

## DISSENTING OPINION OF JUDGE WEERAMANTRY

## TABLE OF CONTENTS

	<i>Pages</i>
PRELIMINARY OBSERVATIONS ON THE OPINION OF THE COURT	433
(a) Reasons for dissent	433
(b) The positive aspects of the Court's Opinion	433
(c) Particular comments on the final paragraph	435
(i) Paragraph 2 B — (11 votes to 3)	435
(ii) Paragraph 2 E — (7 votes to 7. Casting vote in favour by the President)	435
(iii) Paragraph 2 A — (Unanimous)	436
(iv) Paragraph 2 C — (Unanimous)	436
(v) Paragraph 2 D — (Unanimous)	436
(vi) Paragraph 2 F — (Unanimous)	437
(vii) Paragraph 1 — (13 votes to 1)	437
I. INTRODUCTION	438
1. Fundamental importance of issue before the Court	438
2. Submissions to the Court	440
3. Some preliminary observations on the United Nations Charter	441
4. The law relevant to nuclear weapons	443
5. Introductory observations on humanitarian law	443
6. Linkage between humanitarian law and the realities of war	445
7. The limit situation created by nuclear weapons	447
8. Possession and use	448
9. Differing attitudes of States supporting legality	448
10. The importance of a clarification of the law	449
II. NATURE AND EFFECTS OF NUCLEAR WEAPONS	450
1. The nature of the nuclear weapon	450
2. Euphemisms concealing the realities of nuclear war	451
3. The effects of the nuclear weapon	452
(a) Damage to the environment and the ecosystem	454
(b) Damage to future generations	454
(c) Damage to civilian populations	456
(d) The nuclear winter	456
(e) Loss of life	458
(f) Medical effects of radiation	458
(g) Heat and blast	461
(h) Congenital deformities	461
(i) Transnational damage	463

## OPINION DISSIDENTE DE M. WEERAMANTRY

[Traduction]

### TABLE DES MATIÈRES

	<i>Pages</i>
OBSERVATIONS PRÉLIMINAIRES SUR L'AVIS DE LA COUR	433
<i>a)</i> Motifs de mon désaccord	433
<i>b)</i> Les aspects positifs de l'avis de la Cour	433
<i>c)</i> Observations sur le dernier paragraphe	435
i) Paragraphe 2, alinéa B, du dispositif (adopté par 11 voix contre 3)	435
ii) Paragraphe 2, alinéa E (adopté par 7 voix contre 7, par la voix prépondérante du Président)	435
iii) Paragraphe 2, alinéa A (adopté à l'unanimité)	436
iv) Paragraphe 2, alinéa C (adopté à l'unanimité)	436
v) Paragraphe 2, alinéa D (adopté à l'unanimité)	436
vi) Paragraphe 2, alinéa F (adopté à l'unanimité)	437
vii) Paragraphe 1 du dispositif (adopté par 13 voix contre une)	437
I. INTRODUCTION	438
1. Importance primordiale de la question soumise à la Cour	438
2. Exposés soumis à la Cour	440
3. Quelques observations préliminaires sur la Charte des Nations Unies	441
4. Le droit applicable aux armes nucléaires	443
5. Remarques préliminaires sur le droit humanitaire	443
6. Le lien entre le droit humanitaire et les réalités de la guerre	445
7. Le seuil critique atteint avec les armes nucléaires	447
8. Possession et utilisation	448
9. Positions différentes adoptées par les Etats favorables à la thèse de la licéité	448
10. La nécessité de clarifier l'état du droit	449
II. NATURE ET EFFET DES ARMES NUCLÉAIRES	450
1. La nature des armes nucléaires	450
2. Euphémismes masquant les réalités de la guerre nucléaire	451
3. Les effets de l'arme nucléaire	452
<i>a)</i> Dommages à l'environnement et à l'écosystème	454
<i>b)</i> Dommages aux générations futures	454
<i>c)</i> Dommages aux populations civiles	456
<i>d)</i> L'hiver nucléaire	456
<i>e)</i> Pertes en vies humaines	458
<i>f)</i> Effets des rayonnements sur la santé	458
<i>g)</i> Effet thermique et souffle	461
<i>h)</i> Malformations congénitales	461
<i>i)</i> Dommages transnationaux	463
	207

(j)	Potential to destroy all civilization	464
(i)	Social institutions	465
(ii)	Economic structures	465
(iii)	Cultural treasures	466
(k)	The electromagnetic pulse	467
(l)	Damage to nuclear reactors	468
(m)	Damage to food productivity	469
(n)	Multiple nuclear explosions resulting from self-defence	469
(o)	"The shadow of the mushroom cloud"	470
4.	The uniqueness of nuclear weapons	471
5.	The differences in scientific knowledge between the present time and 1945	472
6.	Do Hiroshima and Nagasaki show that nuclear war is survivable?	473
7.	A perspective from the past	475
III.	HUMANITARIAN LAW	476
1.	"Elementary considerations of humanity"	477
2.	Multicultural background to the humanitarian laws of war	478
3.	Outline of humanitarian law	482
4.	Acceptance by States of the Martens Clause	486
5.	"The dictates of public conscience"	487
6.	Impact of the United Nations Charter and human rights on "considerations of humanity" and "dictates of public conscience"	490
7.	The argument that "collateral damage" is unintended	491
8.	Illegality exists independently of specific prohibitions	492
9.	The " <i>Lotus</i> " decision	494
10.	Specific rules of the humanitarian law of war	496
(a)	The prohibition against causing unnecessary suffering	497
(b)	The principle of proportionality	499
(c)	The principle of discrimination	499
(d)	Respect for non-belligerent States	501
(e)	The prohibition against genocide	501
(f)	The prohibition against environmental damage	502
(g)	Human rights law	506
11.	Juristic opinion	508
12.	The 1925 Geneva Gas Protocol	508
(i)	Is radiation poisonous?	509
(ii)	Does radiation involve contact of the body with "materials"?	510
13.	Article 23 (a) of the Hague Regulations	512
IV.	SELF-DEFENCE	513
1.	Unnecessary suffering	514
2.	Proportionality/error	514
3.	Discrimination	516
4.	Non-belligerent States	516

j)	Anéantissement possible de l'ensemble de la civilisation	464
i)	Institutions sociales	465
ii)	Structures économiques	465
iii)	Trésors culturels	466
k)	L'impulsion électromagnétique	467
l)	Dommages aux réacteurs nucléaires	468
m)	Dommages à la productivité alimentaire	469
n)	Explosions nucléaires multiples résultant de ripostes en état de légitime défense	469
o)	«L'ombre du champignon nucléaire»	470
4.	La spécificité des armes nucléaires	471
5.	Les différences entre le niveau actuel des connaissances scientifiques et celui de 1945	472
6.	Les bombes d'Hiroshima et de Nagasaki permettent-elles de conclure qu'il est possible de survivre à la guerre nucléaire?	473
7.	Une vision venant du passé	475
III.	DROIT HUMANITAIRE	476
1.	Les «considérations élémentaires d'humanité»	477
2.	L'origine multiculturelle du droit humanitaire de la guerre	478
3.	Aperçu de l'évolution du droit humanitaire	482
4.	L'acceptation par les Etats de la clause de Martens	486
5.	Les «exigences de la conscience publique»	487
6.	Les répercussions de la Charte des Nations Unies et des droits de l'homme sur «les considérations d'humanité» et les «exigences de la conscience publique»	490
7.	L'argument du caractère non intentionnel des «dommages collatéraux»	491
8.	L'illicéité existe indépendamment d'interdictions spécifiques	492
9.	L'arrêt rendu dans l'affaire du <i>Lotus</i>	494
10.	Règles particulières du droit humanitaire de la guerre	496
a)	L'interdiction de causer des maux superflus	497
b)	Le principe de proportionnalité	499
c)	Le principe de distinction	499
d)	Respect des Etats non belligérants	501
e)	L'interdiction du génocide	501
f)	L'interdiction des dommages à l'environnement	502
g)	Droit relatif aux droits de l'homme	506
11.	L' <i>opinio juris</i>	508
12.	Le protocole de Genève de 1925 sur les gaz	508
i)	Les rayonnements sont-ils toxiques?	509
ii)	Les rayonnements mettent-ils des «matières» en contact avec le corps humain?	510
13.	L'article 23 a) du règlement de La Haye	512
IV.	LÉGITIME DÉFENSE	513
1.	Maux superflus	514
2.	Proportionnalité/erreur	514
3.	Distinction	516
4.	Etats non belligérants	516

431 THREAT OR USE OF NUCLEAR WEAPONS (DISS. OP. WEERAMANTRY)

5. Genocide	517
6. Environmental damage	517
7. Human rights	517
V. SOME GENERAL CONSIDERATIONS	520
1. Two philosophical perspectives	520
2. The aims of war	523
3. The concept of a "threat of force" under the United Nations Charter	525
4. Equality in the texture of the laws of war	526
5. The logical contradiction of a dual régime in the laws of war	528
6. Nuclear decision-making	529
VI. THE ATTITUDE OF THE INTERNATIONAL COMMUNITY TOWARDS NUCLEAR WEAPONS	530
1. The universality of the ultimate goal of complete elimination	530
2. Overwhelming majorities in support of total abolition	531
3. World public opinion	533
4. Current prohibitions	534
5. Partial bans	534
6. Who are the States most specially concerned?	535
7. Have States, by participating in regional treaties, recognized nuclear weapons as lawful?	536
VII. SOME SPECIAL ASPECTS	536
1. The Non-Proliferation Treaty	536
2. Deterrence	538
(i) Meaning of deterrence	538
(ii) Deterrence — from what?	538
(iii) The degrees of deterrence	539
(iv) Minimum deterrence	539
(v) The problem of credibility	540
(vi) Deterrence distinguished from possession	540
(vii) The legal problem of intention	540
(viii) The temptation to use the weapons maintained for deterrence	541
(ix) Deterrence and sovereign equality	541
(x) Conflict with the St. Petersburg principle	542
3. Reprisals	542
4. Internal wars	544
5. The doctrine of necessity	545
6. Limited or tactical or battlefield nuclear weapons	546
VIII. SOME ARGUMENTS AGAINST THE GRANT OF AN ADVISORY OPINION	550
1. The Advisory Opinion would be devoid of practical effects	550
2. Nuclear weapons have preserved world peace	551

MENACE OU EMPLOI D'ARMES NUCLÉAIRES (OP. DISS. WEERAMANTRY)	431
5. Génocide	517
6. Dommages à l'environnement	517
7. Droits de l'homme	517
V. QUELQUES CONSIDÉRATIONS GÉNÉRALES	520
1. Deux visions philosophiques	520
2. Les buts de la guerre	523
3. Le concept de «menace de la force» dans la Charte des Nations Unies	525
4. L'égalité dans le contexte du droit de la guerre	526
5. Caractère illogique d'un régime dualiste en matière de droit de la guerre	528
6. Le processus d'élaboration des décisions en matière nucléaire	529
VI. L'ATTITUDE DE LA COMMUNAUTÉ INTERNATIONALE VIS-À-VIS DES ARMES NUCLÉAIRES	530
1. Universalité de l'adhésion au but ultime de l'élimination complète	530
2. Rappel des écrasantes majorités favorables à l'abolition totale	531
3. L'opinion publique mondiale	533
4. Interdictions existantes	534
5. Interdictions partielles	534
6. Quels sont les Etats spécialement concernés?	535
7. Les Etats ont-ils, en devenant parties à des traités régionaux, reconnu la licéité des armes nucléaires?	536
VII. QUELQUES ASPECTS PARTICULIERS	536
1. Le traité sur la non-prolifération	536
2. Dissuasion	538
i) Qu'entend-on par dissuasion?	538
ii) La dissuasion, contre quel acte est-elle dirigée?	538
iii) Les degrés de la dissuasion	539
iv) La dissuasion minimale	539
v) Le problème de la crédibilité	540
vi) La différence entre dissuasion et possession	540
vii) Le problème juridique de l'intention	540
viii) La tentation d'utiliser les armes tenues en réserve à des fins de dissuasion	541
ix) La dissuasion et l'égalité souveraine	541
x) Incompatibilité de la dissuasion avec les principes énoncés dans la déclaration de Saint-Pétersbourg	542
3. Représailles	542
4. Conflits internes	544
5. La doctrine de la nécessité	545
6. Armes nucléaires à effets limités ou tactiques ou du champ de bataille	546
VIII. QUELQUES ARGUMENTS AVANCÉS POUR SOUTENIR QUE LA COUR NE DEVRAIT PAS DONNER L'AVIS CONSULTATIF SOLlicitÉ	550
1. Un tel avis consultatif serait dépourvu d'effets pratiques	550
2. Les armes nucléaires ont préservé la paix mondiale	551

432 THREAT OR USE OF NUCLEAR WEAPONS (DISS. OP. WEERAMANTRY)

IX. CONCLUSION	552
1. The task before the Court	552
2. The alternatives before humanity	553
APPENDIX (demonstrating danger to neutral States) Comparison of the effects of bombs	555

MENACE OU EMPLOI D'ARMES NUCLÉAIRES (OP. DISS. WEERAMANTRY)	432
IX. CONCLUSION	552
1. La tâche de la Cour	552
2. Les options qui s'offrent à l'humanité	553
APPENDICE. (Le risque encouru par les Etats neutres.) Comparaison des effets des bombes	555

---



## PRELIMINARY OBSERVATIONS ON THE OPINION OF THE COURT

(a) *Reasons for Dissent*

My considered opinion is that the use or threat of use of nuclear weapons is illegal *in any circumstances whatsoever*. It violates the fundamental principles of international law, and represents the very negation of the humanitarian concerns which underlie the structure of humanitarian law. It offends conventional law and, in particular, the Geneva Gas Protocol of 1925, and Article 23 (a) of the Hague Regulations of 1907. It contradicts the fundamental principle of the dignity and worth of the human person on which all law depends. It endangers the human environment in a manner which threatens the entirety of life on the planet.

I regret that the Court has not held directly and categorically that the use or threat of use of the weapon is unlawful *in all circumstances without exception*. The Court should have so stated in a vigorous and forthright manner which would have settled this legal question now and for ever.

Instead, the Court has moved in the direction of illegality with some far-reaching pronouncements that strongly point in that direction, while making other pronouncements that are both less than clear and clearly wrong.

I have therefore been obliged to title this a dissenting opinion, although there are some parts of the Court's Opinion with which I agree, and which may still afford a substantial basis for a conclusion of illegality. Those aspects of the Court's Opinion are discussed below. They do take the law far on the road towards total prohibition. In this sense, the Court's Opinion contains positive pronouncements of significant value.

There are two of the six operative sections of the second part of the Opinion with which I profoundly disagree. I believe those two paragraphs state the law wrongly and incompletely, and I have felt compelled to vote against them.

However, I have voted in favour of paragraph 1 of the *dispositif*, and in favour of four out of the six items in paragraph 2.

(b) *The Positive Aspects of the Court's Opinion*

This Opinion represents the first decision of this Court, and indeed of any international tribunal, that clearly formulates limitations on nuclear weapons in terms of the United Nations Charter. It is the first such decision which expressly addresses the contradiction between nuclear weapons and the laws of armed conflict and international humanitarian law. It is the first such decision which expresses the view that the use of

## OBSERVATIONS PRÉLIMINAIRES SUR L'AVIS DE LA COUR

a) *Motifs de mon désaccord*

Après avoir mûrement réfléchi, j'estime que l'emploi et la menace de l'emploi d'armes nucléaires sont illicites *en toutes circonstances* parce qu'ils sont incompatibles avec les principes fondamentaux du droit international et constituent la négation même des valeurs humanitaires sur lesquelles repose la structure du droit humanitaire; parce qu'ils sont contraires au droit conventionnel et en particulier au protocole de Genève de 1925 concernant la prohibition d'emploi à la guerre de gaz asphyxiants, toxiques ou similaires et de moyens bactériologiques, et à l'article 23 a) du règlement de La Haye de 1907; parce qu'ils sont inconciliables avec le principe fondamental de la dignité et de la valeur de la personne humaine qui est à la base de l'ensemble du droit; et parce qu'ils portent atteinte à l'environnement au point de menacer toutes les formes de vie sur la planète.

Je regrette que la Cour n'ait pas dit sans détour et catégoriquement que l'emploi ou la menace de l'emploi de telles armes est illicite *en toutes circonstances sans exception*. Telle est la conclusion que la Cour aurait dû énoncer avec fermeté et sans équivoque, réglant ainsi cette question juridique une fois pour toutes.

La Cour a préféré s'engager sur la voie de la thèse de l'illicéité en formulant des déclarations de très grande portée qui vont nettement dans ce sens tout en en émettant d'autres qui sont à la fois ambiguës et manifestement erronées.

Je me suis donc vu contraint de présenter cette opinion dissidente bien que l'avis de la Cour comporte des parties auxquelles je souscris et sur la base desquelles on peut raisonnablement conclure à l'illicéité. Ces aspects de l'avis de la Cour sont analysés ci-après. Ils font faire au droit international un grand pas en avant dans la voie de l'interdiction totale. Et, en ce sens, l'avis de la Cour contient des déclarations positives revêtant une très grande importance.

Sur les six alinéas du paragraphe 2 du dispositif de l'avis, il y en a deux avec lesquels je suis en profond désaccord. Je crois que ces deux alinéas énoncent le droit de manière erronée et incomplète et je me suis vu dans l'obligation d'émettre un vote négatif à leur sujet.

J'ai toutefois voté en faveur du paragraphe 1 du dispositif et de quatre des six alinéas du paragraphe 2.

b) *Les aspects positifs de l'avis de la Cour*

L'avis consultatif en l'espèce constitue la première décision de la Cour — et, de fait, d'un tribunal international — qui définit clairement les restrictions touchant les armes nucléaires découlant de la Charte des Nations Unies. C'est la première décision de ce type qui se réfère expressément à l'incompatibilité des armes nucléaires avec le droit des conflits armés et le droit international humanitaire. C'est aussi la première déci-

nuclear weapons is hemmed in and limited by a variety of treaty obligations.

In the environmental field, it is the first Opinion which expressly embodies, in the context of nuclear weapons, a principle of “prohibition of methods and means of warfare which are intended, or may be expected, to cause” widespread, long-term and severe environmental damage, and “the prohibition of attacks against the natural environment by way of reprisals” (para. 31).

In the field of nuclear disarmament, it also reminds all nations of their obligation to bring these negotiations to their conclusion in all their aspects, thereby ending the continuance of this threat to the integrity of international law.

Once these propositions are established, one needs only to examine the effects of the use of nuclear weapons to conclude that there is no possibility whatsoever of a use or threat of use that does not offend these principles. This Opinion examines at some length the numerous unique qualities of the nuclear weapon which stand in flagrant contradiction of the basic values underlying the United Nations Charter, international law, and international humanitarian law. In the light of that information, it becomes demonstrably impossible for the weapon to comply with the basic postulates laid down by the Court, thus rendering them illegal in terms of the unanimous finding of the Court.

In particular, I would mention the requirement, in Article 2 (4) of the Charter, of compliance with the Purposes of the United Nations. Those Purposes involve respect for human rights, and the dignity and worth of the human person. They also involve friendly relations among nations, and good neighbourliness (see Article 1 (Purposes and Principles) read with the Preamble). The linkage of legality with compliance with these principles has now been judicially established. Weapons of warfare which can kill a million or a billion human beings (according to the estimates placed before the Court) show scant regard for the dignity and worth of the human person, or for the principle of good neighbourliness. They stand condemned upon the principles laid down by the Court.

Even though I do not agree with the entirety of the Court’s Opinion, strong indicators of illegality necessarily flow from the unanimous parts of that Opinion. Further details of the total incompatibility of the weapons with the principles laid down by the Court appear in the body of this Opinion.

It may be that further clarification will be possible in the future.

I proceed now to make some comments on the individual paragraphs of part 2 of the *dispositif*. I shall deal first with the two paragraphs with which I disagree.

sion de ce type qui exprime l'avis que l'emploi des armes nucléaires est circonscrit et limité par une série d'obligations conventionnelles.

Dans le domaine de l'environnement, c'est le premier avis qui, à propos des armes nucléaires, consacre expressément le principe de «l'interdiction d'utiliser des méthodes et moyens de guerre conçus pour causer ou dont on peut attendre qu'ils causeront» des dommages étendus, durables et graves à l'environnement et de «l'interdiction de mener des attaques contre l'environnement naturel à titre de représailles» (par. 31).

Dans le domaine du désarmement nucléaire, l'avis rappelle aussi à toutes les nations qu'elles ont l'obligation de mener à terme des négociations sous tous leurs aspects, empêchant ainsi que ne se perpétue une menace à l'intégrité du droit international.

Une fois ces propositions établies, il convient seulement d'examiner les conséquences de l'emploi des armes nucléaires pour parvenir à la conclusion qu'il n'y a aucun emploi ou aucune menace d'emploi de ces armes qui ne soit pas contraire aux principes susmentionnés. L'avis analyse assez longuement les nombreuses caractéristiques propres aux armes nucléaires qui sont en contradiction flagrante avec les valeurs fondamentales sur lesquelles reposent la Charte des Nations Unies, le droit international et le droit international humanitaire. Compte tenu de ces éléments, il est désormais établi qu'il est impossible que les armes en cause soient compatibles avec les principes fondamentaux, énoncés par la Cour, ce qui fait qu'elles sont illicites sur la base de la conclusion unanime de la Cour.

Je voudrais en particulier rappeler qu'aux termes de l'article 2, paragraphe 4, de la Charte, le respect des buts des Nations Unies est une obligation. Ces buts concernent le respect des droits de l'homme et de la dignité et de la valeur de la personne humaine. Ils concernent également les relations amicales entre les nations et le bon voisinage (cf. l'article 1 («Buts et principes») lu conjointement avec le préambule). La corrélation entre licéité et respect de ces principes a maintenant été établie par un organe judiciaire. Des armes qui peuvent anéantir un million ou un milliard d'êtres humains (selon les estimations présentées à la Cour) font peu de cas de la dignité et de la valeur de la personne humaine ou du principe du bon voisinage. Elles sont bannies en vertu même des principes énoncés par la Cour.

Bien que je ne souscrive pas à toutes les conclusions de la Cour, des éléments nettement favorables à la thèse de l'illicéité découlent certainement de celles qui ont été adoptées à l'unanimité. J'exposerai plus loin dans la présente opinion d'autres éléments permettant d'établir l'incompatibilité totale des armes nucléaires avec les principes énoncés par la Cour.

Il est possible que de nouvelles précisions puissent être apportées à l'avenir dans ce domaine.

Je vais maintenant faire quelques observations sur les différents alinéas du paragraphe 2 du dispositif. J'examinerai d'abord les deux alinéas auxquels je ne souscris pas.

(c) *Particular Comments on the Final Paragraph*(i) *Paragraph 2B — (11 votes to 3)*

Regarding paragraph 2B, I am of the view that there are comprehensive and universal limitations imposed by treaty upon the use of nuclear weapons. Environmental treaties and, in particular, the Geneva Gas Protocol and Article 23 (a) of the Hague Regulations, are among these. These are dealt with in my opinion. I do not think it is correct to say that there are no conventional prohibitions upon the use of the weapon.

(ii) *Paragraph 2E — (7 votes to 7. Casting vote in favour by the President)*

I am in fundamental disagreement with both sentences contained within this paragraph.

I strongly oppose the presence of the word “generally” in the first sentence. The word is too uncertain in content for use in an Advisory Opinion, and I cannot assent to a proposition which, even by remotest implication, leaves open any possibility that the use of nuclear weapons would not be contrary to law in any circumstances whatsoever. I regret the presence of this word in a sentence which otherwise states the law correctly. It would also appear that the word “generally” introduces an element of internal contradiction into the Court’s Opinion, for in paragraphs 2C and 2D of the Court’s Opinion, the Court concludes that nuclear weapons must be consistent with the United Nations Charter, the principles of international law, and the principles of humanitarian law, and, such consistency being impossible, the weapon becomes illegal.

The word “generally” admits of many meanings, ranging through various gradations, from “as a general rule; commonly”, to “universally; with respect to all or nearly all”<sup>1</sup>. Even with the latter meaning, the word opens a window of permissibility, however narrow, which does not truly reflect the law. There should be no niche in the legal principle, within which a nation may seek refuge, constituting itself the sole judge in its own cause on so important a matter.

The main purpose of this opinion is to show that, not *generally* but *always*, the threat or use of nuclear weapons would be contrary to the rules of international law and, in particular, to the principles and rules of humanitarian law. Paragraph 2E should have been in those terms, and the Opinion need have stated no more.

The second paragraph of 2E states that the current state of international law is such that the Court cannot conclude definitely whether the threat or use of the weapon would or would not be lawful in extreme

<sup>1</sup> *The Shorter Oxford English Dictionary*, 3rd ed., 1987, Vol. I, p. 840.

c) *Observations sur le dernier paragraphe*i) *Paragraphe 2, alinéa B, du dispositif (adopté par 11 voix contre 3)*

S'agissant de l'alinéa B, je suis d'avis que l'emploi des armes nucléaires est soumis par le droit conventionnel à des restrictions complètes et universelles. On peut notamment citer à cet égard, outre les traités sur l'environnement, le protocole de Genève de 1925 sur les gaz et l'article 23 a) du règlement de La Haye. Je reviendrai sur ces questions dans mon opinion. Je ne crois pas que l'on puisse dire qu'il n'y a pas d'interdictions imposées par le droit conventionnel à l'emploi de telles armes.

ii) *Paragraphe 2, alinéa E (adopté par 7 voix contre 7, par la voix prépondérante du Président)*

Je suis en profond désaccord avec la teneur des deux phrases de cet alinéa.

Je suis fermement opposé à l'inclusion du mot «généralement» [*generally*] dans la première phrase. C'est là un terme trop vague pour avoir sa place dans un avis consultatif et je ne peux m'associer à une déclaration laissant entendre, si indirectement que ce soit, que l'emploi des armes nucléaires pourrait ne pas être contraire au droit en toutes circonstances. Je regrette la présence de ce mot dans une phrase qui, sans lui, énoncerait correctement le droit. Le terme «généralement» me paraît aussi introduire un élément de contradiction interne dans l'avis puisque, aux alinéas C et D, la Cour conclut que la menace ou l'emploi d'armes nucléaires doit être compatible avec la Charte des Nations Unies, les principes du droit international et les principes du droit humanitaire; comme une telle compatibilité est impossible, les armes en question sont illicites.

Le mot «généralement» [*generally*] peut avoir de nombreux sens, depuis «en règle générale, normalement» à «universellement et pour tous ou presque tous»<sup>1</sup>. Même dans cette deuxième acception, il comporte des échappatoires, si limitées soient-elles, qui ne traduisent pas véritablement le droit. Le principe juridique ne doit laisser subsister aucune zone d'ombre où une nation puisse se réfugier pour s'ériger, dans un domaine aussi crucial, en seul juge de sa propre cause.

Le but principal de cette opinion est de démontrer que ce n'est pas *généralement* mais *dans tous les cas* qu'il serait contraire aux règles du droit international, et en particulier aux principes et règles du droit humanitaire, de recourir à l'emploi ou à la menace d'emploi des armes nucléaires. Voilà ce qu'il aurait fallu dire à l'alinéa E du paragraphe 2 du dispositif de l'avis consultatif et rien de plus.

La deuxième partie de l'alinéa E indique que, vu l'état actuel du droit international, la Cour ne peut conclure de façon définitive que la menace ou l'emploi d'armes nucléaires serait licite ou illicite dans une circons-

<sup>1</sup> *The Shorter Oxford English Dictionary*, 3<sup>e</sup> éd., 1987, vol. I, p. 840.

circumstances of self-defence. It seems self-evident to me that once nuclear weapons are resorted to, the laws of war (the *jus in bello*) take over, and that there are many principles of the laws of war, as recounted in this opinion, which totally forbid the use of such a weapon. The existing law is sufficiently clear on this matter to have enabled the Court to make a definite pronouncement without leaving this vital question, as though sufficient principles are not already in existence to determine it. All the more should this uncertainty have been eliminated in view of the Court's very definite findings as set out earlier.

(iii) *Paragraph 2 A — (Unanimous)*

Speaking for myself, I would have viewed this unquestionable proposition as a preliminary recital, rather than as part of the *dispositif*.

(iv) *Paragraph 2 C — (Unanimous)*

The positive features of this paragraph have already been noted. The Court, in this paragraph, has unanimously endorsed Charter-based pre-conditions to the legality of nuclear weapons, which are diametrically opposed to the results of the use of the weapon. I thus read paragraph 2C of the *dispositif* as rendering the use of the nuclear weapon illegal without regard to the circumstances in which the weapon is used — whether in aggression or in self-defence, whether internationally or internally, whether by individual decision or in concert with other nations. A unanimous endorsement of this principle by all the judges of this Court takes the principle of illegality of use of nuclear weapons a long way forward from the stage when there was no prior judicial consideration of legality of nuclear weapons by any international tribunal.

Those contending that the use of nuclear weapons was within the law argued strongly that what is not expressly prohibited to a State is permitted. On this basis, the use of the nuclear weapon was said to be a matter on which the State's freedom was not limited. I see the limitations laid down in paragraph 2C as laying that argument to rest.

(v) *Paragraph 2 D — (Unanimous)*

This paragraph, also unanimously endorsed by the Court, lays down the further limitation of compatibility with the requirements of international law applicable in armed conflict, and particularly with the rules of international humanitarian law and specific treaty obligations.

There is a large array of prohibitions laid down here.

My opinion will show what these rules and principles are, and how it is

tance extrême de légitime défense. Il me semble aller de soi qu'en cas de recours aux armes nucléaires le droit de la guerre (*ius in bello*) s'applique et que de nombreux principes du droit de la guerre, qui sont mentionnés dans la présente opinion, interdisent totalement l'emploi de telles armes. Le droit existant étant suffisamment clair sur ce point, la Cour aurait pu se prononcer de manière définitive, sans laisser de côté cette question essentielle comme si les principes n'étaient pas assez bien établis pour la trancher. Il y avait d'autant plus de raison de dissiper cette incertitude que la Cour était déjà parvenue aux conclusions très précises rappelées plus haut.

iii) *Paragraphe 2, alinéa A (adopté à l'unanimité)*

Pour ma part, je verrais mieux cette déclaration indiscutable dans les qualités que dans le dispositif.

iv) *Paragraphe 2, alinéa C (adopté à l'unanimité)*

Les aspects positifs de cet alinéa ont déjà été soulignés. La Cour y confirme par une décision unanime les conditions auxquelles serait subordonnée, sur la base de la Charte, la licéité de l'emploi des armes nucléaires, conditions qui sont absolument incompatibles avec les effets de l'emploi de telles armes. J'estime donc que, selon l'alinéa C, l'emploi d'armes nucléaires est illicite quelles que soient les circonstances dans lesquelles elles sont utilisées — que ce soit en réponse à une agression ou au titre de la légitime défense, sur le plan international ou national, en vertu d'une décision individuelle ou d'une décision prise collectivement avec d'autres nations. L'approbation unanime de ce principe par tous les membres de la Cour fait faire au principe de l'illicéité de l'emploi des armes nucléaires un grand pas en avant par rapport au temps où aucune analyse judiciaire n'avait été entreprise par aucun tribunal international au sujet de la licéité des armes nucléaires.

Les tenants de la licéité de l'emploi des armes nucléaires ont soutenu avec insistance que ce qui n'est pas expressément interdit à un Etat lui est permis. Partant de cette prémisse, on a dit que l'emploi de l'arme nucléaire était un domaine où la liberté de l'Etat n'était pas limitée. J'estime que les restrictions énoncées à l'alinéa C réduisent cet argument à néant.

v) *Paragraphe 2, alinéa D (adopté à l'unanimité)*

Cet alinéa, adopté, lui aussi, à l'unanimité par la Cour, énonce la condition supplémentaire de la compatibilité avec les exigences du droit international applicable dans les conflits armés, spécialement celles des règles du droit international humanitaire, ainsi qu'avec les obligations particulières en vertu de traités.

Cet alinéa vise une très large gamme d'interdictions.

Dans mon opinion, j'indiquerai quels sont ces règles et principes et



impossible, in the light of the nature and effects of nuclear weapons, for these to be satisfied.

If the weapon is demonstrably contrary to these principles, it is unlawful in accordance with this paragraph of the Court's Opinion.

(vi) *Paragraph 2 F — (Unanimous)*

This paragraph is strictly outside the terms of reference of the question. Yet, in the overall context of the nuclear weapons problem, it is a useful reminder of State obligations, and I have accordingly voted in favour of it.

The ensuing opinion sets out my views on the question before the Court. Since the question posed to the Court relates only to use and threat of use, this opinion does not deal with the legality of other important aspects of nuclear weapons, such as possession, vertical or horizontal proliferation, assembling or testing.

I should also add that I have some reservations in regard to some of the reasoning in the body of the Court's Opinion. Those reservations will appear in the course of this opinion. In particular, while agreeing with the Court in the reasoning by which it rejects the various objections raised to admissibility and jurisdiction, I would register my disagreement with the statement in paragraph 14 of the Opinion that the refusal to give the World Health Organization the advisory opinion requested by it was justified by the Court's lack of jurisdiction in that case. My disagreement with that proposition is the subject of my dissenting opinion in that case.

I am of the view that in dealing with the question of reprisals (para. 46), the Court should have affirmatively pronounced on the question of the unlawfulness of belligerent reprisals. I do not agree also with its treatment of the question of intent towards a group as such in relation to genocide, and with its treatment of nuclear deterrence. These aspects are considered in this opinion.

(vii) *Paragraph 1 — (13 votes to 1)*

One other matter needs to be mentioned before I commence the substantive part of this dissenting opinion. I have voted in favour of the first finding of the Court, recorded in item 1 of the *dispositif*, which follows from the Court's rejection of the various objections to admissibility and jurisdiction which were taken by the States arguing in favour of the legality of nuclear weapons. I strongly support the views expressed by the Court in the course of its reasoning on these matters, but I have some further thoughts upon these objections, which I have set out in my dissenting opinion in relation to the WHO request, where also similar objections were taken. There is no need to repeat those observations in this opinion, in view of the Court's conclusions. However, what I have stated

pourquoi il est impossible de s'y conformer dans le cas des armes nucléaires, eu égard à leur nature et à leurs effets.

Si la preuve peut être apportée que l'arme nucléaire est contraire à ces principes, cette arme est illicite selon les termes de l'alinéa D du paragraphe 2 du dispositif de l'avis de la Cour.

vi) *Paragraphe 2, ainéa F (adopté à l'unanimité)*

Cet alinéa est, à proprement parler, étranger à la question. Mais, dans le contexte général du problème des armes nucléaires, il contient un utile rappel des obligations des Etats en la matière et j'ai voté pour son adoption.

Je vais maintenant exposer mes vues sur la question posée à la Cour. Comme cette question ne concerne que l'emploi et la menace d'emploi des armes nucléaires, je n'aborderai pas le problème de la licéité sous ses autres aspects importants, tels que la possession, la prolifération verticale et horizontale, le montage et les essais.

Je formule quelques réserves à l'égard de certains des motifs sur lesquels repose l'avis de la Cour, que j'exposerai plus loin. En particulier, et bien que j'approuve l'argumentation qui a conduit la Cour à rejeter les diverses exceptions soulevées au sujet de la recevabilité et de la compétence, je tiens à dire que je n'approuve pas le paragraphe 14 de l'avis où il est dit que le refus de donner à l'Organisation mondiale de la Santé l'avis consultatif sollicité par elle a été justifié par le défaut de compétence de la Cour en l'espèce. Mon désaccord avec cette position constitue la base de l'opinion dissidente que j'ai jointe à l'avis de la Cour dans l'affaire en question.

