danger of self-extermination. The idea based on nuclear deterrence that nuclear war can be controlled and won exhibits a failure of human intelligence to comprehend the human tragedy and global environmental destruction brought about by nuclear war. (. . .)

[O]nly through a treaty that clearly stipulates the abolition of nuclear weapons can the world step toward the future. (. . .)”<sup>203</sup>

182. For his part, the Mayor of Nagasaki (Mr. Iccho Itoh), in his statement before the ICJ, also of 7 November 1995, likewise warned that “nuclear weapons bring enormous, indiscriminate devastation to civilian populations”; thus, five decades ago, in Hiroshima and Nagasaki, “a single aircraft dropped a single bomb and snuffed out the lives of 140,000 and 74,000 people, respectively. And that is not all. Even the people who were lucky enough to survive continue to this day to suffer from the late effects unique to nuclear weapons. In this way, nuclear

<sup>199</sup> CR 1995/27, of 7 November 1995, p. 25.

<sup>200</sup> *Ibid.*, pp. 27-28.

<sup>201</sup> *Ibid.*, p. 30.

<sup>202</sup> *Ibid.*, pp. 30-31.

<sup>203</sup> *Ibid.*, p. 31.

180. Le maire d'Hiroshima a souligné que, même après cinquante ans, on ne connaissait pas encore « tous les effets que peuvent avoir les rayonnements ionisants sur le corps humain ». Il a dit encore que « les médecins [savaient] que l'irradiation détrui[sait] certaines cellules, ce qui [pouvait] déclencher de nombreuses pathologies »<sup>199</sup>. Il a expliqué également que les victimes survivantes avaient continué de souffrir « psychologiquement, physiquement et socialement des effets secondaires de l'explosion de la bombe atomique »<sup>200</sup>. Il a en outre déclaré ce qui suit :

« L'horreur qu'inspirent les armes nucléaires ... tient ... à leur immense pouvoir de destruction, mais aussi aux radiations qu'elles dégagent, dont les effets se prolongent pendant des générations... Peut-on imaginer pire cruauté? Les armes nucléaires sont plus cruelles et plus inhumaines que toutes les armes déjà interdites par le droit international. »<sup>201</sup>

181. Après avoir mis en relief l'importance de la résolution A/RES/1653 (XVI), adoptée en 1961 par l'Assemblée générale des Nations Unies, le maire d'Hiroshima a fait observer que « les stocks existants suffiraient à anéantir plusieurs fois tout le genre humain ». Il a ajouté que « la possession de ces armes repos[ait] sur l'hypothèse qu'elles [pouvaient] être utilisées »<sup>202</sup>. En conclusion, il a vivement critiqué la stratégie de « dissuasion », dans les termes suivants :

« Tant que les armes nucléaires existeront, l'humanité restera exposée au risque bien réel et constant de s'autodétruire. La doctrine de la dissuasion, qui prétend qu'une guerre nucléaire peut être contrôlée et gagnée, est le signe de l'incapacité de l'intelligence humaine d'appréhender l'ampleur de la tragédie et de la dévastation de l'écosystème mondial qui seraient la conséquence d'une telle guerre.

[S]eul un traité imposant expressément l'obligation d'éliminer les armes nucléaires peut garantir un avenir au genre humain... »<sup>203</sup>

182. Dans l'exposé qu'il a fait devant la Cour, le 7 novembre 1995 également, M. Iccho Itoh, maire de Nagasaki, a dit lui aussi que « les armes nucléaires, frappant sans discrimination, inflige[ai]ent aux civils d'immenses dommages » ; il a rappelé que, cinquante ans plus tôt, à Hiroshima et Nagasaki, il « avait suffi » qu'un seul avion largue une seule bombe pour que périssent 140 000 et 74 000 personnes, respectivement. Il a de plus rappelé que les dommages causés aux personnes ne s'arrêtaient pas là, « et que, parmi ceux qui [avaient] eu la chance de survivre, il s'en trou-

<sup>199</sup> CR 1995/27, p. 25.

<sup>200</sup> *Ibid.*, par. 27-28.

<sup>201</sup> *Ibid.*, p. 30.

<sup>202</sup> *Ibid.*, p. 30-31.

<sup>203</sup> *Ibid.*, p. 31.

weapons bring enormous, indiscriminate devastation to civilian populations”<sup>204</sup>.

183. He added that “the most fundamental difference between nuclear and conventional weapons is that the former release radioactive rays at the time of explosion”, and the exposure to large doses of radiation generates a “high incidence of disease” and mortality (such as leukaemia and cancer). Descendants of atomic bomb survivors will have, amidst anxiety, “to be monitored for several generations to clarify the genetic impact”; “nuclear weapons are inhuman tools for mass slaughter and destruction”, their use “violates international law”<sup>205</sup>. The Mayor of Nagasaki concluded with a strong criticism of “nuclear deterrence”, characterizing it as “simply the maintenance of a balance of fear” (CR 1995/27, p. 37), always threatening peace, with its “psychology of suspicion and intimidation”; the Nagasaki survivors of the atomic bombing of 50 years ago, “continue to live in fear of late effects”<sup>206</sup>.

184. Those testimonies before the ICJ, in the course of contentious proceedings (in 2016) as well as advisory proceedings (two decades earlier, in 1995), leave it quite clear that the threat or use (including “testing”) of nuclear weapons entails an arbitrary deprivation of human life, and is in flagrant breach of the fundamental right to life. It is in manifest breach of the ILHR, of IHL, as well as the law of the United Nations, and has an incidence also on the ILR. There are, furthermore, in such grave breach, aggravating circumstances: the harm caused by radiation from nuclear weapons cannot be contained in space, nor can it be contained in time, it is a true inter-generational harm.

185. As pointed out in the pleadings before the ICJ of late 1995, the use of nuclear weapons thus violates the right to life (and the right to health) of “not only people currently living, but also of the unborn, of those to be born, of subsequent generations”<sup>207</sup>. Is there anything quint-essentially more cruel? To use nuclear weapons appears like condemning innocent persons to hell on earth, even *before* they are born. That seems to go even further than the Book of Genesis’s story of the original sin. In reaction to such extreme cruelty, the consciousness of the rights inherent

<sup>204</sup> CR 1995/27, of 7 November 1995, p. 33.

<sup>205</sup> *Ibid.*, pp. 36-37.

<sup>206</sup> *Ibid.*, pp. 39.

<sup>207</sup> CR 1995/35, of 15 November 1995, p. 28 (statement of Zimbabwe).

v[ait] encore qui souffr[ai]ent des effets différés propres aux armes nucléaires». Ainsi, a-t-il ajouté, «ces armes, qui frappent sans discrimination, infligent aux civils d'incommensurables dommages»<sup>204</sup>.

183. Il a ajouté également ceci : «ce qui différencie si fondamentalement les armes nucléaires des armes classiques, c'est qu'elles émettent en explosant des radiations radioactives», et que l'exposition à de fortes doses de ces radiations «accroît l'incidence de certaines maladies» et la mortalité (des suites de leucémies ou de cancers). Les descendants des survivants des bombardements atomiques sont condamnés à vivre dans l'anxiété, «étant, ainsi que plusieurs générations de leurs descendants, soumis à une surveillance médicale visant à déterminer plus précisément l'impact génétique de l'irradiation»; il a poursuivi en ces termes : «les armes nucléaires sont des instruments inhumains de mort et de destruction, dont l'emploi est contraire au droit international»<sup>205</sup>. En conclusion, le maire de Nagasaki a vivement critiqué la «dissuasion nucléaire», dont il a dit qu'elle se ramenait au «maintien d'un équilibre de la terreur» (CR 1995/27, p. 37), «faisant planer une menace permanente sur la paix» dans «un climat psychologique vicié par la défiance mutuelle et les manœuvres d'intimidation»; il a rappelé que les survivants du bombardement atomique de Nagasaki, après cinquante ans, «continu[ai]ent de vivre dans la crainte d'en subir les effets différés»<sup>206</sup>.

184. Ces témoignages, qui remontent à la procédure orale qui a précédé en 1995 le prononcé de l'avis consultatif de 1996, tout comme ceux que la Cour a entendus dans les trois affaires contentieuses dont elle vient de se dessaisir, montrent très clairement que l'emploi (y compris les «essais») d'armes nucléaires ressortit à la privation arbitraire de la vie et constitue une violation flagrante du droit fondamental à la vie. La menace ou l'emploi de ces armes est une violation patente du droit international des droits de l'homme, du droit international humanitaire et du droit des Nations Unies, ainsi que du droit international des réfugiés. Ces violations sont d'autant plus graves que les dommages causés par les radiations que dégagent les armes nucléaires ne peuvent être circonscrits ni dans l'espace, ni dans le temps, et se répercutent sur plusieurs générations.

185. Comme il ressort des exposés que la Cour a entendus vers la fin de 1995, l'emploi d'armes nucléaires constitue une violation du droit à la vie (et du droit à la santé), dont sont victimes «non seulement la population actuelle, mais aussi les enfants à naître et les générations suivantes»<sup>207</sup>. N'est-ce pas là la quintessence de la cruauté? Il apparaît que l'emploi d'armes nucléaires revient à condamner des innocents à l'enfer sur terre, *avant même leur naissance*. On est en droit de se demander si le monde n'a pas maintenant dépassé ce qu'annonçait le mythe du péché

<sup>204</sup> CR 1995/27, p. 33.

<sup>205</sup> *Ibid.*, p. 36-37.

<sup>206</sup> *Ibid.*, p. 39.

<sup>207</sup> CR 1995/35, p. 28 (exposé du Zimbabwe).



to the human person has always marked a central presence in endeavours towards complete nuclear disarmament.

#### *4. The Absolute Prohibitions of Jus Cogens and the Humanization of International Law*

186. The absolute prohibition of arbitrary deprivation of human life (*supra*) is one of *jus cogens*, originating in the ILHR, and with an incidence also on IHL and the ILR, and marking presence also in the law of the United Nations. The absolute prohibition of inflicting cruel, inhuman or degrading treatment is one of *jus cogens*, originating likewise in the ILHR, and with an incidence also on IHL and the ILR. The absolute prohibition of inflicting unnecessary suffering is one of *jus cogens*, originating in IHL, and with an incidence also on the ILHR and the ILR.

187. In addition to those converging trends (ILHR, IHL, ILR) of international protection of the rights of the human person, those prohibitions of *jus cogens* mark presence also in contemporary international criminal law (ICL), as well as in the *corpus juris gentium* of condemnation of all weapons of mass destruction. The absolute prohibitions of *jus cogens* nowadays encompass the threat or use of nuclear weapons, for all the human suffering they entail: in the case of their use, a suffering without limits in space or in time, and extending to succeeding generations.

188. I have been characterizing, over the years, the doctrinal and jurisprudential construction of international *jus cogens* as proper of the new *jus gentium* of our times, the international law for humankind. I have been sustaining, moreover, that, by definition, international *jus cogens* goes beyond the law of treaties, extending itself to the law of the international responsibility of the State, and to the whole *corpus juris* of contemporary international law, and reaching, ultimately, any juridical act<sup>208</sup>.

189. In my lectures in an OAS Course of international law delivered in Rio de Janeiro almost a decade ago, e.g., I have deemed it fit to ponder that

“The fact that the concepts both of the *jus cogens*, and of the obligations (and rights) *erga omnes* ensuing therefrom, already integrate

---

<sup>208</sup> A. A. Cançado Trindade, *International Law for Humankind — Towards a New Jus Gentium*, *op. cit. supra* note 120, Chap. XII, pp. 291-326.

originel. A cet extrême de la cruauté, il faut opposer la conscience des droits inhérents de la personne humaine, toujours au cœur des tentatives visant le désarmement nucléaire complet.

4. *Les interdits absolus de jus cogens  
et l'humanisation du droit international*

186. L'interdiction absolue de la privation arbitraire de la vie (voir plus haut), qui est l'un des principes fondamentaux de *jus cogens*, trouve son origine dans le droit international des droits de l'homme, a une incidence sur le droit international humanitaire et le droit international des réfugiés, et figure en bonne place dans le droit des Nations Unies. L'interdiction absolue d'infliger des traitements cruels, inhumains ou dégradants relève aussi du *jus cogens*, est également issue du droit international des droits de l'homme et a comme la première citée une incidence sur le droit international humanitaire et le droit international des réfugiés. Enfin, l'interdiction absolue de causer des maux superflus constitue elle aussi un principe de *jus cogens*, qui trouve son origine dans le droit international humanitaire et a une incidence sur le droit international des droits de l'homme et le droit international des réfugiés.

187. Ces interdits de *jus cogens*, outre qu'ils sont un élément de la convergence des trois branches susmentionnées du droit international, font maintenant partie du droit international pénal, ainsi que du *corpus juris gentium* condamnant toutes les armes de destruction massive. Les interdits absolus de *jus cogens* comprennent aujourd'hui celui de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, eu égard à toutes les souffrances que ces armes peuvent infliger aux populations: leur emploi, je le rappelle encore une fois, entraîne des souffrances qui ne peuvent être circonscrites ni dans l'espace, ni dans le temps, et se prolongent pendant plusieurs générations.

188. Depuis des années, je m'attache à mettre en évidence, parmi les éléments doctrinaux et jurisprudentiels qui contribuent à la formation du *jus cogens*, ceux qui sont le signe de l'émergence d'un nouveau *juris gentium*, le droit international pour l'humanité. J'ai défendu l'idée que le *jus cogens*, par définition, déborde les limites du droit conventionnel, englobant le droit de la responsabilité internationale de l'Etat, ainsi que le *corpus juris* du droit international contemporain, et, en définitive, tous les actes juridiques<sup>208</sup>.

189. Lors d'une série de conférences que j'ai données voici près de dix ans à Rio de Janeiro dans le cadre d'un cours de droit international placé sous les auspices de l'OEA, il m'a paru utile de dire ce qui suit:

«Je vois dans l'intégration au droit international contemporain, nouveau *jus gentium* de notre temps, du concept de *jus cogens* et de

<sup>208</sup> A. A. Cançado Trindade, *International Law for Humankind — Towards a New Jus Gentium*, *op. cit. supra* note 120, chap. XII, p. 291-326.

the conceptual universe of contemporary international law, the new *jus gentium* of our days, discloses the reassuring and necessary opening of this latter, in the last decades, to certain superior and fundamental values. This significant evolution of the recognition and assertion of norms of *jus cogens* and obligations *erga omnes* of protection is to be fostered, seeking to secure its full practical application, to the benefit of all human beings. In this way the universalist vision of the founding fathers of the *droit des gens* is being duly rescued. New conceptions of the kind impose themselves in our days, and, of their faithful observance, will depend to a large extent on the future evolution of contemporary international law.

This latter does not emanate from the inscrutable ‘will’ of the States, but rather, in my view, from human conscience. General or customary international law emanates not so much from the practice of States (not devoid of ambiguities and contradictions), but rather from the *opinio juris communis* of all the subjects of international law (States, international organizations, human beings, and humankind as a whole). Above the will stands the conscience. (. . .)

The current process of the necessary *humanization* of international law stands in reaction to that state of affairs. It bears in mind the universality and unity of the human kind, which inspired, more than four and a half centuries ago, the historical process of formation of the *droit des gens*. In rescuing the universalist vision which marked the origins of the most lucid doctrine of international law, the aforementioned process of humanization contributes to the construction of the new *jus gentium* of the twenty-first century, oriented by the general principles of law. This process is enhanced by its own conceptual achievements, such as, to start with, the acknowledgement and recognition of *jus cogens* and the consequent obligations *erga omnes* of protection, followed by other concepts disclosing likewise a universalist perspective of the law of nations.

.....

The emergence and assertion of *jus cogens* in contemporary international law fulfil the necessity of a minimum of verticalization in the international legal order, erected upon pillars in which the juridical and the ethical are merged. The evolution of the concept of *jus cogens* transcends nowadays the ambit of both the law of treaties and the law of the international responsibility of the States, so as to reach general international law and the very foundations of the international legal order.”<sup>209</sup>

---

<sup>209</sup> A. A. Cançado Trindade, “*Jus Cogens: The Determination and the Gradual Expansion of Its Material Content in Contemporary International Case Law*”, *XXXV Curso de Derecho Internacional Organizado por el Comité Jurídico Interamericano — 2008*, Washington D.C., OAS General Secretariat, 2009, pp. 3-29.

celui qui en découle, d'obligations (et de droits) *erga omnes* le signe d'une ouverture nécessaire et rassurante du droit international, depuis quelques dizaines d'années, à certaines valeurs supérieures et fondamentales. L'évolution importante que constitue la reconnaissance et l'affirmation de normes de *jus cogens* et d'obligations *erga omnes* de protéger doit être encouragée, et il faut en tirer toutes les conséquences pratiques, pour le bien de l'humanité tout entière. L'idéal universaliste des pères fondateurs du *droit des gens* retrouvera ainsi la place éminente qu'il mérite. Des innovations conceptuelles de ce genre s'imposent à nous aujourd'hui, et l'évolution future du droit international dépendra largement de la suite qui leur sera donnée.

Selon moi, cette évolution procède non pas de l'inscrutable «volonté» des Etats, mais de la conscience humaine. Le développement du droit international général, ou coutumier, dépend non pas tant de la pratique des Etats (qui n'est pas dénuée d'ambiguïtés et de contradictions) que de l'*opinio juris communis* des sujets de droit international (les Etats, les organisations internationales, les individus et l'humanité tout entière). La conscience prime la volonté...

La nécessaire humanisation du droit international qui est en train de se produire est une réaction à la situation que je viens d'évoquer. Elle tient compte de la dimension universelle et de l'unité du genre humain qui, voici quatre siècles et demi, ont inspiré la formation du *droit des gens*. L'humanisation du droit international, en ce qu'elle réhabilite l'idéal universaliste qui a fondé la doctrine la plus lucide du droit international, contribue à la formation du nouveau *jus gentium* du XXI<sup>e</sup> siècle, inspiré par les principes généraux de droit. Cette tendance est confortée par les avancées conceptuelles qu'elle permet, notamment, en premier lieu, la reconnaissance des principes de *jus cogens* et des obligations *erga omnes* de protéger qui en découlent et, en second lieu, la formation d'autres concepts qui dénotent de même une vision universaliste du droit des nations.

.....

L'émergence et la consolidation du *jus cogens* en droit international répondent à la nécessité d'impartir un minimum de verticalité à l'ordre juridique international, en tant qu'il repose sur des bases où les considérations juridiques et éthiques se rejoignent. L'évolution du concept de *jus cogens* fait que, aujourd'hui, il est reconnu non seulement en droit des traités et en droit de la responsabilité internationale de l'Etat, mais également en droit international général, et fait partie des fondements mêmes de l'ordre juridique international.»<sup>209</sup>

<sup>209</sup> A. A. Cançado Trindade, «*Jus Cogens: The Determination and the Gradual Expansion of Its Material Content in Contemporary International Case Law*», *XXXV Curso de Derecho Internacional Organizado por el Comité Jurídico Interamericano* — 2008, Washington, D.C., Secrétariat général de l'OEA, 2009, p. 3-29.

5. *Pitfalls of Legal Positivism:  
A Rebuttal of the So-Called Lotus “Principle”*

190. A matter which concerns the whole of humankind, such as that of the existence of nuclear weapons, can no longer be appropriately dealt with from a purely inter-State outlook of international law, which is wholly surpassed in our days. After all, without humankind there is no State whatsoever; one cannot simply have in mind States, apparently overlooking humankind. In its 1996 Advisory Opinion, the ICJ took note of the treaties which nowadays prohibit, e.g., biological and chemical weapons<sup>210</sup>, and weapons which cause excessive damages or have indiscriminate effects (*I.C.J. Reports 1996 (I)*, p. 256, para. 76)<sup>211</sup>.

191. But the fact that nowadays, in 2016, there does not yet exist a similar general treaty, of specific prohibition of nuclear weapons, does not mean that these latter are permissible (in certain circumstances, even in self-defence)<sup>212</sup>. In my understanding, it cannot be sustained, in a matter which concerns the future of humankind, that which is not expressly prohibited is thereby permitted (a classic postulate of positivism). This posture would amount to the traditional — and surpassed — attitude of the *laissez-faire*, *laissez-passer*, proper of an international legal order fragmented by State voluntarist subjectivism, which in the history of international law has invariably favoured the most powerful ones. *Ubi societas, ibi jus . . .*

192. Legal positivists, together with the so-called “realists” of *Realpolitik*, have always been sensitive to the established power, rather than to values. They overlook the time dimension, and are incapable to behold a universalist perspective. They are static, in time and space. Nowadays, in the second decade of the twenty-first century, in an international legal order which purports to assert common superior values, amidst considerations of international *ordre public*, and basic considerations of humanity, it is precisely the reverse logic which is to prevail: *that which is not permitted, is prohibited*<sup>213</sup>.

---

<sup>210</sup> The Geneva Protocol of 1925, and the Conventions of 1972 and 1993 against Biological and Chemical Weapons, respectively.

<sup>211</sup> E.g., the 1980 Convention on Prohibitions or Restrictions on the Use of Certain Conventional Weapons Which May Be Deemed to Be Excessively Injurious or to Have Indiscriminate Effects.

<sup>212</sup> The Roman-privatist influence — with its emphasis on the autonomy of the will had harmful consequences in traditional international law; in the public domain, quite to the contrary, conscience stands above the “will”, also in the determination of competences.

<sup>213</sup> A. A. Cançado Trindade, *O Direito Internacional em um Mundo em Transformação*, Rio de Janeiro, Edit. Renovar, 2002, p. 1099.

5. *Les failles du positivisme juridique :  
réfutation du pseudo-principe du Lotus*

190. J'en viens maintenant à un point qui intéresse l'humanité tout entière, à savoir que, aujourd'hui, il n'est plus possible d'appréhender convenablement la question des armes nucléaires en l'abordant selon la conception strictement interétatique du droit international, maintenant complètement dépassée. Après tout, point d'humanité, point d'Etat; on ne saurait se préoccuper exclusivement des Etats en faisant comme si l'humanité n'existait pas. Dans son avis consultatif de 1996, la Cour a pris note des traités interdisant entre autres les armes biologiques et les armes chimiques<sup>210</sup> et les armes qui produisent des effets traumatiques excessifs ou frappant sans discrimination (*C.I.J. Recueil 1996 (I)*, p. 256, par. 76)<sup>211</sup>.

191. Le fait que, aujourd'hui encore, il n'existe pas de traité général semblable interdisant spécifiquement l'emploi d'armes nucléaires ne signifie nullement que le recours à ces armes soit autorisé (dans certaines circonstances ou même en situation de légitime défense)<sup>212</sup>. De mon point de vue, lorsqu'il s'agit d'une question qui met en jeu la survie même de l'humanité, on ne saurait prétendre que ce qui n'est pas expressément interdit est automatiquement autorisé (position classique des positivistes). Adopter pareille position ne serait qu'un retour à la tradition maintenant dépassée du *laisser-faire, laisser-passer* propre à un ordre juridique international fragmenté par l'effet du subjectivisme volontariste des Etats, lequel, comme le montre l'histoire du droit international, a invariablement favorisé les plus puissants. *Ubi societas, ibi jus...*

192. Les tenants du positivisme juridique, ainsi que les prétendus «réalistes» adeptes de la *Realpolitik*, ont toujours été plus sensibles au jeu des pouvoirs en place qu'attentifs aux valeurs fondamentales. La dimension temporelle leur échappe et ils sont incapables de se placer dans une perspective universaliste. Ils ont une vision statique de l'espace comme du temps. Aujourd'hui, au milieu de la deuxième décennie du XXI<sup>e</sup> siècle, alors que l'ordre international évolue dans le sens de l'affirmation de valeurs communes supérieures et de la prise en compte des exigences d'un *ordre public international* reposant sur des considérations fondamentales d'humanité, il est temps de renverser cette fausse logique et de proclamer que *ce qui n'est pas autorisé est interdit*<sup>213</sup>.

<sup>210</sup> Le protocole de Genève de 1925, ainsi que les conventions de 1972 et 1993 interdisant, respectivement, les armes biologiques et les armes chimiques.

<sup>211</sup> Convention de 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.

<sup>212</sup> La conception privatiste issue du droit romain, insistant sur l'autonomie de la volonté des sujets de droit, a eu une influence néfaste sur la formation du droit international classique; en effet, en droit public, la conscience doit primer la «volonté», et cela vaut aussi pour la détermination de la compétence d'une juridiction.

<sup>213</sup> A. A. Cançado Trindade, *O Direito Internacional em um Mundo em Transformação*, Rio de Janeiro, Ed. Renovar, 2002, p. 1099.

193. Even in the days of the “*Lotus*” case (1927), the view endorsed by the old PCIJ whereby under international law everything that was not expressly prohibited would thereby be permitted, was object of severe criticisms, not only of a compelling dissenting opinion in the case itself<sup>214</sup> but also on the part of expert writing of the time<sup>215</sup>. Such conception could only have flourished in an epoch “politically secure” in global terms, certainly quite different from that of the current nuclear age, in face of the recurrent threat of nuclear weapons and other weapons of mass destruction, the growing vulnerability of territorial States and indeed of the world population, and the increasing complexity in the conducting of international relations. In our days, in face of such a terrifying threat, it is the logical opposite to that of the “*Lotus*” case which imposes itself: all that is not expressly permitted is surely prohibited<sup>216</sup>. All weapons of mass destruction, including nuclear weapons, are illegal and prohibited under contemporary international law.

194. The case of *Shimoda and Others* (District Court of Tokyo, decision of 7 December 1963), with the dismissed claims of five injured survivors of the atomic bombings of Hiroshima and Nagasaki, stands as a grave illustration of the veracity of the *maxim summum jus, summa injuria*, when one proceeds on the basis of an allegedly absolute submission of the human person to a degenerated international legal order built on an exclusively inter-State basis. May I here reiterate what I wrote in 1981, regarding the *Shimoda and Others* case, namely,

“The whole arguments in the case reflect the insufficiencies of an international legal order being conceived and erected on the basis of an exclusive inter-State system, leaving individual human beings impotent in the absence of express treaty provisions granting them procedural status at international level. Even in such a matter directly affecting fundamental human rights, the arguments were conducted in the case in the classical lines of the conceptual apparatus of the so-called law on diplomatic protection, in a further illustration of international legal reasoning still being haunted by the old Vattelian fiction.”<sup>217</sup>

<sup>214</sup> Cf. dissenting opinion of Judge Loder, “*Lotus*” case [*France v. Turkey*], *Judgment No. 9, 1927, P.C.I.J., Series A, No. 10*, p. 34 (such conception was not in accordance with the “spirit of international law”).

<sup>215</sup> Cf. J. L. Brierly, *The Basis of Obligation in International Law and Other Papers*, Oxford, Clarendon Press, 1958, p. 144; H. Lauterpacht, *The Function of Law in the International Community*, Oxford, Clarendon Press, 1933, pp. 409-412 and 94-96; and cf., subsequently, e.g., G. Herczegh, “Sociology of International Relations and International Law”, *Questions of International Law* (ed. G. Haraszti), Budapest, Progresprint, 1971, pp. 69-71 and 77.

<sup>216</sup> A. A. Cançado Trindade, *O Direito Internacional em um Mundo em Transformação*, *op. cit. supra* note 213, p. 1099.

<sup>217</sup> A. A. Cançado Trindade, “The Voluntarist Conception of International Law: A

193. Même à l'époque de l'affaire du *Lotus* (1927), la conclusion de la CPJI selon laquelle, en droit international, ce qui n'était pas expressément interdit était *ipso facto* autorisé a été sévèrement critiquée non seulement dans une éloquente opinion dissidente jointe à l'arrêt<sup>214</sup>, mais aussi par d'éminents juristes d'alors<sup>215</sup>. Pareille position ne pouvait séduire qu'à une époque de «sécurité politique» mondiale, bien différente de notre ère nucléaire, caractérisée par la menace récurrente de l'emploi d'armes nucléaires et autres armes de destruction massive, la vulnérabilité croissante des Etats et de la population mondiale, et des relations internationales de plus en plus complexes. De nos jours, devant des menaces aussi terrifiantes, il faut, je le répète, renverser la logique retenue en l'affaire du *Lotus*, et poser que tout ce qui n'est pas expressément autorisé ne peut qu'être interdit<sup>216</sup>. Le droit international contemporain interdit toutes les armes de destruction massive, y compris les armes nucléaires.

194. L'affaire *Shimoda et consorts* (tribunal de district de Tokyo, décision du 7 décembre 1963), qui s'est conclue par le rejet des demandes en réparation de cinq victimes des bombardements atomiques d'Hiroshima et de Nagasaki, illustre tristement la véracité de la maxime *summum jus, summa injuria*, lorsqu'un tribunal fonde son raisonnement sur la soumission prétendument absolue de la personne humaine à un ordre juridique international dégénéré bâti exclusivement en fonction des exigences des rapports interétatiques. Je me permets de rappeler ici ce que j'ai écrit en 1981 au sujet de cette affaire

«Dans cette affaire, toute l'argumentation illustre les insuffisances d'un ordre juridique international conçu et érigé sur la base d'un système exclusivement interétatique, qui réduit les êtres humains à l'impuissance lorsqu'ils ne peuvent pas se prévaloir de dispositions conventionnelles leur donnant qualité pour ester au niveau international. Dans une affaire qui pourtant concernait une question se rapportant directement aux droits fondamentaux de la personne humaine, le tribunal a suivi le raisonnement classique imposé par l'appareil conceptuel de ce qu'il est convenu d'appeler le droit de la protection diplomatique, ce qui montre une fois de plus que la vieille fiction de Vattel hante toujours les juridictions appelées à se prononcer sur des questions de droit international.»<sup>217</sup>

<sup>214</sup> Voir affaire du *Lotus* (*France c. Turquie*), arrêt n° 9, C.P.J.I. série A n° 10, opinion dissidente du juge Loder, p. 34; selon le juge Loder, la conception retenue par la CPJI était contraire à l'«esprit du droit international».

<sup>215</sup> Voir J. L. Brierly, *The Basis of Obligation in International Law and Other Papers*, Oxford, Clarendon Press, 1958, p. 144; H. Lauterpacht, *The Function of Law in the International Community*, Oxford, Clarendon Press, 1933, p. 409-412 et 94-96. Voir également les critiques publiées plus tard, notamment G. Herczegh, «Sociology of International Relations and International Law», *Questions of International Law* (dir. publ., G. Haraszti), Budapest, Progresprint, 1971, p. 69-71 et 77.

<sup>216</sup> A. A. Cançado Trindade, *O Direito Internacional em um Mundo em Transformação*, *op. cit. supra* note 213, p. 1099.

<sup>217</sup> A. A. Cançado Trindade, «The Voluntarist Conception of International Law:



195. There exists nowadays an *opinio juris communis* as to the illegality of all weapons of mass destruction, including nuclear weapons, and the obligation of nuclear disarmament, under contemporary international law. There is no “gap” concerning nuclear weapons; given the indiscriminate, lasting and indescribable suffering they inflict, they are outlawed, as much as other weapons of mass destruction (biological and chemical weapons) are. The positivist outlook purporting to challenge this prohibition of contemporary general international law has long been surpassed. Nor can this matter be approached from a strictly inter-State outlook, without taking into account the condition of peoples and human beings as subjects of international law.

196. All weapons of mass destruction are illegal under contemporary international law. The threat or use of such weapons is condemned in any circumstances by the universal juridical conscience, which in my view constitutes the ultimate material source of international law, as of all law. This is in keeping with the conception of the formation and evolution of international law which I have been sustaining for many years; it transcends the limitations of legal positivism, seeking to respond effectively to the needs and aspirations of the international community as a whole, and, ultimately, of all humankind.

#### XIV. RECOURSE TO THE “MARTENS CLAUSE” AS AN EXPRESSION OF THE *RAISON D’HUMANITÉ*

197. Even if there was a “gap” in the law of nations in relation to nuclear weapons, which there is not, it is possible to fill it by resorting to general principles of law. In its 1996 Advisory Opinion, the ICJ preferred to focus on self-defence of a hypothetical individual State, instead of developing the rationale of the Martens clause, the purpose of which is precisely that of filling gaps<sup>218</sup> in the light of the principles of the law of nations, the “laws of humanity” and the “dictates of public conscience”

---

Re-Assessment”, 59 *Revue de droit international de sciences diplomatiques et politiques*, Geneva (1981), p. 214, and cf. pp. 212-213. On the need of a universalist perspective, cf. also K. Tanaka, “The Character of World Law in the International Court of Justice” [translated from Japanese into English by S. Murase], 15 *Japanese Annual of International Law* (1971), pp. 1-22.

<sup>218</sup> J. Salmon, “Le problème des lacunes à la lumière de l’avis ‘Licéité de la menace ou de l’emploi d’armes nucléaires’ rendu le 8 juillet 1996 par la Cour internationale de Justice”, *Mélanges en l’honneur de N. Valticos — Droit et justice* (ed. R.-J. Dupuy), Paris, Pedone, 1999, pp. 197-214, esp. pp. 208-209; R. Ticehurst, “The Martens Clause and the Laws of Armed Conflict”, 317 *International Review of the Red Cross* (1997), pp. 125-134,

195. Il existe aujourd'hui une *opinio juris communis* sur l'illicéité de toutes les armes de destruction massive, y compris les armes nucléaires, ainsi que sur l'existence d'une obligation de droit international de procéder au désarmement nucléaire. Il n'y a aucune «lacune» du droit international en ce qui concerne les armes nucléaires: étant donné qu'elles frappent sans discrimination et infligent durablement des souffrances inimaginables, elles sont tout aussi illicites que les autres armes de destruction massive (armes biologiques et armes chimiques). Les thèses positivistes qui contestaient l'existence de cette interdiction en droit international général sont depuis longtemps dépassées. La question ne peut pas non plus être considérée dans une optique strictement interétatique, ne tenant pas compte de la qualité de sujets de droit international reconnue aux peuples et aux individus.

196. En droit international contemporain, toutes les armes de destruction massive sont illicites. La menace ou l'emploi de ces armes est condamné en toutes circonstances par la conscience juridique universelle qui, selon moi, constitue la véritable source première du droit international, comme d'ailleurs de toutes les normes juridiques. C'est là une idée qui fait partie de la conception de la formation du droit international que je défends depuis de nombreuses années; elle transcende les limites du positivisme juridique et tend vers l'adéquation du droit international aux besoins et aspirations de la communauté internationale tout entière et, en dernière analyse, de l'humanité dans son ensemble.

#### XIV. L'INVOCATION DE LA «CLAUSE DE MARTENS» COMME EXPRESSION DE LA RAISON D'HUMANITÉ

197. Quand bien même le droit des nations comporterait une «lacune» quant aux armes nucléaires, ce qui n'est pas le cas, il serait possible de la combler en invoquant les principes généraux de droit. Dans son avis consultatif de 1996, la Cour a choisi de concentrer son attention sur l'exercice par un Etat hypothétique de son droit de légitime défense, au lieu de raisonner en ayant à l'esprit la clause de Martens, qui a précisément été conçue pour permettre de suppléer aux lacunes<sup>218</sup> en se fondant

---

A Re-Assessment», *Revue de droit international, de sciences diplomatiques et politiques*, Genève, vol. 59, 1981, p. 214; voir également p. 212-213. Au sujet de la nécessité d'adopter une perspective universaliste, voir aussi K. Tanaka, «The Character of World Law in the International Court of Justice» [traduit du japonais par S. Murase], *Japanese Annual of International Law*, vol. 15, 1971, p. 1-22.

<sup>218</sup> J. Salmon, «Le problème des lacunes à la lumière de l'avis «Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires» rendu le 8 juillet 1996 par la Cour internationale de Justice», *Mélanges en l'honneur de N. Valticos — Droit et justice* (ouvrage collectif publié sous la dir. de R.-J. Dupuy), Paris, Pedone, 1999, p. 197-214, particulièrement les pages 208-209; R. Ticehurst, «The Martens Clause and the Laws of Armed Conflict»,

(terms of the wise premonition of Fyodor Fyodorovich von Martens<sup>219</sup>, originally formulated at the I Hague Peace Conference of 1899).

