

DISSENTING OPINION OF VICE-PRESIDENT SCHWEBEL

More than any case in the history of the Court, this proceeding presents a titanic tension between State practice and legal principle. It is accordingly the more important not to confuse the international law we have with the international law we need. In the main, the Court's Opinion meets that test. I am in essential though not entire agreement with much of it, and shall, in this opinion, set out my differences. Since however I profoundly disagree with the Court's principal and ultimate holding, I regret to be obliged to dissent.

The essence of the problem is this. Fifty years of the practice of States does not debar, and to that extent supports, the legality of the threat or use of nuclear weapons in certain circumstances. At the same time, principles of international humanitarian law which antedate that practice govern the use of all weapons including nuclear weapons, and it is extraordinarily difficult to reconcile the use — at any rate, some uses — of nuclear weapons with the application of those principles.

One way of surmounting the antinomy between practice and principle would be to put aside practice. That is what those who maintain that the threat or use of nuclear weapons is unlawful in all circumstances do. Another way is to put aside principle, to maintain that the principles of international humanitarian law do not govern nuclear weapons. That has not been done by States, including the nuclear-weapon States, in these proceedings nor should it be done. These principles — essentially proportionality in the degree of force applied, discrimination in the application of force as between combatants and civilians, and avoidance of unnecessary suffering of combatants — evolved in the pre-nuclear age. They do not easily fit the use of weaponry having the characteristics of nuclear weapons. At the same time, it is the fact that the nuclear Powers and their allies have successfully resisted applying further progressive development of humanitarian law to nuclear weapons; the record of the conferences that concluded the Geneva Conventions of 1949 and its Additional Protocols of 1977 establishes that. Nevertheless to hold that inventions in weaponry that post-date the formation of such fundamental principles are not governed by those principles would vitiate international humanitarian law. Nor is it believable that in fashioning these principles the international community meant to exclude their application to post-invented weaponry. The Martens Clause implies the contrary.

OPINION DISSIDENTE DE M. SCHWEBEL, VICE-PRÉSIDENT

[Traduction]

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

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

Une manière de surmonter la contradiction entre pratique et principe consisterait à faire abstraction de la pratique. C'est ce que font ceux qui soutiennent l'illicéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires. Une autre manière consisterait à faire abstraction du principe et à soutenir que les principes du droit international humanitaire ne s'appliquent pas aux armes nucléaires. Cela n'a pas été fait par les Etats, y compris ceux qui sont dotés d'armes nucléaires, dans la présente affaire et ne devait pas l'être. Ces principes — essentiellement la proportionnalité quant au niveau de la force utilisée, la distinction entre combattants et civils dans l'usage de la force, l'interdiction de causer des maux superflus aux combattants — ont été dégagés à l'époque prénucléaire. Ils ne s'adaptent pas facilement à l'emploi d'un armement ayant les caractéristiques des armes nucléaires. Il faut noter en même temps que les puissances nucléaires et leurs alliés se sont opposés avec succès à ce que le développement progressif du droit humanitaire s'étende aux armes nucléaires, comme en témoignent les travaux des conférences qui ont abouti à l'adoption des conventions de Genève de 1949 et des protocoles additionnels de 1977. Néanmoins soutenir que ces principes fondamentaux ne s'appliquent pas aux inventions mises au point dans le domaine de l'armement postérieurement à leur formation serait dénaturer le droit international humanitaire. Il n'est pas concevable non plus qu'en élaborant ces principes la communauté internationale ait voulu exclure de leur champ d'application les armes qui seraient inventées plus tard. La clause de Martens atteste du contraire.

Before considering the extent to which the chasm between practice and principle may be bridged — and is bridged by the Court's Opinion — observations on their content are in order.

STATE PRACTICE

State practice demonstrates that nuclear weapons have been manufactured and deployed by States for some 50 years; that in that deployment inheres a threat of possible use; and that the international community, by treaty and through action of the United Nations Security Council, has, far from proscribing the threat or use of nuclear weapons in all circumstances, recognized in effect or in terms that in certain circumstances nuclear weapons may be used or their use threatened.

Not only have the nuclear Powers avowedly and for decades, with vast effort and expense, manufactured, maintained and deployed nuclear weapons. They have affirmed that they are legally entitled to use nuclear weapons in certain circumstances and to threaten their use. They have threatened their use by the hard facts and inexorable implications of the possession and deployment of nuclear weapons; by a posture of readiness to launch nuclear weapons 365 days a year, 24 hours of every day; by the military plans, strategic and tactical, developed and sometimes publicly revealed by them; and, in a very few international crises, by threatening the use of nuclear weapons. In the very doctrine and practice of deterrence, the threat of the possible use of nuclear weapons inheres.

This nuclear practice is not a practice of a lone and secondary persistent objector. This is not a practice of a pariah Government crying out in the wilderness of otherwise adverse international opinion. This is the practice of five of the world's major Powers, of the permanent members of the Security Council, significantly supported for almost 50 years by their allies and other States sheltering under their nuclear umbrellas. That is to say, it is the practice of States — and a practice supported by a large and weighty number of other States — that together represent the bulk of the world's military and economic and financial and technological power and a very large proportion of its population. This practice has been recognized, accommodated and in some measure accepted by the international community. That measure of acceptance is ambiguous but not meaningless. It is obvious that the alliance structures that have been predicated upon the deployment of nuclear weapons accept the legality of their use in certain circumstances. But what may be less obvious is the effect of the Non-Proliferation Treaty and the structure of negative and positive security assurances extended by the nuclear Powers and accepted by the Security Council in pursuance of that Treaty, as well as of reser-

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

LA PRATIQUE DES ÉTATS

La pratique étatique montre que les armes nucléaires sont fabriquées et déployées par les Etats depuis une cinquantaine d'années, que la menace de leur utilisation est inhérente à leur déploiement et que, loin de proscrire la menace ou l'emploi d'armes nucléaires dans toutes les circonstances, la communauté internationale a, soit par traité soit par l'action du Conseil de sécurité de l'Organisation des Nations Unies, admis en fait ou expressément que, dans certaines circonstances, on pouvait utiliser des armes nucléaires ou menacer de les employer.

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

Cette pratique nucléaire n'est pas le fait d'Etats «objecteurs persistants», isolés et d'importance secondaire. Ce n'est pas la pratique d'un gouvernement mis au ban de la communauté des nations ne trouvant aucun écho dans une opinion internationale d'un avis contraire. C'est la pratique de cinq des grandes puissances mondiales, des membres permanents du Conseil de sécurité et elle a été appuyée très largement pendant près de cinquante ans par leurs alliés et par d'autres Etats s'abritant sous leur parapluie nucléaire. Autrement dit, c'est la pratique d'Etats — une pratique appuyée par un nombre important et imposant d'autres Etats — qui, pris ensemble, représentent l'essentiel de la puissance militaire, économique, financière et technologique du monde et une très grande proportion de sa population — et cette pratique a été reconnue, prise en compte et, dans une certaine mesure, acceptée par la communauté internationale. L'étendue de cette acceptation est incertaine mais elle n'est pas dénuée de sens. Il est évident que les alliances fondées sur le déploiement d'armes nucléaires acceptent la licéité de leur emploi dans certaines circonstances. Mais ce qui est peut-être moins évident, c'est l'effet du traité sur la non-prolifération, les conséquences du système de garanties de

ventions by nuclear Powers adhering to regional treaties that govern the possession, deployment and use of nuclear weapons.

THE NUCLEAR NON-PROLIFERATION TREATY

The Treaty on the Non-Proliferation of Nuclear Weapons (NPT), concluded in 1968 and indefinitely extended by 175 States parties in 1995, is of paramount importance. By the terms of Article I, "Each nuclear-weapon State Party to the Treaty undertakes not to transfer to any recipient whatsoever nuclear weapons . . . or control over such weapons" nor to assist "any non-nuclear-weapon State to manufacture or otherwise acquire nuclear weapons . . .". By the terms of Article II, each non-nuclear-weapon State undertakes not to receive nuclear weapons and not to manufacture them. Article III provides that each non-nuclear-weapon State shall accept safeguards to be negotiated with the International Atomic Energy Agency with a view to preventing diversion of nuclear energy from peaceful uses to nuclear weapons. Article IV preserves the right of all parties to develop peaceful uses of nuclear energy, and Article V provides that potential benefits from peaceful applications of nuclear explosions will be made available to non-nuclear-weapon States parties. Article VI provides:

"Each of the Parties to the Treaty undertakes 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, and on a treaty on general and complete disarmament under strict and effective international control."

