

OPINION DISSIDENTE DE M. SHAHABUDDEEN

[Traduction]

La Charte a été signée le 26 juin 1945. C'était la promesse d'un monde moins troublé. Mais les armes ne s'étaient pas encore tues et une arme nouvelle allait voir le jour. Il fallait encore l'expérimenter. L'essai eut lieu le 12 juillet 1945 à Alamogordo. Le compte à rebours commença. Puis vint le moment de «*l'éclat de mille soleils*». Ce sont ces mots qui vinrent à l'esprit du responsable de l'équipe scientifique, qui devait se souvenir aussi de la fin de ce vers qui remonte à un temps très ancien : «*Je suis la mort, celui qui anéantit les mondes.*»¹

Par comparaison avec ce qu'on verrait par la suite, ce fut une petite explosion. On a construit depuis lors des bombes plus puissantes, et les cinq Etats nucléaires déclarés les possèdent. La perspective de voir l'humanité anéantie à la suite d'une guerre nucléaire existe bel et bien. Les livres de certains peuples primitifs enseignaient que l'emploi d'une superarme susceptible d'avoir des effets destructeurs excessifs n'était pas autorisé. Que nous dit le droit international contemporain à ce sujet ?

Telle est, en substance, la question posée par l'Assemblée générale. Cette question soulève le difficile problème de savoir si, dans le cas particulier de l'emploi d'armes nucléaires, il est possible de concilier l'impérieuse nécessité pour un Etat de se défendre avec la nécessité non moins impérieuse de garantir que, ce faisant, cet Etat ne compromette pas la survie de l'espèce humaine. Si une telle conciliation s'avère impossible, qui va devoir céder ? Le problème ainsi posé est-il un problème de droit ? Si c'est le cas, quelles sont les voies de recherche juridique qui s'ouvrent devant nous ?

*

Après avoir rejeté les arguments préliminaires qui lui étaient présentés, la Cour a décidé, à la quasi-unanimité, de donner suite à la demande qui lui a été soumise par l'Assemblée générale de donner un avis consultatif sur le point de savoir «s'il est permis en droit international de recourir à la menace ou à l'emploi d'armes nucléaires en toute circonstance». Elle a ensuite, à une faible majorité, répondu à la question de l'Assemblée générale en déclarant, de son propre aveu, qu'elle ne pouvait apporter de réponse de fond à la question. Il me paraît difficile de nier que ce qu'on

¹ Peter Michelmores, *The Swift Years. The Robert Oppenheimer Story*, 1969, p. 110. Oppenheimer a pu lire ce vers dans la version originale sanskrite du *Bhagavad-Gita*.

trouve à l'arrivée n'est pas ce qui était annoncé au départ. Je fais valoir respectueusement que la Cour aurait dû répondre à la question de l'Assemblée générale et qu'elle était en mesure de le faire — dans un sens ou dans l'autre.

*

Du point de vue des principes juridiques de base pertinents, la réponse de la Cour est énoncée dans la première partie de l'alinéa E du paragraphe 2 du dispositif de l'avis consultatif de la Cour. Tout en formulant une réserve à propos du mot «généralement», je suis d'accord avec la Cour pour estimer

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

La seconde partie de l'alinéa E du paragraphe 2 du dispositif de l'avis consultatif de la Cour me pose un problème. Si l'emploi d'armes nucléaires est licite, la nature de ces armes ainsi que les exigences en matière de nécessité et de proportionnalité auxquelles est subordonné l'exercice du droit naturel de légitime défense donneraient à penser que l'emploi de telles armes ne pourrait être licite que «dans une circonstance extrême de légitime défense dans laquelle la survie même d'un Etat serait en cause»; nous retrouvons là, je crois, sauf des nuances dans la formulation et dans la manière dont sont invoqués «les intérêts vitaux en matière de sécurité», l'idée générale qui sous-tend la position adoptée par les Etats dotés d'armes nucléaires. C'est là, de même, la question essentielle qui était soumise à l'examen de la Cour. Or, c'est précisément la question que la Cour affirme ne pouvoir trancher, et de ce fait il n'a pas été répondu au fond à la question de l'Assemblée générale.

Je regrette de ne pouvoir souscrire à la conclusion à laquelle la Cour est ainsi parvenue, surtout au motif que, lorsqu'on rapproche cette conclusion de l'opinion formulée dans l'affaire du *Lotus*, on pourrait être amené à conclure que, selon la Cour, il existe une possibilité que l'emploi d'armes nucléaires soit licite dans certaines circonstances et qu'il appartient aux Etats de décider si cette possibilité existe dans des circonstances données, et c'est là un point que je ne saurais admettre. Je fais valoir respectueusement que «l'état actuel du droit international, ainsi que [les] éléments de fait dont elle dispose» permettaient à la Cour de répondre dans un sens ou dans l'autre.

Les deux parties de l'alinéa E ne pouvant être séparées aux fins du vote, j'ai été contraint de refuser de souscrire à cet alinéa. Par ailleurs, le point de désaccord portant sur le fond de l'affaire, j'ai choisi d'utiliser la formule de l'«opinion dissidente», bien que j'aie voté pour la plupart des autres points du dispositif.

Un second point sur lequel je suis en désaccord concerne l'alinéa B du paragraphe 2 du dispositif. La précision qu'apportent les mots «en tant que telles» me permet de reconnaître que «[n]i le droit international coutumier ni le droit international conventionnel ne comportent d'interdiction complète et universelle de la menace ou de l'emploi des armes nucléaires en tant que telles». Mais les mots «en tant que telles» ne prient pas sur l'idée générale qu'il n'y a pas d'interdiction purement et simplement de l'emploi d'armes nucléaires. Le fait qu'il n'y a pas d'«interdiction complète et universelle de la menace ou de l'emploi des armes nucléaires en tant que telles» en droit international coutumier ou conventionnel ne tranche pas la question de savoir si la menace ou l'emploi de telles armes est licite; il faut donc se référer à des principes plus généraux. Ensuite, pour des raisons qui seront exposées plus loin, le critère de l'interdiction ne permet pas à lui seul de déterminer si l'on a le droit de recourir à un acte, lorsque l'on sait l'ampleur des implications mondiales qu'aurait un tel recours. Enfin, l'affirmation énoncée dans cet alinéa est un élément de la motivation, mais elle ne fait pas partie à proprement parler de la réponse de la Cour à la question de l'Assemblée générale.

*

Comme je l'ai dit, j'ai voté pour les autres points du dispositif de l'avis consultatif de la Cour. Je me dois cependant d'apporter quelques précisions. La manière dont la Cour vote ne permet pas toujours à un juge d'indiquer avec précision sa position sur les éléments d'un dispositif par le biais de son vote; la façon dont il vote dépend de la perception qu'il a de la signification générale de ces éléments, et du risque que sa position fondamentale soit mal comprise. Une déclaration, une opinion individuelle ou une opinion dissidente permettent d'expliquer des difficultés accessoires. Je m'explique donc dans les lignes qui suivent sur les différents éléments du dispositif pour lesquels j'ai voté.

S'agissant de l'alinéa A du paragraphe 2 du dispositif, je suis d'avis, et ceci est dans une certaine mesure contenu implicitement dans cet alinéa, qu'en tout état de cause, dans une affaire de ce type, l'action d'un Etat est illicite à moins d'être autorisée en droit international; la seule absence d'interdiction ne suffit pas. Dans le cas des armes nucléaires, il n'y a pas d'autorisation, qu'elle soit donnée expressément ou d'une autre façon. Toutefois, l'alinéa A constitue également un élément de la motivation et ne fait pas partie à proprement parler de la réponse de la Cour à la question de l'Assemblée générale.

S'agissant de l'alinéa C du paragraphe 2 du dispositif, on laisse entendre que «la menace ou l'emploi de la force au moyen d'armes nucléaires qui serait contraire à l'article 2, paragraphe 4, de la Charte des Nations Unies» pourrait néanmoins satisfaire à certaines ou à toutes les prescriptions de l'article 51 et serait dans ce cas licite. J'aurais cru que ce qui est «contraire» à la première de ces dispositions serait *ipso facto* illicite, même s'il est satisfait aux prescriptions de la seconde de ces dispositions.

Ainsi, un acte d'agression, du fait qu'il est contraire au paragraphe 4 de l'article 2, ne peut absolument pas répondre aux critères de l'article 51, même s'il est accompli avec de vieux fusils et dans le respect strict du droit humanitaire. En outre, on a de la peine à comprendre comment la Cour peut se permettre ici de laisser entendre qu'il existe des circonstances dans lesquelles la menace ou l'emploi d'armes nucléaires est licite, alors qu'à l'alinéa E du paragraphe 2 du dispositif elle n'a pas pu arriver à une conclusion définitive sur la question essentielle de savoir si la menace ou l'emploi de telles armes est licite ou illicite dans les circonstances en question.

S'agissant de l'alinéa D du paragraphe 2 du dispositif, l'affirmation selon laquelle «la menace ou l'emploi d'armes nucléaires devrait aussi être compatible avec les exigences du droit international applicable dans les conflits armés...» laisse entendre qu'il peut exister des cas de compatibilité et donc de licéité. Comme indiqué plus haut, on voit difficilement comment la Cour peut adopter une telle position, alors qu'elle s'avoue incapable de se prononcer sur la question fondamentale de la licéité. Par ailleurs, le mot «devrait» n'a pas sa place lorsqu'il s'agit de définir la véritable position du droit en la matière.

S'agissant de l'alinéa F du paragraphe 2 du dispositif, j'ai voté pour cet alinéa en tant que proposition générale eu égard au caractère des armes nucléaires. La Cour n'a pas été saisie de la question particulière touchant les implications juridiques de l'article VI du traité sur la non-prolifération des armes nucléaires (TNP), celle-ci ne faisant pas partie de la question de l'Assemblée générale. Elle pourrait faire l'objet d'une question distincte touchant les implications de cet article du traité, au cas où l'Assemblée générale entendraient la poser.

Cela étant dit à propos du dispositif, j'ai quelques hésitations à propos de certains aspects des motifs, mais il ne me paraît pas opportun de les passer tous en revue. Je voudrais cependant signaler le paragraphe 104 de l'avis consultatif. Dans la mesure où ce paragraphe ne fait que reprendre la jurisprudence constante de la Cour, je ne vois pas son utilité. S'il va au-delà de cette jurisprudence, je ne peux l'approuver. Le dispositif de l'avis consultatif de la Cour doit pouvoir être interprété conformément à la jurisprudence établie sur le point.

*

Pour revenir à l'alinéa E du paragraphe 2 du dispositif de l'avis consultatif de la Cour, je me propose d'exposer ci-après pourquoi je suis d'accord avec cette conclusion, dans la mesure où j'y adhère, et pourquoi je suis en désaccord avec elle, dans la mesure où je n'y adhère pas. L'objectif limité que je me suis fixé est de montrer que, contrairement à la conclusion fondamentale de la Cour, «l'état actuel du droit international ainsi que [l]es éléments de fait dont elle dispose» étaient suffisants pour lui permettre de «conclure de façon définitive que la menace ou l'emploi d'armes nucléaires serait licite ou illicite dans une circonstance extrême

de légitime défense dans laquelle la survie même d'un Etat serait en cause». Cet objectif étant précisé, je me propose, après avoir abordé quelques questions liminaires et diverses dans la première partie, d'examiner, dans la deuxième partie, la question de savoir si les Etats ont le droit d'employer des armes nucléaires, compte tenu des principes généraux en vertu desquels les Etats sont considérés comme disposant de certains pouvoirs, et, dans la troisième partie, la position au regard du droit international humanitaire. Dans la quatrième partie, j'examine la question de savoir si une règle énonçant une interdiction, si elle existait au début de l'ère nucléaire, a été modifiée ou annulée par l'apparition d'une règle postérieure de droit international coutumier. Dans la cinquième partie, j'examine les traités de dénucléarisation et le traité sur la non-prolifération. La sixième partie est conçue en forme de conclusion.

PREMIÈRE PARTIE. QUESTIONS LIMINAIRES ET QUESTIONS DIVERSES

1. La question principale

Le début de l'ère nucléaire constitue un point de référence juridique en l'espèce. D'aucuns faisaient valoir qu'à cette époque-là l'emploi d'armes nucléaires n'était pas interdit en droit international, mais qu'une règle d'interdiction est apparue par la suite, la nécessaire *opinio juris* se développant sous l'influence conjuguée de l'interdiction générale du recours à l'emploi de la force formulée au paragraphe 4 de l'article 2 de la Charte et de la sensibilisation et de la prise de conscience croissantes à l'égard de la puissance des armes nucléaires. Compte tenu de la position soutenue par les tenants de la licéité de l'emploi des armes nucléaires (les «tenants de la licéité») au cours des cinquante dernières années, il sera difficile d'établir que la nécessaire *opinio juris* s'est cristallisée par la suite, au cas où elle n'aurait pas existé antérieurement. Cet argument n'a pas été repris par la plupart des tenants de l'illicéité de l'emploi des armes nucléaires (les «tenants de l'illicéité»).

La position généralement adoptée par les tenants de l'illicéité était qu'une règle d'interdiction existait au début de l'ère nucléaire et que l'évolution ultérieure n'aurait fait qu'attester l'existence ininterrompue de cette règle. Quant aux tenants de la licéité, ils soutenaient qu'une règle d'interdiction n'avait jamais existé et que l'évolution ultérieure s'était contentée d'attester la non-existence ininterrompue d'une quelconque règle de ce type et, partant, le droit d'employer des armes nucléaires. On ne posait pas la question de savoir, si, à supposer qu'une règle d'interdiction aurait existé au début de l'ère nucléaire, elle aurait pu être infirmée ou modifiée par l'apparition d'une règle ultérieure contraire²; à supposer qu'on aurait soutenu cet argument, la position adoptée par les tenants de

² Concernant la possibilité qu'une règle de droit international coutumier aurait été modifiée ultérieurement par une pratique étatique contraire, voir *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci, fond, C.I.J. Recueil 1986*, p. 109, par. 207.

l'illicéité empêcherait que prenne corps l'*opinio juris* nécessaire pour l'apparition ultérieure d'une quelconque règle énonçant une autorisation de ce type, surtout si la règle d'interdiction antérieure faisait partie du *jus cogens*. Cela aurait été le cas si, d'aventure, des principes humanitaires sur lesquels la règle d'interdiction antérieure se fondait avaient fait partie eux-mêmes du *jus cogens*, une possibilité que le paragraphe 83 de l'avis consultatif de la Cour laisse en suspens.

La pratique des Etats est importante. Mais elle doit être examinée dans le cadre des questions soulevées. S'agissant des questions soulevées en l'espèce, la pratique suivie par les Etats après le début de l'ère nucléaire n'a pas l'importance décisive que pourrait laisser entendre l'accent mis sur cette pratique pendant la procédure: il n'est pas nécessaire de l'examiner en détail par-delà ce qui est manifestement clair, à savoir que l'opposition manifestée par les tenants de la licéité aurait empêché l'élaboration d'une règle d'interdiction, si une telle règle n'existait pas précédemment, et que l'opposition manifestée par les tenants de l'illicéité aurait empêché l'élaboration d'une règle abrogatoire, au cas où une règle d'interdiction aurait existé précédemment. Dans les deux cas, la situation juridique telle qu'elle existait au début de l'ère nucléaire aurait continué. La question est de savoir ce qu'était cette situation juridique.

La véritable question est donc de savoir s'il existait au début de l'ère nucléaire une règle de droit international interdisant à un Etat de créer des effets du type de ceux que provoquerait ultérieurement l'emploi d'armes nucléaires. Si une telle règle n'existait pas à cette époque, aucune règle n'a vu le jour depuis, et les tenants de la licéité ont raison. Si une telle règle existait, elle n'a pas été abrogée depuis, et ce sont les tenants de l'illicéité qui ont raison.

2. La Charte présuppose que l'humanité et la civilisation continueront

Le droit international inclut les principes du droit des conflits armés. Ces principes, qui plongent leurs racines dans le passé de différentes civilisations, se fondent sur la prémisse implicite que les armes, aussi destructrices soient-elles, auraient des effets limités aussi bien dans le temps que dans l'espace. Cette hypothèse s'est vérifiée à travers les âges. Des armes nouvelles et plus meurtrières n'ont cessé de voir le jour, mais il ne s'en est trouvé aucune susceptible de compromettre l'existence des générations futures ou de menacer la survie de l'espèce humaine. Du moins jusqu'à ce jour.

Cela pose-t-il un problème juridique? Je crois pouvoir répondre par l'affirmative: en effet, quel que soit le statut juridique de l'individu en droit international, si l'humanité comme telle vient à être anéantie, les Etats disparaîtront et, avec eux, la base sur laquelle se fonde les droits et les obligations au sein de la communauté internationale. Sous quel angle peut-on aborder le problème?

Ni les tribunaux internationaux ni les tribunaux nationaux n'ont eu à connaître des implications juridiques d'actes qui pourraient anéantir

l'humanité. Pourtant, ni les uns ni les autres ne devraient être en mal de trouver une réponse: il leur suffit d'examiner les fondements juridiques sur lesquels ils reposent. Quelle conclusion peut-on tirer de cela?

Dans son étude critique de l'histoire, Ibn Khaldoun évoque la thèse selon laquelle les lois trouvent leur raison d'être dans les objectifs qu'elles sont censées servir. Il note ensuite que, selon les juristes, l'injustice appelle la destruction de la civilisation et son corollaire inévitable, l'anéantissement de l'espèce, et que les lois se fondent sur les efforts visant à sauvegarder la civilisation³. La préservation de l'espèce humaine et de la civilisation constitue donc l'objectif ultime de tout système juridique. A mon avis, cet objectif vaut également pour le droit international tel qu'on le perçoit aujourd'hui.

Cette conclusion ne contredit ni la Charte des Nations Unies ni le Statut de la Cour, qui régit celle-ci. Dans le premier alinéa de son préambule, la Charte note que les «peuples des Nations Unies» sont «résolus à préserver les générations futures du fléau de la guerre qui deux fois en l'espace d'une vie humaine a infligé à l'humanité d'indicibles souffrances...» La Charte ne garantissait pas un monde exempt de conflits; mais, lorsqu'on le lit à la lumière de ce paragraphe et d'autres passages de la Charte, l'article 9 du Statut montre que la Cour a été conçue pour servir une société civilisée. Une société civilisée n'est pas une société qui se détruit elle-même sciemment ou qui permet sciemment qu'on la détruise. Un monde sans habitants est un monde sans Etats. La Charte n'a pas décrété que l'humanité allait continuer, mais elle a à tout le moins supposé qu'il en serait ainsi, et, pour être implicite, cette supposition n'en est pas moins fondamentale.