198. Yet, continuing recourse to the Martens clause, from 1899 to our days, consolidates it as an expression of the strength of human conscience. Its historical trajectory of more than one century has sought to extend protection juridically to human beings in all circumstances (even if not contemplated by conventional norms). Its reiteration for over a century in successive international instruments, besides showing that conventional and customary international law in the domain of protection of the human person go together, reveals the Martens clause as an emanation of the *material* source *par excellence* of the whole law of nations (the universal juridical conscience), giving expression to the *raison d'humanité* and imposing limits to the *raison d'Etat*<sup>220</sup>.

199. It cannot be denied that nuclear weapons are intrinsically indiscriminate, incontrollable, that they cause severe and durable damage and in a wide scale in space and time, that they are prohibited by international humanitarian law (Articles 35, 48 and 51 of the Additional Protocol I of 1977 to the 1949 Geneva Conventions on international humanitarian law), and are inhuman as weapons of mass destruction<sup>221</sup>. Early in the present nuclear age, the four Geneva Conventions established the *grave violations* of international law (Convention I, Article 49 (3); Convention II, Article 50 (3); Convention III, Article 129 (3); and Convention IV, Article 146 (3)). Such *grave violations*, when involving nuclear weapons, victimize not only States, but all other subjects of international law as well, individuals and groups of individuals, peoples, and humankind as a whole.

200. The absence of conventional norms stating specifically that nuclear weapons are prohibited in all circumstances does not mean that they would be allowed in a given circumstance. Two decades ago, in the course of the advisory proceedings of late 1995 before the ICJ leading to its 1996 Advisory Opinion on the *Threat or Use of Nuclear Weapons*,

---

esp. pp. 133-134; A. Azar, *Les opinions des juges dans l'avis consultatif sur la licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, Brussels, Bruylant, 1998, p. 61.

<sup>219</sup> Which was intended to extend juridically the protection to the civilians and combatants in all situations, even if not contemplated by the conventional norms.

<sup>220</sup> A. A. Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, Vol. II, Porto Alegre/Brazil, S.A. Fabris Ed., 1999, pp. 497-509.

<sup>221</sup> Cf. comments in *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949* (eds. Y. Sandoz, C. Swinarski and B. Zimmermann), Geneva, ICRC/Nijhoff, 1987, pp. 389-420 and 597-600.

sur les principes du droit des nations, les «lois de l'humanité» et les «exigences de la conscience publique» (pour reprendre le langage prémonitoire de Fyodor Fyodorovich von Martens<sup>219</sup>, adopté lors de la conférence de la paix de La Haye de 1899).

198. De 1899 à nos jours, l'invocation répétée de la clause de Martens a confirmé sa validité en tant qu'expression des exigences de la conscience humaine. L'invocation de cette clause qui remonte à plus de cent ans tend à étendre la protection juridique des êtres humains à toutes les situations, même celles qui n'entrent pas dans le champ d'application des règles conventionnelles. Sa réaffirmation dans les instruments internationaux adoptés au fil des ans montre non seulement que le droit international conventionnel et le droit international coutumier jouent des rôles complémentaires dans la protection des êtres humains, mais aussi qu'elle est l'émanation de la conscience juridique universelle, source première du droit des nations en ce qu'elle est l'expression de la *raison d'humanité* et impose des limites à la *raison d'Etat*<sup>220</sup>.

199. Il est indéniable que les armes nucléaires, de par leur nature même, frappent sans discrimination, sont incontrôlables, causent des dommages considérables qui ne peuvent être circonscrits ni dans l'espace, ni dans le temps, et sont interdites par le droit international humanitaire (articles 35, 48 et 51 du protocole additionnel I de 1977 aux conventions de Genève de 1949 relatives au droit international humanitaire et que, en tant qu'armes de destruction massive, elles ont un caractère inhumain<sup>221</sup>. Adoptées au début de l'ère nucléaire, les quatre conventions de Genève de 1949 ont défini les *infractions graves* du droit international (article 50 de la convention I, article 51 de la convention II, article 130 de la convention III et article 147 de la convention IV). Les victimes de ces *infractions graves*, si celles-ci résultaient de l'emploi d'armes nucléaires, seraient non seulement les Etats, mais aussi tous les autres sujets de droit international, à savoir les individus, les groupes d'individus, les peuples et l'humanité tout entière.

200. L'absence de règles conventionnelles interdisant expressément l'emploi d'armes nucléaires en toutes circonstances ne signifie nullement qu'il soit autorisé dans telle ou telle situation particulière. Lors de la procédure orale qui, vers la fin de 1995, a précédé le prononcé par la Cour de son avis consultatif de 1996 sur la *Licéité de la menace ou de l'emploi*

---

*International Review of the Red Cross*, vol. 317, 1997, p. 125-134, particulièrement les pages 133-134; A. Azar, *Les opinions des juges dans l'avis consultatif sur la licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 61.

<sup>219</sup> Cette clause avait initialement été conçue pour étendre la protection juridique des civils et des combattants à toutes les situations, y compris celles n'entrant pas dans le champ d'application des règles conventionnelles.

<sup>220</sup> A. A. Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, vol. II, Porto Alegre/Brésil, S.A. Fabris Ed., 1999, p. 497-509.

<sup>221</sup> Voir *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949* (ouvrage collectif publié sous la dir. de Y. Sandoz, C. Swinarski et B. Zimmermann), Genève, CICR/Nijhoff, 1987, p. 389-420 et 597-600.

some of the participating States drew attention to the incidence of the Martens clause in the present domain<sup>222</sup>. It was pointed out, on the occasion, that the argument that international instruments do not specifically contain an express prohibition of use of nuclear weapons seems to overlook the Martens clause<sup>223</sup>.

201. Also in rebuttal of that argument, — typical of legal positivism, in its futile search for an express prohibition, — it was further observed that the “principles of humanity” and the “dictates of public conscience”, evoked by the Martens clause, permeate not only the law of armed conflict, but “the whole of international law”; they are essentially dynamic, pointing to conduct which may nowadays be condemned as inhumane by the international community<sup>224</sup>, such as recourse to the threat or use of nuclear weapons. It was further stated, in the light of the Martens clause, that the “threat and use of nuclear weapons violate both customary international law and the dictates of public conscience”<sup>225</sup>.

202. The Martens clause safeguards the integrity of law (against the undue permissiveness of a *non liquet*) by invoking the principles of the law of nations, the “laws of humanity” and the “dictates of the public conscience”. Thus, that absence of a conventional norm is not conclusive, and is by no means the end of the matter, — bearing in mind also customary international law. Such absence of a conventional provision expressly prohibiting nuclear weapons does not at all mean that they are legal or legitimate<sup>226</sup>. The evolution of international law<sup>227</sup> points, in our days, in my understanding, towards the construction of the international law for humankind<sup>228</sup> and, within the framework of this latter, to the outlawing by general international law of all weapons of mass destruction.

<sup>222</sup> Cf. CR 1995/31, of 13 November 1995, pp. 45-46 (statement of Samoa); CR 1995/25, of 3 November 1995, p. 55 (statement of Mexico); CR 1995/27, of 7 November 1995, p. 60 (statement of Malaysia).

<sup>223</sup> CR 1995/26, of 6 November 1995, p. 32 (statement of Iran).

<sup>224</sup> CR 1995/22, of 30 October 1995, p. 39 (statement of Australia).

<sup>225</sup> CR 1995/35, of 15 November 1995, p. 33 (statement of Zimbabwe).

<sup>226</sup> Stefan Glaser, *L'arme nucléaire à la lumière du droit international*, Paris, Pedone, 1964, pp. 15, 21, 24-27, 32, 36-37, 41, 43-44 and 62-63, and cf. pp. 18 and 53.

<sup>227</sup> If, in other epochs, the ICJ had likewise limited itself to verify a situation of “legal uncertainty” (which, anyway, does not apply in the present context), most likely it would not have issued its *célèbres* Advisory Opinions on *Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations* (1949), on *Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (1951), and on *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)* (1971), which have so much contributed to the evolution of international law.

<sup>228</sup> Cf. A. A. Cançado Trindade, *International Law for Humankind — Towards a New Jus Gentium*, *op. cit. supra* note 120, pp. 1-726.

*d'armes nucléaires*, certains des Etats qui se sont exprimés ont appelé l'attention sur la pertinence de la clause de Martens dans le domaine considéré<sup>222</sup>. Il a été souligné que l'argument selon lequel les instruments internationaux n'interdisaient pas expressément et spécifiquement l'emploi d'armes nucléaires semblait faire abstraction de la clause de Martens<sup>223</sup>.

201. Pour réfuter cet argument — illustration parfaite de la vaine recherche de règles expresses qui caractérise le positivisme juridique —, il a été observé aussi que les «lois de l'humanité» et les «exigences de la conscience publique» invoquées dans la clause de Martens valaient non seulement pour le droit des conflits armés, mais aussi pour «le droit international dans son ensemble»; ces lois et ces exigences ont un caractère essentiellement dynamique en ce qu'elles évoluent à mesure qu'apparaissent des comportements jugés inhumains par la communauté internationale<sup>224</sup>, tels que la menace ou l'emploi d'armes nucléaires. Il a été déclaré aussi que, à la lumière de la clause de Martens, «la menace ou l'emploi d'armes nucléaires [était] contraire au droit international coutumier aussi bien qu'aux exigences de la conscience publique»<sup>225</sup>.

202. La clause de Martens sauvegarde l'intégrité du droit (menacée si une juridiction choisit indûment l'échappatoire d'un *non liquet*) en permettant d'invoquer les principes du droit des nations, les «lois de l'humanité» et les «exigences de la conscience publique». L'absence de règles conventionnelles n'est donc pas déterminante, et on ne saurait s'y arrêter en faisant abstraction du droit international coutumier. L'absence de règles conventionnelles les interdisant expressément ne signifie aucunement que les armes nucléaires soient licites ou légitimes<sup>226</sup>. De nos jours, l'évolution du droit international<sup>227</sup> tend selon moi vers l'édification d'un «droit international pour l'humanité»<sup>228</sup> faisant de l'interdiction de toutes les armes de destruction massive une règle de droit international général.

<sup>222</sup> Voir CR 1995/31, p. 45-46 (exposé du Samoa); CR 1995/25, p. 55 (exposé du Mexique); CR 1995/27, p. 60 (exposé de la Malaisie).

<sup>223</sup> Voir CR 1995/26, p. 32 (exposé de l'Iran).

<sup>224</sup> CR 1995/22, p. 39 (exposé de l'Australie).

<sup>225</sup> CR 1995/35, p. 33 (exposé du Zimbabwe).

<sup>226</sup> Stefan Glaser, *L'arme nucléaire à la lumière du droit international*, Paris, Pedone, 1964, p. 15, 21, 24-27, 32, 36-37, 41, 43-44 et 62-63; voir également les pages 18 et 53.

<sup>227</sup> Si, à d'autres époques, la Cour s'était de même bornée à constater une «incertitude juridique» (laquelle n'existe d'ailleurs pas dans le contexte de l'affaire considérée ici), elle n'aurait très probablement pas émis ses célèbres avis consultatifs sur la *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies* (1949), les *Réserves à la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide* (1951) et les *Conséquences juridiques pour les Etats de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité* (1971), qui ont beaucoup contribué à l'évolution du droit.

<sup>228</sup> Voir A. A. Cançado Trindade, *International Law for Humankind — Towards a New Jus Gentium*, *op. cit. supra* note 120, p. 1-726.

203. Had the ICJ, in its 1996 Advisory Opinion on the *Threat or Use of Nuclear Weapons*, made decidedly recourse in great depth to the Martens clause, it would not have lost itself in a sterile exercise, proper of a legal positivism *déjà vu*, of a hopeless search of conventional norms, frustrated by the finding of what it understood to be a lack of these latter as to nuclear weapons specifically, for the purposes of its analysis. The existing arsenals of nuclear weapons, and of other weapons of mass destruction, are to be characterized by what they really are: a scorn and the ultimate insult to human reason, and an affront to the juridical conscience of humankind.

204. The aforementioned evolution of international law, — of which the Martens clause is a significant manifestation, — has gradually moved from an international into a universal dimension, on the basis of fundamental values, and in the sense of an *objective justice*<sup>229</sup>, which has always been present in jusnaturalist thinking. Human conscience stands above the “will” of individual States. This evolution has, in my perception, significantly contributed to the formation of an *opinio juris communis* in recent decades, in condemnation of nuclear weapons.

205. This *opinio juris communis* is clearly conformed in our days: the overwhelming majority of Member States of the United Nations, the NNWS, have been sustaining for years the series of General Assembly resolutions in condemnation of the use of nuclear weapons as illegal under general international law. To this we can add other developments, reviewed in the present dissenting opinion, such as, e.g., the NPT Review Conferences, the establishment of regional nuclear-weapon-free zones, and the Conferences on Humanitarian Impact of Nuclear Weapons (cf. Parts XVII-XIX, *infra*).

#### XV. NUCLEAR DISARMAMENT: JUSNATURALISM, THE HUMANIST CONCEPTION AND THE UNIVERSALITY OF INTERNATIONAL LAW

206. The existence of nuclear weapons, — maintained by the strategy of “deterrence” and “mutually assured destruction” (“MAD”, as it became adequately called, since it was devised in the Cold-War era), is the contemporary global tragedy of the nuclear age. Death, or self-destruction, haunts everyone everywhere, propelled by human madness. Human beings need protection from themselves, today more than

---

<sup>229</sup> A. A. Cançado Trindade, *Los Tribunales Internacionales Contemporáneos y la Humanización del Derecho Internacional*, Buenos Aires, Ed. Ad-Hoc, 2013, pp. 166-167; and cf. C. Husson-Rochongar, *Droit international des droits de l'homme et valeurs — Le recours aux valeurs dans la jurisprudence des organes spécialisés*, Brussels, Bruylant, 2012, pp. 309-311, 451-452, 578-580, 744-745 and 771-772.

203. Si, dans l'élaboration de son avis consultatif de 1996, la Cour avait vraiment voulu recourir à la clause de Martens après en avoir examiné en profondeur les ressources, elle ne se serait pas lancée dans une entreprise stérile, empreinte d'un positivisme éculé, consistant à chercher vainement des règles conventionnelles, recherche au terme de laquelle elle a constaté à regret que, selon son analyse, il n'en existait pas qui vise spécifiquement les armes nucléaires. L'existence des arsenaux actuels d'armes nucléaires et autres armes de destruction massive doit être qualifiée de ce qu'elle est véritablement : un défi patent et la suprême insulte à la raison humaine, et un affront à la conscience juridique de l'humanité.

204. Cette évolution du droit international, dont la clause de Martens est une importante manifestation, lui a progressivement conféré une dimension universelle plutôt que simplement internationale, procédant des valeurs fondamentales et de la recherche d'une *justice objective*<sup>229</sup>, thème récurrent de la pensée jusnaturaliste. Comme je l'ai déjà dit, la conscience humaine prime la «volonté» des Etats pris individuellement. A mon avis, cette évolution a notablement contribué à la formation au cours des dernières décennies d'une *opinio juris communis* condamnant les armes nucléaires.

205. Il est manifeste que cette *opinio juris communis* est maintenant bien établie : l'écrasante majorité des Etats Membres de l'ONU que sont les Etats non dotés d'armes nucléaires soutiennent depuis des années les résolutions par lesquelles l'Assemblée générale des Nations Unies a réaffirmé qu'elle condamnait l'emploi d'armes nucléaires comme étant illicites en droit international général. A quoi on peut ajouter d'autres manifestations de changement dont je traite plus loin (voir sect. XVII-XIX), dont les travaux des conférences d'examen du TNP, la création dans certaines régions de zones exemptes d'armes nucléaires et l'organisation de conférences sur l'impact humanitaire des armes nucléaires.

#### XV. LE DÉSARMEMENT NUCLÉAIRE, LE JUSNATURALISME, LA CONCEPTION HUMANISTE ET L'UNIVERSALITÉ DU DROIT INTERNATIONAL

206. L'existence des armes nucléaires — entretenue par la doctrine remontant à la guerre froide de la «dissuasion», qui est fondée sur la menace d'une «destruction mutuelle assurée» — est au cœur de la tragédie mondiale de l'ère nucléaire. Chacun, partout dans le monde, est hanté par la menace de mort que fait peser la folie autodestructrice des êtres humains. Ceux-ci, aujourd'hui plus que jamais, ont besoin d'être protégés

<sup>229</sup> A. A. Cançado Trindade, *Los Tribunales Internacionales Contemporáneos y la Humanización del Derecho Internacional*, Buenos Aires, Ed. Ad-Hoc, 2013, p. 166-167; voir également C. Husson-Rochongar, *Droit international des droits de l'homme et valeurs — Le recours aux valeurs dans la jurisprudence des organes spécialisés*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 309-311, 451-452, 578-580, 744-745 et 771-772.



ever<sup>230</sup>, — and this brings our minds to other domains of human knowledge. Law by itself cannot provide answers to this challenge to humankind as a whole.

207. In the domain of nuclear disarmament, we are faced today, within the conceptual universe of international law, with unexplainable insufficiencies, or anomalies, if not absurdities. For example, there are fortunately in our times conventions prohibiting biological and chemical weapons (of 1972 and 1993), but there is to date no such comprehensive conventional prohibition of nuclear weapons, which are far more destructive. There is no such prohibition despite the fact that they are in clear breach of international law, of IHL and the ILHR, as well as of the law of the United Nations.

208. Does this make any sense? Can international law prescind from ethics? In my understanding, not at all. Just as law and ethics go together (in the line of jusnaturalist thinking), scientific knowledge itself cannot be dissociated from ethics. The production of nuclear weapons is an illustration of the divorce between ethical considerations and scientific and technological progress. Otherwise, weapons which can destroy millions of innocent civilians, and the whole of humankind, would not have been conceived and produced.

209. The principles of *recta ratio*, orienting the *lex praeceptiva*, emanate from human conscience, affirming the ineluctable relationship between law and ethics. Ethical considerations are to guide the debates on nuclear disarmament. Nuclear weapons, capable of destroying humankind as a whole, carry evil in themselves. They ignore civilian populations, they make abstraction of the principles of necessity, of distinction and of proportionality. They overlook the principle of humanity. They have no respect for the fundamental right to life. They are wholly illegal and illegitimate, rejected by the *recta ratio*, which endowed *jus gentium*, in its historical evolution, with ethical foundations, and its character of universality.

210. Already in 1984, in its General Comment No. 14 (on the right to life), the UN Human Rights Committee (HRC — under the Covenant on Civil and Political Rights), for example, began by warning that war and mass violence continue to be “a scourge of humanity”, taking the lives of thousands of innocent human beings every year (para. 2). In successive sessions of the General Assembly, it added, representatives of States from

---

<sup>230</sup> In another international jurisdiction, in my separate opinion in the IACtHR’s case of the *Massacres of Ituango v. Colombia* (judgment of 1 July 2006), I devoted part of my reflections to “human cruelty in its distinct manifestations in the execution of State policies” (Part II, paras. 9-13).

d'eux-mêmes<sup>230</sup>, triste constatation qui nous amène à étendre notre réflexion à d'autres domaines de la connaissance humaine que le droit. Le droit, en effet, ne saurait à lui seul apporter les réponses qu'appelle ce défi planétaire.

207. La manière dont est traitée actuellement la question du désarmement nucléaire sous l'angle juridique fait apparaître les insuffisances et les anomalies inexplicables, voire les absurdités, que comporte l'univers conceptuel du droit international. Par exemple, s'il y a lieu de se féliciter de l'existence de conventions (adoptées en 1972 et 1993) interdisant les armes biologiques et les armes chimiques, il n'en existe toujours pas qui interdise les armes nucléaires, alors qu'elles ont un pouvoir destructeur bien supérieur. Cette interdiction se fait toujours attendre alors que les armes nucléaires sont manifestement contraires au droit international, au droit international humanitaire, au droit international des droits de l'homme et au droit des Nations Unies.

208. Pareille situation a-t-elle un sens? L'éthique est-elle étrangère au droit international? La réponse à ces deux questions est pour moi un «non» catégorique. De même que droit et éthique vont de pair (selon la pensée jusnaturaliste), la science ne saurait être dissociée de l'éthique. Or, la fabrication d'armes nucléaires illustre le divorce entre le progrès scientifique et technique et les valeurs de l'éthique. S'il n'en allait pas ainsi, jamais n'auraient été inventées et fabriquées des armes capables d'anéantir des millions de civils innocents, voire l'humanité tout entière.

209. Les principes de la *recta ratio* qui guident la *lex praeceptiva* émanent de la conscience humaine, affirmant le rapport obligé entre droit et éthique. Les débats sur les armes nucléaires doivent être guidés par des considérations morales. Les armes nucléaires, capables d'anéantir l'humanité, portent en elles le mal. Elles ne peuvent être employées qu'au mépris du sort des civils et des principes de nécessité, de distinction entre objectifs civils et militaires et de proportionnalité. Ces armes font fi du principe d'humanité et du droit fondamental à la vie. Elles sont irrévocablement illicites et illégitimes, rejetées par la *recta ratio* dont a procédé l'évolution d'un *jus gentium* à vocation universelle reposant sur des valeurs morales.

210. Par exemple, dès 1984, le Comité des droits de l'homme (créé en application du Pacte relatif aux droits civils et politiques), dans son observation générale n° 14 sur le droit à la vie, constatait d'abord que la guerre et la violence collective continuaient d'être «un fléau pour l'humanité» privant de leur vie des milliers d'êtres humains innocents chaque année (par. 2). Il notait que, pendant plusieurs sessions de l'Assemblée générale

---

<sup>230</sup> Alors que j'étais membre de la Cour interaméricaine des droits de l'homme, j'ai consacré une partie de mon opinion dissidente sur l'arrêt rendu par cette Cour le 1<sup>er</sup> juillet 2006 en l'affaire des *Massacres d'Ituango c. Colombie*, portée devant elle par la commission interaméricaine des droits de l'homme contre la Colombie, à l'exposé de mes réflexions sur «les différentes manifestations de la cruauté humaine dans l'exécution de la politique de l'Etat» (sect. II, par. 9-13).

all geographical regions have expressed their growing concern at the development and proliferation of “increasingly awesome weapons of mass destruction” (General Comment No. 14, para. 3). Associating itself with this concern, the HRC stated that

“It is evident that the designing, testing, manufacture, possession and deployment of nuclear weapons are among the greatest threats to the right to life which confront mankind today. This threat is compounded by the danger that the actual use of such weapons may be brought about, not only in the event of war, but even through human or mechanical error or failure.

Furthermore, the very existence and gravity of this threat generates a climate of suspicion and fear between States, which is in itself antagonistic to the promotion of universal respect for and observance of human rights and fundamental freedoms in accordance with the Charter of the United Nations and the International Covenants on Human Rights.

The production, testing, possession, deployment and use of nuclear weapons should be prohibited and recognized as crimes against humanity.

The Committee, accordingly, in the interest of mankind, calls upon all States (. . .) to take urgent steps (. . .) to rid the world of this menace.” (Paras. 4-7.)<sup>231</sup>

211. The absence in contemporary international law of a comprehensive conventional prohibition of nuclear weapons is incomprehensible. Contrary to what legal positivists think, law is not self-sufficient, it needs inputs from other branches of human knowledge for the realization of justice. Contrary to what legal positivists think, norms and values go together, the former cannot prescind from the latter. Contrary to legal positivism, may I add, jusnaturalism, taking into account ethical considerations, pursues a universalist outlook (which legal positivists are incapable of doing), and beholds humankind as entitled to protection<sup>232</sup>.

---

<sup>231</sup> General Comment No. 14 (of 1984) of the HRC, text in: United Nations, *Compilation of General Comments and General Recommendations Adopted by Human Rights Treaty Bodies*, doc. HRI/GEN/1/Rev.3, of 15 August 1997, pp. 18-19. The HRC, further stressing that the right to life is a fundamental right which does not admit any derogation not even in time of public emergency, related the current proliferation of weapons of mass destruction to “the supreme duty of States to prevent wars”. Cf. also *UN Report of the Human Rights Committee, G.A.O.R.* — Fortieth Session (1985), suppl. No. 40 (A/40/40), p. 162.

<sup>232</sup> A. A. Cançado Trindade, *International Law for Humankind — Towards a New Jus Gentium*, *op. cit. supra* note 120, pp. 1-726. *Recta ratio* and universalism, present in the jusnaturalist thinking of the “founding fathers” of international law (F. de Vitoria, F. Suárez, H. Grotius, among others), go far back in time to the legacies of Cicero,

des Nations Unies, des représentants de pays de toutes les régions du monde avaient exprimé leur inquiétude croissante devant la mise au point et la prolifération d'«armes de destruction massive de plus en plus terrifiantes» (observation générale n° 14, par. 3). Après avoir dit qu'il partageait cette inquiétude, le Comité poursuivait en ces termes :

«Il est évident que la conception, la mise à l'essai, la fabrication, la possession et le déploiement d'armes nucléaires constituent l'une des plus graves menaces contre le droit à la vie qui pèsent aujourd'hui sur l'humanité. Cette menace est aggravée par le risque d'une utilisation effective de ces armes non seulement en cas de guerre, mais aussi par suite d'une erreur ou d'une défaillance humaine ou mécanique.

Qui plus est, l'existence même et la gravité de cette menace engendrent un climat de suspicion et de crainte entre les Etats qui, en soi, s'oppose à la promotion du respect universel et effectif des droits de l'homme et des libertés fondamentales, conformément à la Charte des Nations Unies et aux pactes internationaux relatifs aux droits de l'homme.

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.

En conséquence, dans l'intérêt de l'humanité, le Comité adresse un appel à tous les Etats ... afin qu'ils prennent des mesures d'urgence ... pour délivrer le monde de cette menace.» (Par. 4-7.)<sup>231</sup>

211. Il est incompréhensible que, aujourd'hui encore, le droit international conventionnel ne comporte aucun instrument imposant l'interdiction totale des armes nucléaires. Contrairement à ce que pensent les tenants du positivisme juridique, le droit n'est pas une discipline autonome et a besoin des apports d'autres branches de la connaissance humaine pour faire de la justice une réalité. Règles et valeurs vont de pair, et les premières ne sauraient faire abstraction des secondes. Je me permets d'ajouter que, à la différence du positivisme juridique, le jusnaturalisme, en ce qu'il prend en considération les valeurs morales, tend à l'universalisme et considère que l'humanité a le droit d'être protégée<sup>232</sup>.

<sup>231</sup> Nations Unies, *Récapitulation des observations générales ou recommandations générales adoptées par les organes créés en vertu d'instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme*, observation générale n° 14 du Comité des droits de l'homme, 1984, doc. HRI/GEN/1/Rev.3, 15 août 1997, p. 21. Soulignant que le droit à la vie est un droit fondamental qui ne peut souffrir aucune dérogation, même en cas de danger public exceptionnel, le Comité des droits de l'homme a invoqué également, à propos de la prolifération des armes de destruction massive, «le devoir suprême de prévenir les guerres». Voir également *Rapport du Comité des droits de l'homme, Assemblée générale, documents officiels*, quarantième session, 1985, supplément n° 40 (A/40/40), p. 175.

<sup>232</sup> A. A. Cançado Trindade, *International Law for Humankind — Towards a New Jus Gentium*, *op. cit. supra* note 120, p. 1-726. La notion de *recta ratio* et l'universalisme, qui inspirent la conception jusnaturaliste des «pères fondateurs» du droit international (F. de Vitoria, F. Suárez, H. Grotius, notamment), remontent à l'Antiquité et à l'origine

212. Humankind is subject of rights, in the realm of the new *jus gentium*<sup>233</sup>. As this cannot be visualized from the optics of the State, contemporary international law has reckoned the limits of the State as from the optics of humankind. Natural law thinking has always been attentive to justice, which much transcends positive law. The present case of *Obligations concerning Negotiations relating to Cessation of the Nuclear Arms Race and to Nuclear Disarmament* has been lodged with the International Court of Justice, and not with an International Court of Positive Law. The contemporary tragedy of nuclear weapons cannot be addressed from the myopic outlook of positive law alone.

213. Nuclear weapons, and other weapons of mass destruction, have no ethics, have no ground on the law of nations (*le droit des gens*): they are in flagrant breach of its fundamental principles, and those of IHL, the ILHR, as well as the law of the United Nations. They are a contemporary manifestation of evil, in its perennial trajectory going back to the Book of Genesis (cf. Part VIII, *supra*). Jusnaturalist thinking, always open to ethical considerations, identifies and discards the disrupting effects of the strategy of “deterrence” of fear creation and infliction<sup>234</sup> (cf. Part XII, *supra*). Humankind is victimized by this.

214. In effect, humankind has been, already for a long time, a *potential victim* of nuclear weapons. To establish such condition of potential victim, one does not need to wait for the actual destruction of life on earth. Humankind has, for the last decades, been suffering psychological harm caused by the existence itself of arsenals of nuclear weapons. And there are peoples, and segments of populations, who have been *actual victims* of

---

in his characterization of *recta ratio* in the foundations of *jus gentium* itself, and of Thomas Aquinas, in his conception of *synderesis*, as predisposition of human reason to be guided by principles in the search of the common good; *op. cit. supra* note 120, pp. 10-14.

<sup>233</sup> *Ibid.*, Chap. XI, pp. 275-288; A. A. Cançado Trindade, “Quelques réflexions sur l’humanité comme sujet du droit international”, *Unité et diversité du droit international — Ecrits en l’honneur du Prof. Pierre-Marie Dupuy* (eds. D. Alland, V. Chetail, O. de Frouville and J. E. Viñuales), Leiden, Nijhoff, 2014, pp. 157-173.

<sup>234</sup> Cf., to this effect, C. A. J. Coady, “Natural Law and Weapons of Mass Destruction”, *Ethics and Weapons of Mass Destruction — Religious and Secular Perspectives* (eds. S. H. Hashmi and S. P. Lee), Cambridge University Press, 2004, p. 122, and cf. p. 113; and cf. also J. Finnis, J. M. Boyle Jr. and G. Grisez, *Nuclear Deterrence, Morality and Realism*, Oxford, Clarendon Press, 1987, pp. 77-103, 207-237, 275-319 and 367-390. In effect, contemporary expert writing has become, at last, very critical of the “failed strategy” of “deterrence”; cf., *inter alia*, e.g., [Various Authors], *At the Nuclear Precipice — Catastrophe or Transformation?* (eds. R. Falk and D. Krieger), London, Palgrave/MacMillan, 2008, pp. 162, 209, 218 and 229; A. C. Alves Pereira, *Os Impérios Nucleares e Seus Refêns: Relações Internacionais Contemporâneas*, Rio de Janeiro, Ed. Graal, 1984, pp. 87-88, and cf. pp. 154, 209 and 217.

212. Dans l'optique du nouveau *jus gentium*, l'humanité est un sujet de droit<sup>233</sup>. Cette réalité ne pouvant pas être perçue si on considère exclusivement les Etats, le droit international contemporain en est venu à adopter une conception qui embrasse, par-delà les Etats, l'humanité tout entière. Les jusnaturalistes ont toujours porté attention à la justice, qui implique le dépassement du droit positif. C'est devant la Cour internationale de Justice, et non une cour internationale de droit positif, qu'a été portée l'affaire dont je traite ici, celle des *Obligations relatives à des négociations concernant la cessation de la course aux armes nucléaires et le désarmement nucléaire*. La tragédie actuelle des armes nucléaires ne saurait être abordée uniquement sous l'angle beaucoup trop étroit du positivisme juridique.

213. Les armes nucléaires et les autres armes de destruction massive ont été introduites au mépris de toute morale et de toutes les règles de droit des nations (droit des gens); l'existence de ces armes est une violation flagrante des principes fondamentaux de droit international, du droit international humanitaire, du droit international des droits de l'homme et du droit des Nations Unies. Ces armes sont la manifestation contemporaine du mal, dont la Genèse annonçait le perpétuel retour (voir plus haut, sect. VIII). Les jusnaturalistes, toujours attentifs aux considérations éthiques, ont répertorié et dénoncé les effets pernicieux de la doctrine de la «dissuasion», dont le principe consiste à inspirer et exploiter la terreur<sup>234</sup> (voir plus haut, sect. XII). La victime de tout cela, c'est l'humanité.

214. De fait, l'humanité est depuis longtemps la *victime potentielle* de l'emploi d'armes nucléaires. Il ne faut pas attendre que l'extinction de toute vie sur terre vienne le confirmer. Depuis des dizaines d'années, l'existence même des arsenaux nucléaires cause à l'humanité un dommage psychologique. Et certains peuples et certaines populations ont déjà été *effectivement victimes* des vastes effets délétères des essais nucléaires. La

---

même du *jus gentium*: c'est à Cicéron que l'on doit la définition de la *recta ratio*, et à saint Thomas d'Aquin l'idée que la *syndérèse*, partie la plus élevée de l'âme, porte la raison humaine à suivre des principes dans la recherche du bien commun; *op. cit. supra* note 120, p. 10-14.

<sup>233</sup> *Ibid.*, chap. XI, p. 275-288; A. A. Cançado Trindade, «Quelques réflexions sur l'humanité comme sujet du droit international», *Unité et diversité du droit international — Ecrits en l'honneur du professeur Pierre-Marie Dupuy* (ouvrage collectif publié sous la dir. de D. Alland, V. Chetail, O. de Frouville et J. E. Viñuales), Leyde, Nijhoff, 2014, p. 157-173.

<sup>234</sup> Voir à ce sujet C. A. J. Coady, «Natural Law and Weapons of Mass Destruction», *Ethics and Weapons of Mass Destruction — Religious and Secular Perspectives* (ouvrage collectif publié sous la dir. de S. H. Hashmi et S. P. Lee), Cambridge University Press, 2004, p. 122; voir également p. 113; voir aussi J. Finnis, J. M. Boyle Jr. et G. Grisez, *Nuclear Deterrence, Morality and Realism*, Oxford, Clarendon Press, 1987, p. 77-103, 207-237, 275-319 et 367-390. Les experts contemporains en sont enfin venus à critiquer très vivement la «stratégie vicieuse» de la «dissuasion»: voir, par exemple, *At the Nuclear Precipice — Catastrophe or Transformation?* (ouvrage collectif publié sous la dir. de R. Falk et D. Krieger), Londres, Palgrave/MacMillan, 2008, p. 162, 209, 218 et 229; A. C. Alves Pereira, *Os Impérios Nucleares e Seus Reféns: Relações Internacionais Contemporâneas*, Rio de Janeiro, Ed. Graal, 1984, p. 87-88; voir également p. 154, 209 et 217.

the vast and harmful effects of nuclear tests. The existence of *actual and potential victims* is acknowledged in international case law in the domain of the international law of human rights<sup>235</sup>. To address this danger from a strict inter-State outlook is to miss the point, to blind oneself. States were created and exist for human beings, and not vice versa.

215. The NPT has a universalist vocation, and counts on everyone, as shown by its three basic principled pillars together. In effect, as soon as it was adopted, the 1968 NPT came to be seen as having been devised and concluded on the basis of those principled pillars, namely: non-proliferation of nuclear weapons (preamble and Articles I-III), peaceful use of nuclear energy (preamble and Articles IV-V), and nuclear disarmament (preamble and Article VI)<sup>236</sup>. The antecedents of the NPT go back to the work of the UN General Assembly in 1953<sup>237</sup>. The NPT's three-pillar framework came to be reckoned as the "grand bargain" between its parties, NWS and NNWS. But soon it became a constant point of debate between NWS and NNWS parties to the NPT. In effect, the "grand bargain" came to be seen as "asymmetrical"<sup>238</sup>, and NNWS began to criticize the very slow pace of achieving nuclear disarmament as one of the three basic principled pillars of the NPT (Art. VI)<sup>239</sup>.

216. Under the NPT, each State is required to do its due. NWS are no exception to that, if the NPT is not to become dead letter. To achieve the three interrelated goals (non-proliferation of nuclear weapons, peaceful

<sup>235</sup> For an early study on this issue, cf. A. A. Cançado Trindade, "Co-existence and Co-ordination of Mechanisms of International Protection of Human Rights (At Global and Regional Levels)", 202 *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye* (1987), Chap. XI, pp. 271-283. And for subsequent developments on the notion of *potential victims*, cf. A. A. Cançado Trindade, *The Access of Individuals to International Justice*, Oxford University Press, 2012 [reprint], Chap. VII, pp. 125-131.