J'estime que, dans ses développements sur la question des représailles (par. 46), la Cour aurait dû conclure à l'illicéité des représailles en période de conflit armé. Je suis de surcroît en désaccord tant avec ce que dit la Cour dans le contexte du génocide au sujet de l'intention dirigée contre un groupe comme tel, qu'avec ses considérations sur la dissuasion nucléaire. Ces aspects sont analysés dans mon opinion.

vii) *Paragraphe 1 du dispositif (adopté par 13 voix contre une)*

Un dernier point doit être signalé avant de passer au fond de la présente opinion dissidente. J'ai voté en faveur de la première conclusion de la Cour — reproduite au paragraphe 1 du dispositif — qui fait suite au rejet par la Cour des diverses exceptions touchant la recevabilité et la compétence soulevées par les Etats soutenant la thèse de la licéité des armes nucléaires. J'appuie fermement les vues exprimées par la Cour à l'appui de sa décision sur ces questions, mais les exceptions qui ont été soulevées appellent de ma part quelques observations supplémentaires que j'ai exposées dans mon opinion dissidente relative à la demande de l'Organisation mondiale de la Santé, laquelle a suscité des exceptions analogues. Je m'abstiendrai de répéter ici ces observations, étant donné

on these matters in that dissenting opinion should be read as supplementary to this opinion as well.

\* \* \*

## I. INTRODUCTION

### *1. Fundamental Importance of Issue before the Court*

I now begin the substantive part of this opinion.

This case has from its commencement been the subject of a wave of global interest unparalleled in the annals of this Court. Thirty-five States have filed written statements before the Court and 24 have made oral submissions. A multitude of organizations, including several NGOs, have also sent communications to the Court and submitted materials to it; and nearly two million signatures have been actually received by the Court from various organizations and individuals from around 25 countries. In addition, there have been other shipments of signatures so voluminous that the Court could not physically receive them and they have been lodged in various other depositories. If these are also taken into account, the total number of signatures has been estimated by the Court's archivist at over three million<sup>2</sup>. The overall number of signatures, all of which could not be deposited in the Court, is well in excess of this figure. The largest number of signatures has been received from Japan, the only nation that has suffered a nuclear attack<sup>3</sup>. Though these organizations and individuals have not made formal submissions to the Court, they evidence a groundswell of global public opinion which is not without legal relevance, as indicated later in this opinion.

The notion that nuclear weapons are inherently illegal, and that a knowledge of such illegality is of great practical value in obtaining a nuclear-free world, is not new. Albert Schweitzer referred to it, in a letter to Pablo Casals, as early as 1958 in terms of:

“the most elementary and most obvious argument: namely, that international law prohibits weapons with an unlimitable effect, which cause unlimited damage to people outside the battle zone. This is the

<sup>2</sup> In a memorandum responding to an enquiry regarding the number of signatures received, the archivist observes that: “To be precise in this matter is to count the stars in the sky.”

<sup>3</sup> The sponsors of a Declaration of Public Conscience from Japan have stated, in a communication to the Registrar, that they have stored in a warehouse in The Hague, 1,757,757 signatures, which the Court had no space to accommodate, in addition to the 1,564,954 actually deposited with the Court. Another source, based in Europe, has reckoned the declarations it has received, in connection with the current applications to the Court, at 3,691,899, of which 3,338,408 have been received from Japan.

les conclusions auxquelles la Cour est parvenue. Mais ce que j'ai dit sur ce point dans l'opinion dissidente en question doit être considéré comme un complément à ce qui va suivre.

\* \* \*

## I. INTRODUCTION

### *1. Importance primordiale de la question soumise à la Cour*

Je vais maintenant aborder le fond de la présente opinion.

L'affaire considérée a dès l'origine suscité dans le monde un intérêt sans précédent dans les annales de la Cour. Trente-cinq Etats ont déposé des exposés écrits et vingt-quatre ont présenté des exposés oraux. Une multitude d'organisations, y compris des organisations non gouvernementales, ont également envoyé des communications à la Cour et lui ont soumis de la documentation; et près de deux millions de signatures recueillies dans près de vingt-cinq pays et émanant d'organisations et de particuliers ont été effectivement reçues par la Cour. D'autres pièces contenant des signatures, si volumineuses que la Cour a été dans l'impossibilité matérielle de les recevoir, ont été remises à divers autres dépositaires. L'archiviste de la Cour estime que, si on prend aussi en compte ces pièces, plus de trois millions de signatures ont été reçues<sup>2</sup>. Le nombre total de signatures, dont certaines n'ont pu être déposées auprès de la Cour, dépasse largement ce chiffre. C'est du Japon, la seule nation à avoir été victime d'une attaque nucléaire, qu'émane le plus grand nombre de signatures<sup>3</sup>. Bien que ces organisations et ces particuliers n'aient pas soumis d'exposés en bonne et due forme à la Cour, leur action témoigne d'une effervescence de l'opinion publique mondiale qui n'est pas sans pertinence juridique, comme on le verra plus loin dans la présente opinion.

L'idée que les armes nucléaires sont intrinsèquement illicites et que la conscience de cette illicéité devrait contribuer notablement à l'avènement d'un monde dénucléarisé n'est pas nouvelle. Albert Schweitzer s'y réfère dès 1958 dans une lettre à Pablo Casals où il évoque

«l'argument le plus élémentaire et le plus évident: à savoir que le droit international interdit les armes ayant des effets impossibles à maîtriser qui causent des dommages illimités aux populations ne se

<sup>2</sup> Interrogé sur le nombre de signatures reçues, l'archiviste a répondu ce qui suit dans un mémorandum: «Donner leur chiffre exact reviendrait à compter les étoiles dans le ciel.»

<sup>3</sup> Les auteurs d'une déclaration exprimant la conscience publique d'origine japonaise ont signalé, dans une communication au Greffier, qu'outre les 1 564 954 signatures déposées auprès de la Cour, ils ont déposé dans un entrepôt de La Haye 1 757 757 signatures que la Cour n'a pas pu recevoir faute de place. Une autre source en Europe a indiqué avoir reçu, à propos des demandes d'avis consultatif soumises à la Cour, 3 691 899 signatures, dont 3 338 408 provenaient du Japon.

case with atomic and nuclear weapons . . . The argument that these weapons are contrary to international law contains everything that we can reproach them with. It has the advantage of being a *legal argument* . . . No government can deny that these weapons violate international law . . . and international law cannot be swept aside!"<sup>4</sup>

Though lay opinion has thus long expressed itself on the need for attention to the legal aspects, the matter has not thus far been the subject of any authoritative judicial pronouncement by an international tribunal. It was considered by the courts in Japan in the *Shimoda* case<sup>5</sup> but, until the two current requests for advisory opinions from this Court, there has been no international judicial consideration of the question. The responsibility placed upon the Court is thus of an extraordinarily onerous nature, and its pronouncements must carry extraordinary significance.

This matter has been strenuously argued before the Court from opposing points of view. The Court has had the advantage of being addressed by a number of the most distinguished practitioners in the field of international law. In their submissions before the Court, they have referred to the historic nature of this request by the General Assembly and the request of the World Health Organization, which has been heard along with it. In the words of one of them, these requests:

“will constitute milestones in the history of the Court, if not in history *per se*. It is probable that these requests concern the most important legal issue which has ever been submitted to the Court.” (Salmon, Solomon Islands, CR 95/32, p. 38.)

In the words of another, “It is not every day that the opportunity of pleading for the survival of humanity in such an august forum is offered.” (David, Solomon Islands, CR 95/32, p. 49.)

It is thus the gravest of possible issues which confronts the Court in this Advisory Opinion. It requires the Court to scrutinize every available source of international law, quarrying deep, if necessary, into its very bedrock. Seams of untold strength and richness lie therein, waiting to be quarried. Do these sources contain principles mightier than might alone, wherewith to govern the mightiest weapon of destruction yet devised?

It needs no emphasis that the function of the Court is to state the law as it now is, and not as it is envisaged in the future. Is the use or threat of

<sup>4</sup> *Albert Schweitzer, Letters 1905-1965*, H. W. Bäher (ed.), J. Neugroschel (trans.), 1992, p. 280, letter to Pablo Casals dated 3 October 1958; emphasis added.

<sup>5</sup> *Shimoda v. The Japanese State, The Japanese Annual of International Law*, 1964, pp. 212-252.

trouvant pas dans la zone des combats, comme c'est le cas des armes atomiques et nucléaires ... L'argument selon lequel ces armes sont contraires au droit international résume tout ce que nous avons à leur reprocher. Il a l'avantage d'être un *argument juridique* ... Aucun gouvernement ne peut nier que ces armes violent le droit international ... et on ne peut purement et simplement faire abstraction du droit international!»<sup>4</sup>

Si donc les non-spécialistes ont de longue date reconnu la nécessité de l'examiner sous ses aspects juridiques, la question n'a jusqu'à présent fait l'objet d'aucune décision judiciaire faisant autorité émanant d'un tribunal international. Elle a été examinée par les tribunaux japonais dans l'affaire *Shimoda*<sup>5</sup>, mais jusqu'à la soumission à la Cour des deux demandes d'avis consultatif, aucun organe judiciaire international n'a eu à en connaître. La responsabilité qui incombe à la Cour est donc extraordinairement lourde et ses conclusions revêtent nécessairement une importance exceptionnelle.

La question a été intensément débattue devant la Cour à partir de points de vue opposés. La Cour a l'avantage de voir se présenter devant elle les spécialistes les plus éminents du droit international. Dans leurs exposés, ils ont souligné la valeur historique que revêtent tant la présente demande d'avis consultatif émanant de l'Assemblée générale que la demande de l'OMS qui a été examinée aussi par la Cour. Selon l'un d'entre eux, ces demandes

«feront date dans l'histoire de la Cour sinon dans l'histoire tout court. Il est probable que ces demandes portent sur la question juridique la plus importante qui lui ait jamais été soumise.» (M. Salmon, *Iles Salomon*, CR 95/32, p. 38.)

Selon un autre: «Ce n'est pas tous les jours qu'on a l'occasion de plaider pour la survie de l'humanité devant une Cour aussi prestigieuse.» (M. David, *Iles Salomon*, CR 95/32, p. 49.)

Puisque c'est le plus grave des problèmes concevables qui est abordé dans le présent avis consultatif, il est du devoir de la Cour d'examiner, dans un tel contexte, toutes les sources disponibles du droit international, en allant aussi loin que possible dans ses recherches. La force et la richesse insoupçonnées que recèlent ces sources n'attendent que d'être mises au jour. Ces sources recèlent-elles des principes plus puissants que la puissance elle-même, sur la base desquels devrait être régie l'arme de destruction la plus puissante qui ait jamais été conçue?

On ne saurait trop souligner que la fonction de la Cour est de dire le droit tel qu'il est aujourd'hui et non tel qu'il pourrait être demain. Le

<sup>4</sup> *Albert Schweitzer, Letters 1905-1965*, H. W. Bäher (dir. publ.), J. Neugroschel (trad.) [dont la traduction anglaise a servi de base à la version française ci-dessus], 1992, p. 280, lettre à Pablo Casals du 3 octobre 1958; les italiques sont de moi.

<sup>5</sup> *Shimoda c. l'Etat japonais, The Japanese Annual of International Law*, 1964, p. 212-252.

use of nuclear weapons illegal under presently existing principles of law, rather than under aspirational expectations of what the law should be? The Court's concern in answering this request for an opinion is with *lex lata* not with *lex ferenda*.

At the most basic level, three alternative possibilities could offer themselves to the Court as it reaches its decision amidst the clash of opposing arguments. If indeed the principles of international law decree that the use of the nuclear weapon is legal, it must so pronounce. The anti-nuclear forces in the world are immensely influential, but that circumstance does not swerve the Court from its duty of pronouncing the use of the weapons legal if that indeed be the law. A second alternative conclusion is that the law gives no definite indication one way or the other. If so, that neutral fact needs to be declared, and a new stimulus may then emerge for the development of the law. Thirdly, if legal rules or principles dictate that the nuclear weapon is illegal, the Court will so pronounce, undeterred again by the immense forces ranged on the side of the legality of the weapon. As stated at the very commencement, this last represents my considered view. The forces ranged against the view of illegality are truly colossal. However, collisions with the colossal have not deterred the law on its upward course towards the concept of the rule of law. It has not flinched from the task of imposing constraints upon physical power when legal principle so demands. It has been by a determined stand against forces that seemed colossal or irresistible that the rule of law has been won. Once the Court determines what the law is, and ploughs its furrow in that direction, it cannot pause to look over its shoulder at the immense global forces ranged on either side of the debate.

## 2. *Submissions to the Court*

Apart from submissions relating to the competence of the General Assembly to request this opinion, a large number of submissions on the substantive law have been made on both sides by the numerous States who have appeared before the Court or tendered written submissions.

Though there is necessarily an element of overlap among some of these submissions, they constitute in their totality a vast mass of material, probing the laws of war to their conceptual foundations. Extensive factual material has also been placed before the Court in regard to the many ways in which the nuclear weapon stands alone, even among weapons of mass destruction, for its unique potential of damaging humanity and its environment for generations to come.

On the other hand, those opposing the submission of illegality have argued that, despite a large number of treaties dealing with nuclear weap-

problème est de savoir si l'on peut, pour conclure à l'illicéité de l'emploi ou de la menace d'emploi des armes nucléaires, s'appuyer sur les principes juridiques existants et non sur une aspiration idéaliste de ce que le droit devrait être? En répondant à la présente demande d'avis consultatif, la Cour traite d'une question de *lege lata* et non de *lege ferenda*.

En se prononçant sur une question qui suscite des arguments si contradictoires, la Cour peut essentiellement se trouver devant trois possibilités. Si les principes du droit international établissent que l'emploi de l'arme nucléaire est licite, la Cour est tenue de conclure en ce sens. Les forces antinucléaires dans le monde pèsent d'un poids énorme mais cela ne doit pas détourner la Cour de son devoir, qui est de déclarer que l'emploi des armes nucléaires est licite si c'est ce que dit le droit. Une deuxième possibilité est que le droit ne fournit aucune indication précise ni dans un sens ni dans l'autre. En pareil cas, il faut prendre acte de ce silence et une nouvelle impulsion pourrait être donnée au développement du droit. Enfin, si les règles et principes juridiques font apparaître que l'arme nucléaire est illicite, la Cour doit se prononcer en ce sens sans se laisser intimider par les immenses forces soutenant la thèse de la licéité. Comme je l'ai indiqué dès le début, tout bien considéré, cette dernière option me paraît être la bonne. Les forces qui s'opposent à la thèse de l'illicéité sont certes colossales. Mais la confrontation avec des forces colossales n'a pas empêché le droit de poursuivre sa progression vers l'affirmation de sa primauté. Le droit ne craint pas d'imposer des limites à la force matérielle lorsque les principes juridiques l'exigent. C'est en s'affirmant énergiquement en présence de forces apparemment colossales ou irrésistibles que le droit a établi sa primauté. Une fois que la Cour a déterminé ce que dit le droit et mis le cap dans cette direction, elle ne peut pas s'arrêter pour mesurer purement et simplement l'ampleur des forces globales massées de chaque côté de sa route.

## 2. *Exposés soumis à la Cour*

Outre les exposés relatifs à la compétence de l'Assemblée générale pour demander cet avis consultatif, un grand nombre d'exposés sur le droit positif en la matière ont été soumis de part et d'autre par les nombreux États qui se sont présentés devant la Cour ou ont déposé des exposés écrits.

Bien qu'il y ait nécessairement des répétitions dans ces divers exposés, ils constituent dans leur ensemble une véritable masse de documents, qui analyse le droit de la guerre jusque dans ses fondements théoriques. Un très grand nombre d'éléments de fait ont également été soumis à la Cour pour mettre en lumière le caractère spécifique que présentent à maints égards les armes nucléaires, même comparées aux autres armes de destruction massive, en raison des ravages sans précédent qu'elles peuvent causer à l'humanité et à son environnement pour les générations à venir.

De leur côté, les adversaires de la thèse de l'illicéité ont soutenu que, bien qu'il existe un grand nombre de traités sur les armes nucléaires,



ons, no single clause in any treaty declares nuclear weapons to be illegal in specific terms. They submit that, on the contrary, the various treaties on nuclear weapons entered into by the international community, including the Nuclear Non-Proliferation Treaty (NPT) in particular, carry a clear implication of the current legality of nuclear weapons in so far as concerns the nuclear powers. Their position is that the principle of the illegality of the use or threat of use of nuclear weapons still lies in the future, although considerable progress has been made along the road leading to that result. It is *lex ferenda* in their submission, and not yet of the status of *lex lata*. Much to be desired, but not yet achieved, it is a principle waiting to be born.

This opinion cannot possibly do justice to all of the formal submissions made to the Court, but will attempt to deal with some of the more important among them.

### 3. *Some Preliminary Observations on the United Nations Charter*

It was only a few weeks before the world was plunged into the age of the atom that the United Nations Charter was signed. The subscribing nations adopted this document at San Francisco on 26 June 1945. The bomb was dropped on Hiroshima on 6 August 1945. Only 40 days intervened between the two events, each so pregnant with meaning for the human future. The United Nations Charter opened a new vista of hope. The bomb opened new vistas of destruction.

Accustomed as it was to the destructiveness of traditional war, the world was shaken and awe-struck at the power of the nuclear bomb — a small bomb by modern standards. The horrors of war, such as were known to those who drafted the Charter, were thus only the comparatively milder horrors of World War II, as they had been experienced thus far. Yet these horrors, seared into the conscience of humanity by the most devastating conflict thus far in human history, were sufficient to galvanize the world community into action, for, in the words of the United Nations Charter, they had “brought untold sorrow to mankind”. The potential to bring untold sorrow to mankind was within weeks to be multiplied several-fold by the bomb. Did that document, drafted in total unawareness of this escalation in the weaponry of war, have anything to say of relevance to the nuclear age which lay round the corner?

There are six keynote concepts in the opening words of the Charter which have intense relevance to the matter before the Court.

The Charter’s very first words are “We, the peoples of the United Nations” — thereby showing that all that ensues is the will of the peoples of the world. Their collective will and desire is the very source of the United Nations Charter and that truth should never be permitted to recede from view. In the matter before the Court, the *peoples of the world* have a vital interest, and global public opinion has an important influ-

aucun ne contient de clause déclarant ces armes expressément illicites. A les entendre, au contraire, les divers traités sur les armes nucléaires conclus par la communauté internationale et notamment le traité sur la non-prolifération impliquent clairement que les armes en question sont actuellement licites pour ce qui est des puissances nucléaires. Leur thèse est que le principe de l'illicéité de l'emploi ou de la menace d'emploi des armes nucléaires, malgré les grands progrès faits dans la voie de sa reconnaissance, est encore du domaine du futur. Il relève pour le moment, selon eux, de la *lex ferenda* et non de la *lex lata*. Très souhaitable mais encore en devenir, c'est un principe en gestation.

Dans la présente opinion, je ne peux traiter comme ils devraient l'être tous les arguments présentés à la Cour, mais je tenterai d'analyser certains des plus importants.

### 3. *Quelques observations préliminaires sur la Charte des Nations Unies*

Ce n'est que quelques semaines avant que le monde n'entre brusquement dans l'ère de l'atome qu'a été signée la Charte des Nations Unies. Les pays signataires ont adopté ce document à San Francisco le 26 juin 1945. La bombe a été larguée sur Hiroshima le 6 août 1945. Il ne s'est écoulé que quarante jours entre les deux événements, l'un et l'autre si chargés de signification pour l'avenir de l'humanité. La Charte des Nations Unies a inauguré une nouvelle ère d'espoir. La bombe a ouvert une nouvelle ère de destruction.

Si habitué qu'il fût aux ravages causés par la guerre classique, le monde n'en a pas moins été consterné et horrifié par la puissance de la bombe nucléaire — modeste pourtant par rapport à ce qui se fait aujourd'hui. Les horreurs de la guerre qu'avaient connues les rédacteurs de la Charte n'étaient que les horreurs, comparativement plus limitées, vécues jusque-là pendant la seconde guerre mondiale. Pourtant ces horreurs, gravées dans la conscience de l'humanité par le conflit le plus dévastateur de l'histoire, avaient suffi pour mobiliser les énergies de la communauté internationale car elles avaient, pour citer la Charte, « infligé à l'humanité d'indicibles souffrances ». Le pouvoir d'infliger d'indicibles souffrances à l'humanité allait quelques semaines plus tard être multiplié des dizaines de fois par la bombe. La Charte, rédigée dans l'ignorance totale de cet accroissement de la puissance des armements, a-t-elle lancé un message adapté à l'ère nucléaire qui allait s'ouvrir ?

Les premières lignes de la Charte contiennent six formules clés qui sont d'une extrême pertinence en l'espèce.

La Charte s'ouvre sur les mots : « Nous, peuples des Nations Unies » — montrant ainsi que tout ce qui suit exprime la volonté des peuples de la Terre. C'est dans la volonté et les aspirations collectives de ces peuples que la Charte trouve sa source — une vérité qu'il ne faut jamais perdre de vue. Dans l'affaire soumise à la Cour, les *peuples du monde* ont un intérêt vital et l'opinion publique mondiale exerce une influence importante sur

ence on the development of the principles of public international law. As will be observed later in this opinion, the law applicable depends heavily upon “the principles of humanity” and “the dictates of public conscience”, in relation to the means and methods of warfare that are permissible.

The Charter’s next words refer to the determination of those peoples to save succeeding generations from the scourge of war. The only war they knew was war with non-nuclear weapons. That resolve would presumably have been steeled even further had the destructiveness and the inter-generational effects of nuclear war been known.

The Charter immediately follows those two key concepts with a third — the dignity and worth of the human person. This is recognized as the cardinal unit of value in the global society of the future. A means was about to reveal itself of snuffing it out by the million with the use of a single nuclear weapon.

The fourth observation in the Charter, succeeding hard on the heels of the first three, is the equal rights of nations large and small. This is an ideal which is heavily eroded by the concept of nuclear power.

The next observation refers to the maintenance of obligations arising from treaties and “*other sources of international law*” (emphasis added). The argument against the legality of nuclear weapons rests principally not upon treaties, but upon such “other sources of international law” (mainly humanitarian law), whose principles are universally accepted.

The sixth relevant observation in the preamble to the Charter is its object of promoting social progress and better standards of life in larger freedom. Far from moving towards this Charter ideal, the weapon we are considering is one which has the potential to send humanity back to the stone age if it survives at all.

It is indeed as though, with remarkable prescience, the founding fathers had picked out the principal areas of relevance to human progress and welfare which could be shattered by the appearance only six weeks away of a weapon which for ever would alter the contours of war — a weapon which was to be described by one of its creators, in the words of ancient oriental wisdom, as a “shatterer of worlds”<sup>6</sup>.

The Court is now faced with the duty of rendering an opinion in regard to the legality of this weapon. The six cardinal considerations set out at the very commencement of the Charter need to be kept in constant view, for each of them offers guidelines not to be lightly ignored.

---

<sup>6</sup> Robert Oppenheimer, quoting *The Bhagvadgita*. See Peter Goodchild, *Robert Oppenheimer: Shatterer of Worlds*, 1980.

le développement des principes du droit international public. Comme on le verra dans la suite de la présente opinion, le droit applicable est large-ment fonction des « principes d'humanité » et des « exigences de la conscience publique », pour ce qui est de déterminer les moyens et méthodes de guerre qu'il est permis d'utiliser.

La Charte dit ensuite que les peuples des Nations Unies sont résolus à préserver les générations futures du fléau de la guerre. L'expérience de la génération d'alors se limitait à la guerre non nucléaire et une formulation encore plus énergique aurait sans doute été adoptée si l'on avait été conscient du potentiel destructeur des armes nucléaires et de la persistance de leurs effets d'une génération à l'autre.

Immédiatement après ces deux idées, la Charte en avance une troisième, celle de la dignité et de la valeur de la personne humaine reconnues comme la considération suprême dans la société mondiale de demain, alors même que le monde allait avoir la révélation d'un moyen de faucher des vies par millions avec une seule bombe atomique.

Juste après ces trois idées, la Charte en émet une quatrième, celle de l'égalité de droit des nations grandes et petites — idéal que la notion de puissance nucléaire met sérieusement en péril.

Ensuite vient la notion du maintien du respect des obligations nées des traités et « autres sources du droit international » (les italiques sont de moi). La thèse qui conteste la licéité des armes nucléaires s'appuie principalement non sur les traités mais sur « les autres sources du droit international » (essentiellement le droit humanitaire), dont les principes sont universellement acceptés.

La sixième idée pertinente contenue dans le préambule de la Charte a trait au progrès social et à l'instauration de meilleures conditions de vie dans une liberté plus grande. Loin de contribuer à la réalisation de cet idéal énoncé par la Charte, l'arme qui nous occupe a la capacité de faire retourner l'humanité à l'âge de pierre — si elle ne l'anéantit pas complètement.

On dirait vraiment qu'avec une prescience remarquable les auteurs de la Charte ont eu l'intuition des grandes valeurs liées au progrès et au bien-être de l'humanité qui allaient être menacées de destruction par l'apparition, six semaines plus tard, d'une arme assez puissante pour modifier à tout jamais le visage de la guerre — une arme qu'un de ses créateurs, empruntant à l'antique sagesse orientale, qualifierait un jour de celle « qui anéantit les mondes »<sup>6</sup>, lui reconnaissant ainsi le pouvoir d'ébranler l'univers.

La Cour est maintenant appelée à émettre un avis sur la licéité de cette arme. Les six idées cruciales énoncées au tout début de la Charte ne doivent jamais être perdues de vue car chacune d'entre elles est un point de repère dont il ne faut pas s'écarter à la légère.

<sup>6</sup> Robert Oppenheimer citant le *Bhagavad-Gita*. Voir Peter Goodchild, *Robert Oppenheimer: Shatterer of Worlds*, 1980.

#### 4. *The Law Relevant to Nuclear Weapons*

As Oscar Schachter observes, the law relevant to nuclear weapons is “much more comprehensive than one might infer from the discussions of nuclear strategists and political scientists”<sup>7</sup>, and the range of applicable law could be considered in the following five categories:

1. The international law applicable generally to armed conflicts — the *jus in bello*, sometimes referred to as the “humanitarian law of war”.
2. The *jus ad bellum* — the law governing the right of States to go to war. This law is expressed in the United Nations Charter and related customary law.
3. The *lex specialis* — the international legal obligations that relate specifically to nuclear arms and weapons of mass destruction.
4. The whole corpus of international law that governs State obligations and rights generally, which may affect nuclear weapons policy in particular circumstances.
5. National law, constitutional and statutory, that may apply to decisions on nuclear weapons by national authorities.

All of these will be touched upon in the ensuing opinion, but the main focus of attention will be on the first category mentioned above.

This examination will also show that each one of the sources of international law, as set out in Article 38 (1) of the Court’s Statute, supports the conclusion that the use of nuclear weapons in any circumstances is illegal.

#### 5. *Introductory Observations on Humanitarian Law*

It is in the department of humanitarian law that the most specific and relevant rules relating to this problem can be found.

Humanitarian law and custom have a very ancient lineage. They reach back thousands of years. They were worked out in many civilizations — Chinese, Indian, Greek, Roman, Japanese, Islamic, modern European, among others. Through the ages many religious and philosophical ideas have been poured into the mould in which modern humanitarian law has been formed. They represented the effort of the human conscience to mitigate in some measure the brutalities and dreadful sufferings of war.

---

<sup>7</sup> Proceedings of the Canadian Conference on Nuclear Weapons and the Law, published as *Lawyers and the Nuclear Debate*, Maxwell Cohen and Margaret Gouin (eds.), 1988, p. 29.

#### 4. *Le droit applicable aux armes nucléaires*

Comme le souligne Oscar Schachter, le droit applicable aux armes nucléaires est beaucoup plus étendu que ne «le donne à penser le discours des stratèges du nucléaire et des spécialistes de la science politique»<sup>7</sup> et les divers éléments de ce droit pourraient être rangés dans les cinq catégories suivantes :

- 1) Le droit international applicable d'une manière générale aux conflits armés — le *jus in bello*, parfois désigné sous le nom de «droit humanitaire de la guerre».
- 2) Le *jus ad bellum* — les règles régissant le droit des Etats de faire la guerre. Ces règles trouvent leur expression dans la Charte des Nations Unies et dans le droit coutumier pertinent.
- 3) La *lex specialis* — les obligations juridiques internationales qui concernent spécialement les armes nucléaires et les armes de destruction massive.
- 4) Le corpus de droit international régissant les droits et les obligations des Etats en général, qui peut avoir une incidence sur la politique en matière d'armes nucléaires dans des circonstances déterminées.
- 5) Le droit interne, d'origine constitutionnelle et législative, éventuellement applicable aux décisions des autorités nationales en matière d'armes nucléaires.

Chacune de ces catégories sera analysée dans la présente opinion mais c'est surtout la première qui retiendra mon attention.

Cette analyse montrera également que les diverses sources du droit international énumérées au paragraphe 1 de l'article 38 du Statut de la Cour corroborent toutes la conclusion que l'emploi des armes nucléaires est illicite en toute circonstance.

#### 5. *Remarques préliminaires sur le droit humanitaire*

C'est dans le domaine du droit humanitaire que l'on trouve les règles les plus précises et les plus pertinentes sur la question à l'examen.

Le droit et la coutume humanitaires ont des lettres de noblesse fort anciennes, remontant à des milliers d'années, et tirent leur origine de nombreuses civilisations — celles notamment de la Chine, de l'Inde, de la Grèce, de Rome, du Japon, de l'Islam et de l'Europe moderne. Au fil des siècles, maintes idées religieuses et philosophiques ont été apportées au creuset d'où est sorti le droit humanitaire moderne. Ainsi s'est traduit l'effort de la conscience humaine pour atténuer dans une certaine mesure

<sup>7</sup> Actes de la *Canadian Conference on Nuclear Weapons and the Law*, publiés sous le titre *Lawyers and the Nuclear Debate*, Maxwell Cohen et Margaret Gouin (dir. publ.), 1988, p. 29.

In the language of a notable declaration in this regard (the St. Petersburg Declaration of 1868), international humanitarian law is designed to “conciliate the necessities of war with the laws of humanity”. In recent times, with the increasing slaughter and devastation made possible by modern weaponry, the dictates of conscience have prompted ever more comprehensive formulations.

It is today a substantial body of law, consisting of general principles flexible enough to accommodate unprecedented developments in weaponry, and firm enough to command the allegiance of all members of the community of nations. This body of general principles exists in addition to over 600 special provisions in the Geneva Conventions and their Additional Protocols, apart from numerous other conventions on special matters such as chemical and bacteriological weapons. It is thus an important body of law in its own right, and this case in a sense puts it to the test.

Humanitarian law is ever in continuous development. It has a vitality of its own. As observed by the 1945 Nuremberg Tribunal, which dealt with undefined “crimes against humanity” and other crimes, “[the law of war] is not static, but by continual adaptation follows the needs of a changing world”<sup>8</sup>. Humanitarian law grows as the sufferings of war keep escalating. With the nuclear weapon, those sufferings reach a limit situation, beyond which all else is academic. Humanitarian law, as a living discipline, must respond sensitively, appropriately and meaningfully.

By their very nature, problems in humanitarian law are not abstract, intellectual enquiries which can be pursued in ivory-tower detachment from the sad realities which are their stuff and substance. Not being mere exercises in logic and black-letter law, they cannot be logically or intellectually disentangled from their terrible context. Distasteful though it be to contemplate the brutalities surrounding these legal questions, the legal questions can only be squarely addressed when those brutalities are brought into vivid focus.

The brutalities tend often to be hidden behind a veil of generalities and platitudes — such as that all war is brutal or that nuclear weapons are the most devastating weapons of mass destruction yet devised. It is necessary to examine more closely what this means in all its stark reality. A close and unvarnished picture is required of the actual human sufferings involved, and of the multifarious threats to the human condition posed by these weapons. Then only can humanitarian law respond appropriately. Indeed, it is by turning the spotlight on the agonies of the battle-

---

<sup>8</sup> *Trial of the Major War Criminals before the International Military Tribunal*, 1948, Vol. 22, p. 464.

la barbarie et les effroyables souffrances de la guerre. Pour citer une déclaration célèbre adoptée dans ce domaine (la déclaration de Saint-Pétersbourg de 1868), le droit international humanitaire vise à concilier «les nécessités de la guerre» avec «les lois de l'humanité». A l'époque récente, l'accroissement du pouvoir meurtrier et dévastateur des armements a provoqué dans la conscience morale une réaction qui s'est traduite par des formulations d'une portée de plus en plus large.

On est aujourd'hui en présence d'un solide corpus juridique, consistant en un certain nombre de principes généraux, à la fois assez souples pour s'adapter au rythme sans précédent de l'évolution de la situation en matière d'armements et assez fermement établis pour recueillir l'adhésion de tous les membres de la communauté des nations. A ce corps de principes généraux s'ajoutent les dispositions spéciales — plus de six cents au total — que contiennent les conventions de Genève et leurs protocoles additionnels, ainsi que les nombreuses autres conventions consacrées à des sujets spécialisés comme celui des armes chimiques et bactériologiques. Il y a donc là un corpus juridique autonome très étoffé que la présente affaire permet en quelque sorte de tester.

Le droit humanitaire est en constante évolution. Il a sa vitalité propre. Comme l'a déclaré le Tribunal de Nüremberg en 1945, en présence de «crimes de guerre» et autres crimes non définis, «[le droit de la guerre] n'est pas statique; grâce à un processus continu d'adaptation, il reste en phase avec les exigences d'un monde en évolution»<sup>8</sup>. Le droit humanitaire se développe au fur et à mesure que les souffrances de la guerre gagnent en intensité. Avec l'arme nucléaire, ces souffrances atteignent un paroxysme qui dépasse tout. La réaction du droit humanitaire, discipline vivante, doit être pertinente, raisonnable et efficace.

De par leur nature même, les problèmes du droit humanitaire ne sont pas de ceux sur lesquels on peut se livrer à des spéculations abstraites dans une tour d'ivoire, loin des tristes réalités qui en sont la substance même. Ne se laissant pas enfermer dans le cadre de la logique et du droit au pied de la lettre, ils ne peuvent être logiquement ou intellectuellement dissociés de leur douloureux contexte. On ne peut vraiment s'y attaquer qu'en mettant clairement en évidence les questions juridiques que soulève la barbarie de la guerre, si déplaisantes soient-elles.

Cette barbarie est souvent occultée par un voile de généralités ou de platitudes du type: «Toute guerre est cruelle», ou: «Les armes nucléaires sont les armes de destruction massive les plus dévastatrices qui aient jamais été conçues.» Il faut examiner de plus près les vraies réalités que cachent ces observations et mettre en lumière dans toute leur acuité les souffrances humaines effectivement endurées et les menaces multiformes que les armes considérées font peser sur la destinée humaine. C'est à cette condition que le droit humanitaire peut jouer un rôle utile. N'est-ce pas là

<sup>8</sup> *Procès des grands criminels de guerre devant le Tribunal militaire international*, 1948, vol. 22, p. 464.



field that modern humanitarian law began. This opinion will therefore examine the factual effects of nuclear weapons in that degree of minimum detail which is necessary to attract to these considerations the matching principles of humanitarian law.