3. *L'emploi d'armes nucléaires est inacceptable pour la communauté internationale*

Il nous faut examiner la nature des armes nucléaires. Les tenants de la licéité ont prétendu qu'il y avait des armes nucléaires «tactiques», «du champ de bataille», «du théâtre des opérations» ou «propres», qui n'étaient pas plus destructives que certaines armes classiques. Partant de là, ils ont soutenu que par hypothèse l'emploi d'armes nucléaires de ce type serait aussi licite que l'emploi d'armes classiques. Restait cependant à vérifier que les éléments présentés à la Cour étayaient cette hypothèse, les tenants de l'illicéité soutenant pour leur part que l'emploi de toute arme nucléaire, même contre un sous-marin nucléaire isolé en mer ou contre une cible militaire isolée dans le désert, provoque l'émission de rayonnements et des retombées radioactives, et comporte le risque de déclencher des événements en chaîne qui pourraient aboutir à l'anéantissement de l'espèce humaine. Il est indiqué au onzième alinéa du préambule du traité sur la non-prolifération de 1968, qui a été pro-

³ Ibn Khaldoun, *The Muqaddimah. An Introduction to History*, traduit par Franz Rosenthal, édité et présenté dans une version abrégée par N. J. Dawood, 1981, p. 40.

rogé «pour une durée indéfinie» en 1995, que les Etats parties étaient désireux de faciliter «la liquidation de tous les stocks existants [d'armes nucléaires] et l'élimination des armes nucléaires ... des arsenaux nationaux...» L'élimination ainsi envisagée visait, selon toute vraisemblance, toutes les «armes nucléaires» et, partant, également les armes nucléaires dites «tactiques», «du champ de bataille», «du théâtre des opérations» ou «propres». Les parties au traité sur la non-prolifération n'ont pas établi de distinction. Au vu des éléments qui lui ont été présentés, la Cour n'a guère pu se convaincre de l'existence des exceptions alléguées.

Les faits de base qui sous-tendent les résolutions de l'Assemblée générale quant à la nature d'une guerre nucléaire, à tout le moins d'une guerre nucléaire sur une grande échelle, sont difficilement réfutables. Depuis 1983, la technique a progressé, mais, déjà à ce stade-là, voici comment la situation se présentait selon le Secrétaire général de l'Organisation, M. Javier Pérez de Cuéllar :

«Les arsenaux mondiaux d'armes nucléaires équivalent aujourd'hui à 16 milliards de tonnes de TNT. A titre de comparaison, tous les dégâts causés au cours de la seconde guerre mondiale n'avaient été causés que par 3 millions de tonnes de munitions. En d'autres termes, nous possédons une capacité destructrice plus de cinq mille fois supérieure à celle qui a provoqué quarante à cinquante millions de morts il n'y a pas si longtemps. Cette capacité suffirait à tuer dix fois chaque homme, femme et enfant.»⁴

Les armes nucléaires ne sont donc pas simplement un autre type d'armes explosives, qui se situerait seulement plus haut sur la même échelle : leur puissance destructrice est plus grande exponentiellement. Sans compter l'effet de souffle et la chaleur, les effets du rayonnement au cours du temps sont dévastateurs. C'est à tort qu'on rangerait ces effets dans la catégorie des conséquences secondaires, car ils peuvent être tout aussi importants, sinon davantage, que les effets produits immédiatement par le souffle et la chaleur. Ils causent une maladie abominable suivie d'une mort douloureuse, perturbent le code génétique, provoquent des lésions chez les enfants qui ne sont pas encore nés et peuvent rendre la terre inhabitable. Ces effets prolongés ne présentent peut-être pas un intérêt militaire pour celui qui utilise de telles armes, mais cela ne diminue pas leur gravité ou n'enlève rien au fait qu'ils sont la conséquence de l'emploi d'armes nucléaires. Cela étant, il est sans intérêt en l'espèce d'examiner si le dommage causé est un sous-produit ou une conséquence secondaire d'un tel emploi.

Il en va de même des effets immédiats, mais dont les conséquences se manifestent dans des affections survenant plus tard ; les retombées radioactives peuvent avoir un impact sur les personnes longtemps après l'explosion et causer, avec le temps, de nouvelles lésions, y compris pour

⁴ Javier Pérez de Cuéllar, déclaration à l'Université de Pennsylvanie, le 24 mars 1983, dans *Désarmement*, vol. VI, n° 2, p. 91.

les générations à venir. L'arme continue de frapper des années après l'explosion initiale, ce qui évoque l'image atroce et unique en son genre d'une guerre menée par une génération actuelle contre des générations à venir, des générations à venir avec lesquelles leurs propres successeurs pourraient bien être en paix.

La première — et à ce jour la seule — utilisation militaire des armes nucléaires a eu lieu à Hiroshima le 6 août 1945 et à Nagasaki le 9 août 1945. Un mois plus tard, le Comité international de la Croix-Rouge (CICR) examinait les implications de l'emploi de ces armes qui venaient d'être mises au point. Dans une circulaire adressée à ses comités nationaux le 5 septembre 1945 par M. Max Huber, président par intérim, le CICR écrivait ceci :

«La guerre totalitaire a fait naître de nouvelles techniques. Faut-il en conséquence admettre que l'individu cessera d'être juridiquement protégé et ne sera plus considéré que comme un simple élément de collectivités en lutte? Ce serait là l'écroulement des principes sur lesquels repose le droit international qui tend à la protection physique et spirituelle de la personne. Même en temps de guerre un droit strictement égoïste et utilitaire, et qui ne s'inspirerait que d'intérêts occasionnels, ne saurait jamais offrir une sécurité durable. Si elle refuse à la personne humaine sa valeur et sa dignité, la guerre ira irrésistiblement à des destructions sans limite, puisque l'esprit des hommes, qui s'empare des forces de l'univers, semble, par ses créations, accélérer cet élan dévastateur.»

Les règles sont-elles mises de côté? Ou continuent-elles de s'appliquer et de protéger l'individu? Dans le premier cas, l'esprit des hommes, qui s'empare des forces de l'univers, propulse irrésistiblement et progressivement la guerre vers des destructions sans limite, y compris l'anéantissement de l'espèce humaine. Avec le temps, les Etats dotés de l'arme nucléaire et la plupart des Etats non dotés d'armes nucléaires allaient souscrire à ce constat.

Les préoccupations dont faisait état le CICR n'allaient pas rester sans écho. Comme plusieurs Etats l'ont relevé, quatre mois plus tard l'Assemblée générale adoptait à l'unanimité une résolution par laquelle elle créait une commission chargée de présenter «des propositions déterminées en vue ... c) d'éliminer, des armements nationaux, les armes atomiques et toutes autres armes importantes permettant des destructions massives» (paragraphe 5 de la résolution 1 (I) du 24 janvier 1946). On ne saurait réduire le sens de cette résolution à la seule création de la commission, car les bases sur lesquelles la commission a été créée sont importantes également.

Dans le même ordre d'idée, le 20 septembre 1961 un accord désigné sous le nom d'«accords McCloy-Zorine» a été signé par les représentants des Etats-Unis d'Amérique et de l'Union soviétique, les deux principaux Etats dotés d'armes nucléaires. Les accords recommandaient huit principes directeurs pour des négociations sur le désarmement, dont le cin-

quième principe visait l'élimination de tous les stocks d'armes nucléaires, chimiques, bactériologiques et autres armes de destruction massive, et l'arrêt de la production de telles armes. Le 20 décembre 1961, cet accord a été salué unanimement par l'Assemblée générale sur la proposition conjointe des deux Etats en question (résolution 1722 (XVI) de l'Assemblée générale en date du 21 décembre 1961).

Le premier alinéa du préambule du traité sur la non-prolifération de 1968 fait mention des « dévastations qu'une guerre nucléaire ferait subir à l'humanité entière... » Le préambule du traité a été repris dans le premier alinéa du préambule de la décision n° 2 adoptée par la conférence de 1995 des parties au traité sur la non-prolifération des armes nucléaires chargée d'examiner le traité et la question de sa prorogation. L'immense majorité des Etats sont parties à ces instruments.

Le document final adopté par consensus en 1978 par la dixième session extraordinaire de l'Assemblée générale (consacrée au désarmement) commence par ces mots: « Alarmée par la menace que représentent l'existence d'armes nucléaires et la poursuite de la course aux armements... » Au paragraphe 11, il est indiqué ceci:

«Aujourd'hui plus que jamais l'humanité est menacée d'autodestruction, du fait de l'accumulation massive, dans un esprit de compétition, des armes les plus destructrices que l'homme ait jamais fabriquées. Les arsenaux existants d'armes nucléaires sont à eux seuls plus que suffisants pour détruire toute vie sur la terre.»

Au paragraphe 47 dudit document, on peut lire que « [l]es armes nucléaires sont celles qui menacent le plus gravement l'humanité et la survie de la civilisation ». Cette déclaration ayant été adoptée par consensus, on peut dire que ces mots ont été prononcés d'une seule voix par la communauté internationale.

D'importants accords régionaux attestent également la nature des armes nucléaires. Voir l'accord de Paris du 23 octobre 1954 sur l'adhésion de la République fédérale d'Allemagne à l'Organisation du traité de l'Atlantique Nord, notamment l'article 1 a) de l'annexe II du protocole III concernant le contrôle des armements, selon lequel les armes nucléaires sont des armes de destruction massive. Dans le préambule du traité de Tlatelolco de 1967, dont le protocole additionnel II a été signé et ratifié par les cinq Etats dotés d'armes nucléaires, il est dit que les parties sont convaincues:

«Que la puissance destructrice incalculable des armes nucléaires exige que l'interdiction juridique de la guerre soit strictement observée dans la pratique, pour sauvegarder l'existence même de la civilisation et de l'humanité.

Que les armes nucléaires, dont les terribles effets atteignent sans distinction et sans merci les forces armées et la population civile, constituent, vu la persistance de la radioactivité qu'elles engendrent, une atteinte à l'intégrité de l'espèce humaine et risquent de rendre finalement toute la terre inhabitable.»

Dans les deux premiers alinéas du préambule du traité sur la zone dénucléarisée du Pacifique Sud (traité de Rarotonga), dont le protocole 2 a été signé et ratifié par deux des cinq Etats dotés de l'arme nucléaire et signé par les trois autres Etats, il est dit également que les parties sont :

« Gravement préoccupées par le fait que la poursuite de la course aux armements nucléaires comporte le risque d'une guerre nucléaire qui aurait des conséquences dévastatrices pour tous les peuples ;

Convaincues que tous les pays ont l'obligation de ne négliger aucun effort pour atteindre l'objectif de l'élimination des armes nucléaires, de la terreur qu'elles présentent pour l'humanité et de la menace qu'elles constituent pour la vie sur la terre. »

La Cour a fait mention également des deux traités signés plus récemment qui portent création de zones exemptes d'armes nucléaires respectivement en Asie du Sud-Est et en Afrique.

Une position similaire en principe aux positions susmentionnées a été prise dans des accords entre deux des Etats dotés d'armes nucléaires. Dans le préambule de l'accord de 1971 relatif à certaines mesures destinées à réduire le risque de déclenchement d'une guerre nucléaire, les Etats-Unis d'Amérique et l'Union soviétique ont déclaré prendre en considération « les conséquences désastreuses qu'une guerre nucléaire aurait pour l'humanité tout entière ». Cette déclaration a été reprise pour l'essentiel dans des accords conclus postérieurement entre les deux Etats, notamment dans le traité de 1972 concernant la limitation des systèmes antimissiles balistiques, dans un accord de 1973 concernant la prévention de la guerre nucléaire, dans un traité de 1979 concernant la limitation des armes stratégiques offensives et dans le traité de 1987 sur l'élimination des missiles à portée intermédiaire et à plus courte portée.

Certains Etats ont fait valoir que la possession d'armes nucléaires vise, paradoxalement, à garantir que celles-ci ne seront jamais utilisées et que cela est démontré par le fait qu'il a été possible de maintenir la paix, comme cela a été le cas entre les Etats dotés d'armes nucléaires, au cours des cinquante années écoulées par le biais de politiques de dissuasion nucléaire. D'autres Etats ont mis en doute le lien de causalité allégué et mis ce résultat sur le compte de la chance ou du hasard, en relevant que ces armes avaient été près d'être employées dans certaines occasions et en appelant l'attention sur un certain nombre de guerres et autres situations de conflit armé qui s'étaient déroulées en dehors du territoire des Etats dotés d'armes nucléaires. Toutefois, à supposer qu'on pourrait démontrer l'existence d'un tel lien de causalité, il resterait à expliquer pourquoi des politiques fondées sur la dissuasion nucléaire ont maintenu la paix comme dans le cas des Etats dotés d'armes nucléaires. Une réponse raisonnable consiste à dire que chacun de ces Etats a pris conscience qu'il courait le risque de la destruction de sa nation. Il ressort des éléments présentés à la Cour qu'une telle destruction ne s'arrêterait pas aux frontières des Etats belligérants, mais qu'elle pourrait s'étendre au point d'entraîner l'anéantissement de l'espèce humaine.

Les armes nucléaires ne sont pas les seules armes à ranger dans la catégorie des armes de destruction massive, mais elles se distinguent nettement de toutes les autres armes, y compris les autres armes faisant partie de cette catégorie. Je cite la Cour :

«les armes nucléaires sont des engins explosifs dont l'énergie procède de la fusion ou de la fission de l'atome. Par sa nature même, ce processus, dans le cas des armes nucléaires telles qu'elles existent aujourd'hui, libère non seulement d'énormes quantités de chaleur et d'énergie, mais aussi un rayonnement puissant et prolongé. Selon les éléments en possession de la Cour, les deux premières sources de dommages sont bien plus puissantes qu'elles ne le sont dans le cas d'autres armes, cependant que le phénomène du rayonnement est considéré comme particulier aux armes nucléaires. De par ces caractéristiques, l'arme nucléaire est potentiellement d'une nature catastrophique. Le pouvoir destructeur des armes nucléaires ne peut être endigué ni dans l'espace ni dans le temps. Ces armes ont le pouvoir de détruire toute civilisation, ainsi que l'écosystème tout entier de la planète.» (Avis consultatif, par. 35.)

Un peu plus loin, la Cour déclare :

«il est impératif que la Cour tienne compte des caractéristiques uniques de l'arme nucléaire, et en particulier de sa puissance destructrice, de sa capacité d'infliger des souffrances indicibles à l'homme, ainsi que de son pouvoir de causer des dommages aux générations à venir» (*ibid.*, par. 36).

Même s'il est possible que, d'un point de vue scientifique, d'autres armes de destruction massive, comme les armes biologiques et chimiques, puissent également anéantir l'humanité, la question n'est pas seulement de savoir si une arme a ce pouvoir, mais si les éléments dont on dispose montrent que la communauté internationale considère qu'une arme a ce pouvoir. Les éléments présentés à la Cour ne concernaient pas précisément cet aspect dans le cas d'autres armes; toutefois, dans le cas des armes nucléaires, c'était le cas et la Cour a estimé que la démonstration avait été concluante. Des remarques analogues pourraient s'appliquer à d'autres armes, comme les lance-flammes et le napalm, qui, sans aller jusqu'à pouvoir anéantir l'humanité, peuvent néanmoins infliger des dommages considérables. Contrairement au cas des armes nucléaires, les éléments présentés à la Cour ne permettent pas de conclure que, tout terrifiants que puissent être les effets produits par l'emploi de ces autres armes, la communauté internationale considère un tel emploi comme inacceptable pour sa conscience.

On ajoutera que, une fois établi que l'emploi d'une arme peut anéantir l'humanité, son caractère inacceptable pour la conscience de la communauté internationale n'est pas diminué matériellement par le fait qu'il n'est pas nécessaire que cette arme ait ce résultat dans chaque cas; on ne peut raisonnablement demander à la conscience de la communauté inter-

nationale que, chose aussi étrange qu'impossible, elle attende que se produise l'événement pour voir si le résultat de l'emploi d'une arme donnée cause l'anéantissement de l'espèce humaine. La considération déterminante, c'est le risque d'un tel anéantissement. Ce résultat peut ne pas se produire dans tous les cas, mais le risque est intrinsèque dans chaque cas. Le risque peut être plus élevé dans certains cas que dans d'autres; mais il est toujours suffisamment présent pour rendre l'emploi d'armes nucléaires inacceptable à la communauté internationale dans tous les cas. Selon moi, la réponse à la question de la répulsion qu'éprouve la conscience de la communauté internationale est toujours déterminante.

En résumé, la Cour pourrait conclure, conformément à ses conclusions énoncées au paragraphe 35 de son avis consultatif, que la communauté internationale dans son ensemble considère que non seulement les armes nucléaires sont des armes de destruction massive, mais également qu'il existe un risque évident et tangible que leur emploi provoque l'anéantissement de l'humanité, ce qui ferait qu'un tel emploi répugnerait à la conscience de la communauté. Nous examinerons plus loin les implications juridiques de cette affirmation.

4. *La neutralité*

On a posé la question de savoir si les dommages causés à un Etat neutre par l'utilisation d'armes nucléaires sur le territoire d'un Etat belligérant constitue une violation de sa neutralité et je fais mienne la réponse affirmative donnée par Nauru dans son exposé à propos de l'affaire parallèle dont la Cour a été saisie par l'Organisation mondiale de la Santé, telle qu'elle est énoncée au paragraphe 88 du présent avis consultatif. Un certain nombre d'incidents relatés par la doctrine ne m'incitent pas à adopter une vue différente⁵.

Le principe, tel qu'il est énoncé à l'article premier de la cinquième convention de La Haye de 1907 concernant les droits et les devoirs des puissances et des personnes neutres en cas de guerre sur terre, est que «[l]e territoire des puissances neutres est inviolable». Ce principe n'a pas été conçu pour garantir aux Etats neutres une immunité absolue à l'égard des effets d'un conflit armé; le but original, nous dit-on, était d'empêcher une invasion militaire ou un bombardement d'un territoire neutre et, par ailleurs, de définir les droits et obligations complémentaires des neutres et des belligérants.

Toutefois, on voit mal comment ces considérations peuvent justifier l'emploi d'armes nucléaires lorsque les effets des rayonnements qu'elles émettent s'étendent aux habitants d'Etats neutres, leur causent des dommages à eux-mêmes, à leurs enfants et à leurs ressources naturelles et risquent de les contraindre à quitter leur patrie. Il n'est pas difficile

⁵ Voir, par exemple, Roberto Ago, «Additif au huitième rapport sur la responsabilité des Etats», *Annuaire de la Commission du droit international*, 1980, vol. II, première partie, p. 35-36, par. 50.

d'imaginer la réaction d'un habitant des Iles Marshall. Par rapport à la catastrophe plus impressionnante causée directement et à l'avantage militaire pour l'Etat qui utilise de telles armes, ces effets peuvent être qualifiés de conséquences secondaires de l'événement principal; mais, comme on l'a soutenu plus haut, ce genre de classification est sans pertinence juridique. Les «conséquences secondaires» ne sont pas des conséquences économiques ou sociales lointaines. Qu'il s'agisse d'effets directs ou indirects, ils résultent de l'emploi d'armes nucléaires, car celles-ci ont la propriété d'émettre des rayonnements; leur effet destructeur sur l'ennemi est dû en grande partie aux effets des rayonnements, et il est très probable que ces rayonnements auront des incidences transfrontières.

Dire que les effets des rayonnements et autres effets transfrontières de l'emploi d'armes nucléaires ne violent pas la neutralité d'Etats tiers en l'absence d'une incursion ou d'un bombardement transfrontière par un belligérant, c'est donner un sens qu'elle est loin d'avoir à la proposition selon laquelle la neutralité ne constitue pas pour des Etats tiers une garantie absolue d'immunité, à l'égard de tous les effets potentiels de la conduite d'hostilités. La cinquième convention de La Haye de 1907 ne définit pas l'invulnérabilité; elle ne dit pas non plus que le territoire d'un Etat neutre est violé uniquement du fait d'une incursion ou d'un bombardement par un belligérant. Si l'on admet néanmoins que ceux qui ont conçu cette disposition entendaient empêcher l'invasion militaire ou le bombardement d'un territoire neutre, il me semble que cet objectif, qui était formulé dans le contexte des guerres de l'époque, ne règle pas la question de savoir si, sur le plan du principe, «le territoire des puissances neutres» est violé lorsque ce territoire et ses habitants subissent physiquement des dommages dus aux effets de l'utilisation d'armes nucléaires ailleurs, dans des circonstances où il est possible que de tels dommages se produisent. Les causes des souffrances qui s'ensuivent et les souffrances elles-mêmes sont identiques à celles ressenties dans la zone des combats.

