

## 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.

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

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<sup>er</sup> janvier 1967».

L'article X est une clause de retrait en cas d'événements extraordinaires et contient une disposition sur la base de laquelle une conférence 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-

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-

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

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

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



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 succédé et qui disposaient, comme la résolution 36/92 I, que «le recours ou la menace du recours aux armes nucléaires devraient être interdits...» ont été adoptées à des majorités variables, 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

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

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

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<sup>e</sup> 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

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.

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.)

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

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

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

Les dirigeants iraquiens ont supposé que cela signifiait de la part de Washington une riposte nucléaire, a-t-on dit à Ekeus. De l'avis de 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 iraquiens, les documents ont été cachés par Hussein Kamel Hassan Majeed, directeur du programme iraquien d'armes de destruction massive, qui a fui en Jordanie le 7 août et dont la défection a poussé l'Iraq à convoquer Ekeus pour lui faire 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 iraquienne inverse selon laquelle «le pouvoir de lancer des ogives biologiques et chimiques avait déjà été délégué au cas où Bag-



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

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.

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.