Article VII provides:

"Nothing in this Treaty affects the right of any group of States to conclude regional treaties in order to assure the total absence of nuclear weapons in their respective territories."

Article VIII is an amendment clause. Article IX provides that the Treaty shall be open to all States and that, for the purposes of the Treaty,

"a nuclear-weapon State is one which has manufactured and exploded a nuclear weapon or other nuclear explosive device prior to 1 January 1967".

sécurité négatives et positives données par les puissances nucléaires et acceptées par le Conseil de sécurité conformément au traité, et c'est aussi l'incidence des réserves des puissances nucléaires adhérant à des traités régionaux régissant la détention, le déploiement et l'emploi d'armes nucléaires.

LE TRAITÉ SUR LA NON-PROLIFÉRATION DES ARMES NUCLÉAIRES

Le traité sur la non-prolifération des armes nucléaires, conclu en 1968 et prorogé pour une durée indéfinie par cent soixante-quinze Etats parties en 1995, revêt une importance fondamentale. Aux termes de l'article premier: «Tout Etat doté d'armes nucléaires qui est partie au traité s'engage à ne transférer à qui que ce soit ... des armes nucléaires ... ou le contrôle de telles armes...» et à n'aider «un Etat non doté d'armes nucléaires, quel qu'il soit, à fabriquer ou acquérir de quelque autre manière des armes nucléaires...» Selon l'article II, tout Etat non doté d'armes nucléaires s'engage à ne pas accepter d'armes nucléaires et à ne pas en fabriquer. L'article III dispose que tout Etat non doté d'armes nucléaires s'engage à accepter les garanties qui devront être négociées avec l'Agence internationale de l'énergie atomique en vue d'empêcher que l'énergie nucléaire ne soit détournée de ses utilisations pacifiques vers des armes nucléaires. L'article IV laisse à toutes les parties le droit de développer l'utilisation de l'énergie nucléaire à des fins pacifiques et l'article V stipule que les avantages pouvant découler des applications pacifiques des explosions nucléaires seront accessibles aux Etats non dotés d'armes nucléaires qui sont parties au traité. L'article VI dispose que:

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

L'article VII est ainsi conçu:

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

L'article VIII est une clause d'amendement. Aux termes de l'article IX le traité est ouvert à tous les Etats et

«aux fins du traité, un Etat doté d'armes nucléaires est un Etat qui a fabriqué et a fait exploser une arme nucléaire ou un autre dispositif nucléaire avant le 1^{er} janvier 1967.»

Article X is an extraordinary withdrawal clause which also contains provision on the basis of which a conference of the parties may be called to extend the Treaty.

The NPT is thus concerned with the possession rather than the use of nuclear weapons. It establishes a fundamental distinction between States possessing, and States not possessing, nuclear weapons, and a balance of responsibilities between them. It recognizes the possibility of the presence of nuclear weapons in territories in which their total absence has not been prescribed. Nothing in the Treaty authorizes, or prohibits, the use or threat of use of nuclear weapons. However, the Treaty recognizes the legitimacy of the possession of nuclear weapons by the five nuclear Powers, at any rate until the achievement of nuclear disarmament. In 1968, and in 1995, that possession was notoriously characterized by the development, refinement, maintenance and deployment of many thousands of nuclear weapons. If nuclear weapons were not maintained, they might be more dangerous than not; if they were not deployed, the utility of possession would be profoundly affected. Once a Power possesses, maintains and deploys nuclear weapons and the means of their delivery, it places itself in a posture of deterrence.

What does the practice of such possession of nuclear weapons thus import? Nuclear Powers do not possess nuclear arms to no possible purpose. They develop and maintain them at vast expense; they deploy them in their delivery vehicles; and they make and make known their willingness to use them in certain circumstances. They pursue a policy of deterrence, on which the world was on notice when the NPT was concluded and is on notice today. The policy of deterrence differs from that of the threat to use nuclear weapons by its generality. But if a threat of possible use did not inhere in deterrence, deterrence would not deter. If possession by the five nuclear Powers is lawful until the achievement of nuclear disarmament; if possession is the better part of deterrence; if deterrence is the better part of threat, then it follows that the practice of States — including their treaty practice — does not absolutely debar the threat or use of nuclear weapons.

Thus the régime of the Non-Proliferation Treaty constitutes more than acquiescence by the non-nuclear States in the reality of possession of nuclear weapons by the five nuclear Powers. As the representative of the United Kingdom put it in the oral hearings,

“The entire structure of the Non-Proliferation Treaty . . . presupposes that the parties did not regard the use of nuclear weapons as being proscribed in all circumstances.”

To be sure, the acquiescence of most non-nuclear-weapon States in the fact of possession of nuclear weapons by the five nuclear Powers — and

L'article X est une clause de retrait en cas d'événements extraordinaires et contient une disposition sur la base de laquelle une conférence des parties peut être convoquée pour proroger le traité.

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

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

Ainsi le régime institué par le traité sur la non-prolifération constitue plus qu'un acquiescement par les Etats non dotés d'armes nucléaires à la possession effective par les cinq puissances nucléaires d'armes nucléaires. Comme le représentant du Royaume-Uni l'a dit au cours de la procédure orale:

«Toute la structure du traité sur la non-prolifération ... présuppose que les parties n'ont pas considéré le recours aux armes nucléaires comme proscrit dans toutes les circonstances.»

Certes, l'acquiescement donné par la plupart des Etats non dotés d'armes nucléaires à la possession effective d'armes nucléaires par les cinq puis-

the ineluctable implications of that fact — have been accompanied by vehement protest and reservation of rights, as successive resolutions of the General Assembly show. It would be too much to say that acquiescence in this case gives rise to *opinio juris* establishing the legality of the threat or use of nuclear weapons. What it — and the State practice described — does do is to abort the birth or survival of *opinio juris* to the contrary. Moreover, there is more than the practice so far described and the implications of the Nuclear Non-Proliferation Treaty to weigh.

NEGATIVE AND POSITIVE SECURITY ASSURANCES ENDORSED
BY THE SECURITY COUNCIL

In connection with the conclusion of the Treaty in 1968 and its indefinite extension in 1995, three nuclear Powers in 1968 and five in 1995 extended negative and positive security assurances to the non-nuclear States parties to the NPT. In resolution 984 (1995), co-sponsored by the five nuclear Powers, and adopted by the Security Council on 11 April 1995 by unanimous vote,

“The Security Council,

.
Recognizing the legitimate interest of non-nuclear-weapon States Parties to the Treaty on the Non-Proliferation of Nuclear Weapons to receive security assurances,
.

Taking into consideration the legitimate concern of non-nuclear-weapon States that, in conjunction with their adherence to the Treaty on the Non-Proliferation of Nuclear Weapons, further appropriate measures be undertaken to safeguard their security,
.

Considering further that, in accordance with the relevant provisions of the Charter of the United Nations, any aggression with the use of nuclear weapons would endanger international peace and security,
.

1. *Takes note* with appreciation of the statements made by each of the nuclear-weapon States . . . , in which they give security assurances against the use of nuclear weapons to non-nuclear-weapon States that are Parties to the Treaty on the Non-Proliferation of Nuclear Weapons;

2. *Recognizes* the legitimate interest of non-nuclear-weapon States Parties to the Treaty on the Non-Proliferation of Nuclear Weapons to receive assurances that the Security Council, and above all its

sances nucléaires — avec les conséquences inéluctables attachées à ce fait — s'est accompagné de protestations véhémentes et de réserves de droits comme le montrent les résolutions successives de l'Assemblée générale. Il serait exagéré de dire que l'acquiescement donne naissance en l'occurrence à une *opinio juris* établissant la licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires. Ce qu'il fait — tout comme la pratique des Etats — c'est d'empêcher la naissance ou le maintien d'une *opinio juris* en sens contraire. De surcroît, il faut aller au-delà de la pratique décrite plus haut et des conséquences qu'entraîne le traité sur la non-prolifération.