On a prétendu, à juste titre, qu'on ne connaissait pas de cas où un Etat belligérant avait été tenu responsable de dommages concomitants occasionnés dans un territoire neutre par des actes de guerre licites commis hors de ce territoire. Il faut cependant rappeler que la possibilité de dommages occasionnés par des retombées radioactives n'existaient pas précédemment; en raison de limitations d'ordre technique, il n'était possible en pratique de causer des dommages sur un territoire neutre que par une invasion ou un bombardement, et dans ces cas on se trouvait en présence d'actes de guerre commis sur le territoire neutre lui-même. Dans la mesure où le type de situation qui existait dans l'affaire de la *Fonderie de Trail* était vraisemblablement une conséquence importante d'actes de guerre, la survenance de situations concrètes dans la période prénucléaire n'a pas été démontrée à la Cour. Ainsi, s'il n'y a peut-être pas eu de cas où un Etat belligérant a été tenu responsable de dommages concomitants occasionnés dans un territoire neutre par des actes de guerre licites commis en dehors de ce territoire, on ne peut en tirer argument en l'espèce qu'à condition de démontrer l'absence de toute responsabilité,

même lorsqu'il est établi que des effets physiques importants d'actes de guerre commis ailleurs se font sentir en territoire neutre. Cela ne peut être démontré de manière convaincante, car on se heurte au principe applicable en la matière. L'acte qui a causé la guerre aurait eu la conséquence de violer matériellement le territoire de l'Etat neutre. Le principe de la convention de La Haye de 1907, selon lequel le territoire des puissances neutres est inviolable, perdrait beaucoup de sa signification si, dans un tel cas, on ne considérait pas qu'il a été porté atteinte à ce principe.

5. Représailles en temps de conflit armé

On s'est demandé si, en admettant que l'emploi d'armes nucléaires est illicite dans d'autres circonstances, un tel emploi pourrait néanmoins être licite exceptionnellement dans le cas de représailles en temps de conflit armé (qu'il convient de distinguer des représailles exercées dans des situations autres qu'un tel conflit). Il me semble cependant qu'il n'est nullement besoin d'examiner cet aspect dans un avis où l'on s'efforce d'établir que «l'état actuel du droit international, ainsi que les éléments de fait dont elle dispose», n'empêchait pas la Cour de conclure

«de façon définitive que la menace ou l'emploi d'armes nucléaires serait licite ou illicite dans une circonstance extrême de légitime défense dans laquelle la survie même d'un Etat serait en cause» (avis consultatif, dispositif, par. 2 E).

Si l'emploi d'armes nucléaires est licite à titre de représailles en temps de conflit armé, une telle possibilité serait également ouverte à un Etat agresseur et à un Etat exerçant son droit de légitime défense. Dans ce cas, l'examen de la licéité de l'emploi de telles armes à titre de représailles en temps de conflit armé ne serait pas de nature à favoriser matériellement l'analyse de la question de savoir si de telles armes peuvent être employées licitement dans l'exercice de la légitime défense, qui est la question posée par la conclusion de la Cour.

6. Il n'y a pas de non liquet

Les commentateurs laissent entendre que certaines conclusions de la Cour pourraient être considérées implicitement comme un *non liquet*. Il est possible que la seconde phrase de l'alinéa E du paragraphe 2 du dispositif de l'avis consultatif de la Cour soit interprété de cette manière. Si cette interprétation est exacte, je ne souscris pas à la position adoptée par la Cour.

Pour tirer argument d'un *non liquet* en l'espèce, il faudrait établir qu'il existe une faille dans l'applicabilité des principes corrects, quels qu'ils soient, régissant la question des circonstances dans lesquelles un Etat peut être considéré comme ayant ou n'ayant pas le droit d'agir.

Si, comme on le prétend, le droit international n'a rien à dire au sujet de la licéité de l'emploi d'armes nucléaires, cela signifie nécessairement

que le droit international ne comporte pas une règle interdisant un tel emploi. Selon l'opinion généralement admise à propos de la décision dans l'affaire du *Lotus*, en l'absence d'une telle règle prohibitive, les Etats ont le droit d'employer des armes nucléaires.

En revanche, si cette interprétation de la décision dans l'affaire du *Lotus* est inexacte ou inadéquate à la lumière des changements survenus par la suite dans la structure juridique internationale, il s'ensuit que les Etats n'ont aucun droit d'employer de telles armes, à moins que le droit international n'autorise un tel emploi. Si le droit international n'a rien à dire au sujet de l'emploi d'armes nucléaires, cela signifie nécessairement que le droit international ne comporte pas une règle autorisant un tel emploi. En l'absence d'une telle autorisation, les Etats n'ont pas le droit d'employer des armes nucléaires.

Il s'ensuit, en tout cas en l'espèce, que le principe sur lequel la Cour se fonde, qu'il s'agisse d'un principe d'interdiction ou d'un principe d'autorisation, ne laisse aucun espace inoccupé par le droit et donc aucun espace qui pourrait être comblé par la doctrine du *non liquet* ou par des arguments qui s'en inspirent. Peu importe qu'on se trouve dans le cadre d'une procédure consultative et non d'une procédure contentieuse: le droit applicable est le même dans les deux cas.

7. L'appel lancé par l'Assemblée générale en faveur de la conclusion d'une convention

Nous laisserons de côté le point de savoir si les résolutions de l'Assemblée générale sont susceptibles d'avoir un effet ou une influence de nature législative pour nous demander si ses résolutions à cet égard établissent réellement que l'emploi d'armes nucléaires est contraire au droit existant. Certains Etats, qui soutiennent que telle n'est pas la position de l'Assemblée, soulignent le fait que, dans ses résolutions, l'Assemblée a demandé également la conclusion d'une convention sur ce sujet.

Cependant, comme le montre l'exemple de la convention relative au crime de génocide, l'Assemblée générale a pu considérer qu'un certain comportement constituerait un crime au regard du droit existant tout en lançant un appel en faveur de la conclusion d'une convention sur ce sujet. Dans sa résolution 96 (I) du 11 décembre 1946, elle a demandé de rédiger «un projet de Convention sur le crime de génocide» et affirmé aussi «que le génocide est un crime de droit des gens...» De même, dans sa résolution du 14 décembre 1978, l'Assemblée générale a déclaré

«que

- a) le recours aux armes nucléaires constituera une violation de la Charte des Nations Unies et un crime contre l'humanité;
- b) le recours aux armes nucléaires doit donc être interdit, en attendant le désarmement nucléaire».

C'est sur cette base que la résolution en est ensuite venue à mentionner l'examen futur de la question d'une convention internationale en la matière.

Une convention peut être utile en appelant l'attention des organes nationaux sur le sujet, en particulier en ce qui concerne toute mesure qu'ils pourraient devoir prendre; elle peut contribuer aussi à clarifier et préciser les modalités de mise en œuvre des principes de base ou, plus généralement, à concevoir un régime pour l'examen de l'illicéité en question. Le fait de demander la conclusion d'une convention interdisant un certain comportement n'implique pas nécessairement que le comportement en question n'était pas déjà interdit.

Un autre argument consiste à dire que certaines résolutions plus récentes de l'Assemblée générale ont adopté une formulation plus nuancée que celle utilisée dans des résolutions plus anciennes (voir le paragraphe 71 de l'avis consultatif). Je n'attache pas beaucoup de poids à cet argument qui laisse entendre qu'il y aurait là un abandon de la position adoptée dans des résolutions antérieures de l'Assemblée générale selon laquelle l'emploi d'armes nucléaires est contraire au droit international existant. Les résolutions postérieures sont parties de l'idée que cette position avait déjà été prise et qu'elle l'avait été à suffisance; elles se sont donc bornées à rappeler simplement la principale résolution en la matière, à savoir la résolution 1653 (XVI) de 1961. Les termes utilisés dans les résolutions ont sans doute varié de temps à autre, mais il faut noter que dans la résolution 47/53 du 9 décembre 1992 l'Assemblée générale a réaffirmé «que l'emploi d'armes nucléaires constituerait une violation de la Charte des Nations Unies et un crime contre l'humanité, comme elle l'a déclaré dans [sa] résolution 1653 (XVI) du 24 novembre 1961» et dans d'autres résolutions citées.

Les résolutions de l'Assemblée générale peuvent raisonnablement être interprétées comme signifiant que la menace ou l'emploi d'armes nucléaires étaient interdits au regard du droit international préexistant. La question est de savoir si les éléments de fait et de droit sont suffisants pour permettre à la Cour de décider si la position ainsi adoptée par l'Assemblée générale était correcte. C'est à cette question que je vais essayer à présent de répondre.

DEUXIÈME PARTIE. LA COUR POUVAIT-ELLE CONCLURE QUE LES ÉTATS ONT LE DROIT D'EMPLOYER DES ARMES NUCLEAIRES, EU EGARD AUX PRINCIPES GÉNÉRAUX QUI DÉTERMINENT QUAND UN ÉTAT DOIT ÊTRE CONSIDÉRÉ COMME DISPOSANT DE CERTAINS POUVOIRS?

La question de l'Assemblée générale pose un dilemme à la Cour, en tant que juridiction mondiale: conclure que les Etats ont le droit de recourir aux armes nucléaires, c'est affirmer qu'ils ont le droit d'adopter une ligne de conduite qui pourrait aboutir à l'anéantissement de la civilisation et la destruction de toutes les formes de vie sur la terre, qu'il s'agisse de la flore ou de la faune. Par ailleurs, nier l'existence de ce droit peut paraître contredire le principe du *Lotus*, qui est invoqué par certains Etats, selon lequel les Etats ont le droit souverain de faire tout ce qui

n'est pas interdit en droit international, et on soutient à cet égard qu'il n'existe aucun principe de droit international interdisant l'emploi de telles armes. Ce dilemme⁶ a fait l'objet d'un intense débat. Selon moi, quatre solutions possibles s'offraient à la Cour.

*

La première solution possible consiste à partir du principe du *Lotus*, selon lequel un Etat a le droit de faire tout ce qui n'est pas interdit, mais en faisant valoir qu'un acte susceptible d'aboutir à l'anéantissement de l'humanité provoquerait nécessairement la destruction d'Etats neutres. Cela étant, cet acte ne peut être justifié au titre de la légitime défense. Dès lors, même si, *quod non*, un tel acte est admissible à d'autres égards selon le *jus in bello*, la Cour pourrait décider qu'il n'est pas couvert par le *jus ad bellum* et est interdit en vertu du paragraphe 4 de l'article 2 de la Charte. La question de la neutralité a été traitée plus haut à la section 4 de la première partie.

*

La deuxième solution possible part également du principe du *Lotus*. Mais on fait valoir ici qu'à bien considérer deux instruments au respect desquels la Cour est tenue, la Charte et le Statut de la Cour qui y est annexé, on constate qu'ils sont incompatibles avec le droit qu'aurait un Etat d'entreprendre une action qui réduirait à néant leur hypothèse de base, à savoir que la civilisation et l'humanité continueront d'exister. Et la Cour pourrait conclure qu'en vertu du droit tout acte incompatible de ce type est interdit par la Charte.

*

La troisième solution possible part aussi du principe du *Lotus*, selon lequel un Etat a le droit de faire tout ce qui n'est pas interdit en droit international. Mais (comme je l'ai laissé entendre plus haut à la section 2 de la première partie) on fait valoir ici que ce droit supplétif ne va pas jusqu'à autoriser à prendre des mesures qui, de par leur nature même, ne peuvent faire l'objet d'un droit, comme des actions qui pourraient détruire l'humanité et la civilisation, et donc réduire à néant la base sur laquelle

⁶ Ce dilemme n'est pas sans rappeler celui qu'eurent à trancher les éminents juges de Perse, auxquels le roi Cambyse demandait s'il pouvait épouser sa sœur. Ils lui répondirent sagement «qu'ils ne voyaient aucune loi autorisant un frère à épouser sa sœur, mais qu'il existait assurément une loi permettant au roi de Perse de faire ce qui lui plaisait». Voir Hérodote, *Histoires*, traduit par Aubrey de Sélincourt, Penguin Books, 1959, p. 187. Dans la présente affaire, une réponse affirmative à la question de l'Assemblée générale signifierait que la Cour n'a pu trouver une loi autorisant un Etat à anéantir la planète, mais qu'il existe assurément une loi permettant à un Etat d'atteindre le même but dans le cadre de l'exercice de ses pouvoirs souverains.

les Etats existent et, partant, la base sur laquelle reposent les droits et obligations régissant la communauté internationale.

Aucun argument convaincant ne permet de soutenir que dans l'affaire du *Lotus* la Cour serait partie de l'idée que les Etats ont une souveraineté absolue les habilitant à entreprendre n'importe quelle action, si horrible et détestable puisse-t-elle paraître aux yeux de la communauté internationale, dès lors qu'il n'est pas prouvé que cette action est interdite en droit international. L'idée de la suprématie interne associée à la notion de souveraineté en droit interne n'est pas applicable comme telle lorsqu'on transpose cette notion sur le plan international. La coexistence d'un certain nombre de souverainetés assigne des limites à la liberté de chaque Etat d'agir comme si les autres Etats n'existaient pas. Ces limites définissent un cadre structurel objectif dans lequel la souveraineté doit nécessairement exister⁷; le cadre ainsi que les limites qui le définissent sont implicites dans la référence faite dans l'affaire du *Lotus* à la «coexistence de ... communautés indépendantes» (*C.P.J.I. série A n° 10*, p. 18), idée qui a été précisée ultérieurement par la Charte grâce à l'accent qu'elle a mis spécialement sur la coopération.

Ainsi donc, si étendus que puissent être les droits découlant de la souveraineté, ces droits ne peuvent aller au-delà du cadre dans lequel la souveraineté elle-même existe; en particulier, ils ne peuvent violer ledit cadre. Celui-ci exclut qu'un Etat puisse avoir le droit d'entreprendre une action qui démantèlerait la base du cadre en anéantissant la civilisation et l'humanité. Cela ne signifie pas qu'il est interdit à un Etat d'exercer un droit qu'il aurait, sauf en cas d'interdiction; en effet, un Etat ne saurait avoir un tel droit d'emblée.

Il faut donc poser une question préalable en l'espèce: même en l'absence d'interdiction, existe-t-il un élément dans la souveraineté de l'Etat qui autoriserait celui-ci à entreprendre une action qui mettrait fin effectivement à l'existence de tous les Etats en anéantissant la civilisation et l'humanité? Il n'est pas raisonnable de répondre à cette question par l'affirmative; la souveraineté ne peut comporter un tel droit, car l'Etat qui commettrait cet acte serait une de ces «communautés indépendantes» qui coexistent, selon l'expression utilisée à l'époque par la Cour permanente de Justice internationale, et il aurait donc l'obligation de respecter la souveraineté des autres Etats. On voit difficilement comment la Cour

⁷ L'idée est évoquée par la remarque suivante d'un auteur:

«Pour certains auteurs l'existence d'un *corpus juris* régissant une société décentralisée et horizontale relève du miracle. Je dirais plutôt qu'elle relève de la nécessité. Ce n'est pas en dépit, mais à cause de l'hétérogénéité des Etats dans une société de juxtaposition que le droit international a été créé et s'est développé. Si le droit international n'existait pas, il faudrait l'inventer.» (Prosper Weil, «Le droit international en quête de son identité. Cours général de droit international public», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, t. 237 (1992), p. 36.)

pourrait faire sienne la thèse selon laquelle, en l'absence d'une interdiction, un Etat est fondé en droit à adopter un comportement qui aurait pour effet de vider de son contenu la souveraineté de tous les autres Etats.

*

Une quatrième solution s'offre à la Cour: si le principe énoncé dans l'affaire du *Lotus* permet à un Etat de faire tout ce qui n'est pas interdit — thèse qui est vigoureusement appuyée par certains Etats et tout aussi fermement rejetée par d'autres Etats —, il faut cependant bien circonscrire cette affaire, aux fins de celle que nous examinons. L'affaire du *Lotus* n'avait trait à aucun acte susceptible d'anéantir la civilisation et l'humanité. Elle n'interdit pas de conclure qu'il n'existe aucun droit de commettre un tel acte, sauf s'il s'agit d'un acte autorisé en droit international.

Cette quatrième solution mérite qu'on s'y arrête plus longuement que sur les autres. Il nous faudra examiner trois faits nouveaux qui ont une incidence sur l'applicabilité dans le monde d'aujourd'hui de modes de pensée juridiques remontant à une époque antérieure.

En premier lieu, comme cela ressort du paragraphe 4 de l'article 2 de la Charte et à la suite d'une évolution amorcée plus tôt, le droit de recourir à la force a fait l'objet d'une restriction importante. On ne met plus aussi fortement l'accent sur la souveraineté individuelle que le faisait autrefois la société internationale. Ce point a été souligné par les Philippines et le Samoa.

En deuxième lieu, une évolution importante s'est produite en ce qui concerne les notions de «communauté internationale» et de «relations entre Etats». A mesure que le nombre des Etats s'accroissait, les relations internationales ont gagné en densité et le monde s'est resserré. D'un petit club d'Etats, on est vraiment passé à une communauté internationale universelle. C'est ainsi qu'une chambre de la Cour a pu évoquer en 1984 «la coexistence et la coopération vitale des membres de la communauté internationale» (*Délimitation de la frontière maritime dans la région du golfe du Maine, C.I.J. Recueil 1984*, p. 299, par. 111). La conception juridique qui prévalait autrefois n'a pas perdu toute consistance, mais il est indéniable que l'accent mis autrefois sur la souveraineté individuelle de chaque Etat considéré comme un *hortus conclusus* a fait place à une meilleure prise de conscience de la responsabilité de chaque Etat en tant que membre d'un système plus cohérent et plus général, fondé sur la coopération et l'interdépendance.

Cette évolution a été en partie consacrée par la Charte, et en partie amorcée par elle. M. Alvarez a pris note des effets et du sens de cette évolution (*Conditions de l'admission d'un Etat comme Membre des Nations Unies (article 4 de la Charte), 1948, C.I.J. Recueil 1947-1948*, p. 68, opinion individuelle). Les doutes suscités par son plaidoyer pour un nouveau droit international n'ont pas obscurci le fait qu'il n'était pas le seul à penser, comme d'autres juges l'ont relevé, que:

«[i]l est indéniable que toutes les activités internationales ont tendu

dans la période récente à la réalisation du bien-être commun de la communauté internationale, en limitant de ce fait la compétence souveraine des Etats particuliers» (*Réserves à la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, C.I.J. Recueil 1951*, p. 46, opinion dissidente collective de M. Guerrero, sir Arnold McNair, MM. Read et Hsu Mo).

Bien qu'à d'autres égards il se montre critique au sujet de la «théorie qui réduit les droits des Etats à des compétences assignées et réparties par le droit international»⁸, M. Charles De Visscher, pour sa part, a noté que «[l]a Charte a donné naissance à un régime international» et il a ajouté que

«l'interprétation d'un grand acte constitutionnel international comme la Charte des Nations Unies ne saurait s'inspirer des conceptions individualistes qui prévalent généralement dans l'interprétation des traités ordinaires» (*Statut international du Sud-Ouest africain, C.I.J. Recueil 1950*, p. 189, opinion dissidente).

