

Exposé écrit du Gouvernement de la République française

LICÉITE DE L'UTILISATION DES
ARMES NUCLEAIRES PAR UN ETAT
DANS UN CONFLIT ARME

-REQUETE POUR AVIS CONSULTATIF-

EXPOSE ECRIT DU GOUVERNEMENT DE
LA REPUBLIQUE FRANÇAISE

JUIN 1994

**Exposé écrit du gouvernement de la
République française**

Conformément à l'invitation qui lui a été adressée par la Cour internationale de Justice, le gouvernement de la République française a l'honneur de présenter à la Cour des observations sur la demande d'avis consultatif formulée par l'Assemblée mondiale de la santé au sujet de la licéité de l'utilisation des armes nucléaires par un Etat dans un conflit armé.⁽¹⁾

A titre liminaire, et pour éclairer l'esprit dans lequel elle formule ces observations, la France croit devoir souligner que sa doctrine en matière de défense, loin de tendre à l'emploi de ses armes, quelles qu'elles soient, est fondée sur la dissuasion. La force de dissuasion française, réservée par définition à des situations strictement conformes à l'article 51 de la Charte des Nations unies, est fondée sur la "suffisance", c'est-à-dire la possession d'un arsenal nucléaire limité à ce qui est nécessaire pour convaincre un agresseur éventuel que le risque qu'il encourrait serait supérieur au bénéfice qu'il pourrait escompter d'une agression contre la France. L'arme nucléaire, élément central de la dissuasion, est pour la

1 - La République française est membre de l'Organisation mondiale de la Santé depuis l'entrée en vigueur de la constitution de celle-ci, le 7 avril 1948. Elle est membre originaire des Nations unies et donc, *ipso facto*, partie au Statut de la Cour internationale de justice en vertu de l'article 93 de la Charte.

France une arme essentiellement politique, destinée à prévenir la guerre en la privant de toute rationalité.

Depuis près d'un demi-siècle, la doctrine de dissuasion a contribué au maintien de la stabilité et de la paix mondiales. Elle est la clé de voûte de la sécurité de la France.

Cela ne signifie pas que le gouvernement français soit opposé aux efforts tendant à la réduction des armements nucléaires, et, au-delà, à un désarmement général et complet sous un contrôle international efficace. Bien au contraire, par sa participation aux conférences sur la limitation des armements, il démontre qu'il entend exercer ses responsabilités à cet égard. Mais ces négociations vont bien au-delà des compétences de l'Organisation mondiale de la Santé, et la France conteste avec force le bien-fondé et l'opportunité d'une tentative tendant à mettre en cause, en prenant prétexte des dangers que présentent, comme d'autres armes, les armes nucléaires et au risque d'ébranler un des éléments de l'équilibre mondial actuel, la politique des Etats dotés d'armes nucléaires et, au-delà, le droit des Etats souverains d'assurer leur défense par les moyens que leur permet le droit international en vigueur.

Cela dit, l'objet du présent exposé est d'appeler particulièrement l'attention de la Cour sur les points suivants:

- 1) Sur la compétence et la recevabilité: il n'entre pas dans la compétence de l'Organisation mondiale de la Santé de soulever devant la Cour internationale de Justice, par la voie d'une demande d'avis consultatif, la question qu'elle a posée; de surcroît cette question manque d'un objet ou d'un but précis; la réponse qui pourrait lui être apportée ne présente pas d'intérêt pour l'action de l'OMS dans les domaines de sa

compétence; enfin et en tout état de cause, la Cour pourra se demander s'il est approprié qu'elle réponde à la question.

2) Sur le fond, à titre purement subsidiaire: il n'existe, ni dans la constitution de l'Organisation mondiale de la Santé ni en droit international général, de prohibition de l'emploi des armes nucléaires; certains indices spécifiques font au contraire apparaître que le droit international admet l'éventualité de cet emploi.

I - COMPETENCE ET RECEVABILITE

1 - Par la résolution WHA 46.40, adoptée le 14 mai 1993, lors de sa quarante-sixième session, l'Assemblée mondiale de la santé a décidé de demander à la Cour internationale de Justice de donner un avis consultatif sur la question suivante:

"Compte tenu des effets des armes nucléaires sur la santé et l'environnement, leur utilisation par un Etat au cours d'une guerre ou d'un autre conflit armé constituerait-elle une violation de ses obligations au regard du droit international, y compris la Constitution de l'OMS?"

Cette résolution a été adoptée par 73 voix contre 40, avec 10 abstentions, 41 Etats membres ne participant pas à la séance au cours de laquelle le vote a eu lieu. La délégation française s'est pour sa part prononcée contre l'adoption de ce texte.

A

2 - En premier lieu, le gouvernement français estime que l'Organisation mondiale de la santé n'a manifestement pas compétence pour interroger la Cour sur la licéité de l'utilisation des armes nucléaires et que la réponse qui pourrait être donnée à sa demande d'avis n'aurait pas d'intérêt pour l'accomplissement de la mission de l'Organisation.

3 - L'Organisation mondiale de la Santé ne saurait se présenter comme gardienne de la légalité universelle. Comme toute organisation internationale, elle est liée par le principe, incontestable et incontesté, de spécialité ; "institution internationale pourvue d'un objet spécial, elle n'a que les attributions que lui confère (son) statut... pour lui permettre de remplir cet objet" (C.P.J.I., avis consultatif, 8 déc.1927, *Compétence de la Commission européenne du Danube*, série B, n°14, p.64).

Il est clair qu'en posant à la Cour la question en examen, quelle que soit l'appréciation que l'on puisse porter sur la recevabilité intrinsèque de celle-ci (cf *infra*, para.12 et ss), l'Assemblée de la Santé a agi "*ultra vires*" et n'a pas respecté le statut d'institution spécialisée des Nations unies qui est celui de l'OMS.

Comme leur dénomination même l'indique, et comme le précise l'article 57 de la Charte - auquel renvoient le dernier alinéa du préambule et l'article 69 de la constitution de l'OMS - les attributions des institutions spécialisées sont "étendues", mais exclusivement "dans les domaines économique, social, de la culture intellectuelle et de l'éducation, de la santé publique et d'autres domaines connexes".

Par l'article 1er de l'accord entre l'Organisation des Nations unies et l'OMS:

"L'Organisation mondiale de la santé est reconnue par l'Organisation des Nations unies comme étant l'institution spécialisée chargée de prendre toutes les mesures conformes aux termes de sa constitution en vue d'atteindre les buts fixés par celle-ci".

L'ONU n'a donc nullement reconnu à l'OMS des compétences qui, dans le système des Nations unies relèvent d'autres organes, en particulier dans le domaine du maintien de la paix, dont la responsabilité principale appartient au conseil de sécurité.

Les dispositions sur le fondement desquelles l'Organisation mondiale de la Santé a été autorisée à demander des avis consultatifs à la Cour internationale de Justice reflètent et appliquent ce principe de spécialité. Le droit de demander de tels avis n'a été accordé à l'OMS que dans la mesure où ces demandes portent sur des questions touchant les compétences spécialisées que lui reconnaît l'Organisation des Nations unies.

4 - Le paragraphe 2 de l'article 96 de la Charte des Nations unies permet aux institutions spécialisées qui ont reçu une autorisation à cet effet de demander à la Cour des avis consultatifs "sur des questions juridiques qui se poseraient dans le cadre de leur activité".

Les institutions spécialisées ne peuvent donc demander d'avis consultatif à la Cour que dans le cadre de leur activité, sur la base d'une autorisation donnée par l'Assemblée générale et aux conditions particulières que celle-ci estime opportun de fixer.

5 - Dans le cas de l'OMS, ces conditions ont été définies par le paragraphe 2. de l'article X de l'accord que l'Organisation des Nations unies a conclu avec elle en 1948. Selon cet article:

"L'Assemblée générale autorise l'Organisation mondiale de la Santé à demander des avis consultatifs à la Cour internationale de Justice sur des questions juridiques qui se poseraient dans le cadre de sa compétence, à l'exception de celles concernant les relations réciproques entre l'Organisation et l'Organisation des Nations unies ou d'autres institutions spécialisées".