<sup>236</sup> Articles VIII-XI, in turn, are procedural in nature.

<sup>237</sup> In particular the speech of President D. D. Eisenhower (US) to the UN General Assembly in 1953, as part of his plan "Atoms for Peace"; cf., e.g., I. Chernus, *Eisenhower's Atoms for Peace*, [Austin], Texas A & M University Press, 2002, pp. 3-154.

<sup>238</sup> J. Burroughs, *The Legal Framework for Non-Use and Elimination of Nuclear Weapons*, [N.Y.], Greenpeace International, 2006, p. 13.

<sup>239</sup> H. Williams, P. Lewis and S. Aghlani, *The Humanitarian Impacts of Nuclear Weapons Initiative: The "Big Tent" in Disarmament*, London, Chatham House, 2015, p. 7; D. H. Joyner, "The Legal Meaning and Implications of Article VI of the Non-Proliferation Treaty", *Nuclear Weapons and International Law* (eds. G. Nystuen, S. Casey-Maslen and A. G. Bersagel), Cambridge University Press, 2014, pp. 397, 404 and 417, and cf. pp. 398-399 and 408; and cf. D. H. Joyner, *Interpreting the Nuclear Non-Proliferation Treaty*, Oxford University Press, 2013 [reprint], pp. 2, 104 and 126, and cf. pp. 20, 26-29, 31, 97 and 124.

jurisprudence des tribunaux qui ont eu à connaître d'affaires portant sur le respect du droit international des droits de l'homme montre que l'existence de *victimnes potentielles* aussi bien que de *victimnes actuelles* est maintenant reconnue<sup>235</sup>. Vouloir dissiper ce danger en s'en tenant à une perspective strictement interétatique procède d'un aveuglement à la vraie question. Les Etats se sont créés et existent pour les êtres humains, et on ne saurait prétendre l'inverse.

215. Le TNP a une vocation universelle et fait fond sur la coopération de tous les Etats, comme il ressort des trois grands principes sur lesquels il repose. Dès son adoption en 1968, le traité a été considéré comme ayant été conçu et conclu pour donner effet à ces trois principes fondamentaux : la non-prolifération des armes nucléaires (préambule et art. I-III), l'utilisation pacifique de l'énergie nucléaire (préambule et art. IV-V) et le désarmement nucléaire (préambule et art. VI)<sup>236</sup>. Les antécédents du TNP remontent aux travaux entrepris par l'Assemblée générale des Nations Unies en 1953<sup>237</sup>. Les trois principes fondamentaux du TNP ont d'abord été vus comme l'expression d'un « compromis historique » entre les Etats parties dotés de l'arme nucléaire et ceux qui ne la possédaient pas. Cependant, peu après l'adoption du traité, une divergence persistante s'est manifestée entre les Etats parties dotés d'armes nucléaires et les autres, dont certains considéraient que le « compromis historique » était en fait « asymétrique »<sup>238</sup> ; les Etats parties non dotés d'armes nucléaires ont commencé à se plaindre de l'extrême lenteur des travaux censés conduire au désarmement nucléaire qui, je le rappelle, constitue l'un des trois grands principes du TNP (art. VI)<sup>239</sup>.

216. Pour que le TNP fonctionne et ne devienne pas lettre morte, il faut que chaque Etat remplisse ses obligations, et cela vaut pour les Etats dotés d'armes nucléaires. Atteindre les trois objectifs interdépendants du

<sup>235</sup> Pour une étude déjà ancienne de cette question, voir A. A. Cançado Trindade, « Co-existence and Co-ordination of Mechanisms of International Protection of Human Rights (At Global and Regional Levels) », *RCADI*, vol. 202, 1987, chap. XI, p. 271-283. Au sujet du développement plus récent de la notion de *victimne potentielle*, voir A. A. Cançado Trindade, *The Access of Individuals to International Justice*, Oxford University Press, 2012 (réimpr.), chap. VII, p. 125-131.

<sup>236</sup> Les articles VIII-XI sont d'ordre procédural.

<sup>237</sup> Il y a lieu de mentionner en particulier le discours prononcé en 1953 devant l'Assemblée générale par le président Eisenhower, qui a présenté un plan intitulé « l'atome pour la paix » ; voir, entre autres, I. Chernus, *Eisenhower's Atoms for Peace*, Austin, Texas A & M University Press, 2002, p. 3-154.

<sup>238</sup> J. Burroughs, *The Legal Framework for Non-Use and Elimination of Nuclear Weapons*, New York, Greenpeace International, 2006, p. 13.

<sup>239</sup> H. Williams, P. Lewis et S. Aghlani, *The Humanitarian Impacts of Nuclear Weapons Initiative: The "Big Tent" in Disarmament*, Londres, Chatam House, 2015, p. 7 ; D. H. Joyner, « The Legal Meaning and Implications of Article VI of the Non-Proliferation Treaty », *Nuclear Weapons and International Law* (ouvrage collectif publié sous la dir. de G. Nystuen, S. Casey-Maslen and A. G. Bersagel), Cambridge University Press, 2014, p. 397, 404 et 417 ; voir également p. 398-399 et 408 ; voir aussi D. H. Joyner, *Interpreting the Nuclear Non-Proliferation Treaty*, Oxford University Press, 2013 (réimpr.), p. 2, 104 et 126 ; voir également p. 20, 26-29, 31, 97 et 124.



use of nuclear energy, and nuclear disarmament) is a duty of each and every State towards humankind as a whole. It is a universal duty of conventional and customary international law in the nuclear age. There is an *opinio juris communis* to this effect, sedimented during recent decades, and evidenced in the successive establishment, in distinct continents, of nuclear-weapon-free zones, and nowadays in the Conferences on the Humanitarian Impact of Nuclear Weapons (cf. Parts XVIII-XIX, *infra*).

XVI. THE PRINCIPLE OF HUMANITY AND THE UNIVERSALIST APPROACH:  
*JUS NECESSARIUM* TRANSCENDING THE LIMITATIONS  
 OF *JUS VOLUNTARIUM*

217. In my understanding, there is no point in remaining attached to an outdated and reductionist inter-State outlook, particularly in view of the revival of the conception of the law of nations (*droit des gens*) encompassing humankind as a whole, as foreseen and propounded by the “founding fathers” of international law<sup>240</sup> (in the sixteenth-seventeenth centuries). It would be nonsensical to try to cling to the unduly reductionist inter-State outlook in the international adjudication of a case concerning the Contending Parties and affecting all States, all peoples and humankind as a whole.

218. An artificial, if not fossilized, strictly inter-State mechanism of dispute-settlement cannot pretend to entail or require a (likewise) entirely inadequate and groundless inter-State reasoning. The law of nations cannot be interpreted and applied in a mechanical way, as from an exclusively inter-State paradigm. To start with, the humane ends of States cannot be overlooked. In relation to nuclear weapons, the *potential victims* are the human beings and peoples, beyond their respective States, for whom these latter were created and exist.

219. As I had the occasion to point out in another international jurisdiction, the law of nations (*droit des gens*), since its historical origins in the sixteenth century, was seen as comprising not only States (emerging as they were), but also peoples, the human person (individually and in groups), and humankind as a whole<sup>241</sup>. The strictly inter-State outlook was devised much later on, as from the Vattelien reductionism of the

<sup>240</sup> A. A. Cançado Trindade, *Evolution du droit international au droit des gens — L'accès des particuliers à la justice internationale: le regard d'un juge*, Paris, Pedone, 2008, pp. 1-187.

<sup>241</sup> IACtHR, case of the *Moiwana Community v. Suriname* (judgment of 15 June 2005), separate opinion of Judge Cançado Trindade, paras. 6-7.

traité (non-prolifération des armes nucléaires, utilisation pacifique de l'énergie nucléaire et désarmement nucléaire) constitue pour chaque Etat un devoir envers l'humanité. A l'ère nucléaire, il s'agit là d'un devoir universel dicté par le droit international tant conventionnel que coutumier. Il existe une *opinio juris communis* à cet effet, qui s'est formée progressivement au cours des dernières décennies et a trouvé son expression dans la création, sur plusieurs continents, de zones exemptes d'armes nucléaires et, tout récemment, dans une série de conférences sur l'impact humanitaire des armes nucléaires (voir plus loin, sect. XVIII et XIX).

XVI. LE PRINCIPE D'HUMANITÉ ET LA CONCEPTION UNIVERSALISTE  
DU DROIT : LE *JUS NECESSARIUM* TRANSCENDE  
LES LIMITES DU *JUS VOLUNTARIUM*

217. A mon avis, il n'y a aucune raison de s'accrocher à une conception interétatique dépassée et réductrice du droit international, d'autant qu'on assiste actuellement au renouveau d'une conception du droit des nations (droit des gens) englobant l'humanité tout entière, inspirée du modèle proposé par les «pères fondateurs» du droit international<sup>240</sup> (aux XVI<sup>e</sup> et XVII<sup>e</sup> siècles). Lorsqu'une affaire concerne non seulement les parties elles-mêmes, mais tous les Etats, tous les peuples et l'humanité entière, il est insensé de s'en tenir à une conception interétatique réductrice du règlement judiciaire des différends internationaux.

218. Le règlement des différends ne saurait se ramener à un processus artificiel, voire fossilisé, axé strictement sur les rapports entre Etats et supposé impliquer ou nécessiter que soit adopté un mode de raisonnement lui aussi inadéquat en ce qu'il écarte arbitrairement tout ce qui déborde la perspective étroitement interétatique. Le droit des nations ne peut pas être interprété et appliqué mécaniquement selon un paradigme exclusivement interétatique. D'abord, on ne saurait faire abstraction des fins d'humanité de l'existence des Etats. Lorsqu'il s'agit des armes nucléaires, les *victimes potentielles* sont les êtres humains et les peuples, de quelque Etat qu'ils relèvent, et il faut se souvenir que c'est pour eux que les Etats existent.

219. Comme j'ai eu l'occasion de le faire observer devant une autre juridiction internationale que cette Cour, le droit des nations (droit des gens), dès son origine au XVI<sup>e</sup> siècle, a été considéré comme ayant pour sujets non seulement les Etats (alors naissants), mais aussi les peuples, les êtres humains (individus et groupes d'individus) et l'humanité tout entière<sup>241</sup>. La conception strictement étatique, qui est apparue beaucoup

<sup>240</sup> A. A. Cançado Trindade, *Evolution du droit international au droit des gens — L'accès des particuliers à la justice internationale: le regard d'un juge*, Paris, Pedone, 2008, p. 1-187.

<sup>241</sup> Cour interaméricaine des droits de l'homme, affaire de la *Communauté Moiwana c. Suriname* (arrêt du 15 juin 2005), opinion individuelle du juge Cançado Trindade, par. 6-7.

mid-seventeenth century, which became *en vogue* by the end of the sixteenth century and beginning of the twentieth century, with the well-known disastrous consequences — the successive atrocities victimizing human beings and peoples in distinct regions of world, — during the whole twentieth century<sup>242</sup>. In the present nuclear age, extending for the last seven decades, humankind as a whole is threatened.

220. Within the ICJ as well, I have had also the occasion to stress the need to go beyond the inter-State outlook. Thus, in my dissenting opinion in the recent case of the *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia)*, I have pointed out, *inter alia*, that the 1948 Convention against Genocide is not State-centric, but is rather oriented towards groups of persons, towards the victims, whom it seeks to protect (*Judgment, I.C.J. Reports 2015 (I)*, pp. 226 and 376, paras. 59 and 529). The humanist vision of the international legal order pursues an outlook centred on the peoples, keeping in mind the humane ends of States.

221. I have further underlined that the *principle of humanity* is deeply-rooted in the long-standing thinking of natural law (*ibid.*, p. 229, para. 69).

“Humaneness came to the fore even more forcefully in the treatment of persons in *situation of vulnerability, or even defencelessness*, such as those deprived of their personal freedom, for whatever reason. The *jus gentium*, when it emerged as amounting to the law of nations, came then to be conceived by its ‘founding fathers’ (F. de Vitoria, A. Gentili, F. Suárez, H. Grotius, S. Pufendorf, C. Wolff) as regulating the international community constituted by human beings socially organized in the (emerging) States and co-extensive with humankind, thus conforming the *necessary* law of the *societas gentium*.”

The *jus gentium*, thus conceived, was inspired by the principle of humanity *lato sensu*. Human conscience prevails over the will of individual States. Respect for the human person is to the benefit of the common good. This humanist vision of the international legal order pursued — as it does nowadays — a *people-centred outlook*, keeping in mind the *humane ends of the State*. The precious legacy of natural law thinking, evoking the right human reason (*recta ratio*), has never faded away” (*ibid.*, p. 231, paras. 73-74).

The precious legacy of natural law thinking has never vanished; despite the indifference and pragmatism of the “strategic” *droit d’étatistes* (so numerous in the legal profession nowadays), the *principle of humanity* emerged and remained in international legal thinking as an expression of

<sup>242</sup> *Op. cit. supra* note 241, paras. 6-7.

plus tard, sous l'influence du réductionnisme de Vattel (au milieu du XVIII<sup>e</sup> siècle), est devenue en vogue à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle et au début du XX<sup>e</sup>, avec les conséquences désastreuses que l'on sait — une succession d'atrocités, tout au long du XX<sup>e</sup> siècle, dont ont été victimes les êtres humains et les peuples de plusieurs régions du monde<sup>242</sup>. Depuis l'avènement de l'ère nucléaire il y a soixante-dix ans, c'est l'humanité tout entière qui est menacée.

220. En tant que juge à la Cour internationale de Justice, j'ai eu également l'occasion de souligner la nécessité de dépasser la perspective inter-étatique. Par exemple, dans l'exposé de mon opinion dissidente que j'ai joint à l'arrêt du 3 février 2015 en l'affaire de l'*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Croatie c. Serbie)*, j'ai fait observer notamment que la convention de 1948 contre le génocide était non pas centrée sur les Etats, mais orientée vers des groupes de personnes, vers les victimes qu'elle a pour objet de protéger (*C.I.J. Recueil 2015 (I)*, p. 226 et 376, par. 59 et 529). La conception humaniste de l'ordre juridique internationale se veut axée sur les peuples, et tient compte des fins d'humanité de l'existence des Etats.

221. J'ai souligné également que le *principe d'humanité* s'inscrivait dans le droit fil de la pensée jusnaturaliste (*ibid.*, p. 229, par. 69).

«Les qualités d'humanité ont pris une importance encore plus grande lorsqu'il s'est agi du traitement à accorder aux personnes *vulnérables*, ou même *sans défense*, comme celles qui sont privées de liberté pour quelque raison que ce soit. Le *jus gentium*, lorsqu'il a commencé à correspondre au droit des nations, en est venu à être considéré par ses «pères fondateurs» (F. de Vitoria, A. Gentili, F. Suárez, H. Grotius, S. Pufendorf, C. Wolff) comme régissant une communauté internationale constituée par les humains organisés socialement en Etats (qui émergeaient alors) et coïncidant avec l'humanité tout entière, devenant ainsi le droit *nécessaire* de la *societas gentium*.

Le *jus gentium* ainsi conçu était inspiré par le principe d'humanité *lato sensu*. La conscience humaine prime sur la volonté des Etats pris individuellement. La personne humaine doit être respectée dans l'intérêt du bien public. Cette conception humaniste de l'ordre juridique international s'inscrivait alors — comme elle le fait aujourd'hui — dans une *perspective axée sur la personne* et privilégiant *les fins d'humanité de l'Etat*. Le précieux legs du droit naturel, qui évoque un droit fondé sur la raison humaine juste (*recta ratio*), ne s'est jamais évanoui...» (*Ibid.*, p. 231, par. 73–74.)

Le précieux legs de la pensée jusnaturaliste demeure, malgré l'indifférence et le pragmatisme des tenants des *droits-étatistes*, qui se veulent des stratèges (si nombreux aujourd'hui dans notre profession); le *principe d'humanité* s'est affirmé et est resté présent dans la réflexion sur le droit

<sup>242</sup> *Op. cit. supra* note 241, par. 6-7.

the *raison d'humanité* imposing limits to the *raison d'Etat* (*I.C.J. Reports 2015 (I)*, p. 231, para. 74).

222. This is the position I have always taken, within the ICJ and, earlier on, the IACtHR. For example, in the ICJ's Advisory Opinion on *Judgment No. 2867 of the Administrative Tribunal of the International Labour Organization upon a Complaint Filed against the International Fund for Agricultural Development* (of 1 February 2012), I devoted one entire part (Part XI) of my separate opinion to the erosion — as I perceive it — of the inter-State outlook of adjudication by the ICJ (*I.C.J. Reports 2012 (I)*, pp. 79-81, paras. 76-81). I warned likewise in my separate opinion in the case of *Whaling in the Antarctic (Australia v. Japan)*, Order of 6 February 2013, on New Zealand's intervention) (*I.C.J. Reports 2013*, pp. 21-23, paras. 21-23), as well as in my recent separate opinion in the case of *Alleged Violations of Sovereign Rights and Maritime Spaces in the Caribbean Sea (Nicaragua v. Colombia)*, *Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2016 (I)*, (pp. 49-51, paras. 16-21 and pp. 54-58, paras. 28-41).

223. Earlier on, within the IACtHR, I took the same position: for example, *inter alia*, in my concurring opinions in both the Advisory Opinion No. 16, on the *Right to Information on Consular Assistance in the Framework of the Due Process of Law* (of 1 October 1999), and the Advisory Opinion No. 18, on the *Juridical Condition and Rights of Undocumented Migrants* (of 17 September 2003), of the IACtHR, I deemed it fit to point out, — going beyond the strict inter-State dimension, — that, if non-compliance with Article 36 (1) (b) of the 1963 Vienna Convention on Consular Relations takes place, it occurs to the detriment not only of a State party but also of the human beings at issue. Such pioneering jurisprudential construction, in the line of jusnaturalist thinking, rested upon the evolving concepts of *jus cogens* and obligations *erga omnes* of protection<sup>243</sup>.

224. *Recta ratio* stands firmly above the “will”. Human conscience, — the *recta ratio* so cultivated in jusnaturalism, — clearly prevails over the “will” and the strategies of individual States. It points to a universalist conception of the *droit des gens* (the *lex praeceptiva* for the *totus orbis*), applicable to all (States as well as peoples and individuals), given the unity of the human kind. Legal positivism, centred on State power and “will”, has never been able to develop such universalist outlook, so essential and necessary to address issues of concern to humankind as a whole, such as that of the obligation of nuclear disarmament. The universal juridical conscience prevails over the “will” of individual States.

---

<sup>243</sup> Cf. comments of A. A. Cançado Trindade, *Os Tribunais Internacionais e a Realização da Justiça*, Rio de Janeiro, Edit. Renovar, 2015, pp. 463-468.

international en tant qu'expression de la *raison d'humanité* qui impose des limites à la *raison d'Etat* (C.I.J. Recueil 2015 (I), p. 231, par. 74).

222. Telle a toujours été ma position en tant que membre de cette Cour et, auparavant, de la Cour interaméricaine des droits de l'homme. Dans l'opinion individuelle que j'ai jointe à l'avis consultatif rendu par la Cour le 1<sup>er</sup> février 2012 sur le *Jugement n° 2867 du Tribunal administratif de l'Organisation internationale du Travail sur requête contre le Fonds international de développement agricole*, j'ai consacré toute une section (la section XI) à ce que je vois comme l'obsolescence de la conception interétatique des affaires portées devant la Cour (C.I.J. Recueil 2012 (I), p. 79-81, par. 76-81). J'ai fait de même (aux paragraphes 21 et 23) dans mon opinion individuelle que j'ai jointe à l'ordonnance du 6 février 2013 sur la requête à fin d'intervention de la Nouvelle-Zélande en l'affaire de la *Chasse à la baleine dans l'Antarctique (Australie c. Japon)* (C.I.J. Recueil 2013), ainsi qu'aux paragraphes 16-21 (p. 49-51) et 28-41 (p. 54-58) de mon opinion individuelle jointe à l'arrêt sur les exceptions préliminaires en l'affaire des *Violations alléguées de droits souverains et d'espaces maritimes dans la mer des Caraïbes (Nicaragua c. Colombie)* (C.I.J. Recueil 2016 (I)).

223. Auparavant, alors que j'étais juge à la Cour interaméricaine des droits de l'homme, j'ai adopté la même position : par exemple, dans mes opinions concordantes sur l'avis consultatif n° 16, relatif au *Droit à l'information sur l'assistance consulaire dans le cadre des garanties d'une procédure régulière* (1<sup>er</sup> octobre 1999) et l'avis consultatif n° 18 du 17 septembre 2003 (*Condition juridique et les droits des migrants sans papiers*), j'ai jugé utile, dépassant la dimension strictement interétatique, de relever que l'inobservation des dispositions de l'alinéa b) du paragraphe 1 de l'article 36 de la convention de Vienne sur les relations consulaires de 1963 portait préjudice non seulement à l'Etat partie concerné, mais également aux êtres humains qui en étaient victimes. J'ai ajouté que la Cour interaméricaine, faisant œuvre de pionnier par sa jurisprudence d'inspiration jusnaturaliste, est attentive à l'évolution des concepts de *jus cogens* et d'obligations *erga omnes* de protéger<sup>243</sup>.

224. La *recta ratio* prime de beaucoup la «volonté» des Etats. La conscience humaine — la *recta ratio* chère aux jusnaturalistes — prime incontestablement la «volonté» et les stratégies des Etats pris individuellement. Cette primauté justifie l'adoption d'une conception universaliste du *droit des gens* (la *lex praeceptiva* pour le *totus orbis*), applicable à tous les sujets de droit (Etats, peuples et individus), qui insiste sur l'unité du genre humain. Le positivisme juridique, qui privilégie le pouvoir et la «volonté» de l'Etat, n'a jamais réussi à se placer dans cette perspective universaliste, pourtant essentielle et nécessaire lorsqu'il s'agit de régler des questions intéressant l'humanité tout entière, comme celle de la nécessité de procéder au désarmement nucléaire. La conscience juridique universelle l'emporte sur la «volonté» des Etats.

<sup>243</sup> Voir A. A. Cançado Trindade, *Os Tribunais Internacionais e a Realização da Justiça*, Rio de Janeiro, Ed. Renovar, 2015, p. 463-468.

225. The “founding fathers” of the law of nations (such as, *inter alia*, F. de Vitoria, F. Suárez and H. Grotius) had in mind humankind as a whole. They conceived a universal *jus gentium* for the *totus orbis*, securing the unity of the *societas gentium*; based on a *lex praeceptiva*, the *jus gentium* was apprehended by the *recta ratio*, and conformed a true *jus necessarium*, much transcending the limitations of the *jus voluntarium*. Law ultimately emanates from the common conscience of what is juridically necessary (*opinio juris communis necessitatis*)<sup>244</sup>. The contribution of the “founding fathers” of *jus gentium* found inspiration largely in the scholastic philosophy of natural law (in particular in the stoic and Thomist conception of *recta ratio* and justice), which recognized the human being as endowed with intrinsic dignity).

226. Moreover, in face of the unity of the humankind, they conceived a truly *universal* law of nations, applicable to all — States as well as peoples and individuals — everywhere (*totus orbis*). In thus contributing to the emergence of the *jus humanae societatis*, thinkers like Francisco de Vitoria and Domingo de Soto, among others, permeated their lessons with the humanist thinking that preceded them. Four and a half centuries later, their lessons remain contemporary, endowed with perennial validity and aptitude to face, e.g., the contemporary and dangerous problem of the existing arsenals of nuclear weapons. Those thinkers went well beyond the “will” of States, and rested upon the much safer foundation of human conscience (*recta ratio* and justice).

227. The conventional and customary obligation of nuclear disarmament brings to the fore another aspect: the issue of the *validity* of international legal norms is, after all, metajuridical. International law cannot simply remain indifferent to values, general principles of law and ethical considerations; it has, to start with, to identify what is *necessary*, — such as a world free of nuclear weapons, — in order to secure the survival of humankind. This *idée du droit* precedes positive international law, and is in line with jusnaturalist thinking.

228. *Opinio juris communis necessitatis* upholds a customary international law obligation to secure the survival of humankind. Conventional and customary obligations go here together. Just as customary rules may eventually be incorporated into a convention, treaty provisions may likewise eventually enter into the *corpus* of general international law. Customary obligations can either precede, or come after, conventional obligations. They evolve *pari passu*. This being so, the search for an express legal prohibition of nuclear weapons (such as the one undertaken in the ICJ’s Advisory Opinion of 1996 on the *Threat or Use of Nuclear Weapons*) becomes a futile, if not senseless, exercise of legal positivism.

---

<sup>244</sup> A. A. Cançado Trindade, *International Law for Humankind — Towards a New Jus Gentium*, *op. cit. supra* note 120, pp. 137-138.

225. Les « pères fondateurs » du droit des nations (dont F. de Vitoria, F. Suárez et H. Grotius) voyaient l'humanité comme un tout. Ils ont conçu un *jus gentium* universel pour le *totus orbis*, garantissant l'unité de la *societas gentium*; fondé sur une *lex praeceptiva*, le *jus gentium* procédait de la *recta ratio* et constitue un véritable *jus necessarium* dépassant largement les limites du *jus voluntarium*. En dernière analyse, le droit émane de la conscience collective de ce qui est juridiquement nécessaire (*opinio juris communis necessitatis*)<sup>244</sup>. L'œuvre des « pères fondateurs » du *jus gentium* s'inspirait largement de la philosophie scolastique du droit naturel (en particulier de la conception stoïcienne et thomiste de la *recta ratio* et de la justice), qui considérait l'être humain comme ayant une dignité inhérente.

226. De plus, considérant l'unité du genre humain, ils ont conçu un droit des nations véritablement *universel*, applicable à tous — aux États comme aux peuples et aux individus — où que ce soit (*totus orbis*). Des auteurs comme F. de Vitoria et D. de Soto ont contribué à l'émergence du *jus humanae societatis*, imprégnés qu'ils étaient de la pensée humaniste de leurs prédécesseurs. Après quatre siècles et demi, leurs enseignements sont toujours d'actualité, conservant toute leur pertinence et leur utilité lorsqu'il s'agit, par exemple, de trouver une solution au dangereux problème des arsenaux nucléaires. Ces penseurs, dont la vision s'étendait bien au-delà de la « volonté » des États, ont eu la sagesse de fonder leur doctrine sur la conscience humaine (*recta ratio* et justice).

227. La question de l'obligation de droit international conventionnel et coutumier de procéder au désarmement nucléaire m'a amené à réfléchir à ce qui fonde la *validité* des règles de droit international, et à conclure que ce fondement est nécessairement métajuridique. Le droit international ne peut en effet rester simplement indifférent aux valeurs fondamentales, aux principes généraux de droit et aux considérations morales; il doit en premier lieu définir ce qui est *nécessaire* — en l'occurrence débarrasser le monde des armes nucléaires — pour garantir la survie de l'humanité. Il s'agit là d'une idée du droit qui a précédé l'essor du positivisme juridique et s'inscrit dans le droit fil de la pensée jusnaturaliste.

228. L'*opinio juris communis necessitatis* veut qu'il existe une obligation de droit international de garantir la survie de l'humanité. Devant cette nécessité, le droit conventionnel et le droit coutumier se rejoignent. Tout comme les règles de droit international coutumier peuvent trouver place dans une convention, les clauses d'un traité peuvent finir par être intégrées au *corpus* du droit international général. La formation d'obligations de droit coutumier peut précéder ou suivre l'introduction d'obligations conventionnelles. Ces deux types d'obligations évoluent *pari passu*. Cela étant, la recherche d'une règle de droit interdisant expressément les armes nucléaires, y compris celle entreprise par la Cour pour étayer son avis consultatif de 1996, ne peut qu'apparaître comme procédant d'un acharnement positiviste.

<sup>244</sup> A. A. Cançado Trindade, *International Law for Humankind — Towards a New Jus Gentium*, *op. cit. supra* note 120, p. 137-138.



229. It is clear to human conscience that those weapons, which can destroy the whole of humankind, are unlawful and prohibited. They are in clear breach of *jus cogens*. And *jus cogens* was reckoned by human conscience well before it was incorporated into the two Vienna Conventions on the Law of Treaties (of 1969 and 1986). As I had the occasion to warn, three decades ago, at the 1986 UN Conference on the Law of Treaties between States and International Organizations or between International Organizations, *jus cogens* is “incompatible with the voluntarist conception of international law, because that conception failed to explain the formation of rules of general international law”<sup>245</sup>.

## XVII. NPT REVIEW CONFERENCES

230. In fact, in the course of the written phase of the proceedings before the Court in the present case, both the Marshall Islands<sup>246</sup> and the United Kingdom<sup>247</sup> addressed, in their distinct arguments, the series of NPT Review Conferences. For its part, India also addressed the Review Conferences<sup>248</sup>, in particular to leave on the records its position on the matter, as explained in a statement made on 9 May 2000.

231. Likewise, in the course of the oral phase of the present proceedings before the Court in *cas d'espèce*, the Marshall Islands referred to the NPT Review Conferences in its oral arguments in two of the three cases it lodged with the Court against India<sup>249</sup>, and the United Kingdom<sup>250</sup>; references to the Review Conferences were also made, for their part, in their oral arguments, by the two respondent States which participated in the public sittings before the Court, namely, India<sup>251</sup> and the United Kingdom<sup>252</sup>. Those Review Conferences conform the factual context of the *cas d'espèce*, and cannot pass unnoticed.

May I thus proceed to a brief review of them.

<sup>245</sup> *United Nations Conference on the Law of Treaties between States and International Organizations or between International Organizations — Official Records*, Vol. I (statement by the Representative of Brazil, A. A. Cançado Trindade, of 12 March 1986), pp. 187-188, para. 18.

<sup>246</sup> Application instituting proceedings, p. 40, para. 66; and Memorial, pp. 29, 56-60, 61, 63, 68-69, 71 and 73, paras. 50, 123-128, 130, 136, 150, 153, 154, 161-162 and 168; and Statement of Observations on Preliminary Objections [U.K.'s], pp. 15 and 47, paras. 32 and 126.

<sup>247</sup> Preliminary Objections, pp. 1-2, 10 and 23, paras. 2-3, 21 and 50.

<sup>248</sup> Counter-Memorial, p. 15, para. 23, note 49, and Annex 23.

<sup>249</sup> CR 2016/1, of 7 March 2016, pp. 26-27 and 50, paras. 9 and 17 (Marshall Islands); CR 2016/6, of 14 March 2016, p. 32, para. 10 (Marshall Islands).

<sup>250</sup> CR 2016/5, of 11 March 2016, p. 47, para. 8 (Marshall Islands).

<sup>251</sup> CR 2016/4, of 10 March 2016, p. 14, para. 3 (India).

<sup>252</sup> CR 2016/7, of 9 March 2016, pp. 14-16 and 18-19, paras. 20, 22, 24, 32 and 37 (United Kingdom).

229. La conscience humaine perçoit clairement que les armes nucléaires sont illicites et interdites. L'existence de ces armes est une violation flagrante du *jus cogens*. Or, le *jus cogens* s'est imposé à la conscience universelle bien avant de trouver sa place dans les deux conventions de Vienne sur le droit des traités (celles de 1969 et de 1986). Comme j'ai eu l'occasion de le dire voici trente ans lors de la conférence des Nations Unies de 1986 sur le droit des traités entre Etats et organisations internationales ou entre organisations internationales, le *jus cogens* est « incompatible avec la conception volontariste du droit international, parce que cette conception est impuissante à expliquer la formation des règles de droit international général »<sup>245</sup>.

## XVII. LES CONFÉRENCES D'EXAMEN DU TNP

230. Dans les affaires sur lesquelles la Cour vient de se déclarer incompétente, les Iles Marshall<sup>246</sup> et le Royaume-Uni<sup>247</sup> ont tous deux fait référence aux conférences d'examen du TNP dans leurs écritures. L'Inde s'y est également référée<sup>248</sup>, en particulier pour consigner dans ses écritures un rappel de sa position sur la question, exposée dans une déclaration du 9 mai 2000.

231. Lors de la procédure orale, les Iles Marshall ont également fait mention des conférences d'examen dans deux des trois affaires, celles les opposant respectivement à l'Inde<sup>249</sup> et au Royaume-Uni<sup>250</sup>; les deux défenseurs qui ont pris part à la procédure orale, l'Inde<sup>251</sup> et le Royaume-Uni<sup>252</sup>, ont également fait référence à ces conférences. Celles-ci font partie du contexte factuel des trois affaires et méritent qu'on s'y arrête.

Je vais donc les passer brièvement en revue.

---

<sup>245</sup> *Conférence des Nations Unies sur le droit des traités entre Etats et organisations internationales ou entre organisations internationales, actes officiels*, vol. I (déclaration de A. A. Cançado Trindade, représentant du Brésil, 12 mars 1986), p. 187-188, par. 18.

<sup>246</sup> Requête des Iles Marshall, p. 41, par. 66; mémoire des Iles Marshall, p. 29, 59-60, 61, 63, 68-69, par. 50, 123-128, 130, 136, 150, 153, 154, 161-162 et 168; exposé contenant les observations des Iles Marshall sur les exceptions préliminaires soulevées par le Royaume-Uni, p. 15 et 47, par. 32 et 126.

<sup>247</sup> Exceptions préliminaires du Royaume-Uni, p. 1-2, 10 et 23, par. 2-3, 21 et 50.

<sup>248</sup> Contre-mémoire de l'Inde, p. 15, par. 23 (note 49), et annexe 23.

<sup>249</sup> CR 2016/1, p. 21, par. 9, et p. 50, par. 17 (Iles Marshall); CR 2016/6, p. 32, par. 10 (Iles Marshall).

<sup>250</sup> CR 2016/5, p. 47, par. 8 (Iles Marshall).

<sup>251</sup> CR 2016/4, p. 14, par. 3 (Inde).

<sup>252</sup> CR 2016/7, p. 14-16 et 18-19, par. 20, 22, 24, 32 et 37 (Royaume-Uni).

232. The NPT Review Conferences, held every five years, started in 1975. The following three Conferences of the kind were held, respectively, in 1980, 1985 and 1990, respectively<sup>253</sup>. The fifth of such Conferences took place in 1995, the same year that the Marshall Islands became a party to the NPT (on 30 January 1995). In one of its decisions, the 1995 NPT Conference singled out the vital role of the NPT in preventing the proliferation of nuclear weapons, and warned that the proliferation of nuclear weapons would seriously increase the danger of nuclear war<sup>254</sup>. For their part, NWS reaffirmed their commitment, under Article VI of the NPT, to pursue in good faith negotiations on effective measures relating to nuclear disarmament.

233. The 1995 Review Conference prolonged indefinitely the NPT, and adopted its decision on “Principles and Objectives for Nuclear Non-Proliferation and Disarmament”. Yet, in its report, the Main Committee I (charged with the implementation of the provisions of the NPT) observed with regret that Article VI and preambular paragraphs 8-12 of the NPT had not been wholly fulfilled<sup>255</sup>, with the number of nuclear weapons then existing being greater than the one existing when the NPT entered into force; it further regretted “the continuing lack of progress” on relevant items of the Conference on Disarmament, and urged a commitment on the part of NWS on “no-first use and non-use of nuclear weapons with immediate effect”<sup>256</sup>.

234. Between the fifth and the sixth Review Conferences, India and Pakistan carried out nuclear tests in 1998. For its part, on several occasions, the Movement of Non-Aligned Countries called for “urgent” measures of nuclear disarmament<sup>257</sup>. To this effect, the 2000 Review Conference agreed to a document containing the “13 Practical Steps” in order to meet the commitments of States parties under Article VI of the NPT<sup>258</sup>. The “13 Practical Steps” stress the relevance and urgency of ratifications of the CTBT so as to achieve its entry into force, and of setting up a moratorium on nuclear-weapon tests pending such entry into force. Furthermore, they call for the commencement of negotiations on a treaty

---

<sup>253</sup> For an assessment of these earlier NPT Review Conferences, cf. H. Müller, D. Fischer and W. Kötter, *Nuclear Non-Proliferation and Global Order*, Stockholm-Solna/Oxford, SIPRI/Oxford University Press, 1994, pp. 31-108.