#### 6. *Linkage between Humanitarian Law and the Realities of War*

The nineteenth century tended to view war emotionally, as a glorious enterprise, and practically, as a natural extension of diplomacy. Legitimized by some philosophers, respected by nearly all statesmen, and glorified by many a poet and artist, its brutalities tended to be concealed behind screens of legitimacy, respectability and honour.

Henri Dunant's *Memory of Solferino*, written after a visit to the battlefield of Solferino in 1859, dragged the brutalities of war into public view in a manner which shook contemporary civilization out of its complacency and triggered off the development of modern humanitarian law. That spirit of realism needs to be constantly rekindled if the law is not to stray too far from its subject matter, and thus become sterile.

Dunant's historic account touched the conscience of his age to the extent that a legal response seemed imperative. Here is his description of the raw realities of war as practised in his time:

“Here is a hand-to-hand struggle in all its horror and frightfulness: Austrians and Allies trampling each other under foot, killing one another on piles of bleeding corpses, felling their enemies with their rifle butts, crushing skulls, ripping bellies open with sabre and bayonet. No quarter is given. It is a sheer butchery . . .

A little further on, it is the same picture, only made the more ghastly by the approach of a squadron of cavalry, which gallops by, crushing dead and dying beneath its horses' hoofs. One poor man has his jaw carried away; another his head shattered; a third, who could have been saved, has his chest beaten in.

Here comes the artillery, following the cavalry and going at full gallop. The guns crash over the dead and wounded, strewn pell-mell on the ground. Brains spurt under the wheels, limbs are broken and torn, bodies mutilated past recognition — the soil is literally puddled with blood, and the plain littered with human remains.”

His description of the aftermath is no less powerful:

“The stillness of the night was broken by groans, by stifled sighs of anguish and suffering. Heart-rending voices kept calling for help. Who could ever describe the agonies of that fearful night?

révélation des atrocités commises sur les champs de bataille qui a été le point de départ du droit humanitaire moderne? La présente opinion analysera donc les effets concrets des armes nucléaires de manière suffisamment détaillée pour démontrer que les principes du droit humanitaire leur sont applicables.

#### 6. *Le lien entre le droit humanitaire et les réalités de la guerre*

Le XIX<sup>e</sup> siècle tendait à considérer la guerre, sur le plan émotionnel, comme une entreprise glorieuse et, sur le plan pratique, comme le prolongement naturel de la diplomatie. Légitimée par certains philosophes, respectée par presque tous les hommes d'Etat et glorifiée par maints artistes et poètes, la guerre dissimulait sa barbarie derrière un écran de légitimité, de respectabilité et de grandeur.

Le récit *Un souvenir de Solferino* d'Henri Dunant, écrit au retour du champ de bataille de Solferino en 1859, a révélé au grand public la cruauté de la guerre avec une force qui a secoué l'indifférence de la civilisation contemporaine et amorcé le développement du droit humanitaire moderne. Il faut que le droit reste constamment en prise avec le réel si l'on ne veut pas qu'il s'éloigne trop de son objet et ne devienne donc stérile.

Le récit historique de Dunant a si profondément touché la conscience de son époque qu'il ne pouvait manquer d'avoir un écho juridique. Voici sa description des cruelles réalités de la guerre telle qu'elle se pratiquait à l'époque, qui met en lumière une lutte corps à corps horrible et épouvantable:

«Autrichiens et alliés se foulent aux pieds, s'entretuent sur des cadavres sanglants, s'assomment à coups de crosse, se brisent le crâne, s'éventrent avec le sabre et la baïonnette ... — point de quartier ... C'est une boucherie...

Parfois, la lutte devient plus effrayante par l'approche d'un escadron de cavalerie qui passe au galop ... écrasant sous les pieds ferrés [des chevaux] les morts et les mourants ... L'un [des blessés] a la mâchoire emportée; un autre la tête écrasée; un troisième la poitrine enfoncée.

L'artillerie lancée à fond de train suit la cavalerie. Elle se fraie une route à travers les cadavres et les blessés gisant indistinctement sur le sol. Les membres sont brisés et broyés, les cervelles jaillissent, la terre s'abreuve de sang et le sol est jonché de débris humains.»

La description du champ de bataille après le combat n'est pas moins saisissante:

«Dans le silence de la nuit, on entend des gémissements, des soupirs étouffés pleins d'angoisse et de souffrance, des voix déchirantes qui appellent du secours. Qui pourra jamais redire les agonies de cette nuit?

When the sun came up on the twenty-fifth, it disclosed the most dreadful sights imaginable. Bodies of men and horses covered the battlefield: corpses were strewn over roads, ditches, ravines, thickets and fields: the approaches of Solferino were literally thick with dead.”

Such were the realities of war, to which humanitarian law was the response of the legal conscience of the time. The nuclear weapon has increased the savagery a thousandfold since Dunant wrote his famous words. The conscience of our time has accordingly responded in appropriate measure, as amply demonstrated by the global protests, the General Assembly resolutions, and the universal desire to eliminate nuclear weapons altogether. It does not sit back in a spirit of scholarly detachment, drawing its conclusions from refined exercises in legal logic.

Just as it is through close contact with the raw facts of artillery and cavalry warfare that modern humanitarian law emerged, it is through a consideration of the raw facts of nuclear war that an appropriate legal response can emerge.

While we have moved from the cruelties of cavalry and artillery to the exponentially greater cruelties of the atom, we now enjoy a dual advantage, not present in Dunant’s time — the established discipline of humanitarian law and ample documentation of the human suffering involved. Realities infinitely more awful than those which confronted Dunant’s age of simpler warfare cannot fail to touch the legal conscience of our age.

Here is an eyewitness description from the first use of the weapon in the nuclear age — one of hundreds of such scenes which no doubt occurred simultaneously, and many of which have been recorded in contemporary documentation. The victims were not combatants, as was the case at Solferino:

“It was a horrible sight. Hundreds of injured people who were trying to escape to the hills passed our house. The sight of them was almost unbearable. Their faces and hands were burnt and swollen; and great sheets of skin had peeled away from their tissues to hang down like rags on a scarecrow. They moved like a line of ants. All through the night they went past our house, but this morning they had stopped. I found them lying on both sides of the road, so thick that it was impossible to pass without stepping on them.

And they had no faces! Their eyes, noses and mouths had been burned away, and it looked like their ears had been melted off. It was hard to tell front from back. One soldier, whose features had been destroyed and was left with his white teeth sticking out, asked me for some water but I didn’t have any. (I clasped my hands and

Le soleil du 25 juin 1859 éclaire l'un des spectacles les plus affreux qui se puissent présenter à l'imagination.

Le champ de bataille est jonché de cadavres d'hommes et de chevaux. Ils sont comme semés sur les routes, dans les fossés, les ravins, les buissons, les prés, surtout aux approches du village de Solferino.»

Telles étaient les réalités de la guerre, auxquelles la conscience juridique de l'époque a réagi par le développement du droit humanitaire. Depuis le célèbre témoignage de Dunant, l'arme nucléaire a multiplié le problème par mille. La conscience contemporaine a réagi en conséquence, comme en témoignent amplement les protestations mondiales, les résolutions de l'Assemblée générale et la volonté universelle d'éliminer purement et simplement les armes nucléaires. Rien ici du détachement du chercheur parvenant à ses conclusions par le biais d'un subtil manèment de la logique juridique.

Tout comme c'est à la faveur d'un contact étroit avec la réalité sans fard des combats d'artillerie et de cavalerie que s'est dégagé le droit humanitaire moderne, c'est l'analyse de la réalité crue de la guerre nucléaire qui peut susciter la réaction juridique appropriée.

Si à la barbarie des combats d'artillerie et de cavalerie a succédé la barbarie sans commune mesure de l'atome, nous avons sur les contemporains de Dunant un double avantage : celui d'avoir à notre disposition un droit humanitaire bien établi et celui d'être amplement renseignés sur les souffrances humaines en cause. En présence de conséquences infiniment plus terrifiantes que celles des techniques militaires plus rudimentaires qui étaient en usage à l'époque de Dunant, la conscience juridique de notre temps ne saurait rester passive.

Voici comment un témoin décrit ce qu'il a vu après que l'arme atomique eut été utilisée pour la première fois à l'ère nucléaire — et des centaines de scènes semblables se sont sûrement déroulées au même moment, beaucoup étant d'ailleurs relatées dans les archives contemporaines. Les victimes n'étaient pas, comme à Solferino, des combattants :

«C'était un spectacle horrible. Des centaines de blessés qui essayaient de fuir dans les collines passaient devant notre maison. Les regarder était presque intolérable. Leur visage et leurs mains étaient brûlés et gonflés et de grands lambeaux de peau détachés de leurs chairs pendaient de leur corps comme des haillons d'un épouvantail. Ils cheminaient comme des fourmis. Toute la nuit, ils sont passés devant notre maison mais au matin le cortège s'était arrêté. Je les ai trouvés gisant de chaque côté de la route, dans un tel entassement qu'il était impossible de passer sans piétiner leurs corps.

Et ils n'avaient plus de visage ! Leurs yeux, leur nez et leur bouche avaient été brûlés et on aurait dit que leurs oreilles avaient fondu. Il était difficile de distinguer la face antérieure de la face postérieure de leur corps. Un soldat dont il ne restait du visage que les dents qui saillaient me demanda de l'eau mais je n'en avais pas. (Je joignis les

prayed for him. He didn't say anything more.) His plea for water must have been his last words."<sup>9</sup>

Multiply this a thousand-fold or even a million-fold and we have a picture of just one of the many possible effects of nuclear war.

Massive documentation details the sufferings caused by nuclear weapons — from the immediate charring and mutilation for miles from the site of the explosion, to the lingering after-effects — the cancers and the leukaemias which imperil human health, the genetic mutations which threaten human integrity, the environmental devastation which endangers the human habitat, the disruption of all organization, which undermines human society.

The Hiroshima and Nagasaki experience were two isolated incidents three days apart. They tell us very little of the effects of multiple explosions that would almost inevitably follow in quick succession in the event of a nuclear war today (see Section II.6 below). Moreover, 50 years of development have intervened, with bombs being available now which carry 70 or even 700 times the explosive power of the Hiroshima and Nagasaki bombs. The devastation of Hiroshima and Nagasaki could be magnified several-fold by just one bomb today, let alone a succession of bombs.

### 7. *The Limit Situation Created by Nuclear Weapons*

Apart from human suffering, nuclear weapons, as observed earlier, take us into a limit situation. They have the potential to destroy all civilization — all that thousands of years of effort in all cultures have produced. It is true “the dreary story of sickened survivors lapsing into stone-age brutality is not an assignment that any sensitive person undertakes willingly”, but it is necessary to “contemplate the likely outcome of mankind's present course clearsightedly”<sup>10</sup>. Since nuclear weapons can destroy all life on the planet, they imperil all that humanity has ever stood for, and humanity itself.

---

<sup>9</sup> *Hiroshima Diary: The Journal of a Japanese Physician August 6-September 30, 1945*, by Michihiko Hachiya, M.D., translated and edited by Warner Wells, M.D., University of North Carolina Press, 1955, pp. 14-15.

<sup>10</sup> “The Medical and Ecological Effects of Nuclear War”, by Don G. Bates, Professor of the History of Medicine, McGill University, in *McGill Law Journal*, 1983, Vol. 28, p. 717.

mains et pria pour lui. Il ne parla plus.) Ses derniers mots avaient sans doute été pour demander de l'eau.»<sup>9</sup>

Multipliez cette scène par mille ou même par un million et vous pourriez vous représenter l'un des effets, parmi bien d'autres, de la guerre nucléaire.

Il existe une volumineuse documentation sur les ravages causés par les armes nucléaires — depuis la carbonisation et la mutilation des corps dans un rayon de plusieurs kilomètres autour du lieu de l'explosion jusqu'aux lésions à évolution lente, en passant par les cancers et les leucémies qui compromettent la vie humaine, les mutations génétiques qui menacent l'intégrité de l'espèce, la dévastation de l'environnement qui met en danger l'habitat humain, et l'atteinte à toutes les formes d'organisation qui sape les fondements même de la société humaine.

Les bombardements d'Hiroshima et de Nagasaki ont été deux incidents isolés survenus à trois jours d'intervalle. Ils nous apprennent très peu de choses sur les effets possibles d'explosions multiples qui se succéderaient probablement à un rythme rapide si une guerre nucléaire éclatait aujourd'hui (voir ci-après sect. II, par. 6). Au surplus, cinquante ans de recherches ont abouti à la mise au point de bombes dotées d'un pouvoir destructeur soixante-dix ou même sept cents fois supérieur à celui des bombes d'Hiroshima et de Nagasaki. Une seule bombe serait aujourd'hui capable de causer à ces deux villes des dévastations plusieurs fois supérieures à celles qu'elles ont subies, et qu'en serait-il d'une succession de bombes?

### 7. *Le seuil critique atteint avec les armes nucléaires*

Abstraction faite des souffrances humaines qu'elles engendrent, les armes nucléaires nous amènent, comme nous l'avons déjà souligné, à un seuil critique. Elles ont la capacité de détruire l'ensemble de la civilisation — tout ce qu'ont produit des milliers d'années d'efforts dans les contextes culturels les plus divers. Sans doute «l'évocation du triste sort de survivants affaiblis retombant dans l'abrutissement de l'âge de pierre n'est-elle pas une tâche qu'une personne douée de sensibilité entreprend volontiers», mais il faut savoir «envisager avec lucidité l'issue probable de la voie sur laquelle est engagée l'humanité»<sup>10</sup>. Puisque les armes nucléaires sont capables de détruire toute vie sur la planète, elles mettent en péril toutes les aspirations de l'humanité au cours de son histoire, et l'humanité elle-même.

<sup>9</sup> *Hiroshima Diary: The Journal of a Japanese Physician August 6-September 30, 1945*, par Michihiko Hachiya, M.D., traduit et édité par Warner Wells, M.D., p. 14-15.

<sup>10</sup> «The Medical and Ecological Effects of Nuclear War», par Don G. Bates, professeur d'histoire de la médecine, Université McGill, dans *McGill Law Journal*, 1983, vol. 28, p. 717.

An analogy may here be drawn between the law relating to the environment and the law relating to war.

At one time it was thought that the atmosphere, the seas and the land surface of the planet were vast enough to absorb any degree of pollution and yet rehabilitate themselves. The law was consequently very lax in its attitude towards pollution. However, with the realization that a limit situation would soon be reached, beyond which the environment could absorb no further pollution without danger of collapse, the law found itself compelled to reorientate its attitude towards the environment.

With the law of war, it is no different. Until the advent of nuclear war, it was thought that however massive the scale of a war, humanity could survive and reorder its affairs. With the nuclear weapon, a limit situation was reached, in that the grim prospect opened out that humanity may well fail to survive the next nuclear war, or that all civilization may be destroyed. That limit situation has compelled the law of war to reorientate its attitudes and face this new reality.

#### 8. *Possession and Use*

Although it is the use of nuclear weapons, and not possession, that is the subject of this reference, many arguments have been addressed to the Court which deal with possession and which therefore are not pertinent to the issues before the Court.

For example, the Court was referred, in support of the position that nuclear weapons are a matter within the sovereign authority of each State, to the following passage in *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*:

“in international law there are no rules, other than such rules as may be accepted by the State concerned, by treaty or otherwise, whereby the *level of armaments* of a sovereign State can be limited” (*I.C.J. Reports 1986*, p. 135)” (CR 95/23, p. 79, France; emphasis added).

This passage clearly relates to possession, not use.

Much was made also of the Nuclear Non-Proliferation Treaty, as permitting nuclear weapons to the nuclear weapons States. Here again such permission, if any, as may be inferred from that treaty relates to *possession* and not *use*, for nowhere does the NPT contemplate or deal with the use or threat of use of nuclear weapons. On questions of use or threat of use, the NPT is irrelevant.

#### 9. *Differing Attitudes of States Supporting Legality*

There are some significant differences between the positions adopted by States supporting the legality of the use of nuclear weapons. Indeed, in

On peut ici faire un parallèle entre le droit de l'environnement et le droit de la guerre.

Il fut un temps où l'atmosphère, les mers et la surface de la terre paraissaient suffisamment vastes pour supporter n'importe quel niveau de pollution et se régénérer en même temps. Le droit était donc très tolérant vis-à-vis de la pollution. Mais lorsqu'on s'est rendu compte qu'un seuil critique allait bientôt être atteint au-delà duquel l'environnement ne serait plus capable de supporter de pollution sans risquer la destruction, le droit s'est trouvé contraint de repenser son attitude vis-à-vis du phénomène.

Il en va de même du droit de la guerre. Jusqu'à l'avènement de l'âge nucléaire, on pensait que l'humanité pouvait survivre à toute guerre, quelle qu'en fût l'ampleur, et retrouver son équilibre. Avec l'arme nucléaire, on a atteint un seuil critique avec l'apparition de la sinistre possibilité que l'humanité ne survive pas à la prochaine guerre nucléaire et que toute civilisation ne soit détruite. Le droit de la guerre s'est alors trouvé contraint de revoir son attitude face à cette réalité nouvelle.

#### 8. *Possession et utilisation*

Bien que ce soit l'utilisation et non la possession des armes nucléaires qui soit ici en cause, il a été présenté à la Cour de nombreux arguments qui ont trait à la possession et sont donc sans pertinence pour la question considérée.

Un rappel a par exemple été fait, à l'appui de la thèse selon laquelle le problème des armes nucléaires relève de l'autorité souveraine de chaque Etat, du passage ci-après de l'arrêt rendu dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (*Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique*) :

«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» (*C.I.J. Recueil 1986*, p. 135)» (CR 95/23, p. 79, France; les italiques sont de moi).

Ce paragraphe concerne manifestement la détention, et non l'utilisation des armes en cause.

On a, de même, répété à satiété que le traité sur la non-prolifération n'interdit pas la possession des armes nucléaires aux Etats qui en sont dotés. Mais là encore, si on peut, à l'extrême rigueur, déduire de ce traité qu'il permet de *posséder* des armes nucléaires, on ne saurait l'interpréter comme autorisant l'*emploi* de ces armes puisqu'il ne s'applique en aucune manière à l'emploi ou à la menace d'emploi des armes en question. S'agissant de ce problème, le traité est dépourvu de pertinence.

#### 9. *Positions différentes adoptées par les Etats favorables à la thèse de la licéité*

Il existe des différences notables dans les positions des Etats favorables à la thèse de la licéité de l'emploi des armes nucléaires. De fait, il y a, sur



relation to some very basic matters, there are divergent approaches among the nuclear States themselves.

Thus the French position is that

“This criterion of proportionality does not itself rule out in principle the utilization, whether in response or as a matter of first use, of any particular weapon whatsoever, including a nuclear weapon, *provided that such use is intended to withstand an attack and appears to be the most appropriate means of doing so.*” (French Written Statement, p. 29, emphasis added.)

According to this view, the factors referred to could, in a given case, even outweigh the principle of proportionality. It suggests that the governing criterion determining the permissibility of the weapon is whether it is the most appropriate means of withstanding the attack. The United States position is that:

“Whether an attack with nuclear weapons would be disproportionate depends entirely on the circumstances, including the nature of the enemy threat, the importance of destroying the objective, the character, size and likely effects of the device, and the magnitude of the risk to civilians.” (United States Written Statement, p. 23.)

The United States position thus carefully takes into account such circumstances as the character, size and effects of the device and the magnitude of risk to civilians.

The position of the Russian Federation is that the “Martens Clause” (see Section III.4) is not working at all and that today the Martens Clause may formally be considered inapplicable (Written Statement, p. 13).

The United Kingdom, on the other hand, while accepting the applicability of the Martens Clause, submits that the clause does not on its own establish the illegality of nuclear weapons (United Kingdom Written Statement, p. 48, para. 3.58). The United Kingdom argues that the terms of the Martens Clause make it necessary to point to a rule of customary law outlawing the use of nuclear weapons.

These different perceptions of the scope, and indeed of the very basis of the claim of legality on the part of the nuclear powers themselves, call for careful examination in the context of the question addressed to the Court.

#### *10. The Importance of a Clarification of the Law*

The importance of a clarification of the law upon the legality of nuclear weapons cannot be overemphasized.

On 6 June 1899, Mr. Martens (presiding over the Second Subcommittee of the Second Commission of the Hague Conference), after whom the Martens Clause has been named (which will be referred to at some

des aspects essentiels, des divergences de vues entre les Etats dotés d'armes nucléaires eux-mêmes.

Ainsi, la position française est la suivante :

«Ce critère de proportionnalité ne permet pas en lui-même d'exclure par principe l'utilisation, que ce soit en riposte ou en premier emploi, de quelque arme déterminée que ce soit, et notamment de l'arme nucléaire, *dès lors que cet emploi vise à faire face à une agression et qu'il apparaît comme le moyen adéquat de faire face à celle-ci.*» (Exposé écrit de la France, p. 29 ; les italiques sont de moi.)

Selon cette position, les facteurs mentionnés pourraient, dans tel ou tel cas d'espèce, l'emporter même sur le principe de proportionnalité. Il semble en résulter que pour déterminer si l'emploi de l'arme est permis, il faut avant tout savoir si celui-ci constitue le moyen le plus approprié de faire face à une agression. Les Etats-Unis d'Amérique pour leur part déclarent que :

«La question de savoir si une agression au moyen d'armes nucléaires serait disproportionnée dépend entièrement des circonstances, notamment du caractère de la menace ennemie, de l'intérêt que présente la destruction de l'objectif, de la nature, de la puissance et des effets probables de l'arme, ainsi que de l'ampleur du risque pour la population civile, etc.» (Exposé écrit des Etats-Unis, p. 23.)

Ainsi, la position des Etats-Unis prend soigneusement en considération des facteurs tels que la nature, la dimension et les effets de l'engin et l'ampleur du risque encouru par les civils.

Pour la Fédération de Russie, la « clause de Martens » (voir ci-après la section III, paragraphe 4) est inopérante et peut aujourd'hui être formellement considérée inapplicable (exposé écrit de la Fédération de Russie, p. 13).

Le Royaume-Uni, en revanche, accepte l'applicabilité de la clause de Martens mais affirme que cette clause n'établit pas, par elle-même, l'illégalité des armes nucléaires (exposé écrit du Royaume-Uni, p. 48, par. 3.58). La position du Royaume-Uni est que les termes mêmes de la clause de Martens requièrent l'identification d'une règle de droit coutumier bannissant l'emploi des armes nucléaires.

Ainsi donc, les puissances dotées d'armes nucléaires elles-mêmes conçoivent différemment, chacune en ce qui la concerne, la portée et jusqu'à la base de la thèse de la licéité et ces différences de conception doivent être soigneusement analysées dans le contexte de la question posée à la Cour.

#### 10. *La nécessité de clarifier l'état du droit*

On ne saurait trop mettre l'accent sur l'importance qu'il y a à clarifier l'état du droit sur la licéité des armes nucléaires.

Le 6 juin 1899, M. de Martens, l'auteur de la clause du même nom qui sera examinée assez longuement dans la présente opinion, a fait, en sa qualité de président de la deuxième sous-commission de la deuxième

length in this opinion), made the following observations in reply to the contention that it was preferable to leave the laws of war in a vague state. He said:

“But is this opinion quite just? Is this uncertainty advantageous to the weak? Do the weak become stronger because the *duties* of the strong are not determined? Do the strong become weaker because their *rights* are specifically defined and consequently limited? I do not think so. I am fully convinced that it is particularly in the interest of the weak that these rights and duties be defined. . . .

Twice, in 1874 and 1899, two great international Conferences have gathered together the most competent and eminent men of the civilized world on the subject. They have not succeeded in determining the laws and customs of war. They have separated, leaving utter vagueness for all these questions. . . .

To leave uncertainty hovering over these questions would necessarily be to allow the interests of force to triumph over those of humanity . . .”<sup>11</sup>

It is in this quest for clarity that the General Assembly has asked the Court to render an opinion on the use of nuclear weapons. The nations who control these weapons have opposed this application, and so have some others. It is in the interests of all nations that this matter be clarified which, for one reason or another, has not been specifically addressed for the past 50 years. It has remained unresolved and has hung over the future of humanity, like a great question mark, raising even issues so profound as the future of human life upon the planet.

The law needs to be clearly stated in the light of State rights and obligations under the new world dispensation brought about by the United Nations Charter which, for the first time in human history, outlawed war by the consensus of the community of nations. Fifty years have passed since that epoch-making document which yet lay in the distant future when Martens spoke. Those 50 years have been years of inaction, in so far as concerns the clarification of this most important of legal issues ever to face the global community.

## II. NATURE AND EFFECTS OF NUCLEAR WEAPONS

### 1. *The Nature of the Nuclear Weapon*

The matter before the Court involves the application of humanitarian law to questions of fact, not the construction of humanitarian law as an abstract body of knowledge.

<sup>11</sup> J. B. Scott, “The Conference of 1899”, *The Proceedings of the Hague Peace Conferences*, 1920, pp. 506-507; emphasis added.

commission de la conférence de La Haye, les observations suivantes en réponse à ceux qui soutenaient qu'il valait mieux maintenir le droit de la guerre dans le vague :

« Cette opinion est-elle bien juste ? Cette incertitude est-elle profitable au faible ? Le faible devient-il plus fort parce que *les devoirs* du fort ne sont pas déterminés ? Le fort devient-il plus faible parce que ses *droits* sont précisés et, par conséquent, limités ? Je ne le pense pas. Je suis profondément convaincu que c'est surtout dans l'intérêt du faible que ces droits ainsi que ces devoirs devraient être précisés...

[P]ar deux fois, en 1874 et 1899, deux grandes conférences internationales ont réuni les hommes les plus compétents et les plus éminents du monde civilisé en la matière. Ils n'ont pas réussi à déterminer les lois et coutumes de la guerre. Ils se sont séparés en laissant subsister le vague complet sur toutes ces questions...

Laisser planer une incertitude sur ces questions aurait fatalement pour résultat de faire triompher les intérêts de la force, en sacrifiant ceux de l'humanité. »<sup>11</sup>

C'est ce même souci de clarté qui a conduit l'Assemblée générale à demander à la Cour de donner un avis sur l'emploi des armes nucléaires. Les nations qui ont le contrôle de ces armes se sont opposées à la demande de l'Assemblée et elles ont été suivies par quelques autres. Il est de l'intérêt de toutes les nations que soit éclaircie une question qui n'a, on ne sait pourquoi, jamais été posée en termes exprès au cours des cinquante dernières années et qui est donc restée sans réponse, laissant planer sur le destin de l'humanité une grande incertitude qui s'étend à des points aussi fondamentaux que l'avenir de la vie humaine sur la planète.

Le droit doit être clairement énoncé, par référence aux droits et obligations des Etats résultant du nouvel ordre mondial établi par la Charte des Nations Unies qui, pour la première fois dans l'histoire humaine, a banni la guerre par une décision unanime de la communauté des nations. Depuis l'adoption de ce document historique qui était encore dans les limbes à l'époque de la déclaration de Martens, cinquante ans ont passé, cinquante ans d'inaction s'agissant de la réponse à donner à la plus importante des questions juridiques qui se soient jamais posées à la communauté mondiale.

## II. NATURE ET EFFETS DES ARMES NUCLÉAIRES

### 1. *La nature des armes nucléaires*

Le problème soumis à la Cour concerne l'application du droit humanitaire à des questions de fait, et non l'interprétation du droit humanitaire en tant que discipline abstraite.

<sup>11</sup> *Conférence internationale de la paix, La Haye, 18 mai-29 juillet 1899. Deuxième sous-commission de la deuxième commission, sixième séance, ministère des affaires étrangères, La Haye, 1899, troisième partie, p. 114-115 (les italiques sont de moi).*

The Court is enquiring into the question whether the use of nuclear weapons produces factual consequences of such an inhumane nature as to clash with the basic principles of humanitarian law. Both in regard to this Advisory Opinion and in regard to that sought by the World Health Organization, a vast mass of factual material has been placed before the Court as an aid to its appreciation of the many ways in which the effects of nuclear weapons attract the application of various principles of humanitarian law. It is necessary to examine these specific facts, at least in outline, for they illustrate, more than any generalities can, the unique features of the nuclear weapon.

Moreover, the contention that nuclear war is in some way containable renders essential a detailed consideration of the unique and irreversible nature of the effects of nuclear weapons.

## 2. *Euphemisms Concealing the Realities of Nuclear War*

It would be a paradox if international law, a system intended to promote world peace and order, should have a place within it for an entity that can cause total destruction of the world system, the millennia of civilization which have produced it, and humanity itself. A factor which powerfully conceals that contradiction, even to the extent of keeping humanitarian law at bay, is the use of euphemistic language — the disembodied language of military operations and the polite language of diplomacy. They conceal the horror of nuclear war, diverting attention to intellectual concepts such as self-defence, reprisals, and proportionate damage which can have little relevance to a situation of total destruction.

Horrendous damage to civilians and neutrals is described as collateral damage, because it was not directly intended; incineration of cities becomes “considerable thermal damage”. One speaks of “acceptable levels of casualties”, even if megadeaths are involved. Maintaining the balance of terror is described as “nuclear preparedness”; assured destruction as “deterrence”, total devastation of the environment as “environmental damage”. Clinically detached from their human context, such expressions bypass the world of human suffering, out of which humanitarian law has sprung.

As observed at the commencement of this opinion, humanitarian law needs to be brought into juxtaposition with the raw realities of war if it is to respond adequately. Such language is a hindrance to this process<sup>12</sup>.

Both ancient philosophy and modern linguistics have clearly identified the problem of the obscuring of great issues through language which con-

---

<sup>12</sup> This aspect is addressed in a volume of contemporary philosophical explorations of the problem of war, *The Critique of War*, Robert Ginsberg (ed.), 1969. See, in particular, Chap. 6, “War and the Crisis of Language”, by Thomas Merton.

La Cour doit déterminer si l'emploi des armes nucléaires a, dans les faits, des conséquences si inhumaines qu'il porte atteinte aux principes de base du droit humanitaire. Tant pour le présent avis consultatif que pour celui qu'a demandé l'Organisation mondiale de la Santé, une masse considérable d'éléments de fait a été soumise à la Cour pour l'aider à recenser les nombreuses manières dont les effets des armes nucléaires mettent en jeu l'application de divers principes du droit humanitaire. Il y a lieu d'examiner ces éléments de fait, au moins dans leurs grandes lignes, car ils mettent en évidence, mieux que ne peuvent le faire des considérations générales, les caractéristiques propres aux armes nucléaires.

Qui plus est, comme d'aucuns soutiennent que la guerre nucléaire pourrait être circonscrite, une étude détaillée de la spécificité et de l'irréversibilité des effets des armes nucléaires s'impose.

## 2. *Euphémismes masquant les réalités de la guerre nucléaire*

Il serait paradoxal que le droit international, système au service de la paix et de l'ordre planétaire, accorde une place à un engin capable de réduire à néant l'agencement du monde, les millénaires de civilisation qui y ont conduit, et l'humanité elle-même. Si ce paradoxe est passé largement inaperçu, au point que le droit humanitaire n'apparaît pas dans le paysage, c'est notamment parce que l'euphémisme est la caractéristique du langage désincarné des opérations militaires et du style châtié de la diplomatie. Il masque l'horreur de la guerre nucléaire en détournant l'attention sur des notions abstraites telles que la légitime défense, les représailles et la proportionnalité du dommage, qui n'ont guère de pertinence dans un contexte de destruction totale.

Les effroyables dommages menaçant la population civile et les Etats neutres sont qualifiés de «dommages collatéraux» parce qu'ils ne sont pas directement voulus; la destruction des villes par le feu est qualifiée de «considérables dommages d'origine thermique». On parle de «niveaux acceptables de pertes humaines» même si des millions de morts sont en cause. Le maintien de l'équilibre de la terreur est dénommé «préparation nucléaire», la destruction assurée, «dissuasion», et la dévastation totale de l'environnement, «dommages à l'environnement». Techniquement détachées de leur contexte humain, de telles expressions contournent le monde de la souffrance humaine, qui est à l'origine du droit humanitaire.

Comme je l'ai souligné au début de la présente opinion, le droit humanitaire doit, pour être appliqué efficacement, être en prise avec les dures réalités de la guerre. Il ne peut le faire avec ce type de langage<sup>12</sup>.

Les anciens philosophes comme les linguistes modernes ont bien vu qu'il était possible d'occulter les grands problèmes par le biais d'un jar-

<sup>12</sup> Concernant ce point, on pourra se reporter à un recueil d'essais philosophiques contemporains sur le problème de la guerre, *The Critique of War*, Robert Ginsberg (dir. publ.), 1969. Voir en particulier le chapitre 6: «War and the Crisis of Language», de Thomas Merton.

ceals their key content. Confucius, when asked how he thought order and morality could be created in the State, answered, "By correcting names." By this he meant calling each thing by its correct name<sup>13</sup>.

Modern semantics has likewise exposed the confusion caused by words of euphemism, which conceal the true meanings of concepts<sup>14</sup>. The language of nuclear war, rich in these euphemisms, tends to sidetrack the real issues of extermination by the million, incineration of the populations of cities, genetic deformities, inducement of cancers, destruction of the food chain, and the imperilling of civilization. The mass extinction of human lives is treated with the detachment of entries in a ledger which can somehow be reconciled. If humanitarian law is to address its tasks with clarity, it needs to strip away these verbal dressings and come to grips with its real subject-matter. Bland and disembodied language should not be permitted to conceal the basic contradictions between the nuclear weapon and the fundamentals of international law.

### 3. *The Effects of the Nuclear Weapon*

Before 1945 "the highest explosive effect of bombs was produced by TNT devices of about 20 tons"<sup>15</sup>. The nuclear weapons exploded in Hiroshima and Nagasaki were more or less of the explosive power of 15 and 12 kilotons respectively, that is, 15,000 and 12,000 tons of TNT (trinitrotoluene) respectively. Many of the weapons existing today and in process of being tested represent several multiples of the explosive power of these bombs. Bombs in the megaton (equivalent to a million tons of TNT) and multiple megaton range are in the world's nuclear arsenals, some being even in excess of 20 megatons (equivalent to 20 million tons of TNT). A one-megaton bomb, representing the explosive power of a million tons of TNT, would be around 70 times the explosive power of the bombs used on Japan, and a 20-megaton bomb well over a thousand times that explosive power.

Since the mind is numbed by such abstract figures and cannot comprehend them, they have been graphically concretized in various ways. One of them is to picture the quantity of TNT represented by a single one-megaton bomb, in terms of its transport by rail. It has been estimated that this would require a train 200 miles long<sup>16</sup>. When one is carrying death and destruction to an enemy in war through the use of a single one-megaton bomb, it assists the comprehension of this phenomenon to think

<sup>13</sup> Cited in Robert S. Hartman, "The Revolution against War", in *The Critique of War*, p. 324.

<sup>14</sup> "They serve to build these figments of hell into the system of power politics, and to dim the minds of the nuclear citizens." (*Ibid.*, p. 325.)

<sup>15</sup> N. Singh and E. McWhinney, *Nuclear Weapons and Contemporary International Law*, 1989, p. 29.

<sup>16</sup> Bates, *op. cit.*, p. 719.

gon qui en masque la substance. Confucius à qui l'on demandait comment faire régner l'ordre et la moralité dans l'Etat répondit: «En utilisant les termes voulus», c'est-à-dire en appelant chaque chose par son nom<sup>13</sup>.