GARANTIES NÉGATIVES ET POSITIVES DE SÉCURITÉ APPROUVÉES
PAR LE CONSEIL DE SÉCURITÉ

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

«*Le Conseil de sécurité,*

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

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

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

1. *Prend acte* avec satisfaction des déclarations faites par chacun des Etats dotés de l'arme nucléaire ..., dans lesquelles ceux-ci ont donné aux Etats non dotés d'armes nucléaires qui sont parties au traité sur la non-prolifération des armes nucléaires des garanties de sécurité contre l'emploi de telles armes;

2. *Reconnait* le désir légitime des Etats dotés d'armes nucléaires qui sont parties au traité sur la non-prolifération des armes nucléaires d'obtenir l'assurance que le Conseil de sécurité, et en pre-

nuclear-weapon State permanent members, will act immediately in accordance with the relevant provisions of the Charter of the United Nations, in the event that such States are the victim of an act of, or object of a threat of, aggression in which nuclear weapons are used;

3. *Recognizes further* that, in case of aggression with nuclear weapons or the threat of such aggression against a non-nuclear-weapon State Party to the Treaty on the Non-Proliferation of Nuclear Weapons, any State may bring the matter immediately to the attention of the Security Council to enable the Council to take urgent action to provide assistance, in accordance with the Charter, to the State victim of an act of, or object of a threat of, such aggression; and *recognizes also* that the nuclear-weapon State permanent members of the Security Council will bring the matter immediately to the attention of the Council and seek Council action to provide, in accordance with the Charter, the necessary assistance to the State victim;

.....
7. *Welcomes* the intention expressed by certain States that they will provide or support immediate assistance, in accordance with the Charter, to any non-nuclear-weapon State Party to the Treaty on the Non-Proliferation of Nuclear Weapons that is a victim of an act of, or an object of a threat of, aggression in which nuclear weapons are used;

.....
9. *Reaffirms* the inherent right, recognized under Article 51 of the Charter, of individual and collective self-defence if an armed attack occurs against a member of the United Nations, until the Security Council has taken measures necessary to maintain international peace and security;

.....”

It is plain — especially by the inclusion of operative paragraph 9 in its context — that the Security Council, in so taking note “with appreciation” in operative paragraph 1 of the negative security assurances of the nuclear Powers, and in so welcoming in operative paragraph 7 “the intention expressed” by the positive security assurances of the nuclear Powers, accepted the possibility of the threat or use of nuclear weapons, particularly to assist a non-nuclear-weapon State that, in the words of paragraph 7 — “s a victim of an act of, or an object of a threat of, aggression in which nuclear weapons are used”.

This is the plainer in view of the terms of the unilateral security assurances made by four of the nuclear-weapon States which are, with the exception of those of China, largely concordant. They expressly contemplate the use of nuclear weapons in specified circumstances. They implicitly do not debar the use of nuclear weapons against another nuclear

mier lieu tous ses membres permanents dotés de l'arme nucléaire, prendrait immédiatement des mesures, conformément aux dispositions pertinentes de la Charte des Nations Unies, au cas où lesdits Etats seraient victimes d'un acte d'agression impliquant l'emploi d'armes nucléaires ou menacés d'une telle agression ;

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

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

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

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

Cela est encore plus clair si l'on se réfère au libellé des garanties de sécurité unilatérales données par quatre des Etats dotés d'armes nucléaires qui sont largement concordantes, le cas de la Chine faisant exception. Elles envisagent expressément l'usage d'armes nucléaires dans des circonstances déterminées. Implicite-ment elles n'excluent pas l'emploi

Power (or State not party to the NPT), and explicitly do not debar their use against a non-nuclear-weapon State party that acts in violation of its obligations under the NPT.

For example, the United States reaffirms that it will not use nuclear weapons against non-nuclear-weapon States parties to the NPT

“except in the case of an invasion or other attack on the United States . . . its armed forces, its allies, or on a State towards which it has a security commitment, carried out or sustained by such a non-nuclear-weapon State in association or alliance with a nuclear-weapon State”.

The exception clearly contemplates the use of nuclear weapons in the specified exceptional circumstances. The United States assurances add: “parties to the Treaty on the Non-Proliferation of Nuclear Weapons must be in compliance” with “their obligations under the Treaty” in order to be “eligible for any benefits of adherence to the Treaty”. The United States further “affirms its intention to provide or support immediate assistance” to any non-nuclear-weapon State “that is a victim of an act of, or an object of a threat of, aggression in which nuclear weapons are used”. It reaffirms the inherent right of individual or collective self-defence under Article 51 of the Charter “if an armed attack, including a nuclear attack, occurs against a Member of the United Nations . . .”. Such affirmations by it — and their unanimous acceptance by the Security Council — demonstrate that nuclear Powers have asserted the legality and that the Security Council has accepted the possibility of the threat or use of nuclear weapons in certain circumstances.

OTHER NUCLEAR TREATIES

As the Court’s Opinion recounts, a number of treaties in addition to the NPT limit the acquisition, manufacture, and possession of nuclear weapons; prohibit their deployment or use in specified areas; and regulate their testing. The negotiation and conclusion of these treaties only makes sense in the light of the fact that the international community has not comprehensively outlawed the possession, threat or use of nuclear weapons in all circumstances, whether by treaty or through customary international law. Why conclude these treaties if their essence is already international law, indeed, as some argue, *jus cogens*?

The fact that there is no comprehensive treaty proscribing the threat or use of nuclear weapons in all circumstances is obvious. Yet it is argued that the totality of this disparate treaty-making activity demonstrates an

d'armes nucléaires contre une autre puissance nucléaire (ou un Etat non partie au traité sur la non-prolifération) et explicitement elles n'excluent pas l'usage de ces armes contre un Etat partie non doté d'armes nucléaires qui violerait les obligations découlant du traité.

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

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

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

AUTRES TRAITÉS CONCLUS EN MATIÈRE NUCLÉAIRE

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

Il est bien évident qu'il n'existe aucun traité général prohibant la menace ou l'emploi d'armes nucléaires en toutes circonstances. Pourtant on soutient que toute cette activité disparate de conclusion de traités

emergent *opinio juris* in favour of the comprehensive outlawry of the threat or use of nuclear weapons; that, even if nuclear weapons were not outlawed decades ago, they are today, or are on the verge of so becoming, by the cumulation of such treaties as well as resolutions of the United Nations General Assembly.

The looseness of that argument is no less obvious. Can it really be supposed that, in recent months, nuclear Powers have adhered to a protocol to the Treaty of Raratonga establishing a nuclear-free zone in the South Pacific because they believe that the threat or use of nuclear weapons already is outlawed in all circumstances and places, there as elsewhere? Can it really be believed that as recently as 15 December 1995, at Bangkok, States signed a Treaty on the South-East Asia Nuclear-Weapon-Free Zone, and on 11 April 1996 the States of Africa took the considerable trouble to conclude at Cairo a treaty for the creation of a nuclear-weapons-free zone in Africa, on the understanding that by dint of emergent *opinio juris* customary international law already requires that all zones of the world be nuclear-free?

On the contrary, the various treaties relating to nuclear weapons confirm what the practice described above imports: the threat or use of nuclear weapons is not — certainly, not yet — prohibited in all circumstances, whether by treaty or customary international law. This is the clearer in the light of the terms of the Treaty of Tlatelolco for the Prohibition of Nuclear Weapons in Latin America of 14 February 1967 and the declarations that accompanied adherence to an Additional Protocol under the Treaty of the five nuclear-weapon States. All of the five nuclear-weapon States in so adhering undertook not to use or threaten to use nuclear weapons against the Contracting Parties to the Treaty. But they subjected their undertakings to the possibility of the use of nuclear weapons in certain circumstances, as recounted above in paragraph 59 of the Court's Opinion. None of the Contracting Parties to the Tlatelolco Treaty objected to the declarations of the five nuclear-weapon States, which is to say that the Contracting Parties to the Treaty recognized the legality of the use of nuclear weapons in certain circumstances.

RESOLUTIONS OF THE GENERAL ASSEMBLY

In its Opinion, the Court concludes that the succession of resolutions of the General Assembly on nuclear weapons “still fall short of establishing the existence of an *opinio juris* on the illegality of the use of such weapons” (para. 71). In my view, they do not begin to do so. The seminal resolution, resolution 1653 (XVI) of 24 November 1961, declares that the use of nuclear weapons is “a direct violation of the Charter of the United Nations” and “is contrary to the rules of international law and to the

montre qu'une *opinio juris* se fait jour en faveur de l'interdiction générale de toute menace ou de tout emploi d'armes nucléaires, que, même si les armes nucléaires n'ont pas été mises hors la loi il y a quelques dizaines d'années, elles le sont aujourd'hui ou sont sur le point de l'être par le jeu de l'addition de tels traités et de résolutions de l'Assemblée générale des Nations Unies.