<sup>254</sup> Decision 2, NPT/CONF.1995/32 (Part I), Annex, p. 2.

<sup>255</sup> Final Document, Part II, p. 257, paras. 3-3ter., and cf. pp. 258 and 260, paras. 4 and 9.

<sup>256</sup> *Ibid.*, pp. 271-273, paras. 36-39.

<sup>257</sup> NPT/CONF.2000/4, paras. 12-13.

<sup>258</sup> Final Document, Vol. I, Part I, pp. 14-15.

232. La série des conférences d'examen du TNP, qui ont lieu tous les cinq ans, a débuté en 1975. Les trois conférences qui ont suivi se sont tenues en 1980, 1985 et 1990<sup>253</sup>. La cinquième conférence s'est réunie en 1995, année où les Iles Marshall sont devenues parties au TNP (le 30 janvier). Dans l'une de ses décisions, la conférence de 1995 a souligné que le traité avait un rôle essentiel à jouer pour empêcher la prolifération des armes nucléaires, et relevé que cette prolifération aggravait sensiblement le risque d'une guerre nucléaire<sup>254</sup>. A la même conférence, les Etats dotés d'armes nucléaires ont fermement réaffirmé l'engagement qu'ils avaient pris aux termes de l'article VI du TNP de poursuivre de bonne foi des négociations sur des mesures efficaces relatives au désarmement nucléaire.

233. Toujours lors de la conférence de 1995, les Etats parties ont décidé de proroger le traité pour une durée indéfinie et adopté les « principes et objectifs de la non-prolifération et du désarmement nucléaires ». Toutefois, dans son rapport, la grande commission I, chargée d'examiner la mise en œuvre des dispositions du traité, a constaté avec regret que, pendant la période considérée, les dispositions de l'article VI et des huitième à douzième alinéas du préambule n'avaient pas été parfaitement appliquées<sup>255</sup>, et que le nombre des armes nucléaires avait augmenté depuis l'entrée en vigueur du TNP; elle a également exprimé son regret de constater qu'il « rest[ait] beaucoup à faire » dans les domaines relevant de la compétence de la conférence du désarmement, et s'est prononcée pour un engagement, de la part des Etats dotés de l'arme nucléaire, à « ne pas utiliser celle-ci en premier et ... ne pas y recourir, avec effet immédiat »<sup>256</sup>.

234. Entre les cinquième et sixième conférences d'examen, en 1998, l'Inde et le Pakistan ont procédé à des essais nucléaires. Le Mouvement des pays non alignés a lancé plusieurs appels pour que soient prises « d'urgence » des mesures de désarmement nucléaire<sup>257</sup>. Dans ce sens, la conférence d'examen de 2000 a convenu de « treize mesures concrètes » visant l'exécution des engagements pris par les Etats parties aux termes de l'article VI du traité<sup>258</sup>. Dans l'énoncé de ces mesures, la conférence soulignait l'importance et l'urgence de poursuivre le processus de ratification du traité d'interdiction complète des essais nucléaires, afin que cet instrument puisse entrer en vigueur dans les meilleurs délais, et préconisait l'im-

<sup>253</sup> Pour une analyse critique de ces premières conférences d'examen, voir H. Müller, D. Fischer et W. Köttler, *Nuclear Non-Proliferation and Global Order*, Stockholm-Solna/Oxford, SIPRI/Oxford University Press, 1994, p. 31-108.

<sup>254</sup> Document final, première partie, annexe, décision 2 (NPT/CONF.1995/32 (Part I)), p. 9.

<sup>255</sup> *Ibid.*, deuxième partie (NPT/CONF.1995/32 (Part III)), p. 247, par. 3-3ter.; voir également p. 247 et 249, par. 4 et 9.

<sup>256</sup> *Ibid.*, p. 260-261, par. 36-39.

<sup>257</sup> NPT/CONF.2000/4, par. 12-13.

<sup>258</sup> Document final, volume I, première partie (NPT/CONF.2000/28 (Parts I et II)), p. 14-15, par. 1, p. 13-15.

banning the production of fissile material for nuclear weapons and also call upon NWS to accomplish the total elimination of nuclear arsenals<sup>259</sup>.

235. At the 2005 Review Conference, no substantive decision was adopted, amidst continuing disappointment at the lack of progress on implementation of Article VI of the NPT, particularly in view of the “13 Practical Steps” agreed to at the 2000 Review Conference. Concerns were expressed that new nuclear weapon systems were being developed, and strategic doctrines were being adopted lowering the threshold for the use of nuclear weapons; moreover, regret was also expressed that States whose ratification was needed for the CTBT’s entry into force had not yet ratified the CTBT<sup>260</sup>.

236. Between the 2005 and the 2010 Review Conferences, there were warnings that the NPT was “now in danger” and “under strain”, as the process of disarmament had “stagnated” and needed to be “revived” in order to prevent the spread of weapons of mass destruction. The concerns addressed what was regarded as the unsatisfactory stalemate in the Conference on Disarmament in Geneva, which had been “unable to adopt an agenda for almost a decade” to identify substantive issues to be discussed and negotiated in the Conference<sup>261</sup>.

237. The “Five-Point Proposal on Nuclear Disarmament”, announced by the Secretary-General in an address of 24 October 2008<sup>262</sup>, began by urging all NPT States parties, in particular the NWS, to fulfil their obligations under the Treaty “to undertake negotiations on effective measures leading to nuclear disarmament” (para. 1)<sup>263</sup>. It called upon the permanent members of the Security Council to commence discussions on secu-

---

<sup>259</sup> The “13 practical steps”, moreover, affirm that the principle of irreversibility should apply to all nuclear disarmament and reduction measures. At last, the 13 practical steps reaffirm the objective of general and complete disarmament under effective international control, and stress the importance of both regular reports on the implementation of NPT’s Article VI obligations, and the further development of verification capabilities.

<sup>260</sup> NPT/CONF.2005/57, Part I, and cf. report on the 2005 Review Conference: 30 *UN Disarmament Yearbook* (2005), Chap. I, p. 23.

<sup>261</sup> Hans Blix, *Why Disarmament Matters*, Cambridge, Mass./London, Boston Review/MIT, 2008, pp. 6 and 63.

<sup>262</sup> Cf. UN Secretary-General (Ban Ki-moon), Address (at a conference at the East-West Institute): “The United Nations and Security in a Nuclear-Weapon-Free World”, *UN News Centre*, of 24 October 2008, pp. 1-3.

<sup>263</sup> It added that this could be pursued either by an agreement on “a framework of separate, mutually reinforcing instruments”, or else by negotiating “a nuclear-weapons

position d'un moratoire des explosions expérimentales d'armes nucléaires en attendant son entrée en vigueur. Elle faisait également état de la nécessité de mener des négociations sur la conclusion d'un traité interdisant la production de matières fissiles destinées à la fabrication d'armes nucléaires, et demandait aux Etats dotés d'armes nucléaires de s'engager à parvenir à l'élimination complète de l'ensemble de leurs armes nucléaires<sup>259</sup>.

235. La conférence d'examen de 2005 n'a pris aucune décision importante; les participants se sont montrés déçus de l'absence persistante de progrès dans la mise en œuvre de l'article VI du TNP, alors que «treize mesures concrètes» avaient été convenues à la conférence de 2000. Des préoccupations ont été exprimées quant au risque que ces attermolements favorisent la mise au point de nouveaux systèmes d'armes nucléaires et l'adoption de doctrines stratégiques abaissant le seuil de recours aux armes nucléaires; des participants ont dit regretter que les Etats devant ratifier le traité d'interdiction complète des essais nucléaires pour permettre son entrée en vigueur ne l'aient toujours pas fait<sup>260</sup>.

236. Entre la conférence de 2005 et celle de 2010, des voix se sont élevées pour avertir que le TNP était «menacé» et «en difficulté», du fait que le désarmement était «au point mort» et avait besoin d'être «relancé» pour empêcher la dissémination des armes de destruction massive. Ces préoccupations étaient suscitées plus précisément par l'impasse dans laquelle se trouvaient toujours, à Genève, les travaux de la conférence du désarmement, qui s'était révélée «incapable, depuis près de dix ans, d'adopter un programme de travail» sur l'examen des questions de fond devant faire l'objet de négociations<sup>261</sup>.

237. Le 24 octobre 2008, le Secrétaire général de l'ONU a présenté une «proposition en cinq points sur le désarmement nucléaire»<sup>262</sup>, introduite par un appel à tous les Etats parties au TNP, en particulier ceux dotés de l'arme nucléaire, à remplir les obligations leur incombant aux termes du traité, en ouvrant «des négociations sur des mesures efficaces menant au désarmement nucléaire» (par. 1)<sup>263</sup>. Venait ensuite un appel

<sup>259</sup> Les «treize mesures concrètes» comprenaient aussi la réaffirmation du principe de l'irréversibilité du désarmement nucléaire et des mesures de contrôle et de réduction des armements nucléaires. De plus, parmi ces treize mesures concrètes, figuraient la réaffirmation de l'objectif du désarmement général et complet sous un contrôle international efficace, l'établissement par tous les Etats parties au TNP de rapports réguliers sur la mise en œuvre de l'article VI et le développement des capacités de vérification.

<sup>260</sup> Document final, première partie (NPT/CONF.2005/57 (Part I)); voir également le compte-rendu des travaux de la conférence d'examen de 2005 dans l'*Annuaire des Nations Unies sur le désarmement* (2005), chap. I, p. 24.

<sup>261</sup> Hans Blix, *Why Disarmament Matters*, Cambridge, Massachusetts/Londres, Boston Review/MIT, 2008, p. 6 et 63.

<sup>262</sup> «Les Nations Unies et la sécurité dans un monde exempt d'armes nucléaires», discours prononcé par M. Ban Ki-moon, Secrétaire général de l'ONU, lors d'une conférence organisée par l'East-West Institute, Centre d'actualités des Nations Unies, 24 octobre 2008, p. 1-3.

<sup>263</sup> Le Secrétaire général ajoutait que cet objectif pouvait être poursuivi en convenant d'un «cadre englobant des instruments séparés qui se renforcent mutuellement»

rity issues in the nuclear disarmament process, including by giving NNWS assurances against the use or threat of use of nuclear weapons (“Five-Point Proposal on Nuclear Disarmament”, para. 5). It stressed the need of “new efforts to bring the CTBT into force”, and encouraged NWS to ratify all the protocols to the treaties which established nuclear-weapon-free zones (*ibid.*, para. 6). Moreover, it also stressed “the need for greater transparency” in relation to arsenals of nuclear weapons and disarmament achievements (*ibid.*, para. 7). And it further called for the elimination also of other types of weapons of mass destruction (*ibid.*, para. 8).

238. The “Five-Point Proposal on Nuclear Disarmament” was reiterated by the UN Secretary-General in two subsequent addresses in the following three years<sup>264</sup>. In one of them, before the Security Council on 24 September 2009, he stressed the need of an “early entry into force” of the CTBT, and pondered that “disarmament and non-proliferation must proceed together”; he urged “a divided international community” to start moving ahead towards achieving “a nuclear-weapon-free world”, and, at last, he expressed his hope in the forthcoming 2010 NPT Review Conference<sup>265</sup>.

239. Both the 2000 and the 2010 Review Conferences made an interpretation of nuclear disarmament under Article VI of the NPT as a “positive disarmament obligation”, in line with the dictum in the ICJ’s 1996 Advisory Opinion of nuclear disarmament in good faith as an obligation of result<sup>266</sup>. The 2010 Review Conference expressed its deep concern that there remained the continued risk for humankind put by the possibility that nuclear weapons could be used, and the catastrophic humanitarian consequences that would result therefrom.

240. The 2010 Review Conference, keeping in mind the 1995 decision on “Principles and Objectives for Nuclear Non-Proliferation and Disarmament” as well as the 2000 agreement on the “13 Practical Steps”,

---

convention, backed by a strong system of verification, as has long been proposed at the United Nations” (para. 2).

<sup>264</sup> On two other occasions, namely, during a Security Council Summit on Nuclear Non-Proliferation on 24 September 2009, and at a Conference organized by the East-West Institute on 24 October 2011.

<sup>265</sup> UN Secretary-General (Ban Ki-moon), “Opening Remarks to the Security Council Summit on Nuclear Non-Proliferation and Nuclear Disarmament”, *UN News Centre*, of 24 September 2009, pp. 1-2.

<sup>266</sup> D. H. Joyner, “The Legal Meaning and Implications of Article VI of the Non-Proliferation Treaty”, *Nuclear Weapons and International Law* (eds. G. Nystuen, S. Casey-Maslen and A. G. Bersagel), Cambridge University Press, 2014, pp. 413 and 417.

adressé aux membres permanents du Conseil de sécurité pour qu'ils ouvrent un débat sur les aspects sécuritaires du processus de désarmement nucléaire et garantissent aux Etats non dotés d'armes nucléaires qu'ils n'utiliseraient pas de telles armes («proposition en cinq points sur le désarmement nucléaire», par. 5). Le Secrétaire général poursuivait en soulignant que «de nouveaux efforts [devaient] être déployés pour faire entrer en vigueur le traité sur l'interdiction complète et générale des essais d'armes nucléaires» et engageait les Etats dotés de telles armes à ratifier tous les protocoles aux traités portant création de zones exemptes d'armes nucléaires (*ibid.*, par. 6). Il insistait aussi sur «le besoin d'une plus grande transparence» quant à la composition des arsenaux nucléaires et aux mesures déjà prises dans le sens du désarmement nucléaire (*ibid.*, par. 7). Il appelait également à l'élimination de tous les types d'armes de destruction massive (*ibid.*, par. 8).

238. Dans les trois années qui ont suivi, le Secrétaire général a repris deux fois sa proposition en cinq points<sup>264</sup>. Devant le Conseil de sécurité, le 24 septembre 2009, il a souligné qu'il fallait que le traité d'interdiction complète des essais nucléaires «entre en vigueur à bref délai». Il a fait observer que «le désarmement et la non-prolifération [devaient] aller de pair», a engagé «une communauté internationale divisée» à agir enfin pour que se concrétise l'objectif d'un «monde exempt d'armes nucléaires» et a exprimé l'espoir que la conférence d'examen de 2010 produirait des résultats tangibles<sup>265</sup>.

239. Les conférences d'examen de 2000 et 2010 ont l'une et l'autre interprété le désarmement nucléaire visé à l'article VI du TNP comme relevant d'une «obligation positive», suivant en cela le *dictum* prononcé par la Cour dans son avis consultatif de 1996, dont il ressort que l'obligation de négocier de bonne foi en vue du désarmement est une obligation de résultat<sup>266</sup>. A la conférence de 2010, les Etats parties se sont déclarés vivement préoccupés par la persistance du risque que l'arme nucléaire soit un jour employée et par les conséquences humanitaires catastrophiques qui en résulteraient.

240. Les Etats parties au TNP, gardant à l'esprit leur décision de 1995 sur les «principes et objectifs de la non-prolifération et du désarmement nucléaires» et leur approbation en 2000 des «treize mesures concrètes»,

---

ou par la négociation d'«une convention relative aux armes nucléaires, appuyée par un solide système de vérification, comme proposé depuis longtemps aux Nations Unies», par. 2.

<sup>264</sup> Le 24 septembre 2009, lors d'une réunion au sommet du Conseil de sécurité consacré à la non-prolifération des armes nucléaires et, le 24 octobre 2011, lors d'une conférence organisée par l'East-West Institute.

<sup>265</sup> «Exposé liminaire du Secrétaire général Ban Ki-moon lors de la réunion au sommet du Conseil de sécurité sur la non-prolifération et le désarmement nucléaires», Centre d'actualités des Nations Unies, 24 septembre 2009, p. 1-2.

<sup>266</sup> D. H. Joyner, «The Legal Meaning and Implications of Article VI of the Non-Proliferation Treaty», *Nuclear Weapons and International Law* (ouvrage collectif publié sous la dir. de G. Nystuen, S. Casey-Maslen et A. G. Bersagel), Cambridge University Press, 2014, p. 413 et 417.



affirmed the vital importance of the universality of the NPT<sup>267</sup>, and, furthermore, took note of the “Five-Point Proposal on Nuclear Disarmament” of the UN Secretary-General, of 2008. For the first time in the present series of Review Conferences, the Final Document of the 2010 Review Conference recognized “the catastrophic humanitarian consequences that would result from the use of nuclear weapons”<sup>268</sup>.

241. The Final Document welcomed the creation of successive nuclear-weapon-free zones<sup>269</sup>, and, in its conclusions, it endorsed the “legitimate interest” of NNWS to receive “unequivocal and legally binding security assurances” from NWS on the matter at issue; it asserted and recognized that “the total elimination of nuclear weapons is the only absolute guarantee against the use or threat of use of nuclear weapons”<sup>270</sup>. The aforementioned Final Document reiterated the 2010 Review Conference’s “deep concern at the catastrophic humanitarian consequences of any use of nuclear weapons”, and “the need for all States at all times to comply with applicable international law, including international humanitarian law”<sup>271</sup>. This key message of the 2010 Review Conference triggered the initiative, three years later, of the new series of Conferences on Humanitarian Impact of Nuclear Weapons (cf. *infra*).

242. The “historic acknowledgement” of “the catastrophic humanitarian consequences of any use of nuclear weapons” was duly singled out by the ICRC, in its statement in the more recent 2015 Review Conference<sup>272</sup>; the ICRC pointed out that that new series of Conferences (2013-2014, in Oslo, Nayarit and Vienna) have given the international community “a much clearer grasp” of the effects of nuclear detonations on peoples around the world. It then warned that, 45 years after the NPT’s entry into force, “there has been little or no concrete progress” in fulfilling the goal of elimination of nuclear weapons. As nuclear weapons remain the only weapons of mass destruction not prohibited by a treaty, “filling this gap is a humanitarian imperative”, as the “immediate risks of intentional or accidental nuclear detonations” are “too high and the dangers too real”<sup>273</sup>.

<sup>267</sup> Cf. *2010 Review Conference — Final Document*, Vol. I, doc. NPT/CONF.2010/50, of 18 June 2010, pp. 12-14 and 19-20.

<sup>268</sup> *Ibid.*, p. 12, para. 80.

<sup>269</sup> Cf. *ibid.*, p. 15, para. 99.

<sup>270</sup> *Ibid.*, p. 21, point (i).

<sup>271</sup> *Ibid.*, p. 19, point (v).

<sup>272</sup> ICRC, “Eliminating Nuclear Weapons”, *Statement — 2015 Review Conference of the Parties to the NPT*, of 1 May 2015, p. 1.

<sup>273</sup> *Ibid.*, pp. 2-3.

ont également souligné l'importance cruciale de l'adhésion universelle au traité<sup>267</sup> et ont pris note de la « proposition de désarmement nucléaire en cinq points » du Secrétaire général de l'ONU en 2008. La conférence d'examen de 2010 a été la première de la série à reconnaître « les conséquences humanitaires catastrophiques qu'entraînerait ... [l'emploi d'armes nucléaires] »<sup>268</sup>.

241. Dans le document final, les Etats parties se sont félicités de la création de plusieurs zones exemptes d'armes nucléaires<sup>269</sup>; dans leurs conclusions, ils ont affirmé qu'il était « de l'intérêt légitime » des Etats non dotés d'armes nucléaires de « recevoir des Etats qui en ont des garanties inconditionnelles de sécurité juridiquement contraignantes »; ils ont réaffirmé que l'élimination totale des armes nucléaires était « la seule garantie absolue contre l'emploi ou la menace de ces armes »<sup>270</sup>. Toujours dans le document final, la conférence s'est dite « profondément inquiète » des « conséquences humanitaires catastrophiques qu'aurait ... l'[emploi d'armes nucléaires] »<sup>271</sup> et a réaffirmé « la nécessité que tous les Etats respectent en tout temps le droit international applicable, y compris le droit international humanitaire ». Ce message essentiel de la conférence d'examen de 2010 a inspiré l'initiative prise trois ans plus tard d'organiser une série de conférences sur l'impact humanitaire des armes nucléaires (voir plus loin).

242. La « reconnaissance historique » des « conséquences humanitaires catastrophiques » qu'aurait toute utilisation d'armes nucléaires a été saluée par le Comité international de la Croix-Rouge (CICR) lors de la conférence d'examen de 2015<sup>272</sup>; il a fait observer que la série de conférences sur l'impact humanitaire des armes nucléaires (tenues en 2013 et 2014 à Oslo, Nayarit et Vienne) avait permis à la communauté internationale de « se rendre beaucoup mieux compte des effets que l'explosion d'engins nucléaires pouvait avoir sur les peuples du monde entier ». Il a ensuite constaté que, quarante-cinq ans après l'entrée en vigueur du TNP, les progrès concrets accomplis sur la voie de l'élimination des armes nucléaires restaient « nuls ou au mieux très modestes ». Le CICR a ajouté que les armes nucléaires étant les seules armes de destruction massive à n'avoir pas encore été interdites par un traité, « un impératif humanitaire command[ait] de combler cette lacune », vu que « les risques de déclenchement intentionnel ou accidentel d'une explosion nucléaire [étaient] trop réels et trop graves » pour que l'inaction continue d'être tolérée<sup>273</sup>.

<sup>267</sup> Document final, vol. I, première partie (NPT/CONF.2010/50), p. 13-15 et 21-22.

<sup>268</sup> *Ibid.*, p. 13, par. 80.

<sup>269</sup> *Ibid.*, p. 15-16, par. 99.

<sup>270</sup> *Ibid.*, p. 22, point i).

<sup>271</sup> *Ibid.*, p. 20, point v).

<sup>272</sup> CICR, « Eliminer les armes nucléaires », déclaration faite le 1<sup>er</sup> mai 2015 lors de la conférence des Etats parties au TNP, p. 1.

<sup>273</sup> *Ibid.*, p. 2-3.

243. The 2015 Review Conference displayed frustration over the very slow pace of action on nuclear disarmament, in addition to current nuclear modernization programs and reiteration of dangerous nuclear strategies, apparently oblivious of the catastrophic humanitarian consequences of nuclear weapons. At the 2015 Review Conference, the Main Committee I, charged with addressing Article VI of the NPT, stressed the importance of “the ultimate goal” of elimination of nuclear weapons, so as to achieve “general and complete disarmament under effective international control”<sup>274</sup>.

244. The 2015 Review Conference reaffirmed that “the total elimination of nuclear weapons is the only absolute guarantee against the use or threat of use of nuclear weapons, including the risk of their unauthorized, unintentional or accidental detonation”<sup>275</sup>. It expressed its “deep concern” that, during the period 2010-2015, the Conference on Disarmament did not commence negotiations of an instrument on such nuclear disarmament<sup>276</sup>, and then stressed the “urgency for the Conference on Disarmament” to achieve “an internationally legally binding instrument to that effect”, so as “to assure” NNWS against the use or threat of use of nuclear weapons by all NWS<sup>277</sup>.

245. After welcoming “the increased and positive interaction with civil society” during the cycle of Review Conferences, the most recent 2015 Review Conference stated that

“understandings and concerns pertaining to the catastrophic humanitarian consequences of any nuclear weapon detonation underpin and should compel urgent efforts by all States leading to a world without nuclear weapons. The Conference affirms that, pending the realization of this objective, it is in the interest of the very survival of humanity that nuclear weapons never be used again”<sup>278</sup>.

#### XVIII. THE ESTABLISHMENT OF NUCLEAR-WEAPON-FREE ZONES

246. In addition to the aforementioned NPT Review Conferences, the *opinio juris communis* on the illegality of nuclear weapons finds expression

<sup>274</sup> 2015 Review Conference — Working Paper of the Chair of Main Committee I, doc. NPT/CONF.2015/MC.I/WP.1, of 18 May 2015, p. 3, para. 17.

<sup>275</sup> *Ibid.*, p. 5, para. 27.

<sup>276</sup> *Ibid.*, p. 6, para. 35.

<sup>277</sup> *Ibid.*, p. 7, para. 43.

<sup>278</sup> *Ibid.*, paras. 45-46 (1).

243. Les participants à la conférence de 2015 se sont montrés déçus de l'extrême lenteur avec laquelle progressaient les travaux sur le désarmement nucléaire et ont constaté avec inquiétude que la modernisation des arsenaux nucléaires se poursuivait et que les stratégies nucléaires dangereuses avaient été réaffirmées, apparemment au mépris de l'impact humanitaire catastrophique de l'emploi d'armes nucléaires. La grande commission I de la conférence, chargée d'examiner l'application de l'article VI du TNP, a souligné l'importance du «but ultime» que constitue l'élimination des armes nucléaires, objectif qu'il fallait atteindre pour réaliser le «désarmement général et complet sous un contrôle international efficace»<sup>274</sup>.

244. La conférence de 2015 a aussi réaffirmé «que l'élimination totale des armes nucléaires [était] la seule garantie absolue contre l'emploi ou la menace de ces armes, y compris contre le risque d'une explosion non autorisée, involontaire ou accidentelle»<sup>275</sup>. Elle s'est déclarée «vivement préoccupée» de constater que, pendant la période 2010-2015, la conférence du désarmement n'avait pas entamé de négociations sur un instrument relatif aux armes nucléaires<sup>276</sup>, et a affirmé que «la conférence du désarmement [devait] de toute urgence mettre en place des arrangements» en vue de l'adoption d'«un instrument international juridiquement contraignant» afin de «protéger» les Etats non dotés d'armes nucléaires contre l'emploi ou la menace de l'emploi de telles armes par tous les Etats en possédant»<sup>277</sup>.

245. Après avoir relevé avec satisfaction «l'intensification des échanges constructifs avec la société civile» pendant le cycle d'examen, la conférence a déclaré ce qui suit :

«[L]es préoccupations relatives aux conséquences humanitaires catastrophiques qu'entraînerait l'explosion d'une arme nucléaire devraient pousser tous les Etats à œuvrer de toute urgence à l'avènement d'un monde exempt d'armes nucléaires, et devraient soutenir leurs efforts en ce sens. [La conférence] affirme que, en attendant la réalisation de cet objectif, il est dans l'intérêt de la survie même de l'humanité que les armes nucléaires ne soient plus jamais utilisées.»<sup>278</sup>

#### XVIII. LA CRÉATION DE ZONES EXEMPTES D'ARMES NUCLÉAIRES

246. L'*opinio juris communis* sur l'illicéité des armes nucléaires s'est exprimée non seulement dans les débats des conférences d'examen du

<sup>274</sup> Document de travail soumis par le président de la grande commission I (NPT/CONF.2015/MC.I/WP.1), 18 mai 2015, p. 3, par. 17.

<sup>275</sup> *Ibid.*, p. 5, par. 27.

<sup>276</sup> *Ibid.*, p. 6, par. 35.

<sup>277</sup> *Ibid.*, p. 7, par. 43.

<sup>278</sup> *Ibid.*, par. 45-46 1).

also in the establishment, over the last half century, of nuclear-weapon-free zones, which has responded to the needs and aspirations of humankind, so as to rid the world of the threat of nuclear weapons. The establishment of those zones has, in effect, given expression to the growing disapproval of nuclear weapons by the international community as a whole. There are, in effect, references to nuclear-weapon-free zones in the arguments, in the written phase of the present proceedings, of the Marshall Islands<sup>279</sup> and of the United Kingdom<sup>280</sup> in the present case.

247. I originally come from the part of the world, Latin America, which, together with the Caribbean, form the first region of the world to have prohibited nuclear weapons, and to have proclaimed itself as a nuclear-weapon-free zone. The pioneering initiative in this domain, of Latin America and the Caribbean<sup>281</sup>, resulted in the adoption of the 1967 Treaty for the Prohibition of Nuclear Weapons in Latin America and the Caribbean and its two Additional Protocols. Its reach transcended Latin America and the Caribbean, as evidenced by its two Additional Protocols<sup>282</sup>, and the obligations set forth in its legal regime were wide in scope:

“The régime established in the Treaty is not merely one of non-proliferation: it is a régime of total absence of nuclear weapons, which means that such weapons will be prohibited in perpetuity in the territories to which the Treaty applies, regardless of the State under whose control these terrible instruments of mass destruction might be.”<sup>283</sup>

248. By the time of the creation of that first nuclear-weapon-free zone by the 1967 Treaty of Tlatelolco, it was pointed out that it came as a response to humanity’s concern with its own future (given the threat of nuclear weapons), and in particular with “the survival of the humankind”<sup>284</sup>. That initiative<sup>285</sup> was followed by four others of the kind, in distinct regions of the world, conducive to the adoption of the 1985 South Pacific (Rarotonga) Nuclear-Free Zone Treaty, the

<sup>279</sup> Application instituting proceedings, p. 42, para. 73; and Memorial of the Marshall Islands, pp. 40, 53 and 56, paras. 84, 117 and 122.

<sup>280</sup> Preliminary Objections of the United Kingdom, p. 2, para. 4.

<sup>281</sup> On the initial moves in the UN to this effect, by Brazil (in 1962) and Mexico (taking up the leading role from 1963 onwards), cf. United Nations, *Las Zonas Libres de Armas Nucleares en el Siglo XXI*, op. cit. infra note 286, pp. 20, 116 and 139.

<sup>282</sup> The first one concerning the States internationally responsible for territories located within the limits of the zone of application of the Treaty, and the second one pertaining to the nuclear weapon States.

<sup>283</sup> A. García Robles, “Mesures de désarmement dans des zones particulières: le traité visant l’interdiction des armes nucléaires en Amérique Latine”, 133, *RCADI* (1971), p. 103, and cf. p. 71 [translation by the Registry].

<sup>284</sup> *Ibid.*, p. 99, and cf. p. 102.

<sup>285</sup> Which was originally prompted by a reaction to the Cuban Missile Crisis of 1962.

TNP, mais aussi par la création, au cours des cinquante dernières années, de plusieurs zones exemptes d'armes nucléaires, motivée par la volonté de répondre aux besoins et aspirations de l'humanité en débarrassant le monde de ces armes. La création de ces zones est en fait l'expression de la réprobation grandissante que manifeste l'humanité à l'égard des armes nucléaires. Il est question de ces zones dans les pièces de procédure écrite déposées par les Iles Marshall<sup>279</sup> et le Royaume-Uni<sup>280</sup> en l'affaire les opposant sur laquelle la Cour vient de rendre son arrêt.

247. Je suis originaire de l'Amérique latine qui, avec les Caraïbes, est la première région du monde à avoir interdit les armes nucléaires et s'être proclamée zone exempte d'armes nucléaires. L'Amérique latine et les Caraïbes ont joué le rôle de pionniers en prenant une initiative<sup>281</sup> qui a abouti à l'adoption du traité visant l'interdiction des armes nucléaires en Amérique latine et dans les Caraïbes (1967), et de ses deux protocoles additionnels. La portée de ce traité s'étend au-delà de la région, par l'effet de ses deux protocoles<sup>282</sup>, et le régime juridique qu'il a établi prévoit des obligations qui ont un large champ d'application :

«Le régime consacré dans le traité n'est pas simplement celui de non-prolifération : c'est un régime d'absence totale d'armes nucléaires, ce qui veut dire que ces armes seront interdites à perpétuité dans les territoires auxquels s'applique le traité, quel que soit l'Etat sous le contrôle duquel pourraient se trouver ces terribles instruments de destruction massive.»<sup>283</sup>

248. Lorsque cette première zone exempte d'armes nucléaires a été créée par le traité de Tlatelolco de 1967, on a fait observer qu'il s'agissait là d'une réponse aux inquiétudes éprouvées par l'humanité, devant la menace des armes nucléaires, quant à son avenir et à «la survie de la race humaine»<sup>284</sup>. Cette initiative<sup>285</sup> a été suivie de quatre autres, qui ont abouti à la création de zones exemptes d'armes nucléaires dans le Pacifique sud, par le traité de Rarotonga de 1985, en Asie du Sud-Est, par le

<sup>279</sup> Requête des Iles Marshall, p. 43, par. 73 ; mémoire des Iles Marshall, p. 40, 53 et 56, par. 84, 117 et 122.

<sup>280</sup> Exceptions préliminaires du Royaume-Uni, p. 2, par. 4.

<sup>281</sup> Au sujet des initiatives prises en ce sens aux Nations Unies, d'abord par le Brésil (en 1962), puis par le Mexique (qui à partir de 1963 a pris la direction du processus), voir Nations Unies, *Las Zonas Libres de Armas Nucleares en el Siglo XXI*, op. cit. infra note 286, p. 20, 116 et 139.

<sup>282</sup> Le premier protocole concerne les Etats internationalement responsables de territoires compris dans les limites de la zone d'application du traité, et le second concerne les Etats dotés d'armes nucléaires.

<sup>283</sup> A. García Robles, «Mesures de désarmement dans des zones particulières : le traité visant l'interdiction des armes nucléaires en Amérique latine», *RCADI*, vol. 133, 1971, p. 103 ; voir également p. 71.

<sup>284</sup> *Ibid.*, p. 99 ; voir également p. 102.

<sup>285</sup> Prise à la suite de la crise des missiles cubains de 1962.

1995 Southeast Asia (Bangkok) Nuclear-Weapon-Free Zone Treaty, the 1996 African (Pelindaba) Nuclear Weapon-Free Zone Treaty<sup>286</sup>, as well as the 2006 Central Asian (Semipalatinsk) Nuclear-Weapon-Free Zone Treaty. Basic considerations of humanity have surely been taken into account for the establishment of those nuclear-weapon-free zones.

249. In fact, besides the Treaty of Tlatelolco, also the Rarotonga, Bangkok, Pelindaba, and Semipalatinsk Treaties purport to extend the obligations enshrined therein, by means of their respective Protocols, not only to the States of the regions at issue, but also to nuclear States<sup>287</sup>, as well as States which are internationally responsible, *de jure* or *de facto*, for territories located in the respective regions. The verification of compliance with the obligations regularly engages the IAEA<sup>288</sup>. Each of the five aforementioned treaties (Tlatelolco, Rarotonga, Bangkok, Pelindaba and Semipalatinsk) creating nuclear-weapon-free zones has distinctive features, as to the kinds and extent of obligations and methods of verification<sup>289</sup>, but they share the common ultimate goal of preserving humankind from the threat or use of nuclear weapons.

250. The second nuclear-weapon-free zone, established by the Treaty of Rarotonga (1985), with its three Protocols, came as a response<sup>290</sup> to long-sustained regional aspirations, and increasing frustration of the populations of the countries of the South Pacific with incursions of NWS in the region<sup>291</sup>. The Rarotonga Treaty encouraged the negotiation of a similar zone, — by means of the 1995 Bangkok Treaty, — in the neighbouring region of Southeast Asia, and confirmed the “continued relevance of zonal approaches” to the goal of disarmament and the safeguard of humankind from the menace of nuclear weapons<sup>292</sup>.

251. The third of those treaties, that of Bangkok, of 1995 (with its Protocol), was prompted by the initiative of the Association of South-East Asian Nations (ASEAN) to insulate the region from the poli-

<sup>286</sup> United Nations, *Las Zonas Libres de Armas Nucleares en el Siglo XXI*, N.Y./Geneva, UN-OPANAL/UNIDIR, 1997, pp. 9, 25, 39 and 153.

<sup>287</sup> Those Protocols contain the undertaking not only not to use nuclear weapons, but also not to threaten their use; cf. M. Roscini, *op. cit. infra* note 295, pp. 617-618.

<sup>288</sup> The Treaty of Tlatelolco has in addition counted on its own regional organism to that end, the Agency for the Prohibition of Nuclear Weapons in Latin America and the Caribbean (OPANAL).

<sup>289</sup> Cf., in general, M. Roscini, *Le Zone Denuclearizzate*, Turin, Giappichelli Ed., 2003, pp. 1-410; J. Goldblat, “Zones exemptes d’armes nucléaires: une vue d’ensemble”, *Le droit international des armes nucléaires* (Journée d’études, Ed. S. Sur), Paris, Pedone, 1998, pp. 35-55.

<sup>290</sup> Upon the initiative of Australia.