En visant (comme les accords relatifs à l'OMM et à l'UIT) les questions juridiques qui se posent "dans le cadre de la compétence" de l'Organisation, l'accord de l'OMS fixe à la faculté de demander des avis consultatifs des limites plus précises encore que celles définies par la majorité des autres accords concernant les institutions spécialisées. On peut remarquer qu'en règle générale ceux-ci exigent seulement que la question juridique qui fait l'objet de la demande d'avis se pose dans le cadre de l'"activité" des organisations en cause (2).

Ainsi, pour que l'OMS soit autorisée à demander un avis consultatif, il faut que la demande porte sur une "question juridique" se posant "dans le cadre de son activité" et "dans le cadre de sa compétence".

6 - La question posée par la résolution WHA 46.40 ne répond pas à ces critères.

En effet la demande de l'OMS porte sur la compatibilité de l'emploi des armes nucléaires avec le droit international général, et, accessoirement, sur sa compatibilité avec la constitution de l'OMS.

2 - cf Rosenne, "The Law and practice of the International Court", éd. 1985, p.677, n.1.

L'objet de l'avis ainsi demandé ne relève pas du but que sa constitution assigne à l'OMS et ne peut, même en faisant la part de la théorie des pouvoirs implicites, être rattaché à aucune de ses fonctions.

Aucune disposition de la constitution de l'OMS n'habilite celle-ci à demander à la Cour si un Etat respecte ou viole, ou respecterait ou violerait, dans des circonstances au reste hypothétiques, les obligations qui résulteraient pour lui du droit international général.

7 - L'objectif général de l'Organisation est "d'amener tous les peuples au niveau de santé le plus élevé possible", par l'exercice de ses compétences spécialisées.

On ne voit pas comment, du seul fait qu'on y a introduit une référence aux effets des armes nucléaires sur la santé, la question posée à la Cour pourrait être considérée comme ayant un lien avec la mission de l'OMS. Il est clair que celle-ci n'a aucune compétence de définition ou de réglementation dans le domaine du *jus ad bellum* ou du *jus in bello*. Aucune disposition de sa constitution ne se réfère spécifiquement aux règles applicables en cas de conflit armé. La seule évocation - indirecte - de ces conflits concerne l'importance que l'action de l'Organisation, dans son domaine propre, peut avoir pour leur prévention. Le 3ème considérant du préambule porte en effet que "la santé de tous les peuples est une condition fondamentale de la paix du monde et de la sécurité". Les limites du rôle de l'OMS sont ainsi fixées. L'Organisation peut contribuer au maintien de la paix par son action en faveur de la santé, c'est-à-dire, au sens qui l'intéresse, par la lutte, au moyen de mesures sanitaires appropriées, contre les maladies, épidémies et autres atteintes physiques ou

morales. Elle peut évaluer les risques que les conflits armés font courir à la santé et rechercher les moyens techniques de faire face à ces risques.

Mais elle doit, sous peine d'aller à l'encontre de sa qualité d'institution spécialisée, demeurer dans ces limites. Sinon, de proche en proche, elle pourrait prétendre, en empiétant ainsi sur les compétences d'autres institutions, être habilitée à connaître de toute question relative au maintien et à la rupture de la paix, ou encore relevant du domaine économique et social, au prétexte que de telles questions peuvent avoir des effets induits dans le domaine de la santé.

Au demeurant, sa compétence se situant dans le domaine technique de la santé, l'OMS doit l'exercer indépendamment de la licéité ou de l'illicéité intrinsèque des actes ou situations auxquels elle doit aider les Etats à faire face. Il serait contraire à l'esprit même de la constitution de l'Organisation que celle-ci module son action selon le caractère licite ou illicite, "juste" ou "injuste", des atteintes portées à la santé. La licéité de la cause de ces atteintes n'a pas d'effet sur son obligation d'accomplir sa mission de sauvegarde et de développement de la santé. Les mesures qu'elle peut être amenée à prendre dans le cadre de cette mission ne sont pas affectées par le caractère licite ou illicite d'un conflit ou de l'emploi de telle ou telle arme. Que cet emploi soit licite ou non, dès lors que des armes existent, et que donc la possibilité matérielle de leur emploi existe également, l'OMS peut envisager, dans son domaine de compétence, des mesures préventives et curatives de leurs effets. La question de la licéité est sans pertinence sur l'opportunité de prévoir de telles mesures, ni sur ces mesures elles-mêmes. Un hôpital a-t-il besoin d'être éclairé sur la licéité de l'emploi des armes à feu pour prévoir les moyens permettant de soigner les victimes de leur usage? Le caractère licite ou illicite de cet usage influe-t-il sur la nature des soins à donner? Pour exercer ses compétences, l'OMS devrait-elle plus s'interroger sur la licéité de l'emploi de l'arme nucléaire que sur la conformité au droit international

des maladies, épidémies ou autres pathologies qui mettent en cause la santé et l'hygiène publique? La réponse est évidemment négative. La meilleure preuve en est que l'OMS a pu mener à bien de tels travaux sans que la question de la licéité des armes nucléaires, pour laquelle elle montre un intérêt bien nouveau, en soit une précondition ou y fasse obstacle.

8 - L'action de l'OMS dans son domaine spécifique de compétence doit s'exercer conformément à sa constitution.

De façon générale, cette constitution traite de la structure de l'organisation, de ses objectifs, des compétences et fonctions de ses organes. Elle n'énonce pas de normes qui constitueraient des obligations de fond précises à la charge des Etats membres de l'Organisation, en dehors d'un devoir de coopération pour atteindre ses objectifs, devoir qui fait l'objet d'un énoncé de principe dans le préambule.

9 - La résolution 46.40, dans ses considérants, se réfère à divers points de l'article 2 de la Constitution de l'OMS, qui définit les fonctions de l'Organisation, et spécialement aux paragraphes *a*, *k*, *p* et *v*. Il est évident qu'aucune de ces dispositions n'est pertinente en l'espèce.

- L'alinéa *a*) de l'article 2 se réfère aux "travaux" dans le domaine de la santé, pour lesquels l'Organisation peut agir en tant qu'"autorité directrice et coordinatrice". Ces travaux relèvent de la recherche factuelle, de l'information sur les différents aspects de la santé. C'est ainsi que l'OMS a pu réaliser des études sur les effets des armes chimiques et l'a également entrepris à propos des effets de l'arme nucléaire sur la santé et l'environnement. Mais une chose est d'effectuer de telles études sur une base scientifique, une autre de tenter d'obtenir un prononcé sur les droits et obligations des Etats souverains. Une telle démarche

ne saurait être couverte par le terme "travaux", qui vise des études présentant le caractère à la fois objectif et aléatoire de toute recherche scientifique.

- L'alinéa k) fait référence à la possibilité pour l'OMS de "proposer des conventions, accords et règlements", et de "faire des recommandations concernant les questions internationales de santé". Cette disposition ne dote pas l'Organisation d'une compétence illimitée. Elle doit être lue en conjonction avec les autres articles de la constitution qui définissent les conditions de sa mise en oeuvre, et en particulier avec les articles 19, 21 et 23. L'article 19 donne autorité à l'Assemblée de la santé pour adopter des conventions ou accords "se rapportant à toute question rentrant dans la compétence de l'Organisation". L'article 23 permet à l'Assemblée de "faire des recommandations aux Etats membres en ce qui concerne toute question entrant dans la compétence de l'organisation". L'élaboration d'une convention qui, par exemple, tendrait à réglementer l'emploi des armes nucléaires, ou une recommandation en ce sens, n'entreraient pas dans la compétence de l'Organisation. Quant à l'article 21, il est évident, à sa simple lecture, qu'il ne saurait donner autorité à l'Assemblée pour proposer des règlements concernant l'emploi de l'arme nucléaire.

En fait, l'Organisation n'a la faculté de proposer des conventions ou des règlements, ou de faire des recommandations, que si ces actes concernent une matière qui relève de sa compétence. Et si l'on peut admettre qu'avant d'élaborer une convention ou un règlement, ou de faire une recommandation, elle puisse avoir à formuler une demande d'avis à la Cour internationale de Justice, ce serait à la condition préalable que l'objet de l'instrument envisagé entre dans cette compétence.