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

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

RÉSOLUTIONS DE L'ASSEMBLÉE GÉNÉRALE

La Cour conclut, dans son avis, que les résolutions successives de l'Assemblée générale sur les armes nucléaires «n'établissent pas encore l'existence d'une *opinio juris* quant à l'illicéité de l'emploi de ces armes» (par. 71). A mon sens, elles ne commencent même pas à le faire. La toute première résolution en la matière, la résolution 1653 (XVI) du 24 novembre 1961, déclare que le recours aux armes nucléaires constitue «une violation directe de la Charte des Nations Unies», qu'elle est «contraire

laws of humanity”, and that any State using nuclear weapons is to be considered “as committing a crime against mankind and civilization”. It somewhat inconsistently concludes by requesting consultations to ascertain views on the possibility of convening a conference for signing a convention on the prohibition of the use of nuclear weapons for war purposes. Resolution 1653 (XVI) was adopted by a vote of 55 to 20, with 26 abstentions. Four of the five nuclear Powers voted against it. Succeeding resolutions providing, as in resolution 36/92 I, that “the use or threat of use of nuclear weapons should . . . be prohibited . . .”, have been adopted by varying majorities, in the teeth of strong, sustained and qualitatively important opposition. Any increase in the majority for such resolutions is unimpressive, deriving in some measure from an increase in the membership of the Organization. The continuing opposition, consisting as it does of States that bring together much of the world’s military and economic power and a significant percentage of its population, more than suffices to deprive the resolutions in question of legal authority.

The General Assembly has no authority to enact international law. None of the General Assembly’s resolutions on nuclear weapons are declaratory of existing international law. The General Assembly can adopt resolutions declaratory of international law only if those resolutions truly reflect what international law is. If a resolution purports to be declaratory of international law, if it is adopted unanimously (or virtually so, qualitatively as well as quantitatively) or by consensus, and if it corresponds to State practice, it may be declaratory of international law. The resolutions of which resolution 1653 is the exemplar conspicuously fail to meet these criteria. While purporting to be declaratory of international law (yet calling for consultations about the possibility of concluding a treaty prohibition of what is so declared), they not only do not reflect State practice, they are in conflict with it, as shown above. Forty-six States voted against or abstained upon the resolution, including the majority of the nuclear Powers. It is wholly unconvincing to argue that a majority of the Members of the General Assembly can “declare” international law in opposition to such a body of State practice and over the opposition of such a body of States. Nor are these resolutions authentic interpretations of principles or provisions of the United Nations Charter. The Charter contains not a word about particular weapons, about nuclear weapons, about *ius in bello*. To declare the use of nuclear weapons a violation of the Charter is an innovative interpretation of it, which cannot be treated as an authentic interpretation of Charter principles or provisions giving rise to obligations binding on States under international law. Finally, the repetition of resolutions of the General Assembly in this vein, far from giving rise, in the words of the Court, to “the nascent *opinio juris*”, rather demonstrates what the law is not. When faced with continuing and significant opposition, the repetition of General Assembly

aux règles du droit international et aux lois de l'humanité», et que tout Etat se servant d'armes nucléaires doit être considéré «comme commettant un crime contre l'humanité et la civilisation». Elle s'achève de façon quelque peu contradictoire en demandant de consulter les Etats afin d'obtenir leurs vues sur la possibilité de convoquer une conférence pour la signature d'une convention sur l'interdiction de l'emploi des armes nucléaires à des fins de guerre. La résolution 1653 (XVI) a été adoptée par 55 voix contre 20, avec 26 abstentions. Quatre des cinq puissances nucléaires ont voté contre. Les résolutions qui se sont ensuite succédées et qui disposaient, comme la résolution 36/92 I, que «le recours ou la menace du recours aux armes nucléaires devraient être interdits...» ont été adoptées à des majorités variables, malgré une opposition puissante, constante et qualitativement importante. Il n'y a pas lieu d'être frappé par les majorités plus larges qui se sont dégagées car elles ont résulté dans une certaine mesure de l'augmentation du nombre des Membres de l'Organisation. Le fait que cette opposition persistante regroupe des Etats qui représentent une bonne partie du pouvoir économique et militaire dans le monde et un pourcentage important de sa population suffit à ôter toute valeur juridique aux résolutions en question.

L'Assemblée générale n'est pas habilitée à élaborer le droit international. Aucune des résolutions de l'Assemblée générale sur les armes nucléaires n'est déclaratoire du droit international existant. L'Assemblée ne peut adopter de résolutions déclaratoires du droit international que si ces résolutions traduisent véritablement l'état du droit international. Si une résolution se veut déclaratoire du droit international, si elle est adoptée à l'unanimité (ou presque, qualitativement comme quantitativement) ou par consensus et si elle correspond à la pratique des Etats, elle peut être déclaratoire du droit international. Les résolutions dont la résolution 1653 est le modèle ne répondent manifestement pas à ces critères. Tout en se voulant déclaratoires du droit international (mais non sans demander que des consultations soient menées sur la possibilité de conclure un traité interdisant ce que l'on dit interdit), non seulement elles ne reflètent pas la pratique des Etats mais elles sont aussi en contradiction avec celle-ci, comme on l'a montré plus haut. Quarante-six Etats ont voté contre la résolution 1653 ou se sont abstenus et parmi eux figure la majorité des puissances nucléaires. Soutenir qu'une majorité des Membres de l'Assemblée générale peut «dire» le droit international face à une pratique étatique contraire et malgré l'opposition d'un tel groupe d'Etats n'emporte nullement la conviction. Ces résolutions ne sont pas non plus des interprétations faisant autorité des principes et des dispositions de la Charte des Nations Unies. Celle-ci ne dit pas un mot des armes particulières qui peuvent être utilisées, pas plus que des armes nucléaires ou du *ius in bello*. Dire que l'emploi d'armes nucléaires est une violation de la Charte est une interprétation novatrice de celle-ci, et ne saurait être considérée comme une interprétation faisant autorité des principes et des dispositions de la Charte créant des obligations qui s'imposent aux Etats en vertu du droit international. Enfin, le fait que l'Assemblée générale ait

resolutions is a mark of ineffectuality in law formation as it is in practical effect.

PRINCIPLES OF INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW

While it is not difficult to conclude that the principles of international humanitarian law — above all, proportionality in the application of force, and discrimination between military and civilian targets — govern the use of nuclear weapons, it does not follow that the application of those principles to the threat or use of nuclear weapons “in any circumstance” is easy. Cases at the extremes are relatively clear; cases closer to the centre of the spectrum of possible uses are less so.

At one extreme is the use of strategic nuclear weapons in quantities against enemy cities and industries. This so-called “countervalue” use (as contrasted with “counterforce” uses directed only against enemy nuclear forces and installations) could cause an enormous number of deaths and injuries, running in some cases into the millions; and, in addition to those immediately affected by the heat and blast of those weapons, vast numbers could be affected, many fatally, by spreading radiation. Large-scale “exchanges” of such nuclear weaponry could destroy not only cities but countries, and render continents, perhaps the whole of the earth, uninhabitable, if not at once then through longer-range effects of nuclear fallout. It cannot be accepted that the use of nuclear weapons on a scale which would — or could — result in the deaths of many millions in indiscriminate inferno and by far-reaching fallout, have profoundly pernicious effects in space and time, and render uninhabitable much or all of the earth, could be lawful.

At the other extreme is the use of tactical nuclear weapons against discrete military or naval targets so situated that substantial civilian casualties would not ensue. For example, the use of a nuclear depth-charge to destroy a nuclear submarine that is about to fire nuclear missiles, or has fired one or more of a number of its nuclear missiles, might well be lawful. By the circumstance of its use, the nuclear depth-charge would not give rise to immediate civilian casualties. It would easily meet the test of proportionality; the damage that the submarine’s missiles could inflict on the population and territory of the target State would infinitely outweigh that entailed in the destruction of the submarine and its crew. The submarine’s destruction by a nuclear weapon would produce radiation in the sea, but far less than the radiation that firing of its missiles would pro-

adopté des résolutions successives de la même veine, loin d'engendrer «une *opinio juris* naissante», pour reprendre les termes de la Cour, montre plutôt ce que le droit n'est pas. Leur répétition, face à une opposition considérable et durable, dénote le caractère inopérant de ces résolutions tant sur le plan de la formation du droit que sur le plan des effets pratiques.