<sup>291</sup> M. Hamel-Green, “The South Pacific — The Treaty of Rarotonga”, *Nuclear Weapons-Free Zones* (ed. R. Thakur), London/N.Y., MacMillan/St. Martin’s Press, 1998, p. 59, and cf. p. 62.

<sup>292</sup> *Ibid.*, pp. 71 and 77.

traité de Bangkok de 1995, en Afrique, par le traité de Pelindaba de 1996<sup>286</sup>, et en Asie centrale, par le traité de Semipalatinsk de 2006. Des considérations élémentaires d'humanité ont certainement inspiré la création de ces zones.

249. Comme le traité de Tlatelolco, les traités de Rarotonga, Bangkok, Pelindaba et Semipalatinsk ont été conçus dans l'intention d'étendre le champ d'application des obligations qui y sont stipulées, intention qui s'est concrétisée par l'adoption de protocoles additionnels les rendant applicables non seulement aux Etats des régions considérées, mais aussi aux Etats dotés d'armes nucléaires<sup>287</sup> et aux Etats internationalement responsables *de jure* ou *de facto* de territoires compris dans les limites des dites zones. L'AIEA participe régulièrement à la vérification du respect des obligations prévues par les traités et les protocoles<sup>288</sup>. Les cinq traités susmentionnés diffèrent par la nature et l'étendue des obligations qu'ils imposent et les méthodes de vérification qu'ils prévoient<sup>289</sup>, mais ils ont tous le même but, qui est de préserver l'humanité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires.

250. La création de la deuxième zone exempte d'armes nucléaires par le traité de Rarotonga de 1985, assorti de trois protocoles, répondait aux aspirations de longue date des habitants de la région<sup>290</sup>, qui étaient de moins en moins enclins à tolérer les incursions d'Etats dotés d'armes nucléaires<sup>291</sup>. La conclusion du traité de Rarotonga a incité les Etats d'une autre région, l'Asie du Sud-Est, à créer une zone exempte d'armes nucléaires, ce qu'ils ont fait en concluant le traité de Bangkok en 1995, montrant ainsi que «les initiatives régionales continuaient de contribuer» à la réalisation de l'objectif du désarmement et de la protection de l'humanité du danger des armes nucléaires<sup>292</sup>.

251. Le traité de Bangkok (assorti d'un protocole) a été conclu à l'initiative de l'Association des nations de l'Asie du Sud-Est (ASEAN) pour isoler la région des politiques et rivalités des puissances nucléaires. Ce

<sup>286</sup> Nations Unies, *Las Zonas Libres de Armas Nucleares en el Siglo XXI*, New York/Genève, ONU-OPANAL/UNIDIR, 1997, p. 9, 25, 39 et 153.

<sup>287</sup> Les signataires de ces protocoles se sont engagés non seulement à ne pas employer d'armes nucléaires dans la région considérée, mais aussi à ne pas menacer de les utiliser; voir M. Roscini, *op. cit. infra* note 295, p. 617-618.

<sup>288</sup> La vérification de l'application du traité de Tlatelolco relève également d'un organisme créé par lui, l'Organisation pour l'interdiction des armes nucléaires en Amérique latine et dans les Caraïbes (OPANAL).

<sup>289</sup> Voir M. Roscini, *Le Zone Denuclearizzate*, Turin, Giappichelli Ed., 2003, p. 1-410; J. Goldblat, «Zones exemptes d'armes nucléaires: une vue d'ensemble», *Le droit international des armes nucléaires* (journée d'études, ouvrage collectif publié sous la dir. de S. Sur), Paris, Pedone, 1998, p. 35-55.

<sup>290</sup> Le traité a été conclu à l'initiative de l'Australie.

<sup>291</sup> M. Hamel-Green, «The South Pacific — The Treaty of Rarotonga», *Nuclear Weapons-Free Zones* (ouvrage collectif publié sous la dir. de R. Thakur), Londres/New York, MacMillan/St. Martin's Press, 1998, p. 59; voir également la page 62.

<sup>292</sup> *Ibid.*, p. 71 et 77.



cies and rivalries of the nuclear powers. The Bangkok Treaty, besides covering the land territories of all ten Southeast Asian States, is the first treaty of the kind also to encompass their territorial sea, 200-mile exclusive economic zone and continental shelf<sup>293</sup>. The fourth such treaty, that of Pelindaba, of 1996, in its turn, was prompted by the continent's reaction to nuclear tests in the region (as from the French nuclear tests in the Sahara in 1961), and the aspiration — deeply-rooted in African thinking — to keep nuclear weapons out of the region<sup>294</sup>. The Pelindaba Treaty (with its three Protocols) appears to have served the purpose to eradicate nuclear weapons from the African continent.

252. The fifth such treaty, that of Semipalatinsk, of 2006, contains, like the other treaties creating nuclear-weapon-free zones (*supra*), the basic prohibitions to manufacture, acquire, possess, station or control nuclear explosive devices within the zones<sup>295</sup>. The five treaties at issue, though containing loopholes (e.g., with regard to the transit of nuclear weapons)<sup>296</sup>, have as common denominator the practical value of arrangements that transcend the non-proliferation of nuclear weapons<sup>297</sup>.

253. Each of the five treaties (of Tlatelolco, Rarotonga, Bangkok, Pelindaba and Semipalatinsk) reflects the characteristics of each of the five regions, and they all pursue the same cause. The establishment of the nuclear-weapon-free zones has been fulfilling the needs and aspirations of peoples living under the fear of nuclear victimization<sup>298</sup>. Their purpose is being served, also in withholding or containing nuclear ambitions, to the ultimate benefit of humankind as a whole.

254. Nowadays, the five aforementioned nuclear-weapon-free zones are firmly established in densely populated areas, covering most (almost

---

<sup>293</sup> This extended territorial scope has generated resistance on the part of nuclear-weapon States to accept its present form; A. Acharya and S. Ogunbanwo, "The Nuclear-Weapon-Free Zones in South-East Asia and Africa", *Armaments, Disarmament and International Security — SIPRI Yearbook* (1998), pp. 444 and 448.

<sup>294</sup> United Nations, *Las Zonas Libres de Armas Nucleares en el Siglo XXI*, *op. cit. supra* note 286, pp. 60-61; and cf. J. O. Ihonvbere, "Africa — The Treaty of Pelindaba", *Nuclear-Weapons-Free Zones*, *op. cit. supra* note 291, pp. 98-99 and 109. And, for a general study, cf. O. Adeniji, *The Treaty of Pelindaba on the African Nuclear-Weapon-Free Zone*, Geneva, UNIDIR, 2002, pp. 1-169.

<sup>295</sup> M. Roscini, "Something Old, Something New: The 2006 Semipalatinsk Treaty on a Nuclear Weapon-Free Zone in Central Asia", 7 *Chinese Journal of International Law* (2008), p. 597.

<sup>296</sup> As to their shortcomings, cf., e.g., J. Goldblat, "The Nuclear Non-Proliferation Régime: Assessment and Prospects", 256 *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye* (1995), pp. 137-138; M. Roscini, *op. cit. supra* note 295, pp. 603-604.

<sup>297</sup> J. Enkhsaikhan, "Nuclear-Weapon-Free Zones: Prospects and Problems", 20 *Disarmament — Periodic Review by the United Nations* (1997), note 1, p. 74.

<sup>298</sup> Cf., e.g., H. Fujita, "The Changing Role of International Law in the Nuclear Age: from Freedom of the High Seas to Nuclear-Free Zones", *Humanitarian Law of Armed Conflict: Challenges Ahead — Essays in Honour of F. Kalshoven* (eds. A. J. M. Delissen and G. J. Tanja), Dordrecht, Nijhoff, 1991, p. 350, and cf. pp. 327-349.

traité, troisième du genre, est le premier à couvrir non seulement le territoire terrestre des dix Etats signataires, mais également leur mer territoriale, leur zone économique exclusive et leur plateau continental<sup>293</sup>. La conclusion du traité de Pelindaba de 1996, quatrième de la série, avait lui aussi pour origine la réaction des Etats d'un continent à des essais nucléaires (ceux effectués par la France en 1961 au Sahara), et répondait à l'aspiration, profondément ancrée dans la pensée politique africaine, à empêcher l'implantation d'armes nucléaires dans la région<sup>294</sup>. Ce traité (avec ses trois protocoles) semble avoir atteint son objectif, empêcher l'implantation d'armes nucléaires en Afrique.

252. Comme les quatre traités du même genre qui l'ont précédé, le traité de Semipalatinsk de 2006 renferme des dispositions fondamentales qui interdisent aux Etats parties de fabriquer, acquérir, posséder ou déployer des engins nucléaires explosifs ou d'en disposer<sup>295</sup>. Les cinq traités, même s'ils ont des lacunes (concernant par exemple le transport en transit d'armes nucléaires)<sup>296</sup>, ont en commun qu'ils témoignent de l'utilité concrète d'arrangements qui vont plus loin que des accords sur le principe de la non-prolifération des armes nucléaires<sup>297</sup>.

253. Chacun des cinq traités reflète les caractéristiques de la région sur laquelle il porte, mais tous servent la même cause. La création de zones exemptes d'armes nucléaires répond aux besoins et aux aspirations des peuples, qui vivent dans la crainte d'être victimes de l'emploi de telles armes<sup>298</sup>. Ces traités sont utiles également en ce qu'ils incitent les Etats à renoncer ou mettre un frein à leurs ambitions nucléaires, pour le bien de l'humanité tout entière.

254. Les cinq zones exemptes d'armes nucléaires, fermement établies dans des régions très peuplées, couvrent la quasi-totalité des terres émer-

<sup>293</sup> L'étendue de la portée territoriale du traité a dissuadé les Etats dotés d'armes nucléaires de l'accepter tel quel; voir A. Acharya et S. Ogunbanwo, «The Nuclear-Weapon-Free Zones in South-East Asia and Africa», *Armaments, Disarmament and International Security — SIPRI Yearbook*, 1998, p. 444 et 448.

<sup>294</sup> Nations Unies, *Las Zonas Libres de Armas Nucleares en el Siglo XXI*, op. cit. supra note 286, p. 60-61; voir également J. O. Ihonvbere, «Africa — The Treaty of Pelindaba», *Nuclear Weapons-Free Zones*, op. cit. supra note 291, p. 98-99 et 109. Pour une étude générale de la question, voir O. Adeniji, *The Treaty of Pelindaba on the African Nuclear-Weapon-Free Zone*, Genève, UNIDIR, 2002, p. 1-169.

<sup>295</sup> M. Roscini, «Something Old, Something New: The 2006 Semipalatinsk Treaty on a Nuclear-Weapon-Free Zone in Central Asia», *Chinese Journal of International Law*, vol. 7, 2008, p. 597.

<sup>296</sup> Au sujet des lacunes de ces traités, voir, par exemple, J. Goldblat, «The Nuclear Non-Proliferation Régime: Assessment and Prospects», *RCADI*, vol. 256, 1995, p. 137-138; M. Roscini, op. cit. supra note 295, p. 603-604.

<sup>297</sup> J. Enkhsaikhan, «Nuclear-Weapon-Free Zones: Prospects and Problems», *Disarmament — Periodic Review by the United Nations*, vol. 20, 1997, note 1, p. 74.

<sup>298</sup> Voir, notamment, H. Fujita, «The Changing Role of International Law in the Nuclear Age: from Freedom of the High Seas to Nuclear-Free Zones», *Humanitarian Law of Armed Conflict: Challenges Ahead — Essays in Honour of F. Kalshoven* (ouvrage collectif publié sous la dir. de A. J. M. Delissen et G. J. Tanja), Dordrecht, Nijhoff, 1991, p. 350; voir également p. 327-349.

all) of the landmass of the southern hemisphere land areas (while excluding most sea areas)<sup>299</sup>. The adoption of the 1967 Tlatelolco Treaty, the 1985 Rarotonga Treaty, the 1995 Bangkok Treaty, the 1996 Pelindaba Treaty, and the 2006 Semipalatinsk Treaty, have disclosed the shortcomings and artificiality of the posture of the so-called political “realists”<sup>300</sup>, which insisted on the suicidal strategy of nuclear “deterrence”, in their characteristic subservience to power politics.

255. The substantial Final Report of 1999 of the UN Disarmament Commission underlined the relevance of nuclear-weapon-free zones and of their contribution to the achievement of nuclear disarmament<sup>301</sup>, “expressing and promoting common values” and constituting “important complementary” instruments to the NPT and the “international regime for the prohibition” of any nuclear-weapon explosions<sup>302</sup>. Drawing attention to the central role of the United Nations in the field of disarmament<sup>303</sup>, the aforementioned Report added:

“Nuclear-weapon-free zones have ceased to be exceptional in the global strategic environment. To date, 107 States have signed or become parties to treaties establishing existing nuclear-weapon-free zones. With the addition of Antarctica, which was demilitarized pursuant to the Antarctic Treaty, nuclear-weapon-free zones now cover more than 50 per cent of the Earth’s land mass.

.....

The establishment of further nuclear-weapon-free zones reaffirms the commitment of the States that belong to such zones to honour their legal obligations deriving from other international instruments in force in the area of nuclear non-proliferation and disarmament to which they are parties.”<sup>304</sup>

256. Moreover, the 1999 Final Report of the UN Disarmament Commission further stated that, for their part, NWS should fully comply with their obligations, under the ratified protocols to the treaties on nuclear-weapon-free zones, “not to use or threaten to use nuclear

<sup>299</sup> J. Prawitz, “Nuclear-Weapon-Free Zones: Their Added Value in a Strengthened International Safeguards System”, *Tightening the Reins — Towards a Strengthened International Nuclear Safeguards System* (eds. E. Häckel and G. Stein), Berlin/Heidelberg, Springer-Verlag, 2000, p. 166.

<sup>300</sup> Cf. United Nations, *Las Zonas Libres de Armas Nucleares en el Siglo XXI*, op. cit. supra note 286, pp. 27, 33-38 and 134.

<sup>301</sup> UN, *Report of the Disarmament Commission — General Assembly Official Records* (Fifty-fourth Session, supplement No. 42), UN doc. A/54/42, of 6 May 1999, Annex I, pp. 6-7, paras. 1, 6 and 9.

<sup>302</sup> *Ibid.*, p. 7, paras. 10-11, and 13.

<sup>303</sup> *Ibid.*, Annex II, p. 11, 3rd preambular paragraph.

<sup>304</sup> *Ibid.*, Annex I, p. 7, para. 5; and p. 8, para. 28.

gées de l'hémisphère Sud (mais la majeure partie des zones maritimes en reste exclue)<sup>299</sup>. L'adoption du traité de Tlatelolco de 1967, du traité de Rarotonga de 1985, du traité de Bangkok de 1995, du traité de Pelindaba de 1996 et du traité de Semipalatinsk de 2006 a mis en évidence les insuffisances et le caractère artificiel du prétendu «réalisme politique»<sup>300</sup>, qui fait le jeu des plus puissants en défendant la doctrine suicidaire de la dissuasion nucléaire.

255. Dans son important rapport final de 1999, la commission du désarmement des Nations Unies soulignait l'utilité des zones exemptes d'armes nucléaires et leur contribution à la réalisation de l'objectif du désarmement nucléaire<sup>301</sup>, les traités par lesquels ces zones ont été créées étant «un moyen d'exprimer et de promouvoir des valeurs communes» et «d'importants instruments» qui venaient «compléter» le TNP et le «régime international d'interdiction des explosions ... d'armes nucléaires»<sup>302</sup>. Appelant l'attention sur le rôle central joué par les Nations Unies dans le domaine du désarmement<sup>303</sup>, la Commission poursuivait en ces termes :

«Les zones exemptes d'armes nucléaires ne sont plus exceptionnelles dans l'environnement stratégique mondial. A ce jour, 107 Etats ont signé des traités portant création de telles zones ou en sont devenus parties. Si l'on ajoute l'Antarctique, qui est démilitarisé en vertu du Traité sur l'Antarctique, les zones exemptes d'armes nucléaires représentent maintenant plus de 50% des terres émergées du globe.

.....

En créant une zone exempte d'armes nucléaires, les Etats qui en font partie réaffirment ainsi l'engagement auquel ils ont souscrit d'honorer les obligations juridiques découlant d'autres instruments internationaux auxquels ils sont parties dans le domaine de la non-prolifération nucléaire et du désarmement.»<sup>304</sup>

256. Dans le même rapport, la Commission rappelait que les Etats dotés d'armes nucléaires devaient remplir pleinement les obligations qu'ils avaient assumées en ratifiant les protocoles aux traités portant création zones exemptes d'armes nucléaires, notamment leur obligation de ne pas

<sup>299</sup> J. Prawitz, «Nuclear-Weapon-Free Zones: Their Added Value in a Strengthened International Safeguards System», *Tightening the Reins — Towards a Strengthened International Nuclear Safeguards System* (ouvrage collectif publié sous la dir. de E. Häckel et G. Stein), Berlin/Heidelberg, Springer-Verlag, 2000, p. 166.

<sup>300</sup> Voir Nations Unies, *Las Zonas Libres de Armas Nucleares en el Siglo XXI*, op. cit. supra note 286, p. 27, 33-38 et 134.

<sup>301</sup> Nations Unies, Rapport de la commission du désarmement — Assemblée générale, document officiel (cinquante-quatrième session, supplément n° 42), document A/54/42, daté du 6 mai 1999, annexe I, p. 6-7, par. 1, 6 et 9.

<sup>302</sup> *Ibid.*, p. 7, par. 10-11 et 13.

<sup>303</sup> *Ibid.*, annexe II, p. 11, troisième alinéa du préambule.

<sup>304</sup> *Ibid.*, annexe I, p. 7, par. 5; et p. 9, par. 28.

weapons”<sup>305</sup>. It went on to encourage Member States of those zones “to share experiences” with States of other regions, so as “to establish further nuclear-weapon-free zones”<sup>306</sup>. It concluded that the international community, by means of “the creation of nuclear-weapon-free zones around the globe”, should aim at “general and complete disarmament under strict and effective international control, so that future generations can live in a more stable and peaceful atmosphere”<sup>307</sup>.

257. To the establishment of aforementioned five nuclear-weapon-free zones other initiatives against nuclear weapons are to be added, such as the prohibitions of placement of nuclear weapons, and other kinds of weapons of mass destruction, in outer space, on the sea-bed, on the ocean floor and in the subsoil beyond the outer limit of the territorial sea-bed zone, — “denuclearized” by the Treaties of Antarctica (1959), Outer Space (1967) and the Deep Sea Bed (1971), respectively, to which can be added the Treaty on the Moon and Other Celestial Bodies (1979), established a complete demilitarization thereon<sup>308</sup>.

258. The fact that the international community counts today on five nuclear-weapon-free zones, in relation to which States that possess nuclear weapons do have a particular responsibility, reveals an undeniable advance of right reason, of the *recta ratio* in the foundations of contemporary international law. Moreover, the initiative of nuclear-weapon-free zones keeps on clearly gaining ground. In recent years, proposals are being examined for the setting up of new denuclearized zones of the kind<sup>309</sup>, as well as of the so-called single-State zone (e.g., Mongolia)<sup>310</sup>. That initiative further reflects the increasing disapproval, by the international community as a whole, of nuclear weapons, which, in view of their hugely destructive capability, constitute an affront to right reason (*recta ratio*).

<sup>305</sup> *Op. cit. supra* note 301, p. 9, para. 36.

<sup>306</sup> *Ibid.*, p. 10, para. 41.

<sup>307</sup> *Ibid.*, para. 45.

<sup>308</sup> Cf. G. Venturini, “Control and Verification of Multilateral Treaties on Disarmament and Non-Proliferation of Weapons of Mass Destruction”, 17 *University of California Davis Journal of International Law and Policy* (2011), pp. 359-360.

<sup>309</sup> E.g., in Central and Eastern Europe, in the Middle East, in Central and North-East and South Asia, and in the whole of the southern hemisphere.

<sup>310</sup> Cf. A. Acharya and S. Ogunbanwo, *op. cit. supra* note 293, p. 443; J. Enkhsaikhan, *op. cit. supra* note 297, pp. 79-80. Mongolia in effect declared its territory as a nuclear-weapon-free zone (in 1992), and in February 2000 adopted national legislation defining its status as a nuclear-weapon-free State. This was acknowledged by UN General Assembly resolution 55/33S of 20 November 2000.

employer ou menacer d'employer l'arme nucléaire<sup>305</sup>. Elle engageait les Etats faisant partie d'une zone exempte d'armes nucléaires à «échanger des données d'expérience» avec les Etats d'autres régions afin de les aider à «créer des zones similaires»<sup>306</sup>. Dans sa conclusion, la Commission engageait la communauté internationale «à promouvoir la création de zones exemptes d'armes nucléaires sur l'ensemble du globe» en vue de réaliser «le désarmement général et complet sous un contrôle international strict et efficace, de manière que les générations futures puissent vivre dans un climat plus stable et plus pacifique»<sup>307</sup>.

257. En dehors de la création des cinq zones précitées, il y a lieu de mentionner la conclusion du traité sur l'Antarctique (1959), ainsi que du traité sur l'espace (1967) et du traité 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 (1971), qui ont «dénucléarisé» l'espace extra-atmosphérique et les fonds marins et leur sous-sol au-delà des limites des eaux territoriales, interdisant d'y placer des armes nucléaires ou d'autres armes de destruction massive; à ces traités, on peut ajouter l'accord régissant les activités des Etats sur la lune et les autres corps célestes (1979), qui en prévoit la dénucléarisation complète<sup>308</sup>.

258. L'existence des cinq zones exemptes d'armes nucléaires, envers lesquelles les Etats possédant de telles armes ont une responsabilité particulière, est le signe que la raison, la *recta ratio*, tient indéniablement une place de plus en plus grande dans la formation du droit international contemporain. Il est de plus manifeste qu'il existe un mouvement en faveur de l'extension de ces zones. Des propositions de création d'autres zones dénucléarisées<sup>309</sup> et des projets de dénucléarisation unilatérale (à l'exemple de ce qu'a fait la Mongolie)<sup>310</sup> sont à l'étude. Cette tendance est aussi le signe de la réprobation grandissante que les armes nucléaires inspirent à la communauté internationale dans son ensemble, qui, sachant leur énorme capacité de destruction, y voit un affront à la *recta ratio*.

<sup>305</sup> *Op. cit. supra* note 301, p. 9, par. 36.

<sup>306</sup> *Ibid.*, p. 10, par. 41.

<sup>307</sup> *Ibid.*, par. 45.

<sup>308</sup> Voir G. Venturini, «Control and Verification of Multilateral Treaties on Disarmament and Non-Proliferation of Weapons of Mass Destruction», *University of California Davis Journal of International Law and Policy*, vol. 17, 2011, p. 359-360.

<sup>309</sup> Il est question de créer de telles zones en Europe orientale, au Moyen-Orient, en Asie centrale, en Asie du Nord-Est, en Asie du Sud ainsi que dans tout l'hémisphère Sud.

<sup>310</sup> Voir A. Acharya et S. Ogunbanwo, *op. cit. supra* note 293, p. 443; J. Enkhsaikhan, *op. cit. supra* note 297, p. 79-80. La Mongolie, après avoir déclaré son territoire zone exempte d'armes nucléaires en 1992, a adopté en 2000 une loi définissant son statut d'Etat exempt d'armes nucléaires. L'Assemblée générale des Nations Unies a salué cette mesure dans sa résolution 55/33S du 20 novembre 2000.

XIX. CONFERENCES ON THE HUMANITARIAN IMPACT OF NUCLEAR WEAPONS (2013-2014)

259. In the course of the proceedings in the present case of *Obligations concerning Negotiations relating to Cessation of the Nuclear Arms Race and to Nuclear Disarmament*, several references were made to the more recent series of Conferences on the Humanitarian Impact of Nuclear Weapons (2013-2014), and in particular to the statement made therein (in the second of those conferences) by the Marshall Islands, asserting that NWS should fulfil their obligation, “long overdue”, of negotiation to achieve complete nuclear disarmament (cf. *infra*). The Marshall Islands promptly referred to its own statement in the Nayarit Conference (2014) in its Memorial in the *cas d'espèce*, as well as in its oral arguments before the ICJ.

260. In effect, the Conferences on the Humanitarian Impact of Nuclear Weapons (a series initiated in 2013) were intended to provide a forum for dialogue on, and a better understanding of, the humanitarian consequences of use of nuclear weapons for human beings, societies, and the environment, rather than a substitute of bilateral and multilateral fora for disarmament negotiations. This forum for dialogue and better understanding of the matter has counted on three Conferences to date, held, respectively, in Oslo in March 2013, in Nayarit in February 2014, and in Vienna in December 2014.

261. This recent series of Conferences has drawn attention to the humanitarian effects of nuclear weapons, restoring the central position of the concern for human beings and peoples. It has thus stressed the importance of the human dimension of the whole matter, and has endeavoured to awaken the conscience of the whole international community as well as to enhance the needed humanitarian co-ordination in the present domain. May I next proceed to a survey of their work and results so far.

*1. First Conference on the Humanitarian Impact of Nuclear Weapons*

262. The First Conference on the Humanitarian Impact of Nuclear Weapons took place in Oslo, Norway, on 4-5 March 2013, having counted on the participation of delegations representing 127 States, United Nations agencies, the ICRC, the Red Cross and the Red Crescent movement, international organizations, and civil society entities. It should not pass unnoticed that only two of the NWS, India and Pakistan, were present at this Conference (and only India made a statement)<sup>311</sup>. On the other hand, neither the Marshall Islands, nor the permanent members of the UN Security Council, attended it.

---

<sup>311</sup> [https://www.regjeringen.no/globalassets/upload/ud/vedlegg/hum/hum\\_india.pdf](https://www.regjeringen.no/globalassets/upload/ud/vedlegg/hum/hum_india.pdf).

XIX. LES CONFÉRENCES SUR L'IMPACT HUMANITAIRE  
DES ARMES NUCLÉAIRES (2013-2014)

259. Dans les trois affaires sur lesquelles la Cour vient de se déclarer incompétente, il a été fait plusieurs fois référence à la série récente de conférences consacrées à l'impact humanitaire des armes nucléaires (2013-2014), en particulier à la déclaration de la délégation des Iles Marshall à la deuxième de ces conférences, dans laquelle elles affirmaient qu'il était «grand temps» que les Etats dotés d'armes nucléaires remplissent leur obligation de négocier en vue de parvenir au désarmement nucléaire complet (voir plus loin). En l'affaire les opposant à l'Inde, les Iles Marshall ont invoqué tant dans leur mémoire que dans leurs plaidoiries cette déclaration faite en 2014 lors de la conférence de Nayarit.

260. Les conférences sur l'impact humanitaire des armes nucléaires, dont la première a eu lieu en 2013, n'étaient pas censées se substituer aux négociations bilatérales et multilatérales sur le désarmement ; elles ont été organisées dans le but d'ouvrir un débat et d'approfondir les connaissances sur les effets de l'emploi d'armes nucléaires sur les êtres humains, les sociétés et l'environnement. C'est dans cet esprit qu'ont été convoquées les trois conférences qui ont eu lieu jusqu'à présent, celle d'Oslo (mars 2013), celle de Nayarit (février 2014) et celle de Vienne (décembre 2014).

261. Cette série de conférences a appelé l'attention sur l'impact humanitaire des armes nucléaires en redonnant aux êtres humains et aux peuples la place centrale qui leur revient. Elles ont mis l'accent sur la dimension humaine de la question des armes nucléaires et cherché à y éveiller la conscience de l'ensemble de la communauté internationale et à renforcer l'indispensable coordination de la défense de la cause humanitaire qui inspire la volonté d'éliminer les armes nucléaires. Je vais maintenant passer en revue les travaux et les résultats de chacune des trois conférences.

*1. La première conférence*

262. La première conférence sur l'impact humanitaire des armes nucléaires a eu lieu à Oslo les 4 et 5 mars 2013 ; y étaient représentés 127 Etats, des institutions des Nations Unies, le CICR, la Croix-Rouge, le Croissant-Rouge, diverses organisations internationales et des organisations de la société civile. Il est à noter que deux seulement des Etats dotés de l'arme nucléaire, l'Inde et le Pakistan, étaient présents à la conférence (et que seule l'Inde a fait une déclaration)<sup>311</sup>. Ni les Iles Marshall, ni les cinq membres permanents du Conseil de sécurité n'y ont participé.

<sup>311</sup> Voir [https://www.regjeringen.no/globalassets/upload/ud/vedlegg/hum/hum\\_india.pdf](https://www.regjeringen.no/globalassets/upload/ud/vedlegg/hum/hum_india.pdf).



263. The Oslo Conference addressed three key issues, namely: (a) the immediate human impact of a nuclear weapon detonation; (b) the wider economic, developmental and environmental consequences of a nuclear weapon detonation; and (c) the preparedness of States, international organizations, civil society and the general public to deal with the predictable humanitarian consequences that would follow from a nuclear weapon detonation. A wide range of experts made presentations during the Conference.

264. Attention was drawn, e.g., to the nuclear testing's impact during the Cold-War period, in particular to the detonation of not less than 456 nuclear bombs in the four decades (between 1949 and 1989) in the testing ground of Semipalatinsk, in eastern Kazakhstan. It was reported (by UNDP) that, according to the Kazakh authorities, up to 1.5 million people were affected by fall-out from the blasts at Semipalatinsk; the nuclear test site was shut down in mid-1991. Other aspects were examined, all from a humanitarian outlook<sup>312</sup>. References were made, e.g., to General Assembly resolutions (such as resolution 63/279, of 24 April 2009), on humanitarian rehabilitation of the region. Such a humanitarian approach proved necessary, as the "historical experience from the use and testing of nuclear weapons has demonstrated their devastating immediate and long-term effects"<sup>313</sup>.

265. The key conclusions of the Oslo Conference, as highlighted by Norway's Minister of Foreign Affairs in his closing statement<sup>314</sup>, can be summarized as follows. First, it is unlikely that any State or international body (such as UN relief agencies and the ICRC) could address the immediate humanitarian emergency caused by a nuclear weapon detonation in an adequate manner and provide sufficient assistance to those affected. Thus, the ICRC called for the abolition of nuclear weapons as the only effective preventive measure, and several participating States stressed that elimination of nuclear weapons is the only way to prevent their use; some States called for a ban on those weapons.

266. Secondly, the historical experience from the use and testing of nuclear weapons has demonstrated their devastating immediate and long-term effects. While the international scenario and circumstances surrounding it have changed, the destructive potential of nuclear weapons

---

<sup>312</sup> For accounts of the work of the 2013 Oslo Conference, cf., e.g., *Viewing Nuclear Weapons through a Humanitarian Lens* (eds. J. Borrie and T. Caughley), Geneva/N.Y., UN/UNIDIR, 2013, pp. 81-82, 87, 90-91, 93-96, 99, 105-108 and 115-116.

<sup>313</sup> Norway/Ministry of Foreign Affairs, *Chair's Summary — Humanitarian Impact of Nuclear Weapons*, Oslo, 5 March 2013, p. 2.

<sup>314</sup> [https://www.regjeringen.no/en/aktuelt/nuclear\\_summary/id716343/](https://www.regjeringen.no/en/aktuelt/nuclear_summary/id716343/).

263. La conférence d'Oslo s'est intéressée à trois questions principales : a) l'impact humanitaire immédiat de l'explosion d'un engin nucléaire ; b) les conséquences plus larges qu'une telle explosion aurait sur l'activité économique, le développement et l'environnement ; c) le degré de préparation des Etats, des organisations internationales, de la société civile et du public aux suites humanitaires prévisibles de l'explosion d'un engin nucléaire. Des experts de diverses disciplines ont fait des exposés.

264. La conférence a notamment appelé l'attention sur l'impact humanitaire des essais nucléaires réalisés durant la guerre froide, en particulier les 456 explosions expérimentales qui ont eu lieu en l'espace de quarante ans (de 1949 à 1989) sur le site de Semipalatinsk, dans l'est du Kazakhstan. Le représentant du Programme des Nations Unies pour le développement a indiqué que, selon les autorités kazakhes, jusqu'à un million et demi de personnes avaient été exposées aux retombées de ces explosions ; le site d'essais de Semipalatinsk est désaffecté depuis 1991. D'autres aspects de la question ont été examinés, toujours du point de vue humanitaire<sup>312</sup>. Il a été fait mention de résolutions de l'Assemblée générale, notamment la résolution A/RES/63/279 du 24 avril 2009, relative aux aspects humanitaires du relèvement de la région de Semipalatinsk. La conférence a considéré qu'il « importait d'autant plus d'examiner la question des armes nucléaires sous l'angle humanitaire que l'expérience de l'emploi et des essais d'armes nucléaires avait révélé l'ampleur des effets dévastateurs non seulement immédiats, mais aussi à long terme, de ces armes »<sup>313</sup>.

265. Je résume ci-après les principales conclusions de la conférence d'Oslo, présentées par le ministre norvégien des affaires étrangères dans sa déclaration de clôture<sup>314</sup>. Premièrement, il est improbable qu'un Etat, quel qu'il soit, ou un organisme international (un organisme de secours des Nations Unies ou le CICR, par exemple) ait les moyens de gérer convenablement l'urgence humanitaire qui suivrait immédiatement l'explosion d'une arme nucléaire, en fournissant une assistance suffisante aux victimes. Cette constatation a amené le représentant du CICR à lancer un appel à l'élimination des armes nucléaires, seule mesure préventive efficace, et plusieurs Etats ont souligné que l'élimination de ces armes était le seul moyen d'en empêcher l'emploi ; certains Etats ont demandé leur interdiction.

266. Deuxièmement, l'expérience de l'emploi et des essais d'armes nucléaires a montré l'ampleur des effets dévastateurs qui en résultaient immédiatement et à long terme. Même si les pièces de l'échiquier international dont elles font partie ont été déplacées, ces armes conservent leur

<sup>312</sup> Au sujet des travaux de la conférence d'Oslo, voir, par exemple, *Viewing Nuclear Weapons through a Humanitarian Lens* (publié sous la dir. de J. Borrie et T. Caughley), Genève/New York, ONU/UNIDIR, 2013, p. 81-82, 87, 90-91, 93-96, 99, 105-108 et 115-116.

<sup>313</sup> Ministère norvégien des affaires étrangères, *Chair's Summary — Humanitarian Impact of Nuclear Weapons*, Oslo, 5 mars 2013, p. 2.

<sup>314</sup> Voir [https://www.regjeringen.no/en/aktuelt/nuclear\\_summary/id716343/](https://www.regjeringen.no/en/aktuelt/nuclear_summary/id716343/).

remains. And thirdly, the effects of a nuclear weapon detonation, irrespective of its cause, will not be constrained by national borders, and will affect States and peoples in significant ways, in a trans-frontier dimension, regionally as well as globally.

2. *Second Conference on the Humanitarian Impact of Nuclear Weapons*

267. The Second Conference on the Humanitarian Impact of Nuclear Weapons took place in Nayarit, Mexico, on 13-14 February 2014, having counted on the participation of delegations representing 146 States. The Marshall Islands, India and Pakistan attended it, whereas the United Kingdom did not. In addition to States, other participants included the ICRC, the Red Cross and the Red Crescent movement, international organizations, and civil society entities. During the Nayarit Conference, the delegate of the Marshall Islands stated that NWS States were failing to fulfil their obligations, under Article VI of the NPT and customary international law, to commence and conclude multilateral negotiations on nuclear disarmament; in his words:

“the Marshall Islands is convinced that multilateral negotiations on achieving and sustaining a world free of nuclear weapons are long overdue. Indeed we believe that states possessing nuclear arsenals are failing to fulfil their legal obligations in this regard. Immediate commencement and conclusion of such negotiations is required by legal obligation of nuclear disarmament resting upon each and every State under Article VI of the Non-Proliferation Treaty and customary international law. It also would achieve the objective of nuclear disarmament long and consistently set by the United Nations, and fulfil our responsibilities to present and future generations while honouring the past ones.”<sup>315</sup>

268. Earlier on, the Minister of Foreign Affairs of the Marshall Islands stated, at the UN High-Level Meeting on Nuclear Disarmament, on 26 September 2013, that the Marshall Islands “has a unique and compelling reason” to urge nuclear disarmament, namely,

“The Marshall Islands, during its time as a UN Trust Territory, experienced 67 large-scale tests of nuclear weapons. At the time of testing, and at every possible occasion in the intervening years, the Marshall Islands has informed UN Members of the devastating

---

<sup>315</sup> Marshall Islands’ Statement, Second Conference on the Humanitarian Impact of Nuclear Weapons, Nayarit, Mexico, 13-14 February 2014 (<http://www.reachingcriticalwill.org/images/documents/Disarmament-fora/nayarit-2014/statements/MarshallIslands.pdf>). The text is also quoted by the Marshall Islands in its Memorial in *Marshall Islands v. United Kingdom*, Annex 72.