- L'alinéa p) de l'article 2 donne notamment mission à l'OMS d'"étudier et faire connaître les techniques administratives et sociales concernant...les soins

médicaux préventifs et curatifs". La question posée à la Cour n'a manifestement non plus aucun rapport avec la disposition en cause. En quoi cette question pourrait-elle se rattacher, de près ou de loin, aux "techniques administratives et sociales" qui font l'objet de cet alinea?

- L'alea v) de l'article 2 indique que l'OMS peut "prendre toute mesure nécessaire pour atteindre le but assigné à l'Organisation". Il relève des mêmes observations. D'une part, on l'a dit, la licéité des atteintes à la santé ou à l'environnement est sans influence sur les compétences de l'OMS. D'autre part, la possibilité pour l'OMS de "prendre des mesures" est subordonnée à la condition que ces mesures soient nécessaires pour atteindre son but. Or une réponse à la question posée n'est ni nécessaire, ni même seulement utile, à la réalisation du but spécifique de l'OMS (cf *infra*, para. 12 et 13)

10 - Il ressort du reste du compte-rendu des débats de l'Assemblée mondiale de la santé sur le projet de résolution WHA 46.40 que la compétence de l'OMS pour poser la question actuellement soumise à la Cour a fait l'objet de vives contestations et que le vote, en commission B, par lequel une motion écartant cette compétence a été rejetée, n'a été acquis que par 62 voix contre 38, 60 délégations étant absentes et 3 s'abstenant. Que l'on se rapporte à ce vote ou au vote final sur la résolution, la décision de saisir la Cour d'une demande d'avis consultatif n'a donc été prise que par moins de la moitié des membres ayant le droit de voter (163 ou 164 selon les scrutins).

.. On notera également que le conseiller juridique de l'OMS a clairement, et à deux reprises, exprimé son sentiment sur l'incompétence de l'Assemblée de l'OMS pour soulever devant la Cour la question générale d'une éventuelle illicéité de l'emploi de l'arme nucléaire. Il déclarait ainsi, à la séance du 14 mai 1993 de l'Assemblée de la Santé:

"It is not within the normal competence or mandate of WHO to deal with the lawfulness or illegality of the use of nuclear weapons. In consequence, it is also not within the normal competence or mandate of WHO to refer the lawfulness or illegality question to the International Court of Justice" (cf compte-rendu analytique des débats en séance plénière, séance du 14 mai 1993, document A.46/VR/13, pp.13-14; v. aussi compte-rendu analytique des débats en commission B, séance du 11 mai 1993, document A.46/B/SR/8, p.8).

Quant à une question qui serait limitée à la compatibilité de cet emploi avec la constitution de l'OMS, il estimait, sans en écarter la possibilité, que la Cour la renverrait pour examen à l'Assemblée elle-même. A cet égard, force est de constater en effet que, si une discussion a bien eu lieu à l'Assemblée de la santé sur la compétence de celle-ci pour soumettre à la Cour la demande d'avis, le problème même d'une éventuelle contrariété entre l'emploi de l'arme nucléaire et la constitution de l'OMS n'a pas été débattu. Compte tenu des termes de l'article 75 de la constitution de l'OMS, qui donne priorité au règlement par la négociation ou par l'Assemblée de "toute question ... concernant l'interprétation de la constitution", il est permis de s'interroger sur le point de savoir si la demande d'avis présentée à la Cour pouvait lui être soumise sans débat préalable sur le fond.

Au reste, la formulation même de la question posée reflète les doutes de ses auteurs sur l'existence d'un lien entre cette question et l'acte constitutif de l'OMS. La demande porte sur les obligations des Etats "au regard du droit international, y compris la constitution de l'OMS" (c'est nous qui soulignons). Cette expression laisse penser que les auteurs de la résolution sont eux-mêmes conscients du fait que cette constitution pourrait n'avoir aucune pertinence en

l'espèce - et le gouvernement français pense avoir montré que tel est en effet le cas.

11 - Les dispositions de la constitution de l'OMS ne donnent ni explicitement ni implicitement à celle-ci compétence pour formuler la demande d'avis consultatif figurant dans la résolution 46.40 de l'Assemblée de la Santé.

En conséquence, la question posée n'est pas de celles auxquelles la Cour peut répondre : elle n'entre pas "dans le cadre de (la) compétence" de l'OMS (article 10 de l'accord entre l'ONU et l'OMS); elle ne se pose pas "dans le cadre de (son) activité" (article 96 de la Charte); elle ne peut se rattacher à l'autorisation de l'Assemblée générale à laquelle l'article 65 du Statut de la Cour fait référence.

B

12 - Il ressort au surplus des développements qui précèdent que la question est en tout état de cause sans objet pour l'OMS. Ainsi que la Cour l'a constamment rappelé, une demande d'avis consultatif doit avoir pour objet d'éclairer l'organe ou l'organisation qui en sont les auteurs "dans leur action propre" (*C.I.J.*, avis consultatif, 28 mai 1951, *Réserves à la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, *Rec.1951*, p.19; v.aussi *Rec.1971*, p.24 ou *Rec.1973*, p.27). Or, on l'a dit, l'OMS n'a aucune compétence pour traiter d'une réglementation des armes nucléaires et, comme l'a souligné son conseiller juridique lors de la discussion du projet de résolution, les négociations sur le désarmement vont bien au-delà de son mandat en matière de santé (cf comptes-rendus analytiques des débats en commission B, A.46/B/SR/8,

14 mai 1993, p.9). La question ne touche donc pas, quant au fond, au domaine de l' "action propre" de l'Organisation.

13 - En outre, la réponse qui serait donnée à cette question ne présenterait pas d'intérêt pour l'OMS. Que cette réponse soit positive ou négative, l'Organisation n'en devra pas moins continuer à s'acquitter des fonctions que lui impartit l'article 2 de la Constitution (*supra* para.7) sans que celles-ci puissent en être infléchies ou élargies. Elle n'a nul besoin d'être éclairée sur la licéité ou l'illicéité des armes nucléaires pour poursuivre ses études sur les effets de leur emploi éventuel ou sur les risques encourus lors de leur destruction, et sur les moyens de remédier à ces risques. Recevoir de la Cour une réponse abstraite et générale de nature déclaratoire ne lui serait d'aucune utilité et ne l'aiderait pas dans l'exercice de ses compétences ou dans l'accomplissement de ses objectifs.

Le gouvernement de la République française n'ignore pas que la Cour peut donner un avis juridique sur une question abstraite. Mais, même si la Cour estimait que la question qui lui est soumise pourrait en elle-même appeler réponse, cette réponse n'aurait, quelle qu'en soit la substance, aucun effet sur l'activité de l'Organisation. La demande de celle-ci semble refléter une confusion sur la nature même des avis consultatifs. Les réponses que ceux-ci comportent devraient en effet avoir pour les organes qui les sollicitent des conséquences concrètes et précises, de caractère opératoire.

Faute d'avoir "un effet pratique à l'heure actuelle", la question posée à la Cour est donc dépourvue d'objet et de but (*C.I.J.*, avis consultatif, 16 octobre 1975, *Sahara occidental*, *Rec.1975*, p.37). Il y a là, selon la jurisprudence de la Cour, un deuxième motif d'irrecevabilité de cette demande.

Au demeurant, le fait que la demande présentée répond à des objectifs qui ne relèvent pas de la mission de l'Organisation mondiale de la Santé et n'est qu'un élément d'une campagne visant tant la possession que l'utilisation des armes nucléaires est illustré par la brochure "*World Court project on Nuclear Weapons and International Law*", préparée par des organisations non gouvernementales qui ont joué un rôle important dans la présentation de la résolution WHA.46.40.

C

14 - Au-delà même de l'incompétence et de l'absence d'intérêt de l'OMS pour la présenter, la question se pose de l'opportunité d'une réponse à la demande d'avis présentée à la Cour. Sous les dehors juridiques dont on a tenté de la revêtir, cette demande apparaît fondée sur l'espoir d'obtenir, en vue de son utilisation dans un débat qui se situe sur le plan politique et non juridique et auquel l'OMS est complètement étrangère, l'appui de la Cour à une thèse, dont la résolution WHA 46.40 reconnaît elle-même qu'elle est controversée (3).