LES PRINCIPES DU DROIT INTERNATIONAL HUMANITAIRE

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

A l'un des extrêmes, on trouve l'emploi massif d'armes nucléaires stratégiques contre les villes et les industries de l'ennemi. Ces frappes «contre-valeurs» (par opposition aux frappes «contre-forces» uniquement dirigées contre les forces et les installations nucléaires de l'ennemi) peuvent provoquer un nombre considérable de morts et de blessés, de l'ordre parfois de plusieurs millions; et outre les personnes immédiatement victimes de l'effet de chaleur et de souffle des armes en question, un très grand nombre d'autres pourraient être touchées par la propagation des rayonnements, ce dont beaucoup pourraient mourir. Des «échanges» de grande envergure d'armes nucléaires de ce genre pourrait détruire non seulement des villes mais aussi des pays et rendre des continents, voire la terre entière, inhabitables, sinon immédiatement du moins à plus long terme en raison des effets des retombées radioactives. On ne saurait admettre que l'emploi d'armes nucléaires à une échelle qui causerait ou pourrait causer la mort de millions d'êtres humains dans un anéantissement aveugle et infernal ou à la suite de retombées très dispersées, qui auraient ou pourraient avoir des effets profondément pernicieux dans l'espace et le temps et rendre inhabitable une grande partie ou l'ensemble de la planète, puisse être licite.

A l'autre extrême, on trouve l'emploi d'armes nucléaires tactiques dirigées contre des cibles militaires et navales furtives, déployées de façon à ne provoquer aucune perte civile. C'est ainsi que l'utilisation d'un engin nucléaire qui aurait pour objet de détruire un sous-marin nucléaire sur le point de tirer des missiles nucléaires ou ayant déjà tiré un certain nombre de ces missiles pourrait bien être licite. Vu les circonstances de son emploi, cet engin nucléaire ne causerait aucune victime civile. Son utilisation répondrait facilement au critère de la proportionnalité car les dommages que les missiles lancés par le sous-marin pourraient infliger à la population et au territoire de l'Etat visé seraient infiniment plus graves que ceux qui résulteraient de la destruction du sous-marin et de son équipage. La destruction du sous-marin par une arme nucléaire engendrerait

duce on and over land. Nor is it as certain that the use of a conventional depth-charge would discharge the mission successfully; the far greater force of a nuclear weapon could ensure destruction of the submarine whereas a conventional depth-charge might not.

An intermediate case would be the use of nuclear weapons to destroy an enemy army situated in a desert. In certain circumstances, such a use of nuclear weapons might meet the tests of discrimination and proportionality; in others not. The argument that the use of nuclear weapons is inevitably disproportionate raises troubling questions, which the British Attorney-General addressed in the Court's oral proceedings in these terms:

“If one is to speak of ‘disproportionality’, the question arises: disproportionate to what? The answer must be ‘to the threat posed to the victim State’. It is by reference to that threat that proportionality must be measured. So one has to look at all the circumstances, in particular the scale, kind and location of the threat. To assume that any defensive use of nuclear weapons must be disproportionate, no matter how serious the threat to the safety and the very survival of the State resorting to such use, is wholly unfounded. Moreover, it suggests an overbearing assumption by the critics of nuclear weapons that they can determine in advance that no threat, including a nuclear, chemical or biological threat, is ever worth the use of any nuclear weapon. It cannot be right to say that if an aggressor hits hard enough, his victim loses the right to take the only measure by which he can defend himself and reverse the aggression. That would not be the rule of law. It would be an aggressor's charter.”

For its part, the body of the Court's Opinion is cautious in treating problems of the application of the principles of international humanitarian law to concrete cases. It evidences a measure of uncertainty in a case in which the tension between State practice and legal principle is unparalleled. It concludes, in paragraph 2 E of the *dispositif*, that,

“It follows from the above-mentioned requirements that the threat or use of nuclear weapons would generally be contrary to the rules of international law applicable in armed conflict, and in particular the principles and rules of international humanitarian law.”

That conclusion, while imprecise, is not unreasonable. The use of nuclear weapons is, for the reasons examined above, exceptionally difficult to reconcile with the rules of international law applicable in armed conflict, particularly the principles and rules of international humanitarian law. But that is by no means to say that the use of nuclear weapons, in any and all circumstances, would necessarily and invariably conflict

des rayonnements en mer mais ceux-ci seraient bien moindres que ceux que le tir de missiles produirait sur terre. Il n'est pas certain non plus que l'usage d'un engin de type classique remplirait la même mission avec succès; en raison de sa beaucoup plus grande puissance, une arme nucléaire pourrait provoquer la destruction du sous-marin, ce qu'un engin classique pourrait ne pas faire.

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

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

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

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

Cette conclusion, bien qu'imprécise, n'est pas déraisonnable. L'emploi d'armes nucléaires est, pour les raisons examinées plus haut, excessivement difficile à concilier avec les règles du droit international applicable dans les conflits armés et en particulier les principes et règles du droit international humanitaire. Mais cela ne veut nullement dire que l'emploi d'armes nucléaires serait, dans une circonstance déterminée ou en toutes

with those rules of international law. On the contrary, as the *dispositif* in effect acknowledges, while they might “generally” do so, in specific cases they might not. It all depends upon the facts of the case.

EXTREME CIRCUMSTANCES OF SELF-DEFENCE AND STATE SURVIVAL

The just-quoted first paragraph of paragraph 2 E of the holdings is followed by the Court’s ultimate, paramount — and sharply controverted — conclusion in the case, narrowly adopted by the President’s casting vote:

“However, in view of the current state of international law, and of the elements of fact at its disposal, the Court cannot conclude definitively whether 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.”

This is an astounding conclusion to be reached by the International Court of Justice. Despite the fact that its Statute “forms an integral part” of the United Nations Charter, and despite the comprehensive and categorical terms of Article 2, paragraph 4, and Article 51 of that Charter, the Court concludes on the supreme issue of the threat or use of force of our age that it has no opinion. In “an extreme circumstance of self-defence, in which the very survival of a State would be at stake”, the Court finds that international law and hence the Court have nothing to say. After many months of agonizing appraisal of the law, the Court discovers that there is none. When it comes to the supreme interests of State, the Court discards the legal progress of the twentieth century, puts aside the provisions of the Charter of the United Nations of which it is “the principal judicial organ”, and proclaims, in terms redolent of *Realpolitik*, its ambivalence about the most important provisions of modern international law. If this was to be its ultimate holding, the Court would have done better to have drawn on its undoubted discretion not to render an opinion at all.

Neither predominant legal theory (as most definitively developed by Lauterpacht in *The Function of Law in the International Community*, 1933) nor the precedent of this Court admit a holding of *non liquet*, still less a holding — or inability to hold — of such a fundamental character. Lauterpacht wrote most pertinently (and, as it has turned out, presciently):

“There is not the slightest relation between the content of the right to self-defence and the claim that it is above the law and not amenable to evaluation by law. Such a claim is self-contradictory,

circonstances, nécessairement et toujours contraire aux règles du droit international. Loin de là — et comme le dispositif le reconnaît en fait — cet emploi peut être «généralement» contraire à ces règles mais, dans des cas particuliers, il pourrait ne pas l'être. Tout dépend des circonstances en cause.

CIRCONSTANCES EXTRÊMES METTANT EN JEU LA LÉGITIME DÉFENSE
ET LA SURVIE DE L'ÉTAT

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

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

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

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

«Il n'y a pas la moindre relation entre le contenu du droit de légitime défense et l'allégation selon laquelle il est au-dessus du droit et ne relève pas d'une évaluation juridique. Une telle allégation renferme

inasmuch as it purports to be based on legal right, and as, at the same time, it dissociates itself from regulation and evaluation by the law. Like any other dispute involving important issues, so also the question of the right of recourse to war in self-defence is in itself capable of judicial decision . . ." (*Op. cit.*, p. 180.)

Indeed, the drafters of the Statute of the Permanent Court of International Justice crafted the provisions of Article 38 of its Statute — provisions which Article 38 of the Statute of this Court maintains — in order, in the words of the President of the Advisory Committee of Jurists, to avoid "especially the blind alley of *non liquet*". To do so, they adopted the Root-Phillimore proposal to empower the Court to apply not only international conventions and international custom but "the general principles of law recognized by civilized nations" (Permanent Court of International Justice, Advisory Committee of Jurists, *Procès-Verbaux of the Proceedings of the Committee, June 16th-July 24th, 1920*, The Hague, 1920, pp. 332, 344. See also pp. 296 ("A rule must be established to meet this eventuality, to avoid the possibility of the Court declaring itself incompetent (*non liquet*) though lack of applicable rules"), 307-320 and 336 (the reference to general principles "was necessary to meet the possibility of a *non liquet*").

Moreover, far from justifying the Court's inconclusiveness, contemporary events rather demonstrate the legality of the threat or use of nuclear weapons in extraordinary circumstances.