énorme potentiel de destruction. Enfin, troisièmement, l'explosion d'une arme nucléaire, quelle qu'en soit la cause, entraînerait par-delà les frontières de graves conséquences pour les Etats et les peuples, à l'échelle régionale, voire mondiale.

## 2. *La deuxième conférence*

267. La deuxième conférence sur l'impact humanitaire des armes nucléaires, à laquelle 146 Etats étaient représentés, a eu lieu à Nayarit (Mexique) les 13 et 14 février 2014. Les Iles Marshall, l'Inde et le Pakistan y ont participé, mais non le Royaume-Uni. En dehors des Etats, ont également pris part à la conférence des représentants du CICR, de la Croix-Rouge, du Croissant-Rouge, de diverses organisations internationales et d'organisations de la société civile. Le représentant des Iles Marshall a déclaré que les Etats dotés d'armes nucléaires manquaient à l'obligation que leur imposaient l'article VI du TNP et le droit international coutumier d'engager et de mener à terme des négociations multilatérales sur le désarmement ; je cite :

« les Iles Marshall sont convaincues que les négociations multilatérales visant à créer un monde à jamais dépourvu d'armes nucléaires auraient dû être engagées depuis longtemps. Nous estimons en effet que les Etats possédant un arsenal nucléaire ne respectent pas leurs obligations à cet égard. L'obligation d'œuvrer au désarmement nucléaire qui incombe à chaque Etat en vertu de l'article VI du traité de non-prolifération nucléaire et du droit international coutumier impose l'ouverture immédiate et l'aboutissement de telles négociations. Celles-ci permettraient également d'atteindre l'objectif de désarmement nucléaire établi depuis longtemps et réaffirmé sans relâche par les Nations Unies, et d'honorer nos responsabilités envers les générations présentes et futures, tout en rendant hommage aux générations passées. »<sup>315</sup>

268. Auparavant, lors de la réunion de haut niveau de l'Assemblée générale des Nations Unies tenue le 26 septembre 2013, le ministre marshallais des affaires étrangères avait déclaré que son pays avait « une raison unique et impérieuse » d'exhorter au désarmement nucléaire ; je cite :

« Les Iles Marshall, alors qu'elles relevaient du régime de tutelle des Nations Unies, ont connu 67 explosions expérimentales d'engins nucléaires de forte puissance. A l'époque de ces essais et depuis, elles n'ont pas cessé d'appeler l'attention des Etats Membres de l'ONU

<sup>315</sup> Déclaration des Iles Marshall, deuxième conférence sur l'impact humanitaire des armes nucléaires tenue à Nayarit (Mexique) les 13 et 14 février 2014 (voir <http://www.reachingcriticalwill.org/images/documents/Disarmament-fora/nayarit-2014/statements/MarshallIslands.pdf>). Le texte de cette déclaration est également reproduit à l'annexe 72 du mémoire des Iles Marshall en l'affaire les opposant au Royaume-Uni.

impacts of these tests — of the deliberate use of our people as unwilling scientific experiments, of ongoing health impacts inherited through generations, of our displaced populations who still live in exile or who were resettled under unsafe circumstances, and then had to be removed. Even today, science remains a moving target and our exiled local communities are still struggling with resettlement.

.....  
 Perhaps we [the Marshallese] have one of the most important stories to tell regarding the need to avert the use of nuclear weapons, and a compelling story to spur greater efforts for nuclear disarmament.” (Pp. 1-2.)<sup>316</sup>

269. The Marshall Islands’ statement in the 2014 Nayarit Conference was thus one of a few statements in which the Marshall Islands has articulated its claim, whereon they rely in the *cas d’espèce*, *inter alia*, to substantiate the existence of a dispute, including with the United Kingdom, which was not present at the Conference<sup>317</sup>. The Nayarit Conference participants also heard the poignant testimonies of five *Hibakusha*, — survivors of the atomic bombings of Hiroshima and Nagasaki, — who presented their accounts of the overwhelming devastation inflicted on those cities and their inhabitants by the atomic blasts (including the victims’ burning alive, and carbonized or vaporized, as well as the long-term effects of radiation, killing survivors over seven decades).

270. They stressed the “moral imperative” of the abolition of nuclear weapons, as humanity and nuclear weapons cannot co-exist. A group of delegations of no less than 20 States called expressly for a ban of nuclear weapons, already long overdue; this was the sword of Damocles hanging over everyone’s heads. The “mere existence” of nuclear weapons was regarded as “absurd”; attention was also drawn to the 2013 UN General Assembly High-Level Meeting on Disarmament, and to the obliga-

---

<sup>316</sup> [Http://www.un.org/en/ga/68/meetings/nucleardisarmament/pdf/MH\\_en.pdf](http://www.un.org/en/ga/68/meetings/nucleardisarmament/pdf/MH_en.pdf). And the Marshall Islands’ Minister of Foreign Affairs (Ph. Muller) added that:

“It should be our collective goal as the United Nations to not only stop the spread of nuclear weapons, but also to pursue the peace and security of a world without them. Further, the Republic of the Marshall Islands has recently ratified the Comprehensive Test Ban Treaty and urges other Member States to work towards bringing this important agreement into force.

The Marshall Islands is not the only nation in the Pacific to be touched by the devastation of nuclear weapon testing. (. . .) We express again our eventual aspirations to join with our Pacific neighbours in supporting a Pacific free of nuclear weapons in a manner consistent with international security.” (Pp. 1-2.)

<sup>317</sup> Memorial of the Marshall Islands, para. 99.

sur leurs effets dévastateurs; les habitants de mon pays, ayant servi malgré eux de cobayes pour des expériences scientifiques, ont vu leur santé se détériorer, développant des troubles qui persistent de génération en génération, ont été forcés de s'exiler, ont été réinstallés sur des sites dangereux, puis de nouveau déplacés. Aujourd'hui encore, des incertitudes scientifiques persistent sur les conséquences de ces essais, et nos exilés continuent d'éprouver des difficultés d'adaptation.

.....

Nous (les Marshallais) avons peut-être plus que quiconque une expérience qui atteste de la nécessité d'exclure l'emploi d'armes nucléaires, une expérience qui commande de redoubler d'efforts pour parvenir au désarmement nucléaire.» (P. 1-2.)<sup>316</sup>

269. Ce qu'a dit leur représentant à la conférence de Nayarit était l'une de plusieurs déclarations dans lesquelles les Iles Marshall avaient exprimé leurs griefs, déclarations sur lesquelles elles se sont notamment fondées, dans les trois affaires ici considérées, pour montrer qu'un différend les opposait aux Etats défendeurs, y compris le Royaume-Uni, qui n'était pas représenté à la conférence<sup>317</sup>. Les participants à la conférence de Nayarit ont également entendu les témoignages poignants de cinq *Hibakusha*, survivants des bombardements atomiques d'Hiroshima et de Nagasaki, qui ont décrit la gigantesque dévastation qui s'est abattue sur ces deux villes et leurs habitants (dont certains ont été brûlés vifs, carbonisés ou vaporisés, tandis que les survivants allaient subir pendant les soixante-dix années suivantes les effets mortels différés de l'exposition aux radiations).

270. Ces témoins ont souligné que l'élimination des armes nucléaires était un «impératif moral», la présence de ces armes étant incompatible avec la survie de l'humanité. Un groupe de délégations représentant au moins vingt Etats a demandé expressément que les armes nucléaires soient enfin interdites, pour que cette épée de Damoclès cesse d'être suspendue au-dessus de la tête de chaque être humain. Il a été dit que, «en soi», l'existence des armes nucléaires ne pouvait qu'être considérée comme

---

<sup>316</sup> Voir [http://www.un.org/en/ga/68/meetings/nuclear disarmament/pdf/MH\\_en.pdf](http://www.un.org/en/ga/68/meetings/nuclear disarmament/pdf/MH_en.pdf). Le ministre marshallais des affaires étrangères a ajouté ceci :

«Aux Nations Unies, notre but commun devrait être non seulement de faire cesser la prolifération des armes nucléaires, mais aussi de rechercher la paix et la sécurité dans un monde exempt de ces armes. La République des Iles Marshall a ratifié récemment le traité d'interdiction complète des essais nucléaires et exhorte les autres Etats Membres à faire le nécessaire pour que cet important traité puisse entrer en vigueur.

Les Iles Marshall ne sont pas le seul Etat du Pacifique à avoir subi les conséquences dévastatrices des essais nucléaires... Une fois encore, je rappelle que mon pays aspire à joindre ses efforts à ceux de ses voisins en vue de la création dans la région du Pacifique d'une zone exempte d'armes nucléaires selon des modalités répondant aux exigences de la sécurité internationale.» (P. 1-2.)

<sup>317</sup> Mémoire des Iles Marshall, par. 99.

tions under international law, including those deriving from the NPT as well as common Article 1 of the Geneva Conventions on IHL<sup>318</sup>.

271. Furthermore, an association of over 60 entities of the civil society, from more than 50 countries, stated<sup>319</sup> that their own engagement was essential, as responsibilities fell on everyone to prevent the use of nuclear weapons; and prevention required the prohibition and ban of nuclear weapons, in the same way as those of biological and chemical weapons, landmines, and cluster munitions. Both the association, and the *Hibakusha*, condemned the dangerous strategy of nuclear “deterrence”.

272. The 2014 Nayarit Conference’s conclusions, building on the conclusions of the previous Oslo Conference, can be summarized as follows. First, the immediate and long-term effects of a single nuclear weapon detonation, let alone a nuclear exchange, would be catastrophic. The mere existence of nuclear weapons generates great risks, because the military doctrines of the NWS envisage preparations for the deliberate use of nuclear weapons. Nuclear weapons could be detonated by accident, miscalculation, or deliberately.

273. Delegations of over 50 States from every region of the world made statements unequivocally calling for the total elimination of nuclear weapons and the achievement of a world free of nuclear weapons. At least 20 delegations of participating States in the Conference (*supra*) expressed the view that the way forward would be a ban on nuclear weapons. Others were equally clear in their calls for a convention on the elimination of nuclear weapons or a new legally binding instrument<sup>320</sup>.

274. Secondly, some delegations pointed out the security implications of nuclear weapons, or else expressed skepticism about the possibility of banning nuclear weapons as such. There were those which favoured a “step-by-step” approach to nuclear disarmament (within the framework of the NPT Action Plan), and called for the participation of NWS in this

<sup>318</sup> Mexico/Gobierno de la República, *Chair’s Summary — Second Conference on the Humanitarian Impact of Nuclear Weapons*, Mexico, 14 February 2014, pp. 2-3.

<sup>319</sup> On behalf of the International Campaign to Abolish Nuclear Weapons (ICAN), a coalition of over 350 entities in 90 countries.

<sup>320</sup> For example, for its part, India favoured a step-by-step approach towards the elimination of nuclear weapons, ultimately leading to “a universal, non-discriminatory convention on prohibition and elimination of nuclear weapons”; cf. [www.reachingcriticalwill.org/images/documents/Disarmament-fora/nayarit-2014/statements/India.pdf](http://www.reachingcriticalwill.org/images/documents/Disarmament-fora/nayarit-2014/statements/India.pdf).

« une absurdité » ; des participants ont également appelé l'attention sur la réunion de haut niveau sur le désarmement nucléaire tenue en 2013 par l'Assemblée générale des Nations Unies et sur les obligations de droit international en la matière, y compris celles découlant du TNP et celles énoncées à l'article I commun aux quatre conventions de Genève de 1949 relatives au droit international humanitaire<sup>318</sup>.

271. De plus, une association représentant plus de soixante organisations de la société civile de plus de cinquante pays a déclaré<sup>319</sup> qu'un rôle essentiel revenait à la société civile, dès lors que chaque individu avait la responsabilité de contribuer à empêcher l'emploi d'armes nucléaires ; cette association a fait valoir que, pour empêcher l'emploi des armes nucléaires, il fallait qu'elles soient interdites comme l'étaient les armes chimiques et biologiques, les mines terrestres et les armes à dispersion. Cette association et les *Hibakusha* ont condamné la dangereuse doctrine de la « dissuasion » nucléaire.

272. Je vais maintenant résumer les conclusions de la conférence de Nayarit, qui s'inspiraient de celles de la conférence d'Oslo. Premièrement, les effets immédiats et à long terme de l'explosion d'une seule arme nucléaire, sans parler de ceux d'un échange nucléaire, seraient catastrophiques. L'existence des armes nucléaires présente en soi des risques considérables parce que les doctrines de défense des Etats qui en possèdent prévoient des préparatifs en vue de leur emploi délibéré. La conférence a répété que l'explosion d'une arme nucléaire pouvait être déclenchée accidentellement, à la suite d'une erreur de calcul ou délibérément.

273. Les délégations de plus de cinquante Etats de toutes les régions du monde ont fait des déclarations dans lesquelles elles demandaient expressément l'élimination totale des armes nucléaires et l'instauration d'un monde exempt d'armes nucléaires. Au moins vingt délégations (voir plus haut) ont exprimé l'avis que la seule voie d'avenir était l'interdiction pure et simple des armes nucléaires. D'autres délégations ont lancé un appel tout aussi clair à l'adoption d'une convention sur l'élimination des armes nucléaires ou d'un autre instrument juridiquement contraignant au même effet<sup>320</sup>.

274. Deuxièmement, certaines délégations ont dit qu'il fallait considérer les armes nucléaires sous l'angle de la sécurité internationale, ou ont exprimé des doutes quant à la possibilité d'interdire purement et simplement ces armes. Certains participants se sont montrés favorables au processus « échelonné » de désarmement nucléaire (s'inscrivant dans le cadre

<sup>318</sup> Mexico/Gobierno de la República, *Chair's Summary — Second Conference on the Humanitarian Impact of Nuclear Weapons*, Mexico, 14 février 2014, p. 2-3.

<sup>319</sup> Au nom de la campagne internationale pour abolir les armes nucléaires (ICAN), coalition de plus de 350 entités de la société civile de 90 pays.

<sup>320</sup> L'Inde, par exemple, s'est déclarée favorable à un processus échelonné d'élimination des armes nucléaires, qui aboutirait à la conclusion d'une « convention universelle et non discriminatoire sur l'interdiction et l'élimination des armes nucléaires » ([www.reachingcriticalwill.org/images/documents/Disarmament-fora/nayarit-2014/statements/India.pdf](http://www.reachingcriticalwill.org/images/documents/Disarmament-fora/nayarit-2014/statements/India.pdf)).



process. For their part, the nuclear-weapon-free States, in their majority, were however of the view that the step-by-step approach had failed to achieve its goal; they thus called for a new approach to nuclear disarmament.

275. Thirdly, for the Chairman of the Conference, a ban on nuclear weapons would be the first step towards their elimination; such a ban would also rectify the anomaly that nuclear weapons are the only weapons of mass destruction that are not subject to an explicit legal prohibition. He added that achieving a world free of nuclear weapons is consistent with States' obligations under international law, including under the NPT and common Article 1 to the Geneva Conventions on IHL. He at last called for the development of new international standards on nuclear weapons, including a legally binding instrument, to be concluded by the seventieth anniversary of the atomic bombings of Hiroshima and Nagasaki<sup>321</sup>.

### 3. *Third Conference on the Humanitarian Impact of Nuclear Weapons*

276. The third Conference on the Humanitarian Impact of Nuclear Weapons took place in Vienna, Austria, on 8-9 December 2014, having carried forward the momentum created by the previous Conference in Mexico. It counted on the participation of delegations of 158 States, as well as the UN, the ICRC, the Red Cross and Red Crescent movement, civil society entities and representatives of the academic world. For the first time, of the NWS, the United Kingdom attended the Conference; delegates from India, Pakistan, and the Marshall Islands were present as well.

277. Once again, the Conference participants heard the testimonies of survivors, the *Hibakusha*. Speaking of the “hell on earth” experienced in Hiroshima and Nagasaki; the “indiscriminate massacre of the atomic bombing” showed “the illegality and ultimate evil of nuclear weapons”<sup>322</sup>. In its statement, the Marshall Islands, addressing the testing in the region of 67 atomic and hydrogen bombs, between 1946 and 1958, — the strongest one having been the Bravo test (of 1 March 1954) of a hydrogen bomb, 1000 times more powerful than the atomic bomb dropped over Hiroshima, — referred to their harmful impacts, such as the birth of “monster-like babies”, the continuous suffering from “thyroid cancer,

<sup>321</sup> Cf. <http://www.reachingcriticalwill.org/images/documents/Disarmament-fora/nayarit-2014/chairs-summary.pdf>.

<sup>322</sup> Cf. Vienna Conference on the Humanitarian Impact of Nuclear Weapons (8-9 December 2014), Vienna, Austria's Federal Ministry for Europe, Integration and Foreign Affairs, 2015, p. 19.

du plan d'action des Etats parties au TNP) et ont engagé les Etats dotés d'armes nucléaires à prendre part à ce processus. Cependant, la majorité des Etats non dotés d'armes nucléaires, estimant que la formule du désarmement nucléaire échelonné s'était révélée inefficace, ont déclaré qu'il fallait procéder autrement.

275. Troisièmement, le président de la conférence a déclaré que la première étape sur la voie de l'élimination des armes nucléaires serait de les interdire; cette interdiction remédierait à l'anomalie qui tient à ce que les armes nucléaires sont les seules armes de destruction massive à ne pas être expressément interdites en droit. Le président a ajouté que, en cherchant à atteindre l'objectif d'un monde exempt d'armes nucléaires, les Etats agiraient conformément à leurs obligations de droit international, y compris celles que leur imposent le TNP et l'article I commun aux conventions de Genève relatives au droit international humanitaire; il a engagé les Etats à définir de nouvelles règles juridiques applicables aux armes nucléaires, notamment en adoptant un instrument juridiquement contraignant à l'occasion du 70<sup>e</sup> anniversaire des bombardements atomiques d'Hiroshima et de Nagasaki<sup>321</sup>.

### 3. La troisième conférence

276. La troisième conférence sur l'impact humanitaire des armes nucléaires, organisée dans le prolongement de celle de Mexico, a eu lieu à Vienne les 8 et 9 décembre 2014. Y étaient représentés cent cinquante-huit Etats, l'ONU, le CICR, la Croix-Rouge et le Croissant-Rouge, des organisations de la société civile et des universitaires. Parmi les Etats dotés de l'arme nucléaire qui étaient représentés figuraient l'Inde et le Pakistan, qui avaient participé aux deux conférences précédentes, et, pour la première fois, le Royaume-Uni; les Iles Marshall étaient également représentées.

277. Des *Hibakusha*, survivants des bombardements atomiques d'Hiroshima et de Nagasaki, sont une fois encore venus témoigner. Ils ont décrit l'«enfer sur terre» créé par les bombardements, ont dit que, «semant la mort sans discrimination, l'explosion des deux bombes» avait mis en évidence «le caractère illicite de ces armes» et montré que leur emploi était «en définitive l'expression du mal»<sup>322</sup>. Le représentant des Iles Marshall a évoqué les soixante-sept essais de bombes atomiques et de bombes à hydrogène réalisés dans la région du Pacifique sud entre 1946 et 1958, faisant observer que le plus puissant de ces engins, une bombe à hydrogène dont l'explosion avait été déclenchée lors de l'opération

<sup>321</sup> Voir <http://www.reachingcriticalwill.org/images/documents/Disarmament-fora/nayarit-2014/chairs-summary.pdf>.

<sup>322</sup> Voir Vienna Conference on the Humanitarian Impact of Nuclear Weapons (8-9 December 2014), Vienne, Austria's Federal Ministry for Europe, Integration and Foreign Affairs, 2015, p. 19.

liver cancer and all types of radiogenic cancerous illnesses”, extending over the years<sup>323</sup>.

278. For its part, the ICRC stated that nuclear weapons ignore the principle of proportionality, and stand in breach of IHL (both conventional and customary) by causing unnecessary suffering to civilians; it expressed “significant concerns about the eventual spread of radiation to civilian areas and the radiological contamination of the environment” and everyone<sup>324</sup>. The ICRC further observed that, after “decades of focusing on nuclear weapons primarily in technical-military terms and as symbols of power”, a fundamental and reassuring change has occurred, as debates on the matter now shift attention to what those weapons “would mean for people and the environment, indeed for humanity”<sup>325</sup>.

279. The UN Secretary-General (Ban Ki-moon) sent a statement, read at the Conference, wherein he condemned expenditures in the modernization of weapons of mass destruction (instead of meeting the challenges of poverty and climate change). Recalling that the obligation of nuclear disarmament was one of both conventional and customary international law, he further condemned the strategy of nuclear “deterrence”; in his own words,

“Upholding doctrines of nuclear deterrence does not counter proliferation, but it makes the weapons more desirable. Growing ranks of nuclear-armed States does not ensure global stability, but instead undermines it. (. . .) The more we understand about the humanitarian impacts, the more it becomes clear that we must pursue disarmament as an urgent imperative.”<sup>326</sup>

280. The Vienna Conference contributed to a deeper understanding of the consequences and risks of a nuclear detonation, having focused to a larger extent on the legal framework (and gaps therein) with regard to nuclear weapons<sup>327</sup>. It was reckoned that the impact of nuclear weapons

<sup>323</sup> *Op. cit. supra* note 322, p. 34.

<sup>324</sup> *Ibid.*, p. 58.

<sup>325</sup> *Ibid.*, p. 17.

<sup>326</sup> *Ibid.*, p. 16.

<sup>327</sup> Cf. Vienna Conference on the Humanitarian Impact of Nuclear Weapons (8-9 December 2014), Vienna, Austria’s Federal Ministry for Europe, Integration and Foreign Affairs, 2015, p. 19.pp. 1-88.

«Bravo» le 1<sup>er</sup> mars 1954, avait une capacité de destruction mille fois supérieure à celle de la bombe d'Hiroshima; il a décrit les impacts de ces essais, dont des malformations congénitales «monstrueuses», et les souffrances à vie que les habitants de la région avaient dû continuer d'endurer des suites de «cancers de la thyroïde, cancers du foie et autres lésions cancéreuses provoquées par les radiations»<sup>323</sup>.

278. Le représentant du CICR a déclaré que les armes nucléaires ne pouvaient être employées qu'au mépris du principe de proportionnalité et en violation du droit international humanitaire (tant conventionnel que coutumier), du fait des maux qu'elles infligent aux civils; il s'est dit très vivement préoccupé par le fait que les radiations se propageaient dans les zones habitées et par la contamination radioactive de l'environnement «et de tous les êtres humains se trouvant dans les parages»<sup>324</sup>. Le représentant du CICR a également fait observer que les armes nucléaires, «après avoir été pendant des décennies considérées essentiellement d'un point de vue technico-militaire en tant que symboles de puissance», donnaient lieu à des débats centrés de plus en plus sur les conséquences qu'aurait leur emploi «pour les individus, l'environnement et l'humanité tout entière»<sup>325</sup>, en quoi il voyait une évolution fondamentale et salutaire de l'attitude à l'égard de ces armes.

279. Dans une déclaration dont il a été donné lecture devant la conférence, Ban Ki-moon, Secrétaire général de l'ONU, s'est élevé contre les dépenses consacrées par les Etats à la modernisation de leurs arsenaux d'armes de destruction massive (au détriment de la lutte contre la pauvreté et le changement climatique). Rappelant que le droit international, tant conventionnel que coutumier, imposait aux Etats l'obligation de procéder au désarmement nucléaire, il a également condamné la doctrine de la «dissuasion nucléaire», dans les termes suivants :

«Les doctrines fondées sur la dissuasion nucléaire, loin de mettre un frein à la prolifération des armes nucléaires, en rendent la possession plus attrayante. L'augmentation du nombre des Etats dotés d'armes nucléaires compromet la stabilité mondiale... Plus on en sait sur l'impact humanitaire de ces armes, plus il devient évident que le désarmement est un impératif auquel il faut de toute urgence obéir.»<sup>326</sup>

280. La conférence de Vienne a permis de mieux mesurer les conséquences et les dangers de l'explosion d'engins nucléaires, au cours de débats consacrés dans une large mesure au cadre juridique dans lequel la question des armes nucléaires doit être considérée (et à ses lacunes)<sup>327</sup>. Il

<sup>323</sup> *Op. cit. supra* note 322, p. 34.

<sup>324</sup> *Ibid.*, p. 58.

<sup>325</sup> *Ibid.*, p. 17.

<sup>326</sup> *Ibid.*, p. 16.

<sup>327</sup> Voir Vienna Conference on the Humanitarian Impact of Nuclear Weapons (8-9 December 2014), Vienne, Austria's Federal Ministry for Europe, Integration and Foreign Affairs, 2015, p. 1-88.

detonation, irrespective of the cause, would go well beyond national borders, and could have regional and even global consequences, causing destruction, death, diseases and displacement on a very large scale, as well as profound and long-term damage to the environment, climate, human health and well-being, socioeconomic development and social order. They could, in sum, threaten the very survival of humankind. It was acknowledged that the scope, scale and interrelationship of the humanitarian consequences caused by nuclear weapon detonation are catastrophic, and more complex than commonly understood; these consequences can be large scale and potentially irreversible.

281. States expressed various views regarding the ways and means of advancing the nuclear disarmament agenda. The delegations of 29 States called for negotiations of a legally-binding instrument to prohibit or ban nuclear weapons. A number of delegations considered that the inability to make progress on any particular step was no reason not to pursue negotiations in good faith on other effective measures to achieve and maintain a nuclear-weapon-free world. Such steps have been taken very effectively in regional contexts in the past, as evidenced by nuclear-weapon-free zones.

282. As the general report of the Vienna Conference observed, the three Conferences on the Humanitarian Impact of Nuclear Weapons (of Oslo, Nayarit and then Vienna), have contributed to a “deeper understanding” of the “actual risks” posed by nuclear weapons, and the “unspeakable suffering”, devastating effects, and “catastrophic humanitarian consequences” caused by their use. As “nuclear deterrence entails preparing for nuclear war, the risk of nuclear weapon use is real”. (. . .) The only assurance against the risk of a nuclear weapon detonation is the total elimination of nuclear weapons”, in “the interest of the very survival of humanity”; hence the importance of Article VI of the NPT, and of the entry into force of the CTBT<sup>328</sup>.

283. The 2014 Vienna Conference’s conclusions can be summarized as follows. First, the use and testing of nuclear weapons have demonstrated their devastating immediate, mid- and long-term effects. Nuclear testing in several parts of the world has left a legacy of serious health and environmental consequences. Radioactive contamination from these tests dis-

---

<sup>328</sup> *Op. cit. supra* note 327, pp. 5-7.

a été rappelé que l'explosion d'une arme nucléaire, quelle qu'en soit la cause, entraînerait des effets qui seraient ressentis par-delà les frontières et pourraient s'étendre à l'échelle régionale, voire mondiale. Une telle explosion sèmerait dans une très vaste zone la destruction, la mort, la maladie, entraînerait des déplacements massifs de population et causerait des dommages graves qui auraient des répercussions à long terme sur l'environnement, le climat, la santé publique et le bien-être des populations, ainsi que sur le développement socio-économique et l'ordre social. Bref, les conséquences d'une telle explosion pourraient compromettre la survie même de l'humanité. Les participants à la conférence ont reconnu que les effets d'une explosion nucléaire, vu leur ampleur, leur multiplicité et leur enchaînement, seraient catastrophiques, et ont averti que ces effets, plus complexes qu'on ne le croyait généralement, pourraient se manifester à grande échelle et se révéler irréversibles.

281. Les Etats représentés à la conférence ont exprimé des opinions diverses sur les moyens de faire avancer le désarmement nucléaire. Les délégations de vingt-neuf d'entre eux ont demandé que soit négocié un instrument juridiquement contraignant qui interdirait les armes nucléaires. Plusieurs délégations ont estimé que l'impuissance à progresser vers l'adoption de telle ou telle mesure de désarmement ne devait pas empêcher de poursuivre de bonne foi des négociations sur d'autres moyens efficaces de parvenir à l'avènement d'un monde à jamais exempt d'armes nucléaires. Elles ont fait observer que les décisions prises en ce sens à l'échelle régionale, comme la création de zones exemptes d'armes nucléaires, s'étaient avérées très efficaces,

282. Comme il est relevé dans le rapport sur les travaux de la conférence de Vienne, celle-ci, comme celles d'Oslo et de Nayarit, a contribué à «faire mieux comprendre» la nature des «risques concrets» que présentent les armes nucléaires, et permis de mieux mesurer «les indicibles souffrances» qu'elles peuvent infliger, ainsi que les dévastations et les «conséquences humanitaires catastrophiques» qui résulteraient de leur emploi. La conférence a également fait la constatation suivante: «vu que la doctrine de la dissuasion nucléaire implique que les Etats se préparent à la guerre nucléaire, le risque d'une explosion nucléaire est «bien réel»... L'élimination totale des armes nucléaires est la seule vraie garantie contre le risque d'une explosion nucléaire... Cette interdiction s'impose parce qu'il en va de la survie même de l'humanité.» Cette constatation a amené la conférence à souligner l'importance de l'article VI du TNP et la nécessité de l'entrée en vigueur du traité d'interdiction complète des essais nucléaires<sup>328</sup>.

283. Je vais maintenant résumer les conclusions de la conférence de Vienne. Premièrement, il est établi que l'emploi et l'essai d'armes nucléaires ont des effets particulièrement dévastateurs immédiats, à moyen terme et à long terme. Dans plusieurs régions du monde, l'essai d'armes nucléaires a par conséquent eu des répercussions graves sur la

<sup>328</sup> *Op. cit. supra* note 327, p. 5-7.

proportionately affects women and children. It contaminated food supplies and continues to be measurable in the atmosphere to this day.

284. Secondly, as long as nuclear weapons exist, there remains the possibility of a nuclear weapon explosion. The risks of accidental, mistaken, unauthorized or intentional use of nuclear weapons are evident due to the vulnerability of nuclear command and control networks to human error and cyber-attacks, the maintaining of nuclear arsenals on high levels of alert, forward deployment and their modernization. The dangers of access to nuclear weapons and related materials by non-state actors, particularly terrorist groups, persist. All such risks, which increase over time, are unacceptable.

285. Thirdly, as nuclear deterrence entails preparing for nuclear war, the risk of the use of nuclear weapons is real. Opportunities to reduce this risk must be taken now, such as de-alerting and reducing the role of nuclear weapons in security doctrines. Limiting the role of nuclear weapons to deterrence does not remove the possibility of their use, nor does it address the risks stemming from accidental use. The only assurance against the risk of a nuclear weapon detonation is the total elimination of nuclear weapons.

286. Fourthly, the existence itself of nuclear weapons raises serious ethical questions, — well beyond legal discussions and interpretations, — which should be kept in mind. Several delegations asserted that, in the interest of the survival of humankind, nuclear weapons must never be used again, under any circumstances. Fifthly, no State or international organ could adequately address the immediate humanitarian emergency or long-term consequences caused by a nuclear weapon detonation in a populated area, nor provide adequate assistance to those affected. The imperative of prevention as the only guarantee against the humanitarian consequences of nuclear weapons use is thus to be highlighted. Sixthly, participating delegations reiterated the importance of the entry into force of the CTBT as a key element of the international nuclear disarmament and non-proliferation regime.

287. Seventhly, it is clear that there is no comprehensive legal norm universally prohibiting the possession, transfer, production and use of nuclear weapons, that is, international law does not address today nuclear weapons in the way it addresses biological and chemical weapons. This is

santé et l'environnement. La contamination radioactive qui a suivi les essais et l'emploi de ces armes a altéré de façon disproportionnée la santé des femmes et des enfants. Cette contamination s'est également étendue à la chaîne alimentaire, et elle reste aujourd'hui encore mesurable dans l'atmosphère.

284. Deuxièmement, le risque d'une explosion nucléaire persistera évidemment tant qu'il y aura des armes nucléaires. Le risque qu'une telle explosion soit déclenchée soit accidentellement, soit par erreur, soit sans l'accord de l'autorité compétente ou délibérément est manifeste, étant donné la vulnérabilité des réseaux de contrôle aux erreurs humaines et aux cyberattaques, le maintien des arsenaux nucléaires à des niveaux d'alerte élevés, la pratique du déploiement avancé et la modernisation constante des armes nucléaires. De plus, il existe toujours un risque très élevé de voir des acteurs non étatiques, en particulier des groupes terroristes, s'emparer d'armes nucléaires ou de matières radioactives. Tous ces risques, qui s'aggravent avec le temps, sont complètement inacceptables.

285. Troisièmement, du fait que la doctrine de la dissuasion nucléaire implique que les Etats se préparent à la guerre nucléaire, le risque de l'emploi d'armes nucléaires est bien réel. Il faut donc saisir sans plus tarder les chances qui s'offrent actuellement de réduire ce risque, notamment en adoptant des doctrines de défense abaissant sensiblement le niveau d'alerte des arsenaux nucléaires et assignant un moindre rôle aux armes nucléaires. Cependant, même si le rôle assigné aux armes nucléaires se limite à la dissuasion, la possibilité qu'elles soient employées délibérément ou accidentellement demeure. L'interdiction totale des armes nucléaires est par conséquent la seule garantie absolue contre le risque de leur utilisation.

286. Quatrièmement, il importe de garder à l'esprit que l'existence des armes nucléaires soulève en elle-même de graves problèmes moraux, qui dépassent largement le champ des débats et des interprétations juridiques. Plusieurs délégations ont affirmé que, pour assurer la survie de l'humanité, il fallait que les armes nucléaires ne puissent plus jamais être employées en aucune circonstance. Cinquièmement, aucun Etat ni aucune organisation internationale ne pourrait gérer convenablement l'urgence humanitaire qui suivrait immédiatement l'emploi d'une arme nucléaire ou remédier efficacement aux conséquences à long terme qui en résulteraient dans une zone habitée. Il faut donc bien voir que la seule garantie contre les conséquences humanitaires de l'emploi d'armes nucléaires consiste à obéir à l'impératif de prévention. Sixièmement, l'entrée en vigueur du traité d'interdiction complète des essais nucléaires est une condition essentielle des progrès du désarmement nucléaire et de l'instauration d'un régime de non-prolifération.

287. Septièmement, il est clair qu'il n'existe pas de règle de droit interdisant complètement et universellement la possession, le transfert, la fabrication et l'emploi d'armes nucléaires, autrement dit que le droit international, aujourd'hui encore, ne traite pas les armes nucléaires



generally regarded as an anomaly — or rather, a nonsense, — as nuclear weapons are far more destructive. In any case, international environmental law remains applicable in armed conflict and can pertain to nuclear weapons, even if not specifically regulating these latter. Likewise, international health regulations would cover effects of nuclear weapons. In the light of the new evidence produced in those two years (2013-2014) about the humanitarian impact of nuclear weapons, it is very doubtful whether such weapons could ever be used in conformity with IHL.

#### 4. *Aftermath: The “Humanitarian Pledge”*

288. At the 2014 Vienna Conference, although a handful of States expressed scepticism about the effectiveness of a ban on nuclear weapons, the overwhelming majority of NPT States parties expected the forthcoming 2015 NPT Review Conference to take stock of all relevant developments, including the outcomes of the Conferences on the Humanitarian Impact of Nuclear Weapons (*supra*), and determine the next steps for the achievement and maintenance of a nuclear-weapon-free world. At the end of the Vienna Conference, the host State, Austria, presented a “Pledge” calling upon States parties to the NPT to renew their commitment to the urgent and full implementation of existing obligations under Article VI, and to this end, to identify and pursue effective measures to fill the legal gap for the prohibition and elimination of nuclear weapons<sup>329</sup>.