15 - En vertu de l'article 65 de son Statut, la Cour est libre de juger de l'opportunité de donner réponse à une demande d'avis. Dans son avis consultatif du 20 juillet 1962 relatif à "*Certaines dépenses des Nations unies*", la Cour a déclaré:

"Si une question n'est pas juridique, la Cour n'a pas de pouvoir discrétionnaire en la matière: elle doit refuser de donner l'avis qui lui est demandé. Mais, même s'il s'agit d'une question juridique, à laquelle la Cour a indubitablement compétence de répondre, elle peut néanmoins refuser de le faire" (*Rec.1962, p.155*).

3 - cf *infra*, paragraphe 27

Il s'agit là d'une jurisprudence constante, fermement maintenue par la Cour (C.I.J., avis consultatif, 30 mars 1950, *Interprétation des traités de paix conclus avec la Bulgarie, la Hongrie et la Roumanie*, Rec.1950, p.72; v. aussi Rec.1951, p.19; Rec.1962, p.155; Rec.1973, p.175; Rec.1975, p.21; Rec.1989, p.191 etc...).

Le gouvernement français n'ignore pas que la Cour estime qu'en principe "la réponse à une demande d'avis consultatif ne doit pas être refusée" et "qu'il faudrait des raisons décisives pour déterminer la Cour à opposer un refus" à une telle demande. Mais il a noté que la Cour justifie sa position par le fait que sa réponse "constitue une participation de la Cour (...) à l'action de l'Organisation" (Rec.1950, p.72); or ni la question posée par l'OMS ni la réponse qui lui serait donnée ne lui apparaissent liées à l'action de l'Organisation. En outre, les "raisons décisives" qu'elle évoque tiennent au

"principe selon lequel, en tant que corps judiciaire, elle doit rester fidèle aux exigences de son caractère judiciaire, même lorsqu'elle rend des avis consultatifs" (C.I.J., avis consultatif, 16 octobre 1975, *Sahara occidental*, Rec.1975, p.21; v. aussi Rec.1956, p.84; Rec.1960, p.153; Rec.1973, p.175; ou C.P.J.I., avis consultatif, 23 juillet 1923, *Statut de la Carélie orientale*, Série B, n°5, p.29).

Le gouvernement français pense qu'au-delà des problèmes de recevabilité de la demande, ces "raisons décisives" de ne pas répondre à la question existent en l'occurrence, et il espère que, dans son examen de l'opportunité d'une réponse, la Cour voudra bien tenir compte des considérations qui suivent.

16 - La demande d'avis adressée à la Cour lie le problème de la licéité des armes nucléaires aux effets de ces armes. On notera à cet égard l'ambiguïté

du membre de phrase "compte tenu des effets des armes nucléaires sur la santé et sur l'environnement". La même ambiguïté réside dans une observation du délégué du Mexique, co-auteur de la résolution, selon laquelle: "la demande que nous formulons ne porte pas sur la licéité ou l'illicéité de l'emploi des armes nucléaires en soi, mais sur les effets qu'a cet emploi sur la santé et sur l'environnement" (notre traduction)⁽⁴⁾.

La référence aux effets de l'arme répond peut-être au désir de tenter de justifier la compétence de l'OMS, en affirmant que l'on se place dans le domaine de la santé. Le gouvernement français croit avoir déjà établi que cette tentative était vaine, la question de la licéité ou de l'illicéité tant de l'emploi de certaines armes que des effets de ces armes ne concernant pas les fonctions dévolues à l'OMS dans ce domaine.

Le membre de phrase en cause tend sans doute aussi à suggérer que c'est en fonction de ses effets que l'usage des armes nucléaires pourrait être contraire aux obligations internationales des Etats. L'Assemblée de la Santé tente ainsi de conduire la Cour à passer directement de données circonstanciées à des conclusions essentielles, par une démarche qui ne saurait être juridiquement justifiée.

La généralité extrême de la question posée rend, de l'avis du gouvernement français, impossible d'y répondre.

Ainsi que la Cour l'a indiqué:

"Pour être à même de se prononcer sur des questions juridiques, un tribunal doit normalement avoir connaissance des faits correspondants,

4 - compte-rendu analytique des débats en séance plénière, séance du 14 mai 1993, document A.46/VR/13, p.10.

les prendre en considération et, le cas échéant, statuer à leur sujet" (C.I.J., avis consultatif, 21 juin 1971, *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, Rec.1971, p.27).

Dans le cas présent, la Cour estimera sans aucun doute ne pas pouvoir faire dépendre une question de licéité de principe de considérations de fait aléatoires, échappant à toute prévision rationnelle et qui peuvent être extrêmement différenciées selon les cas. En effet, les circonstances dans lesquelles ces armes pourraient être employées, la variété et le caractère très différencié de leurs effets, la considération que certains emplois massifs d'armes conventionnelles peuvent avoir des conséquences aussi, voire plus importantes, rend matériellement impossible un examen systématique *a priori* de leur qualification juridique. En outre, la Cour serait sans doute conduite, en application de la maxime "*ubi jus non distinguit non est nobis distinguere*", à estimer un tel examen juridiquement inapproprié.

17 - En fait, la question posée à la Cour cherche à entraîner celle-ci dans un domaine qui ne relève pas de sa fonction judiciaire. Il ressort nettement des conditions dans lesquelles la résolution WHA 46.40 a été adoptée que l'on espère obtenir, à des fins essentiellement politiques, le soutien de la Cour à une position juridique d'autant plus incertaine que ses partisans eux-mêmes doutent de son bien-fondé et recherchent les moyens de la conforter.

L'examen des débats préalables à l'adoption de la résolution montre clairement que les Etats ayant voté en sa faveur ont eu pour seul but d'obtenir de la Cour qu'elle donne à la question posée une réponse positive, dans laquelle ils trouveraient un appui pour leur politique tendant à un désarmement, non général

et complet, mais sélectivement applicable aux seules armes nucléaires. A travers la contestation de la licéité de leur emploi, c'est en fait la possession même de ces armes qui est mise en cause. Le libellé même de la demande témoigne de cette attente. On peut du reste se demander si une question qui tente ainsi d'orienter la réponse de la Cour est respectueuse du caractère judiciaire et de l'indépendance de celle-ci.

En vérité la question posée à la Cour tend à lui faire jouer, en lui demandant une déclaration normative de principe, un rôle de législateur. Sous l'apparence juridique dont on l'a revêtue, la question posée est de nature exclusivement politique et met automatiquement en cause le problème politique essentiel qu'est celui du maintien de la paix. Il n'est en effet pas possible d'examiner les problèmes liés aux armes nucléaires sous le seul angle de l'usage de ces armes. Les armes nucléaires ont un double aspect: ce sont, certes, matériellement, des armes, mais leur objet est, dans le cadre de la politique de dissuasion, d'éviter la guerre.

Le gouvernement français est donc convaincu que la question du statut des armes nucléaires et de leur emploi ne peut pas faire, en l'état actuel du droit international, l'objet d'un avis consultatif. Même si une déclaration telle que celle apparemment souhaitée ne peut avoir de conséquence juridique ou pratique directe, il n'est pas sans conséquence de demander à la Cour internationale de Justice de définir, fût-ce sous la forme d'un avis, une position juridique sur une question éminemment politique. La question posée tend en effet à jeter le doute sur la légitimité - à défaut de pouvoir les contester sur le plan du droit - des outils de la politique de sécurité et de stabilité menée par certains Etats, dont la France. En s'attaquant à un aspect des armes nucléaires, on cherche en réalité à atteindre la politique de dissuasion, qui a, on le sait, contribué à écarter, depuis maintenant près de quarante ans, le risque d'un nouveau conflit mondial.