DESERT STORM

The most recent and effective threat of the use of nuclear weapons took place on the eve of "Desert Storm". The circumstances merit exposition, for they constitute a striking illustration of a circumstance in which the perceived threat of the use of nuclear weapons was not only eminently lawful but intensely desirable.

Iraq, condemned by the Security Council for its invasion and annexation of Kuwait and for its attendant grave breaches of international humanitarian law, had demonstrated that it was prepared to use weapons of mass destruction. It had recently and repeatedly used gas in large quantities against the military formations of Iran, with substantial and perhaps decisive effect. It had even used gas against its own Kurdish citizens. There was no ground for believing that legal or humanitarian scruple would prevent it from using weapons of mass destruction — notably chemical, perhaps bacteriological or nuclear weapons — against the coalition forces arrayed against it. Moreover, it was engaged in extraordinary efforts to construct nuclear weapons in violation of its obligations as a party to the Non-Proliferation Treaty.

une contradiction car elle prétend se fonder sur un droit tout en se dissociant d'une réglementation et d'une évaluation juridiques. Comme tout autre différend soulevant des questions importantes, la question du droit de recourir à la guerre au titre de la légitime défense peut fort bien faire l'objet d'une décision judiciaire...» (*Op. cit.*, p. 180.)

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

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

L'OPÉRATION «TEMPÊTE DU DÉSERT»

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

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

General Norman Schwarzkopf stated on 10 January 1996 over national public television in the United States on *Frontline*:

“My nightmare scenario was that our forces would attack into Iraq and find themselves in such a great concentration that they became targeted by chemical weapons or some sort of rudimentary nuclear device that would cause mass casualties.

That’s exactly what the Iraqis did in the Iran-Iraq war. They would take the attacking masses of the Iranians, let them run up against their barrier system, and when there were thousands of people massed against the barrier system, they would drop chemical weapons on them and kill thousands of people.” (*Frontline*, Show No. 1408, “The Gulf War”, *Transcript of Journal Graphics, Inc.*, Part II, p. 5.)

To exorcise that nightmare, the United States took action as described by then Secretary of State James A. Baker in the following terms, in which he recounts his climactic meeting of 9 January 1990 in Geneva with the then Foreign Minister of Iraq, Tariq Aziz:

“I then made a point ‘on the dark side of the issue’ that Colin Powell had specifically asked me to deliver in the plainest possible terms. ‘If the conflict involves your use of chemical or biological weapons against our forces’, I warned, ‘the American people will demand vengeance. We have the means to exact it. With regard to this part of my presentation, that is not a threat, it is a promise. If there is any use of weapons like that, our objective won’t just be the liberation of Kuwait, but the elimination of the current Iraqi regime, and anyone responsible for using those weapons would be held accountable.’

The President had decided, at Camp David in December, that the best deterrent of the use of weapons of mass destruction by Iraq would be a threat to go after the Ba’ath regime itself. He had also decided that U.S. forces would not retaliate with chemical or nuclear response if the Iraqis attacked with chemical munitions. There was obviously no reason to inform the Iraqis of this. In hope of persuading them to consider more soberly the folly of war, I purposely left the impression that the use of chemical or biological agents by Iraq could invite tactical nuclear retaliation. (We do not really know whether this was the reason there appears to have been no confirmed use by Iraq of chemical weapons during the war. My own view is that the calculated ambiguity how we might respond has to be part of the reason.)” (*The Politics of Diplomacy — Revolution, War and Peace, 1989-1992*, by James A. Baker III, 1995, p. 359.)

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

«Le scénario cauchemardesque qui me hantait était qu'en attaquant l'Iraq chez lui nous concentrions à ce point nos forces qu'elles deviendraient la cible d'armes chimiques ou de quelque sorte d'engin nucléaire rudimentaire qui causerait des pertes massives.

C'est exactement ce que les Iraquiens ont fait pendant la guerre Iran-Iraq. Ils laissaient s'approcher des masses d'attaquants iraniens, les laissaient atteindre le système de défense et quand des milliers d'hommes s'étaient massés près de ce système ils lâchaient sur eux des armes chimiques et en tuaient des milliers.» (*Frontline, Show No. 1408, «The Gulf War», Transcript of Journal Graphics, Inc., partie II, p. 5.*)

Pour exorciser ce cauchemar, les Etats-Unis ont pris les mesures que James A. Baker alors secrétaire d'Etat a décrites dans le passage suivant où il raconte la réunion cruciale qu'il a eue le 9 janvier 1990 à Genève avec le ministre des affaires étrangères iraquien de l'époque, Tariq Aziz :

«J'ai parlé alors du «côté sombre du tableau» que Colin Powell m'avait expressément demandé d'évoquer dans les termes les plus clairs possibles. «Si le conflit vous amène à utiliser des armes chimiques ou biologiques contre nos forces — ai-je dit — le peuple américain criera vengeance. Nous avons les moyens de l'exercer. Ce que je viens de dire n'est pas une menace, c'est un engagement. Si des armes comme celles-là sont employées, notre objectif ne sera pas seulement la libération du Koweït, ce sera l'élimination du régime iraquien actuel et quiconque sera responsable de l'utilisation de ces armes devra rendre des comptes.»

Le Président avait décidé à Camp David, en décembre, que la meilleure dissuasion contre l'emploi d'armes de destruction massive par l'Iraq serait la menace de s'en prendre au régime Baas lui-même. Il avait aussi décidé que les forces des Etats-Unis n'useraient pas d'armes chimiques ou nucléaires à titre de représailles si les Iraquiens attaquaient avec des munitions chimiques. Il n'y avait manifestement aucune raison d'informer les Iraquiens de cela. Dans l'espoir de les amener à considérer plus posément la folie que serait cette guerre, j'ai donné à dessein l'impression que l'emploi d'agents chimiques ou biologiques par l'Iraq pourrait entraîner une riposte nucléaire tactique. (Nous ignorons vraiment si telle est la raison pour laquelle il semble que nous n'ayons aucune confirmation que l'Iraq ait utilisé des armes chimiques pendant le conflit. Mon opinion personnelle est que l'ambiguïté calculée qui planait sur notre éventuelle réaction doit l'expliquer en partie.)» (*The Politics of Diplomacy — Revolution, War and Peace, 1989-1992*, par James A. Baker III, 1995, p. 359.)

In *Frontline*, Mr. Baker adds:

“The president’s letter to Saddam Hussein, which Tariq Aziz read in Geneva, made it very clear that if Iraq used weapons of mass destruction, chemical weapons, against United States forces that the American people would — would demand vengeance and that we had the means to achieve it.” (*Loc. cit.*, Part I, p. 13.)

Mr. Aziz is then portrayed on the screen immediately thereafter as saying:

“I read it very carefully and then when I ended reading it, I told him, ‘Look, Mr. Secretary, this is not the kind of correspondence between two heads of state. This is a letter of threat and I cannot receive from you a letter of threat to my president’, and I returned it to him.” (*Ibid.*)

At another point in the programme, the following statements were made:

“NARRATOR: The Marines waited for a chemical attack. It never came.

TARIQ AZIZ: We didn’t think that it was wise to use them. That’s all what I can say. That was not — was not wise to use such kind of weapons in such kind of a war with — with such an enemy.” (*Loc. cit.*, Part II, p. 7.)

In *The Washington Post* of 26 August 1995, an article datelined “United Nations, 25 August”, was published as follows:

“Iraq has released to the United Nations new evidence that it was prepared to use deadly toxins and bacteria against U.S. and allied forces during the 1991 Persian Gulf War that liberated Kuwait from its Iraqi occupiers, U.N. Ambassador Rolf Ekeus said today.

Ekeus, the chief U.N. investigator of Iraq’s weapons programs, said Iraqi officials admitted to him in Baghdad last week that in December 1990 they loaded three types of biological agents into roughly 200 missile warheads and aircraft bombs that were then distributed to air bases and a missile site.

The Iraqis began this process the day after the U.N. Security Council voted to authorize using ‘all necessary means’ to liberate Kuwait, Ekeus said. He said the action was akin to playing ‘Russian roulette’ with extraordinarily dangerous weapons on the eve of war.

U.S. and U.N. officials said the Iraqi weapons contained enough biological agents to have killed hundreds of thousands of people and spread horrible diseases in cities or military bases in Israel, Saudi

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

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

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

«J'ai lu la lettre très soigneusement et, dès que j'ai fini de la lire, je lui ai dit : «Ecoutez, Monsieur le Secrétaire, ce n'est pas le genre de correspondance qu'échangent deux chefs d'Etats. Ceci est une lettre de menace et je ne puis recevoir de vous une lettre de menace adressée à mon président», et je la lui ai rendue.» (*Ibid.*)

A un autre moment de l'émission, les propos suivants ont été échangés :

«PRÉSENTATEUR : Les marines s'attendaient à une attaque à l'aide d'armes chimiques, il n'y en a jamais eu.