Bien entendu, la Charte n'a rien établi qui puisse être assimilé à un gouvernement mondial, mais elle a organisé les relations internationales sur la base d'un «système international», et un tel système repose sur la prémisses fondamentale que l'espèce humaine et la civilisation vont continuer d'exister.

En troisième lieu, cependant, une évolution en sens contraire s'est produite, à savoir qu'aujourd'hui, et pour la première fois dans l'histoire, certains Etats ont la capacité de détruire tout le système et, avec lui, l'humanité tout entière.

Quels sont les enseignements qui se dégagent de cette triple évolution, dont la troisième va en sens contraire de la première et de la deuxième?

Les notions de souveraineté et d'indépendance que la Cour avait à l'esprit en statuant dans l'affaire du *Lotus* ne s'inséraient pas dans un contexte où l'on entrevoyait la possibilité qu'un Etat aurait la capacité à lui seul de s'anéantir et d'anéantir avec lui tous les autres Etats. La Cour avait à examiner une affaire de collision en mer et la question de la compétence pénale des Etats à cet égard. On ne peut pas dire qu'il y avait là de quoi bouleverser les esprits. Si elle avait pu imaginer la possibilité qu'une minorité d'Etats belligérants pût anéantir la planète, elle aurait vraisemblablement nuancé la position qu'elle a prise, tout comme elle l'aurait fait en 1986, lorsqu'elle a déclaré que:

«il n'existe pas en droit international de règles, autres que celles que l'Etat intéressé peut accepter, par traité ou autrement, imposant la limitation du niveau d'armement d'un Etat souverain, ce principe étant valable pour tous les Etats sans distinction» (*Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique)*, *C.I.J. Recueil 1986*, p. 135, par. 269).

⁸ Charles De Visscher, *Theory and Reality in Public International Law*, édition révisée, traduction de P. E. Corbett, 1968, p. 104.

Il n'était pas question en l'occurrence de l'emploi d'armes nucléaires; la déclaration de la Cour portait sur le droit d'un Etat de posséder un niveau d'armement, aucune question n'ayant été soulevée au sujet de la licéité du recours à un tel armement. Il faut se garder d'étendre la signification d'un dictum à un domaine qui n'était pas visé par la juridiction dont elle émane. Le fait que Badawi Pacha ait exprimé son désaccord à ce sujet n'enlève aucune valeur à son rappel des problèmes qui pourraient se poser

«dès lors qu'on transpose une règle du cadre où elle s'est formée dans un autre cadre où, les dimensions n'étant pas les mêmes, elle ne peut s'accommoder avec l'aisance ancienne» (*Réparation des dommages subis au service des Nations Unies, C.I.J. Recueil 1949, p. 215*).

Il faut rappeler aussi que lord Finlay, dans son opinion dissidente à propos de l'affaire du *Lotus*, considérait que la question posée dans le compromis ne consistait pas à savoir s'il existait «une règle interdisant» l'exercice de poursuites pénales, mais si «les principes du droit international autorisent» un tel exercice (*C.P.J.I. série A n° 10, p. 52*). Dans les premières années qui ont suivi l'adoption de la Charte, M. Alvarez a contesté expressément le principe selon lequel les Etats ont «le droit ... de faire tout ce qui n'est pas expressément défendu par le droit international». Selon lui: «Ce principe, exact autrefois, sous le régime de la souveraineté absolue, ne l'est plus aujourd'hui.» (*Pêcheries, C.I.J. Recueil 1951, p. 152, opinion individuelle.*)

Je n'examinerai pas ici le point de savoir s'il est possible d'admettre une contestation aussi générale. En effet, il me semble qu'il est un aspect particulier qui est propre à l'affaire du *Lotus*. Cette distinction limitée porte sur le point ci-après. Dans quel sens qu'elle se prononçât dans l'affaire du *Lotus*, la décision de la Cour pouvait s'accommoder dans le cadre d'une société internationale fondée sur la «coexistence de communautés indépendantes». Il n'en va pas de même lorsqu'on pose la question de savoir s'il existe un droit de recourir aux armes nucléaires. Si la Cour devait affirmer qu'un tel droit existe, elle attesterait l'existence d'un droit qui pourrait être utilisé pour détruire ce cadre et qui ne pourrait donc trouver à s'y accommoder. Quelque étendus que puissent être les pouvoirs dont dispose un Etat, rien ne permet de supposer que la Cour permanente de Justice internationale considérait qu'en l'absence d'une interdiction ils englobaient des pouvoirs dont l'exercice pourrait provoquer l'anéantissement de la civilisation et de l'humanité et donc détruire le cadre de la communauté internationale; il n'était pas question de pouvoirs de cette espèce. Dès lors qu'une action risque d'avoir des conséquences aussi apocalyptiques, le cas est différent et il n'empêche pas la Cour d'affirmer que les Etats n'ont pas le droit d'entreprendre une telle action, à moins d'établir, ce qui est improbable, que celle-ci est autorisée en droit international.

Il est de fait que le libellé (et, en particulier, le titre) des différents projets de convention annexés à un certain nombre de résolutions de l'Assemblée générale concernant les armes nucléaires s'inspire de la terminologie de l'interdiction. Toutefois, si l'on admet que la théorie correcte veut

qu'on établisse que l'emploi des armes nucléaires est autorisé en droit international, ce fait n'empêche pas les Etats de conclure un traité formel d'interdiction; le fait que les projets de convention visés tendaient à établir une interdiction n'infirme pas l'opinion selon laquelle l'autorisation doit être démontrée.

La terminologie de l'interdiction apparaît également dans la motivation de la décision du tribunal de district de Tokyo dans l'affaire *Shimoda c. l'Etat*⁹. Je ne crois pas qu'on puisse tirer de cela des conclusions très nettes. Le tribunal de district de Tokyo ayant acquis la conviction que le largage des bombes était interdit en droit international, il n'avait pas à examiner si, en l'absence d'une interdiction, il était nécessaire d'établir l'existence d'une autorisation; les arguments de droit lui paraissant suffisants pour conclure à l'illicéité, le sens de la réserve judiciaire pouvait amener le tribunal en question à se dispenser d'examiner s'il était possible d'arriver à la même conclusion sur une autre base.

Est-il possible d'établir l'existence de l'autorisation requise en l'espèce? Il semble que non. La Cour a été créée par la Charte et par le Statut. Si elle estime, comme elle devrait le faire, que tant la Charte que le Statut postulent la survie de la civilisation et de l'humanité, on ne voit pas très bien comment elle pourrait éviter de conclure que le droit international n'autorise pas un Etat à entreprendre une action qui risque de provoquer l'anéantissement de la civilisation et de l'humanité.

TROISIÈME PARTIE. LA COUR POUVAIT-ELLE CONCLURE QUE L'EMPLOI D'ARMES NUCLÉAIRES EST INTERDIT PAR LE DROIT HUMANITAIRE?

Je me propose d'examiner à présent la question de la licéité de l'emploi d'armes nucléaires du point de vue de certains des grands principes du droit humanitaire (un terme utilisé généralement aujourd'hui) qui étaient en vigueur au début de l'ère nucléaire. Ces principes ont trait au droit de choisir les moyens de guerre, au principe relatif aux maux superflus, et à la clause de Martens.

1. *Les méthodes ou moyens de guerre*

Ce principe du droit international coutumier est réaffirmé au paragraphe 1 de l'article 35 du protocole additionnel I de 1977 aux conventions de Genève de 1949 dans les termes ci-après: «Dans tout conflit armé, le droit des parties au conflit de choisir des méthodes ou moyens de guerre n'est pas illimité.» Le principe a été quelque peu battu en brèche du fait de l'apparition continue d'armes dotées d'un pouvoir de destruction sans cesse accru, la tendance étant d'accepter un seuil plus élevé de capacité de destruction à mesure que cette capacité devenait plus grande. On réduirait encore davantage la valeur de ce principe en soutenant,

⁹ *The Japanese Annual of International Law*, n° 8, 1964, p. 235.

comme on le fait parfois, qu'il se borne à ouvrir la possibilité qu'une loi vienne interdire une arme, sans énoncer le principe lui-même; mais cet argument ne peut être fondé, car s'il l'était, le principe n'établirait pas une norme de conduite pour les Etats et on ne pourrait donc le qualifier de principe de droit international. Au paragraphe 77 de son avis consultatif, la Cour reconnaît qu'il s'agit bien d'un principe de droit international. Il n'est pas plus dénué de sens qu'il n'est tombé en désuétude: son maintien en vigueur est attesté par la résolution 2444 (XXIII) de l'Assemblée générale, qui a été adoptée à l'unanimité le 19 décembre 1968. Par cette résolution, l'Assemblée générale a fait sienne

«la résolution XXVIII adoptée en 1965 à Vienne par la XX^e Conférence internationale de la Croix-Rouge, qui a posé notamment les principes suivants que doivent observer toutes les autorités, gouvernementales et autres, responsables de la conduite d'opérations en période de conflit armé, à savoir:

- a) que le droit des parties à un conflit armé d'adopter des moyens de nuire à l'ennemi n'est pas illimité;
- b) qu'il est interdit de lancer des attaques contre les populations civiles en tant que telles;
- c) qu'il faut en tout temps faire la distinction entre les personnes qui prennent part aux hostilités et les membres de la population civile, afin que ces derniers soient épargnés dans toute la mesure du possible».

Comme le laisse entendre l'alinéa a), le principe limitant le droit de choisir les moyens de guerre subsiste. Même si l'on a l'impression qu'il n'est pas utilisé, il est possible de le mettre en œuvre. De quelle façon? On peut interpréter le principe comme ayant pour objet d'exclure le droit d'avoir recours à certaines armes. Ces armes n'ont pas été précisées, et cela peut se comprendre. Cependant, si, comme cela semble être le cas, le principe peut servir à interdire le recours à certaines armes, on voit mal comment il pourrait ne pas interdire le recours aux armes nucléaires; les difficultés que pose l'application de la règle dans des cas moins évidents disparaissent lorsque surviennent des cas plus patents. Bien entendu, l'imagination ne suffit pas, et il faut présenter un raisonnement juridique. Quel peut-il être?

On pourrait commencer utilement par noter que, ce qui est en cause, ce n'est pas l'existence du principe, mais son application dans un cas donné. Pareille application n'exige pas qu'on apporte la preuve de l'existence d'une *opinio juris* interdisant l'utilisation d'une arme en particulier; s'il en était ainsi, on se trouverait étrangement en présence d'un principe qui ne pourrait être appliqué sans qu'on apporte la preuve que chaque application est appuyée par une *opinio juris*.

Mais comment le principe peut-il s'appliquer en l'absence d'un critère bien établi? Si le principe peut servir à interdire le recours à certains moyens de guerre, cela implique nécessairement qu'il existe un critère sur la base duquel il est possible de déterminer si un moyen donné est interdit. Quel peut être ce critère implicite? Comme la Cour semble le recon-

naître, des considérations humanitaires sont admissibles dans l'interprétation du droit des conflits armés (voir paragraphes 86 et 92 de l'avis consultatif de la Cour). En partant de ces considérations, si on adopte une approche fondée sur le principe de l'effet utile, on peut raisonnablement conclure que le critère qui est implicite dans le principe en question consiste à examiner si l'emploi de l'arme visée est acceptable aux yeux de la communauté internationale; on voit difficilement comment on pourrait avoir le droit d'adopter un moyen de guerre dont l'utilisation répugne à la communauté internationale.

Pour ce qui est de certaines armes, il peut s'avérer difficile d'établir, d'une manière parfaitement probante, quel est le sentiment de la communauté internationale. Mais l'emploi d'armes nucléaires se situe à la pointe extrême d'une gamme de possibilités, là où des difficultés de ce type n'existent plus. Contrairement aux armes classiques, les armes nucléaires peuvent provoquer l'anéantissement de l'humanité et de la civilisation. Comme on l'a fait observer, si on faisait exploser en même temps tous les engins explosifs qui ont été utilisés dans le monde entier depuis l'invention de la poudre à canon, cela ne pourrait provoquer la destruction de la civilisation; mais ce résultat pourrait être atteint en n'employant qu'une petite partie des armes nucléaires. Le principe qui limitait le droit de choisir les moyens de guerre se fondait sur le postulat que, quels que soient les moyens de guerre utilisés de manière licite, il serait encore possible à l'avenir de mener la guerre sur une base civilisée. Ainsi, quelque libre que puisse être un Etat de choisir les moyens de guerre, cette liberté se heurte à une limite lorsque l'emploi d'un certain type d'armes peut aboutir à la destruction de la civilisation.

On pourrait ajouter que, pour juger de l'admissibilité d'un moyen de guerre donné, il faut, selon moi, tenir compte du résultat que ce moyen peut permettre d'atteindre dans le cours ordinaire de la guerre, même si ce résultat n'est pas atteint dans toutes les circonstances. La réponse à cette question, s'agissant d'armes nucléaires, ne relève pas de la spéculation; elle consiste à constater les faits. Dans le cadre de la procédure consultative, la Cour peut, lorsque c'est nécessaire, se prononcer sur les faits (*Conséquences juridiques pour les Etats de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité, C.I.J. Recueil 1971, p. 27*). Pour les raisons déjà données, il n'est pas difficile de se prononcer sur les faits en l'espèce.

Pour établir quel est le sentiment de la communauté internationale, il est évidemment indispensable que la Cour examine les vues des Etats, à condition que, pour les raisons évoquées plus haut, on évite tout glissement consistant à admettre l'hypothèse selon laquelle, s'agissant du principe en question, il faut établir une *opinio juris* à l'appui de l'existence d'une règle spécifique interdisant l'emploi d'armes nucléaires.

Les vues des Etats sont connues. La première résolution de l'Assemblée générale, qui a été adoptée à l'unanimité le 24 janvier 1946, doit s'interpréter comme signifiant qu'aux yeux de l'Assemblée générale l'emploi

d'armes nucléaires est inacceptable pour la communauté internationale; il en est question plus haut. Il y a également le traité sur la non-prolifération de 1968 et les accords annexes, sur lesquels je reviendrai plus longuement un peu plus loin. La Cour pourrait les interpréter comme représentant une déclaration faite par les Etats dotés d'armes nucléaires et les Etats qui n'en détiennent pas pour indiquer que le recours effectif aux armes nucléaires serait inacceptable pour la communauté internationale et qu'il faudrait, pour cette raison, s'efforcer d'empêcher leur prolifération dans le cadre d'accords par lesquels toutes les parties s'engageraient à œuvrer, de bonne foi, en vue de leur élimination définitive. On voit mal, si le recours effectif aux armes nucléaires est acceptable pour la communauté internationale, sur quelle base crédible un arrangement pourrait être conclu pour réserver à quelques Etats le droit d'employer ces armes, et ce à fortiori si ceux-ci peuvent dans certaines circonstances exercer ce droit contre des Etats qui ne jouissent pas de ce droit exclusif.

L'année qui a suivi la conclusion du traité sur la non-prolifération, l'Institut de droit international a eu l'occasion de noter, à sa session de 1969 tenue à Edimbourg, que le droit international existant interdit l'emploi de toutes les armes (y compris les armes nucléaires) qui, de par leur nature, frappent sans distinction les objectifs militaires et les objectifs non militaires, ou les forces armées et la population civile. Quoiqu'on puisse dire des autres armes visées, cette opinion, qui a été émise à la quasi-unanimité, est importante non seulement parce qu'elle émane d'éminents spécialistes, mais aussi parce qu'elle procède d'une évaluation indépendante de l'inacceptabilité pour la communauté internationale du recours aux armes nucléaires. Cette évaluation prenait fidèlement en compte les éléments sur la base desquels les accords concernant le traité sur la non-prolifération avaient été conclus l'année précédente.

D'autres armes font partie, à l'instar des armes nucléaires, de la catégorie des armes de destruction massive. Toutefois, comme indiqué plus haut, il appartient à la Cour de décider que le critère juridique ne consiste pas simplement à mesurer la capacité destructrice d'une arme, mais à établir si sa capacité de destruction est telle que l'arme peut être considérée par la communauté internationale comme inacceptable à ses yeux. Les éléments dont la Cour dispose (dont certains ont été examinés à la section 3 de la première partie) suffisent pour lui permettre de conclure que, dans le cas des armes nucléaires, la répulsion qu'éprouve la communauté internationale est un fait établi. Les conséquences juridiques qui s'imposent dans le cas des armes nucléaires ne doivent donc pas être nécessairement identiques dans le cas d'autres armes de destruction massive qui ne sont pas encore interdites par un traité.

Dans l'affaire *Shimoda c. l'Etat*, les plaignants ont été déboutés pour des motifs qui n'étaient pas à l'époque patents; ce jugement reste à ce jour la seule décision judiciaire, tant nationale qu'internationale, dans ce domaine. Il a été rendu par le tribunal de district de Tokyo, le 7 décembre 1963. Bien qu'il soit évidemment dépourvu de force contraignante, il constitue une décision judiciaire au sens du paragraphe 1, alinéa d), de

l'article 38 du Statut de la Cour et doit être pris en considération. Une décision judiciaire différente de celle à laquelle le tribunal de district de Tokyo est parvenu devrait donc expliquer pourquoi la motivation de son jugement n'était pas acceptable.

Le tribunal de district de Tokyo devait se prononcer sur un argument (fondé sur l'avis juridique d'un expert), selon lequel «les moyens qui causent des maux superflus en temps de guerre et les moyens inhumains sont interdits comme moyens de nuire à l'ennemi»¹⁰. Cette proposition s'inspirait de deux arguments invoqués par le Japon dans sa note de protestation du 10 août 1945, où il était dit :

«C'est un principe fondamental du droit international en temps de guerre que le droit d'un belligérant de choisir les moyens de nuire à l'ennemi n'est pas illimité et qu'un belligérant ne doit pas employer des armes, projectiles et autres matières de nature à causer des maux superflus; et ceux-ci sont expressément stipulés dans l'annexe de la convention concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre et dans les articles 22 et 23 *e*) du règlement concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre.»¹¹

L'article 22 dudit règlement concernait le droit d'adopter des moyens de nuire à l'ennemi, tandis que l'article 23 *e*) concernait le principe des maux superflus.

Le tribunal de district de Tokyo a examiné les deux éléments corrélatifs de la proposition dont il était saisi. Il a admis que

«le droit international régissant la guerre n'est pas constitué uniquement par des sentiments d'humanité, mais il se fonde à la fois sur les exigences et l'efficacité militaires et sur les sentiments d'humanité, en mettant en balance ces deux facteurs»¹².

C'est pourquoi,

«tout inhumain que puisse être le résultat de l'emploi d'une arme, cet emploi n'est pas interdit par le droit international, s'il est très efficace sur le plan militaire»¹³.

Toutefois, le tribunal a déclaré

«qu'il y a tout lieu de croire qu'outre le poison, les gaz toxiques et les bactéries l'emploi de moyens de nuire à l'ennemi qui causent au moins des dommages identiques ou supérieurs est interdit en droit international»¹⁴.

Le tribunal de district de Tokyo s'est borné à examiner si l'emploi de bombes atomiques à Hiroshima et à Nagasaki était licite, en notant —

¹⁰ *The Japanese Annual of International Law*, n° 8, 1964, p. 240.