En dehors du fait que la Cour n'estimera assurément pas qu'il lui appartienne de se prononcer sur la place de la politique de dissuasion dans le maintien de la paix mondiale, ou de porter indirectement une appréciation sur les équilibres stratégiques actuels ou sur la politique de défense de tel ou tel Etat, une réponse à la question posée par la demande d'avis pourrait, quel que soit son sens, avoir une incidence négative sur les négociations internationales en cours visant à assurer, par la maîtrise des armements, la paix et la sécurité du monde.

La Cour jugera donc sans doute ne pas devoir s'engager dans la voie où on veut l'entraîner, et qui ne serait pas conforme à sa fonction judiciaire.

Le gouvernement français croit avoir ainsi montré que la demande d'avis consultatif présentée par l'OMS ne devrait pas appeler de réponse de la part de la Cour.

II - FOND

18 - Bien qu'elles ne soient sans doute pas nécessaires, eu égard à ce qui précède, les observations suivantes vont rappeler, à titre subsidiaire, qu'il n'existe aucune règle générale de droit international prohibant l'usage en soi des armes nucléaires. Au demeurant, on peut même constater l'existence d'indices montrant que le droit international admet la possibilité de l'emploi de ces armes dans certaines circonstances. En conséquence, si la Cour estimait pouvoir et devoir

répondre à la question posée par l'OMS, elle serait conduite, de l'avis du gouvernement français, à lui donner une réponse négative.

19 - Il convient à cet égard de rappeler le principe fondamental suivant lequel les limitations de souveraineté ne se présument pas. Le droit des Etats de déterminer l'organisation de leur défense et de choisir librement, sauf règle prohibitive spéciale, les moyens de défense qui leur conviennent découle de la souveraineté et de l'indépendance des Etats. La Cour a du reste déclaré elle-même qu'"il n'existe pas en droit international de règles, autres que celles que l'Etat intéressé peut accepter, par traité ou autrement, imposant la limitation du niveau d'armement d'un Etat souverain, ce principe étant valable pour tous les Etats sans distinction" (C.I.J., arrêt du 27 juin 1986, *Affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, Rec.1986, p.135).

20 - Or il n'existe pas, dans le droit en vigueur, de règle positive qui s'opposerait au principe même de l'emploi des armes nucléaires.

Tout d'abord, il serait de toute évidence vain de chercher, comme le font certains, une règle en ce sens dans les dispositions de la Charte des Nations unies. Une telle tentative ne pourrait résulter que d'une confusion entre le "*jus ad bellum*" et le "*jus in bello*".

L'article 2 paragraphe 4 de la Charte, qui est parfois invoqué à l'appui d'une contestation de la licéité des armes nucléaires, n'a aucune pertinence en la matière. Cet article interdit aux Membres de l'Organisation de recourir à l'emploi de la force contre l'intégrité territoriale ou l'indépendance politique de tout Etat, ou de toute autre manière incompatible avec les buts des Nations unies. On peut certes en déduire qu'un emploi de l'arme nucléaire dans des conditions contraires

à ses dispositions, et qui serait notamment constitutif d'un acte d'agression, serait contraire au droit international. Mais l'illicéité de l'acte en cause au regard de l'article 2 paragraphe 4 ne tiendrait pas à l'arme employée en elle-même, mais aux circonstances générales de son emploi.

21 - En outre, l'article 2 paragraphe 4 ne saurait être lu indépendamment de l'article 51 de la Charte qui réserve expressément l'exercice, "jusqu'à ce que le conseil de sécurité ait pris les mesures nécessaires pour maintenir la paix et la sécurité internationales" du "droit naturel de légitime défense individuelle ou collective" en cas d'agression armée, auquel "aucune disposition de la ... Charte ne porte atteinte".

L'article 51 en lui-même, pas plus que le droit coutumier applicable à la légitime défense individuelle et collective, ne réglemente ni ne limite les moyens militaires par lesquels un Etat peut exercer son droit de légitime défense. Si l'on peut reconnaître avec la Cour l'existence d'une "règle spécifique - (...) bien établie en droit international coutumier - selon laquelle la légitime défense ne justifierait que des mesures proportionnées à l'agression armée subie, et nécessaires pour y riposter" (C.I.J., arrêt du 27 juin 1986, *Affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, Rec.1986, p.94)), cette proportionnalité et cette nécessité doivent s'apprécier par rapport à l'agression subie (5).

L'évaluation de la proportionnalité dans l'exercice du droit de légitime défense est essentiellement tributaire des circonstances et ne peut relever d'interdictions spécifiques établies *a priori*. Elle dépend de la nature de l'agression, de son ampleur, du risque qu'elle fait encourir et de l'adaptation de

5 -cf additif au 8ème rapport de M. Ago sur la responsabilité des Etats, Annuaire de la commission du droit international, 1980, Vol.II, 1ère partie, pp.67-68

la réplique au but défensif recherché, c'est-à-dire de la capacité des moyens employés de faire échec à l'agression. Ce critère de proportionnalité ne permet pas en lui-même d'exclure par principe l'utilisation, que ce soit en riposte ou en premier emploi, de quelque arme déterminée que ce soit, et notamment de l'arme nucléaire, dès lors que cet emploi vise à faire face à une agression, et qu'il apparaît comme le moyen adéquat pour faire cesser celle-ci. Toute autre conclusion risquerait de vider la notion même de légitime défense de son sens et de sa portée.

En outre, l'appréciation, dans chaque cas, des divers éléments d'une situation dont il est saisi en vertu de l'article 51, relève, aux termes mêmes de la Charte, de la compétence du conseil de sécurité. Il appartiendrait à ce dernier, s'il l'estimait nécessaire à l'exercice des compétences qui lui sont dévolues par la Charte et qu'il détient à l'exclusion de tout autre organe ou organisation, de demander à la Cour un avis consultatif pour éclairer son action. Mais, pour les motifs déjà indiqués (*supra*, para.16), la Cour pourrait être conduite à estimer impossible de donner réponse à une telle question, si elle lui était présentée en termes généraux.

22 - Il est tout à fait clair qu'aucun instrument conventionnel ni aucune règle coutumière n'établissent à ce jour d'interdiction de principe de l'emploi de l'arme nucléaire.

23 - Les traités qui peuvent concerner directement ou indirectement l'emploi des armes nucléaires n'édicte ni n'impliquent aucune prohibition d'emploi de portée générale de ces armes. La plupart des instruments pertinents s'attachent à l'installation, au placement, à la détention, au transfert, à la fabrication, aux essais, voire à la destruction de telles armes. Ils ne traitent qu'exceptionnellement de l'emploi des armes nucléaires et, lorsqu'ils tendent à

exclure celui-ci, ils ne le font qu'à l'égard de certains Etats désignés, et sous des conditions précises.

C'est ainsi, par exemple, que le protocole additionnel n°II au Traité de Tlatelolco pour l'interdiction des armes nucléaires en Amérique latine, en date du 14 février 1967, contient, en son article 3, un engagement des puissances nucléaires de ne pas recourir à l'emploi d'armes nucléaires ni à la menace de leur emploi, mais ceci contre les Puissances contractantes au Traité. Il en est de même de l'article 1er du protocole 2 au Traité sur la zone dénucléarisée du Pacifique Sud adopté à Rarotonga le 6 août 1985 (6).

De son côté, le traité de Washington sur l'Antarctique, en date du 1er décembre 1959, interdit toute explosion nucléaire "dans l'Antarctique".

On évoquera, dans le même sens, le traité sur l'espace extra-atmosphérique du 27 janvier 1967 dont l'article III dispose que "Les Etats parties s'engagent à ne mettre sur orbite autour de la terre aucun objet porteur d'armes nucléaires ou de tout autre type d'arme de destruction massive, à ne pas installer de telles armes sur les corps célestes et à ne pas placer de telles armes de toute autre manière dans l'espace extra-atmosphérique".

On notera que les accords susmentionnés, même en soulignant les dangers que présentent les armes nucléaires, ne contiennent pas de condamnation juridique de ces armes. Ils se bornent à énoncer les engagements volontaires des Etats qui y souscrivent.

6 - La France n'est pas partie à cet instrument.

L'existence même de ces traités, et leur portée limitée, sont une preuve de la conviction des Etats qu'en l'absence de prohibition spéciale et acceptée, l'emploi des armes nucléaires n'est pas juridiquement interdit (cf *infra*, para.26).