TARIQ AZIZ : Nous n'avons pas pensé qu'il était sage de les utiliser. C'est tout ce que je peux dire. Qu'il n'était pas... sage d'utiliser ce genre d'armes dans ce genre de guerre avec... avec un tel ennemi.» (*Loc. cit.*, partie II, p. 7.)

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

«L'Iraq a donné à l'Organisation des Nations Unies de nouvelles indications prouvant qu'il était disposé à utiliser des toxines et des bactéries mortelles contre les forces américaines et alliées pendant la guerre du golfe Persique de 1991 qui a permis de libérer le Koweït de ses occupants irakiens, a dit aujourd'hui l'ambassadeur des Nations Unies, Rolf Ekeus.

Ekeus, chef de la mission d'enquête des Nations Unies sur les programmes d'armement irakiens, a dit que des fonctionnaires irakiens avaient reconnu devant lui à Bagdad, la semaine dernière, qu'en décembre 1990 ils avaient placé des agents biologiques de trois catégories dans quelque deux cents ogives et bombes aériennes, lesquelles ont ensuite été expédiées vers des bases aériennes et un site de missiles.

Les Irakiens ont commencé cette opération le lendemain du jour où le Conseil de sécurité des Nations Unies avait autorisé l'utilisation de tous les moyens nécessaires pour libérer le Koweït, a indiqué Ekeus. Selon lui, cela revenait à jouer à la roulette russe avec des armes extraordinairement dangereuses à la veille de la guerre.

Des fonctionnaires des Etats-Unis et des Nations Unies ont dit que les armes irakiennes contenaient assez d'agents biologiques pour tuer des centaines de milliers de personnes et répandre d'hor-

Arabia or wherever Iraq aimed the medium-range missiles or squeaked a bomb-laden aircraft through enemy air defenses.

Ekeus said Iraqi officials claimed they decided not to use the weapons after receiving a strong but ambiguously worded warning from the Bush administration on Jan. 9, 1991, that any use of unconventional warfare would provoke a devastating response.

Iraq's leadership assumed this meant Washington would retaliate with nuclear weapons, Ekeus said he was told. U.N. officials said they believe the statement by Iraqi Deputy Prime Minister Tariq Aziz is the first authoritative account for why Iraq did not employ the biological or chemical arms at its disposal.

.....

Iraqi officials said the documents were hidden by Hussein Kamel Hassan Majeed, the director of Iraq's weapons of mass destruction program who fled to Jordan on Aug. 7 and whose defection prompted Iraq to summon Ekeus to hear the new disclosures . . .

Iraq admitted to filling a total of 150 aircraft bombs with botulinum toxin and bacteria capable of causing anthrax disease, each of which is among the most deadly substances known and can kill in extremely small quantities, Ekeus said. It also claimed to have put the two agents into 25 warheads to be carried by a medium-range rocket.

According to what Aziz told Ekeus on Aug. 4, then-Secretary of State James A. Baker III delivered the U.S. threat of grievous retaliation that caused Iraq to hold back during a tense, four-hour meeting in Geneva about five weeks before the beginning of the U.S.-led Desert Storm military campaign. Baker hinted at a U.S. response that would set Iraq back years by reducing its industry to rubble.

Ekeus said that Aziz told him Iraq 'translated' the warning into a threat that Washington would respond with nuclear arms. In fact, then-Joint Chiefs of Staff Chairman Colin L. Powell and other U.S. military leaders had decided early on that nuclear weapons were not needed and no such retaliatory plans existed." (*The Washington Post*, 26 August 1995, p. A1. See also the report in *The New York Times*, 26 August 1995, p. 3. For a contrasting contention by Iraq that "authority to launch biological and chemical war-heads was pre-delegated in the event that Baghdad was hit by nuclear weapons during the Gulf war", see the 8th Report to the Security Council by

ribles maladies dans les villes ou les bases militaires d'Israël, d'Arabie saoudite ou en tout lieu vers lequel l'Iraq aurait tiré ses missiles à moyenne portée ou dans lequel ses bombardiers seraient parvenus à s'infiltrer au travers des défenses aériennes ennemies.

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

Les dirigeants iraqiens ont supposé que cela signifiait de la part de Washington une riposte nucléaire, a-t-on dit à Ekeus. De l'avis de certains responsables de l'ONU, la déclaration du premier ministre adjoint, Tariq Aziz, serait la première indication digne de foi expliquant pourquoi l'Iraq n'a pas employé les armes chimiques et biologiques dont il disposait.

.....

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

L'Iraq a admis avoir rempli au total cent cinquante bombes aériennes de toxines et de bactéries botuliques capables de causer des infections charbonneuses, chacune étant parmi les substances mortelles les plus actives et pouvant tuer avec de très faibles quantités, a dit Ekeus. L'Iraq prétend avoir placé les deux agents dans vingt-cinq ogives qui devaient être transportées par une fusée à moyenne portée.

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

Ekeus a déclaré que, selon ce qu'Aziz lui avait dit, l'Iraq avait «interprété» cet avertissement comme une menace de riposte nucléaire de la part de Washington. En fait le chef d'état-major interarmes — qui était alors Colin L. Powell — et d'autres responsables militaires américains avaient déjà décidé qu'il n'était pas nécessaire de recourir à des armes nucléaires et aucun plan n'existait pour une riposte de cette nature.» (*The Washington Post*, 26 août 1995, p. A1. Voir aussi l'article du *New York Times* du 26 août 1995, p. 3. Pour la thèse iraqienne inverse selon laquelle «le pouvoir de lancer des ogives biologiques et chimiques avait déjà été délégué au cas où Bag-

the Executive Chairman of the Special Commission (Ambassador Ekeus), United Nations document S/1995/864 of 11 October 1995, p. 11. That Report continues: "This pre-delegation does not exclude the alternative use of such capability and therefore does not constitute proof of only intentions concerning second use." (*Ibid.*)

Finally, there is the following answer by Ambassador Ekeus to a question in the course of testimony in hearings on global proliferation of weapons of mass destruction of 20 March 1996:

" . . . I have had conversation with the Deputy Prime Minister of Iraq, Tariq Aziz, in which he made references to his meeting with Secretary of State James Baker in Geneva just before the outbreak of war. He, Tariq Aziz, says that Baker told him to the effect that if such [chemical or biological] weapons were applied there would be a very strong reaction from the United States.

Tariq Aziz did not imply that Baker mentioned what type of reaction. But he told me that the Iraqi side took it for granted that it meant the use of maybe nuclear weapons against Baghdad, or something like that. And that threat was decisive for them not to use the weapons.

But this is the story he, Aziz, tells. I think one should be very careful about buying it. I don't say that he must be wrong, but I believe there are strong reasons that this may be an explanation he offers of why Iraq lost the war in Kuwait. This is the story which they gladly tell everyone who talks to them. So I think one should be cautious at least about buying that story. I think still it is an open question." (Testimony of Ambassador Rolf Ekeus before the Senate Permanent Subcommittee on Investigations of the Committee on Governmental Affairs of the United States Senate, *Hearings on the Global Proliferation of Weapons of Mass Destruction*, in press.)

Thus there is on record remarkable evidence indicating that an aggressor was or may have been deterred from using outlawed weapons of mass destruction against forces and countries arrayed against its aggression at the call of the United Nations by what the aggressor perceived to be a threat to use nuclear weapons against it should it first use weapons of mass destruction against the forces of the coalition. Can it seriously be maintained that Mr. Baker's calculated — and apparently successful — threat was unlawful? Surely the principles of the United Nations Charter were sustained rather than transgressed by the threat. "Desert Storm" and the resolutions of the Security Council that preceded and followed it may represent the greatest achievement of the principles of collective

dad aurait été frappée par des armes nucléaires pendant la guerre du Golfe», voir le huitième rapport au Conseil de sécurité présenté par le président exécutif de la commission spéciale (l'ambassadeur Ekeus), document des Nations Unies S/1995/864 du 11 octobre 1995, p. 12. Ce rapport poursuit en ces termes : « Cette délégation de pouvoirs n'exclut pas que les moyens en question auraient pu être déclenchés par ailleurs et ne prouve donc pas qu'il était seulement question d'un emploi en second. » (*Ibid.*)

Enfin, l'ambassadeur Ekeus a répondu comme suit à une question qui lui a été posée lorsqu'il a témoigné dans le cadre des auditions consacrées à la prolifération mondiale des armes de destruction massive le 20 mars 1996 :

« J'ai eu une conversation avec le premier ministre adjoint iraquien, Tariq Aziz, dans laquelle il a mentionné l'entretien qu'il avait eu avec le secrétaire d'Etat James Baker à Genève, juste avant le déclenchement de la guerre. Selon Tariq Aziz, Baker lui aurait dit que si de telles armes [chimiques ou bactériologiques] étaient utilisées, il y aurait une très forte réaction de la part des Etats-Unis.