La sémantique moderne a, elle aussi, dénoncé les confusions engendrées par le recours à des euphémismes qui dissimulent le véritable sens des mots<sup>14</sup>. Le langage de la guerre nucléaire, riche en euphémismes, tend à éluder les vrais problèmes (extermination des individus par millions, carbonisation des populations urbaines, malformations génétiques, effets cancérigènes, destruction de la chaîne alimentaire et mise en péril de la civilisation). Les pertes massives en vies humaines sont comptabilisées avec le même détachement que les éléments d'un bilan qui peut toujours être équilibré. Le droit humanitaire ne peut s'acquitter lucidement de sa tâche que s'il se débarrasse de ce camouflage verbal et s'attaque aux réalités qui constituent son véritable objet. Il ne faut pas laisser un langage édulcoré et désincarné masquer l'incompatibilité radicale de l'arme nucléaire avec les fondements du droit international.

### 3. Les effets de l'arme nucléaire

Avant 1945, les bombes les plus puissantes étaient des engins dotés d'une charge d'environ 20 tonnes de TNT (trinitrotoluène)<sup>15</sup>. Les armes nucléaires employées à Hiroshima et à Nagasaki avaient une puissance explosive d'à peu près 15 et 12 kilotonnes respectivement — soit 15 000 et 12 000 tonnes de TNT. Bien des armes existantes ou en cours d'expérimentation ont une puissance de dizaines ou de centaines de fois supérieure à ces bombes. Des bombes de l'ordre d'une mégatonne (l'équivalent de un million de tonnes de TNT) ou de plusieurs mégatonnes sont stockées dans les arsenaux nucléaires mondiaux; certaines ont une puissance supérieure à 20 mégatonnes (l'équivalent de 20 millions de tonnes de TNT). Une bombe d'une mégatonne dotée d'une puissance correspondant à un million de tonnes de TNT exploserait avec une puissance quelque soixante-dix fois supérieure à celle des bombes utilisées contre le Japon et une bombe de 20 mégatonnes le ferait avec une puissance plus de mille fois supérieure.

Ces chiffres abstraits ne parlent pas à l'esprit et pour faire comprendre ce qu'ils recouvrent on a eu recours à des images concrètes. Par exemple, il faudrait, pour transporter par chemin de fer la quantité de TNT à laquelle correspond une bombe d'une mégatonne, un train de 350 kilomètres de long<sup>16</sup>. On se représente mieux ce que signifie semer la mort et la destruction sur le territoire d'un ennemi au moyen d'une seule bombe d'une mégatonne si l'on évoque l'image d'un train de 350 kilomètres de

<sup>13</sup> Cité dans Robert S. Hartman, «The Revolution against War», dans *The Critique of War*, p. 324.

<sup>14</sup> «Ils servent à intégrer ces inventions infernales dans le cadre de la politique de puissance et à semer la confusion dans l'esprit des citoyens de l'âge nucléaire.» (*Ibid.*, p. 325.)

<sup>15</sup> N. Singh et E. McWhinney, *Nuclear Weapons and Contemporary International War*, 1989, p. 29.

<sup>16</sup> Bates, *op. cit.*, p. 719.



in terms of a 200-mile train loaded with TNT being driven into enemy territory, to be exploded there. It cannot be said that international law would consider this legal. Nor does it make any difference if the train is not 200 miles long, but 100 miles, 50 miles, 10 miles, or only 1 mile. Nor, again, could it matter if the train is 1,000 miles long, as would be the case with a 5-megaton bomb, or 4,000 miles long, as would be the case with a 20-megaton bomb.

Such is the power of the weapon upon which the Court is deliberating — power which dwarfs all historical precedents, even if they are considered cumulatively. A 5-megaton weapon would represent more explosive power than all of the bombs used in World War II and a 20-megaton bomb “more than all of the explosives used in all of the wars in the history of mankind”<sup>17</sup>.

The weapons used at Hiroshima and Nagasaki are “small” weapons compared with those available today and, as observed earlier, a one-megaton bomb would represent around 70 Hiroshimas and a 15-megaton bomb around 1,000 Hiroshimas. Yet the unprecedented magnitude of its destructive power is only one of the unique features of the bomb. It is unique in its uncontainability in both space and time. It is unique as a source of peril to the human future. It is unique as a source of continuing danger to human health, even long after its use. Its infringement of humanitarian law goes beyond its being a weapon of mass destruction<sup>18</sup>; to reasons which penetrate far deeper into the core of humanitarian law.

Atomic weapons have certain special characteristics distinguishing them from conventional weapons, which were summarized by the United States Atomic Energy Commission in terms that:

“it differs from other bombs in three important respects: *first*, the amount of energy released by an atomic bomb is a thousand or more times as great as that produced by the most powerful TNT bombs; *secondly*, the explosion of the bomb is accompanied by highly penetrating and deleterious invisible rays, in addition to intense heat and light; and, *thirdly*, the substances which remain after the explosion are radio-active, emitting radiations capable of producing harmful consequences in living organisms”<sup>19</sup>.

<sup>17</sup> Bates, *op. cit.*, p. 719.

<sup>18</sup> The Final Document of the First Special Session of the United Nations General Assembly devoted to Disarmament (1978) unanimously categorized nuclear weapons as weapons of mass destruction, a conclusion which was adopted by consensus (CR 95/25, p. 17).

<sup>19</sup> *Effects of Atomic Weapons*, prepared by the United States Atomic Energy Commission in co-operation the Department of Defense, 1950, cited in Singh and McWhinney, *op. cit.*, p. 30.

long chargé de TNT, acheminé en territoire étranger pour y exploser. On ne saurait soutenir que cela est admissible en droit international. Et peu importe que le train ait, non pas 350, mais 150, 100, 20 ou 2 kilomètres de long, ou qu'il ait 1750 ou 7000 kilomètres de long, ces derniers chiffres correspondant respectivement à des bombes de 5 et 20 mégatonnes.

Voilà de quelle puissance est dotée l'arme qui retient l'attention de la Cour — une puissance par rapport à laquelle tout ce qui précède, même pris cumulativement, est dérisoire. La puissance d'une bombe de 5 mégatonnes dépasse celle de l'ensemble des bombes utilisées au cours de la seconde guerre mondiale et la puissance d'une bombe de 20 mégatonnes est «supérieure à celle que représente la totalité des explosifs utilisés durant les guerres qui ont émaillé le cours de l'histoire de l'humanité»<sup>17</sup>.

Les armes utilisées à Hiroshima et à Nagasaki sont des «petites» bombes par rapport à celles disponibles aujourd'hui et, comme je l'ai déjà dit, une bombe d'une mégatonne équivaut à quelque soixante-dix bombes d'Hiroshima et une bombe de 15 mégatonnes à presque mille bombes d'Hiroshima. Pourtant, la puissance destructrice sans précédent de l'arme considérée n'est pas son seul trait distinctif. Elle possède aussi en propre la caractéristique d'avoir des effets impossibles à contenir à la fois dans le temps et dans l'espace. Elle est sans équivalent par la menace qu'elle fait peser sur l'avenir de l'humanité. Elle l'est aussi par le danger persistant qu'elle fait courir à la santé longtemps après son utilisation. Si son emploi viole le droit humanitaire, ce n'est pas simplement parce qu'elle est une arme de destruction massive<sup>18</sup> mais pour des raisons qui relèvent de l'essence même du droit humanitaire.

Les armes atomiques possèdent certaines caractéristiques qui les distinguent des armes classiques et que la commission de l'énergie atomique des Etats-Unis d'Amérique a résumées en ces termes :

«[l'arme atomique] diffère des autres bombes principalement à trois égards: son explosion 1) dégage une quantité d'énergie au moins mille fois supérieure à celle que produisent les bombes au TNT les plus puissantes; 2) s'accompagne de l'émission de rayonnements invisibles à la fois pénétrants et délétères et dégage en outre une chaleur et une lumière intenses; et 3) laisse subsister des substances radioactives qui émettent des rayonnements potentiellement nuisibles pour les organismes vivants»<sup>19</sup>.

<sup>17</sup> Bates, *op. cit.*, p. 719.

<sup>18</sup> L'Assemblée générale des Nations Unies, dans le document final de sa dixième session extraordinaire, la première consacrée au désarmement (1978), a été unanime à classer les armes nucléaires dans la catégorie des armes de destruction massive, conclusion qui a été adoptée par consensus (CR 95/25, p. 17).

<sup>19</sup> *Effects of Atomic Weapons*, établi par la commission de l'énergie atomique des Etats-Unis en coopération avec le département de la défense, 1950, cité dans Singh et McWhinney, *op. cit.*, p. 30.

The following more detailed analysis is based on materials presented to the Court, which have not been contradicted at the hearings, even by the States contending that the use of nuclear weapons is not illegal. They constitute the essential factual foundation on which the legal arguments rest, and without which the legal argument is in danger of being reduced to mere academic disputation.

(a) *Damage to the environment and the ecosystem*<sup>20</sup>

The extent of damage to the environment, which no other weapon is capable of causing, has been summarized in 1987 by the World Commission on the Environment and Development in the following terms:

“The likely consequences of nuclear war make other threats to the environment pale into insignificance. Nuclear weapons represent a qualitatively new step in the development of warfare. One thermo-nuclear bomb can have an explosive power greater than all the explosives used in wars since the invention of gunpowder. In addition to the destructive effects of blast and heat, immensely magnified by these weapons, they introduce a new lethal agent — ionising radiation — that extends lethal effects over both space and time.”<sup>21</sup>

Nuclear weapons have the potential to destroy the entire ecosystem of the planet. Those already in the world’s arsenals have the potential of destroying life on the planet several times over.

Another special feature of the nuclear weapon, referred to at the hearings, is the damage caused by ionizing radiation to coniferous forests, crops, the food chain, livestock and the marine ecosystem.

(b) *Damage to future generations*

The effects upon the ecosystem extend, for practical purposes, beyond the limits of all foreseeable historical time. The half-life of one of the by-products of a nuclear explosion — plutonium 239 — is over 20,000 years. With a major nuclear exchange it would require several of these “half-life” periods before the residuary radioactivity becomes minimal. Half-life is “the period in which the rate of radioactive emission by a pure

<sup>20</sup> On environmental law, see further Section III.10 (f) below.

<sup>21</sup> World Commission on Environment and Development (“the Brundtland Commission”), *Our Common Future*, 1987, p. 295, cited in CR 95/22, p. 55.

L'analyse plus détaillée qui figure ci-après est basée sur des éléments d'information présentés à la Cour, qui n'ont pas été contestés lors des audiences même par les Etats qui soutiennent que l'emploi des armes nucléaires n'est pas illicite. Ces éléments fournissent la base factuelle sur laquelle l'échange d'arguments juridiques doit nécessairement reposer si l'on ne veut pas qu'il se réduise à un simple débat d'idées.

a) *Dommages à l'environnement et à l'écosystème*<sup>20</sup>

L'arme nucléaire est sans équivalent pour ce qui est de l'ampleur des dommages qu'elle peut causer à l'environnement, ainsi que la Commission mondiale de l'environnement et du développement l'a souligné en 1987 dans les termes suivants :

«Par rapport aux conséquences probables de la guerre atomique, il n'est pas de menace à l'environnement qui ne paraisse insignifiante. Les armes nucléaires marquent un tournant qualitatif dans l'histoire de l'art de la guerre. Une seule bombe thermonucléaire peut avoir une puissance explosive supérieure à celle de tous les explosifs utilisés au combat depuis l'invention de la poudre. Outre qu'elles multiplient à l'infini les effets destructeurs du souffle et de la chaleur, ces armes font intervenir un nouvel agent létal — le rayonnement ionisant — dont l'effet létal se prolonge aussi bien dans le temps que dans l'espace.»<sup>21</sup>

Les armes nucléaires ont la capacité de détruire l'ensemble de l'écosystème de la planète. Celles qui sont stockées à l'heure actuelle dans les arsenaux mondiaux ont plusieurs fois la puissance nécessaire pour anéantir toute vie à la surface de la Terre.

L'arme nucléaire possède en propre une autre caractéristique, évoquée au cours des audiences, qui est d'exposer aux rayonnements ionisants les forêts de conifères, les récoltes, la chaîne alimentaire, le bétail et l'écosystème marin.

b) *Dommages aux générations futures*

Les effets des armes nucléaires sur l'écosystème se prolongent en pratique au-delà de toute limite temporelle concevable. La «période» de l'un des sous-produits d'une explosion nucléaire — le plutonium 239 — est de plus de vingt mille ans. Après un échange nucléaire majeur, la radioactivité résiduelle ne redescendrait à un niveau minimal qu'au bout de plusieurs «périodes». La période est «le temps nécessaire pour que la

<sup>20</sup> A propos du droit de l'environnement, voir ci-après la section III, paragraphe 10, alinéa f).

<sup>21</sup> Commission mondiale sur l'environnement et le développement («la commission Brundtland»), *Notre avenir à tous*, 1987, p. 362-363, cité dans CR 95/22, p. 55.

sample falls by a factor of two. Among known radioactive isotopes, half-lives range from about  $10^{-7}$  seconds to  $10^{16}$  years"<sup>22</sup>.

The following table gives the half-lives of the principal radioactive elements that result from a nuclear test:

<i>Nucleid</i>	<i>Half-life</i>
Cesium 137	30.2 years
Strontium 90	28.6 years
Plutonium 239	24,100 years
Plutonium 240	6,570 years
Plutonium 241	14.4 years
Americium 241	432 years <sup>23</sup>

Theoretically, this could run to tens of thousands of years. At any level of discourse, it would be safe to pronounce that no one generation is entitled, for whatever purpose, to inflict such damage on succeeding generations.

This Court, as the principal judicial organ of the United Nations, empowered to state and apply international law with an authority matched by no other tribunal must, in its jurisprudence, pay due recognition to the rights of future generations. If there is any tribunal that can recognize and protect their interests under the law, it is this Court.

It is to be noted in this context that the rights of future generations have passed the stage when they were merely an embryonic right struggling for recognition. They have woven themselves into international law through major treaties, through juristic opinion and through general principles of law recognized by civilized nations.

Among treaties may be mentioned, the 1979 London Ocean Dumping Convention, the 1973 Convention on International Trade in Endangered Species, and the 1972 Convention Concerning the Protection of the World Cultural and Natural Heritage. All of these expressly incorporate the principle of protecting the natural environment for future generations, and elevate the concept to the level of binding State obligation.

Juristic opinion is now abundant, with several major treatises appearing upon the subject and with such concepts as intergenerational equity and the common heritage of mankind being academically well established<sup>24</sup>. Moreover, there is a growing awareness of the ways in which a multiplicity of traditional legal systems across the globe protect the environment for future generations. To these must be added a series of major

<sup>22</sup> *Encyclopaedia Britannica Micropaedia*, 1992 ed., Vol. 9, p. 893.

<sup>23</sup> Source: *Radioecology*, Holm ed., 1995, World Scientific Publishing Co.

<sup>24</sup> For further references, see Edith Brown Weiss, *In Fairness to Future Generations: International Law, Common Patrimony and Intergenerational Equity*, 1989.

radioactivité émise par un élément pur diminue de moitié. La période des isotopes radioactifs connus varie entre  $10^{-7}$  secondes et  $10^{16}$  années»<sup>22</sup>.

Le tableau ci-dessous indique la période des principaux éléments radioactifs apparaissant à la suite d'une explosion nucléaire :

<i>Nucléide</i>	<i>Période</i>
Césium 137	30,2 ans
Strontium 90	28,6 ans
Plutonium 239	24 100 ans
Plutonium 240	6570 ans
Plutonium 241	14,4 ans
Américium 241	432 ans <sup>23</sup>

Théoriquement, l'ordre de grandeur pourrait être de dizaines de milliers d'années. Dans quelque perspective qu'on se place, on peut dire sans risque de se tromper qu'aucune génération n'est en droit, pour quelque motif que ce soit, d'infliger pareils dommages aux générations futures.

La Cour internationale de Justice, en tant qu'organe judiciaire principal des Nations Unies, habilitée plus qu'aucun autre tribunal à dire et à appliquer le droit international avec l'autorité qui est la sienne, doit, dans sa jurisprudence, reconnaître dûment les droits des générations futures. S'il est un tribunal qui peut reconnaître et protéger leurs intérêts en droit, c'est bien la Cour.

Il est à noter, dans ce contexte, que la notion de droits des générations futures n'est plus une notion embryonnaire cherchant à acquérir une reconnaissance juridique. Elle s'est intégrée au droit international par le biais d'importants traités, de *opinio juris* et des principes généraux du droit reconnus par les nations civilisées.

Parmi les traités, on peut mentionner la convention de Londres de 1979 sur les déversements en mer, la convention de 1973 sur le commerce international des espèces menacées d'extinction et la convention de 1972 concernant la protection du patrimoine mondial, culturel et naturel. Tous ces instruments énoncent expressément le principe de protection du milieu naturel dans l'intérêt des générations futures, élevé au rang d'obligation contraignante pour les Etats.

L'*opinio juris* est maintenant abondante puisque plusieurs ouvrages importants ont été consacrés à la question et que des notions comme celles de l'équité intergénérationnelle et du patrimoine commun de l'humanité sont aujourd'hui bien établies<sup>24</sup>. Nul n'ignore de surcroît l'attention que prête une multitude de systèmes juridiques traditionnels partout dans le monde à la protection de l'environnement dans l'intérêt des générations

<sup>22</sup> *Encyclopaedia Britannica Micropaedia*, édition de 1992, vol. 9, p. 893.

<sup>23</sup> Source: *Radioecology*, Holm (dir. publ.), 1995, World Scientific Publishing Co.

<sup>24</sup> Pour plus de détails, voir Edith Brown Weiss, *In Fairness to Future Generations: International Law, Common Patrimony and Intergenerational Equity*, 1989.

international declarations commencing with the 1972 Stockholm Declaration on the Human Environment.

When incontrovertible scientific evidence speaks of pollution of the environment on a scale that spans hundreds of generations, this Court would fail in its trust if it did not take serious note of the ways in which the distant future is protected by present law. The ideals of the United Nations Charter do not limit themselves to the present, for they look forward to the promotion of social progress and better standards of life, and they fix their vision, not only on the present, but on “succeeding generations”. This one factor of impairment of the environment over such a seemingly infinite time span would by itself be sufficient to call into operation the protective principles of international law which the Court, as the pre-eminent authority empowered to state them, must necessarily apply.

(c) *Damage to civilian populations*

This needs no elaboration, for nuclear weapons surpass all other weapons of mass destruction in this respect. In the words of a well-known study of the development of international law:

“A characteristic of the weapons of mass destruction — the ABC weapons — is that their destructive effect cannot be limited in space and time to military objectives. Consequently their use would imply the extinction of unforeseeable and indeterminable masses of the civilian population. This means also that their actual employment would be — even in the absence of explicit treaty provisions — contrary to international law, but it is also true that the problem of the weapons of mass destruction has grown out of the sphere of humanitarian law taken in the narrow sense and has become one of the fundamental issues of the peaceful coexistence of States with different social systems.”<sup>25</sup>

(d) *The nuclear winter*

One of the possible after-effects of an exchange of nuclear weapons is the nuclear winter, a condition caused by the accumulation of hundreds of millions of tons of soot in the atmosphere, in consequence of fires in cities, in forests and the countryside, caused by nuclear weapons. The smoke cloud and the debris from multiple explosions blots out sunlight, resulting in crop failures throughout the world and global starvation. Starting with the paper by Turco, Toon, Ackerman, Pollack and Sagan (known as the TTAPS study after the names of its authors) on “Nuclear

<sup>25</sup> Géza Herczegh, *Development of International Humanitarian Law*, 1984, p. 93. “ABC weapons” refer to atomic, biological and chemical weapons.

futures. Enfin, une série d'importantes déclarations internationales ont été adoptées, à commencer par la déclaration de Stockholm de 1972 sur l'environnement.

Lorsque des données scientifiques indiscutables mettent en évidence la perspective d'une pollution de l'environnement s'étendant sur des centaines de générations, la Cour manquerait à son devoir si elle n'était pas très attentive aux moyens de sauvegarder l'avenir par l'application du droit actuel. Les idéaux de la Charte des Nations Unies ne sont pas limités au temps présent, ils s'inscrivent dans le cadre d'une perspective dynamique de progrès social et d'amélioration des conditions de vie et ils doivent bénéficier non seulement à la génération actuelle mais aussi aux «générations futures». La perspective d'une dégradation de l'environnement se prolongeant pour ainsi dire à l'infini suffirait, à elle seule, à justifier la mise en œuvre des principes conservatoires du droit international que la Cour est suprêmement habilitée à énoncer et qu'elle doit nécessairement appliquer.

#### c) *Dommages aux populations civiles*

Il va sans dire, sur ce point particulier, que les armes nucléaires l'emportent sur toutes les autres armes de destruction massive. Pour citer une étude bien connue sur le développement du droit international :

«Les armes de destruction massive — les armes ABC — ont ceci de particulier qu'il est impossible d'en limiter l'effet destructeur, dans l'espace et dans le temps, aux objectifs militaires. En conséquence, leur emploi ferait un nombre inimaginable et incalculable de victimes dans la population civile et serait au demeurant — même en l'absence de dispositions conventionnelles expresses — contraire au droit international. Cela dit, la question des armes de destruction massive dépasse aujourd'hui le cadre du droit humanitaire au sens étroit et est devenue l'un des aspects essentiels de la coexistence pacifique des Etats dotés de systèmes sociaux différents.»<sup>25</sup>

#### d) *L'hiver nucléaire*

Un échange de tirs nucléaires pourrait conduire à l'hiver nucléaire, phénomène causé par l'accumulation dans l'atmosphère, à la suite des incendies provoqués par les armes en question dans les villes, les forêts et les campagnes, de centaines de millions de tonnes de particules de suie. Le nuage de fumée et les débris projetés en l'air par des explosions multiples feraient écran à la lumière solaire, anéantissant les récoltes dans le monde entier et conduisant à la famine généralisée. Depuis l'article collectif de Turco, Toon, Ackerman, Pollack et Sagan sur l'hiver nucléaire et

<sup>25</sup> Géza Herczegh, *Development of International Humanitarian Law*, 1984, p. 93. Les armes «ABC» s'entendent des armes atomiques, biologiques et chimiques.



Winter: Global Consequences of Multiple Nuclear Explosions”<sup>26</sup>, an enormous volume of detailed scientific work has been done on the effect of the dust and smoke clouds generated in nuclear war. The TTAPS study showed that smoke clouds in one hemisphere could within weeks move into the other hemisphere<sup>27</sup>. TTAPS and other studies show that a small temperature drop of a few degrees during the ripening season, caused by the nuclear winter, can result in extensive crop failure even on a hemispherical scale. Such consequences are therefore ominous for non-combatant countries also.

“There is now a consensus that the climatic effects of a nuclear winter and the resulting lack of food aggravated by the destroyed

<sup>26</sup> *Science*, 23 December 1983, Vol. 222, p. 1283.

<sup>27</sup> The movement of a cloud of dust particles from one hemisphere to another, with the resultant effects resembling those of a nuclear winter, are not futuristic scenarios unrelated to past experience. In 1815, the eruption of the Indonesian volcano, Tambora, injected dust and smoke into the atmosphere on a scale so great as to result in worldwide crop failure and darkness in 1816. The *Scientific American*, March 1984, p. 58, reproduced a poem, “Darkness”, written by Lord Byron, thought to have been inspired by this year without a summer. At a hearing of the United States Senate on the effects of nuclear war, in December 1983, the Russian physicist, Kapitza, drew attention to this poem, in the context of the effects of nuclear war, referring to it as one well known to Russians through its translation by the novelist Ivan Turgenev. Here are some extracts, capturing with poetic vision the human despair and the environmental desolation of the post-nuclear scene:

“A fearful hope was all the world contain’d;  
Forests were set on fire — but hour by hour  
They fell and faded — and the crackling trunks  
Extinguish’d with a crash — and all was black.  
The brows of men by the despairing light  
Wore an unearthly aspect, as by fits  
The flashes fell upon them; some lay down  
And hid their eyes and wept; . . .

. . . The world was void,  
The populous and the powerful was a lump,  
Seasonless, herbless, treeless, manless, lifeless —  
A lump of death — a chaos of hard clay.  
The rivers, lakes, and ocean all stood still,  
And nothing stirr’d within their silent depths;  
Ships sailorless lay rotting on the sea . . .”.

les conséquences mondiales d'explosions nucléaires multiples (dénommée «Étude TTAPS», sigle établi à partir des initiales de ses auteurs)<sup>26</sup>, un énorme travail a été consacré à l'analyse scientifique détaillée des effets des nuages de poussière et de fumée que créerait une guerre nucléaire. L'étude TTAPS a démontré que des nuages de fumée générés dans un hémisphère pourraient, en l'espace de quelques semaines, se propager à l'autre hémisphère<sup>27</sup>. Cette étude, parmi d'autres, montre qu'une chute de température de quelques degrés survenant à la suite de l'hiver nucléaire à la saison où mûrissent les récoltes peut leur être très largement fatale sur une superficie aussi vaste que celle d'un hémisphère. De tels phénomènes font donc peser une menace même sur les pays non belligérants :

«Il est maintenant universellement admis que les effets climatiques d'un hiver nucléaire et leurs séquelles sous forme de pénurie alimen-

<sup>26</sup> *Science*, 23 décembre 1983, vol. 222, p. 1283.

<sup>27</sup> La propagation, d'un hémisphère à l'autre, d'un nuage de particules de poussière, s'accompagnant de conséquences analogues à celles de l'hiver nucléaire n'est pas une vue futuriste sans rapport avec la réalité vécue. En 1815, l'éruption du volcan indonésien Tambora a projeté dans l'atmosphère une telle quantité de poussière et de fumée que l'année 1816 a été dans le monde entier une année de récoltes catastrophiques et d'obscurité. Le numéro de mars 1984 de la revue *Scientific American* reproduit à la page 58 un poème de lord Byron intitulé «Darkness» [«Les Ténèbres»] qui semblerait avoir été inspiré par cette année sans été. Au cours d'une audition consacrée en décembre 1983 par le Sénat des Etats-Unis d'Amérique aux effets de la guerre nucléaire, le physicien russe Kapitza a, dans ce contexte, appelé l'attention sur le poème en question qui, a-t-il dit, est bien connu des Russes grâce à la traduction qu'en a faite le romancier Ivan Tourgueniev. En voici quelques extraits qui expriment, avec la puissance évocatrice de la poésie, le désespoir des hommes et la désolation de l'environnement à l'ère postnucléaire :

«Ô terreur sans pareille! en cette horreur profonde  
 Une seule espérance anime encore le monde.  
 Dans les vastes forêts les flammes s'allumaient  
 Mais hélas! d'heure en heure elles se consumaient  
 Les troncs, en pétillant, se réduisaient en cendre;  
 Et dans l'obscurité tout allait redescendre.  
 Leurs mourantes lueurs sur le front des humains  
 Sur ces fronts sillonnés par le sceau des destins,  
 Jetaient en s'éteignant une clarté dernière  
 Epouvantable adieu que leur dit la lumière!  
 Les uns se prosternaient, et répandaient des pleurs...  
 ... Le monde ne fut plus qu'un vide épouvantable.  
 Dans ses gouffres profonds, cet abîme effroyable  
 Renfermait, calcinés, tous les débris épars  
 Des cités, des jardins, des monuments, des arts:  
 Chaos inanimé, sans saisons, sans verdure  
 De tout ce qui vécut immense sépulture.  
 Les rivières, les lacs et l'Océan bourbeux  
 Ne portaient qu'une eau morte en leurs flancs caverneux;  
 Abandonnés des mains qui les rendaient agiles  
 Les vaisseaux sur la mer pourrissaient immobiles...»

[Traduction par un contemporain de l'auteur, figurant dans les collections de la Bibliothèque nationale de France sous la signature P...y.]

infrastructure could have a greater overall impact on the global population than the immediate effects of the nuclear explosions. The evidence is growing that in a post-war nuclear world Homo Sapiens will not have an ecological niche to which he could flee. It is apparent that life everywhere on this planet would be threatened.”<sup>28</sup>

(e) *Loss of life*

The WHO estimate of the number of dead in the event of the use of a single bomb, a limited war and a total war varies from one million to one billion, with, in addition, a similar number of injured in each case.

Deaths resulting from the only two uses of nuclear weapons in war — Hiroshima and Nagasaki — were 140,000 and 74,000 respectively, according to the representative of Japan, out of total populations of 350,000 and 240,000 respectively. Had these same bombs been exploded in cities with densely packed populations of millions, such as Tokyo, New York, Paris, London or Moscow, the loss of life would have been incalculably more.

An interesting statistic given to the Court by the Mayor of Nagasaki is that the bombing of Dresden by 773 British aircraft followed by a shower of 650,000 incendiary bombs by 450 American aircraft caused 135,000 deaths — a similar result to a single nuclear bomb on Hiroshima — a “small” bomb by today’s standards.

(f) *Medical effects of radiation*

Nuclear weapons produce instantaneous radiation, in addition to which there is also radioactive fallout.

“It is well established that residual nuclear radiation is a feature of the fission or Atomic bomb as much as the thermo-nuclear weapon known as the ‘fusion bomb’ or H-bomb.”<sup>29</sup>

Over and above the immediate effects just set out, there are longer term effects caused by ionizing radiation acting on human beings and on

<sup>28</sup> Wilfrid Bach, “Climatic Consequences of Nuclear War”, in Proceedings of the Sixth World Congress of the International Physicians for the Prevention of Nuclear War (IPPNW), Cologne, 1986, published as *Maintain Life on Earth!*, 1987, p. 154.

<sup>29</sup> Singh and McWhinney, *op. cit.*, p. 123.

taire aggravée par la destruction de l'infrastructure pourraient avoir sur la population de la planète un impact global plus important que les effets immédiats des explosions nucléaires. On a de plus en plus de preuves que, dans l'après-guerre nucléaire, l'*homo sapiens* n'aura aucun asile écologique où se réfugier. Il apparaît que la vie serait menacée partout sur la planète.»<sup>28</sup>

e) *Pertes en vies humaines*

D'après des estimations de l'Organisation mondiale de la Santé, le nombre des morts varierait entre un million et un milliard, selon le cas envisagé (bombe unique, guerre limitée ou guerre totale) et le nombre des blessés s'établirait au même niveau dans chacun de ces cas.

A Hiroshima et à Nagasaki — les deux seules fois où une bombe nucléaire a été utilisée dans un contexte de conflit armé — il y a eu, selon le représentant du Japon, 140 000 et 74 000 morts, respectivement, le nombre total d'habitants s'élevant dans le premier cas à 350 000 et dans le second à 240 000. Si les mêmes bombes avaient été larguées sur des villes à forte densité de population comptant des millions d'habitants, comme Tokyo, New York, Paris, Londres ou Moscou, elles auraient fait un nombre incommensurablement plus élevé de victimes.

Une intéressante comparaison statistique a été présentée à la Cour par le maire de Nagasaki qui a indiqué que le bombardement de Dresde par 773 appareils britanniques, suivi d'une avalanche de 650 000 bombes incendiaires larguées par 450 avions américains, avaient fait 135 000 morts — à peu près autant que l'unique bombe nucléaire lancée sur Hiroshima — une bombe de dimension modeste par rapport à celles d'aujourd'hui.

f) *Effets des rayonnements sur la santé*

L'explosion d'un engin nucléaire s'accompagne de rayonnements instantanés, et de retombées radioactives.

«Il est bien établi que la réaction de fission qu'utilise la bombe A provoque des rayonnements nucléaires résiduels au même titre que la réaction de fusion utilisée par la bombe thermonucléaire ou bombe H.»<sup>29</sup>

A ces effets immédiats s'ajoutent des effets à long terme causés par l'action des rayonnements ionisants sur l'être humain et l'environnement.

<sup>28</sup> Wilfrid Bach, «Climatic Consequences of Nuclear War», actes du sixième congrès mondial de l'Association internationale des médecins pour la prévention de la guerre nucléaire (IPPNW), Cologne, 1986, publiés sous le titre *Maintain Life on Earth!* 1987, p. 154.

<sup>29</sup> Singh et McWhinney, *op. cit.*, p. 123.

the environment. Such ionization causes cell damage and the changes that occur may destroy the cell or diminish its capacity to function<sup>30</sup>.

After a nuclear attack the victim population suffers from heat, blast and radiation, and separate studies of the effects of radiation are complicated by injuries from blast and heat. Chernobyl has however given an opportunity for study of the effects of radiation alone, for:

“Chernobyl represents the largest experience in recorded time of the effects of whole body radiation on human subjects, uncomplicated by blast and/or burn.”<sup>31</sup>

Apart from the long-term effects such as keloids and cancers, these effects include in the short-term anorexia, diarrhoea, cessation of production of new blood cells, haemorrhage, bone marrow damage, damage to the central nervous system, convulsions, vascular damage, and cardiovascular collapse<sup>32</sup>.

Chernobyl, involving radiation damage alone, in a comparatively lightly populated area, strained the medical resources of a powerful nation and necessitated the pouring in of medical personnel, supplies and equipment from across the Soviet Union — 5,000 trucks, 800 buses, 240 ambulances, helicopters and special trains<sup>33</sup>. Yet the Chernobyl explosion was thought to be approximately that of a half-kiloton bomb<sup>34</sup> — about one twenty-fifth of the comparatively “small” Hiroshima bomb, which was only one seventieth the size of a one-megaton bomb. As observed already, the nuclear arsenals contain multi-megaton bombs today.

The effects of radiation are not only agonizing, but are spread out over an entire lifetime. Deaths after a long life of suffering have occurred in Hiroshima and Nagasaki, decades after the nuclear weapon hit those cities. The Mayor of Hiroshima has given the Court some glimpses of the lingering agonies of the survivors — all of which is amply documented in a vast literature that has grown up around the subject. Indonesia made reference to Antonio Cassese’s *Violence and Law in the Modern Age* (1988), which draws attention to the fact that “the quality of human suf-

<sup>30</sup> Herbert Abrams, “Chernobyl and the Short-Term Medical Effects of Nuclear War”, in *Proceedings of the IPPNW Congress*, *op. cit.*, p. 122.

<sup>31</sup> *Ibid.*, p. 120.

<sup>32</sup> *Ibid.*, pp. 122-125.

<sup>33</sup> *Ibid.*, p. 121.

<sup>34</sup> *Ibid.*, p. 127.

Les rayonnements ionisants ont sur les cellules des conséquences qui peuvent aboutir à leur destruction ou diminuer leur capacité de fonctionnement<sup>30</sup>.

La population victime d'une attaque nucléaire est exposée à un triple danger — du fait de l'effet thermique, du souffle et des rayonnements — et il est difficile d'isoler les conséquences des rayonnements de celles du souffle et de l'effet thermique. Tchernobyl a toutefois permis d'étudier isolément les conséquences des rayonnements :

«Tchernobyl est le plus vaste champ d'expérience dont la science ait jamais disposé pour étudier les effets de l'irradiation totale d'êtres humains, sans que sa tâche se trouve compliquée par des blessures imputables au souffle et/ou aux brûlures.»<sup>31</sup>

Ces effets peuvent être à long terme (cancers, chéloïdes) ou à court terme (anorexie, diarrhée, interruption de la production de cellules sanguines, hémorragie, lésions de moelle osseuse, lésions du système nerveux central, convulsions, troubles vasculaires et collapsus cardio-vasculaire)<sup>32</sup>.