Un éventuel principe d'illicéité de l'emploi des armes nucléaires ne pourrait non plus être tiré d'un texte tel que le protocole n°I du 8 juin 1977 additionnel aux conventions de Genève du 12 août 1949.

Indépendamment du fait que ce protocole, auquel la France, pour sa part, n'est pas partie, ne lie que les Etats qui l'ont ratifié, les circonstances mêmes de sa négociation excluent que l'on puisse rechercher dans les règles qu'il pose ou confirme une interdiction d'emploi de l'arme nucléaire. Dans sa note introductive aux projets de protocoles, le Comité international de la Croix-rouge avait en effet précisé que "les problèmes relatifs aux armes atomiques, bactériologiques et chimiques font l'objet d'accords internationaux ou de délibérations entre les gouvernements, et le CICR, en présentant ses projets de protocoles, n'entend donc pas les aborder". C'est sur ce principe que s'est déroulée la conférence, comme en font foi les déclarations de certains Etats, dont la France, au cours de la conférence.

La France, lorsqu'elle a adhéré en 1984 au protocole n°II relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux a estimé ne pas pouvoir devenir partie au protocole n°I, notamment parce qu'elle n'avait pas discerné, lors de la conférence, un consensus suffisant sur la portée exacte des obligations qu'assumeraient en matière de dissuasion les Etats qui accepteraient d'être liés par cet instrument.

Elle ne peut cependant que constater que plusieurs Etats ont assorti leur signature ou leur ratification de déclarations d'où il ressort que les règles

introduites par le protocole n'interdisent ni ne réglementent l'emploi des armes non conventionnelles, et en particulier des armes nucléaires. Ces déclarations n'ont, à sa connaissance fait l'objet d'aucune contestation.

Le fait que la conférence n'a pris en considération que les armes conventionnelles ressort également de la création en son sein d'une commission *ad hoc* sur "les armes conventionnelles". De plus, par sa résolution 22, elle a recommandé la convocation d'une conférence "en vue d'aboutir a) à des accords portant interdiction ou limitation de l'emploi d'armes conventionnelles spécifiques, y compris celles qui peuvent être considérées comme excessivement nocives ou frappant sans discrimination compte tenu de considérations humanitaires et d'ordre militaire; et b) à un accord sur un mécanisme conçu pour réviser de tels accords et examiner les propositions d'accords nouveaux du même genre".

On voit ainsi que le problème de l'emploi des armes nucléaires a été exclu du plus récent effort général de codification et de développement du droit de la guerre et du droit humanitaire, et ceci, à n'en pas douter, non en raison de la spécificité matérielle de ces armes, mais en raison de leur caractère d'arme politique, déjà évoqué, qui les fait relever de négociations particulières.

Il apparaît en outre que les Etats participant à la conférence ont estimé que les règles figurant dans le protocole ne pouvaient pas en elles-mêmes suffire à établir l'illicéité de l'emploi d'armes spécifiques, à quelque type qu'elles appartiennent (cf *infra*, para.26).

De façon plus générale, lors des débats en première commission de l'Assemblée générale des Nations unies, à l'automne 1993, la délégation qui s'est exprimée au nom des Pays non-alignés constatait : "It cannot be denied that an

international instrument of a legally binding nature laying down the obligation not to use nuclear weapons has continued to elude us".

24 - On ne peut également que constater l'absence de règle coutumière interdisant l'emploi des armes nucléaires.

Les conditions de formation de la coutume telles qu'elles résultent de la jurisprudence de la Cour sont bien connues. La détermination de l'existence d'une règle faisant partie du droit international coutumier ne saurait découler de la seule affirmation par certains Etats qu'ils la reconnaissent comme telle. Ainsi que l'a déclaré la Cour:

"La substance du droit international coutumier doit être recherchée en premier lieu dans la pratique effective et l'*opinio juris* des Etats, même si les conventions multilatérales peuvent avoir un rôle important à jouer en enregistrant et définissant les règles dérivées de la coutume ou même en les développant"⁽⁷⁾.

Le fait que la pratique soit générale a "un rôle essentiel" dans la formation de la coutume, et il est indispensable que les Etats "qui sont particulièrement intéressés" y participent ⁽⁸⁾. Cette dernière règle a une importance particulière dans l'espèce présente, puisqu'aussi bien une "pratique" en la matière ne pourrait venir que des Etats auxquels le statut d'Etats dotés d'armes nucléaires a été reconnu.

25 - S'agissant de la pratique des Etats, on constate, en s'en félicitant, que les armes nucléaires n'ont, heureusement, pas été employées depuis le dernier conflit mondial. On ne saurait cependant conclure de cette constatation qu'il s'est

7 - Rec. 1985, p.29-30, par.27; Rec.1986, p.97, par.183

8 - Rec.1969, p.49

instauré une pratique de "non-emploi" fondée sur une interdiction d'emploi "acceptée comme étant le droit", et y voir une coutume établie ou en formation. Tout d'abord, pour qu'il en soit ainsi, il aurait fallu que les situations dans lesquelles les Etats intéressés pourraient envisager l'emploi de ces armes se soient rencontrées. Tel n'a pas été le cas, grâce à la contribution que la politique de dissuasion peut, dans les circonstances présentes, apporter à la paix. En fait, la politique de dissuasion des Etats nucléaires, qui sont manifestement des Etats "particulièrement intéressés" à la question, montre qu'il n'existe pas d'interdiction coutumière de l'emploi de l'arme nucléaire.

26 - S'agissant de l'"*opinio juris*" des Etats il est flagrant qu'il n'y a pas d'opinion générale selon laquelle l'emploi de l'arme nucléaire serait illicite ou devrait être spécifiquement rendu tel.

Ce fait a notamment été constaté dans l'"Etude d'ensemble des armes nucléaires" mise à jour en septembre 1990 à la suite de la résolution 43/75 N (1988) de l'Assemblée générale ⁽⁹⁾. Cette étude note en effet en son paragraphe 506: "Bien qu'un vaste débat soit en cours, dans différentes enceintes, on ne note aucune convergence d'idées au sujet des aspects juridiques de la possession d'armes nucléaires et de leur utilisation en tant que moyens de guerre".

Il est vrai qu'un certain courant de pensée tente de démontrer l'existence d'un principe juridique d'interdiction d'emploi des armes nucléaires non pas en s'appuyant sur des normes positives spécifiquement consacrées à ces armes, mais en bâtissant un raisonnement à partir d'autres règles du droit international. Sans mentionner directement les armes en cause, ces règles, dit-on, pourraient s'appliquer à elles, par implication ou par extension. L'idée est ainsi parfois avancée que certaines règles en vigueur du droit humanitaire et du droit de la

guerre impliqueraient interdiction de l'emploi des armes nucléaires. Les tenants de cette thèse prennent en particulier appui à cet égard - sans se préoccuper du reste de déterminer lesquels ont un caractère coutumier, et lesquels ont un caractère conventionnel - sur divers règles ou principes énoncés dans le protocole n°I du 8 juin 1977 additionnel aux conventions de Genève de 1977, et notamment "l'interdiction de l'emploi d'armes, projectiles et matières ainsi que des méthodes de guerre de nature à causer des maux superflus" (art.35 para.1 du protocole), ou l'interdiction d'emploi d'armes ou moyens de guerre susceptibles de causer "des dommages étendus, durables et graves à l'environnement naturel" (art.35 para.2), ou la nécessité d'établir une distinction entre les objectifs militaires, d'une part, et la population civile et ses biens de l'autre, ou l'interdiction des attaques sans discrimination, au sens de l'article 51 du protocole, ou le principe de proportionnalité posé par cet article.