289. The Pledge further called upon NWS to take concrete interim measures to reduce the risk of nuclear weapons detonations, including by diminishing the role of nuclear weapons in military doctrines. The Pledge also recognized that: (a) the rights and needs of the victims of nuclear weapon use and testing have not yet been adequately addressed; (b) all States share the responsibility to prevent any use of nuclear weapons; and (c) the consequences of nuclear weapons use raise profound moral and ethical questions going beyond debates about the legality of these weapons.

---

<sup>329</sup> [Http://www.bmeia.gv.at/fileadmin/user\\_upload/Zentrale/Aussenpolitik/Abruestung/-HINW14/HINW14Vienna\\_Pledge\\_Document.pdf](http://www.bmeia.gv.at/fileadmin/user_upload/Zentrale/Aussenpolitik/Abruestung/-HINW14/HINW14Vienna_Pledge_Document.pdf). The Pledge only refers to States’ obligations under the NPT and makes no mention of customary international law.

comme il traite les armes biologiques et chimiques. Cette situation est non pas simplement une anomalie, comme on le dit souvent, mais une aberration, étant donné que les armes nucléaires sont beaucoup plus destructrices que celles des deux autres catégories. De toute manière, le droit international de l'environnement reste applicable en période de conflit armé, y compris à l'emploi d'armes nucléaires, même s'il ne comprend pas de règle visant spécifiquement ces armes. De même, les règles internationales en matière de santé publique s'appliqueraient aux effets de l'emploi d'armes nucléaires. Au vu des nouveaux éléments de preuve présentés lors des trois conférences sur l'impact humanitaire des armes nucléaires (2013-2014), il est extrêmement douteux que ces armes puissent jamais être employées dans le respect du droit international humanitaire.

*4. Les suites des trois conférences :  
l'« engagement humanitaire »*

288. Lors de la conférence de Vienne de 2014, bien que quelques délégations se soient montrées sceptiques quant à l'efficacité d'une interdiction des armes nucléaires, la majorité des Etats parties au TNP qui y étaient représentés ont dit qu'ils comptaient que la conférence d'examen du traité prévue pour 2015 prendrait acte des avancées enregistrées depuis la précédente conférence d'examen, y compris les conclusions des trois conférences sur l'impact humanitaire des armes nucléaires, et qu'elle définirait les étapes à franchir pour débarrasser définitivement le monde des armes nucléaires. A l'issue de la conférence, l'Autriche, en tant que pays hôte, a proposé l'adoption d'un « engagement » par lequel les Etats parties au TNP réaffirmeraient leur volonté de remplir pleinement et sans tarder leurs obligations aux termes de l'article VI du traité, et définiraient et promettaient de prendre des mesures efficaces en vue de combler les lacunes du droit international quant à l'interdiction et l'élimination des armes nucléaires<sup>329</sup>.

289. Ce texte comprenait également un appel adressé aux Etats dotés d'armes nucléaires pour qu'ils prennent, dans un premier temps, des mesures concrètes de nature à réduire le risque de déclenchement d'une explosion nucléaire, consistant notamment à adopter des doctrines de défense assignant un moindre rôle aux armes nucléaires. En souscrivant à l'« engagement », les Etats reconnaîtraient : *a*) que la question des droits et des besoins des victimes de l'emploi ou de l'essai d'armes nucléaires n'avait pas encore été convenablement traitée ; *b*) que tous les Etats partageaient la responsabilité d'empêcher tout emploi d'armes nucléaires ; et *c*) que les conséquences de l'emploi d'armes nucléaires soulevaient de très graves questions de morale et d'éthique qui débordaient le champ des débats sur la licéité de ces armes.

<sup>329</sup> Voir [http://www.bmeia.gv.at/fileadmin/user\\_upload/Zentrale/Aussenpolitik/Abruestung/-HINW14/HINW14Vienna\\_Pledge\\_Document.pdf](http://www.bmeia.gv.at/fileadmin/user_upload/Zentrale/Aussenpolitik/Abruestung/-HINW14/HINW14Vienna_Pledge_Document.pdf). Le texte de l'« engagement » ne renvoie qu'aux obligations que le TNP impose aux Etats. Il ne fait aucune mention des obligations de droit international coutumier.

290. Shortly before the Vienna Conference, 66 States had already endorsed the Pledge; by the end of the Conference, 107 States had endorsed it, thus “internationalizing” it and naming it at the end as the “Humanitarian Pledge”<sup>330</sup>. On 7 December 2015, the UN General Assembly adopted the substance of the Humanitarian Pledge in the form of its resolution 70/48. As of April 2016, 127 States have formally endorsed the Humanitarian Pledge; unsurprisingly, none of the NWS has done so.

291. Recent endeavours, such as the ones just reviewed of the Conferences on the Humanitarian Impact of Nuclear Weapons have been rightly drawing attention to the grave humanitarian consequences of nuclear weapons detonations. The reframing of the whole matter in a people-centred outlook appears to me particularly lucid, and necessary, keeping in mind the unfoundedness of the strategy of “deterrence” and the catastrophic consequences of the use of nuclear weapons. The “step-by-step” approach, pursued by the NWS in respect to the obligation under Article VI of the NPT, appears essentially State-centric, having led to an apparent standstill or deadlock.

292. The obligation of nuclear disarmament being one of result, the “step-by-step” approach cannot be extended indefinitely in time, with its insistence on the maintenance of the nuclear sword of Damocles. The “step-by-step” approach has produced no significantly concrete results to date, seeming to make abstraction of the numerous pronouncements of the United Nations upholding the obligation of nuclear disarmament (cf. *supra*). After all, the absolute prohibition of nuclear weapons, — which is multifaceted<sup>331</sup>, is one of *jus cogens* (cf. *supra*). Such weapons, as the Conferences on the Humanitarian Impact of Nuclear Weapons have evidenced, are essentially inhumane, rendering the strategy of “deterrence” unfounded and unsustainable (cf. *supra*).

293. Ever since those Conferences (2013-2014), there has been a tendency (in 2014-2016) of slight reduction of nuclear warheads<sup>332</sup>, though NWS have kept on modernizing their respective nuclear armament programs, in an indication that nuclear weapons are likely to remain in the foreseeable future<sup>333</sup>. Yet, the growing awareness of the humanitarian impact of nuclear weapons has raised the question of the possibility of

<sup>330</sup> [Http://www.bmeia.gv.at/fileadmin/user\\_upload/Zentrale/Aussenpolitik/Abruestung/-HINW14/HINW14](http://www.bmeia.gv.at/fileadmin/user_upload/Zentrale/Aussenpolitik/Abruestung/-HINW14/HINW14).

<sup>331</sup> Encompassing measures relating to any use, threat of use, development, production, acquisition, possession, stockpiling and transfer of nuclear weapons.

<sup>332</sup> From around 16,300 nuclear warheads in 2014 to 15,850 in 2015, and to 15,395 in early 2016.

<sup>333</sup> Cf. *SIPRI Yearbook 2016: Armaments, Disarmament and International Security*, Stockholm-Solna, SIPRI, 2016, Chap. 16, pp. 609-667.

290. Peu avant l'ouverture de la conférence, soixante-six Etats avaient déjà signifié qu'ils souscriraient à l'«engagement»; à la fin de la conférence, cent sept Etats avaient souscrit à ce texte (rebaptisé «engagement humanitaire»), lui conférant une autorité véritablement internationale<sup>330</sup>. Le 7 décembre 2015, l'Assemblée générale des Nations Unies a repris dans sa résolution A/RES/70/48 l'essentiel de la teneur de l'engagement humanitaire. En avril 2016, le nombre des Etats ayant souscrit à l'engagement humanitaire atteignait cent vingt-sept; comme il fallait s'y attendre, aucun des Etats dotés d'armes nucléaires ne figurait parmi eux.

291. Des initiatives récentes, dont l'organisation des conférences sur l'impact humanitaire des armes nucléaires, ont dûment mis en avant les conséquences humanitaires des explosions d'armes nucléaires. Je vois dans le recentrage sur les peuples de la perspective dans laquelle est abordée la question le signe d'un effort salutaire de lucidité, devant l'inconsistance de la stratégie dite de «dissuasion» et la menace des conséquences catastrophiques de l'emploi d'armes nucléaires. Les Etats dotés de telles armes, quant à eux, en choisissant de procéder «par étapes» pour remplir les obligations leur incombant aux termes de l'article VI du TNP, semblent avoir marqué leur préférence pour une démarche privilégiant les rapports interétatiques, qui les a conduits à un blocage, une impasse.

292. Les obligations concernant le désarmement nucléaire étant des obligations de résultat, un processus «échelonné» ne saurait se prolonger indéfiniment, cependant que les Etats qui y sont engagés entretiennent la menace de l'épée de Damoclès nucléaire. La démarche «échelonnée», qui jusqu'à présent n'a produit aucun résultat concret notable, semble faire abstraction de ce que les Nations Unies ont maintes fois réaffirmé l'obligation de procéder au désarmement nucléaire (voir plus haut). Après tout, l'interdiction absolue des armes nucléaires, sous ses multiples aspects<sup>331</sup>, relève d'une obligation de *ius cogens* (voir plus haut). Comme l'ont montré les conférences sur l'impact humanitaire des armes nucléaires, ces armes sont par nature inhumaines, constatation qui confirme que la stratégie dite de «dissuasion» est inconsistante et n'est pas viable (voir plus haut).

293. Depuis la dernière de ces trois conférences (2013 et 2014), le nombre des ogives nucléaires a légèrement diminué (pendant la période 2014-2016)<sup>332</sup>, mais les Etats dotés d'armes nucléaires ont néanmoins continué de moderniser leurs programmes d'armement nucléaire, ce qui signifie qu'il ne faut pas compter que les armes nucléaires soient abandonnées dans l'avenir prévisible<sup>333</sup>. Néanmoins, la conscience grandissante

<sup>330</sup> Voir [http://www.bmeia.gv.at/fileadmin/user\\_upload/Zentrale/Aussenpolitik/Abruestung/-HINW14/HINW14](http://www.bmeia.gv.at/fileadmin/user_upload/Zentrale/Aussenpolitik/Abruestung/-HINW14/HINW14).

<sup>331</sup> Cette interdiction implique que soient prises des mesures couvrant sans aucune exception l'emploi, la menace de l'emploi, la mise au point, la fabrication, l'acquisition, la possession, le stockage et le transfert d'armes nucléaires.

<sup>332</sup> Le nombre des ogives nucléaires, qui était de 16 300 en 2014, a été ramené à 15 850 en 2015 et 15 395 au début de 2016.

<sup>333</sup> Voir *SIPRI Yearbook 2016: Armaments, Disarmament and International Security*, Stockholm-Solna, SIPRI, 2016, chap. 16, p. 609-667.

developing “a deontological position according to which the uniquely inhumane suffering that nuclear weapons inflict on their victims makes it inherently wrongful to use them”<sup>334</sup>.

294. *Tempus fugit*. There remains a long way to go to achieve a nuclear-weapon-free world. The United Nations itself has been drawing attention to the urgency of nuclear disarmament. It has done so time and time again, and, quite recently, in the convocation in October 2015, of a new Open-Ended Working Group (OEWG), as a subsidiary body of the UN General Assembly, to address concrete and effective legal measures to attain and maintain a world without nuclear weapons<sup>335</sup>. It draws attention therein to the importance of multilateralism, to the relevance of “inclusiveness” (participation of all UN Member States) and of the contribution, in addition to that of States, also of international organizations, of entities of the civil society, and of the academia<sup>336</sup>. And it reaffirms “the urgency of securing substantive progress in multilateral nuclear disarmament negotiations”, in order “to attain and maintain a world without nuclear weapons”<sup>337</sup>.

295. It should not pass unnoticed that all the initiatives that I have just reviewed in the present dissenting opinion (NPT Review Conferences, the establishment of nuclear-weapon-free zones, and the Conferences on Humanitarian Impact of Nuclear Weapons), referred to by the Contending Parties in the course of the proceedings before the ICJ in the present case of *Obligations concerning Negotiations relating to Cessation of the Nuclear Arms Race and to Nuclear Disarmament*, have gone beyond the inter-State outlook. In my perception, there is great need, in the present domain, to keep on looking beyond States, so as to behold peoples’ and humankind’s quest for survival in our times.

XX. FINAL CONSIDERATIONS: *OPINIO JURIS COMMUNIS* EMANATING  
FROM CONSCIENCE (*RECTA RATIO*),  
WELL ABOVE THE “WILL”

296. Nuclear weapons, as from their conception, have been associated with overwhelming destruction. It may be recalled that the first atomic bombs were fabricated in an epoch of destruction and devastation, — the Second World War, — of the abominable “total war”, in flagrant breach

<sup>334</sup> ILPI, *Evidence of Catastrophe — A Summary of the Facts Presented at the Three Conferences on the Humanitarian Impact of Nuclear Weapons*, Oslo, ILPI, 2015, p. 15.

<sup>335</sup> UN General Assembly doc. A/C.1/70/L.13/Rev.1, of 29 October 2015, pp. 1-3.

<sup>336</sup> *Ibid.*, preamble, paras. 8 and 14-15.

<sup>337</sup> *Ibid.*, operative part, para. 2.

des conséquences humanitaires de l'emploi d'armes nucléaires laisse poindre la possibilité d'élaborer un «cadre déontologique qui, eu égard à la capacité inégalée des armes nucléaires d'infliger des souffrances inhumaines, établirait que l'emploi de telles armes est illicite en soi»<sup>334</sup>.

294. *Tempus fugit*. Il reste un long chemin à parcourir pour débarrasser le monde des armes nucléaires. Les Nations Unies ont appelé l'attention sur l'urgence du désarmement nucléaire. Elles l'ont fait à maintes reprises et, tout récemment, à l'occasion de la création en octobre 2015 d'un groupe de travail à composition non limitée de l'Assemblée générale, chargé d'étudier les mesures juridiques concrètes et efficaces nécessaires à l'instauration d'un monde exempt à jamais d'armes nucléaires<sup>335</sup>. Dans sa résolution portant création du groupe de travail, l'Assemblée générale a souligné l'importance du multilatéralisme, de l'adoption d'une «démarche inclusive» (impliquant la participation de tous les Etats Membres de l'ONU), et de la contribution, complétant celle des Etats, des organisations internationales, de la société civile et du monde universitaire<sup>336</sup>. Elle a également réaffirmé qu'il était «urgent de progresser sur le fond dans les négociations multilatérales sur le désarmement nucléaire» pour permettre «l'avènement définitif d'un monde sans armes nucléaires»<sup>337</sup>.

295. Il est à noter que toutes les activités et initiatives que je viens de passer en revue (conférences d'examen du TNP, création de zones exemptes d'armes nucléaires, conférences sur l'impact humanitaire des armes nucléaires), auxquelles ont fait référence les Parties aux trois affaires sur lesquelles la Cour vient de se prononcer (*Obligations relatives à des négociations concernant la cessation de la course aux armes nucléaires et le désarmement nucléaire*), sortaient du cadre strictement interétatique. Il est à mon sens indispensable, dans le domaine considéré ici, d'adopter une perspective qui, outre les Etats, englobe les peuples et l'humanité, qui ont lieu de craindre pour leur survie.

## XX. CONSIDÉRATIONS FINALES: L'EXISTENCE D'UNE *OPINIO JURIS COMMUNIS* INSPIRÉE PAR LA CONSCIENCE (*RECTA RATIO*), QUI PRIME DE BEAUCOUP LA «VOLONTÉ»

296. Les armes nucléaires ont dès leur conception été associées à la perspective de destructions inouïes. Il faut se souvenir que les premières bombes atomiques ont été fabriquées à une époque — le deuxième conflit mondial — où la «guerre totale», cette abomination, semait la destruction et la

<sup>334</sup> ILPI, *Evidence of Catastrophe — A Summary of the Facts Presented at the Three Conferences on the Humanitarian Impact of Nuclear Weapons*, Oslo, ILPI, 2015, p. 15.

<sup>335</sup> Résolution 33/70 de l'Assemblée générale, adoptée le 7 décembre 2015.

<sup>336</sup> *Ibid.*, préambule, al. 8 et 14-15.

<sup>337</sup> *Ibid.*, dispositif, par. 2.

of IHL and of the ILHR<sup>338</sup>. The fabrication of nuclear weapons, followed by their use, made abstraction of the fundamental principles of international law, moving the world into lawlessness in the current nuclear age. The strategy of “deterrence”, in a “dialectics of suspicion”, leads to an unforeseeable outcome, amidst complete destruction. Hence the utmost importance of negotiations conducive to general disarmament, which, — as warned by Raymond Aron [already] in the early 1960s, — had “never been taken seriously” by the superpowers<sup>339</sup>.

297. Last but not least, may I come back to a key point which I have dwelt upon in the present dissenting opinion pertaining to the *opinio juris communis* as to the obligation of nuclear disarmament (cf. Part XVI, *supra*). In the evolving law of nations, basic considerations of humanity have an important role to play. Such considerations nourish *opinio juris* on matters going well beyond the interests of individual States. The ICJ has, on more than one occasion, taken into account resolutions of the United Nations (in distinct contexts) as a means whereby international law manifests itself.

298. In its *célèbre* Advisory Opinion (of 21 June 1971) on *Namibia*, for example, the ICJ dwelt upon, in particular, two UN General Assembly resolutions relevant to the formation of *opinio juris*<sup>340</sup>. Likewise, in its Advisory Opinion (of 16 October 1975) on the *Western Sahara*, the ICJ considered and discussed in detail some UN General Assembly resolutions<sup>341</sup>. In this respect, references can further be made to the ICJ’s Advisory Opinions on *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory* (of 9 July 2004)<sup>342</sup>, and on the *Declaration of Independence of Kosovo* (of 22 July 2010)<sup>343</sup>. In its 1996 Advisory Opinion on the *Threat or Use of Nuclear Weapons*, the ICJ admitted, even if in a rather restrictive way, the emergence and gradual evolution of an *opinio juris* as reflected in a series of resolutions of the UN General Assembly

<sup>338</sup> For an account, cf., e.g., *inter alia*, J. Lukacs, *L’héritage de la Seconde Guerre Mondiale*, Paris, Ed. F.-X. de Guibert, 2011, pp. 38-39, 55, 111 and 125-148; and cf. I. Kershaw, *To Hell and Back — Europe 1914-1949*, London, Penguin, 2016, pp. 7, 356, 407, 418, 518 and 521.

<sup>339</sup> R. Aron, *Paz e Guerra entre as Nações* [1962], Brasília, Edit. Universidade de Brasília, 1979, pp. 413, 415, 421-422 and 610. R. Aron’s book contains his reflections on the new age of nuclear weapons, amidst the tensions of the Cold-War era, and the new challenges and dangers it imposed, — persisting to date, — for the future of humankind; cf., for the French edition, R. Aron, *Paix et guerre entre les nations*, 8th ed., Paris, Ed. Calmann-Lévy, 2015, pp. 13-770.

<sup>340</sup> On the principle of self-determination of peoples, namely, General Assembly resolutions 1514 (XV) of 14 December 1960, and 2145 (XXI) of 27 October 1966; cf. *I.C.J. Reports 1971*, pp. 31, 45 and 49-51.

<sup>341</sup> Cf. *I.C.J. Reports 1975*, pp. 20, 23, 26-37, 40, 57 and 67-68.

<sup>342</sup> Cf. *I.C.J. Reports 2004 (I)*, pp. 171-172, paras. 86-88.

<sup>343</sup> Cf. *I.C.J. Reports 2010 (II)*, p. 437, para. 80 (addressing a General Assembly resolution “which reflects customary international law”).

dévastation en violation flagrante du droit international humanitaire et du droit international des droits de l'homme<sup>338</sup>. Les armes nucléaires ont été fabriquées, puis employées, au mépris total des principes fondamentaux de droit international, à l'ère nucléaire, celle d'un monde sans loi. La stratégie de «dissuasion» procède d'une «dialectique de la défiance» qui, à un moment imprévisible, précipitera le monde dans le néant. D'où l'importance capitale de négociations propres à conduire au désarmement général qui, comme le relevait Raymond Aron au début des années 1960, n'a «jamais été pris au sérieux» par les superpuissances<sup>339</sup>.

297. Enfin, je voudrais revenir à un point essentiel dont j'ai traité plus haut (voir sect. XVI), à savoir la formation d'une *opinio juris communis* quant à l'obligation de procéder au désarmement nucléaire. Les considérations fondamentales d'humanité ont un rôle important à jouer dans le développement du droit des nations. Lorsqu'une question met en jeu bien plus que les intérêts des Etats pris individuellement, ce sont ces considérations qui inspirent l'*opinio juris* qui se forme à son sujet. A plus d'une occasion, la Cour (dans différents contextes) a tenu compte de résolutions de l'Assemblée générale des Nations Unies dans lesquelles elle voyait l'expression du droit international.

298. Par exemple, dans son célèbre avis consultatif du 21 juin 1971 sur la *Namibie*, elle a considéré en particulier deux résolutions de l'Assemblée générale qui avaient à son avis contribué à la formation d'une *opinio juris*<sup>340</sup>. De même, dans son avis consultatif du 16 octobre 1975 sur le *Sahara occidental*, la Cour a pris en considération et analysé en détail plusieurs résolutions de l'Assemblée générale<sup>341</sup>. Autres exemples: l'avis consultatif du 9 juillet 2004 sur les *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*<sup>342</sup>, ou encore celui du 22 juillet 2010 sur la *Déclaration unilatérale d'indépendance relative au Kosovo*<sup>343</sup>. Dans son avis consultatif de 1996 sur la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, la Cour a retenu, encore qu'en des termes assez restrictifs, une série de résolutions de l'Assemblée générale comme reflé-

<sup>338</sup> Voir, entre autres, J. Lukacs, *L'héritage de la Seconde Guerre mondiale*, Paris, Ed. F.-X. de Guibert, 2011, p. 38-39, 55, 111 et 125-148; I. Kershaw, *To Hell and Back — Europe 1914-1949*, Londres, Penguin, 2016, p. 7, 356, 407, 418, 518 et 521.

<sup>339</sup> R. Aron, *Paz e Guerra entre as Nações*, 1962, Brasília, Ed. Universidade de Brasília, 1979, p. 413, 415, 421-422 et 610. Raymond Aron expose dans cet ouvrage ses réflexions sur l'ère nucléaire dans le contexte des tensions de la guerre froide, et sur les nouveaux défis et dangers qui menaçaient et menacent encore l'avenir de l'humanité; voir R. Aron, *Paix et guerre entre les nations*, 8<sup>e</sup> éd., Paris, Ed. Calmann-Lévy, 2015, p. 13-770.

<sup>340</sup> Il s'agit des résolutions A/RES/1514 (XV) du 14 décembre 1960 et A/RES/2145 (XXI) du 27 octobre 1966, toutes deux relatives au droit des peuples à disposer d'eux-mêmes; voir *C.I.J. Recueil 1971*, p. 31, 45 et 49-51.

<sup>341</sup> *C.I.J. Recueil 1975*, p. 20, 23, 26-37, 40, 57 et 67-68.

<sup>342</sup> *C.I.J. Recueil 2004 (I)*, p. 171-172, par. 86-88.

<sup>343</sup> *C.I.J. Recueil 2010 (II)*, p. 437, par. 80 (la Cour y fait référence à une résolution de l'Assemblée générale «qui reflète le droit international coutumier»).



(*I.C.J. Reports 1996 (I)*), pp. 254-255, para. 70). But the ICJ could have gone (much) further than that.

299. After all, *opinio juris* has already had a long trajectory in legal thinking, being today endowed with a wide dimension. Thus, already in the nineteenth century, the so-called “historical school” of legal thinking and jurisprudence (of F. K. von Savigny and G. F. Puchta) in reaction to the voluntarist conception, gradually discarded the “will” of the States by shifting attention to *opinio juris*, requiring practice to be an authentic expression of the “juridical conscience” of nations and peoples. With the passing of time, the acknowledgment of conscience standing above the “will” developed further, as a reaction against the reluctance of some States to abide by norms addressing matters of general or common interest of the international community.

300. This had an influence on the formation of rules of customary international law, a much wider process than the application of one of its formal “sources”. *Opinio juris communis* came thus to assume “a considerably broader dimension than that of the subjective element constitutive of custom”<sup>344</sup>. *Opinio juris* became a key element in the *formation* itself of international law, a *law of conscience*. This diminished the unilateral influence of the most powerful States, fostering international law-making in fulfilment of the public interest and in pursuance of the common good of the international community as a whole.

301. The foundations of the international legal order came to be reckoned as independent from, and transcending, the “will” of individual States; *opinio juris communis* came to give expression to the “juridical conscience”, no longer only of nations and peoples — sustained in the past by the “historical school” — but of the international community as a whole, heading towards the universalization of international law. It is, in my perception, this international law of conscience that turns in particular towards nuclear disarmament, for the sake of the survival of humankind.

---

<sup>344</sup> A. A. Cançado Trindade, *International Law for Humankind — Towards a New Jus Gentium*, *op. cit. supra* note 120, p. 137, and cf. p. 138; and cf. R. Huesa Vinaixa, *El Nuevo Alcance de la ‘Opinio Juris’ en el Derecho Internacional Contemporáneo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1991, pp. 30-31 and 36-38, and cf. pp. 76-77, 173, 192, 194, 199 and 204-205; R. E. Piza Escalante, “La ‘Opinio Juris’ como Fuente Autónoma del Derecho Internacional (‘Opinio Juris’ y ‘Jus Cogens’)”, 39 *Relaciones Internacionales — Heredia/C.R.* (1992), pp. 61-74; J. I. Charney, “International Lawmaking — Article 38 of the ICJ Statute Reconsidered”, *New Trends in International Lawmaking — International ‘Legislation’ in the Public Interest* (Proceedings of the Kiel Symposium, March 1996), Berlin, Duncker & Humblot, 1997, pp. 180-183 and 189-190.

tant l'émergence et l'évolution d'une *opinio juris* (C.I.J. Recueil 1996 (I), p. 254-255, par. 70). Elle aurait pu aller beaucoup plus loin.

299. L'idée qu'une *opinio juris* contribue à la formation du droit international est loin d'être neuve, et elle est maintenant largement admise. Dès le XIX<sup>e</sup> siècle, les théoriciens du droit de l'école dite «historique» (F. K. von Savigny et G. F. Puchta) et la jurisprudence inspirée par cette école, s'écartant de la conception volontariste, ont progressivement dévalué la «volonté» des Etats, et accrédité la thèse selon laquelle une *opinio juris*, lorsqu'elle est l'expression de la «conscience juridique» des nations et des peuples, fait qu'une pratique peut devenir le droit. Au fil du temps, l'idée que la conscience juridique collective prime la «volonté» des Etats s'est affirmée en réaction au comportement de certains Etats peu disposés à se plier aux règles régissant des questions mettant en jeu les intérêts communs à tous les membres de la communauté internationale.

300. Cette évolution a influé sur le mode de formation des règles de droit international coutumier, processus qui est loin de se limiter à l'intégration des apports de l'une ou l'autre des «sources» formelles du droit. L'*opinio juris communis* en est ainsi venue «à prendre une dimension beaucoup plus vaste que si elle était simplement considérée comme l'élément psychologique nécessaire pour qu'une coutume devienne le droit»<sup>344</sup>. L'*opinio juris* est devenue un élément essentiel de la formation du droit international, tendant à faire de celui-ci un *droit de la conscience*. Cette tendance a eu pour effet de réduire l'influence exercée unilatéralement par les Etats les plus puissants, et de favoriser le développement d'un droit international se voulant en adéquation avec l'intérêt général, conçu pour le bien de l'ensemble de la communauté internationale.

301. On en est venu à considérer que les fondements de l'ordre juridique international étaient indépendants de la «volonté» des Etats pris individuellement et la transcendaient, l'*opinio juris communis* étant désormais vue comme l'expression de la «conscience juridique» non seulement des nations et des peuples, comme l'avaient en leur temps soutenu les juristes de l'«école historique», mais également de la communauté internationale tout entière, ce qui va dans le sens de l'universalisation du droit international. Selon moi, cette conception du droit international comme étant l'expression de la conscience collective convient tout particulièrement à l'examen d'une question telle que le désarmement nucléaire, dont l'enjeu est la survie de l'humanité.

---

<sup>344</sup> A. A. Cançado Trindade, *International Law for Humankind — Towards a New Jus Gentium*, op. cit. supra note 120, p. 137; voir également p. 138; voir R. Huesa Vinaixa, *El Nuevo Alcance de la «Opinio Juris» en el Derecho Internacional Contemporáneo*, Valence, Tirant lo Blanch, 1991, p. 30-31 et 36-38; voir également p. 76-77, 173, 192, 194, 199 et 204-205; R. E. Piza Escalante, «La «Opinio Juris» como Fuente Autónoma del Derecho Internacional («Opinio Juris» y «Jus Cogens»)», *Relaciones Internacionales — Heredia/C.R.*, vol. 39, 1992, p. 61-74; J. I. Charney, «International Lawmaking — Article 38 of the ICJ Statute Reconsidered», *New Trends in International Lawmaking — International «Legislation» in the Public Interest* (actes du symposium de Kiel, mars 1996), Berlin, Duncker & Humboldt, 1997, p. 180-183 et 189-190.

302. In 1983, Wang Tieya wrote against minimizing the legal significance of resolutions of the General Assembly, in particular the declaratory ones. As they clarify principles and rules of international law, he contended that they “cannot be said to have no law-making effect at all merely because they are not binding in the strict sense. At the very least, since they embody the convictions of a majority of States, General Assembly resolutions can indicate the general direction in which international law is developing”<sup>345</sup>. He added that those General Assembly resolutions, reflecting the position of “an overwhelming majority of States”, have “accelerated the development of international law”, in helping to crystallize emerging rules into “clearly defined norms”<sup>346</sup>. In the same decade, it was further pointed out that General Assembly resolutions have been giving expression, over the years, to “basic concepts of equity and justice, or of the underlining spirit and aims” of the United Nations<sup>347</sup>.

303. Still in the 1980s, in the course I delivered at the Institute of Public International Law and International Relations of Thessaloniki, in 1988, I began by pondering that customary and conventional international law are interrelated — as acknowledged by the ICJ itself<sup>348</sup> — and UN General Assembly resolutions contribute to the emergence of *opinio juris communis*<sup>349</sup>. I stood against the “strictly voluntarist position” underlying the unacceptable concept of so-called “persistent objector”, and added that dissent from “one or another State individually cannot

<sup>345</sup> Wang Tieya, “The Third World and International Law”, *The Structure and Process of International Law: Essays in Legal Philosophy Doctrine and Theory* (eds. R. St. J. Macdonald and D. M. Johnston), The Hague, Nijhoff, 1983, p. 964.

<sup>346</sup> *Ibid.*, pp. 964-965.

<sup>347</sup> B. Sloan, “General Assembly Resolutions Revisited (Forty Years Later)”, 58 *British Year Book of International Law* (1987), p. 80, and cf. pp. 116, 137 and 141.

<sup>348</sup> For example, in the course of the proceedings in the *Nuclear Tests* cases (1973-1974), one of the applicant States (Australia) recalled, in the public sitting of 8 July 1974, that the ICJ had held, in the *North Sea Continental Shelf* cases (*I.C.J. Reports 1969*, p. 41), that a conventional norm can pass into the general *corpus* of international law thus becoming also a rule of customary international law; cf. *I.C.J. Pleadings, Nuclear Tests (Australia v. France; New Zealand v. France)*, Vol. I, p. 503. In effect, may I add, just as a customary rule may later crystallize into a conventional norm, this latter can likewise generate a customary rule. International law is not static (as legal positivists wrongfully assume); it is essentially dynamic.

<sup>349</sup> A. A. Cançado Trindade, “Contemporary International Law-Making: Customary International Law and the Systematization of the Practice of States”, *Sources of International Law (Thesaurus Acroasium)*, Vol. XIX), Thessaloniki, Institute of Public International Law and International Relations, 1992, pp. 68 and 71.

302. Dans un ouvrage publié en 1983, Wang Tieya écrivait qu'il ne fallait pas minimiser l'importance des résolutions de l'Assemblée générale des Nations Unies, en particulier de ses résolutions déclaratoires. Considérant que ces résolutions clarifiaient les règles et principes de droit international, il soutenait «qu'il [était] faux de prétendre qu'elles n'[avaient] aucune influence sur la formation du droit pour la seule raison qu'elles [n'étaient] pas *strictu sensu* contraignantes». Il ajoutait ceci : «étant l'expression des convictions de la majorité des Etats, les résolutions de l'Assemblée générale peuvent, à tout le moins, servir d'indicateurs de la direction générale dans laquelle se développe le droit international»<sup>345</sup>. Il poursuivait en disant que ces résolutions, reflétant la position de l'«écrasante majorité des Etats», avaient «accélééré le développement du droit international» en contribuant au processus de cristallisation transformant les règles émergentes en «des normes clairement définies»<sup>346</sup>. Durant la même décennie, d'autres auteurs ont également fait observer que les résolutions de l'Assemblée générale avaient servi à exprimer, au fil des ans, «la conception d'un monde de justice et d'équité» et à illustrer «dans quel esprit et dans quels buts» les Nations Unies y adhéraient<sup>347</sup>.

303. Dans une série de cours que j'ai donnés en 1988 à l'Institut du droit international public et des relations internationales de Thessalonique, j'ai tout d'abord traité de l'interpénétration du droit international coutumier et du droit international conventionnel — reconnue par la Cour<sup>348</sup> —, et expliqué en quoi les résolutions de l'Assemblée générale pouvaient contribuer à l'émergence d'une *opinio juris communis*<sup>349</sup>. J'ai ensuite expliqué pourquoi je rejetais la «position strictement volontariste» dont procédait «la pratique inacceptable du «refus systématique»»,

<sup>345</sup> Wang Tieya, «The Third World and International Law», *The Structure and Process of International Law: Essays in Legal Philosophy Doctrine and Theory* (ouvrage collectif publié sous la dir. de R. St. J. Macdonald et D. M. Johnston), La Haye, Nijhoff, 1983, p. 964.

<sup>346</sup> *Ibid.*, p. 964-965.

<sup>347</sup> B. Sloan, «General Assembly Resolutions Revisited (Forty Years Later)», *British Year Book of International Law*, vol. 58, 1987, p. 80 ; voir également p. 116, 137 et 141

<sup>348</sup> Par exemple, au cours des procédures relatives aux affaires des *Essais nucléaires* (1973-1974), l'un des Etats demandeurs (l'Australie), lors de l'audience du 8 juillet 1974, a rappelé que, dans les affaires du *Plateau continental de la mer du Nord* (C.I.J. Recueil 1969, p. 41), la Cour avait considéré qu'une règle conventionnelle pouvait venir s'ajouter au *corpus* du droit international général, et devenir ainsi également une règle de droit coutumier ; voir C.I.J. *Mémoires*, affaires des *Essais nucléaires* (vol. I: *Australie c. France*, 1973-1974), p. 503. J'ajouterais qu'une règle de droit coutumier peut aussi se cristalliser en une règle conventionnelle. Le droit international n'est pas statique (contrairement à ce que pensent à tort les tenants du positivisme juridique ; il est par nature dynamique).

<sup>349</sup> A. A. Cançado Trindade, «Contemporary International Law-Making: Customary International Law and the Systematization of the Practice of States», *Sources of International Law* (Thesaurus Acroasium, vol. XIX), Thessalonique, Institut du droit international public et des relations internationales, 1992, p. 68 et 71.

prevent the creation of new customary rules” or obligations, ensuing from *opinio juris communis* and not from *voluntas*<sup>350</sup>.

304. In the evolution of international law in time, I proceeded, voluntarist positivism has shown itself “entirely incapable” of explaining the consensual formation of customary international obligations; contrary to “the pretensions of positivist voluntarism” (with its stubborn emphasis on the consent of individual States), “freedom of spirit is the first to rebel” against immobilism, in devising responses to new challenges affecting the international community as a whole, and acknowledging obligations incumbent upon all States<sup>351</sup>.