Tchernobyl, qui n'a provoqué que des dommages consécutifs à l'irradiation et ce dans une zone relativement peu peuplée, a exigé la mobilisation de toutes les ressources médicales dont disposait une nation puissante et a obligé à faire venir massivement de tous les coins de l'Union soviétique du personnel, des fournitures et des équipements médicaux — cinq mille camions, huit cents autobus, deux cent quarante ambulances, hélicoptères et trains spéciaux<sup>33</sup>. Or, l'explosion de Tchernobyl correspondait approximativement à celle d'une bombe d'une puissance d'une demi-kilotonne<sup>34</sup> équivalant à un vingt-cinquième de la puissance de la bombe relativement modeste d'Hiroshima, qui ne représentait elle-même que un soixante-dixième de la puissance d'une bombe d'une mégatonne. Comme il a été indiqué précédemment, des bombes de plusieurs dizaines de mégatonnes sont aujourd'hui stockées dans les arsenaux nucléaires.

L'irradiation provoque des souffrances qui ne sont pas seulement atroces mais peuvent durer toute une vie. Des personnes sont décédées à Hiroshima et à Nagasaki à l'issue d'un martyr qui a duré des dizaines d'années après que la bombe nucléaire eut été larguée sur ces deux villes. Le maire d'Hiroshima a décrit à la Cour la lente agonie des survivants — dont il a été largement rendu compte dans les nombreuses publications parues sur cette question. L'Indonésie a cité l'ouvrage d'Antonio Cassese, *Violence and Law in the Modern Age* (1988), qui appelle l'attention

<sup>30</sup> Herbert Abrams, «Chernobyl and the Short-Term Medical Effects of Nuclear War», actes du congrès de l'IPPNW, *op. cit.*, p. 122.

<sup>31</sup> *Ibid.*, p. 120.

<sup>32</sup> *Ibid.*, p. 122-125.

<sup>33</sup> *Ibid.*, p. 121.

<sup>34</sup> *Ibid.*, p. 127.

fering . . . does not emerge from the figures and statistics only . . . but from the account of survivors". These records of harrowing suffering are numerous and well known<sup>35</sup>.

Reference should also be made to the many documents received by the Registry in this regard, including materials from the *International Symposium: Fifty Years since the Atomic Bombing of Hiroshima and Nagasaki*. It is not possible in this opinion even to attempt the briefest summary of the details of these sufferings.

The death toll from lingering death by radiation is still adding to the numbers. Over 320,000 people who survived but were affected by radiation suffer from various malignant tumours caused by radiation, including leukaemia, thyroid cancer, breast cancer, lung cancer, gastric cancer, cataracts and a variety of other after-effects more than half a century later, according to statistics given to the Court by the representative of Japan. With nuclear weapons presently in the world's arsenals of several multiples of the power of those explosions, the scale of damage expands exponentially.

As stated by WHO (CR95/22, pp. 23-24), overexposure to radiation suppresses the body's immune systems and increases victims' vulnerability to infection and cancers.

Apart from an increase in genetic effects and the disfiguring keloid tumours already referred to, radiation injuries have also given rise to psychological traumas which continue to be noted among the survivors of Hiroshima and Nagasaki. Radiation injuries result from direct exposure, from radiation emitted from the ground, from buildings charged with radioactivity, and from radioactive fallout back to the ground several months later from soot or dust which had been whirled up into the stratosphere by the force of the explosion<sup>36</sup>.

In addition to these factors, there is an immense volume of specific material relating to the medical effects of nuclear war. A fuller account of this medical material appears in my dissenting opinion on the WHO request (*I.C.J. Reports 1996*, pp. 115-127). That medical material should also be considered as incorporated in this account of the unique effects of the nuclear weapon.

---

<sup>35</sup> Among the internationally known contemporary accounts are John Hersey, *Hiroshima* (to which *The New Yorker* devoted its whole issue of 31 August 1946, and which has since appeared as a Penguin Classic, 1946); *Hiroshima Diary: The Journal of a Japanese Physician August 6-September 30, 1945*, by Michihiko Hachiya, M.D., University of North Carolina Press, 1955; and *The Day Man Lost: Hiroshima, 6 August 1945*, Kodansha, 1972. They are all part of a voluminous documentation.

<sup>36</sup> Over the effects of radiation, see, generally, *Nuclear Radiation in Warfare*, 1981, by Professor Joseph Rotblat, the Nobel Laureate.

sur le fait que «pour avoir une idée des souffrances humaines ... il faut se référer non seulement aux chiffres et aux statistiques ... mais aussi au témoignage des survivants». Ces témoignages relatant des souffrances intolérables sont multiples et bien connus<sup>35</sup>.

Il convient aussi de se reporter aux nombreux documents reçus à ce sujet par le Greffe et notamment aux travaux rassemblés sous le titre *International Symposium: Fifty Years since the Atomic Bombing of Hiroshima and Nagasaki*. On ne peut s'aventurer, dans le cadre de la présente opinion, à dresser un inventaire, si succinct soit-il, des souffrances décrites.

Le bilan s'alourdit encore si l'on y ajoute les lentes agonies consécutives à l'irradiation. D'après des statistiques fournies à la Cour par le représentant du Japon, on compte, à cinquante ans de distance, plus de trois cent vingt mille survivants irradiés qui souffrent de séquelles diverses et notamment d'affections malignes attribuables à l'irradiation (leucémie, cancer de la thyroïde, cancer du sein, cancer du poumon, cancer de l'estomac, cataracte). Comme les armes nucléaires stockées dans les arsenaux de la planète ont une puissance plusieurs fois supérieure à celle des armes dont nous parlons ici, on peut en attendre des ravages multipliés à l'infini.

Comme l'indique l'Organisation mondiale de la Santé (CR 95/22, p. 23-24), la surexposition aux radiations détruit les systèmes immunitaires et accroît la vulnérabilité des victimes aux infections et aux cancers.

Outre un accroissement des malformations génétiques et des tumeurs chéloïdes défigurantes déjà mentionnées, l'irradiation a également provoqué des traumatismes psychologiques, que l'on continue d'observer chez les survivants d'Hiroshima et de Nagasaki. Les lésions sont dues à l'irradiation directe et aux rayonnements émis par le sol, par les immeubles chargés de radioactivité et par les particules de suie et les poussières radioactives qui retombent sur le sol plusieurs mois après avoir été projetées dans la stratosphère par la force de l'explosion<sup>36</sup>.

Il existe en tout état de cause une abondante documentation médicale portant spécialement sur les effets de la guerre nucléaire, que j'ai analysée plus en détail dans mon opinion dissidente relative à la demande d'avis consultatif de l'Organisation mondiale de la Santé (*C.I.J. Recueil 1996*, p. 115-127). Ces données médicales ont été prises en compte dans le présent exposé des effets spécifiques de l'arme nucléaire.

<sup>35</sup> Au nombre des descriptions publiées à l'époque qui sont mondialement connues, on peut citer *Hiroshima* par John Hersey, ouvrage auquel le *New Yorker* a consacré l'intégralité de son numéro du 31 août 1946 et qui a ultérieurement paru dans la collection Penguin Classic, également en 1946; *Hiroshima Diary: The Journal of a Japanese Physician August 6-September 30, 1945*, par Michihiko Hachiya, M.D., University of North Carolina Press, 1955, et *The Day Man Lost: Hiroshima, 6 August 1945*, Kodansha, 1972. Ces ouvrages font partie d'une volumineuse bibliographie.

<sup>36</sup> Concernant les effets de l'irradiation, voir, généralement, *Nuclear Radiation in Warfare*, 1981, par le professeur Joseph Rotblat, lauréat du prix Nobel.



(g) *Heat and blast*

Nuclear weapons cause damage in three ways — through heat, blast and radiation. As stated by the WHO representative, while the first two differ quantitatively from those resulting from the explosion of conventional bombs, the third is peculiar to nuclear weapons. In addition to instantaneous radiation, there is also radioactive fallout.

The distinctiveness of the nuclear weapon can also be seen from statistics of the magnitude of the heat and blast it produces. The representative of Japan drew our attention to estimates that the bomb blasts in Hiroshima and Nagasaki produced temperatures of several million degrees centigrade and pressures of several hundred thousand atmospheres. In the bright fireball of the nuclear explosion, the temperature and pressure are said indeed to be the same as those at the centre of the sun<sup>37</sup>. Whirlwinds and firestorms were created approximately 30 minutes after the explosion. From these causes 70,147 houses in Hiroshima and 18,400 in Nagasaki were destroyed. The blastwind set up by the initial shockwave had a speed of nearly 1,000 miles per hour, according to figures given to the Court by the Mayor of Hiroshima. The blast

“turns people and debris into projectiles that hurl into stationary objects and into each other. Multiple fractures, puncture wounds and the smashing of skulls, limbs and internal organs makes the list of possible injuries endless.”<sup>38</sup>

(h) *Congenital deformities*

The intergenerational effects of nuclear weapons mark them out from other classes of weapons. As the delegation of the Solomon Islands put it, the adverse effects of the bomb are

“virtually permanent — reaching into the distant future of the human race — if it will have a future, which a nuclear conflict would put in doubt” (CR 95/32, p. 36).

Apart from damage to the environment which successive generations will inherit far into the future, radiation also causes genetic damage and will

<sup>37</sup> Bates, *op. cit.*, p. 722. Cf. the reference in *The Bhagavadgita*, “brighter than a thousand suns”, which was widely used by nuclear scientists — as in Robert Jungk, *Brighter than a Thousand Suns: A Personal History of the Atomic Scientist*, Penguin, 1982, and Oppenheimer’s famous quote from the same source.

<sup>38</sup> *Ibid.*, p. 723.

g) *Effet thermique et souffle*

Les dommages causés par les armes nucléaires sont attribuables à trois causes: l'effet thermique, le souffle et les rayonnements. Comme l'a indiqué le représentant de l'Organisation mondiale de la Santé, les conséquences qu'entraînent les deux premières causes sont quantitativement différentes de celles qui résultent de l'explosion de bombes classiques tandis que les conséquences qui découlent de la troisième cause sont propres aux armes nucléaires — lesquelles provoquent, outre une irradiation instantanée, des retombées radioactives.

La spécificité de l'arme nucléaire ressort des statistiques concernant l'effet thermique et le souffle qu'elle génère. Le représentant du Japon a appelé notre attention sur des estimations selon lesquelles les explosions d'Hiroshima et de Nagasaki ont produit des températures de plusieurs millions de degrés centigrades et des pressions de plusieurs centaines de milliers d'atmosphères. On a calculé que, dans la boule de feu résultant de l'explosion nucléaire, la température et la pression étaient les mêmes qu'au centre du soleil<sup>37</sup>. Il s'est produit, environ trente minutes après l'explosion, des tourbillons et des tempêtes thermiques qui ont détruit soixante-dix mille cent quarante-sept maisons à Hiroshima et dix-huit mille quatre cents à Nagasaki. Selon les chiffres fournis par le maire d'Hiroshima, le souffle accompagnant l'onde de choc initiale a atteint une vitesse d'environ 1600 kilomètres à l'heure. Le souffle

«transforme les êtres humains et les débris en projectiles qui entrent violemment en collision avec les objets fixes et les uns avec les autres. Fractures multiples, blessures, crânes, membres et organes internes broyés, telles sont quelques-unes des innombrables conséquences qui en résultent.»<sup>38</sup>

h) *Malformations congénitales*

Les effets intergénérationnels des armes nucléaires en font une catégorie d'armes à part. Comme le souligne la délégation des Îles Salomon, les effets négatifs de la bombe sont

«virtuellement permanents — l'humanité est destinée à en ressentir le contrecoup jusque dans un avenir très éloigné — si avenir il y a, et rien n'est moins sûr dans l'hypothèse d'un conflit nucléaire» (CR 95/32, p. 36).

Outre des dommages à l'environnement dont les générations futures auront à souffrir pendant très longtemps, les rayonnements causent des

<sup>37</sup> Bates, *op. cit.*, p. 772. Le *Bhagavad-Gita* dit: «plus brillant qu'un millier de soleils», expression largement utilisée par les savants nucléaires, par exemple Robert Jungk, auteur de *Brighter than a Thousand Suns: A Personal History of the Atomic Scientist*, 1982, et par Oppenheimer dans sa célèbre citation de la même source.

<sup>38</sup> *Ibid.*, p. 723.

result in a crop of deformed and defective offspring, as proved in Hiroshima and Nagasaki (where those who were in the vicinity of the explosion — the *hibakusha* — have complained for years of social discrimination against them on this account), and in the Marshall Islands and elsewhere in the Pacific. According to the Mayor of Nagasaki:

“the descendants of the atomic bomb survivors will have to be monitored for several generations to clarify the genetic impact, which means that the descendants will be forced to live in anxiety for generations to come” (CR 95/27, p. 43).

The Mayor of Hiroshima told the Court that children “exposed in their mothers’ womb were often born with microcephalia, a syndrome involving mental retardation and incomplete growth” (*ibid.*, p. 29). In the Mayor’s words:

“For these children, no hope remains of becoming normal individuals. Nothing can be done for them medically. The atomic bomb stamped its indelible mark on the lives of these utterly innocent unborn babies.” (*Ibid.*, p. 30.)

In Japan the social problem of *hibakusha* covers not only persons with hideous keloid growths, but also deformed children and those exposed to the nuclear explosions, who are thought to have defective genes which transmit deformities to their children. This is a considerable human rights problem, appearing long after the bomb and destined to span the generations.

Mrs. Lijon Eknilang, from the Marshall Islands, told the Court of genetic abnormalities never before seen on that island until the atmospheric testing of nuclear weapons. She gave the Court a moving description of the various birth abnormalities seen on that island after the exposure of its population to radiation. She said that Marshallese women

“give birth, not to children as we like to think of them, but to things we could only describe as ‘octopuses’, ‘apples’, ‘turtles’, and other things in our experience. We do not have Marshallese words for these kinds of babies because they were never born before the radiation came.

Women on Rongelap, Likiep, Ailuk and other atolls in the Marshall Islands have given birth to these ‘monster babies’. . . . One woman on Likiep gave birth to a child with two heads. . . . There is

ravages génétiques et aboutissent à des tares et malformations congénitales comme on l'a constaté à Hiroshima et à Nagasaki (où tous ceux qui se trouvaient au voisinage de l'explosion — les *hibakusha* — se sont plaints pendant des années d'être pour cette raison victimes d'une discrimination sociale) ainsi qu'aux Iles Marshall et en d'autres zones du Pacifique. Selon le maire de Nagasaki :

«les descendants des survivants des explosions atomiques devront être suivis pendant plusieurs générations pour déceler l'impact génétique, ce qui signifie que des générations de personnes vivront dans l'angoisse» (CR 95/27, p. 43).

Le maire d'Hiroshima a indiqué à la Cour que les enfants qui avaient été «exposés aux radiations dans le sein de leur mère révélaient souvent au moment de la naissance une microcéphalie, syndrome combinant arriération mentale et développement incomplet» (*ibid.*, p. 29). Il s'est exprimé dans les termes suivants :

«Il n'y a aucun espoir que ces enfants deviennent des individus normaux. On ne peut rien faire pour eux sur le plan médical. La bombe atomique a marqué d'un stigmate indélébile la vie d'êtres totalement innocents qui n'avaient même pas encore vu le jour.» (*Ibid.*, p. 30.)

Au Japon, le problème social des *hibakusha* concerne non seulement les personnes hideusement défigurées par des tumeurs chéloïdes mais aussi des enfants présentant des malformations et ceux qui, ayant été exposés aux explosions nucléaires, risquent d'avoir été génétiquement atteints et de donner le jour à des enfants anormaux. Il y a là un problème de droits de l'homme très sérieux, qui a surgi longtemps après l'explosion de la bombe et qui se posera nécessairement pendant des générations.

Madame Lijon Eknilang, des Iles Marshall, a signalé à la Cour des anomalies génétiques qu'on n'avait jamais observées sur le territoire insulaire jusqu'aux campagnes d'essais nucléaires dans l'atmosphère. Elle a fait une émouvante description des anomalies congénitales qui ont été constatées après que la population locale eut été exposée aux radiations. Elle a dit qu'aux Iles Marshall, des femmes

«donnent naissance non à des enfants comme nous aimons les imaginer mais à des choses que, nous inspirant de la réalité quotidienne, nous dénommons «poulpes», «pommes» ou «tortues». Nous n'avons pas de mot dans notre langue pour décrire ce genre de créature parce qu'il n'en était jamais venu au monde avant que nous ne soyons exposés aux radiations.

Des femmes de Rongelap, de Likiep, d'Ailuk et d'autres atolls des Iles Marshall ont aussi donné naissance à des monstres ... Une femme de Likiep a accouché d'un enfant bicéphale ... Il y a

a young girl on Ailuk today with no knees, three toes on each foot and a missing arm . . .

The most common birth defects on Rongelap and nearby islands have been 'jellyfish' babies. These babies are born with no bones in their bodies and with transparent skin. We can see their brains and hearts beating. . . . Many women die from abnormal pregnancies and those who survive give birth to what looks like purple grapes which we quickly hide away and bury. . . .

My purpose for travelling such a great distance to appear before the Court today, is to plead with you to do what you can not to allow the suffering that we Marshallese have experienced to be repeated in any other community in the world." (CR 95/32, pp. 30-31.)

From another country which has had experience of deformed births, Vanuatu, there was a similar moving reference before the World Health Assembly, when that body was debating a reference to this Court on nuclear weapons. The Vanuatu delegate spoke of the birth, after nine months, of "a substance that breathes but does not have a face, legs or arms"<sup>39</sup>.

(i) *Transnational damage*

Once a nuclear explosion takes place, the fallout from even a single local detonation cannot be confined within national boundaries<sup>40</sup>. According to WHO studies, it would extend hundreds of kilometres downwind and the gamma ray exposure from the fallout could reach the human body, even outside national boundaries, through radioactivity deposited in the ground, through inhalation from the air, through consumption of contaminated food, and through inhalation of suspended radioactivity. The diagram appended to this opinion, extracted from the WHO Study, comparing the areas affected by conventional bombs and nuclear weapons, demonstrates this convincingly. Such is the danger to which neutral populations would be exposed.

All nations, including those carrying out underground tests, are in agreement that extremely elaborate protections are necessary in the case of underground nuclear explosions in order to prevent contamination of the environment. Such precautions are manifestly quite impossible in the

<sup>39</sup> Record of the 13th Plenary Meeting, Forty-Sixth World Health Assembly, 14 May 1993, doc. A46/VR/13, p. 11, furnished to the Court by WHO.

<sup>40</sup> See diagram appended from *Effects of Nuclear War on Health and Health Services*, World Health Organization, 2nd ed., 1987, p. 16.

aujourd'hui à Ailuk une fillette privée de genoux, et qui n'a que trois doigts à chaque pied et un seul bras.

A Rongelap et dans les îles voisines, l'anomalie la plus fréquente à la naissance est celle de l'«ectoplasmie». Les enfants sont dépourvus de charpente osseuse et leur peau est transparente. On peut voir battre leur cerveau et leur cœur. Les grossesses anormales font de nombreuses victimes ... et les femmes qui survivent accouchent d'une sorte de grappe de raisins noirs que nous nous hâtons de faire disparaître et d'enterrer...

Si j'ai entrepris ce long voyage pour me présenter devant la Cour aujourd'hui, c'est pour vous demander de faire tout en votre pouvoir pour que la souffrance qui a été notre lot à nous, citoyens des Iles Marshall, soit épargnée au reste du monde.» (CR 95/32, p. 30-31.)

Un autre pays où ont été enregistrées des naissances d'enfants anormaux, Vanuatu, a fait une déclaration non moins émouvante devant l'Assemblée mondiale de la Santé lors de l'examen, dans cette enceinte, de la possibilité de soumettre à la Cour la question des armes nucléaires. Le représentant de Vanuatu a signalé la naissance au bout de neuf mois d'une substance qui respire mais qui n'a ni visage, ni bras, ni jambes<sup>39</sup>.

#### i) *Dommages transnationaux*

En cas d'explosion nucléaire, les retombées, même si elles proviennent d'une seule détonation locale, sont impossibles à contenir dans les limites d'un territoire national<sup>40</sup>. Selon des études de l'Organisation mondiale de la Santé, elles s'étendraient sur des centaines de kilomètres sous le vent et l'effet des rayons gamma résultant des retombées pourrait être ressenti par le corps humain, même au-delà des frontières, de diverses manières: contact avec le sol devenu radioactif, inhalation de l'air, absorption de denrées contaminées et inhalation de radioactivité en suspension. A cet égard, la comparaison entre les superficies touchées par les bombes du type classique et les armes nucléaires, présentée dans le diagramme joint en appendice à la présente opinion, qui a été publié dans une étude de l'Organisation mondiale de la Santé est très instructive. On peut donc se faire une idée du danger auquel seraient exposées les populations neutres.

Toutes les nations, y compris celles qui procèdent à des essais souterrains, conviennent que de très grandes précautions doivent être prises pour éviter qu'une explosion nucléaire souterraine ne contamine l'environnement. Il sera manifestement impossible de prendre de telles précau-

<sup>39</sup> Compte rendu de la treizième séance plénière, quarante-sixième Assemblée mondiale de la Santé, 14 mai 1993, doc. A46/VR/13, p. 11, communiqué à la Cour par l'Organisation mondiale de la Santé.

<sup>40</sup> Voir le diagramme joint en annexe à la présente opinion, qui est tiré du document intitulé *Effets de la guerre nucléaire sur la santé et les services de santé*, Organisation mondiale de la santé, 2<sup>e</sup> éd., 1987, p. 16.

case of the use of nuclear weapons in war — when they will necessarily be exploded in the atmosphere or on the ground. The explosion of nuclear weapons in the atmosphere creates such acknowledgedly deleterious effects that it has already been banned by the Partial Nuclear Test Ban Treaty, and considerable progress has already been made towards a Total Test Ban Treaty. If the nuclear powers now accept that explosions below ground, in the carefully controlled conditions of a test, are so deleterious to health and the environment that they should be banned, this ill accords with the position that above ground explosions in uncontrolled conditions are acceptable.

The transboundary effects of radiation are illustrated by the nuclear meltdown in Chernobyl which had devastating effects over a vast area, as the by-products of that nuclear reaction could not be contained. Human health, agricultural and dairy produce and the demography of thousands of square miles were affected in a manner never known before. On 30 November 1995, the United Nation's Under-Secretary-General for Humanitarian Affairs announced that thyroid cancers, many of them being diagnosed in children, are 285 times more prevalent in Belarus than before the accident, that about 375,000 people in Belarus, Russia and Ukraine remain displaced and often homeless — equivalent to numbers displaced in Rwanda by the fighting there — and that about 9 million people have been affected in some way<sup>41</sup>. Ten years after Chernobyl, the tragedy still reverberates over large areas of territory, not merely in Russia alone, but also in other countries such as Sweden. Such results, stemming from a mere accident rather than a deliberate attempt to cause damage by nuclear weapons, followed without the heat or the blast injuries attendant on a nuclear weapon. They represented radiation damage alone — only one of the three lethal aspects of nuclear weapons. They stemmed from an event considerably smaller in size than the explosions of Hiroshima and Nagasaki.

(j) *Potential to destroy all civilization*

Nuclear war has the potential to destroy all civilization. Such a result could be achieved through the use of a minute fraction of the weapons already in existence in the arsenals of the nuclear powers.

As Former Secretary of State, Dr. Henry Kissinger, once observed, in relation to strategic assurances in Europe:

---

<sup>41</sup> *New York Times Service*, reported in *International Herald Tribune*, 30 November 1995.

tions en cas d'emploi d'armes nucléaires dans le contexte d'un conflit armé puisque les explosions auront nécessairement lieu dans l'atmosphère ou sur terre. Les explosions nucléaires dans l'atmosphère ont des effets délétères si notoires qu'elles ont déjà été interdites par le traité d'interdiction partielle des essais nucléaires et que l'on se rapproche de plus en plus d'un traité d'interdiction des essais dans tous les milieux. Si les puissances dotées d'armes nucléaires conviennent aujourd'hui que les explosions souterraines soumises aux contrôles rigoureux d'une campagne d'essais ont des effets si néfastes sur la santé et l'environnement qu'il faut les interdire, comment considérer comme acceptables des explosions à l'air libre échappant à tout contrôle?

Les effets transfrontières des radiations sont mis en évidence par la catastrophe de Tchernobyl qui a eu des effets dévastateurs sur une vaste superficie du fait qu'il était impossible d'arrêter le déplacement des sous-produits de la réaction nucléaire. La santé, la production agricole et laitière et la démographie ont été compromises à un degré sans précédent sur des superficies s'étendant sur des milliers de kilomètres carrés. Le 30 novembre 1995, le Secrétaire général adjoint aux affaires humanitaires des Nations Unies a annoncé que les cancers de la thyroïde, dont beaucoup diagnostiqués chez des enfants, étaient devenus deux cent quatre-vingt-cinq fois plus fréquents qu'avant l'accident au Belarus, que le nombre de personnes originaires du Belarus, de la Russie et de l'Ukraine qui continuaient de vivre loin de chez elles et étaient souvent sans abri avoisinait trois cent soixante-quinze mille — chiffre comparable à celui des personnes déplacées du fait des combats au Rwanda — et qu'environ neuf millions de personnes avaient été atteintes d'une manière ou d'une autre<sup>41</sup>. Dix ans après Tchernobyl, les effets de la tragédie se font encore sentir sur de vastes superficies, non seulement en Russie mais aussi dans d'autres pays comme la Suède. Pourtant, ils ont eu pour origine un simple accident, non une volonté délibérée de causer des dommages par l'emploi d'armes nucléaires; ils ne se sont pas accompagnés des ravages attribuables à l'effet thermique ou à l'effet de souffle que provoquent les armes nucléaires; ils ont été causés exclusivement par l'irradiation — l'une seulement des trois manières dont les armes nucléaires tuent; et ils ont fait suite à un accident de proportions nettement plus modestes que les explosions d'Hiroshima et de Nagasaki.

#### j) *Anéantissement possible de l'ensemble de la civilisation*

La guerre nucléaire a la capacité d'anéantir l'ensemble de la civilisation. Il suffirait pour obtenir ce résultat d'utiliser une infime partie des réserves d'armes nucléaires stockées dans les arsenaux des puissances nucléaires.

Un ancien secrétaire d'Etat des Etats-Unis d'Amérique, Henry Kissinger, a un jour déclaré, à propos des assurances stratégiques en Europe:

<sup>41</sup> *New York Times Service*, cité dans le numéro du 30 novembre 1995 de l'*International Herald Tribune*.



“The European allies should not keep asking us to multiply strategic assurances that we cannot possibly mean, or if we do mean, we should not want to execute because if we execute, *we risk the destruction of civilization.*”<sup>42</sup>

So, also, Robert McNamara, United States Secretary of Defense from 1961 to 1968, has written:

“Is it realistic to expect that a nuclear war could be limited to the detonation of tens or even hundreds of nuclear weapons, even though each side would have tens of thousands of weapons remaining available for use? The answer is clearly no.”<sup>43</sup>

Stocks of weapons may be on the decline, but one scarcely needs to think in terms of thousands or even hundreds of weapons. Tens of weapons are enough to wreak all the destructions that have been outlined at the commencement of this opinion.

Such is the risk attendant on the use of nuclear weapons — a risk which no single nation is entitled to take, whatever the dangers to itself. An individual’s right to defend his own interests is a right he enjoys against his opponents. In exercising that right, he cannot be considered entitled to destroy the village in which he lives.

(i) *Social institutions*

All the institutions of ordered society — judiciaries, legislatures, police, medical services, education, transport, communications, postal and telephone services, and newspapers — would disappear together in the immediate aftermath of a nuclear attack. The country’s command centres and higher echelons of administrative services would be paralysed. There would be “social chaos on a scale unprecedented in human history”<sup>44</sup>.

(ii) *Economic structures*

Economically, society would need to regress even beyond that of the Middle Ages to the levels of man’s most primitive past. One of the best known studies examining this scenario summarizes the situation in this way:

<sup>42</sup> Henry A. Kissinger, “NATO Defense and the Soviet Threat”, *Survival*, November-December 1979, p. 266 (address in Brussels), cited by Robert S. McNamara in “The Military Role of Nuclear Weapons: Perceptions and Misperceptions”, *Foreign Affairs*, 1983-1984, No. 62, Vol. 1, p. 59; emphasis added.

<sup>43</sup> Robert S. McNamara, *op. cit.*, p. 71.

<sup>44</sup> Bates, *op. cit.*, p. 726.

« Nos alliés européens ne devraient pas nous inviter constamment à multiplier des assurances stratégiques que nous ne sommes pas prêts, ou, si nous le sommes, ne devrions pas être prêts à mettre en application car, en le faisant, *nous risquons d'anéantir la civilisation.* »<sup>42</sup>

De même, Robert McNamara, secrétaire d'Etat à la défense des Etats-Unis de 1961 à 1968, a écrit :

« Peut-on raisonnablement croire que ne seraient employées, dans le cadre d'une guerre nucléaire, que quelques dizaines ou même quelques centaines d'armes nucléaires alors même que les deux parties auraient encore des dizaines de milliers d'armes à leur disposition ? La réponse ne peut être que négative. »<sup>43</sup>

Les stocks d'armes sont peut-être en voie de réduction mais ce n'est pas à l'échelle de milliers ou même de centaines d'armes nucléaires que le problème se pose. Il suffirait de quelques dizaines d'armes pour causer toutes les destructions dont un aperçu a été donné au début de la présente opinion.

Tel est le risque que comporte l'emploi des armes nucléaires — un risque qu'aucune nation n'est en droit de prendre, quels que soient les dangers auxquels elle se trouve exposée. Le droit d'un individu de défendre ses propres intérêts est un droit qu'il possède à l'encontre de ses adversaires. Il ne peut pas légitimement, en l'exerçant, anéantir le village où il habite.

#### i) *Institutions sociales*

Toutes les institutions d'une société organisée — les instances judiciaires et législatives, la police, les services de santé, d'éducation, des transports, des communications et des postes et téléphones, ainsi que la presse — disparaîtraient totalement juste après une attaque nucléaire. Les centres de commandement et les services les plus importants de l'administration du pays seraient paralysés. Il en résulterait un « chaos social à une échelle sans précédent dans l'histoire de l'humanité »<sup>44</sup>.

#### ii) *Structures économiques*

Economiquement, la société reviendrait non pas à son niveau du Moyen Age mais aux temps les plus reculés de l'histoire de l'humanité. Une des études les plus connues qui évoquent ce scénario résume la situation dans les termes suivants :

<sup>42</sup> Henry A. Kissinger, « NATO Defense and the Soviet Threat », *Survival*, novembre-décembre 1979, p. 266 (conférence à Bruxelles), cité par Robert S. McNamara dans « The Military Role of Nuclear Weapons: Perceptions and Misperceptions », *Foreign Affairs*, 1983-1984, vol. 1, p. 59; les italiques sont de moi.

<sup>43</sup> Robert S. McNamara, *op. cit.*, p. 71.

<sup>44</sup> Bates, *op. cit.*, p. 726.

“The task . . . would be not to restore the old economy but to invent a new one, on a far more primitive level. . . . The economy of the Middle Ages, for example, was far less productive than our own, but it was exceedingly complex, and it would not be within the capacity of people in our time suddenly to establish a medieval economic system in the ruins of their twentieth-century one. . . . Sitting among the debris of the Space Age, they would find that the pieces of a shattered modern economy around them — here an automobile, there a washing machine — were mismatched to their elemental needs. . . . [T]hey would not be worrying about rebuilding the automobile industry or the electronics industry: they would be worrying about how to find nonradioactive berries in the woods, or how to tell which trees had edible bark.”<sup>45</sup>

### (iii) *Cultural treasures*

Another casualty to be mentioned in this regard is the destruction of the cultural treasures representing the progress of civilization through the ages. The importance of the protection of this aspect of civilization was recognized by the Hague Convention of 14 May 1954, for the protection of cultural property in the case of armed conflict, which decreed that cultural property is entitled to special protection. Historical monuments, works of art or places of worship which constitute the cultural or spiritual heritage of peoples must not be the objects of any acts of hostility.

Additional Protocol II provides that cultural property and places of worship which constitute the cultural and spiritual heritage of peoples must not be attacked. Such attacks are grave breaches of humanitarian law under the Conventions and the Protocol. The protection of culture in wartime is considered so important by the world community that Unesco has devised a special Programme for the Protection of Culture in War-time. Whenever any cultural monuments were destroyed, there has been a public outcry and an accusation that the laws of war had been violated.

Yet it is manifest that the nuclear bomb is no respecter of such cultural treasures<sup>46</sup>. It will incinerate and flatten every object within its radius of destruction, cultural monument or otherwise.

Despite the blitz on many great cities during World War II, many a cultural monument in those cities stood through the war. That will not be the case after nuclear war.

<sup>45</sup> Jonathan Schell, *The Fate of the Earth*, 1982, pp. 69-70, cited in Bates, *op. cit.*, p. 727.

<sup>46</sup> On State responsibility to protect the cultural heritage, see Article 5 of the World Heritage Convention, 1972 (The Convention for the Protection of the World Cultural and Natural Heritage).

«Il faudrait ... non pas reconstruire l'économie préexistante mais en inventer une nouvelle, à un niveau beaucoup plus primitif ... L'économie du Moyen Age, par exemple, était loin d'avoir la capacité de production de la nôtre mais elle était extrêmement complexe et nos contemporains ne seraient pas capables de bâtir instantanément un système économique médiéval sur les ruines de celui du XX<sup>e</sup> siècle ... Au milieu des restes de l'ère spatiale, ils seraient incapables de trouver, parmi les débris d'une économie moderne répandus autour d'eux — ici une automobile, là une machine à laver — les moyens de satisfaire leurs besoins les plus élémentaires ... [I]ls ne se soucieraient pas de reconstruire l'industrie automobile ou l'industrie électronique: ils se soucieraient de savoir comment trouver dans les bois des baies non radioactives et comment identifier les arbres à écorce comestible.»<sup>45</sup>

### iii) *Trésors culturels*

Il convient également de prendre en compte la destruction des trésors culturels, témoins du progrès de la civilisation à travers les âges. L'importance de la protection de cet aspect de la civilisation a été reconnue par la convention de La Haye du 14 mai 1954 concernant la protection des biens culturels en cas de conflit armé, qui proclame que le patrimoine culturel a droit à une protection spéciale. Les monuments historiques, les œuvres d'art et les lieux de culte qui constituent le patrimoine culturel ou spirituel des peuples ne doivent servir de cible à aucun acte d'hostilité.

Le protocole additionnel II dispose que les biens culturels et les lieux de culte qui constituent le patrimoine culturel et spirituel des peuples ne doivent pas faire l'objet d'attaques. Semblables attaques constituent des violations graves du droit humanitaire tel qu'il découle des conventions et du protocole. La protection du patrimoine culturel en temps de guerre est considérée comme si importante par la communauté mondiale que l'Unesco a élaboré un «Programme spécial pour la protection de la culture en temps de guerre». Chaque destruction d'un bien culturel a entraîné une réaction d'indignation de l'opinion publique et des protestations en raison des violations du droit de la guerre.