¹¹ *Ibid.*, p. 252.

¹² *Ibid.*, p. 240.

¹³ *Ibid.*, p. 241.

¹⁴ *Ibid.*

sans toutefois se prononcer à ce sujet — que cela posait «une question importante et des plus difficiles», à savoir «si une bombe atomique ayant ces caractéristiques et ces effets est permise ou non en droit international comme une arme qualifiée de nucléaire...»¹⁵. Il est clair cependant qu'en se prononçant sur la première question, celle qui concernait l'emploi de ces armes dans une circonstance donnée, le tribunal avait à l'esprit la façon dont il avait examiné la deuxième question, qui concernait le statut juridique de telles armes. Ainsi, bien que le tribunal de district de Tokyo n'ait pas statué de la sorte, il résulte de la motivation de sa décision que les armes nucléaires ne sont pas un moyen de guerre admissible. Les motifs sur lesquels s'est fondé le tribunal de district de Tokyo présentent un intérêt pour la Cour.

Les éléments dont dispose la Cour sont suffisants pour lui permettre de constater que l'emploi effectif d'armes nucléaires n'est pas acceptable aux yeux de la communauté internationale; à partir d'une telle constatation, il lui appartiendrait dans le cadre de sa mission judiciaire de conclure que de telles armes ne sont pas un «moyen de guerre» admissible au regard du droit.

2. *Les maux superflus*

J'en viens à l'interdiction d'infliger des maux superflus telle qu'elle découle du droit international coutumier. le principe, tel qu'il a été réaffirmé au paragraphe 2 de l'article 35 du protocole additionnel I de 1977 aux conventions de Genève de 1949, est libellé comme suit:

«Il est interdit d'employer des armes, des projectiles et des matières ainsi que des méthodes de guerre de nature à causer des maux superflus.»

Le cas d'une arme comme la balle «dum-dum»¹⁶, qui est délibérément conçue de manière à causer des maux superflus, ne suffit pas à épuiser l'interprétation et l'application de l'interdiction. Il s'agit là d'un cas particulier illustrant une idée sous-jacente plus large, à savoir qu'on se trouve en présence de maux superflus lorsque ceux-ci excèdent matériellement le degré de souffrance que justifie l'avantage militaire recherché. Il est exclu de recourir à un critère mécanique ou absolu: il faut mettre en balance le degré de souffrance infligé et l'avantage militaire recherché. Plus cet avantage militaire sera grand, plus on sera disposé à tolérer des niveaux de souffrance plus élevés. Et, bien entendu, c'est aux Etats qu'il appartient de trouver le point d'équilibre. La Cour ne peut se substituer à eux; mais elle a le devoir en l'espèce de chercher à établir quel est leur appréciation. Pour apprécier où les Etats situent ce point d'équilibre, la

¹⁵ *The Japanese Annual of International Law*, n° 8, 1964, p. 234.

¹⁶ «[L]e projectile connu sous le nom de «dum-dum» était fabriqué dans un arsenal de ce nom situé près de Calcutta.» Voir *The Proceedings of the Hague Peace Conferences, The Conference of 1899*, 1920, p. 277, du général sir John Ardagh.

Cour peut considérer à juste titre que les Etats eux-mêmes, lorsqu'ils recherchent le point d'équilibre, sont guidés par la conscience publique. La Cour a évoqué à bon droit «la nature intrinsèquement humanitaire des principes juridiques en jeu, qui imprègnent tout le droit des conflits armés et s'appliquent à toutes les formes de guerre et à toutes les armes...» (avis consultatif, par. 86). Pour établir le caractère humanitaire de ces principes, il faut nécessairement tenir compte de la conscience publique.

La Cour pouvait donc estimer que la conscience publique considérerait qu'aucun avantage militaire concevable ne pouvait justifier le degré de souffrance infligé par un type donné d'arme. On a prétendu que les gaz toxiques étaient un moyen plus efficace de mettre hors de combat l'ennemi dans certaines circonstances que d'autres moyens utilisés pendant la première guerre mondiale. Cela n'a pas suffi pour légitimer leur utilisation; l'interdiction se fondait sur l'appréciation émise dans le premier alinéa du préambule du protocole concernant la prohibition d'emploi à la guerre de gaz asphyxiants, toxiques ou similaires et de moyens bactériologiques, signé à Genève en 1925, selon laquelle «l'emploi à la guerre de gaz asphyxiants, toxiques ou similaires ... a été à juste titre condamné par l'opinion générale du monde civilisé». En effet, l'emploi d'une arme qui causait le genre de souffrance infligés par ces gaz toxiques révérait tout simplement la conscience publique et était, de ce fait, inacceptable pour les Etats, quel que soit l'avantage militaire recherché. Ce raisonnement ne s'est pas traduit par un traité d'interdiction complète et universelle; il est cependant utile lorsqu'on s'efforce d'évaluer l'acceptabilité pour la conscience publique des souffrances que l'emploi d'armes nucléaires pourrait infliger aux combattants comme aux civils, à des populations vivant loin du lieu des combats et à des générations qui ne sont pas encore nées.

Sur la base des éléments dont elle disposait, la Cour pouvait raisonnablement conclure qu'au regard de la conscience publique l'emploi d'armes nucléaires cause des maux qui sont inacceptables, quel que soit l'avantage militaire qu'il puisse procurer. A partir d'une telle constatation, la Cour était en droit, pour établir quelle est l'opinion des Etats sur ce point, de présumer que l'appréciation des Etats ne différerait pas de celle de la conscience publique.

Le principe «des maux superflus» fait partie de l'ensemble des principes conçus pour assurer la protection des combattants. Il suffit, pour établir l'illicéité de l'emploi d'armes nucléaires, qu'un tel emploi viole le principe en ce qui concerne les combattants. On peut cependant se demander, eu égard à l'évolution des techniques militaires et aux méthodes de guerre plus récentes, si le principe n'est pas considéré aujourd'hui comme susceptible d'assurer la protection des civils également.

Lorsque le principe est apparu dans la seconde moitié du XIX^e siècle, à un moment où l'emploi des fusils était «en pleine expansion», on a certainement pensé que «les maux superflus» ne seraient infligés qu'aux soldats du champ de bataille et que les effets de l'emploi d'armes de nature à causer alors de tels maux ne s'étendraient pas aux civils. Aujourd'hui,

cependant, le cadre des opérations militaires n'est plus le même: si les armes nucléaires peuvent causer des maux superflus aux soldats, elles peuvent évidemment avoir le même effet sur les civils se trouvant à leur portée. Les parties au traité de Tlatelolco ont déclaré à bon droit dans le préambule de celui-ci que «les terribles effets [des armes nucléaires] atteignent sans distinction et sans merci les forces armées et la population civile...»

On pourrait prétendre que la substance du principe des maux superflus bénéficie aux civils par l'effet de l'application d'autres principes, comme celui qui interdit d'entreprendre des attaques sans discernement, mais que le principe lui-même ne leur est pas applicable. Toutefois, peut-on admettre la position selon laquelle une attaque menée apparemment sans discernement contre des civils s'explique par le principe du dommage indirect? Cependant, si un tel principe (quelle que soit sa portée véritable) devait justifier des dommages infligés aux civils, le fait de limiter le principe des maux superflus aux combattants aurait ce résultat contradictoire que les dommages en question seraient interdits par ce principe en ce qui concerne les combattants, mais pas en ce qui concerne les civils, alors qu'ils sont également atteints; ainsi donc, un acte qui cause un dommage aux combattants comme aux non-combattants pourrait être illicite en ce qui concerne les premiers, mais licite en ce qui concerne les derniers. Lorsque des combattants et des non-combattants sont également victimes du même acte, on voit mal comment cet acte serait licite dans un cas et illicite dans l'autre.

Dans l'affaire *Shimoda c. l'Etat*, le tribunal de district de Tokyo a jugé que:

«il n'est pas exagéré d'affirmer que les souffrances infligées par les bombes atomiques sont plus graves que celles infligées par des substances ou des gaz toxiques, et ... que le fait de larguer une bombe aussi cruelle est contraire au principe fondamental des lois de la guerre selon lequel on ne peut infliger des maux superflus»¹⁷.

Dans cette partie de la motivation de sa décision, le tribunal de district de Tokyo s'est donc fondé sur le «principe fondamental» des «maux superflus»; il l'a fait à propos de dommages causés à des civils. Malgré la présence de trois experts qui étaient des professeurs de droit international et d'une équipe importante d'avocats dans une affaire très controversée, le tribunal ne semble pas avoir prêté attention à la conception selon laquelle le principe des maux superflus vise uniquement les dommages causés aux combattants. Or, en supposant que cette conception soit exacte, elle aurait dû être au centre d'une affaire qui concernait les dommages causés à des civils.

Toutefois, même si l'on n'applique le principe des maux superflus qu'aux seuls combattants, la question reste posée de savoir s'il est porté

¹⁷ *The Japanese Annual of International Law*, n° 8, 1964, p. 241-242.

atteinte à ce principe, dès lors que des combattants subissent les effets de l'emploi d'armes nucléaires. Pour les raisons énoncées plus haut, la Cour pouvait juger qu'il en est ainsi.

3. *La clause de Martens*

Certains Etats ont soutenu que la clause de Martens exige la preuve de l'existence distincte d'une règle de droit international coutumier interdisant l'emploi d'une arme donnée et qu'il n'existe aucune règle prohibitive de ce type dans le cas des armes nucléaires. Cette thèse est séduisante.

Toutefois, voici qu'apparaît une première difficulté. Comme la Cour le reconnaît aux paragraphes 78 et 84 de son avis consultatif, il est admis que la clause de Martens est une règle de droit international coutumier. Cela signifie qu'elle a un caractère normatif, qu'elle fixe une règle de conduite pour les Etats. On ne voit pas quelle règle de conduite pour les Etats elle fixe, si elle se contente de rappeler aux Etats les règles de conduite qui existent tout à fait en dehors d'elle. La thèse évoquée plus haut viserait non pas à établir le champ d'application d'une règle recon nue, mais à nier l'existence d'une règle quelconque. Une thèse aboutissant à ce résultat serait-elle fondée?

Telle qu'elle est énoncée dans la convention de La Haye concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre de 1907, la clause de Martens apparaît dans le cours du préambule et est libellée comme suit :

«Selon les vues des Hautes Parties contractantes, ces dispositions, dont la rédaction a été inspirée par le désir de diminuer les maux de la guerre, autant que les nécessités militaires le permettent, sont destinées à servir de règle générale de conduite aux belligérants, dans leurs rapports entre eux et avec les populations.

Il n'a pas été possible toutefois de concerter dès maintenant des stipulations s'étendant à toutes les circonstances qui se présentent dans la pratique.

D'autre part, il ne pouvait entrer dans les intentions des Hautes Parties contractantes que les cas non prévus fussent, faute de stipulation écrite, laissés à l'appréciation arbitraire de ceux qui dirigent les armées.

En attendant qu'un code plus complet des lois de la guerre puisse être édicté, les Hautes Parties contractantes jugent opportun de constater que, dans les cas non compris dans les dispositions réglementaires adoptées par elles, les populations et les belligérants restent sous la sauvegarde et sous l'empire des principes du droit des gens, tels qu'ils résultent des usages établis entre nations civilisées, des lois de l'humanité et des exigences de la conscience publique.»

Ce libellé donne à penser que la clause de Martens visait à combler des lacunes du droit international coutumier et de le faire dans un esprit pratique. Par quel moyen?

La clause de Martens porte la marque de son époque; elle n'est pas

facile à interpréter. On reconnaît la distinction entre les usages et les lois¹⁸. Toutefois, comme le mot «restent» l'indique, cette disposition supposait qu'il existait déjà certains principes du droit des gens qui assuraient une protection pratique aux «populations» et aux «belligérants» dans l'hypothèse où une telle protection n'était pas garantie par des textes conventionnels. Compte tenu des implications de ce mot «restent», la clause ne pouvait se réduire à des principes du droit des gens qui attendaient, sans aucune certitude, de voir le jour. La référence aux principes du droit des gens, tels qu'ils résultent des sources mentionnées visait à préciser le caractère des principes existants du droit des gens et ne constituait pas simplement une condition de l'émergence future de tels principes. On peut ajouter que, dans son libellé de 1977, le membre de phrase pertinent se lit comme suit : «tels qu'ils résultent des usages établis, des principes de l'humanité et des exigences de la conscience publique». Comme «les usages établis» suffisent à eux seuls à identifier une règle du droit international coutumier, une interprétation cumulative n'est guère probable. Dans ce cas, «les principes du droit des gens» pourraient également résulter à suffisance «des principes de l'humanité et des exigences de la conscience publique»; comme indiqué plus haut, ces «principes du droit des gens» pourraient être considérés comme englobant des principes du droit international déjà déduits «des principes de l'humanité et des exigences de la conscience publique».

En effet, la clause de Martens autorisait à considérer les principes de l'humanité et les exigences de la conscience publique comme des principes du droit des gens, le contenu précis de la norme découlant de ces «principes du droit des gens» devant être défini à la lumière de l'évolution, y compris l'apparition de nouveaux moyens et méthodes de guerre, ainsi que des conceptions et des seuils de tolérance de la communauté internationale. Les principes devaient demeurer constants, mais leur effet pratique pouvait ne pas toujours être le même : ils pouvaient autoriser une méthode de guerre à une époque et l'interdire à une autre époque. A cet égard, M. Jean Pictet a eu raison de souligner, comme l'écrit M. Sean McBride,

«que les déclarations contenues dans les *conventions de La Haye* ont fait entrer dans le droit humanitaire, à la faveur de la clause de Martens, des principes qui allaient beaucoup plus loin que la convention écrite, leur donnant ainsi une dimension dynamique qui n'était pas limitée par le temps»¹⁹.

Cela n'a pas de quoi surprendre. Traitant de la question des «Considérations d'humanité» en tant que source de droit, sir Gerald Fitzmaurice a fait observer que

¹⁸ En ce qui concerne «les usages de la guerre» qui donnent naissance à des règles de droit international coutumier, voir L. Oppenheim, *International Law, A Treatise*, vol. II, 7^e édition par H. Lauterpacht, 1952, p. 266, par. 67, et p. 231, par. 69.

¹⁹ Sean McBride. «The Legality of Weapons for Societal Destruction», dans Christophe Swinarski (dir. publ.), *Studies and Essays on International Humanitarian Law and Red Cross Principles in Honour of Jean Pictet*, 1984, p. 402.

«toutes les implications de cette conception — c'est-à-dire dans quelles circonstances précisément et dans quelle mesure des considérations d'humanité donnent naissance par *elles-mêmes* à des obligations de nature juridique — doivent encore être élaborées»²⁰.

La réserve n'atténue pas la proposition principale selon laquelle «des considérations d'humanité donnent naissance par *elles-mêmes* à des obligations de nature juridique». Il semble que la substance de la proposition se retrouve dans le jugement rendu en 1948 dans l'affaire *Krupp*, dans lequel le tribunal militaire des Etats-Unis siégeant à Nuremberg a déclaré que :

«Le préambule [de la convention de La Haye n° IV de 1907] est bien plus qu'un vœu pieux. C'est une clause générale, qui érige les usages établis entre les nations civilisées, les lois de l'humanité et les exigences de la conscience publique en un critère juridique devant être appliqué dans l'hypothèse où les dispositions spécifiques de la convention et du règlement y annexé ne viseraient pas certains cas survenant en temps de guerre ou en rapport avec des hostilités.»²¹

Une conception analogue du rôle joué par les considérations d'humanité apparaît dans l'affaire du *Détroit de Corfou*, où M. Alvarez a déclaré que la «caractéristique du *délit international* est qu'il est un acte contraire aux sentiments d'humanité» (*C.I.J. Recueil 1949*, p. 45, opinion individuelle); quant à la Cour elle-même, elle a déclaré que

«[l]es obligations [de l'Albanie] sont fondées non pas sur la convention VIII de La Haye, de 1907, qui est applicable en temps de guerre, mais sur certains principes généraux et bien reconnus, tels que des considérations élémentaires d'humanité, plus absolues encore en temps de paix qu'en temps de guerre...» (*C.I.J. Recueil 1949*, p. 22).

Ainsi, les obligations de l'Albanie étaient «fondées sur ... des considérations élémentaires d'humanité...», ce qui implique nécessairement que ces considérations peuvent avoir elles-mêmes des effets juridiques. En 1986, la Cour a considéré que «le comportement des Etats-Unis peut être apprécié en fonction des principes généraux de base du droit humanitaire» et elle a estimé que certaines des règles énoncées à l'article 3 commun aux quatre conventions de Genève de 1949 étaient «des règles qui, de l'avis de la Cour, correspondent à ce qu'elle a appelé en 1949 des «considérations élémentaires d'humanité» (*Détroit de Corfou, fond, C.I.J. Recueil 1949*, p. 22)» (*Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique)*, fond, *C.I.J. Recueil 1986*, p. 113-144, par. 218). Dans le même ordre d'idée, on notera

²⁰ Sir Gerald Fitzmaurice, *The Law and Procedure of the International Court of Justice*, vol. 1, 1986, p. 17, note 4, les italiques figurent comme dans l'original. Voir également *ibid.*, p. 4.

²¹ *Annual Digest and Reports of Public International Law Cases*, 1948, p. 622.

que le tribunal de Naulilaa avait déjà observé que le droit d'exercer des représailles «est limité par les expériences de l'humanité...»²²

Je ne suis pas convaincu que la clause de Martens avait pour seul objet de définir un critère humanitaire permettant d'interpréter les différentes règles existantes du droit international conventionnel ou coutumier relatives à la conduite des hostilités; la clause n'était pas nécessaire pour cela, car des considérations d'humanité, qui sous-tendent le droit humanitaire, auraient en tout état de cause rendu ce service (voir paragraphe 86 de l'avis consultatif de la Cour). Il est difficile aussi d'admettre que la clause de Martens s'est contentée de rappeler aux Etats les obligations que leur imposaient les différentes règles existantes du droit international coutumier. Assurément, la clause, telle qu'elle a été reprise et libellée dans les conventions de Genève de 1949, visait essentiellement à rappeler aux Etats parties que la dénonciation de ces traités humanitaires ne les dégageait pas des obligations visées par la clause; mais celle-ci, dans son libellé usuel, n'était pas conçue comme un simple rappel²³. La clause avait pour fonction essentielle d'affirmer de manière incontestable l'existence des principes du droit international appelés à titre subsidiaire, mais avec des effets sur des situations actuelles, à régir le comportement des militaires par rapport aux «principes d'humanité et aux exigences de la conscience publique». C'est en ce sens-là que

«les populations et les belligérants reste[raie]nt sous la sauvegarde et sous l'empire des principes du droit des gens, tels qu'ils résultent ... des principes d'humanité et des exigences de la conscience publique».

Le mot «restent» serait inapproprié par rapport aux «principes d'humanité et [aux] exigences de la conscience publique», à moins que ceux-ci ne soient conçus comme pouvant actuellement exercer une force normative à l'effet de contrôler le comportement des militaires.

Ainsi, la clause de Martens couvrait de sa propre autorité, de façon autonome et concluante, la thèse selon laquelle il existait déjà des principes du droit international en vertu desquels des considérations d'humanité pouvaient avoir des effets juridiques par elles-mêmes et régir le comportement des militaires dans les cas où le droit conventionnel ne contenait pas de règle applicable. Aussi n'était-il pas nécessaire de rechercher ailleurs la source distincte de ces principes du droit international, car cette source, c'était la clause elle-même.