Tariq Aziz n'a pas laissé entendre que Baker avait indiqué de quel genre de réaction il s'agissait. Mais il m'a dit que la partie iraquienne avait considéré comme allant de soi que cela voulait peut-être dire l'emploi d'armes nucléaires contre Bagdad ou quelque chose d'approchant. Et que cette menace a été un élément décisif dans la non-utilisation de ces armes par l'Iraq.

Mais c'est là l'histoire que lui, Aziz, raconte. Il faut faire très attention avant de le croire. Je ne dis pas qu'il a nécessairement tort mais il y a, à mon sens, de fortes raisons de penser que c'est là peut-être la manière dont il explique pourquoi l'Iraq a perdu la guerre au Koweït. C'est la version que les Iraquiens sont heureux de raconter à quiconque leur en parle. Je pense donc qu'il faut au moins se montrer prudent avant de croire cette version. C'est encore, je crois, une question qui n'a pas été résolue. » (Déposition de l'ambassadeur Rolf Ekeus devant le sous-comité permanent des enquêtes du comité du Sénat des Etats-Unis pour les affaires gouvernementales, *Hearings on the Global Proliferation of Weapons of Mass Destruction*, sous presse.)

Ainsi on dispose de preuves remarquables montrant qu'un agresseur a été effectivement ou a pu être dissuadé d'utiliser des armes de destruction massive interdites contre les forces et les pays qui s'étaient unis pour s'opposer à son agression à l'appel des Nations Unies parce qu'il a perçu comme une menace de l'emploi d'armes nucléaires contre lui au cas où il se servirait en premier d'armes de destruction massive contre les forces coalisées. Peut-on sérieusement soutenir que la menace calculée — et apparemment efficace — de M. Baker était illicite? A coup sûr, loin de transgresser les principes de la Charte des Nations Unies, cette menace les a renforcés. L'opération « Tempête du désert » et les résolutions du Conseil de sécurité qui l'ont précédée et suivie constituent peut-être la plus grande

security since the founding of the League of Nations. The defeat of this supreme effort of the United Nations to overcome an act of aggression by the use of weapons of mass destruction against coalition forces and countries would have been catastrophic, not only for coalition forces and populations, but for those principles and for the United Nations. But the United Nations did triumph, and to that triumph what Iraq perceived as a threat to use nuclear weapons against it may have made a critical contribution. Nor is this a case of the end justifying the means. It rather demonstrates that, in some circumstances, the threat of the use of nuclear weapons — as long as they remain weapons unproscribed by international law — may be both lawful and rational.

Furthermore, had Iraq employed chemical or biological weapons — prohibited weapons of mass destruction — against coalition forces, that would have been a wrong in international law giving rise to the right of belligerent reprisal. Even if, *arguendo*, the use of nuclear weapons were to be treated as also prohibited, their proportionate use by way of belligerent reprisal in order to deter further use of chemical or biological weapons would have been lawful. At any rate, this would be so if the terms of a prohibition of the use of nuclear weapons did not debar use in reprisal or obligate States “never under any circumstances” to use nuclear weapons, as they will be debarred by those terms from using chemical weapons under Article I of the Convention on the Prohibition of the Development, Production, Stockpiling and Use of Chemical Weapons and on Their Destruction of 1993, should it come into force. In paragraph 46 of its Opinion, the Court states that, on the question of belligerent reprisals, “any” right of such recourse would, “like self-defence, be governed *inter alia* by the principle of proportionality”. The citation of that latter principle among others is correct, but any doubt that the Court’s reference may raise about the existence of a right of belligerent reprisal is not. Such a doubt would be unsupported not only by the customary law of war and by military manuals of States issued in pursuance of it, which have long affirmed the principle and practice of belligerent reprisal, but by the terms of the Geneva Conventions and its Additional Protocols, which prohibit reprisals not generally but in specific cases (against prisoners-of-war, the wounded, civilians, certain objects and installations, etc.) The far-reaching additional restrictions on reprisals of Protocol I, which bind only its parties, not only do not altogether prohibit belligerent reprisals; those restrictions as well as other innovations of Protocol I were understood at the time of their preparation and adoption not to govern nuclear weapons.

réussite des principes de sécurité collective depuis la fondation de la Société des Nations. Si cet effort immense des Nations Unies pour s'opposer à un acte d'agression avait échoué parce que des armes de destruction massive auraient été utilisées contre les forces et les pays de la coalition, cet échec aurait été catastrophique non seulement pour les forces et les populations coalisées mais aussi du point de vue de ces principes et de l'Organisation des Nations Unies. Quoi qu'il en soit, les Nations Unies ont triomphé et ce que l'Iraq a perçu comme une menace de l'emploi d'armes nucléaires a peut-être contribué de façon décisive à ce triomphe. Au reste on ne se trouve pas ici dans un cas où la fin justifie les moyens. Cette affaire montre plutôt que, dans certaines circonstances, la menace de l'utilisation d'armes nucléaires — aussi longtemps que ces armes ne seront pas prosrites par le droit international — peut être licite et rationnelle.

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

There is another lesson in this example, namely, that as long as what are sometimes styled as “rogue States” menace the world (whether they are or are not parties to the NPT), it would be imprudent to set policy on the basis that the threat or use of nuclear weapons is unlawful “in any circumstance”. Indeed, it may not only be rogue States but criminals or fanatics whose threats or acts of terrorism conceivably may require a nuclear deterrent or response.

ARTICLE VI OF THE NON-PROLIFERATION TREATY

Finally, I have my doubts about the Court’s last operative conclusion in paragraph 2 F:

“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.”

If this obligation is that only of “Each of the Parties to the Treaty” as Article VI of the Non-Proliferation Treaty states, this is another anodyne asseveration of the obvious, like those contained in operative paragraphs 2 A, 2 B, 2 C and 2 D. If it applies to States not party to the NPT, it would be a dubious holding. It would not be a conclusion that was advanced in any quarter in these proceedings; it would have been subjected to no demonstration of authority, to no test of advocacy; and it would not be a conclusion that could easily be reconciled with the fundamentals of international law. In any event, since paragraph 2 F is not responsive to the question put to the Court by the General Assembly, it is to be treated as *dictum*.

(Signed) Stephen M. SCHWEBEL.

Il y a une autre leçon à tirer de cet exemple, à savoir que, tant que des Etats qu'on a parfois qualifiés de «sans foi ni loi» menacent le monde (qu'ils soient ou non parties au traité sur la non-prolifération des armes nucléaires), il serait imprudent d'arrêter une politique en la matière fondée sur l'idée que la menace ou l'emploi d'armes nucléaires est illicite «en toutes circonstances». Au reste, il n'y a pas seulement des Etats sans foi ni loi, mais il y a aussi des criminels et des fanatiques dont les menaces ou les actes de terrorisme pourraient fort bien appeler une riposte ou un élément de dissuasion nucléaire.

ARTICLE VI DU TRAITÉ SUR LA NON-PROLIFÉRATION
DES ARMES NUCLÉAIRES

Enfin, j'ai des doutes au sujet du dernier paragraphe du dispositif, le paragraphe 2 F aux termes duquel :

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

Si cette obligation ne s'impose qu'à «chacune des parties au traité» comme le précise l'article VI du traité sur la non-prolifération, ce n'est qu'une répétition anodine d'une évidence, tout comme celles que contiennent les paragraphes 2 A, 2 B, 2 C et 2 D du dispositif. Si elle s'appliquait aux Etats non parties au traité, ce serait une constatation équivoque. Il s'agirait d'une conclusion que personne n'a avancée pendant la procédure; qui n'aurait été ni démontrée par des preuves ni soumise au principe du contradictoire; ce serait une conclusion difficile à concilier avec les bases fondamentales du droit international. De toute manière, comme le paragraphe 2 F ne répond pas à la question posée à la Cour, il doit être considéré comme un simple *dictum*.

(Signé) Stephen M. SCHWEBEL.