Le gouvernement de la République française ne croit pas nécessaire, dans le cadre des présentes observations, de discuter en détail de ces raisonnements, qu'il récuse formellement. Il se bornera à en souligner le caractère aléatoire. La thèse évoquée supposerait d'abord qu'il soit établi, selon les méthodes admises de détermination de la coutume, que les différentes règles évoquées correspondent bien toutes à des principes coutumiers reconnus comme tels, et, dans l'affirmative, le contenu exact de ces principes. En effet, si on ne peut contester que le protocole I de 1977 exprime à certains égards des principes généraux de base du droit existant, il est évident que, plus encore que les conventions de 1949⁽¹⁰⁾, il en constitue à d'autres égards un développement. Le titre même de la conférence au cours de laquelle il a été élaboré - "conférence diplomatique sur la réaffirmation et le développement du droit international humanitaire applicable dans les conflits armés" - en témoigne⁽¹¹⁾.

10 - cf CIJ, arrêt du 27 juin 1986, *"Affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci"*, Rec.1986, p.113

En outre, pour suivre les raisonnements ci-dessus évoqués, il faudrait encore, une fois dégagés et définis des principes coutumiers de base applicables aux armes nucléaires, établir qu'il en ressort une règle d'interdiction d'emploi de ces armes. Etant donné le caractère fatalement abstrait et général des principes éventuellement formulés, une telle conclusion impliquerait non une constatation, mais une construction du droit.

Il est clair en effet qu'il n'existe pas, chez les Etats, une *opinio juris* selon laquelle une interdiction d'emploi des armes nucléaires découlerait des principes ou règles du droit international, quels qu'ils soient.

27 - Il va de soi que les Etats dotés d'armes nucléaires qui pratiquent la politique de dissuasion ne considèrent pas l'emploi éventuel des armes en cause comme contraire au droit en vigueur. Leur politique de dissuasion, leur attitude à l'égard des résolutions de l'Assemblée générale portant sur la question, sont des preuves suffisantes de leur opinion à cet égard. Le fait même que l'un des Etats dotés d'armes nucléaires ait récemment proposé l'élaboration d'une convention sur l'interdiction de l'emploi en premier des armes nucléaires montre bien qu'il ne considère pas que l'emploi de ces armes est interdit.

Il est non moins clair que, parmi les Etats non dotés d'armes nucléaires, il n'existe pas non plus d'*opinio juris* générale selon laquelle une interdiction d'emploi de ces armes serait juridiquement établie.

11 - Dans son introduction au "commentaire des protocoles additionnels du 8 juin 1977" établi par le Comité international de la Croix-rouge" (p.xxxiv), M. Pictet écrit à ce propos: "Si l'on a parlé seulement de "réaffirmer et développer" le droit humanitaire, afin de bien marquer le caractère additionnel et complémentaire des Protocoles, il n'en est pas moins vrai que, sur certains points, les textes de 1977 modifient le droit antérieur et même parfois innovent assez hardiment".

La résolution WHA 46.40 par laquelle est demandé l'avis de la Cour constitue en soi une reconnaissance de l'absence de consensus juridique sur l'existence d'une interdiction d'emploi de ces armes, puisqu'elle précise que: "au cours des dernières années, les Etats membres ont exprimé des vues très divergentes quant à la licéité de l'utilisation des armes nucléaires".

Les résolutions de l'Assemblée générale des Nations unies, pour leur part, témoignent du fait que ceux mêmes qui posent en principe que cette utilisation est interdite ont, pour le moins, des incertitudes sur l'existence de cette interdiction en tant que règle juridique s'imposant aux Etats.

Le gouvernement français n'ignore pas que certaines de ces résolutions (12) ont affirmé dans leur préambule que l'emploi des armes nucléaires "constituerait une violation de la Charte des Nations unies et un crime contre l'humanité". Mais, quelle que soit la portée que l'on attribue aux résolutions de l'Assemblée générale, les formules en cause, dont le but essentiel était, à n'en pas douter, de donner plus de force à une démarche politique, ne sauraient être considérées comme ayant valeur déclaratoire d'une règle juridique existante.

D'une part, en effet, les conditions de l'adoption des résolutions, par des votes comportant une très forte opposition minoritaire, dont celle d'Etats les plus directement intéressés, écarteraient une telle appréciation. Les oppositions ou les abstentions qu'elles ont suscitées prouvent qu'aucun élément de ces résolutions ne saurait être considéré comme reflétant une "*opinio juris*" générale.

D'autre part leur objectif opérationnel porte sur la possibilité de négociation, dans le futur, d'un instrument conventionnel interdisant l'emploi des

12 - résolutions 1664 (XVI), "déclaration sur l'emploi des armes nucléaires et thermonucléaires", du 24 novembre 1961, 33/71 B du 14 décembre 1978, 35/152 D du 12 décembre 1980, 36/92 I, du 9 décembre 1981, 46/37 D du 6 décembre 1991 et 47/53 C de 1992

armes en cause. En effet, ces résolutions, tout en affirmant une règle d'interdiction de l'utilisation de ces armes, proposent des négociations pour l'établir. Elles indiquent que "le recours aux armes nucléaires doit (...) être interdit" - ce qui implique qu'il ne l'est pas (cf la résolution 33/71 B de l'Assemblée générale ou l'Acte final de la deuxième session extraordinaire, notamment son paragraphe 58). On voit bien ainsi que, dans l'esprit de leurs auteurs eux-mêmes, le principe évoqué n'est pas juridiquement consacré.

Les propositions faites au cours des dernières années en vue de la conclusion d'un traité sur l'interdiction des armes nucléaires - qui n'ont pas abouti - conduisent également à la constatation qu'une telle interdiction ne saurait être considérée comme juridiquement établie. Il en a été ainsi, par exemple, d'une formule d'interdiction d'usage à l'encontre des puissances non dotées d'armes nucléaires réunissant certaines conditions, qui avait été présentée en 1990 lors de la conférence d'examen du TNP. Il en est de même du projet de convention sur l'interdiction de l'utilisation des armes nucléaires présenté à l'Assemblée générale des Nations unies en 1991 et à nouveau en 1992 (13). Il en est de même encore des nombreuses résolutions de l'Assemblée générale appelant, par des formules diverses, à des études sur la conclusion d'une convention concernant le non-recours aux armes nucléaires (résolutions 1653 (XVI) du 24 novembre 1961, 33/71 B du 14 décembre 1978, 35/152 D du 12 décembre 1980...).

La pratique générale, et on peut même parler là d'une coutume, dans le domaine de l'interdiction ou de la réglementation des armements est du reste de procéder par voie conventionnelle. L'interdiction partielle ou totale d'emploi d'armes déterminées suppose des règles précises qui sont établies par des

13 - Résolution 46/37 D du 6 décembre 1991 et résolution 47/53 C de 1992, adoptée par 126 voix contre 26, dont la France, avec 21 abstentions.

conventions spéciales. Il en est notamment ainsi pour les armes chimiques et biologiques (Protocole de Genève de 1925 et convention sur l'interdiction des armes chimiques de 1993, non encore en vigueur, faute du nombre suffisant de ratifications); pour les modifications de l'environnement à des fins hostiles (convention de 1977); pour certaines armes classiques ayant des effets excessifs (convention de 1981)⁽¹⁴⁾. L'exigence de ces conventions spécifiques confirme bien qu'on ne saurait déduire une restriction précise de l'emploi d'armes déterminées de principes généraux qui, par nature, s'appliquent à tous les armements sans discrimination, et à aucun d'entre eux en particulier. Elle permet en outre de souligner que les conventions ainsi établies n'obligent que leurs parties et sont sans effet à l'égard des tiers. Ce fait empêche de les considérer comme traduisant des règles coutumières. On ne saurait y voir ni la reconnaissance ni la cristallisation de règles générales qui viendraient développer et préciser les standards généraux, mais simplement la formulation d'engagements supplémentaires, et limités aux Etats qui y sont devenus parties, sous les conditions et réserves qu'ils ont pu, le cas échéant, exprimer. On sort ici tant du droit international général que de la Constitution de l'OMS, qui sont le cadre de la question posée.

Il paraît donc impossible de formuler sur la base de règles générales en vigueur un principe d'interdiction d'emploi des armes nucléaires qui en serait déduit, ou y serait implicitement contenu. Une telle interdiction ne saurait résulter que d'une règle spéciale, liant les Etats qui l'acceptent.