C'est probablement ainsi que la question a été interprétée à la conférence de la paix à La Haye en 1899. Après l'adoption de la célèbre déclaration de M. de Martens, le principal représentant de la Belgique, M. Beernaert, qui s'était opposé auparavant à l'adoption des articles 9

²² *Recueil des sentences arbitrales internationales*, vol. 2, p. 1026.

²³ Pour les différences entre la clause de Martens de 1949 et son libellé classique, voir Georges Abi-Saab, «The Specificities of Humanitarian Law», dans Christophe Swinarski (dir. publ.), *Studies and Essays on International Humanitarian Law and Red Cross Principles in Honour of Jean Pictet*, 1984, p. 275.

et 10 (1 et 2 du nouveau projet), annonça immédiatement qu'il ne s'y opposait plus, à la suite de cette déclaration²⁴. Comme d'autres délégués, le représentant de la Belgique ne jugeait pas satisfaisante la protection garantie par ces dispositions du projet²⁵. En fin de compte, il a estimé pouvoir voter pour lesdites dispositions. Pourquoi? Ce n'était pas parce que la protection supplémentaire requise était offerte par le droit international coutumier existant; une telle protection serait disponible en tout état de cause. S'il a pu voter pour ces dispositions, c'est qu'il a estimé, à l'instar d'autres délégués, que la clause de Martens pourrait elle-même avoir une force normative propre à fournir la protection supplémentaire requise en exerçant un contrôle approprié sur le comportement des militaires.

«On est en droit de juger de la valeur d'un principe d'après les effets que produit son application» (*Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, deuxième phrase, C.I.J. Recueil 1970*, p. 220, par. 106, opinion individuelle de M. Jessup). Il s'ensuit qu'il serait utile d'examiner les implications de la thèse selon laquelle la clause de Martens n'est pas applicable par elle-même à la question de la licéité de l'emploi d'armes nucléaires. Il est évident que l'utilisation des armes nucléaires pourrait, même dans les pays neutres, entraîner des décès, causer des maladies et obliger les survivants à se déplacer, et des dommages au sein des générations futures causant de graves maladies, des malformations et des morts, sans écarter la possibilité que toute forme de vie soit anéantie. Si aucune disposition du droit international conventionnel ou coutumier n'interdit de telles conséquences, lorsqu'on suit les tenants de la licéité, au sens donné à cette expression dans l'affaire du *Lotus*, les Etats auraient le droit de déclencher un tel cataclysme. Il est à tout le moins concevable que la conscience publique pourrait réagir autrement. Mais les «exigences de la conscience publique» ne pourraient se traduire dans une interdiction normative, à moins que cela ne soit possible par le biais de la clause de Martens.

Il ne s'agit pas pour la Cour, me semble-t-il, d'essayer d'ériger l'opinion publique en loi: cela aboutirait au «gouvernement des juges», ce que, comme M. Gros l'a fait observer à juste titre, «aucun Etat n'accepte facilement» (*Délimitation de la frontière maritime dans la région du golfe du Maine, C.I.J. Recueil 1984*, p. 385, par. 41, opinion dissidente)²⁶. Le droit international existant, sous la forme de la clause de Martens, a déjà établi la norme juridique nécessaire. La Cour n'a pas à se prononcer sur le point de savoir s'il existe une *opinio juris*. Son rôle est d'évaluer une règle incorporée dans un principe existant en établissant ce que «les principes d'humanité et les exigences de la conscience publique» requièrent du comportement des militaires dans une situation donnée. En dernière

²⁴ *The Proceedings of the Hague Peace Conferences. The Conference of 1899, 1920*, p. 54 et 419.

²⁵ Voir ci-dessus l'affaire *Krupp*, p. 622.

²⁶ Voir aussi, pour une opinion contraire, *C.I.J. Mémoires, Cameroun septentrional*, p. 352, M. Weil: «il est parfois bon, pour exorciser les démons, de les appeler par leur nom», c'est-à-dire «le spectre du gouvernement des juges».

analyse, la réponse dépendra des vues des Etats eux-mêmes; mais, en ce qui concerne la clause de Martens, les vues des Etats ne sont pertinentes qu'à l'effet d'essayer de déterminer l'état de la conscience publique et non pour déterminer s'il existe une *opinio juris* quant à la licéité de l'emploi d'une arme en particulier.

Il n'est pas facile mais non impossible de déterminer l'effet d'une norme, et c'est là une tâche à laquelle un tribunal ne peut se dérober en cas de nécessité. Le droit connaît bien ces situations dans lesquelles un tribunal est appelé à faire cela précisément, c'est-à-dire appliquer une règle de droit qui incorpore une norme par le biais de laquelle la règle exerce son effet dans des circonstances données²⁷.

Une évaluation des éléments de fait peut s'avérer nécessaire. La norme étant fixée par la conscience publique, un certain nombre d'affaires pertinentes dans le domaine national peuvent être prises en considération par l'autorité judiciaire. Cela ne se confond pas avec le fait que la Cour n'est pas tenue par les règles techniques régissant l'administration de la preuve en droit interne; elle a recours à une procédure souple. Cela ne signifie pas, bien entendu, qu'elle doive entreprendre des recherches dans tous les domaines; elle doit se limiter à examiner les sources qui font autorité. Parmi celles-ci, il y a l'Assemblée générale. Il a déjà été fait mention de sa toute première résolution du 24 janvier 1946. Cette résolution, qui a été adoptée à l'unanimité, peut être interprétée à juste titre par la Cour comme l'expression de la conscience de la communauté internationale quant à l'inacceptabilité du recours aux armes nucléaires. Il en va de même du document final de la dixième session extraordinaire de l'Assemblée générale, adopté par consensus en 1978, à propos du désarmement. Un certain nombre de résolutions connexes de l'Assemblée générale ont précédé l'adoption de ce document final ou l'ont suivi. Dans une de ces résolutions, adoptée en 1983, l'Assemblée générale a condamné «résolument, sans réserve et à jamais la guerre nucléaire comme contraire à la conscience et à la raison humaines...» (résolution 38/75 du 15 décembre 1983). La résolution n'a pas été adoptée à l'unanimité, mais elle a été votée régulièrement par l'Assemblée générale agissant dans le cadre de sa compétence propre en matière de désarmement. Indépendamment du point de savoir quel peut être l'effet législatif éventuel des résolutions de l'Assemblée générale ou leur influence dans ce domaine, c'est à bon droit que la Cour prendrait en considération les constatations de fait qu'établit l'Assemblée sur l'état de la «conscience et de la raison humaines» en ce qui concerne l'acceptabilité de l'emploi d'armes nucléaires, et plus particulièrement eu égard au fait que de telles constatations vont généralement dans le sens des autres éléments dont la Cour dispose.

²⁷ Voir *C.I.J. Mémoires, Sud-Ouest africain*, vol. VIII, p. 258, plaidoirie de M. Gross; *Compétence en matière de pêcheries, C.I.J. Recueil 1974*, p. 56-57, note 1, opinion individuelle de M. Dillard, et Julius Stone, *Legal System and Lawyers' Reasonings*, 1964, p. 59, 68, 263-264, 299, 305-306, 320 et 346.

Il est une autre source que la Cour peut examiner pour établir l'état de la conscience publique en ce qui concerne l'acceptabilité de l'emploi d'armes nucléaires. Elle peut déduire du traité sur la non-prolifération que la conscience publique, comme cela ressort des positions prises par toutes les parties à ce traité, considère que l'utilisation des armes nucléaires comporterait des risques graves, et que ces risques rendraient une telle utilisation inacceptable en toute circonstance. Plus exactement, selon moi, la Cour ne saurait interpréter correctement le traité comme signifiant que toutes les parties ont reconnu que ces risques peuvent être gérés de manière efficace et raisonnable par les cinq puissances nucléaires, et non par les autres Etats. Elle ne saurait non plus admettre que la conscience publique, telle qu'elle se manifeste dans les positions adoptées par les parties à ce traité, considère *aujourd'hui* qu'une fois réalisée leur élimination définitive les armes nucléaires ne pourront pas être utilisées, tout en considérant *aujourd'hui* que l'utilisation de ces armes pourrait être acceptable jusqu'à ce que leur élimination définitive ait été réalisée. S'agissant de la survie de l'humanité, la conscience publique ne saurait dans le même temps se satisfaire d'appliquer une norme d'acceptabilité aujourd'hui et une autre norme pour plus tard. Cela impliquerait une contradiction dans la façon dont elle envisage l'inacceptabilité fondamentale des armes en tant que moyen de guerre susceptible d'anéantir la civilisation. Rien ne permet d'imputer une telle contradiction à la conscience publique; il ne sert à rien d'interdire de détruire la civilisation à l'avenir, tout en acceptant dans le même temps qu'elle puisse, en toute licéité, être détruite aujourd'hui.

Si ce qui précède est exact, la clause de Martens permet de répondre à l'objection des tenants de la licéité, selon laquelle la question de l'Assemblée générale obligerait la Cour à se livrer à des spéculations sur un certain nombre de points. La Cour ne saurait dire à l'avance l'effet exact que produirait telle ou telle utilisation des armes nucléaires. Des situations différentes pourraient se présenter en ce qui concerne la proportionnalité, l'obligation d'établir une distinction entre les combattants et la population civile, l'intensification du conflit, la neutralité, le génocide et l'environnement. La Cour pourrait cependant établir et constater comme un fait que l'emploi d'armes nucléaires comporte des risques réels dans chacun de ces domaines. Elle pourrait ensuite examiner si la conscience publique considère que, eu égard à ces risques, l'emploi de telles armes est acceptable en toute circonstance, et elle pourrait être amenée à constater que la conscience publique considère que, eu égard à ces risques, un tel emploi est inacceptable en toute circonstance. La conscience publique joue donc un rôle de médiation qui lui donne une latitude d'évaluation que la Cour n'a pas.

En fin de compte, après avoir ainsi pris la mesure de la conscience publique, la Cour sera à même de dire si la clause de Martens joue en faveur de l'interdiction de l'emploi d'armes nucléaires en toute circonstance. Sur la base des éléments dont elle dispose, la Cour serait en mesure de conclure que la clause de Martens va dans le sens d'une telle interdiction.

QUATRIÈME PARTIE. UNE ÉVENTUELLE RÈGLE PROHIBITIVE ANTÉRIEURE
A-T-ELLE ÉTÉ MODIFIÉE OU ANNULÉE PAR L'APPARITION
D'UNE RÈGLE ULTÉRIEURE?

1. *La position au début de l'ère nucléaire*

L'argument défendu par certains Etats selon lequel la question de l'Assemblée générale a amené la Cour à spéculer sur des « scénarios » possibles est sous-jacent à la réponse faite par la Cour dans la deuxième phrase de l'alinéa E du paragraphe 2 du dispositif de son avis consultatif, à savoir qu'elle « ne peut ... conclure de façon définitive » à propos du point visé dans ce passage. Si cela signifie que la Cour ne pouvait pas décider sur la base de conjectures, je souscris à cet argument. Mais je ne peux aller plus loin et accepter (en supposant que cette autre proposition était également voulue) qu'en aucune circonstance la Cour ne saurait raisonner à partir d'hypothèses. C'est à tort qu'on soutiendrait, comme on le fait parfois, que l'interprétation et l'application du droit font toujours abstraction des hypothèses. Comme dans d'autres domaines de la recherche intellectuelle, une hypothèse peut s'avérer indispensable, dans des limites raisonnables, pour éprouver les limites d'une théorie ou dégager le vrai sens d'une règle. La fameuse expression « *hypotheses non fingo* » signifiait uniquement le rejet des propositions qui ne tiennent aucun compte des données réelles²⁸. Les données réelles peuvent elles-mêmes laisser entrevoir des possibilités qu'il faudra explorer si la conclusion correcte doit être déduite desdites données.

Telle qu'elle était fixée immédiatement avant le début de l'ère nucléaire, la position était que, puisque les armes nucléaires n'existaient pas, il n'y avait et il ne pouvait y avoir, par hypothèse, aucune règle du droit international conventionnel ou coutumier interdisant l'emploi d'armes nucléaires « en tant que telles ». Mais on ne saurait soutenir sérieusement que les effets produits par l'emploi d'armes nucléaires, lorsqu'elles ont été inventées plus tard, échapperaient au droit préexistant des conflits armés (voir paragraphes 85-86 de l'avis consultatif et ci-dessus l'affaire *Shimoda*, p. 235-236); on ne saurait se prévaloir automatiquement de la nouveauté d'une arme pour exiger légitimement une modification des lois de la guerre en vigueur²⁹.

Ainsi, si, immédiatement avant le début de l'ère nucléaire, la question avait été posée de savoir si des effets comme ceux que produirait plus tard l'emploi d'armes nucléaires constitueraient une violation du droit des conflits armés, la Cour pourrait bien affirmer que la réponse aurait tou-

²⁸ « Car tout ce qui n'est pas déduit des phénomènes doit être appelé une hypothèse ». Voir sir Isaac Newton, *The Mathematical Principles of Natural Philosophy*, livre III, vol. II, traduction d'Andrew Motte, 1968, p. 392, et Derek Gjertsen, *The Newton Handbook*, 1986, p. 266.

²⁹ L. Oppenheim, *International Law, A Treatise*, vol. II, 7^e édition par H. Lauterpacht, p. 469, par. 181a.

jours été affirmative. Si les effets ainsi produits avaient été interdits par ce droit, il s'ensuit que l'emploi d'armes nucléaires, le jour où celles-ci sont devenues une réalité, ne pouvait que constituer une violation de ce droit, à moins, bien entendu, que celui-ci ne soit modifié par une évolution ultérieure contraire, comme nous allons le voir ci-après.

2. La position après le début de l'ère nucléaire

Selon Bacon, le maintien obstiné d'une coutume est aussi perturbant qu'une innovation³⁰. En supposant qu'une règle prohibitive existait au début de l'ère nucléaire, il resterait donc à examiner si cette règle a été modifiée ou annulée par l'apparition d'une règle nouvelle contraire: le «maintien obstiné» de l'interdiction antérieure de l'emploi d'armes nucléaires aurait-il été considéré comme quelque chose de «perturbant»?

Il importe de tenir compte des éléments du débat. Certains Etats soutiennent qu'il n'existe et qu'il n'a jamais existé une règle interdisant l'emploi d'armes nucléaires. Le commencement de l'ère nucléaire constitue un repère utile pour trancher la question ainsi soulevée. La position telle qu'elle était fixée à ce moment doit être déterminée par rapport au droit tel qu'il était fixé à ce moment. Des événements ultérieurs ne sauraient faire partie d'un quelconque processus ayant engendré une quelconque règle à ce sujet à cette époque-là. S'il est permis de conclure que, sur la base du droit tel qu'il existait au début de l'ère nucléaire, il y avait alors une règle prohibitive, on ne saurait tirer argument d'une pratique ultérieure des Etats pour contredire cette conclusion en montrant que, contrairement à cette conclusion, il n'y avait pas alors de règle prohibitive. Ce qu'une pratique ultérieure des Etats peut faire, c'est créer une *opinio juris* à l'appui de l'apparition d'une règle nouvelle modifiant ou annulant la règle ancienne. Mais il n'a pas été soutenu que, s'il existait une règle prohibitive au début de l'ère nucléaire, celle-ci a été modifiée ou annulée par l'apparition d'une règle ultérieure contraire. Cela étant, il s'ensuit que, s'il existait une règle prohibitive au début de l'ère nucléaire, cette règle reste en vigueur.

Cette conclusion est valable, même si on devait soutenir qu'une quelconque règle prohibitive antérieure a été annulée du fait de l'apparition d'une règle ultérieure contraire. L'opposition ferme et de longue date à laquelle se heurte dans les rangs des Etats non dotés d'armes nucléaires l'argument selon lequel l'emploi d'armes nucléaires est fondé en droit aurait suffi à empêcher l'évolution de l'*opinio juris* requise pour appuyer l'idée de la naissance d'une quelconque règle nouvelle de ce type, et ce, à fortiori, dans le cas où la règle antérieure ferait partie du *jus cogens*. Cela aurait été le cas si les principes humanitaires sur lesquels se fondait la règle antérieure avaient ce caractère, une possibilité que le paragraphe 83 de l'avis consultatif laisse en suspens.

³⁰ «Of Innovations», dans J. Spedding, R. L. Ellis and D. D. Heath (dir. publ.), *The Works of Francis Bacon*, 1980, vol. VI, p. 433.

J'ajouterai un dernier point. On a soutenu que les Etats dotés d'armes nucléaires étaient des « Etats qui sont particulièrement intéressés » au sens du principe ayant trait à la formation d'une règle de droit international coutumier, tel qu'il a été énoncé par la Cour en 1969 (*Plateau continental de la mer du Nord*, C.I.J. Recueil 1969, p. 43, par. 74) et que, en effet, « en l'espèce, une pratique de la menace ou de l'emploi des armes nucléaires ne pourrait venir que des Etats auxquels le statut d'Etat doté d'armes nucléaires a été reconnu » (CR 95/24, p. 3). L'argument est intéressant, mais il ne convainc pas. Lorsque, ce qui est en jeu, c'est la licéité de l'emploi d'une arme susceptible d'anéantir l'humanité et donc tous les Etats, la question de savoir quels sont les Etats particulièrement intéressés vise non la propriété de l'arme, mais les conséquences de son utilisation. De ce point de vue, tous les Etats sont également intéressés, car, à l'instar de ceux qui y habitent, ils ont tous le même droit d'exister.

Pour ces raisons, étant donné l'existence antérieure d'une règle prohibitive, la Cour pouvait estimer que la position prise par un très grand nombre, sinon la plupart des Etats non dotés d'armes nucléaires aurait eu pour effet d'empêcher la formation de l'*opinio juris* requise pour appuyer la création d'une règle nouvelle annulant la règle ancienne. La règle prohibitive ancienne se serait donc maintenue jusqu'à ce jour.

CINQUIÈME PARTIE. LES TRAITÉS DE DÉNUCLÉARISATION ET LE TRAITÉ SUR LA NON-PROLIFÉRATION

Certains Etats veulent voir dans les traités de dénucléarisation régionale et dans le traité sur la non-prolifération et autres accords connexes une pratique des Etats attestant la non-existence d'une règle prohibitive. Selon eux, ces arrangements ne peuvent s'expliquer que si on admet que les Etats qui les ont conclus considéraient l'emploi d'armes nucléaires comme licite. Ils soulignent que, depuis un demi-siècle, les Etats dotés d'armes nucléaires possèdent et déploient ouvertement des armes nucléaires dans le cadre d'une ou d'une autre forme de politique de dissuasion nucléaire; que c'est un fait bien connu que plusieurs Etats non dotés d'armes nucléaires s'abritent sous le parapluie nucléaire d'un Etat doté d'armes nucléaires; que les Etats dotés d'armes nucléaires et les autres Etats qui s'abritent sous un parapluie nucléaire représentent une partie importante de la communauté internationale; que certains éléments des garanties de sécurité négatives et positives données par les Etats dotés d'armes nucléaires impliquent nécessairement la reconnaissance par les Etats non dotés d'armes nucléaires que celles-ci peuvent être employées licitement; que le Conseil de sécurité, dans sa résolution 984 (1995), a pris acte avec satisfaction des déclarations dans lesquelles les Etats dotés d'armes nucléaires ont donné ces assurances; et que les Etats non dotés d'armes nucléaires n'ont pas protesté contre ces assurances ou contre la satisfaction ainsi exprimée. Que faut-il penser de ces arguments?