305. In my “repudiation of voluntarist positivism”, I concluded on this point that the attention to customary international law (“incomparably less vulnerable” than conventional international law to voluntarist temptations) is in line with the progressive development (moved by conscience) of international law, so as to provide a common basis for the fulfilment of the needs and aspirations of all peoples<sup>352</sup>. Today, almost three decades later, I firmly restate, in the present dissenting opinion, my own position on the matter, in respect of the customary and conventional international obligation to put an end to nuclear weapons, so as to rid the world of their inhuman threat.

306. May I here, furthermore, ponder that UN General Assembly or Security Council resolutions are adopted on behalf not of the States which voted in favour of them, but more precisely on behalf of the United Nations Organization itself (its respective organs), being thus *valid for all UN Member States*. This applies to the resolutions surveyed in the present dissenting opinion. It should be kept in mind that the UN is endowed with an international legal personality of its own, which enables it to act at international level as a distinct entity, independently of individual Member States; in this way, it upholds the juridical equality of all States, and mitigates the worrisome vulnerability of factually weaker

---

<sup>350</sup> *Op. cit. supra* note 349, pp. 78-79.

<sup>351</sup> *Ibid.*, pp. 126-129.

<sup>352</sup> *Ibid.*, pp. 128-129. And cf., more recently, in general, A. A. Cançado Trindade, “The Contribution of Latin American Legal Doctrine to the Progressive Development of International Law”, 376 *Recueil des cours de l’Académie de droit international de La Haye* (2014), pp. 9-92, esp. pp. 75-76.

ajoutant que le désaccord de «tel ou tel Etat ne saurait empêcher la création de nouvelles règles ou obligations de droit international coutumier» issues de l'*opinio juris communis* plutôt que de la *voluntas* des Etats<sup>350</sup>.

304. J'ai poursuivi en soutenant que, à mesure que le droit international évoluait, il était apparu de plus en plus évident que le positivisme volontariste était «totalement incapable» de rendre compte de l'élément consensuel de la formation des obligations de droit international coutumier; j'ai fait observer que, «contrairement à ce que prétend[ai]ent les tenants du positivisme volontariste», qui s'obstinaient à voir uniquement dans le consentement des Etats pris individuellement la condition essentielle du développement du droit, «les esprits libres [avaient] été les premiers à se rebeller» contre l'immobilisme et à chercher comment le droit international pouvait contribuer à la solution de problèmes nouveaux intéressant la communauté internationale tout entière, ce qui impliquait la reconnaissance d'obligations s'imposant à tous les Etats<sup>351</sup>.

305. En conclusion de ma réfutation du positivisme volontariste, j'affirmais que, pour établir les fondements consensuels d'un système juridique répondant aux besoins et aux aspirations de tous les peuples, il fallait que le développement progressif du droit international procède de la conscience collective, d'où la nécessité de prêter la plus grande attention au droit international coutumier. A mon sens, les principes généraux de droit (*prima principia*) confèrent à l'ordre juridique interne des Etats comme à l'ordre juridique international leur indispensable dimension axiologique<sup>352</sup>. Aujourd'hui, après presque trente ans, je réaffirme sans hésiter ma position quant à l'existence en droit international tant coutumier que conventionnel de l'obligation d'éliminer les armes nucléaires afin de lever la menace inhumaine qu'elles font peser sur le monde.

306. Il me paraît utile, à ce stade de mon exposé, de relever que les résolutions adoptées par l'Assemblée générale ou le Conseil de sécurité des Nations Unies le sont au nom non pas des Etats qui les votent, mais de l'Organisation des Nations Unies elle-même, et que, en conséquence, *elles valent pour tous les Etats Membres de l'ONU*. Il en va ainsi des résolutions que j'ai passées en revue un peu plus haut. L'Organisation des Nations Unies, ne l'oublions pas, est dotée de la personnalité juridique internationale, ce qui lui confère la capacité d'agir sur le plan international en tant qu'entité distincte des Etats Membres considérés individuellement; cette autonomie est conforme au principe de l'égalité juridique des

<sup>350</sup> *Op. cit. supra* note 349, p. 78-79.

<sup>351</sup> *Ibid.*, 1992, p. 126-129.

<sup>352</sup> *Ibid.*, p. 128-129; A. A. Cançado Trindade, «The Contribution of Latin American Legal Doctrine to the Progressive Development of International Law», *RCADI*, vol. 376, 2014, p. 9-92, en particulier p. 75-76.

States, such as the NNWS; in doing so, it aims — by multilateralism — at the common good, at the realization of common goals of the international community as a whole<sup>353</sup>, such as nuclear disarmament.

307. A small group of States — such as the NWS — cannot overlook or minimize those reiterated resolutions, extended in time, simply because they voted against them, or abstained. Once adopted, they are valid for all UN Member States. They are resolutions of the United Nations Organization itself, and not only of the large majority of UN Member States which voted in favour of them. UN General Assembly resolutions, reiteratedly addressing matters of concern to humankind as a whole (such as existing nuclear weapons), are in my view endowed with normative value. They cannot be properly considered from a State voluntarist perspective; they call for another approach, away from the strict voluntarist-positivist one.

308. Conscience stands above the “will”. The universal juridical conscience stands well above the “will” of individual States, and resonates in resolutions of the UN General Assembly, which find inspiration in general principles of international law, which, for their part, give expression to values and aspirations of the international community as a whole, of all humankind<sup>354</sup>. This — may I reiterate — is the case of General Assembly resolutions surveyed in the present dissenting opinion (cf. *supra*). The values which find expression in those *prima principia* inspire every legal order and, ultimately, lie in the foundations of this latter.

309. The general principles of law (*prima principia*), in my perception, confer upon the (national and international) legal order its ineluctable axiological dimension. Notwithstanding, legal positivism and political “realism”, in their characteristic subservience to power, incur into their basic mistake of minimizing those principles, which lie in the foundations of any legal system, and which inform and conform the norms and the action pursuant to them, in the search for the realization of justice. Whenever that minimization of principles has prevailed the consequences have been disastrous<sup>355</sup>.

310. They have been contributing, in the last decades, to a vast *corpus juris* on matters of concern to the international community as a whole, such as nuclear disarmament. Their contribution to this effect has overcome the traditional inter-State paradigm of the international legal

<sup>353</sup> Cf., in this sense, A. A. Cançado Trindade, *Direito das Organizações Internacionais*, 6th rev. ed., Belo Horizonte/Brazil, Edit. Del Rey, 2014, pp. 51 and 530-531.

<sup>354</sup> A. A. Cançado Trindade, *International Law for Humankind — Towards a New Jus Gentium*, *op. cit. supra* note 120, pp. 129-138.

<sup>355</sup> A. A. Cançado Trindade, *A Humanização do Direito Internacional*, 2nd rev. ed., Belo Horizonte/Brazil, 2015, pp. 6-24; A. A. Cançado Trindade, *Os Tribunais Internacionais e a Realização da Justiça*, *op. cit. supra* note 243, pp. 410-418.

Etats et atténue l'inquiétante vulnérabilité des Etats en position de faiblesse, comme le sont les Etats non dotés d'armes nucléaires; par une action multilatérale soucieuse du bien commun de l'humanité, l'ONU cherche à atteindre des buts que partagent tous les membres de la communauté internationale<sup>353</sup>, dont le désarmement nucléaire.

307. Les Etats dotés d'armes nucléaires ne constituent qu'un petit groupe, et ne sauraient négliger ou sous-estimer des résolutions réaffirmées année après année, au prétexte qu'ils ont voté contre ou se sont abstenus lors de leur adoption. Une fois adoptées, ces résolutions valent pour tous les Etats Membres de l'ONU. Elles sont des résolutions de l'Organisation des Nations Unies elle-même, et pas seulement de la vaste majorité des Etats Membres qui les ont votées. Les résolutions dans lesquelles l'Assemblée générale revient avec insistance sur des questions intéressant l'humanité dans son ensemble (telles que l'existence des armes nucléaires) ont, selon moi, valeur normative. C'est faire fausse route que de les considérer dans la perspective étroite du positivisme volontariste.

308. Comme je l'ai déjà dit, la conscience est d'un ordre supérieur à celui de la «volonté». La conscience juridique universelle doit être placée bien au-dessus de la «volonté» des Etats pris individuellement, et c'est elle qui s'exprime dans les résolutions de l'Assemblée générale, inspirées par des principes généraux de droit international qui donnent corps aux valeurs et aux aspirations de l'ensemble de la communauté internationale et de l'humanité<sup>354</sup>. Cette observation vaut, je le répète, pour les résolutions que j'ai passées en revue plus haut. Les valeurs qui trouvent leur expression dans ces *prima principia* sont celles qui inspirent et fondent tout ordre juridique.

309. Les principes généraux de droit (*prima principia*) confèrent selon moi à l'ordre juridique interne des Etats et à l'ordre juridique international leur indispensable dimension axiologique. Néanmoins, les tenants du positivisme juridique et du «réalisme politique», toujours très attentifs aux intérêts des plus puissants, persistent dans leur erreur fondamentale, consistant à négliger l'importance de ces principes, qui, encore une fois, constituent les fondements de tout système juridique, et informent et conforment les règles à suivre dans la recherche de la justice. L'histoire nous enseigne que négliger ces principes entraîne des conséquences désastreuses<sup>355</sup>.

310. Au cours des dernières décennies, lesdits principes ont contribué à la formation d'un vaste *corpus juris* sur des questions intéressant la communauté internationale tout entière, telles que le désarmement nucléaire. Leur rôle grandissant dans le développement du droit est le signe que le

<sup>353</sup> Voir A. A. Cançado Trindade, *Direito das Organizações Internacionais*, 6<sup>e</sup> éd. rév., Belo Horizonte/Brésil, Edit. Del Rey, 2014, p. 51 et 530-531.

<sup>354</sup> A. A. Cançado Trindade, *International Law for Humankind — Towards a New Jus Gentium*, *op. cit. supra* note 120, p. 129-138.

<sup>355</sup> A. A. Cançado Trindade, *A Humanização do Direito Internacional*, 2<sup>e</sup> éd. rév., Belo Horizonte/Brésil, 2015, p. 6-24; A. A. Cançado Trindade, *Os Tribunais Internacionais e a Realização da Justiça*, *op. cit. supra* note 243, p. 410-418.



order<sup>356</sup>. This can no longer be overlooked in our days. The inter-State mechanism of the *contentieux* before the ICJ cannot be invoked in justification for an inter-State reasoning. As “the principal judicial organ” of the United Nations (UN Charter, Article 92), the ICJ has to bear in mind not only States, but also “we, the peoples”, on whose behalf the UN Charter was adopted. In its international adjudication of contentious cases, like the present one of *Obligations concerning Negotiations relating to Cessation of the Nuclear Arms Race and to Nuclear Disarmament*, the ICJ has to bear in mind basic considerations of humanity, with their incidence on questions of admissibility and jurisdiction, as well as of substantive law.

## XXI. EPILOGUE: A RECAPITULATION

311. Coming to the end of the present dissenting opinion, I feel in peace with my conscience: from all the preceding considerations, I trust to have made it crystal clear that my own position, in respect of all the points which form the object of the present Judgment on the case of *Obligations concerning Negotiations relating to Cessation of the Nuclear Arms Race and to Nuclear Disarmament*, stands in clear and entire opposition to the view espoused by the Court’s split majority that the existence of a legal dispute has not been established before it, and that the Court has no jurisdiction to consider the Application lodged with it by the Marshall Islands, and cannot thus proceed to the merits of the case. Not at all: in my understanding, there is a dispute before the Court, which has jurisdiction to decide the case. There is a conventional and customary international law obligation of nuclear disarmament. Whether there has been a concrete breach of this obligation, the Court could only decide on the merits phase of the present case.

312. My dissenting position is grounded not only on the assessment of the arguments produced before the Court by the Contending Parties, but above all on issues of principle and on fundamental values, to which I attach even greater importance. As my dissenting position covers all points addressed in the present Judgment, in its reasoning as well as in its conclusion, I have thus felt obliged, in the faithful exercise of the international judicial function, to lay on the records, in the present dissenting opinion, the foundations of my dissenting position thereon. I deem it fit, at this last stage, to recapitulate all the points of my dissenting position,

---

<sup>356</sup> A. A. Cançado Trindade, *Direito das Organizações Internacionais*, op. cit. supra note 353, pp. 530-537.

paradigme interétatique traditionnel de l'ordre juridique international est maintenant dépassé<sup>356</sup>. C'est là une réalité qu'on ne saurait continuer d'éluider. Le fait que les procédures contentieuses engagées devant elle opposent des Etats ne justifie aucunement que la Cour, dans ses raisonnements, doive s'en tenir à un point de vue interétatique. En sa qualité d'«organe judiciaire principal des Nations Unies», qu'elle tient de l'article 92 de la Charte des Nations Unies, elle doit considérer, outre les Etats, les peuples au nom desquels la Charte a été adoptée. Lorsqu'elle est appelée à se prononcer sur des affaires contentieuses telles que celle dont il est ici question, opposant les Iles Marshall au Royaume-Uni au sujet d'*Obligations relatives à des négociations concernant la cessation de la course aux armes nucléaires et le désarmement nucléaire*, elle doit garder à l'esprit des considérations fondamentales d'humanité et tenir compte de leur incidence aussi bien sur les questions de recevabilité et de compétence que sur les questions de fond.

## XXI. ÉPILOGUE: RÉCAPITULATION

311. Alors que je parviens au terme de l'exposé de mon opinion dissidente, j'ai le sentiment d'être en paix avec ma conscience; je ne doute pas que les considérations que j'ai cru bon de faire valoir montrent à l'évidence que ma position sur tous les points traités dans l'arrêt qui vient d'être prononcé est diamétralement opposée à celle adoptée par une Cour divisée qui, considérant que l'existence d'un différend d'ordre juridique entre les Parties n'avait pas été établie, a conclu que celle-ci n'avait pas compétence pour connaître des demandes présentées par les Iles Marshall dans leur requête, et qu'elle ne pouvait donc pas procéder à l'examen de l'affaire au fond. Je suis en désaccord total avec ces conclusions: à mon avis, il y avait bien entre les Parties un différend relevant de la compétence de la Cour. Il existe une obligation de droit international tant conventionnel que coutumier de procéder au désarmement nucléaire, et il incombait à la Cour de procéder à l'examen de l'affaire au fond pour déterminer si le défendeur y avait effectivement manqué.

312. Ma position dissidente est fondée non seulement sur mon appréciation des moyens qu'ont fait valoir les Parties, mais aussi, et surtout, sur des considérations ayant trait à des principes et valeurs fondamentaux auxquels j'attache la plus grande importance. Etant en désaccord avec la majorité sur tous les points traités dans l'arrêt, que ce soit dans l'exposé du raisonnement de la Cour ou dans ses conclusions, j'ai estimé que mon souci de contribuer du mieux que je le peux à l'exercice de la fonction judiciaire internationale m'imposait le devoir de laisser une trace officielle des motifs de mon dissentiment, sous la forme du présent

---

<sup>356</sup> A. A. Cançado Trindade, *Direito das Organizações Internacionais*, op. cit. supra note 353, p. 530-537.

expressed herein, for the sake of clarity, and in order to stress their inter-relatedness.

313. *Primus*: According to the *jurisprudence constante* of the Court, a dispute is a disagreement on a point of law or fact, a conflict of legal views or interests; The existence of an international dispute (at the time of lodging a claim) is a matter for the objective determination of the Court. The existence of a dispute may be inferred. *Secundus*: The objective determination of a dispute by the Court is not intended to protect respondent States, but rather and more precisely to secure the proper exercise of the Court's judicial function. *Tertius*: There is no requirement of prior notice of the applicant State's intention to initiate proceedings before the ICJ, nor of prior "exhaustion" of diplomatic negotiations, nor of prior notification of the claim; it is, in sum, a matter for objective determination of the Court itself.

314. *Quartus*: The Marshall Islands and the United Kingdom/India/Pakistan have pursued distinct arguments and courses of conduct on the matter at issue, evidencing their distinct legal positions, which suffice for the Court's objective determination of the existence of a dispute. *Quintus*: There is no legal ground for attempting to heighten the threshold for the determination of the existence of a dispute; in its *jurisprudence constante*, the Court has expressly avoided a formalistic approach on this issue, which would affect access to justice itself. The Court has, instead, in its *jurisprudence constante*, upheld its own *objective determination* of the existence of a dispute, rather than relying— as it does in the present case — on the subjective criterion of "awareness" of the respondent States.

315. *Sextus*: The distinct series of UN General Assembly resolutions on nuclear disarmament over the years (namely, warning against nuclear weapons, 1961-1981; on freeze of nuclear weapons, 1982-1992; condemning nuclear weapons, 1982-2015; following-up the ICJ's 1996 Advisory Opinion, 1996-2015) are endowed with authority and legal value. *Septimus*: Their authority and legal value have been duly acknowledged before the ICJ in its advisory proceedings in 1995. *Octavus*: Like the General Assembly, the Security Council has also expressed its concern on the matter at issue, in its work and its resolutions on nuclear disarmament.

exposé de mon opinion dissidente. Il me paraît utile, alors que je touche à la fin de cet exposé, de récapituler tous les points que j'y ai soulevés, afin de les faire ressortir plus clairement et de mettre en évidence leur interdépendance.

313. *Primus*: selon la jurisprudence constante de la Cour, un différend est un désaccord sur un point de droit ou de fait, une contradiction, une opposition de thèses juridiques ou d'intérêts entre deux personnes. L'existence d'un différend (au moment du dépôt d'une requête) doit être établie objectivement par la Cour. Elle peut l'être par inférence. *Secundus*: la règle qui veut que l'existence d'un différend soit établie objectivement a pour objet non pas de protéger les Etats défendeurs, mais de garantir le bon exercice par la Cour de sa fonction judiciaire. *Tertius*: pour que l'existence d'un différend puisse être établie, il n'est pas nécessaire que l'Etat demandeur ait informé l'Etat ou les Etats défendeurs de son intention de saisir la Cour, ni que les négociations diplomatiques aient été «épuisées», ni non plus que l'Etat demandeur, préalablement au dépôt de sa requête, ait informé l'Etat ou les Etats défendeurs de ses griefs; bref, c'est à la Cour elle-même qu'il appartient de déterminer objectivement s'il existe ou non un différend.

314. *Quartus*: les Iles Marshall, d'une part, et le Royaume-Uni, l'Inde et le Pakistan, d'autre part, ont pris des positions et adopté des comportements différents relativement à la question en cause, révélant une opposition de thèses juridiques dont la constatation aurait dû suffire à la Cour pour établir objectivement l'existence d'un différend. *Quintus*: rien ne justifie en droit que la Cour tente d'élever le seuil de détermination de l'existence d'un différend; selon sa jurisprudence constante, elle s'est expressément gardée de suivre en la matière une démarche formaliste de nature à restreindre l'accès à la justice internationale. Elle a au contraire constamment réservé sa prérogative de *déterminer objectivement* l'existence d'un différend, évitant de fonder son appréciation, comme elle l'a fait en l'espèce, sur un critère subjectif, à savoir la «connaissance» que les Etats défendeurs pouvaient avoir eue ou non, préalablement au dépôt de la requête, du différend qui y était allégué.

315. *Sextus*: les séries de résolutions adoptées au fil des années par l'Assemblée générale des Nations Unies (celles mettant en garde contre les dangers des armes nucléaires, adoptées de 1961 à 1981, celles demandant le gel des arsenaux nucléaires, adoptées de 1982 à 1992, celles condamnant les armes nucléaires, adoptées de 1982 à 2015, et celles relatives à la suite donnée à l'avis consultatif donné par la Cour en 1996, adoptées de 1996 à 2015) font autorité et ont une valeur juridique. *Septimus*: leur autorité et leur valeur juridique ont été dûment reconnues devant la Cour en 1995 lors de la procédure qui a abouti au prononcé de son avis consultatif de 1996. *Octavus*: comme l'Assemblée générale, le Conseil de sécurité s'est montré préoccupé par la question en cause dans les affaires sur lesquelles la Cour vient de se déclarer incompétente, ce dont témoignent ses débats et résolutions sur le désarmement nucléaire.

316. *Nonus*: The aforementioned United Nations resolutions, in addition to other initiatives, portray the longstanding saga of the United Nations in the condemnation of nuclear weapons. *Decimus*: The fact that weapons of mass destruction (poisonous gases, biological and chemical weapons) have been outlawed, and nuclear weapons, far more destructive, have not been banned yet, is a juridical absurdity. The obligation of nuclear disarmament has emerged and crystallized nowadays in both conventional and customary international law, and the United Nations has, over the decades, been giving a most valuable contribution to this effect.

317. *Undecimus*: In the *cas d'espèce*, the issue of United Nations resolutions and the emergence of *opinio juris communis* in the present domain of the obligation of nuclear disarmament has grasped the attention of the Contending Parties in submitting their distinct arguments before the Court. *Duodecimus*: The presence of evil has marked human existence for centuries. Ever since the eruption of the nuclear age in August 1945, some of the world's great thinkers have been inquiring whether humankind has a future, and have been drawing attention to the imperative of respect for life and the relevance of humanist values. *Tertius decimus*: Also in international legal doctrine there have been those who have been stressing the needed prevalence of human conscience, the universal juridical conscience, over State voluntarism.

318. *Quartus decimus*: The UN Charter is attentive to peoples; the recent cycle of World Conferences of the United Nations has had, as a common denominator, the recognition of the legitimacy of the concern of the international community as a whole with the conditions of living and the well-being of peoples everywhere. *Quintus decimus*: General principles of law (*prima principia*) rest in the foundations of any legal system. They inform and conform its norms, guide their application, and draw attention to the prevalence of *jus necessarium* over *jus voluntarium*.

319. *Sextus decimus*: The nature of a case before the Court may well require a reasoning going beyond the strictly inter-State outlook; the present case concerning the obligation of nuclear disarmament requires attention to be focused on peoples, in pursuance of a humanist outlook, rather than on inter-State susceptibilities. *Septimus decimus*: The inter-State mechanism of adjudication of contentious cases before the ICJ does not at all imply that the Court's reasoning should likewise be strictly inter-State. Nuclear disarmament is a matter of concern to humankind as a whole.

320. *Duodevicesimus*: The present case stresses the utmost importance of fundamental principles, such as that of the juridical equality of States, following the principle of humanity, and of the idea of an objective justice. *Undevicesimus*: Factual inequalities and the strategy of "deterrence"

316. *Nonus* : l'adoption des résolutions susmentionnées et d'autres initiatives illustrent la longue saga de la condamnation par les Nations Unies des armes nucléaires. *Decimus* : le fait que d'autres armes de destruction massive (les gaz toxiques, les armes biologiques et chimiques) ont été interdites alors que les armes nucléaires, pourtant beaucoup plus destructrices, ne le sont toujours pas, constitue une absurdité juridique. Après s'être formée progressivement, l'obligation de procéder au désarmement nucléaire s'est maintenant cristallisée en droit international aussi bien conventionnel que coutumier, évolution à laquelle les Nations Unies, au fil des décennies, ont apporté une contribution précieuse.

317. *Undecimus* : en l'espèce, les arguments et contre-arguments des Parties montrent que la question des résolutions des Nations Unies et de l'émergence d'une *opinio juris communis* quant à l'obligation de procéder au désarmement nucléaire a retenu leur attention. *Duodecimus* : le mal hante le destin de l'humanité depuis d'innombrables siècles. Après l'avènement de l'ère nucléaire en août 1945, certains des plus grands penseurs de notre temps en sont venus à se demander si l'humanité avait encore un avenir et ont appelé l'attention sur l'impératif du respect de la vie et sur l'importance des valeurs humanistes. *Tertius decimus* : certains théoriciens du droit international ont, pour leur part, insisté sur la prééminence qu'il est nécessaire d'accorder à la conscience humaine (la conscience juridique universelle) sur le volontarisme étatique.

318. *Quartus decimus* : la Charte des Nations Unies est attentive aux peuples; les conférences de la série récemment organisée par les Nations Unies avaient pour dénominateur commun la reconnaissance de la légitimité des préoccupations éprouvées par la communauté internationale tout entière quant aux conditions d'existence et au bien-être des peuples partout dans le monde. *Quintus decimus* : les principes généraux de droit (*prima principia*) sont le fondement de tout système juridique. Ils en informent et conforment les règles, dont ils guident l'application, et ils sont là pour rappeler la primauté du *jus necessarium* sur le *jus voluntarium*.

319. *Sextus decimus* : la nature d'une affaire portée devant la Cour peut exiger que celle-ci raisonne sans s'en tenir à un point de vue strictement interétatique; l'affaire ici considérée, portant sur l'obligation de procéder au désarmement nucléaire, exigeait que la Cour concentre son attention sur les peuples, en adoptant un point de vue humaniste, au lieu de chercher à ménager les susceptibilités qui se manifestent dans les relations interétatiques. *Septimus decimus* : le fait que les procédures contentieuses engagées devant elle opposent des Etats ne signifie aucunement que la Cour doit raisonner d'un point de vue strictement interétatique. La question du désarmement nucléaire intéresse l'humanité tout entière.

320. *Duodevicesimus* : l'affaire sur laquelle je m'exprime ici met en évidence la suprême importance des principes fondamentaux, dont le principe de l'égalité juridique des Etats, le principe d'humanité et l'idée d'une justice objective. *Undevicesimus* : les inégalités de fait et la stratégie dite de

cannot be made to prevail over the juridical equality of States. *Vicesimus*: “Deterrence” cannot keep on overlooking the distinct series of UN General Assembly resolutions, expressing an *opinio juris communis* in condemnation of nuclear weapons. *Vicesimus primus*: As also sustained by general principles of international law and international legal doctrine, nuclear weapons are in breach of international law, of IHL and the ILHR, and of the UN Charter.

321. *Vicesimus secundus*: There is need of a people-centred approach in this domain, keeping in mind the fundamental right to life; the *raison d’humanité* prevails over the *raison d’Etat*. Attention is to be kept on the devastating and catastrophic consequences of the use of nuclear weapons. *Vicesimus tertius*: In the path towards nuclear disarmament, the peoples of the world cannot remain hostage of individual State consent. The universal juridical conscience stands well above the “will” of the State. *Vicesimus quartus*: The absolute prohibitions of arbitrary deprivation of human life, of infliction of cruel, inhuman or degrading treatment, and of infliction of unnecessary suffering, are prohibitions of *jus cogens*, which have an incidence on ILHR and IHL and ILR, and foster the current historical process of humanization of international law.

322. *Vicesimus quintus*: The positivist outlook unduly overlooks the *opinio juris communis* as to the illegality of all weapons of mass destruction, including [and starting with] nuclear weapons, and the obligation of nuclear disarmament, under contemporary international law. *Vicesimus sextus*: Conventional and customary international law go together, in the domain of the protection of the human person, as disclosed by the Martens clause, with an incidence on the prohibition of nuclear weapons. *Vicesimus septimus*: The existence of nuclear weapons is the contemporary tragedy of the nuclear age; today, more than ever, human beings need protection from themselves. Nuclear weapons have no ethics, and ethics cannot be separated from law, as taught by jusnaturalist thinking.

323. *Vicesimus octavus*: Humankind, a subject of rights, has been a potential victim of nuclear weapons already for a long time. *Vicesimus nonus*: The law of nations encompasses, among its subjects, humankind as a whole (as propounded by the “founding fathers” of international law). *Trigesimus*: This humanist vision is centred on peoples, keeping in mind the humane ends of States. *Trigesimus primus*: *Opinio juris communis necessitatis*, upholding a customary and conventional obligation of nuclear disarmament, has been finding expression in the NPT Review Conferences, in the relevant establishment of nuclear-weapon-free zones, and in the recent Conferences of Humanitarian Impact of Nuclear Weap-

«dissuasion» ne sauraient entamer l'égalité juridique des Etats. *Vicesimus*: les tenants de la doctrine de la «dissuasion» ne sauraient continuer de traiter comme quantité négligeable les séries de résolutions par lesquelles l'Assemblée générale a exprimé une *opinio juris communis* condamnant les armes nucléaires. *Vicesimus primus*: il découle des principes généraux de droit international comme de la doctrine du droit international que l'existence des armes nucléaires est contraire au droit international, au droit international humanitaire et au droit international des droits de l'homme, ainsi qu'à la Charte des Nations Unies.

321. *Vicesimus secundus*: il faut traiter la question du désarmement nucléaire du point de vue des peuples, en gardant à l'esprit le droit fondamental à la vie; la *raison d'humanité* prime la *raison d'Etat*. Il importe que l'attention accordée aux conséquences dévastatrices et catastrophiques de l'emploi d'armes nucléaires ne se relâche pas. *Vicesimus tertius*: le désarmement nucléaire, auquel aspirent les peuples du monde entier, ne saurait être subordonné au consentement de tel ou tel Etat. La conscience juridique universelle prime de beaucoup la «volonté» de l'Etat. *Vicesimus quartus*: les interdits absolus frappant la privation arbitraire de la vie, l'infliction de traitements cruels, inhumains ou dégradants, ou l'infliction de maux superflus sont des interdits de *jus cogens* qui ont une incidence sur le droit international des droits de l'homme, le droit international humanitaire et le droit international des réfugiés, et participent du processus historique actuellement en cours d'humanisation du droit international.

322. *Vicesimus quintus*: les tenants du positivisme juridique font abstraction de l'existence d'une *opinio juris communis* sur l'illicéité en droit international contemporain de toutes les armes de destruction massive, y compris (et surtout) les armes nucléaires, et sur l'obligation de procéder au désarmement nucléaire. *Vicesimus sextus*: le droit international conventionnel et le droit international coutumier en matière de protection de la personne humaine se développent de pair, comme l'indique la clause de Martens, ce qui vaut pour l'interdiction des armes nucléaires. *Vicesimus septimus*: l'existence des armes nucléaires est la grande tragédie de l'ère nucléaire; aujourd'hui plus que jamais, les êtres humains ont besoin d'être protégés d'eux-mêmes. L'existence de ces armes est un défi aux valeurs morales, lesquelles sont indissociables du droit, comme nous l'ont enseigné les penseurs jusnaturalistes.

323. *Vicesimus octavus*: l'humanité en tant que sujet de droit international est exposée depuis déjà longtemps au danger mortel des armes nucléaires. *Vicesimus nonus*: l'humanité tout entière est un sujet de droit des nations, comme l'ont montré les «pères fondateurs» du droit international. *Trigesimus*: la vision humaniste du droit international est centrée sur les peuples et tient compte des fins d'humanité de l'existence des Etats. *Trigesimus primus*: l'*opinio juris communis necessitatis* sur l'existence d'une obligation de droit international coutumier et conventionnel de procéder au désarmement nucléaire a trouvé son expression dans les travaux des conférences d'examen du TNP, la création de zones



ons, — in their common cause of achieving and maintaining a nuclear-weapon-free world. *Trigesimus secundus*: Those initiatives have gone beyond the State-centric outlook, duly attentive to peoples' and humankind's quest for survival in our times.

324. *Trigesimus tertius: Opinio juris communis* — to which UN General Assembly resolutions have contributed — has a much broader dimension than the subjective element of custom, being a key element in the formation of a law of conscience, so as to rid the world of the inhuman threat of nuclear weapons. *Trigesimus quartus*: UN (General Assembly and Security Council) resolutions are adopted on behalf of the United Nations Organization itself (and not only of the States which voted in their favour); they are thus valid for *all* UN Member States.

325. *Trigesimus quintus*: The United Nations Organization, endowed with an international legal personality of its own, upholds the juridical equality of States, in striving for the realization of common goals such as nuclear disarmament. *Trigesimus sextus*: Of the main organs of the United Nations, the contributions of the General Assembly, the Security Council and the Secretary-General to nuclear disarmament have been consistent and remarkable over the years.

326. *Trigesimus septimus*: United Nations resolutions in this domain address a matter of concern to humankind as a whole, which cannot thus be properly approached from a State voluntarist perspective. The universal juridical conscience stands well above the "will" of individual States. *Trigesimus octavus*: The ICJ, as the principal judicial organ of the United Nations, is to keep in mind basic considerations of humanity, with their incidence on questions of admissibility and jurisdiction, as well as of substantive law. *Trigesimus nonus*: In sum, the ICJ has jurisdiction to consider the *cas d'espèce*, and there is a conventional and customary international law obligation of nuclear disarmament; whether there has been a breach of this obligation, the Court could only decide on the merits phase of the present case.

327. *Quadragesimus*: A world with arsenals of nuclear weapons, like ours, is bound to destroy its past, dangerously threatens the present, and has no future at all. Nuclear weapons pave the way into nothingness. In my understanding, the International Court of Justice, as the principal judicial organ of the United Nations, should, in the present Judgment, have shown sensitivity in this respect, and should have given its contribu-

exemptes d'armes nucléaires et les actes de la série récente de conférences consacrées à l'impact humanitaire des armes nucléaires, servant la cause commune qu'est l'avènement d'un monde à jamais débarrassé de ces armes. *Trigesimus secundus*: ces initiatives ont débordé la perspective strictement interétatique et dûment pris en considération l'aspiration des peuples et de l'humanité à vivre dans un monde où leur survie ne sera plus menacée.

324. *Trigesimus tertius*: l'*opinio juris communis* qui s'est dégagée sous l'influence, notamment, des résolutions de l'Assemblée générale des Nations Unies n'est pas simplement l'élément psychologique nécessaire pour qu'une coutume devienne le droit, mais a une dimension beaucoup plus vaste en ce qu'elle est un élément essentiel de la formation d'un droit issu de la conscience, tendant à libérer le monde de la menace inhumaine que font peser sur lui les armes nucléaires. *Trigesimus quartus*: les résolutions adoptées par l'Assemblée générale et le Conseil de sécurité le sont au nom de l'Organisation des Nations Unies elle-même (et pas seulement au nom des Etats qui les ont votées); elles valent donc pour *tous* les Etats Membres de l'ONU.

325. *Trigesimus quintus*: l'Organisation des Nations Unies, dotée de la personnalité juridique internationale, agit conformément au principe de l'égalité juridique des Etats lorsqu'elle s'efforce d'atteindre des buts communs tels que le désarmement nucléaire. *Trigesimus sextus*: deux des organes principaux des Nations Unies, l'Assemblée générale et le Conseil de sécurité, ainsi que le Secrétaire général, ont au fil des années apporté une contribution remarquable à la cause du désarmement nucléaire.

326. *Trigesimus septimus*: les résolutions des Nations Unies relatives aux armes nucléaires portent sur une question qui, intéressant l'humanité tout entière, ne peut pas être convenablement traitée d'un point de vue privilégiant le volontarisme des Etats. La conscience juridique universelle prime de beaucoup la «volonté» des Etats pris individuellement. *Trigesimus octavus*: en sa qualité d'organe judiciaire principal des Nations Unies, la Cour internationale de Justice doit garder à l'esprit des considérations fondamentales d'humanité ayant une incidence sur les questions de droit qui entrent en jeu au stade d'une affaire consacrée à la compétence et la recevabilité aussi bien qu'au stade de l'examen au fond. *Trigesimus nonus*: en somme, la Cour avait compétence pour connaître du cas d'espèce, et il existe une obligation internationale conventionnelle et coutumière de désarmement nucléaire; le point de savoir s'il y a eu manquement à cette obligation n'aurait pu être tranché par la Cour qu'au stade de l'examen au fond.

327. *Quadragesimus*: un monde tel que le nôtre, où il existe des arsenaux nucléaires, est voué à détruire son passé, à vivre le présent dans une dangereuse précarité et à finalement renoncer à tout avenir. Les armes nucléaires ne promettent rien d'autre que l'anéantissement. A mon avis, la Cour internationale de Justice, organe judiciaire principal des Nations Unies, aurait dû montrer dans son arrêt qu'elle était sensible à

tion to a matter which is a major concern of the vulnerable international community, and indeed of humankind as a whole.

*(Signed)* Antônio Augusto CAÑADO TRINDADE.

---

cette menace et soucieuse d'apporter sa contribution au règlement d'une question qui est au cœur des préoccupations de la communauté internationale, consciente de sa vulnérabilité, et de l'humanité tout entière.

*(Signé)* Antônio Augusto CANÇADO TRINDADE.

---