14 - Protocole concernant la prohibition d'emploi à la guerre de gaz asphyxiants, toxiques ou similaires et de moyens bactériologiques, 17 juin 1925; convention sur l'interdiction de la mise au point, de la fabrication, du stockage et de l'emploi des armes chimiques et sur leur destruction, 13 janvier 1993, en voie de ratification par la France; convention sur l'interdiction d'utiliser des techniques de modification de l'environnement à des fins militaires ou toutes autres fins hostiles, 18 mai 1977; convention 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, 10 octobre 1980;

Le droit international général ne singularise aucun type d'armes dont il prohiberait *a priori* l'emploi de façon globale. Les principes généraux applicables aux moyens de combat ne permettent pas d'identifier de façon préférentielle une arme déterminée, mais ne s'attachent qu'à certaines conséquences de toutes les armes, quelle qu'en soit la nature. Une prohibition d'emploi d'une arme, ou d'un type d'arme particulier, ne peut provenir, comme le démontre la pratique internationale, que de conventions spéciales qui ne lient que les parties et s'appliquent indépendamment des effets concrets des armes en cause. Il s'agit donc de deux logiques juridiques tout à fait différentes, et le gouvernement de la République française ne voit pas comment on pourrait passer de l'une à l'autre. On l'a constaté, les règles conventionnelles relatives à l'emploi des armes nucléaires demeurent d'une part exceptionnelles et d'autre part de portée limitée. Le fait que ces instruments ou bien consacrent la détention d'armes nucléaires par certains Etats, sans traiter de l'emploi de ces armes, ou bien contiennent sur ce point des engagements précis, qui au surplus demeurent limités, confirme l'absence d'une règle de droit international général les prohibant.

28 - On peut tout au contraire déceler dans le droit international général des signes que celui-ci admet une utilisation éventuelle des armes nucléaires.

De façon générale, le droit conventionnel concernant les armes nucléaires reconnaît la licéité de la détention de ces armes par les "Etats dotés d'armes nucléaires", au sens du Traité du 1er juillet 1968 sur la non prolifération des armes nucléaires (TNP), c'est-à-dire par "les Etats qui ont fabriqué et fait exploser une arme nucléaire ou un autre dispositif nucléaire explosif avant le 1er janvier 1967" (art.9, para.3 du Traité).

Il en est naturellement ainsi des traités relatifs à la maîtrise des armements conclus entre Puissances dotées d'armes nucléaires.

Il en est particulièrement ainsi du Traité précité sur la non prolifération nucléaire. On notera qu'alors que des instruments conventionnels portant sur d'autres armes de destruction massive prohibent pour tous les Etats la possession (15) ou l'emploi (16) de ces armes, le traité sur la non-prolifération reconnaît expressément le caractère d'"Etats dotés d'armes nucléaires" aux Etats répondant aux critères définis ci-dessus. Le but même du Traité est certes d'éviter la prolifération nucléaire, et donc l'accroissement du nombre de ces Etats. Mais, en adhérant, dans l'exercice de leur souveraineté, au TNP, les 157 Etats qui y sont aujourd'hui parties ont expressément admis, en leur assignant des responsabilités particulières, le caractère spécifique de ces Etats dotés de l'arme nucléaire.

Sans qu'il soit besoin de discuter du point de savoir si et dans quelle mesure licéité de la détention implique directement licéité de l'emploi, il ressort de plusieurs éléments que le droit international laisse ouverte la possibilité d'un emploi des armes nucléaires.

Ainsi, le traité susvisé de 1967 sur l'espace extra-atmosphérique (cf *supra*, para.23) de même que le traité sur la dénucléarisation du fond des mers et des océans⁽¹⁷⁾, qui interdisent le placement d'armes nucléaires dans certains espaces déterminés, et ceci pour empêcher l'utilisation de ces armes dans les espaces en cause, établissent *a contrario* l'éventualité de présence et d'emploi de ces armes en d'autres lieux.

15 - convention du 10 avril 1972 sur l'interdiction de la mise au point, de la fabrication et du stockage des armes bactériologiques (biologiques) ou à toxine et sur leur destruction; convention susvisée du 13 janvier 1993 sur les armes chimiques.

16 - Protocole de Genève du 17 juin 1925 sur les gaz asphyxiants, susvisé

17 - La France n'est pas partie à ce traité.

De même, nul ne conteste que les engagements unilatéraux pris par certaines puissances nucléaires soit de ne pas utiliser en premier les armes nucléaires, soit de ne pas les utiliser contre des puissances non dotées d'armes nucléaires, ont été pris de façon discrétionnaire et non pas en vertu d'une obligation juridique. Or ces engagements, qui relèvent de la souveraineté des Etats, impliquent en eux-mêmes qu'hors des limites ainsi fixées, l'emploi des armes nucléaires pourrait être envisagé.

Des conclusions analogues peuvent être tirées du protocole additionnel n°II au traité de Tlatelolco visant l'interdiction des armes nucléaires en Amérique latine et du Traité sur la zone dénucléarisée du Pacifique Sud adopté à Rarotonga le 6 août 1985 (cf *supra*, para.23). En concluant ces instruments, les Etats qui y sont parties ont confirmé non seulement le statut d'"Etat doté d'armes nucléaires" reconnu à certains Etats par le TNP, mais également le fait qu'hors engagement conventionnel contraire, un emploi des armes nucléaires était en soi juridiquement possible (18).

On rappellera en outre la résolution 255 du 19 juin 1968, faisant suite à l'adoption par l'Assemblée générale du T.N.P., et par laquelle le conseil de sécurité a reconnu qu'une menace ou un acte d'agression nucléaire contre une puissance non dotée d'armes nucléaires "créerait une situation dans laquelle le conseil de sécurité et, au premier chef, tous ses membres permanents dotés d'armes nucléaires, devraient agir immédiatement conformément à leurs obligations aux termes de la Charte des Nations unies". Le conseil a ainsi confirmé l'existence juridique d'une catégorie de pays dotés d'armes nucléaires, comme le fait le TNP lui-même. Il n'a porté aucune condamnation spécifique et a

18 - La France, qui est partie au protocole n°II du Traité de Tlatelolco, a assorti sa signature d'une déclaration indiquant notamment: "le Gouvernement français interprète l'engagement énoncé à l'article 3 du Protocole comme ne faisant pas obstacle au plein exercice du droit de légitime défense confirmé par l'article 51 de la Charte des Nations Unies".

priori sur l'emploi des armes en cause. Il s'est borné à envisager l'hypothèse où cet emploi ou sa menace constitueraient une agression, ce qui renvoie au jeu général de la Charte et ne permet pas de singulariser sur le plan juridique l'utilisation des armes nucléaires par rapport à d'autres moyens d'agression. Au contraire même, en reconnaissant le rôle spécifique des Etats détenteurs d'armes nucléaires face à la situation envisagée, il paraît confirmer l'utilité de leur capacité dissuasive.

29 - Il ressort des considérations qui précèdent que le droit positif actuel n'exclut pas, et même sans conteste envisage, l'utilisation éventuelle des armes nucléaires. La Cour ne saurait donc, de l'avis du gouvernement de la République française, conclure à une illicéité de cet emploi qu'en faisant oeuvre de législateur et en se substituant, ce faisant, aux Etats qui, dans l'état actuel du droit et de la situation internationale, n'ont pas cru devoir interdire l'utilisation de ces armes. Le comportement des Etats, qu'ils approuvent ou réprouvent l'éventualité de cette utilisation, manifeste du reste leur ferme conviction qu'il n'existe pas de règle l'interdisant, et même qu'une telle utilisation pourrait être licite.

En conclusion, le gouvernement de la République française estime que la demande de l'Organisation mondiale de la Santé est irrecevable. Bien qu'il sache que la Cour n'a pas, jusqu'à présent, jugé nécessaire de suivre une telle procédure s'agissant d'une demande d'avis consultatif, il lui suggère respectueusement de se prononcer à titre préliminaire et indépendant sur la question de la recevabilité de cette demande.

Le gouvernement de la République française souhaiterait avoir la possibilité de présenter de nouvelles observations sur la question posée dans l'hypothèse où la Cour déciderait d'y répondre./.