La position, si l'on se place au commencement de l'ère nucléaire, était soit qu'il n'existait pas de règle interdisant aux Etats de produire des effets du type de ceux qui seraient produits plus tard par les armes nucléaires, soit qu'il existait une telle règle prohibitive. Dans le premier cas, il n'est pas nécessaire d'examiner de manière approfondie si la pratique ultérieure des Etats a introduit une règle prohibitive, car la position bien connue des Etats dotés d'armes nucléaires et des Etats non dotés d'armes nucléaires s'abritant sous un parapluie nucléaire, qui représentent une partie importante de la communauté internationale, aurait empêché la cristallisation de l'*opinio juris* requise pour créer une telle règle: la non-existence d'une règle prohibitive continuerait jusqu'à ce jour, et les tenants de la licéité auraient raison.

Dans le second cas, s'il existait antérieurement une règle prohibitive, il n'est pas nécessaire non plus d'examiner en détail la pratique ultérieure des Etats. Comme on l'a déjà dit, si, en partant du droit tel qu'il était fixé au commencement de l'ère nucléaire, on constate qu'il existait alors une règle prohibitive, cette constatation concernant l'état du droit à cette époque ne peut être contredite par une évolution ultérieure. On ne peut tenir compte d'une telle évolution qu'à l'effet de déterminer si elle représentait une pratique des Etats ayant donné naissance à une règle nouvelle qui a modifié ou annulé la règle prohibitive antérieure. Mais, dans ce cas, la position bien connue de la majorité des Etats non dotés d'armes nucléaires, qui représentent également une partie importante de la communauté internationale, aurait empêché la formation de l'*opinio juris* requise pour créer une règle modifiant ou annulant la règle prohibitive antérieure. Cette dernière aurait donc continué jusqu'à ce jour, et les tenants de l'illicéité auraient raison.

Dans les deux cas, il n'est donc pas nécessaire d'examiner en détail l'évolution ultérieure. Comme les traités de dénucléarisation régionale et le traité sur la non-prolifération ont donné lieu à de nombreuses discussions, je dirai cependant quelques mots à ce sujet. Selon moi, la Cour pouvait conclure qu'ils n'attestent pas que les tenants de l'illicéité ont admis la licéité de l'emploi d'armes nucléaires.

* *

Examinons tout d'abord les traités de dénucléarisation régionale. Pour plus de commodité, je m'en tiendrai à un seul d'entre eux, le traité de Tlatelolco de 1967. Dans le préambule de ce traité, les Etats signataires affirmaient que la «prolifération des armes nucléaires» semblait «inévitabile à moins que les Etats, dans l'exercice de leurs pouvoirs souverains, ne s'imposent des restrictions pour l'empêcher». Comme le traité concernait tant la possession que l'emploi, l'argument selon lequel cette déclaration reconnaissait l'existence d'un droit souverain d'employer de telles armes semble avoir un certain poids. Ce raisonnement présente cependant une faille, si l'on considère qu'il est dit également dans le préambule que ces armes «constituent ... une atteinte à l'intégrité de l'es-

pèce humaine et risquent de rendre finalement toute la terre inhabitable». On interpréterait mieux le traité en disant qu'il visait objectivement à mettre en place un régime garantissant que l'Amérique latine serait exempte d'armes nucléaires, étant donné qu'il existait effectivement de telles armes et qu'elles pouvaient être effectivement employées; le traité ne se fondait pas sur l'hypothèse qu'il existait un droit d'employer des armes qui risquaient «de rendre finalement toute la terre inhabitable». Les réserves ou déclarations faites par les Etats dotés d'armes nucléaires lors de la signature ou de la ratification du protocole II au traité reposaient sur l'hypothèse qu'il existait un tel droit; mais il est hasardeux de conclure que les Etats parties au traité ont, par leur silence, donné leur aval à cette hypothèse, eu égard au fait que, tant avant qu'après la conclusion du traité un grand nombre d'entre eux ont déclaré publiquement, devant l'Assemblée générale ou ailleurs, que l'emploi de telles armes serait un crime.

* *

Le traité sur la non-prolifération demande qu'on s'y attarde plus longuement, car il a fait l'objet d'un débat plus intense. Certains Etats, ou l'un ou l'autre d'entre eux, ont soutenu que le droit d'employer des armes nucléaires faisait partie du droit naturel de légitime défense; que le droit naturel de légitime défense était un droit inaliénable; qu'il s'agissait d'un droit fondamental et primordial; que c'était le droit le plus fondamental de tous; mais que des restrictions pouvaient y être apportées par des dispositions conventionnelles expresses. En conséquence, certains Etats pouvaient conserver leur droit d'employer des armes nucléaires, alors que d'autres pouvaient très bien décider d'y renoncer. Toujours selon cette thèse, l'acceptation du droit de posséder de telles armes en vertu du traité sur la non-prolifération vaut reconnaissance du droit d'employer celles-ci.

*

Ces arguments ont du poids et doivent être examinés soigneusement. Une première difficulté tient au fait que le droit d'employer des armes nucléaires est considéré comme faisant partie du droit de légitime défense. Si cette interprétation est exacte, on voit mal comment les tenants de l'illégalité, qui étaient parties au traité sur la non-prolifération, auraient pu de leur plein gré renoncer à une partie importante de leur droit naturel de légitime défense tout en acceptant que les Etats dotés d'armes nucléaires conservent ce droit dans son intégralité. Aux termes du troisième alinéa du traité sur la non-prolifération, celui-ci a été conclu:

«en conformité avec les résolutions de l'Assemblée générale de l'Organisation des Nations Unies demandant la conclusion d'un accord sur la prévention d'une plus grande dissémination des armes nucléaires».

Au nombre de ces résolutions figure la résolution 2028 (XX) du 19 novembre 1965, dont le paragraphe 2 *b*) prévoit qu'un traité de non-prolifération «devra établir un équilibre acceptable de responsabilités et d'obligations mutuelles entre puissances nucléaires et puissances non nucléaires». On voit mal comment cette prescription pourrait se traduire de façon acceptable par un exercice asymétrique d'un droit aussi fondamental que le droit naturel de légitime défense.

Il est difficile également d'admettre que ce qui est inaliénable pour certains Etats est aliénable pour d'autres. En vertu de sa souveraineté, un Etat peut convenir de limiter l'exercice de sa compétence, mais on peut se demander jusqu'où il peut le faire sans perdre sa qualité d'Etat³¹. Le droit de légitime défense étant un droit «naturel» d'un Etat, il n'est pas possible de concevoir une qualité d'Etat sans une telle caractéristique. Voir, par exemple, la résolution 49/10 du 3 novembre 1994 dans laquelle l'Assemblée générale réaffirme

«que la République de Bosnie-Herzégovine, Etat souverain, indépendant et Membre de l'Organisation des Nations Unies, est fondée en droit à se prévaloir de tous les droits prévus dans la Charte des Nations Unies, y compris le droit de légitime défense conformément à l'article 51 de ladite Charte».

Les dispositions prévues pour l'exercice du droit de légitime défense constituent un problème différent. Mais, pour ce qui est du droit lui-même, s'il comprend le droit d'employer des armes nucléaires, ce dernier droit n'est assurément pas une partie négligeable du premier. C'était sans doute pour cette raison que, dans une demande parallèle d'avis consultatif présentée par l'Organisation mondiale de la Santé, il a été soutenu que «dénier à la victime d'une agression le droit d'employer les seules armes qui pourraient la sauver serait tourner en dérision le droit naturel de légitime défense»³². L'argument se comprend, si l'on admet la prémisse que le droit d'employer des armes nucléaires fait partie du droit naturel de légitime défense. La question est de savoir si cette prémisse est exacte. Car, si c'est le cas, il devient du même coup difficile de voir comment les Etats non dotés d'armes nucléaires qui étaient parties au traité sur la non-prolifération auraient pu vouloir renoncer à un élément aussi essentiel de leur droit naturel de légitime défense.

Il est possible de concevoir que les Etats non dotés d'armes nucléaires seraient convenus, en raison du danger que constituaient les armes nucléaires, de ne pas acquérir de telles armes, en se fondant sur l'idée que les Etats dotés de l'arme nucléaire, qui possédaient déjà de telles armes, prendraient des mesures pour les éliminer. Il est plus difficile de concevoir

³¹ Voir la thèse de M. Yasseen dans *C.I.J. Mémoires, Interprétation de l'accord du 25 mars 1951 entre l'OMS et l'Egypte*, p. 298-299.

³² Déclaration du Gouvernement du Royaume-Uni, par. 24, dans l'affaire de la *Licéité de l'utilisation des armes nucléaires par un Etat dans un conflit armé* (requête pour avis consultatif).

que les Etats non dotés de l'arme nucléaire auraient accepté, compte tenu du danger constitué par ces armes, de se priver de la possibilité d'employer de telles armes dans l'exercice de leur droit naturel de légitime défense, tout en acceptant cependant que de telles armes, nonobstant le même danger, puissent être employées licitement par les Etats dotés de l'arme nucléaire dans l'exercice de leur propre droit naturel de légitime défense et puissent être utilisées dans certaines circonstances contre les Etats non dotés d'armes nucléaires. La Cour ne saurait faire sienne une conception aussi déséquilibrée du régime du traité sur la non-prolifération sans donner son aval à la thèse discutable selon laquelle le traité visait moins à empêcher la prolifération d'une arme dangereuse qu'à garantir le monopole de son emploi à une minorité d'Etats. Pour bien interpréter le traité, il faut tenir compte de cette manière différente d'en percevoir les objectifs.

Un autre domaine où il pourrait y avoir une disparité du point de vue de l'arme nucléaire concerne les Etats qui ne sont pas parties au traité sur la non-prolifération et les Etats non dotés de l'arme nucléaire qui sont parties au traité. Selon les tenants de la licéité, les premiers cités seraient fondés en droit à employer des armes nucléaires dans le cadre de la légitime défense, alors que les derniers auraient renoncé à l'exercice de ce droit même à l'égard des premiers. En effet, un Etat non doté d'armes nucléaires qui est partie au traité sur la non-prolifération ne pouvant posséder d'armes nucléaires sans violer le traité, il s'ensuit qu'il ne peut recourir à la menace ou à l'emploi d'armes nucléaires même à l'égard des Etats qui ne sont pas parties au traité, alors que ceux-ci n'étaient pas tenus par le traité ou ont peut-être entrepris de mettre au point, d'acquérir ou de posséder de telles armes. De ce fait, un Etat non doté d'armes nucléaires qui est partie au traité sur la non-prolifération se trouverait empêché par le traité d'exercer pleinement son droit naturel de légitime défense conformément à l'article 51 de la Charte, alors qu'un Etat qui n'est pas partie au traité serait habilité à employer de telles armes dans l'exercice de son propre droit naturel de légitime défense conformément à cet article.

*

Compte tenu de ces difficultés, il faut établir une distinction entre le droit naturel de légitime défense et les moyens qui permettent de l'exercer. Un Etat qui recourt à la force dans l'exercice de la légitime défense agit licitement selon le *jus ad bellum*. Mais que cet Etat agisse licitement ou illicitement selon le *jus ad bellum*, s'il a recours effectivement à la force, il doit toujours le faire de la manière prescrite par le *jus in bello*. C'est ce même *jus in bello* qui détermine si tel moyen de guerre est ou non autorisé. Lorsque le *jus in bello* interdit donc l'emploi d'une arme donnée, cette interdiction ne constitue pas un déni du droit de légitime défense de l'Etat attaqué: simplement, le droit naturel de légitime défense énoncé à l'article 51 de la Charte n'englobe pas l'emploi de l'arme en

question. La réponse d'ordre juridique à la situation critique de l'Etat victime se trouve dans le principe énoncé, le 19 février 1948, par le Tribunal militaire des Etats-Unis à Nuremberg, selon lequel les règles du droit international doivent être respectées, même s'il en résulte la perte d'une bataille, voire de la guerre. L'opportunité ou la nécessité ne peuvent justifier la violation de ces règles³³.

On peut considérer raisonnablement que les tenants de l'illicéité qui étaient parties au traité sur la non-prolifération n'ont pas estimé qu'ils renonçaient à une partie importante de leur droit naturel de légitime défense, mais qu'ils considéraient que le droit naturel de légitime défense d'un Etat ne comportait pas le droit d'employer des armes nucléaires. S'ils avaient estimé que le droit d'employer des armes nucléaires faisait partie intégrante d'un droit aussi fondamental que le droit naturel de légitime défense, on a du mal à comprendre pourquoi ils auraient entendu accepter que de telles armes puissent être employées par certains Etats et non par tous. Par ailleurs, s'ils considéraient que le droit d'employer de telles armes ne faisait pas partie du droit naturel de légitime défense, cette considération détermine ou en tout cas précise et explique les accords du traité sur la non-prolifération, y compris la prorogation décidée en 1995, les garanties de sécurité positives et négatives et les déclarations faites devant le Conseil de sécurité mentionnées dans la résolution 984 (1995) de ce dernier. Comme le représentant des Iles Salomon l'a signalé, tous ces arrangements s'inscrivaient dans le cadre d'un processus délibéré d'élimination des armes nucléaires; les interpréter comme impliquant l'acceptation par les Etats non dotés d'armes nucléaires de la licéité de l'emploi de ces armes n'est pas convaincant. En réponse à un argument selon lequel «le traité assurerait aux Etats dotés de l'arme nucléaire une base légale pour le maintien de leur armement nucléaire», le représentant de la Nouvelle-Zélande a déclaré, à bon droit me semble-t-il, que

«la raison d'être du traité ... est fondée sur la reconnaissance de la différence intrinsèque des armes nucléaires. On était parvenu à la conclusion que, du fait du potentiel destructif exceptionnel de ces armes, et la nature humaine étant ce qu'elle est, la seule option qui restait à l'humanité, c'était de se débarrasser totalement de ces armes. Ces armes représentent une menace qui compromet la sécurité de toute la communauté internationale. Elles représentent également une menace, ainsi qu'un défi pour l'ordre juridique international lui-même.» (CR 95/28, p. 36.)

Compte tenu de ce qui précède, voici comment la Cour pourrait interpréter le traité sur la non-prolifération. Comme indiqué dans le préam-

³³ L'affaire *List*, *Trials of War Criminals before the Nuernberg Military Tribunals under Control Council Law No. 10*, vol. XI, 1950, p. 1272; voir aussi, *ibid.*, p. 1236 et 1254. Voir aussi les observations du Tribunal militaire des Etats-Unis à Nuremberg dans l'affaire *Krupp*, *Annual Digest and Reports on Public International Law Cases*, 1948, p. 628.

bule, toutes les parties, tant les Etats dotés de l'arme nucléaire que les Etats non dotés d'armes nucléaires, ont reconnu «les dévastations qu'une guerre nucléaire ferait subir à l'humanité entière...» Il fallait donc empêcher la prolifération des armes nucléaires, et les Etats qui, selon leurs propres déclarations, possédaient déjà de telles armes devaient les éliminer. Comme cela prendrait du temps, les Etats dotés de l'arme nucléaire continueraient nécessairement d'en posséder jusqu'à leur élimination finale. On prenait acte d'une situation qu'il n'était pas possible de changer du jour au lendemain et que l'on admettait à titre transitoire; on ne reconnaissait pas le droit d'employer ces armes, car cela aurait été en contradiction avec les affirmations réitérées faites par de nombreux Etats non dotés d'armes nucléaires, par le biais des résolutions de l'Assemblée générale et par d'autres moyens, tant avant la conclusion du traité sur la non-prolifération qu'après celle-ci, à savoir que l'emploi de telles armes irait à l'encontre de la Charte, des règles du droit international et des lois de l'humanité, et serait un crime contre l'humanité et la civilisation.

*

Il reste à examiner si cette conclusion est affaiblie par les garanties de sécurité données par les Etats dotés d'armes nucléaires aux Etats qui n'en détiennent pas. Contrairement aux réserves dont quatre des cinq Etats dotés de l'arme nucléaire ont assorti leurs garanties négatives, réserves affirmant le droit d'employer les armes nucléaires dans certaines circonstances contre les Etats non dotés d'armes nucléaires, les garanties positives n'énonçaient pas un engagement d'employer des armes nucléaires pour défendre un Etat non doté d'armes nucléaires attaqué avec des armes nucléaires et n'impliquaient donc pas une revendication d'un droit d'employer des armes nucléaires. Toutefois, les garanties négatives impliquent clairement l'existence du droit d'employer des armes nucléaires; il n'y a pas lieu de s'attarder sur ce point. La question est de savoir si la revendication de ce droit a été admise par la communauté internationale.

On examinera pour commencer la réaction du Conseil de sécurité. Au paragraphe 1 de sa résolution 984 (1995), qui a été adoptée à l'unanimité, il est indiqué que celui-ci

«[p]rend acte avec satisfaction des déclarations faites par chacun des Etats dotés de l'arme nucléaire (S/1995/261, S/1995/262, S/1995/263, S/1995/264, S/1995/265), dans lesquelles ceux-ci ont donné aux 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».

On a soutenu que la «satisfaction» avec laquelle le Conseil de sécurité a pris acte des déclarations faites par chacun des Etats dotés de l'arme nucléaire impliquait qu'il reconnaissait le droit d'employer des armes nucléaires, et ceci plus particulièrement à la lumière de la réaffirmation au paragraphe 9 de la résolution du droit naturel de légitime défense garanti

par l'article 51 de la Charte. Cet argument a du poids et doit nous amener à rechercher ce qui suscitait la «satisfaction» du Conseil.

L'accent du paragraphe 1 de la résolution, considéré dans le contexte et en particulier à la lumière du préambule, était mis sur le fait objectif que des garanties de sécurité négatives avaient été données dans lesdites déclarations; il était fait mention des déclarations des Etats dotés de l'arme nucléaire en tant que constituant des déclarations «dans lesquelles ceux-ci ont donné aux Etats non dotés d'armes nucléaires ... des garanties de sécurité contre l'emploi de telles armes...» La résolution ne se référait pas aux déclarations en tant que constituant des déclarations dans lesquelles les Etats dotés de l'arme nucléaire «se réservaient le droit d'employer des armes nucléaires dans certaines circonstances contre les Etats non dotés d'armes nucléaires», comme elle aurait pu le faire si le Conseil avait entendu indiquer que sa satisfaction s'étendait à cet objet. Le Conseil ne pouvait s'exprimer de la sorte à propos des cinq Etats dotés de l'arme nucléaire, l'un d'eux, à savoir la Chine, ne s'étant pas réservé un tel droit (voir paragraphe 59, lettre *c*), de l'avis consultatif de la Cour). Au contraire, au paragraphe 2 de sa déclaration, la Chine avait dit qu'«[elle] s'engage à n'employer ou menacer d'employer des armes nucléaires contre des Etats non dotés d'armes nucléaires ou des zones exemptes d'armes nucléaires à aucun moment et en aucune circonstance»; elle faisait donc tout, sauf se réserver un tel droit. On pourrait soutenir que cette déclaration impliquait néanmoins l'existence du droit d'employer des armes nucléaires. Cependant, la question est de savoir comment il faut interpréter l'expression par le Conseil de sécurité de sa «satisfaction». La Cour ne saurait dire raisonnablement que la «satisfaction» du Conseil devait s'entendre comme visant aussi les réserves faites par quatre des cinq Etats dotés de l'arme nucléaire par lesquelles ils se réservaient le droit d'employer des armes nucléaires contre les Etats non dotés d'armes nucléaires, sans dire aussi que sa satisfaction visait également l'engagement de la Chine, tout différent, de n'employer des armes nucléaires contre les Etats non dotés d'armes nucléaires, «à aucun moment et en aucune circonstance».