Or, il est manifeste que la bombe nucléaire n'épargne pas les trésors culturels<sup>46</sup>. Elle réduit en cendres et anéantit tout ce qui se trouve dans son rayon de destruction, les biens culturels comme le reste.

Malgré le «blitz» subi par de nombreuses grandes agglomérations pendant la seconde guerre mondiale, bien des monuments culturels ont été épargnés. Tel ne sera pas le cas si une guerre nucléaire éclate.

<sup>45</sup> Jonathan Schell, *The Fate of the Earth*, 1982, p. 69-70, cité dans Bates, *op. cit.*, p. 727.

<sup>46</sup> Concernant le devoir des Etats de protéger le patrimoine culturel, voir l'article 5 de la convention de 1972 concernant la protection du patrimoine mondial, culturel et naturel.

That this is a feature of considerable importance in all countries can be illustrated from the statistics in regard to one. The number of listed monuments in the Federal Republic of Germany alone, in 1986, was around 1 million, of which Cologne alone had around 9,000 listed buildings<sup>47</sup>. A nuclear attack on a city such as Cologne would thus deprive Germany, in particular, and the world community in general, of a considerable segment of their cultural inheritance, for a single bomb would easily dispose of all 9,000 monuments, leaving none standing — a result which no wartime bombing in World War II could achieve.

Together with all other structures, they will be part of the desert of radioactive rubble left in the aftermath of the nuclear bomb. If the preservation of humanity's cultural inheritance is of any value to civilization, it is important to note that it will be an inevitable casualty of the nuclear weapon.

(k) *The electromagnetic pulse*

Another feature distinctive to nuclear weapons is the electromagnetic pulse. The literature indicates that this has the effect of displacing electrons out of air molecules in the upper atmosphere and these electrons are then displaced by the earth's magnetic field. As they spin down and around the lines of magnetic force, they transmit a very sudden and intensive burst of energy — the electromagnetic pulse — which throws all electronic devices out of action. As these systems go haywire, all communication lines are cut, health services (among other essential services) disrupted and organized modern life collapses. Even the command and control systems geared for responses to nuclear attack can be thrown out of gear, thus creating a fresh danger of unintended release of nuclear weapons.

A standard scientific dictionary, *Dictionnaire encyclopédique d'électronique*, describes the effects of the electromagnetic pulse in the following terms:

“Electromagnetic pulse, nuclear pulse; strong pulse of electromagnetic energy radiated by a nuclear explosion in the atmosphere; caused by collisions between the gamma rays emitted during the first nanoseconds of the explosion and the electrons in the molecules in the atmosphere; the electromagnetic pulse produced by a nuclear explosion of an average force at around 400 km altitude can instantly put out of service the greater part of semiconductor electronic equipment in a large country, such as the United States, as well as a large

<sup>47</sup> See Hiltrud Kier, “UNESCO Programme for the Protection of Culture in Wartime”, in Documents of the Sixth World Congress of IPPNW, *op. cit.*, p. 199.

L'importance considérable que revêt le patrimoine culturel dans tous les pays ressort clairement des statistiques relatives à un seul d'entre eux. Il y avait en 1986 dans la seule République fédérale d'Allemagne environ un million de monuments classés dont neuf mille dans la seule ville de Cologne<sup>47</sup>. Une attaque nucléaire sur une ville comme Cologne priverait l'Allemagne et l'ensemble de la communauté mondiale d'une fraction appréciable de leur patrimoine culturel car une bombe unique anéantirait aisément les neuf mille monuments, n'en laissant pas un seul debout — résultat auquel n'est parvenu aucun des bombardements de la seconde guerre mondiale.

De ces monuments, comme de n'importe quel autre bâtiment, la bombe nucléaire ne laissera subsister que des décombres radioactifs. Si l'on considère que la préservation du patrimoine culturel de l'humanité revêt une importance cruciale pour la civilisation, il faut se rendre compte que la bombe nucléaire en causera inévitablement sa destruction.

#### k) *L'impulsion électromagnétique*

L'explosion d'une bombe nucléaire s'accompagne d'un autre phénomène caractéristique, celui de l'impulsion électromagnétique qui, selon les spécialistes, a pour effet de chasser les électrons des molécules d'air situées dans les couches supérieures de l'atmosphère, électrons qui sont alors attirés par le champ magnétique de la Terre. Leur descente le long des lignes de force magnétique engendre une très forte et très soudaine poussée d'énergie — l'impulsion électromagnétique — qui met hors service tous les systèmes électroniques. Quand tous ces systèmes ne fonctionnent plus, les lignes de communication sont coupées, les services de santé (y compris les services essentiels) sont gravement perturbés et la vie moderne organisée s'arrête. Même les dispositifs de commandement et de contrôle dont dépendent les réactions à une attaque nucléaire risquent de tomber en panne, ce qui entraîne le danger supplémentaire que des bombes nucléaires ne soient involontairement activées.

Un dictionnaire scientifique classique, le *Dictionnaire encyclopédique d'électronique*, décrit les effets de l'impulsion électromagnétique dans les termes suivants :

« Impulsion électromagnétique, impulsion nucléaire : forte impulsion d'énergie électromagnétique rayonnée par une explosion nucléaire dans l'atmosphère ; est due aux collisions entre les rayons gammas émis pendant les premières nano-secondes de l'explosion et les électrons des molécules de l'atmosphère ; l'impulsion électromagnétique produite par une explosion nucléaire de puissance moyenne à environ 400 kilomètres d'altitude peut mettre hors service instantanément la majeure partie des appareils électroniques à semi-con-

<sup>47</sup> Voir Hiltrud Kier, « UNESCO Programme for the Protection of Culture in Wartime » inséré dans les actes du sixième congrès mondial de l'IPPNW, *op. cit.*, p. 199.

part of its energy distribution networks, without other effects being felt on the ground, with military consequences easy to imagine.”<sup>48</sup>

An important aspect of the electromagnetic pulse is that it travels at immense speeds, so that the disruption of communication systems caused by the radioactive contamination immediately can spread beyond national boundaries and disrupt communication lines and essential services in neutral countries as well. Having regard to the dominance of electronic communication in the functioning of modern society at every level, this would be an unwarranted interference with such neutral States.

Another important effect of the electromagnetic pulse is the damage to electrical power and control systems from nuclear weapons — indeed electromagnetic pulse could lead to a core melt accident in the event of nuclear power facilities being in the affected area<sup>49</sup>.

#### (l) *Damage to nuclear reactors*

The enormous area of devastation and the enormous heat released would endanger all nuclear power stations within the area, releasing dangerous levels of radioactivity apart from that released by the bomb itself. Europe alone has over 200 atomic power stations dotted across the continent, some of them close to populated areas. In addition, there are 150 devices for uranium enrichment<sup>50</sup>. A damaged nuclear reactor could give rise to:

“lethal doses of radiation to exposed persons 150 miles downwind and would produce significant levels of radioactive contamination of the environment more than 600 miles away”<sup>51</sup>.

The nuclear weapon used upon any country in which the world’s current total of 450 nuclear reactors is situated could leave in its wake a series of Chernobyls.

<sup>48</sup> Michel Fleutry, *Dictionnaire encyclopédique d’électronique (anglais-français)*, 1995, p. 250. [Translation by the Registry.]

<sup>49</sup> Gordon Thompson, “Nuclear Power and the Threat of Nuclear War”, in Documents of the Sixth World Congress of IPPNW, *op. cit.*, p. 240.

<sup>50</sup> William E. Butler (ed.), *Control over Compliance with International Law*, 1991, p. 24.

<sup>51</sup> Bates, *op. cit.*, p. 720.

ducteurs d'un pays grand comme les Etats-Unis et une grande partie de ses réseaux de distribution d'énergie sans que d'autres effets soient ressentis au sol, avec des conséquences militaires faciles à imaginer.»<sup>48</sup>

L'impulsion électromagnétique a, entre autres caractéristiques, celle, importante, de se déplacer à des vitesses phénoménales de telle sorte que le dérèglement des systèmes de communication causé par la contamination radioactive peut s'étendre instantanément au-delà des frontières nationales et perturber les lignes de communication et les services essentiels des pays neutres. Etant donné le rôle capital que jouent les communications électroniques dans le fonctionnement de la société moderne à tous les niveaux, on serait en présence d'une atteinte injustifiée aux pays en question.

Un autre effet important de l'impulsion électromagnétique rayonnée par les armes nucléaires est que les installations de production et de distribution d'énergie, y compris les systèmes de contrôle, risquent de se dérégler, ce qui pourrait, dans l'hypothèse où une centrale nucléaire se trouverait dans la zone affectée, provoquer la fusion accidentelle du cœur du réacteur<sup>49</sup>.

#### l) *Dommages aux réacteurs nucléaires*

Etant donné l'ampleur des dévastations et l'intensité de la chaleur dégagée, toutes les centrales nucléaires de la région seraient touchées, avec pour conséquence l'élévation à un niveau dangereux de la radioactivité provenant de cette source, sans parler de la radioactivité attribuable à la bombe elle-même. L'Europe compte à elle seule deux cents centrales nucléaires dispersées sur le continent, dont certaines sont situées à proximité d'agglomérations. Il y a de surcroît cent cinquante installations d'enrichissement de l'uranium<sup>50</sup>. Un réacteur nucléaire endommagé pourrait émettre:

«des doses létales de radiations sur une distance de 240 kilomètres sous le vent et générer des taux notables de contamination radioactive de l'environnement dont l'effet pourrait être senti à près de 1000 kilomètres»<sup>51</sup>.

L'arme nucléaire, si elle était utilisée contre l'un quelconque des pays où sont situés les quelque quatre cent cinquante réacteurs nucléaires actuellement en service dans le monde, pourrait provoquer dans son sillage une série de «Tchernobyls».

<sup>48</sup> Michel Fleury, *Dictionnaire encyclopédique d'électronique* (anglais-français), 1995, p. 250.

<sup>49</sup> Gordon Thompson, «Nuclear Power and the Threat of Nuclear War», dans les Actes du sixième congrès mondial de l'IPPNW, *op. cit.*, p. 240.

<sup>50</sup> William E. Butler (dir. publ.), *Control over Compliance with International Law*, 1991, p. 24.

<sup>51</sup> Bates, *op. cit.*, p. 720.



The effects of such radiation could include anorexia, cessation of production of new blood cells, diarrhoea, haemorrhage, damage to the bone marrow, convulsions, vascular damage and cardiovascular collapse<sup>52</sup>.

(m) *Damage to food productivity*

Unlike other weapons, whose direct impact is the most devastating part of the damage they cause, nuclear weapons can cause far greater damage by their delayed after-effects than by their direct effects. The detailed technical study, *Environmental Consequences of Nuclear War*, while referring to some uncertainties regarding the indirect effects of nuclear war, states:

“What can be said with assurance, however, is that the Earth’s human population has a much greater vulnerability to the indirect effects of nuclear war, especially mediated through impacts on food productivity and food availability, than to the direct effects of nuclear war itself.”<sup>53</sup>

The nuclear winter, should it occur in consequence of multiple nuclear exchanges, could disrupt all global food supplies.

After the United States tests in the Pacific in 1954, fish caught in various parts of the Pacific, as long as eight months after the explosions, were contaminated and unfit for human consumption, while crops in various parts of Japan were affected by radioactive rain. These were among the findings of an international Commission of medical specialists appointed by the Japanese Association of Doctors against A- and H-bombs<sup>54</sup>. Further:

“The use of nuclear weapons contaminates water and food, as well as the soil and the plants that may grow on it. This is not only in the area covered by immediate nuclear radiation, but also a much larger unpredictable zone which is affected by the radio-active fall-out.”<sup>55</sup>

(n) *Multiple nuclear explosions resulting from self-defence*

If the weapon is used in self-defence after an initial nuclear attack, the ecosystem, which had already sustained the impact of the first nuclear attack, would have to absorb on top of this the effect of the retaliatory

<sup>52</sup> See Herbert Abrams, *op. cit.*, pp. 122-125.

<sup>53</sup> SCOPE publication 28, released at the Royal Society, London, on 6 January 1986, Vol. I, p. 481.

<sup>54</sup> As referred to in Singh and McWhinney, *op. cit.*, p. 124.

<sup>55</sup> *Ibid.*, p. 122.

L'irradiation ainsi provoquée aurait des conséquences diverses: anorexie, arrêt de la production de cellules sanguines, diarrhée, hémorragie, lésion de la moelle osseuse, convulsions, troubles vasculaires et collapsus cardio-vasculaires<sup>52</sup>.

m) *Dommages à la productivité alimentaire*

Contrairement aux autres armes, dont l'impact direct est le plus dévastateur, les armes nucléaires peuvent causer des dommages bien plus grands ultérieurement que dans l'immédiat. L'étude technique détaillée intitulée *Environmental Consequences of Nuclear War*, après avoir signalé certaines incertitudes quant aux effets indirects de la guerre nucléaire, affirme que :

«Ce qu'on peut néanmoins dire sans risquer de se tromper, c'est que la population humaine est beaucoup plus vulnérable aux effets indirects de la guerre nucléaire, notamment à ses répercussions sur la productivité et l'approvisionnement alimentaires, qu'aux effets directs de la guerre elle-même.»<sup>53</sup>

L'hiver nucléaire, s'il survenait à la suite d'échanges de tirs nucléaires multiples, pourrait perturber le système d'approvisionnement alimentaire de l'ensemble de la planète.

Après la campagne d'essais nucléaires menée en 1954 par les Etats-Unis dans le Pacifique, on pêchait encore dans diverses zones du Pacifique, huit mois après les explosions, du poisson contaminé et impropre à la consommation humaine. En outre, les récoltes dans diverses régions du Japon ont été contaminées par des pluies radioactives. Telles sont les constatations qui ont été faites par une Commission internationale d'experts médicaux nommés par l'Association japonaise des médecins contre la bombe A et à la bombe H<sup>54</sup>. Au surplus :

«L'emploi des armes nucléaires entraîne une contamination de l'eau et des aliments, ainsi que du sol et des végétaux qui peuvent y pousser, et ce non seulement dans la zone immédiatement touchée par les radiations nucléaires mais aussi dans toute la zone, beaucoup plus étendue et sans limites définissables, affectée par les retombées radioactives.»<sup>55</sup>

n) *Explosions nucléaires multiples résultant de rispostes en état de légitime défense*

En cas d'emploi de l'arme en état de légitime défense à la suite d'une attaque nucléaire initiale, l'écosystème, qui aura déjà subi l'impact de la première attaque nucléaire, devra supporter en plus les conséquences de

<sup>52</sup> Voir Herbert Abrams, *op. cit.*, p. 122-125.

<sup>53</sup> SCOPE publication 28, parue à La Royal Society, Londres, le 6 janvier 1986, vol. I, p. 481.

<sup>54</sup> Mentionnées dans Singh et McWhinney, *op. cit.*, p. 124.

<sup>55</sup> *Ibid.*, p. 122.

attack, which may or may not consist of a single weapon, for the stricken nation will be so ravaged that it will not be able to make fine evaluations of the exact amount of retaliatory force required. In such event, the tendency to release as strong a retaliation as is available must enter into any realistic evaluation of the situation. The ecosystem would in that event be placed under the pressure of multiple nuclear explosions, which it would not be able to absorb without permanent and irreversible damage. Capital cities with densely packed populations could be targeted. The fabric of civilization could be destroyed.

It is said of some of the most ruthless conquerors of the past that, after they dealt with a rebellious town, they ensured that it was razed to the ground with no sound or sign of life left in it — not even the bark of a dog or the purr of a kitten. If any student of international law were asked whether such conduct was contrary to the laws of war, the answer would surely be “Of course!” There would indeed be some surprise that the question even needed to be asked. In this age of higher development, the nuclear weapon goes much further, leaving behind it nothing but a total devastation, wrapped in eerie silence.

(o) *“The shadow of the mushroom cloud”*

As pointed out in the Australian submissions (CR 95/22, p. 49), the entire post-war generation lies under a cloud of fear — sometimes described as the “shadow of the mushroom cloud”, which pervades all thoughts about the human future. This fear, which has hung like a blanket of doom over the thoughts of children in particular, is an evil in itself and will last so long as nuclear weapons remain. The younger generation needs to grow up in a climate of hope, not one of despair that at some point in their life, there is a possibility of their life being snuffed out in an instant, or their health destroyed, along with all they cherish, in a war to which their nation may not even be a party.

\* \* \*

This body of information shows that, even among weapons of mass destruction, many of which are already banned under international law, the nuclear weapon stands alone, unmatched for its potential to damage all that humanity has built over the centuries and all that humanity relies upon for its continued existence.

I close this section by citing the statement placed before the Court by Professor Joseph Rotblat, a member of the British team on the Manhattan Project in Los Alamos, a Rapporteur for the 1983 WHO investigation into the Effects of Nuclear War on Health and Health Services, and a Nobel Laureate. Professor Rotblat was a member of one of the delegations, but was prevented by ill health from attending the Court.

la riposte, laquelle ne se limitera pas nécessairement au lancement d'une seule bombe car le pays attaqué sera si dévasté qu'il ne sera pas en mesure de calculer avec précision l'intensité de la riposte nécessaire. En pareil cas, la tendance à riposter aussi énergiquement qu'il est possible est un élément à prendre en compte dans toute analyse réaliste de la situation. L'écosystème subirait donc l'impact d'explosions nucléaires multiples, qu'il ne pourrait pas supporter sans dommages permanents et irréversibles. Des capitales à forte densité de population risqueraient d'être visées et la civilisation d'être totalement détruite.

L'histoire rapporte que certains des conquérants les plus implacables des siècles passés, une fois maîtres d'une ville rebelle, la faisait raser complètement, n'y laissant subsister aucun signe de vie, pas même l'abolement d'un chien ou le miaulement d'un chat. Interrogé sur la compatibilité d'un tel comportement avec le droit de la guerre, n'importe quel étudiant en droit international répondrait sans aucun doute par la négative. Il s'étonnerait même qu'on lui pose une telle question. A notre époque de développement plus avancé, l'arme nucléaire va beaucoup plus loin, ne laissant rien après elle que la dévastation la plus complète au milieu d'un silence de mort.

o) « *L'ombre du champignon nucléaire* »

Comme il est indiqué dans les exposés australiens (CR 95/22, p. 49), toute la génération d'après-guerre a vécu à l'ombre de la peur — l'ombre du champignon nucléaire, dit-on parfois —, une peur qui domine l'ensemble de la réflexion sur l'avenir de l'humanité. Cette peur, qui pèse comme une malédiction sur l'esprit des enfants en particulier, est en elle-même une calamité et elle durera aussi longtemps qu'il y aura des armes nucléaires. Les jeunes ont besoin de grandir dans un climat d'espoir, sans avoir à redouter qu'à un moment quelconque de leur existence la vie ou la santé ne leur soit arrachée, en même temps que tous ceux qu'ils aiment, à cause d'une guerre à laquelle leur pays ne sera peut-être même pas partie.

\* \* \*

Tout ce qui précède montre que, même parmi les armes de destruction massive dont beaucoup sont déjà interdites par le droit international, l'arme nucléaire occupe une place unique parce qu'elle a la capacité à elle seule de détruire tout ce que l'humanité a construit au fil des siècles et tout ce dont l'humanité a besoin pour survivre.

Je conclurai cette partie de mon opinion en citant la déclaration soumise à la Cour par M. Joseph Rotblat, membre de l'équipe britannique qui a participé au projet Manhattan à Los Alamos, rapporteur de l'enquête conduite en 1983 par l'Organisation mondiale de la Santé au sujet des effets de la guerre nucléaire sur la santé et les services de santé, et lauréat du prix Nobel. Le professeur Rotblat faisait partie de l'une des délégations mais n'a pas pu se présenter devant la Cour pour des raisons de santé.

Here is a passage from his statement to the Court:

“I have read the written pleadings prepared by the United Kingdom and the United States. Their view of the legality of the use of nuclear weapons is premised on three assumptions: (a) that they would not necessarily cause unnecessary suffering; (b) that they would not necessarily have indiscriminate effects on civilians; (c) that they would not necessarily have effects on territories of third States. It is my professional opinion — set out above and in the WHO reports referred to — that on any reasonable set of assumptions their argument is unsustainable on all three points.” (CR 95/32, Annex, p. 2.)

#### 4. *The Uniqueness of Nuclear Weapons*

After this factual review, legal argument becomes almost superfluous, for it can scarcely be contended that any legal system can contain within itself a principle which permits the entire society which it serves to be thus decimated and destroyed — along with the natural environment which has sustained it from time immemorial<sup>56</sup>. The dangers are so compelling that a range of legal principles surges through to meet them.

It suffices at the present stage of this opinion to outline the reasons for considering the nuclear weapon unique, even among weapons of mass destruction. Nuclear weapons

- (1) cause death and destruction;
- (2) induce cancers, leukaemia, keloids and related afflictions;
- (3) cause gastro-intestinal, cardiovascular and related afflictions;
- (4) continue for decades after their use to induce the health-related problems mentioned above;
- (5) damage the environmental rights of future generations;
- (6) cause congenital deformities, mental retardation and genetic damage;
- (7) carry the potential to cause a nuclear winter;
- (8) contaminate and destroy the food chain;
- (9) imperil the ecosystem;
- (10) produce lethal levels of heat and blast;
- (11) produce radiation and radioactive fallout;
- (12) produce a disruptive electromagnetic pulse;
- (13) produce social disintegration;
- (14) imperil all civilization;

<sup>56</sup> See further, on this aspect, Section V.1 below.

Voici un extrait de sa déclaration à la Cour :

« J'ai lu les exposés écrits présentés par le Royaume-Uni et les Etats-Unis. Leur position sur la licéité de l'emploi de l'arme nucléaire repose sur trois prémisses : *a*) que les armes ne causeraient pas nécessairement de maux superflus ; *b*) qu'elles ne frapperaient pas nécessairement sans distinction les populations civiles ; et *c*) qu'elles n'auraient pas nécessairement d'effets sur le territoire d'Etats tiers. Parlant à titre professionnel, j'exprime l'opinion — exposée plus haut et dans les rapports de l'OMS que j'ai mentionnés — qu'à quelque cas de figure qu'on puisse raisonnablement se référer leur position est indéfendable sur les trois points. » (CR 95/32, annexe, p. 2.)

#### 4. *La spécificité des armes nucléaires*

Après cet exposé des éléments de fait, il est presque superflu de développer des arguments juridiques car peut-on concevoir qu'un système juridique puisse renfermer un principe permettant que la société qu'il régit soit ainsi décimée et détruite — comme d'ailleurs l'environnement naturel qui assure l'existence de cette société depuis des temps immémoriaux ?<sup>56</sup> Les risques sont si impressionnants que toute une série de principes juridiques se présentent à l'esprit pour les éviter.

Je me bornerai, à ce stade de la présente opinion, à récapituler les raisons pour lesquelles l'arme nucléaire occupe, même parmi les armes de destruction massive, une place à part. Les armes nucléaires :

- 1) sèment la mort et la destruction ;
- 2) provoquent des cancers, leucémies, tumeurs chéloïdes et d'autres affections du même type ;
- 3) sont la cause de troubles gastro-intestinaux et cardio-vasculaires et d'autres affections du même type ;
- 4) continuent, des dizaines d'années après avoir été utilisées, à avoir les effets sur la santé évoqués plus haut ;
- 5) portent atteinte aux droits des générations futures concernant l'environnement ;
- 6) sont la cause de malformations congénitales, d'arriération mentale et de dommages génétiques ;
- 7) risquent de provoquer un hiver nucléaire ;
- 8) contaminent et détruisent la chaîne alimentaire ;
- 9) mettent en danger l'écosystème ;
- 10) ont des effets de chaleur et de souffle de niveaux létaux ;
- 11) génèrent des rayonnements et des retombées radioactives ;
- 12) produisent une impulsion électromagnétique entraînant de graves perturbations ;
- 13) provoquent la désintégration de la société ;
- 14) mettent la civilisation en danger ;

<sup>56</sup> Ce point est développé ci-après, à la section V, paragraphe 1.

- (15) threaten human survival;
- (16) wreak cultural devastation;
- (17) span a time range of thousands of years;
- (18) threaten all life on the planet;
- (19) irreversibly damage the rights of future generations;
- (20) exterminate civilian populations;
- (21) damage neighbouring States;
- (22) produce psychological stress and fear syndromes

*as no other weapons do.*

Any one of these would cause concern serious enough to place these weapons in a category of their own, attracting with special intensity the principles of humanitarian law. In combination they make the case for their application irrefutable. This list is by no means complete. However, to quote the words of a recent study:

“Once it becomes clear that all hope for twentieth century man is lost if a nuclear war is started, it hardly adds any meaningful knowledge to learn of additional effects.”<sup>57</sup>

The words of the General Assembly, in its “Declaration on the Prevention of Nuclear Catastrophe” (1981), aptly summarize the entirety of the foregoing facts:

“all the horrors of past wars and other calamities that have befallen people would pale in comparison with what is inherent in the use of nuclear weapons, capable of destroying civilization on earth”<sup>58</sup>.

Here then is the background to the consideration of the legal question with which the Court is faced. Apart from this background of hard and sordid fact, the legal question cannot be meaningfully addressed. Juxtapose against these consequences — so massively destructive of all the principles of humanity — the accepted principles of humanitarian law, and the result can scarcely be in doubt. As the ensuing discussion will point out, humanitarian principles are grotesquely violated by the consequences of nuclear weapons. This discussion will show that these effects of the nuclear weapon and the humanitarian principles of the laws of war are a contradiction in terms.

#### *5. The Differences in Scientific Knowledge between the Present Time and 1945*

On 17 July 1945, United States Secretary of War, Stimson, informed Prime Minister Churchill of the successful detonation of the experimental

<sup>57</sup> Bates, *op. cit.*, p. 721.

<sup>58</sup> Resolution 36/100 of 9 December 1981.

- 15) menacent la survie de l'humanité;
  - 16) dévastent le patrimoine culturel;
  - 17) produisent des effets qui se font sentir pendant des milliers d'années;
  - 18) menacent toutes les formes de vie sur la planète;
  - 19) causent des dommages irréversibles aux droits des générations futures;
  - 20) exterminent les populations civiles;
  - 21) causent des dommages dans les Etats voisins;
  - 22) provoquent des tensions psychologiques et des syndromes de peur,
- comme ne le fait aucun autre type d'armes.*

Chacun de ces éléments est en lui-même assez préoccupant pour justifier le classement des armes en question dans une catégorie à part relevant spécialement des principes du droit humanitaire. Pris conjointement, ils rendent irréfutable la thèse exigeant l'application de ces principes. La liste est loin d'être complète. Mais pour citer une étude récente:

«Une fois établi que tout espoir est interdit à l'homme du XX<sup>e</sup> siècle si une guerre nucléaire éclate, il n'est guère utile de chercher à déterminer quels sont ses autres effets.»<sup>57</sup>

L'Assemblée générale a, dans sa «Déclaration sur la prévention d'une catastrophe nucléaire» de 1981, résumé les faits qui précèdent dans les termes appropriés suivants:

«toutes les horreurs des guerres du passé et toutes les autres calamités que l'humanité a connues paraîtraient moindres au regard de ce qu'implique l'emploi des armes nucléaires qui peuvent détruire la civilisation sur la Terre»<sup>58</sup>.

Tel est donc le contexte dans lequel s'inscrit l'examen de la question juridique dont la Cour est saisie. Détachée de son pénible et sinistre contexte factuel, cette question ne peut pas être abordée sérieusement. Si l'on met en revanche les effets de l'arme — si totalement contraires à tous les principes d'humanité — en regard des principes acceptés du droit humanitaire, on ne peut aboutir qu'à une seule conclusion. L'analyse qui va suivre soulignera que les principes humanitaires sont manifestement violés par les conséquences des armes nucléaires. Elle montrera que les effets de l'arme nucléaire et les principes humanitaires du droit de la guerre sont complètement antinomiques.

##### *5. Les différences entre le niveau actuel des connaissances scientifiques et celui de 1945*

Le 17 juillet 1945, M. Stimson, secrétaire d'Etat à la guerre des Etats-Unis d'Amérique, voulant informer le premier ministre de l'époque, Chur-

<sup>57</sup> Bates, *op. cit.*, p. 721.

<sup>58</sup> Résolution 36/100 du 9 décembre 1981.



nuclear bomb in the New Mexican desert, with the cryptic message "Babies satisfactorily born."<sup>59</sup> A universe of knowledge has grown up regarding the effects of the bomb since that fateful day when the advent of this unknown weapon could, even cryptically, be so described.

True, much knowledge regarding the power of the bomb was available then, but the volume of knowledge now available on the effects of nuclear weapons is exponentially greater. In addition to numerous military studies, there have been detailed studies by WHO and other concerned organizations such as International Physicians for the Prevention of Nuclear War (IPPNW); the TTAPS studies on the nuclear winter; the studies of the Scientific Committee on Problems of the Environment (SCOPE); the International Council of Scientific Unions (ICSU); the United Nations Institute of Disarmament Research (UNIDIR); and literally hundreds of others. Much of this material has been placed before the Court or deposited in the library by WHO and various States that have appeared before the Court in this matter.

Questions of knowledge, morality and legality in the use of nuclear weapons, considered in the context of 1995, are thus vastly different from those questions considered in the context of 1945, and need a totally fresh approach in the light of this immense quantity of information. This additional information has a deep impact upon the question of the legality now before the Court.

Action with full knowledge of the consequences of one's act is totally different in law from the same action taken in ignorance of its consequences. Any nation using the nuclear weapon today cannot be heard to say that it does not know its consequences. It is only in the context of this knowledge that the question of legality of the use of nuclear weapons can be considered in 1996.

#### 6. *Do Hiroshima and Nagasaki Show that Nuclear War Is Survivable?*

Over and above all these specific aspects of the rules of humanitarian law, and in a sense welding them together in one overall consideration, is the question of survivability of the target population — indeed, of the human race. Survivability is the limit situation of each individual danger underlying each particular principle of humanitarian law. The extreme situation that is reached if each danger is pressed to the limit of its potential is the situation of non-survivability. We reach that situation with nuclear war. In the fact that nuclear war could spell

---

<sup>59</sup> Winston Churchill, *The Second World War*, Vol. 6, "Triumph and Tragedy", 1953, p. 63.

chill, que son pays avait fait exploser avec succès une bombe nucléaire expérimentale dans le désert du Nouveau-Mexique, lui a envoyé le message codé suivant : « Nouveau-nés bien arrivés. »<sup>59</sup> Depuis le jour, lourd de conséquences, où l'avènement d'une bombe inconnue a pu, même dans un message codé, être saluée en ces termes, on a énormément appris sur les effets de cette nouvelle arme.

Sans doute en savait-on déjà beaucoup, à l'époque, sur la puissance de la bombe mais des connaissances infiniment plus étendues ont maintenant été acquises sur les effets des bombes nucléaires. Outre les nombreuses études militaires, il faut citer, parmi des centaines d'autres, les études détaillées de l'Organisation mondiale de la Santé et d'autres organisations spécialisées comme l'Association internationale des médecins pour la prévention de la guerre nucléaire (IPPNW); les études TTAPS sur l'hiver nucléaire; les études de la Commission scientifique sur les problèmes de l'environnement (SCOPE); celles du Conseil international des unions scientifiques (CIUS); et celles de l'Institut des Nations Unies pour la recherche sur le désarmement (UNIDIR). Une bonne partie de cette documentation a été communiquée à la Cour ou déposée à la bibliothèque de la Cour par l'Organisation mondiale de la Santé et plusieurs des Etats qui se sont présentés devant la Cour dans la présente affaire.

Sous l'angle de l'état des connaissances, de l'acceptabilité morale et de la licéité, la question de l'utilisation des armes nucléaires se pose donc aujourd'hui en termes très différents de ceux de 1945 et doit être analysée dans une perspective tout à fait nouvelle en tenant compte de l'énorme masse de données accumulées. Ces nouvelles données ont une très grande importance s'agissant de la question de la licéité soumise à la Cour.

Un même acte s'apprécie en droit de manière totalement différente selon que son auteur a agi en ayant pleinement conscience des conséquences qui en découlent ou lorsqu'il les ignorait totalement. Un pays qui utilise l'arme nucléaire aujourd'hui ne saurait prétendre qu'il n'est pas au courant des effets à attendre de son acte. C'est en fonction des connaissances de 1996 que la question de la licéité des armes nucléaires doit être examinée.

6. *Les bombes d'Hiroshima et de Nagasaki permettent-elles de conclure qu'il est possible de survivre à la guerre nucléaire?*

Une question dépasse tous les aspects particuliers des règles du droit humanitaire et en un sens les regroupe tous en une seule, la population cible — en fait la race humaine — a-t-elle une chance de survivre? Cette possibilité de survie marque le point critique de chacun des dangers auxquels répondent les divers principes du droit humanitaire. Le point extrême qui est atteint lorsqu'un danger particulier parvient à son potentiel maximum est le point où il n'y a pas de survie possible. C'est à ce point que conduit la guerre nucléaire. Le fait qu'une telle guerre peut

<sup>59</sup> Winston Churchill, *The Second World War*, vol. 6, *Triumph and Tragedy*, 1953, p. 63.

the end of the human race and of all civilization, all these principles thus coalesce.

A fact that obscures perception of the danger that nuclear war may well be unsurvivable is the experience of Hiroshima and Nagasaki. The fact that nuclear weapons were used in Japan and that that nation emerged from the war resilient and resurgent may lull the observer into a sense of false security that nuclear war is indeed survivable. International law itself has registered this complacency, for there is what may be described as an underlying subliminal assumption that nuclear war has been proved to be survivable.

It is necessary therefore to examine briefly some clear differences between that elementary scenario of a nuclear attack half a century ago and the likely characteristics of a nuclear war today. The following differences may be noted:

1. The bombs used in Hiroshima and Nagasaki were of not more than 15 kilotons explosive power. The bombs available for a future nuclear war will be many multiples of this explosive power.
2. Hiroshima and Nagasaki ended the war. The limit of that nuclear war was the use of two "small" nuclear weapons. The next nuclear war, should it come, cannot be assumed to be so restricted, for multiple exchanges must be visualized.
3. The target country in Hiroshima and Nagasaki was not a nuclear power. Nor were there any other nuclear powers to come to its assistance. A future nuclear war, if it occurs, will be in a world bristling with nuclear weapons which exist, not for display, but for a purpose. The possibility of even a minute fraction of those weapons being called into service is therefore an ever present danger to be reckoned with in a future nuclear war.
4. Hiroshima and Nagasaki, important though they were, were not the nerve centres of Japanese government and administration. Major cities and capitals of the warring States are likely to be targeted in a future nuclear war.
5. Major environmental consequences such as the nuclear winter — which could result from a multiple exchange of nuclear weapons — could not result from the "small" bombs used in Hiroshima and Nagasaki.

Hiroshima and Nagasaki thus do not prove the survivability of nuclear war. They are, rather, a forewarning on a minuscule scale of the dangers to be expected in a future nuclear war. They remove any doubt that might have existed, had the question of the legality of nuclear weapons been argued on the basis of scientific data alone, without a practical demonstration of their effect on human populations.

anéantir la race humaine et toute la civilisation a donc pour conséquence que tous les principes du droit humanitaire doivent être appliqués.

Si le risque qu'il n'y ait, en cas de guerre nucléaire, aucune chance de survie n'est pas toujours clairement perçu, c'est en raison de ce qui s'est passé après Hiroshima et Nagasaki. Le fait que des armes nucléaires ont été utilisées au Japon et que ce pays a résisté à la guerre et en est sorti plus dynamique et plus fort peut donner à l'observateur l'illusion rassurante qu'il est possible de survivre à la guerre nucléaire. Cette vision complaisante s'est insinuée jusque dans le droit international car il existe un vague sentiment que la preuve a été faite qu'il est possible de survivre à la guerre nucléaire.