En définitive, les tenants de l'illicéité, à la lecture du texte de la résolution, n'auraient pas pensé que la «satisfaction» exprimée par le Conseil de sécurité visait aussi ces aspects des déclarations dans lesquels quatre des cinq Etats dotés de l'arme nucléaire se réservaient le droit d'employer des armes nucléaires contre les Etats non dotés d'armes nucléaires dans certaines circonstances, dont une situation dans laquelle des armes nucléaires n'étaient pas employées en premier contre les Etats dotés de l'arme nucléaire qui se réservaient et exerçaient un tel droit. Pour sa part, la Cour ne saurait interpréter la «satisfaction» exprimée par le Conseil de sécurité comme visant à affirmer l'existence d'un tel droit, sans l'interpréter également comme l'affirmation que, aux yeux du Conseil de sécurité, il existait deux groupes d'Etats juridiquement distincts, en ce sens qu'un groupe était fondé en droit à employer des armes nucléaires contre l'autre groupe dans certaines circonstances, alors que celui-ci ne serait fondé en

droit à utiliser des armes contre le premier groupe en aucune circonstance. La Cour devrait bien réfléchir avant d'imputer une telle vue au Conseil de sécurité. Dans des circonstances où l'on savait que l'existence du droit d'employer des armes nucléaires était contesté, la «satisfaction» exprimée par le Conseil de sécurité dans sa résolution peut s'interpréter raisonnablement comme visant le fait que les Etats dotés de l'arme nucléaire avaient «donné aux Etats non dotés d'armes nucléaires ... des garanties de sécurité contre l'emploi de telles armes...», comme cela est indiqué dans la résolution elle-même, en dehors de toute intention de reconnaître l'existence du droit d'employer de telles armes en esquivant la question débattue, qui était de savoir s'il existait un tel droit.

Un argument qui ne manque pas de poids se fonde sur le fait qu'au paragraphe 9 de sa résolution le Conseil de sécurité a réaffirmé

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

Cette déclaration ne se référait pas au droit d'employer des armes nucléaires, mais on soutient que, dans le contexte où elle a été faite, elle impliquait qu'aux yeux du Conseil de sécurité le droit naturel de légitime défense comprenait le droit d'employer des armes nucléaires. Il ne semble pas, cependant, que le bien-fondé de cette interprétation du paragraphe 9 de la résolution ait été admis par ceux des Etats non dotés d'armes nucléaires qui ont pris la parole devant le Conseil de sécurité. Pour sa part, la Malaisie a dit que «[c]e paragraphe écarte la question de la légalité de l'emploi d'armes nucléaires, car il justifie l'emploi ou la menace de l'emploi d'armes nucléaires en cas de légitime défense» (S/PV.3514, 11 avril 1995, p. 15). Ainsi donc, même si le paragraphe 9 pouvait être interprété comme une tentative de justifier la menace ou l'emploi d'armes nucléaires en cas de légitime défense, la Malaisie a estimé que le paragraphe n'était pas parvenu à ses fins, et n'avait fait qu'écarter la question. L'Égypte s'est associée à l'Indonésie «s'exprimant ... au nom des Etats non alignés»; la déclaration faite par l'Indonésie ne donne pas à penser qu'elle entendait abandonner la position connue de ce groupe d'Etats sur la question de la licéité. L'un d'eux a rappelé expressément que:

«[à] la quarante-neuvième session de l'Assemblée générale, la communauté internationale a décidé de solliciter un avis consultatif de la Cour internationale de justice pour savoir s'il est des circonstances où la menace ou l'emploi de l'arme nucléaire sont permis par le droit international» (*ibid.*, p. 6).

Et l'Inde a ajouté:

«Il est permis d'espérer qu'en présentant un tel projet de résolution les Etats nucléaires ne disent pas aux non-membres du traité sur la non-prolifération que les Etats nucléaires peuvent utiliser l'arme

nucléaire contre lesdits non-membres. Il y a là des implications trop effrayantes pour qu'on les envisage.» (S/PV.3514. p. 6.)

Même si la résolution du Conseil de sécurité contenait la moindre implication qu'il considérerait l'emploi d'armes nucléaires comme licite, l'argument selon lequel les tenants de l'illicéité acceptaient le bien-fondé de cette implication n'est donc pas fondé.

La question peut être envisagée ensuite du point de vue plus général de l'attitude adoptée par les tenants de l'illicéité par rapport aux garanties de sécurité. Ont-ils par leur attitude laissé entendre qu'ils se rangeaient à l'avis des Etats dotés de l'arme nucléaire lorsque ceux-ci affirmaient l'existence du droit d'employer des armes nucléaires? En particulier, peut-on déduire un tel acquiescement du fait que les Etats non dotés d'armes nucléaires ont estimé nécessaire d'obtenir de telles assurances?

Pour bien apprécier cette attitude, il faut tenir compte des éléments ci-après. La possession continue, fût-ce à titre temporaire, d'armes nucléaires par les Etats dotés de l'arme nucléaire présentait manifestement des risques pour les Etats non dotés d'armes nucléaires. Il s'imposait raisonnablement pour ces derniers d'obtenir des assurances contre toute menace ou tout emploi de ces armes. La Malaisie et le Zimbabwe ont fait valoir que, *mutatis mutandis*, les pactes de non-agression «étaient monnaie courante dans les relations internationales bien après que l'illicéité de l'agression eut intégré le corps du droit coutumier» («Réponses communes de la Malaisie et du Zimbabwe aux questions posées par M. Schwebel, Vice-Président, le 3 novembre 1994», réponse à la deuxième question). Il peut être nécessaire de faire face à des réalités d'une manière pragmatique; mais tout arrangement conçu à cet effet n'entérine pas la licéité desdites réalités. Cela est particulièrement vrai sur le plan des relations internationales. Eu égard également à la puissance des armes en question, la Cour pouvait estimer qu'il n'y a aucune contradiction entre la position prise à l'Assemblée générale par les Etats non dotés d'armes nucléaires selon laquelle l'emploi d'armes nucléaires est un crime et le fait qu'ils ont accepté de la part des Etats qui possédaient néanmoins de telles armes les assurances que celles-ci ne seraient pas employées contre eux. On rappellera ici l'observation de M. Alvarez, pour qui «[u]n raisonnement poussé à l'extrême peut facilement conduire à des absurdités» (*Anglo-Iranian Oil Co., exception préliminaire, C.I.J. Recueil 1952*, p. 126, opinion dissidente). Il n'est pas rare dans les relations internationales de mettre de côté un problème juridique pour faciliter la réalisation d'un objectif. Selon moi, la position prise par certains des Etats dotés de l'arme nucléaire est que c'était sur cette base qu'ils ont participé à certaines négociations dans le domaine du droit humanitaire.

*

Il faut également avoir à l'esprit qu'il ne suffit pas de prouver des actes ou des omissions dont on prétend qu'ils constituent une pratique des Etats mais qu'il faut encore les interpréter. Le fait que des Etats ont le sentiment que la réalité les contraint à agir comme ils le font ne suffit pas à exclure

qu'on interprète leurs actes comme faisant partie de la pratique des Etats, à condition toutefois qu'ils agissent en ayant la conviction de se conformer à ce qu'ils considèrent comme une obligation juridique. «La nécessité de pareille conviction, c'est-à-dire l'existence d'un élément subjectif, est implicite dans la notion même d'*opinio juris sive necessitatis*.» (*Plateau continental de la mer du Nord, C.I.J. Recueil 1969*, p. 44.) Parlant des actions qui pourraient attester une *opinio juris sive necessitatis*, Lauterpacht excepte un comportement qui n'a été accompagné d'aucune intention de la sorte³⁴. Ainsi, l'intention joue un rôle essentiel. On ne peut s'assurer qu'elle existe en analysant au microscope les éléments épars qui composent une réalité vaste et mouvante, il faut embrasser le tableau d'un seul coup d'œil. En procédant de la sorte en l'espèce, la Cour pouvait se convaincre que les éléments dont on prétend qu'ils attestent la reconnaissance par les tenants de l'illicéité de l'existence d'un droit d'employer des armes nucléaires ne démontrent pas une intention de consentir à cette reconnaissance.

*

J'ajouterai que je ne suis pas convaincu que la résolution 255 (1968) du Conseil de sécurité en date du 19 juin 1968, à laquelle la Cour se réfère aux paragraphes 59 et 61 de son avis consultatif, apporte des éléments nouveaux. La question reste de savoir si la résolution visait le fait objectif de l'existence d'armes nucléaires et de la possibilité qu'elle puisse être effectivement employée ou si elle affirmait, directement ou indirectement, l'existence du droit d'utiliser de telles armes.

* *

En résumé, en tenant le plus largement possible compte de tous les éléments invoqués par les tenants de la licéité, la Cour pouvait conclure que ces éléments ne suffisent pas pour écarter la thèse que continuent de soutenir les tenants de l'illicéité selon laquelle la menace ou l'emploi d'armes nucléaires est illicite. Il s'ensuivrait que les difficultés fondamentales relevées plus haut subsistent. Si, comme je le pense, on peut établir qu'au vu du droit tel qu'il était fixé au commencement de l'ère nucléaire il existait alors une règle prohibitive, ce constat de l'état du droit à ce moment-là ne peut être contredit par une pratique ultérieure contraire des Etats; tout au plus, une pratique ultérieure contraire des Etats pourrait donner naissance à une règle nouvelle annulant ou modifiant la règle ancienne. Mais la position adoptée par la plupart des Etats non dotés d'armes nucléaires rendrait impossible la formation de l'*opinio juris* requise pour appuyer la création d'une règle nouvelle annulant la règle ancienne, et ce, a fortiori si celle-ci faisait partie du *jus cogens*. La règle prohibitive antérieure resterait donc en vigueur jusqu'à ce jour.

³⁴ Sir Hersch Lauterpacht, *The Development of International Law by the International Court*, 1958, p. 380.

SIXIÈME PARTIE. CONCLUSION

Conclure qu'il existe un droit d'employer des armes nucléaires serait difficilement compatible avec l'observation ci-après de la Cour :

«le pouvoir destructeur des armes nucléaires ne peut être endigué ni dans l'espace ni dans le temps. Ces armes ont le pouvoir de détruire toute civilisation, ainsi que l'écosystème tout entier de la planète.» (Avis consultatif, par. 35.)

L'affirmation de l'existence d'un droit dont l'exercice aurait des conséquences aussi catastrophiques équivaldrait pratiquement à appliquer à la lettre la maxime *fiat justitia ruat coelum*. M. Carneiro pensait «qu'aujourd'hui aucun juge ne peut suivre aveuglément la trop vieille règle *fiat justitia, pereat mundus*» (*Minquiers et Ecréhous, C.I.J. Recueil 1953*, p. 109, opinion individuelle). Il semblerait à tout le moins curieux qu'une juridiction mondiale se considérât tenue en droit de conclure qu'un Etat a le droit, fût-ce dans des circonstances limitées, d'anéantir la planète. La noble mission de la Cour ne devrait-elle pas plutôt être qualifiée par la maxime *fiat justitia ne pereat mundus*?

Le danger que représente cette dernière maxime, c'est qu'elle pourrait entraîner la Cour à agir comme un législateur. Au cours de la procédure, il lui a été rappelé à juste titre que cela lui est interdit. Selon le tribunal militaire des États-Unis dans l'affaire *List*, «il n'appartient pas aux tribunaux d'écrire le droit international tel qu'ils souhaiteraient qu'il soit, ils doivent l'appliquer tel qu'il est»³⁵. Ainsi, comme M. Lauterpacht l'a fait observer: «[l]e souci de ne pas empiéter sur le domaine du législatif est une manifestation légitime de prudence judiciaire». Mais il a ajouté:

«Si on exagère [ce souci], il peut revenir à un refus de remplir une des tâches appartenant au domaine de la Cour tel que le définit le Statut.» (*Admissibilité de l'audition de pétitionnaires par le Comité du Sud-Ouest africain, C.I.J. Recueil 1956*, p. 57, opinion individuelle.)

Le danger de légiférer surgit non seulement lorsqu'un tribunal essaie d'élaborer une loi alors qu'il n'en existe pas une, mais aussi lorsqu'il s'abstient d'appliquer la loi telle qu'elle existe; cette omission peut être considérée comme équivalant à un droit de légiférer que s'arrogerait le juge pour abroger la loi en vigueur.

Il est exact que le droit international règle les relations entre des Etats souverains. Toutefois, comme on l'a fait observer, la souveraineté ne signifie pas que ces relations sont celles de billes de billard qui s'entrechoquent mais ne cherchent pas à atteindre un objectif commun. Le processus visant à renforcer la cohésion est avancé, mais il n'est pas et il ne sera peut-être jamais suffisamment avancé pour qu'on puisse lui appliquer

³⁵ Voir ci-dessus note 33 l'affaire *List*, p. 1249.

pleinement l'observation de Cicéron selon laquelle «la solidité d'un Etat dépend dans une très grande mesure de ses décisions judiciaires»³⁶. Toutefois, le sens général de cette observation n'est pas entièrement perdu: le rôle de la Cour ne doit pas être surestimé, mais il ne faut pas pour autant méconnaître sa responsabilité. Il y a encore beaucoup à faire pour rappeler aux juristes internationaux leurs obligations. Selon Jenks, nous n'avons pas affaire à la routine des certitudes établies de la vie, mais nous nous trouvons souvent aux prises avec les grandes questions non résolues dont dépend l'avenir du monde³⁷. L'affaire qui nous occupe illustre parfaitement cette vérité.

*

Pour rappeler ce qui a été dit au début de la présente opinion, la grande question non résolue dont dépend l'avenir du monde consiste à concilier le besoin impérieux d'un Etat de se défendre avec le besoin non moins impérieux de garantir que, ce faisant, il ne compromet pas la survie de l'espèce humaine. Le droit humanitaire, dit-on, doit être interprété comme admettant une exception qui permet à un Etat d'employer des armes nucléaires dans l'exercice de la légitime défense lorsque sa survie est en jeu, c'est-à-dire même si un tel emploi constituerait autrement une violation de ce droit, et cela au motif qu'aucun système juridique n'oblige ceux qui y sont assujettis à se suicider. Tel est l'argument qui sous-tend la deuxième phrase de l'alinéa E du paragraphe 2 du dispositif de l'avis consultatif de la Cour.

L'implication de cette partie de la réponse de la Cour est que, selon elle, il est possible que l'emploi d'armes nucléaires soit licite «dans une circonstance extrême de légitime défense dans laquelle la survie même d'un Etat serait en cause», et donc même si cela constituerait par ailleurs une violation du droit humanitaire. Ce que la Cour a ainsi entendu laisser dans le domaine du possible prend une consistance plus ferme à la lumière de l'affaire du *Lotus*, telle qu'elle est généralement interprétée. Lorsque la Cour dit qu'elle ne peut se prononcer de façon définitive, elle dit qu'elle ne peut se prononcer définitivement sur le point de savoir s'il existe ou non une règle prohibitive. Si la Cour se trouve dans la position de ne pouvoir se prononcer définitivement sur le point de savoir s'il existe ou non une règle prohibitive, on peut soutenir que, sur la base de ladite affaire, la présomption joue en faveur du droit des Etats d'agir sans être contraints par aucune règle de cette nature. En conséquence, la Cour entendait signifier que les Etats sont fondés en droit à employer des armes nucléaires. Si ce n'est pas cela qu'elle entendait signifier, cette partie de la réponse n'a pas été bien conçue.

Ainsi donc, abstraction faite du caractère cruel ou excessif des souffrances infligées, l'existence des circonstances indiquées pourrait créer

³⁶ *Cicero, Selected Works*, traduction de Michael Grant, 1960, p. 36.

³⁷ C. W. Jenks, *The Common Law of Mankind*, 1958, p. 416.

une exception à l'application du droit humanitaire, comme semble l'indiquer le mot «généralement» employé dans la première partie de cet alinéa de la réponse de la Cour. Une loi peut certes prévoir des exceptions à son application. Cependant, en l'état actuel, rien ne permet de dire que le droit humanitaire prévoit une exception à l'effet de tenir compte des circonstances envisagées par la Cour. Selon moi, si on admettait que le droit humanitaire peut être mis de côté dans les circonstances indiquées, on se trouverait en porte à faux avec ce qui a été allégué à plusieurs reprises et à juste titre, de part et d'autre, à savoir que la Cour doit appliquer le droit et non pas élaborer un droit nouveau.

Un autre point me paraît intéressant. Sans préjudice des nuances qu'on trouve dans la manière dont la notion des «intérêts vitaux en matière de sécurité» est formulée et dont on s'y réfère, une «circonstance extrême de légitime défense dans laquelle la survie même d'un Etat serait en cause», telle que l'a définie la Cour, est la circonstance principale dans laquelle les tenants de la licéité prétendent qu'il existe un droit d'employer des armes nucléaires. Selon eux, en effet, en partant de l'hypothèse que l'emploi d'armes nucléaires est licite, la nature des armes, jointe aux limitations imposées par les conditions de nécessité et de proportionnalité auxquelles est subordonné l'exercice du droit de légitime défense, servira à limiter l'emploi licite de ces armes à cette «circonstance extrême». Il s'ensuit qu'affirmer que le droit humanitaire ne s'applique pas à l'emploi d'armes nucléaires dans la circonstance principale où l'on prétend que le droit d'employer ces armes existe, c'est confirmer la substance de la thèse selon laquelle le droit humanitaire ne s'applique pas du tout à l'emploi d'armes nucléaires. Cette vue est abandonnée depuis longtemps; comme la Cour elle-même le rappelle, même les Etats dotés de l'arme nucléaire ne la soutiennent pas. Je ne suis pas persuadé qu'on peut exhumer cette thèse tombée en défaveur par le biais d'une exception fondée sur la légitime défense.

* * *

Cela me ramène donc à la signification réelle de la question de l'Assemblée générale. La question porte essentiellement sur le point de savoir si l'exercice du droit de légitime défense peut aller jusqu'à compromettre la survie de l'humanité. A cela, la Cour répond que :

«[a]u vu de l'état actuel du droit international, ainsi que des éléments de fait dont elle dispose, la Cour ne peut cependant conclure de façon définitive que la menace ou l'emploi d'armes nucléaires serait licite ou illicite dans une circonstance extrême de légitime défense dans laquelle la survie même d'un Etat serait en cause» (avis consultatif, par. 105, al. 2 E).

C'est sur cette affirmation essentielle que repose l'avis. Dans la mesure où cette affirmation donne à entendre que le droit présente une lacune, je crois que ce n'est pas le cas; dans la mesure où elle laisse entendre que les

faits ne sont pas suffisants pour susciter une application du droit, je ne peux y souscrire. Selon moi, il existait des éléments de droit et de fait suffisants pour permettre à la Cour de répondre à la question de l'Assemblée générale, dans un sens ou dans l'autre. C'est pourquoi je ne peux partager l'avis de la Cour lorsqu'elle conclut qu'elle ne peut se prononcer.

(Signé) Mohamed SHAHABUDEEN.