Il faut donc passer brièvement en revue quelques-uns des points sur lesquels le scénario minimaliste d'une attaque nucléaire remontant à un demi-siècle diffère manifestement de ce que serait vraisemblablement une guerre nucléaire aujourd'hui. Les différences suivantes sont à noter :

- 1) Les bombes employées à Hiroshima et à Nagasaki avaient une puissance qui ne dépassaient pas 15 kilotonnes. Les bombes susceptibles d'être utilisées dans le cadre d'une guerre nucléaire auront une puissance infiniment supérieure.
- 2) Hiroshima et Nagasaki ont mis fin à la guerre. Cette guerre nucléaire étant limitée à l'utilisation de deux bombes nucléaires de petite taille. Rien ne permet de supposer que la prochaine guerre nucléaire, si elle a lieu, sera aussi limitée car des échanges multiples sont à prévoir.
- 3) Le pays cible, dans le cas d'Hiroshima et de Nagasaki, n'était pas une puissance dotées d'armes nucléaires. Et il n'y avait pas d'autre puissance dotée d'armes nucléaires qui était prête à lui venir en aide. La guerre nucléaire de demain, si elle a lieu, aura pour théâtre un monde où il existe une multiplicité d'armes nucléaires, qui ne sont pas là sans raison. La possibilité qu'une fraction de cet arsenal, si petite soit-elle, entre en action crée donc un risque permanent dont il faut tenir compte dans le contexte d'une éventuelle guerre nucléaire.
- 4) Les villes d'Hiroshima et de Nagasaki, si importantes fussent-elles, n'étaient pas les centres nerveux du gouvernement et de l'administration du Japon. Ce sont probablement les grandes villes et les capitales des pays belligérants qui seront visées dans le contexte d'une éventuelle guerre nucléaire.
- 5) Les dommages catastrophiques à l'environnement comme l'hiver nucléaire que pourrait causer un échange multiple de bombes n'étaient pas à craindre dans le cas des bombes de petite taille utilisées à Hiroshima et à Nagasaki.

Hiroshima et Nagasaki ne prouvent donc pas qu'il soit possible de survivre à la guerre nucléaire. Elles préfigurent plutôt, à une échelle très réduite, les dangers inhérents à une éventuelle guerre nucléaire. Elles fournissent la réponse à des questions qui auraient pu susciter des doutes s'il avait fallu examiner le problème de la licéité des armes nucléaires sur la base des seules données scientifiques sans pouvoir s'appuyer sur une démonstration pratique de leurs effets sur la population.

Every one of the evils which the rules of humanitarian law are designed to prevent thus comes together in the questions of survival attendant on the future use of nuclear weapons in war.

### 7. *A Perspective from the Past*

This section of the present opinion has surveyed in the broadest outline the effects of the bomb in the light of the known results of its use and in the light of scientific information available today. The non-conformity of the bomb with the norms of humanitarian law and, indeed, with the basic principles of international law seems upon this evidence to be self-evident, as more fully discussed later in this opinion.

It adds a sense of perspective to this discussion to note that even before the evidence of actual use, and even before the wealth of scientific material now available, a percipient observer was able, while the invention of the nuclear bomb still lay far in the distance, to detect the antithesis between the nuclear bomb and every form of social order — which would of course include international law. H. G. Wells, in *The World Set Free*, visualized the creation of the bomb on the basis of information already known in 1913 resulting from the work of Einstein and others on the correlation of matter and energy. Projecting his mind into the future with remarkable prescience, he wrote in 1913:

“The atomic bombs had dwarfed the international issues to complete insignificance . . . we speculated upon the possibility of stopping the use of these frightful explosives before the world was utterly destroyed. For to us it seemed quite plain these bombs, and the still greater power of destruction of which they were the precursors, might quite easily shatter every relationship and institution of mankind.”<sup>60</sup>

The power that would be unleashed by the atom was known theoretically in 1913. That theoretical knowledge was enough, even without practical confirmation, to foresee that the bomb could shatter every human relationship and institution. International law is one of the most delicate of those relationships and institutions.

It seems remarkable that the permissibility of the weapon under international law is still the subject of serious discussion, considering that the power of the bomb was awesomely demonstrated 40 years after its consequences were thus seen as “quite plain”, and that the world has had a further 50 years of time for reflection after that event.

---

<sup>60</sup> H. G. Wells, *The First Men in the Moon* and *The World Set Free*, Literary Press, London, undated reprint of 1913 ed., p. 237. See, also, the reference to Wells in R. J. Lifton and Richard Falk, *Indefensible Weapons*, 1982, p. 59.

Ainsi donc, tous les maux que les règles du droit humanitaire visent à prévenir sont à prendre en considération dans l'examen des questions de survie que soulève l'utilisation éventuelle des armes nucléaires dans une situation de guerre.

### 7. Une vision venant du passé

J'arrive ainsi au terme de la section de la présente opinion où j'ai analysé le plus largement possible les effets de la bombe sur la base des résultats connus de son emploi et des données scientifiques disponibles. La non-conformité de la bombe avec les normes du droit humanitaire et, de fait, avec les principes fondamentaux du droit international semble donc tout à fait évidente — et je reviendrai plus loin sur ce point.

Pour situer le problème dans une perspective plus vaste, il convient de rappeler que, bien que n'ayant pas été témoin de l'utilisation effective de l'arme nucléaire et bien que n'ayant pas accès à la masse de données scientifiques aujourd'hui disponibles, un observateur perspicace a su, longtemps avant l'invention de la bombe, en percevoir l'incompatibilité avec toute forme d'ordre social, notion qui englobe bien sûr le droit international. Dans *The World Set Free*, H. G. Wells, partant de ce que l'on savait déjà en 1913 grâce aux travaux d'Einstein et d'autres savants sur la corrélation entre la matière et l'énergie, a eu la prémonition de la création de la bombe. Se projetant dans l'avenir avec une remarquable prescience, il écrivait en 1913 :

«Les bombes atomiques avaient réduit les problèmes internationaux à l'insignifiance totale ... nous avons réfléchi à la possibilité d'empêcher l'utilisation de ces effroyables engins avant que le monde ne soit entièrement détruit. Car il nous paraît tout à fait évident que ces bombes, et le pouvoir destructeur encore plus grand auquel elles ouvrent la voie, pourraient très facilement saper tout le système de relations et d'institutions de l'humanité.»<sup>60</sup>

Dès 1913, la puissance que recelait l'atome était théoriquement connue. Sur cette base et en l'absence de toute confirmation pratique, on a pu prévoir que la bombe était capable de saper tout le système de relations et d'institutions de l'humanité. Le droit international est l'un des éléments les plus fragiles de ce système.

Il est remarquable que la question de savoir si l'arme est permise au regard du droit international continue d'être sérieusement débattue alors même que la preuve de sa puissance a été, quarante ans après que les conséquences à en attendre auront été qualifiées de «tout à fait évidentes», administrée de façon terrifiante et alors même que le monde a disposé, depuis, d'un nouveau délai de réflexion de cinquante ans.

<sup>60</sup> H. G. Wells, *The First Men in the Moon* et *The World Set Free*, Literary Press, Londres, réimpression non datée de l'édition de 1913, p. 237. Voir aussi l'allusion à Wells dans R. J. Lifton et Richard Falk, *Indefensible Weapons*, 1982, p. 59.

### III. HUMANITARIAN LAW

It could indeed be said that the principal question before the Court is whether the nuclear weapon can in any way be reconciled with the basic principles of humanitarian law.

The governance of nuclear weapons by the principles of humanitarian law has not been in doubt at any stage of these proceedings, and has now been endorsed by the unanimous opinion of the Court (para. 105 (2) D). Indeed, most of the States contending that the use of nuclear weapons is lawful have acknowledged that their use is subject to international humanitarian law.

Thus the Russian Federation has stated:

“Naturally, all that has been said above does not mean that the use of nuclear weapons is not limited at all. Even if the use of nuclear weapons is in principle justifiable — in individual or collective self-defence — that use shall be made within the framework of limitations imposed by humanitarian law with respect to means and methods of conducting military activities. It is important to note that with respect to nuclear weapons those limitations are limitations under customary rather than treaty law.” (Written Statement, p. 18.)

The United States states:

“The United States has long taken the position that various principles of the international law of armed conflict would apply to the use of nuclear weapons as well as to other means and methods of warfare. This in no way means, however, that the use of nuclear weapons is precluded by the law of war. As the following will demonstrate, the issue of the legality depends on the precise circumstances involved in any particular use of a nuclear weapon.” (Written Statement, p. 21.)

So, also, the United Kingdom:

“It follows that the law of armed conflict by which the legality of any given use of nuclear weapons falls to be judged includes all the provisions of customary international law (including those which have been codified in Additional Protocol I) and, where appropriate, of conventional law but excludes those provisions of Protocol I which introduced new rules into the law.” (Written Statement, p. 46, para. 3.55.)

The subordination of nuclear weapons to the rules of humanitarian law has thus been universally recognized, and now stands judicially confirmed as an incontrovertible principle of international law.

It remains then to juxtapose the leading principles of humanitarian law against the known results of nuclear weapons, as already outlined. When

## III. DROIT HUMANITAIRE

On peut dire que la principale question dont la Cour est saisie est de savoir si les armes nucléaires sont, à un degré quelconque, compatibles avec les principes fondamentaux du droit humanitaire.

L'application aux armes nucléaires des principes du droit humanitaire n'a été contestée à aucun stade de la procédure et a maintenant été confirmée par l'avis unanime de la Cour (alinéa D du paragraphe 2 du dispositif). La plupart des Etats qui soutiennent que l'emploi des armes nucléaires est licite ont d'ailleurs reconnu que leur utilisation est soumise aux règles du droit international humanitaire.

Ainsi la Fédération de Russie a déclaré :

« Bien entendu, les développements qui précèdent ne signifient pas que l'emploi des armes nucléaires n'est assujéti à aucune limitation. Même si leur emploi est en principe justifiable — en état de légitime défense individuelle ou collective — il doit s'insérer dans le cadre des restrictions imposées par le droit humanitaire en ce qui concerne les moyens et méthodes de conduite des activités militaires. Il est important de noter que, s'agissant des armes nucléaires, ces restrictions découlent du droit coutumier plutôt que du droit conventionnel. » (Exposé écrit, p. 18.)

Les Etats-Unis d'Amérique se sont exprimés dans les termes suivants :

« La position des Etats-Unis, qui n'est pas nouvelle, est que les divers principes du droit international des conflits armés s'appliquent à l'emploi des armes nucléaires comme ils s'appliquent à l'ensemble des autres méthodes et moyens de guerre. Mais cela ne signifie pas que l'emploi des armes nucléaires soit interdit par le droit de la guerre. Comme le démontre la suite du présent exposé, la réponse à la question de la licéité dépend des circonstances précises qui entourent un cas déterminé d'emploi d'une arme nucléaire. » (Exposé écrit, p. 21.)

Et le Royaume-Uni le fit ainsi :

« Il s'ensuit de là que le droit des conflits armés par rapport auquel la licéité d'un emploi déterminé de bombes nucléaires doit s'apprécier englobe toutes les dispositions du droit international coutumier (y compris celles qui ont été codifiées dans le protocole additionnel I) et, le cas échéant, du droit conventionnel, à l'exclusion toutefois des dispositions du protocole I qui ont introduit de nouvelles règles dans le droit. » (Exposé écrit, p. 46, par. 3.55.)

La subordination des armes nucléaires aux règles du droit humanitaire est donc universellement reconnue et a maintenant été confirmée sur le plan judiciaire en tant que principe indiscutable du droit international.

Il faut donc maintenant mettre en regard les grands principes du droit humanitaire et les effets avérés des bombes nucléaires qui ont été décrits



the principles and the facts are lined up alongside each other, the total incompatibility of the principles with the facts leads inescapably to but one conclusion — that nuclear weapons are inconsistent with humanitarian law. Since they are unquestionably governed by humanitarian law, they are unquestionably illegal.

Among the prohibitions of international humanitarian law relevant to this case are the prohibitions against weapons which cause superfluous injury, weapons which do not differentiate between combatants and civilians, and weapons which do not respect the rights of neutral States.

A more detailed consideration follows.

### 1. *"Elementary Considerations of Humanity"*

This phrase gives expression to a core concept of humanitarian law. Is the conduct of a State in any given situation contrary to the elementary considerations of humanity? One need go no further than to formulate this phrase, and then recount the known results of the bomb as outlined above. The resulting contrast between light and darkness is so dramatic as to occasion a measure of surprise that their total incompatibility has even been in doubt.

One wonders whether, in the light of common sense, it can be doubted that to exterminate vast numbers of the enemy population, to poison their atmosphere, to induce in them cancers, keloids and leukaemias, to cause congenital defects and mental retardation in large numbers of unborn children, to devastate their territory and render their food supply unfit for human consumption — whether acts such these can conceivably be compatible with "elementary considerations of humanity". Unless one can in all conscience answer such questions in the affirmative, the argument is at an end as to whether nuclear weapons violate humanitarian law, and therefore violate international law.

President Woodrow Wilson, in an address delivered to a joint session of Congress on 2 April 1917, gave elegant expression to this concept when he observed:

"By painful stage after stage has that law been built up, with meager enough results, indeed, . . . but always with a clear view, at least, of what the heart and conscience of mankind demanded."<sup>61</sup>

In relation to nuclear weapons, there can be no doubt as to "what the heart and conscience of mankind" demand. As was observed by another

---

<sup>61</sup> Address of the President of the United States at a Joint Session of the Two Houses of Congress, 2 April 1917, reprinted in *American Journal of International Law*, 1917, Vol. 11, Supp., p. 144. The President was speaking in the context of the indiscriminate German submarine attacks on shipping which he described as "a warfare against mankind".

plus haut. Une fois rapprochés les principes et les faits, leur incompatibilité totale ne peut aboutir qu'à une seule conclusion — que les armes nucléaires sont incompatibles avec le droit humanitaire. Puisqu'elles sont sans conteste régies par le droit humanitaire, elles sont sans conteste illécites.

Parmi les interdictions du droit international humanitaire qui sont pertinentes dans la présente affaire figurent l'interdiction des armes causant des maux superflus, des armes qui ne font pas de distinction entre la population civile et les combattants et des armes qui ne permettent pas de respecter les droits des Etats neutres.

Je vais maintenant analyser plus en détails ces considérations.

### 1. *Les « considérations élémentaires d'humanité »*

Cette formule est la traduction d'une notion clé du droit humanitaire. La conduite d'un Etat dans une situation donnée est-elle contraire aux considérations élémentaires d'humanité? Il suffit d'évoquer cette formule et de rappeler les résultats avérés de la bombe décrits plus haut pour que la contradiction éclate au grand jour. L'opposition est si radicale qu'on peut s'étonner qu'elle ait même pu être mise en doute.

Peut-on soutenir, en toute logique, qu'exterminer massivement les habitants du pays ennemi, empoisonner l'air qu'ils respirent, provoquer chez eux des cancers, des tumeurs chéloïdes et des leucémies, exposer un grand nombre de leurs descendants à des risques de malformations congénitales et d'arriération mentale, dévaster leur territoire et rendre leurs produits alimentaires impropres à la consommation, peut-on soutenir que des actes de ce genre sont compatibles avec les « considérations élémentaires d'humanité »? A moins d'être prêt à répondre en conscience à ces questions par l'affirmative, on doit reconnaître qu'il n'y a plus place pour aucune discussion sur le point de savoir si les armes nucléaires violent le droit humanitaire, et donc le droit international.

Le président Woodrow Wilson, dans un discours prononcé lors d'une séance conjointe du Congrès le 2 avril 1917, a très bien formulé cette idée lorsqu'il a dit :

« Progressivement et laborieusement, l'effort de développement de ce droit s'est poursuivi, avec des résultats certes bien modestes ... mais toujours, du moins, en pleine connaissance de ce que le cœur et la conscience de l'humanité exigeaient. »<sup>61</sup>

S'agissant des armes nucléaires, il ne peut pas y avoir le moindre doute sur ce que « le cœur et la conscience de l'humanité » exigent. Un autre

<sup>61</sup> Discours prononcé le 2 avril 1917 par le président des Etats-Unis d'Amérique à une séance conjointe des deux chambres du Congrès, réimprimé dans *American Journal of International Law*, 1917, vol. 11, suppl., p. 144. Les paroles du président étaient inspirées par les attaques des sous-marins allemands contre les navires de guerre et les navires marchands indistinctement; il a parlé dans ce contexte de « guerre contre l'humanité ».

American President, President Reagan, "I pray for the day when nuclear weapons will no longer exist anywhere on earth."<sup>62</sup> That sentiment, shared by citizens across the world — as set out elsewhere in this opinion — provides the background to modern humanitarian law, which has progressed from the time when President Wilson described its results as "meager . . . indeed".

The ensuing portions of this opinion are devoted to an examination of the present state of development of the principles of humanitarian law.

## 2. *Multicultural Background to the Humanitarian Laws of War*

It greatly strengthens the concept of humanitarian laws of war to note that this is not a recent invention, nor the product of any one culture. The concept is of ancient origin, with a lineage stretching back at least three millennia. As already observed, it is deep-rooted in many cultures — Hindu, Buddhist, Chinese, Christian, Islamic and traditional African. These cultures have all given expression to a variety of limitations on the extent to which any means can be used for the purposes of fighting one's enemy. The problem under consideration is a universal problem, and this Court is a universal Court, whose composition is required by its Statute to reflect the world's principal cultural traditions<sup>63</sup>. The multicultural traditions that exist on this important matter cannot be ignored in the Court's consideration of this question, for to do so would be to deprive its conclusions of that plenitude of universal authority which is available to give it added strength — the strength resulting from the depth of the tradition's historical roots and the width of its geographical spread<sup>64</sup>.

Of special relevance in connection with nuclear weapons is the ancient South Asian tradition regarding the prohibition on the use of hyper-destructive weapons. This is referred to in the two celebrated Indian epics, the *Ramayana* and the *Mahabharatha*, which are known and regularly re-enacted through the length and breadth of South and South-East Asia, as part of the living cultural tradition of the region. The references in these two epics are as specific as can be on this principle, and they relate to a historical period around three thousand years ago.

<sup>62</sup> Speech of 16 June 1983, referred to by Robert S. McNamara, *op. cit.*, p. 60.

<sup>63</sup> I note in this context the sad demise of our deeply respected Latin American colleague, Judge Andrés Aguilar-Mawdsley, six days before the hearings of the case commenced, thus reducing the Court to fourteen, and depriving its composition of a Latin American component.

<sup>64</sup> As observed in a contemporary study of the development of international humanitarian law, there is evidence "of efforts made by every people in every age to reduce the devastation of war" (Herczegh, *op. cit.*, p. 14).

président des Etats-Unis, le président Reagan, a déclaré : « J'appelle de tous mes vœux le jour où il ne restera plus d'armes nucléaires nulle part sur la terre. »<sup>62</sup> Cette attitude, qui est aussi — comme le souligne la présente opinion en divers endroits — celle de simples citoyens dans le monde entier, inspire le droit humanitaire moderne, qui a fait des progrès depuis le temps où le président Wilson en qualifiait les résultats de « bien modestes ».

La suite de la présente opinion sera consacrée à un examen de l'état actuel de développement des principes du droit humanitaire.

## 2. *L'origine multiculturelle du droit humanitaire de la guerre*

Le droit humanitaire de la guerre tire une autorité accrue du fait que, loin d'être une invention récente ou l'émanation d'une culture déterminée, il remonte à des temps anciens et repose sur une tradition trois fois millénaire et que, comme on l'a déjà souligné, il a de profondes racines dans de nombreuses cultures — hindoue, bouddhiste, chinoise, chrétienne, islamique et africaine. Toutes ces cultures ont dégagé une série de restrictions à la possibilité d'employer tel ou tel moyen pour combattre l'ennemi. Le problème à l'examen est universel et la Cour est elle-même une instance universelle dont la composition doit statutairement refléter les principales formes de culture du monde<sup>63</sup>. La Cour ne saurait ne tenir aucun compte en l'espèce des traditions multiculturelles qui existent sur cette importante question ; il lui faut au contraire invoquer dans toute sa plénitude l'autorité universelle dont elle peut se prévaloir pour donner à ses conclusions un poids supplémentaire — le poids que confèrent aux traditions considérées la profondeur de leurs racines historiques et l'ampleur de leur champ géographique<sup>64</sup>.

S'agissant des armes nucléaires, la tradition ancestrale de l'Asie du Sud touchant l'interdiction d'employer des armes hyperdestructives est particulièrement pertinente. Cette tradition se reflète dans deux célèbres épopées indiennes, le *Ramayana* et le *Mahabharatha*, qui sont connues et régulièrement représentées dans toute l'Asie du Sud et du Sud-Est où elles font partie du patrimoine culturel vivant des pays de la région. Ces deux épopées ne pourraient pas être plus précises dans leurs références à l'interdiction en question et elles portent sur une histoire vieille de près de trois mille ans.

<sup>62</sup> Discours du 16 juin 1983, mentionné par Robert McNamara, *op. cit.*, p. 60.

<sup>63</sup> Je note à ce propos que notre éminent collègue, le juge latino-américain Andrés Aguilar-Mawdsley, est malheureusement décédé six jours avant que ne commencent les audiences dans la présente affaire, ce qui a réduit le nombre des juges à quatorze et privé la Cour de sa composante latino-américaine.

<sup>64</sup> Comme le souligne une étude contemporaine du développement du droit international humanitaire, il apparaît que « des efforts ont été faits par tous les peuples à toutes les époques pour limiter les ravages de la guerre » (Herczegh, *op. cit.*, p. 14).

The *Ramayana*<sup>65</sup> tells the epic story of a war between Rama, prince of Ayodhya in India, and Ravana, ruler of Sri Lanka. In the course of this epic struggle, described in this classic in the minutest detail, a weapon of war became available to Rama's half-brother, Lakshmana, which could "destroy the entire race of the enemy, including those who could not bear arms".

Rama advised Lakshmana that the weapon could not be used in the war

"because such destruction *en masse* was forbidden by the ancient laws of war, even though Ravana was fighting an unjust war with an unrighteous objective"<sup>66</sup>.

These laws of war which Rama followed were themselves ancient in his time. The laws of Manu forbade stratagems of deceit, all attacks on unarmed adversaries and non-combatants, irrespective of whether the war being fought was a just war or not<sup>67</sup>. The Greek historian Megasthenes<sup>68</sup> makes reference to the practice in India that warring armies left farmers tilling the land unmolested, even though the battle raged close to them. He likewise records that the land of the enemy was not destroyed with fire nor his trees cut down<sup>69</sup>.

The *Mahabharatha* relates the story of an epic struggle between the Kauravas and the Pandavas. It refers likewise to the principle forbidding hyperdestructive weapons when it records that:

"Arjuna, observing the laws of war, refrained from using the '*pasupathastra*', a hyper-destructive weapon, because when the fight was restricted to ordinary conventional weapons, the use of extraordinary or unconventional types was not even moral, let alone in conformity with religion or the recognized laws of warfare."<sup>70</sup>

Weapons causing unnecessary suffering were also banned by the Laws of Manu as, for example, arrows with hooked spikes which, after enter-

<sup>65</sup> *The Ramayana*, Romesh Chunder Dutt (trans.).

<sup>66</sup> See Nagendra Singh, "The Distinguishable Characteristics of the Concept of the Law as It Developed in Ancient India", in *Liber Amicorum for the Right Honourable Lord Wilberforce*, 1987, p. 93. The relevant passage of *The Ramayana* is *Yuddha Kanda (Sloka)*, VIII.39.

<sup>67</sup> *Manusmriti*, vii, 91, 92.

<sup>68</sup> c. 350 BC-c. 290 BC — ancient Greek historian and diplomat sent on embassies by Seleucus I to Chandragupta Maurya, who wrote the most complete account of India then known to the Greek world.

<sup>69</sup> Megasthenes, *Fragments*, cited in N. Singh, *Juristic Concepts of Ancient Indian Polity*, 1980, pp. 162-163.

<sup>70</sup> *Mahabharatha, Udyog Parva*, 194.12, cited in Nagendra Singh, "The Distinguishable Characteristics of the Concept of Law as It Developed in Ancient India", *op. cit.*, p. 93.

Le *Ramayana*<sup>65</sup> raconte l'histoire héroïque d'une guerre entre Rama, prince d'Ayodhya en Inde, et Ravana, souverain du Sri Lanka. Au cours de cette lutte épique, que ce classique décrit dans le moindre détail, le demi-frère de Rama, Lakshmana, vint à acquérir un engin de guerre qui pouvait «détruire toute la race de l'ennemi, y compris ceux qui ne pouvaient porter les armes».

Rama fit valoir à Lakshmana que l'engin ne pouvait être utilisé dans le combat

«parce que ce type de destruction massive était interdit par les lois de la guerre héritées du passé même si Ravana cherchait à atteindre, par une guerre injuste, un objectif contraire au droit»<sup>66</sup>.

Les lois de la guerre auxquelles Rama se conformait étaient, déjà à son époque, des lois traditionnelles. Les lois de Manu interdisaient le recours aux stratagèmes et à la ruse ainsi que toute attaque contre des adversaires sans armes et des non-combattants et, ce, que la guerre soit juste ou injuste<sup>67</sup>. L'historien grec Megasthenes<sup>68</sup> rapporte qu'il était d'usage en Inde que les armées en lutte épargnent les paysans travaillant dans leurs champs, même si la bataille faisait rage tout près d'eux. Il signale en outre que la terre de l'adversaire n'était pas détruite par le feu ni ses arbres abattus<sup>69</sup>.

Le *Mahabharatha* est le récit d'une lutte épique entre les Kauravas et les Pandavas qui évoque, lui aussi, le principe interdisant les armes hyper-destructives lorsqu'il signale que :

«Arjuna, se conformant aux lois de la guerre, s'abstint d'utiliser le «*pasupathastra*», une arme hyperdestructive, au motif que, dès lors que le combat ne faisait appel qu'aux armes classiques ordinaires, l'emploi d'armes extraordinaires ou non classiques eût été non seulement contraire à la religion ou aux lois de la guerre reconnues, mais immoral.»<sup>70</sup>

Les armes causant des maux superflus ont également été bannies par les lois de Manu qui mentionnent par exemple les flèches avec pointe à

<sup>65</sup> *The Ramayana*, traduction française basée sur la traduction de Romesh Chunder Dutt.

<sup>66</sup> Voir Nagendra Singh, «The Distinguishable Characteristics of the Concept of Law as It Developed in Ancient India», dans *Liber Amicorum for the Right Honourable Lord Wilberforce*, 1987, p. 93. Le passage pertinent du *Ramayana* se trouve dans *Yuddah Kanda (Sloka)*, VIII.39.

<sup>67</sup> *Manusmṛti*, vii, 91, 92.

<sup>68</sup> Approx. 350 av. J.-C.-290 av. J.-C. Historien et diplomate de la Grèce ancienne, envoyé en ambassade par Seleucos I à Chandragupta Maurya, il est l'auteur du compte rendu le plus complet sur l'Inde que connût alors le monde grec.

<sup>69</sup> Megasthenes, *Fragments*, cité dans N. Singh, *Juristic Concepts of Ancient Indian Polity*, 1980, p. 162-163.

<sup>70</sup> *Mahabharatha, Udyog Parva*, 194.12, cité dans Nagendra Singh, «The Distinguishable Characteristics of the Concept of Law as It Developed in Ancient India», *op. cit.*, p. 93.

ing the body would be difficult to take out, or arrows with heated or poisoned tips<sup>71</sup>.

The environmental wisdom of ancient Judaic tradition is also reflected in the following passage from Deuteronomy (20:19):

“When you are trying to capture a city, do not cut down its fruit trees, even though the siege lasts a long time. Eat the fruit but do not destroy the trees. *The trees are not your enemies.*” (Emphasis added.)

Recent studies of warfare among African peoples likewise reveal the existence of humanitarian traditions during armed conflicts, with moderation and clemency shown to enemies<sup>72</sup>. For example, in some cases of traditional African warfare, there were rules forbidding the use of particular weapons and certain areas had highly developed systems of etiquette, conventions, and rules, both before hostilities commenced, during hostilities, and after the cessation of hostilities — including a system of compensation<sup>73</sup>.

In the Christian tradition, the Second Lateran Council of 1139 offers an interesting illustration of the prohibition of weapons which were too cruel to be used in warfare — the crossbow and the siege machine, which were condemned as “deadly and odious to God”<sup>74</sup>. Nussbaum, in citing this provision, observes that, it “certainly appears curious in the era of the atomic bomb”. There was a very early recognition here of the dangers that new techniques were introducing into the field of battle. Likewise, in other fields of the law of war, there were endeavours to bring it within some forms of control as, for example, by the proclamation of “Truces of God” — days during which feuds were not permitted which were expanded in some church jurisdictions to periods from sunset on Wednesday to sunrise on Monday<sup>75</sup>.

Gratian’s *Decretum* in the twelfth century was one of the first Christian works dealing with these principles, and the ban imposed by the Second Lateran Council was an indication of the growing interest in the subject. However, in Christian philosophy, while early writers such as St. Augustine examined the concept of the just war (*ius ad bellum*) in great detail, the *ius in bello* was not the subject of detailed study for some centuries.

Vitoria gathered together various traditions upon the subject, including traditions of knightly warfare from the age of chivalry; Aquinas

<sup>71</sup> *Manusmrti*, VII.90, cited in N. Singh, *India and International Law*, 1973, p. 72.

<sup>72</sup> See Y. Diallo, *Traditions africaines et droit humanitaire*, 1978, p. 16; E. Bello, *African Customary Humanitarian Law*, ICRC, 1980, both referred to in Herczegh, *op. cit.*, p. 14.

<sup>73</sup> Bello, *op. cit.*, pp. 20-21.

<sup>74</sup> Resolutions of the Second Lateran Council, Canon XXIX, cited by Nussbaum, *A Concise History of the Law of Nations*, 1947, p. 25.

<sup>75</sup> *Ibid.*, p. 26.

barbillons qui, une fois entrées dans le corps, seraient difficiles à extirper ou les flèches aux pointes rougies au feu ou empoisonnées<sup>71</sup>.

La sagesse de la tradition judaïque ancienne se reflète, pour ce qui est de l'environnement, dans le passage ci-après du Deutéronome (20:19):

«Lorsque tu tentes de capturer une ville, n'abats pas ses arbres fruitiers même si le siège dure longtemps. Mange les fruits mais ne détruis pas les arbres. *Les arbres ne sont pas tes ennemis.*» (Les italiques sont de moi.)

Des études récentes sur la conduite de la guerre chez les peuples africains révèlent de même l'existence de traditions humanitaires dans le cadre des conflits armés, les adversaires étant traités avec modération et clémence<sup>72</sup>. Par exemple, il y avait en Afrique un art de la guerre traditionnel qui prévoyait dans certains cas l'interdiction d'armes déterminées et certaines régions appliquaient, la veille, au cours et au lendemain des hostilités, un cérémonial, des conventions et des règles très complexes — un système d'indemnisation étant même prévu<sup>73</sup>.

Dans la tradition chrétienne, le deuxième concile de Latran tenu en 1139 mérite une mention spéciale pour avoir interdit les armes trop cruelles pour être utilisées au combat, l'arbalète et les machines de siège, condamnées comme «meurtrières et odieuses au Seigneur»<sup>74</sup>. Nussbaum, citant cette clause, observe qu'elle «paraît certainement curieuse à l'ère de la bombe atomique». Elle montre qu'on s'est très tôt rendu compte des dangers que comportait l'introduction de techniques nouvelles sur le champ de bataille. Dans d'autres domaines du droit de la guerre, des efforts ont été faits pour imposer certains contrôles, par exemple, par la proclamation de «trêves de Dieu» qui interdisaient les combats certains jours de la semaine et qui pouvaient se prolonger, selon les diocèses, du mercredi au coucher du soleil jusqu'au lundi à l'aube<sup>75</sup>.

Le décret de Gratien, au XII<sup>e</sup> siècle, a été l'un des premiers écrits chrétiens à traiter de ces principes et l'interdiction de certaines armes imposée par le deuxième concile de Latran témoigne de l'intérêt croissant suscité par la question. S'agissant de la philosophie chrétienne, on notera que si la notion de guerre juste (*jus ad bellum*) a été très tôt examinée très en détail par des penseurs comme saint Augustin, il a fallu attendre plusieurs siècles pour que le *jus in bello* fasse l'objet d'études approfondies.

Vitoria a recueilli des traditions de diverses origines sur le sujet et, en particulier, les traditions guerrières de l'époque de la chevalerie; saint

<sup>71</sup> *Manusmrti*, VII.90, cité dans N. Singh, *India and International Law*, 1973, p. 72.

<sup>72</sup> Voir Y. Diallo, *Traditions africaines et droit humanitaire*, 1978, p. 16; E. Bello, *African Customary Humanitarian Law*, CICR, 1980, l'un et l'autre mentionnés dans Herczegh, *op. cit.*, p. 14.

<sup>73</sup> Bello, *op. cit.*, p. 20-21.

<sup>74</sup> Résolutions du deuxième concile de Latran, canon XXIX, cité par Nussbaum, *A Concise History of the Law of Nations*, 1947, p. 25.

<sup>75</sup> *Ibid.*, p. 26.



worked out a well-developed doctrine relating to the protection of non-combatants; and other writers fed the growing stream of thought upon the subject.

In the Islamic tradition, the laws of war forbade the use of poisoned arrows or the application of poison on weapons such as swords or spears<sup>76</sup>. Unnecessarily cruel ways of killing and mutilation were expressly forbidden. Non-combatants, women and children, monks and places of worship were expressly protected. Crops and livestock were not to be destroyed<sup>77</sup> by anyone holding authority over territory. Prisoners were to be treated mercifully in accordance with such Qur'anic passages as "Feed for the love of Allah, the indigent, the orphan *and the captive*."<sup>78</sup> So well developed was Islamic law in regard to conduct during hostilities that it ordained not merely that prisoners were to be well treated, but that if they made a last will during captivity, the will was to be transmitted to the enemy through some appropriate channel<sup>79</sup>.

The Buddhist tradition went further still, for it was totally pacifist, and would not countenance the taking of life, the infliction of pain, the taking of captives or the appropriation of another's property or territory in any circumstances whatsoever. Since it outlaws war altogether, it could under no circumstances lend its sanction to weapons of destruction — least of all to a weapon such as the nuclear bomb.

"According to Buddhism there is nothing that can be called a 'just war' — which is only a false term coined and put into circulation to justify and excuse hatred, cruelty, violence and massacre. Who decides what is just and unjust? The mighty and the victorious are 'just', and the weak and the defeated are 'unjust'. Our war is always 'just' and your war is always 'unjust'. Buddhism does not accept this position."<sup>80</sup>

In rendering an advisory opinion on a matter of humanitarian law concerning the permissibility of the use of force to a degree capable of destroying all of humanity, it would be a grave omission indeed to neglect the humanitarian perspectives available from this major segment of the world's cultural traditions<sup>81</sup>.

<sup>76</sup> See N. Singh, *India and International Law*, *op. cit.*, p. 216.

<sup>77</sup> *Qur'an*, II.205.

<sup>78</sup> *Ibid.*, LXXVII.8; emphasis added.

<sup>79</sup> S. R. Hassan, *The Reconstruction of Legal Thought in Islam*, 1974, p. 177. See, generally, Majid Khadduri, *War and Peace in the Law of Islam*, 1955. For a brief summary of the Islamic law relating to war, see C. G. Weeramantry, *Islamic Jurisprudence: Some International Perspectives*, 1988, pp. 134-138.

<sup>80</sup> Walpola Rahula, *What the Buddha Taught*, 1959, p. 84.

<sup>81</sup> On Buddhism and international law, see, generally, K. N. Jayetilleke, "The Principles of International Law in Buddhist Doctrine", *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, Vol. 120 (1967-I), pp. 441-567.

Thomas d'Aquin a élaboré une doctrine très détaillée sur la protection des non-combattants; et d'autres auteurs ont alimenté le courant de pensée de plus en plus développé engendré par la question.

Dans la tradition islamique, les lois de la guerre interdisaient d'employer les flèches empoisonnées ainsi que d'enduire de poison les armes telles que lances ou épées<sup>76</sup>. Il était formellement prohibé d'utiliser pour tuer des procédés inutilement cruels et de pratiquer des mutilations. Les non-combattants, les femmes et les enfants, les moines et les lieux de culte étaient expressément protégés. Les récoltes et le bétail devaient être épargnés<sup>77</sup> par quiconque avait le contrôle d'un territoire. Les prisonniers devaient être traités avec clémence conformément à des préceptes coraniques tels que: «Nourris, pour l'amour d'Allah, l'indigent, l'orphelin *et le captif*.»<sup>78</sup> Le droit islamique était si développé en ce qui concerne la conduite à observer pendant les hostilités qu'il ordonnait non seulement que les prisonniers soient bien traités mais aussi que, s'ils exprimaient leurs dernières volontés pendant leur captivité, celles-ci soient communiquées à l'ennemi par la voie appropriée<sup>79</sup>.

La tradition bouddhiste allait encore plus loin car elle était totalement pacifiste et interdisait de tuer, d'infliger des souffrances, de faire des prisonniers ou de s'emparer des biens ou du territoire d'autrui, en toutes circonstances. Puisqu'elle bannit totalement la guerre, elle ne pourrait en aucun cas donner son aval aux armes de destruction — surtout à une arme telle que la bombe nucléaire:

«Pour le bouddhisme, il n'y a pas de «guerre juste», notion fallacieuse imaginée et propagée pour justifier et excuser la haine, la cruauté, la violence et l'extermination. Qui détermine ce qui est juste et injuste? Les puissants et les vainqueurs sont «justes» et les faibles et les vaincus sont «injustes». Notre guerre est toujours «juste» et votre guerre toujours «injuste». Le bouddhisme n'accepte pas ce point de vue.»<sup>80</sup>

Dans un avis consultatif sur une question de droit humanitaire touchant la licéité de l'emploi de la force au point de menacer l'humanité tout entière de destruction, ce serait une grave erreur de passer sous silence les conceptions humanitaires qui nous viennent de l'une des plus importantes traditions culturelles du monde<sup>81</sup>.

<sup>76</sup> Voir N. Singh, *India and International Law*, op. cit., p. 216.

<sup>77</sup> *Qur'an*, II.205.

<sup>78</sup> *Ibid.*, LXXVII.8; les italiques sont de moi.

<sup>79</sup> S. R. Hassan, *The Reconstruction of Legal Thought in Islam*, 1974, p. 177. Voir, d'une manière générale, Majid Khadduri, *War and Peace in the Law of Islam*, 1955. Pour un aperçu du droit islamique concernant la guerre, voir C. G. Weeramantry, *Islamic Jurisprudence: Some International Perspectives*, 1988, p. 134-138.

<sup>80</sup> Walpola Rahula, *What the Buddha Taught*, 1959, p. 84.

<sup>81</sup> Concernant le bouddhisme et le droit international, voir, d'une manière générale, K. N. Jayetilleke, «The Principles of International Law in Buddhist Doctrine», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, t. 120 (1967), p. 441-567.

Examples of the adoption of humanitarian principles in more recent history are numerous. For example, in the Crimean War in 1855, the use of sulphur was proposed at the Siege of Sebastopol, but would not be permitted by the British Government, just as during the American Civil War the use of chlorine in artillery shells by the Union forces was proposed in 1862, but rejected by the Government<sup>82</sup>.

It is against such a varied cultural background that these questions must be considered and not merely as though they are a new sentiment invented in the nineteenth century and so slenderly rooted in universal tradition that they may be lightly overridden.

Grotius' concern with the cruelties of war is reflected in his lament that:

“when arms were once taken up, all reverence for divine and human law was thrown away, just as if men were thenceforth authorized to commit all crimes without restraint”<sup>83</sup>.

The foundations laid by Grotius were broad-based and emphasized the absolute binding nature of the restrictions on conduct in war. In building that foundation, Grotius drew upon the collective experience of humanity in a vast range of civilizations and cultures.

Grotius' encyclopedic study of literature, from which he drew his principles, did not of course cover the vast mass of Hindu, Buddhist and Islamic literature having a bearing on these matters, and he did not have the benefit of this considerable supplementary source, demonstrating the universality and the extreme antiquity of the branch of law we call the *jus in bello*.

### 3. Outline of Humanitarian Law

Humanitarian principles have long been part of the basic stock of concepts embedded in the corpus of international law. Modern international law is the inheritor of a more than hundred-year heritage of active humanitarian concern with the sufferings of war. This concern has aimed at placing checks upon the tendency, so often prevalent in war, to break every precept of human compassion. It has succeeded in doing so in several specific areas, but animating and underlying all those specific instances are general principles of prevention of human suffering that goes beyond the purposes and needs of war.

<sup>82</sup> See L. S. Wolfe, “Chemical and Biological Warfare: Effects and Consequences”, *McGill Law Journal*, 1983, Vol. 28, p. 735. See, also, “Chemical Warfare” in *Encyclopaedia Britannica*, 1959, Vol. 5, pp. 353-358.

<sup>83</sup> Grotius, *Prolegomena*, para. 28, trans. Whewell.

Dans l'histoire plus récente, les exemples d'adhésion aux principes humanitaires sont très nombreux. C'est ainsi que pendant la guerre de Crimée, en 1855, il a été proposé lors du siège de Sébastopol l'emploi du soufre, mais le Gouvernement britannique s'y était opposé. De même, pendant la guerre civile américaine, il a été proposé en 1862 de placer du chlore dans les obus utilisés par les forces de l'Union, mais le gouvernement a rejeté cette proposition<sup>82</sup>.

C'est dans ce riche contexte culturel qu'il faut replacer les questions à l'étude en se rendant bien compte qu'elles n'ont pas leur origine dans un sentiment nouveau né au siècle dernier et si éloigné de la tradition universelle pour qu'on puisse s'en écarter à la légère.

Face aux cruautés de la guerre, Grotius notait, en le déplorant, que :

«lorsque les armes commencent à parler, tout respect pour les lois divines et humaines est balayé, comme si les hommes avaient, à partir de là, toute liberté pour commettre tous les crimes»<sup>83</sup>.

Les thèses de Grotius avaient une large assise et insistaient sur le caractère absolument contraignant des restrictions applicables à la conduite de la guerre. En élaborant ces thèses, Grotius s'est appuyé sur l'expérience collective de l'humanité puisée dans une large gamme de civilisations et de cultures.

Dans son étude encyclopédique des sources écrites d'où ses principes découlent, Grotius n'a naturellement pas eu accès aux témoignages fournis par les traditions hindoue, bouddhiste et islamique sur les questions à l'étude et a dû travailler sans le bénéfice de cet appoint documentaire considérable d'où il ressort que la branche du droit que nous désignons sous le nom de *jus in bello* est universelle dans ses origines et remonte à la plus haute Antiquité.

### 3. Aperçu de l'évolution du droit humanitaire

Les principes humanitaires font depuis longtemps partie de la gamme d'idées-forces qui constituent le corpus du droit international. Le droit international moderne est le produit de cent ans d'efforts humanitaires inspirés par les souffrances de la guerre. Ces efforts ont eu pour but de juguler la tendance, si souvent observée en période de conflit, à enfreindre tous les préceptes dictés par la compassion humaine. Ils ont été couronnés de succès dans plusieurs domaines bien précis, mais si ces résultats concrets ont pu être obtenus c'est parce qu'il y avait à la base, et pour donner l'impulsion nécessaire, des principes généraux exigeant que soit évitée toute souffrance humaine excessive par rapport aux buts et aux nécessités de la guerre.

<sup>82</sup> Voir L. S. Wolfe, «Chemical and Biological Warfare: Effects and Consequences» *McGill Law Journal*, 1983, vol. 28, p. 735. Voir également «Chemical Warfare», *Encyclopaedia Britannica*, 1959, vol. 5, p. 353-358.

<sup>83</sup> Grotius, *Prolégomènes*, par. 28.

The credit goes to the United States of America for one of the earliest initiatives in reducing humanitarian law to written form for the guidance of its armies. During the War of Secession, President Lincoln directed Professor Lieber to prepare instructions for the armies of General Grant — regulations which Mr. Martens, the delegate of Czar Nicholas II, referred to at the 1899 Peace Conference as having resulted in great benefit, not only to the United States troops but also to those of the Southern Confederacy. Paying tribute to this initiative, Martens described it as an example, of which the Brussels Conference of 1874 convoked by Emperor Alexander II, was “the logical and natural development”. This conference in turn led to the Peace Conference of 1899, and in its turn to the Hague Conventions which assume so much importance in this case<sup>84</sup>.

The St. Petersburg Declaration of 1868 provided that “the only legitimate object which States should endeavour to accomplish during war is to weaken the military forces of the enemy” — and many subsequent declarations have adopted and reinforced this principle<sup>85</sup>. It gives expression to a very ancient rule of war accepted by many civilizations<sup>86</sup>.

The Martens Clause, deriving its name from Mr. Martens, was, by unanimous vote, inserted into the preamble to the Hague Convention II of 1899, and Convention IV of 1907, with respect to the Laws and Customs of War on Land. It provided that:

“Until a more complete code of the laws of war has been issued, the High Contracting Parties deem it expedient to declare that, *in cases not included in the Regulations adopted by them*, the inhabitants and the belligerents remain under the protection and the rule of the principles of the law of nations, as they result from the usages established among civilized peoples, from the laws of humanity, and the dictates of the public conscience.” (Emphasis added.)

Although the Martens Clause was devised to cope with disagreements among the parties to the Hague Peace Conferences regarding the status of resistance movements in occupied territory, it is today considered applicable to the whole of humanitarian law<sup>87</sup>. It appears in one form or

<sup>84</sup> For Martens’s speech, see *The Proceedings of the Hague Peace Conferences, op. cit.*, pp. 505-506.

<sup>85</sup> The Hague Regulations of 1899 and 1907, Art. 25; the Hague Convention (IX) of 1907, Art. 1; League of Nations Assembly resolution of 30 September 1928; United Nations General Assembly resolutions 2444 (XXIII) of 19 December 1968 and 2675 (XXV) of 9 December 1970; Additional Protocol I to the 1949 Geneva Conventions, Arts. 48 and 51.

<sup>86</sup> See Section V.2. below on “The Aims of War”.

<sup>87</sup> See D. Fleck (ed.), *The Handbook of Humanitarian Law in Armed Conflicts*, 1995, p. 29.

C'est aux Etats-Unis d'Amérique que revient le mérite d'une des premières initiatives prises pour établir sous une forme écrite les règles du droit humanitaire devant guider la conduite des armées. Pendant la guerre de sécession, le président Lincoln a chargé le professeur Lieber d'élaborer, à l'intention des armées du général Grant, des instructions dont M. de Martens, délégué du tsar Nicolas II à la conférence de la paix de 1899, a dit qu'elles avaient beaucoup amélioré le sort non seulement des troupes des Etats-Unis mais aussi de celles de la confédération sudiste. Rendant hommage à cette initiative, M. de Martens l'a décrite comme un exemple dont la conférence de Bruxelles de 1874 convoquée par l'empereur Alexandre II «a été le développement logique et naturel». Cette conférence est à l'origine de la conférence de la paix de 1899, et des conventions de La Haye qui revêtent tant d'importance en l'espèce<sup>84</sup>.

La déclaration de Saint-Petersbourg de 1868 stipule que «le seul but légitime» de la guerre est «l'affaiblissement des forces militaires de l'ennemi» et de nombreuses déclarations ultérieures ont repris ce principe en le renforçant<sup>85</sup>. Il est l'expression d'une règle très ancienne de la guerre acceptée par de nombreuses civilisations<sup>86</sup>.

La clause de Martens, du nom de son auteur, a été insérée, à la suite d'un vote unanime, dans le préambule de la convention II de La Haye de 1899 (et de la convention IV de 1907) concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre. Cette clause se lit comme suit :

«En attendant qu'un code plus complet des lois de la guerre puisse être édicté, les Hautes Parties contractantes jugent approprié de déclarer que, *dans les cas qui ne sont pas couverts par des Règlements spécifiques adoptés par elles*, les populations des territoires occupés 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.» (Les italiques sont de moi.)

Bien que la clause de Martens tire son origine de dissensions sur le statut des mouvements de résistance en territoire occupé apparues entre les participants aux conférences de la paix de La Haye, elle est aujourd'hui considérée comme applicable à l'ensemble du droit humanitaire<sup>87</sup>. Elle

<sup>84</sup> Pour le discours de de Martens, voir *Conférence internationale de la paix*, La Haye, 18 mai-29 juillet 1899, *op. cit.*, p. 114.

<sup>85</sup> Règlements de La Haye de 1899 et de 1907, art. 25; convention de La Haye (IX) de 1907, article premier; résolution du 30 septembre 1928 de l'Assemblée de la Société des Nations; résolutions 2444 (XXIII) du 19 décembre 1968 et 2675 (XXV) du 9 décembre 1970 de l'Assemblée générale des Nations Unies; protocole additionnel I aux conventions de Genève de 1949, art. 48 et 51.

<sup>86</sup> Voir, ci-après, la section V, paragraphe 2, sur «Les buts de la guerre».

<sup>87</sup> Voir D. Fleck (dir. publ.), *The Handbook of Humanitarian Law in Armed Conflicts*, 1995, p. 29.

another in several major treaties on humanitarian law<sup>88</sup>. The Martens Clause clearly indicates that, behind such specific rules as had already been formulated, there lay a body of general principles sufficient to be applied to such situations as had not already been dealt with by a specific rule<sup>89</sup>.

To be read in association with this is Article 22 of the 1907 Hague Regulations which provides that, "The right of belligerents to adopt means of injuring the enemy is not unlimited."

These were indications also that international law, far from being insensitive to such far-reaching issues of human welfare, has long recognized the pre-eminent importance of considerations of humanity in fashioning its attitudes and responses to situations involving their violation, however they may occur. These declarations were made, it is to be noted, at a time when the development of modern weaponry was fast accelerating under the impact of technology. It was visualized that more sophisticated and deadly weaponry was on the drawing boards of military establishments throughout the world and would continue to be so for the foreseeable future. These principles were thus meant to apply to weapons existing then as well as to weapons to be created in the future, weapons already known and weapons as yet unvisualized. They were general principles meant to be applied to new weapons as well as old.

The parties to the Geneva Conventions of 1949 expressly recognized the Martens Clause as a living part of international law — a proposition which no international jurist could seriously deny.

As McDougal and Feliciano have observed:

"To accept as lawful the deliberate terrorization of the enemy community by the infliction of large-scale destruction comes too close to rendering pointless all legal limitations on the exercise of violence."<sup>90</sup>

---

<sup>88</sup> First Geneva Convention 1949, Art. 63, para. 4; Second Geneva Convention, Art. 62, para. 4; Third Geneva Convention, Art. 142, para. 4; Fourth Geneva Convention, Art. 158, para. 4; Inhumane Weapons Convention, 1980, Preamble, para. 5.

<sup>89</sup> At the last meeting of the Fourth Commission of the Peace Conference, on 26 September 1907, Mr. Martens summarized its achievements in terms that,

"If from the days of antiquity to our own time people have been repeating the Roman adage '*Inter arma silent leges*', we have loudly proclaimed, '*Inter arma vivunt leges*'. This is the greatest triumph of law and justice over brute force and the necessities of war." (J. B. Scott, "The Conference of 1907", *The Proceedings of the Hague Peace Conferences*, 1921, Vol. III, p. 914.)

<sup>90</sup> M. S. McDougal and F. P. Feliciano, *Law and Minimum World Public Order: The Legal Regulation of International Coercion*, 1961, p. 657.

apparaît sous une forme ou sous une autre dans plusieurs grands traités de droit humanitaire<sup>88</sup>. Elle indique clairement qu'au-delà des règles précises qui ont déjà pu être élaborées, il existe un ensemble de principes généraux suffisamment bien établis pour être susceptibles d'application dans les situations qui ne sont pas encore régies par une règle particulière<sup>89</sup>.

Il convient également de mentionner à cet égard, l'article 22 du règlement de La Haye de 1907 qui dispose que «les belligérants n'ont pas un droit illimité quant au choix des moyens de nuire à l'ennemi».

Il y a là autant de preuves que le droit international, loin d'être insensible à des problèmes qui ont un tel retentissement sur le bien-être de l'humanité, a depuis longtemps reconnu l'importance capitale des considérations d'humanité dans le choix de ses attitudes et de ses réactions face au non-respect, dans quelque contexte que ce soit, de ces mêmes considérations. Les déclarations évoquées plus haut ont été faites, il faut le rappeler, à une époque où les armements se développaient à un rythme accéléré sous l'impulsion du progrès technique. On présumait qu'un peu partout dans le monde la hiérarchie militaire avait en chantier des armes plus perfectionnées et plus dévastatrices et qu'il en serait ainsi pendant des années. Les principes qui s'élaboraient étaient donc destinés à s'appliquer aux armes existantes comme aux armes à venir, aux armes connues comme aux armes à naître. Il s'agissait de principes généraux conçus en pensant aux armes nouvelles tout autant qu'à celles d'hier.

Les parties aux conventions de Genève de 1949 ont expressément reconnu que la clause de Martens faisait partie du droit international existant — idée qu'aucun juriste international ne peut sérieusement contester.

Comme l'ont souligné McDougal et Feliciano :

«On ne peut guère admettre la licéité d'actions visant à terroriser délibérément la population de l'adversaire en lui faisant subir des destructions massives sans rendre vaines et sans objet toutes les restrictions juridiques à l'emploi de la violence.»<sup>90</sup>

<sup>88</sup> Première convention de Genève de 1949, art. 63, par. 4; deuxième convention de Genève, art. 62, par. 4; troisième convention de Genève, art. 142, par. 4; quatrième convention de Genève, art. 158, par. 4; convention sur les armes inhumaines, 1980, préambule, cinquième alinéa.

<sup>89</sup> A la dernière séance de la quatrième commission de la conférence de la paix tenue le 26 septembre 1907, M. de Martens a résumé le résultat des travaux dans les termes suivants :

«Si, depuis l'Antiquité jusqu'à nos jours, on répétait l'adage romain *Inter arma silent leges*, nous avons proclamé hautement *Inter arma vivunt leges* ... C'est le plus grand triomphe du droit et de la justice sur la force brutale et les nécessités de la guerre.» (Deuxième conférence internationale de la paix, La Haye, 15 juin-18 octobre 1907, *Actes et documents*, ministère des affaires étrangères, La Haye, Imprimerie nationale, 1907, t. III, p. 924.)

<sup>90</sup> M. S. McDougal et F. P. Feliciano, *Law and Minimum World Public Order: The Legal Regulation of International Coercion*, 1961, p. 657.



International law has long distinguished between conventional weapons and those which are unnecessarily cruel. It has also shown a continuing interest in this problem. For example, the Convention on Prohibitions or Restrictions on the Use of Certain Conventional Weapons Which May be Deemed to be Excessively Injurious or to Have Indiscriminate Effects, 1980, dealt in three separate Protocols with such weapons as those which injure by fragments, which in the human body escape detection (Protocol I); Mines, Booby Traps and Other Devices (Protocol II); and Incendiary Weapons (Protocol III).

If international law had principles within it strong enough in 1899 to recognize the extraordinary cruelty of the “dum dum” or exploding bullet as going beyond the purposes of war<sup>91</sup>, and projectiles diffusing asphyxiating or deleterious gases as also being extraordinarily cruel<sup>92</sup>, it would cause some bewilderment to the objective observer to learn that in 1996 it is so weak in principles that, with over a century of humanitarian law behind it, it is still unable to fashion a response to the cruelties of nuclear weapons as going beyond the purposes of war. At the least, it would seem passing strange that the expansion within the body of a single soldier of a single bullet is an excessive cruelty which international law has been unable to tolerate since 1899, and that the incineration in one second of a hundred thousand civilians is not. This astonishment would be compounded when that weapon has the capability, through multiple use, of endangering the entire human species and all civilization with it.

Every branch of knowledge benefits from a process of occasionally stepping back from itself and scrutinizing itself objectively for anomalies and absurdities. If a glaring anomaly or absurdity becomes apparent and remains unquestioned, that discipline is in danger of being seen as floundering in the midst of its own technicalities. International law is happily not in this position, but if the conclusion that nuclear weapons are illegal is wrong, it would indeed be.

As will appear from the ensuing discussion, international law is not so lacking in resources as to be unable to meet this unprecedented challenge. Humanitarian law is not a monument to uselessness in the face of the nuclear danger. It contains a plethora of principles wide enough, deep enough and powerful enough to handle this problem.

Humanitarian law has of course received recognition from the juris-

---

<sup>91</sup> International Declaration Respecting Expanding Bullets, signed at The Hague, 29 July 1899.

<sup>92</sup> International Declaration Respecting Asphyxiating Gases, signed at The Hague, 29 July 1899.

Le droit international établit depuis longtemps une distinction entre les armes classiques et celles qui causent des maux superflus. L'intérêt qu'il porte à ce problème ne s'est jamais démenti. C'est ainsi que la convention de 1980 sur l'interdiction et la limitation de l'emploi de certaines armes classiques qui peuvent être considérées comme produisant des effets traumatiques excessifs ou comme frappant sans discrimination traite dans trois protocoles séparés des armes qui produisent des éclats non localisables impossibles à détecter dans le corps humain (protocole I); des mines, pièges et autres dispositifs (protocole II) et des armes incendiaires (protocole III).

Si le droit international était en 1899 assez vigoureux au niveau des principes pour établir que l'extraordinaire cruauté de la balle dum-dum ou des projectiles qui explosent dans le corps humain était excessive par rapport aux buts de la guerre<sup>91</sup> et que les projectiles diffusant des gaz asphyxiants ou délétères étaient, eux aussi, extraordinairement cruels<sup>92</sup>, n'est-il pas surprenant, du point de vue d'un observateur objectif, que ce même droit international soit, en 1996, si faible au niveau des principes qu'avec plus d'un siècle de droit humanitaire à son actif il ne soit toujours pas capable de parvenir à la conclusion que la cruauté des armes nucléaires est excessive par rapport aux buts de la guerre. On peut en tout cas s'étonner, et le mot est faible, que l'emploi contre un seul soldat d'une seule balle dum-dum soit un acte de cruauté excessive que le droit international ne tolère plus depuis 1899 alors que ne l'est pas le fait de réduire en cendres, en une seconde, cent mille civils. Et l'étonnement grandit encore si l'on sait que l'arme en question est capable, en cas d'utilisations multiples, de mettre en danger l'espèce humaine tout entière et toutes les formes de civilisation.

Chaque branche du savoir a intérêt à prendre de temps à autre un peu de recul et à se mettre sans complaisance à la recherche des anomalies ou absurdités qu'elle peut recéler. Si une anomalie ou une absurdité manifeste se révèle et n'est pas contestée, la discipline en question risque fort d'être perçue comme prise au piège de ses propres subtilités. Le droit international n'est heureusement pas dans cette situation, mais il y serait si la conclusion que les armes nucléaires sont illicites devait être jugée erronée.

Comme le montrera l'analyse qui va suivre, le droit international n'est pas si démuni qu'il ne puisse relever ce défi sans précédent. Le droit humanitaire n'est pas une construction inutile face au péril nucléaire. Il offre une multitude de principes assez amples, assez profonds et assez vigoureux pour permettre de résoudre le problème.

Le droit humanitaire a bien sûr reçu la sanction de la jurisprudence de

<sup>91</sup> Déclaration internationale interdisant l'emploi de balles qui s'épanouissent ou s'aplatissent facilement dans le corps humain, signée à La Haye le 29 juillet 1899.

<sup>92</sup> Déclaration internationale prohibant l'emploi de projectiles qui ont pour but unique de répandre des gaz asphyxiants ou délétères, signée à La Haye le 29 juillet 1899.

prudence of this Court (for example, *Corfu Channel, I.C.J. Reports 1949*, p. 22; *Border and Transborder Armed Actions (Nicaragua v. Honduras), I.C.J. Reports 1988*, p. 114), but this Court has not so far had occasion to examine it in any depth. This case offers it the opportunity *par excellence* for so doing.

#### 4. Acceptance by States of the Martens Clause

The Martens Clause has commanded general international acceptance. It has been incorporated into a series of treaties, as mentioned elsewhere in this opinion, has been applied by international judicial tribunals, has been incorporated into military manuals<sup>93</sup>, and has been generally accepted in international legal literature as indeed encapsulating in its short phraseology the entire philosophy of the law of war.

At the Krupp Trial (1948), it was described as:

“a general clause, making the usages established among civilised nations, the laws of humanity and the dictates of the public conscience into the legal yardstick to be applied if and when the specific provisions of the Convention and the Regulations annexed to it do not cover specific cases occurring in warfare, or concomitant to warfare”<sup>94</sup>.

The Clause has been described by Lord Wright as furnishing the keynote to the Hague Regulations which particularize a great many war crimes,

“leaving the remainder to the governing effect of that sovereign clause which does really in a few words state the whole animating and motivating principle of the law of war, and indeed of all law, because the object of all law is to secure as far as possible in the mutual relations of the human beings concerned the rule of law and of justice and of humanity”<sup>95</sup>.

The Martens Clause has thus become an established and integral part of the corpus of current customary international law. International law has long passed the stage when it could be debated whether such principles had crystallized into customary international law. No State would today repudiate any one of these principles.

A generally accepted test of recognition of rules of customary international law is that the rule should be “so widely and generally accepted,

<sup>93</sup> See Section III.10 (a) below.

<sup>94</sup> *Law Reports of Trials of War Criminals*, Vol. 10, p. 133.

<sup>95</sup> Foreword by Lord Wright to the last volume of the *Law Reports of Trials of War Criminals*, Vol. 15, p. xiii. See, further, the discussion of the Martens Clause in Singh and McWhinney, *op. cit.*, pp. 46 *et seq.*, referring, *inter alia*, to the two passages cited above.

la Cour internationale de Justice (voir par exemple *Détroit de Corfou*, C.I.J. Recueil 1949, p. 22; *Actions armées frontalières et transfrontalières (Nicaragua c. Honduras)*, C.I.J. Recueil 1988, p. 114), mais la Cour n'a pas jusqu'à présent été amenée à l'examiner en profondeur. La présente affaire lui offre une occasion idéale de le faire.

#### 4. *L'acceptation par les Etats de la clause de Martens*

La clause de Martens a recueilli l'assentiment général de la communauté internationale. Elle a, ainsi qu'il est rappelé dans d'autres parties de la présente opinion, été incorporée dans une série de traités, elle a été appliquée par des instances judiciaires internationales, elle a été incorporée dans les manuels militaires<sup>93</sup> et elle a été généralement acceptée par la doctrine internationale comme résumant en quelques lignes toute la philosophie du droit de la guerre.

Au procès Krupp (1948), elle a été décrite comme :

«une clause générale, qui fait des usages établis entre nations civilisées, des lois de l'humanité et des exigences de la conscience publique le critère à appliquer au cas où les dispositions de la convention et du règlement qui y est annexé ne couvriraient pas telle ou telle situation survenant au combat ou en marge du combat»<sup>94</sup>.

Pour lord Wright, elle exprime la philosophie générale du règlement de La Haye qui identifie un très grand nombre de crimes de guerre

«et abandonne le reste à l'autorité de cette clause souveraine où se trouvent effectivement définis en quelques mots tout l'esprit et tout le but du droit de la guerre et d'ailleurs de l'ensemble du droit parce que l'objet du droit sous toutes ses formes est de faire prévaloir autant que possible dans les relations mutuelles des êtres humains intéressés les principes du droit et de la justice, ainsi que de l'humanité»<sup>95</sup>.

La clause de Martens est donc une composante bien établie du droit international coutumier actuel. Le droit international a depuis longtemps dépassé le stade où l'on pouvait débattre du point de savoir si les principes en cause étaient devenus partie intégrante du droit international coutumier. Aucun Etat ne serait prêt aujourd'hui à renier l'un quelconque de ces principes.

Pour qu'une règle puisse être considérée comme faisant partie du droit international coutumier, il faut, selon un critère admis par beaucoup,

<sup>93</sup> Voir ci-après la section III, paragraphe 10, lettre a).

<sup>94</sup> *Law Reports of Trials of War Criminals*, vol. 10, p. 133.

<sup>95</sup> Préface de lord Wright au dernier volume des *Law Reports of Trials of War Criminals*, vol. 15, p. xiii. Voir également l'analyse de la clause de Martens figurant dans Singh et McWhinney, *op. cit.*, p. 46 et suiv., qui se réfère notamment aux deux passages cités ci-dessus.

that it can hardly be supposed that any civilized State would repudiate it"<sup>96</sup>. While no State today would repudiate any one of these principles, what seems to be in dispute is the application of those principles to the specific case of nuclear weapons which, for some unarticulated reason, seem to be placed above and beyond the rules applicable to other weapons. If humanitarian law regulates the lesser weapons for fear that they may cause the excessive harm which those principles seek to prevent, it must *a fortiori* regulate the greater. The attempt to place nuclear weapons beyond the reach of these principles lacks the support not only of the considerations of humanity, but also of the considerations of logic.

These considerations are also pertinent to the argument that customary law cannot be created over the objection of the nuclear weapon States (United States Written Statement, p. 9)<sup>97</sup>. The general principles of customary law applicable to the matter commanded the allegiance of the nuclear-weapon States long before nuclear weapons were invented. It is on those general principles that the illegality of nuclear weapons rests.

It seems clear that if the principles are accepted and remain undisputed, the applicability of those principles to the specific case of nuclear weapons cannot reasonably be in doubt.

##### 5. "The Dictates of Public Conscience"

This phraseology, stemming from the Martens Clause, lies at the heart of humanitarian law. The Martens Clause and many subsequent formulations of humanitarian principles recognize the need that strongly held public sentiments in relation to humanitarian conduct be reflected in the law.

The phrase is, of course, sufficiently general to pose difficulties in certain cases in determining whether a particular sentiment is shared widely enough to come within this formulation.

However, in regard to the use or threat of use of nuclear weapons, there is no such uncertainty, for on this issue the conscience of the global community has spoken, and spoken often, in the most unmistakable terms. Resolutions of the General Assembly over the years are not the only evidence of this. Vast numbers of the general public in practically every country, organized professional bodies of a multinational character<sup>98</sup>, and many other groupings across the world have proclaimed time and again their conviction that the public conscience dictates the non-use of nuclear weapons. Across the world, presidents and prime ministers,

<sup>96</sup> *West Rand Central Gold Mining Co., Ltd. v. R* (1905), 2 KB, p. 407.

<sup>97</sup> On this aspect, see further Section VI.6 below.

<sup>98</sup> See, on these organizations, Section VI.3 below.

qu'elle soit « si largement et si généralement acceptée qu'il soit impossible qu'un Etat civilisé la renie »<sup>96</sup>. Aucun Etat ne renierait aujourd'hui l'un quelconque des principes considérés ; ce qui semble donner lieu à contestation, c'est l'application de ces principes au cas particulier des armes nucléaires qui, pour une raison obscure, semblent être placées, pour ce qui est de leur régime juridique, au-dessus des autres armes. Si le droit humanitaire établit une réglementation pour les armes de moindre puissance par crainte qu'elles ne causent les maux excessifs que ses principes ont pour objet de prévenir, il doit à fortiori établir une réglementation pour les armes plus puissantes. Essayer de soustraire les armes nucléaires à l'application des principes du droit humanitaire est indéfendable non seulement sur le plan des considérations d'humanité mais aussi sur le plan de la logique.

Ce raisonnement vaut aussi pour l'argument selon lequel il ne peut pas se créer de règles de droit coutumier en présence d'objections de la part des Etats dotés d'armes nucléaires (exposé écrit des Etats-Unis d'Amérique, p. 9)<sup>97</sup>. Les principes généraux du droit coutumier applicables en la matière ont été acceptés par ces Etats longtemps avant l'invention des armes nucléaires. Or, c'est de ces principes généraux que découle l'illicéité des armes en question.

Il paraît clair que si ces principes sont acceptés et demeurent incontestés, leur applicabilité au cas particulier des armes nucléaires ne saurait être raisonnablement mise en doute.

##### 5. *Les « exigences de la conscience publique »*

Cette formule, extraite de la clause de Martens, résume l'essence du droit humanitaire. La clause de Martens et bon nombre des formulations de principes humanitaires qui l'ont suivie reconnaissent que les convictions collectives en matière de comportement humanitaire doivent impérativement trouver leur expression dans le droit.

La formule est, bien sûr, si générale qu'il n'est pas toujours facile de déterminer si une conviction sur un point particulier est assez largement partagée pour entrer dans son champ d'application.

Mais, en ce qui concerne l'emploi ou la menace d'emploi des armes nucléaires, le problème ne se pose pas car, sur cette question, la conscience de la communauté mondiale s'est exprimée, et ce à maintes reprises et dans les termes les plus catégoriques, comme en témoignent non seulement les résolutions adoptées par l'Assemblée générale au fil des ans, mais le fait que des multitudes de personnes dans pratiquement tous les pays, des organismes professionnels à caractère multinational<sup>98</sup> et bien d'autres groupements à travers le monde proclament sans relâche leur conviction que la conscience publique exige que les armes nucléaires ne

<sup>96</sup> *West Rand Central Gold Mining Co., Ltd. v. R.* (1905), 2 KB, p. 407.

<sup>97</sup> A ce sujet, voir aussi ci-après la section VI, paragraphe 6.

<sup>98</sup> Concernant ces organisations, voir ci-après la section VI, paragraphe 3.

priests and prelates, workers and students, and women and children have continued to express themselves strongly against the bomb and its dangers. Indeed, this conviction underlies the conduct of the entire world community of nations when, for example, in the NPT, it accepts that all nuclear weapons must eventually be got rid of. The recent Non-Proliferation Review Conference of 1995 reconfirmed this objective. The work currently in progress towards a total test ban treaty reconfirms this again.

Reference is made in the next section (Section VI.6) to the heightening of public sensitivity towards humanitarian issues, resulting from the vast strides made by human rights law ever since the United Nations Charter in 1945.

General Assembly resolutions on the matter are numerous<sup>99</sup>. To cite just one of them, resolution 1653 (XVI) of 1961 declared that:

“The use of nuclear and thermo-nuclear weapons is contrary to the spirit, letter and aims of the United Nations and, as such, a direct violation of the Charter of the United Nations”

and asserted, with more specific reference to international law, that such use was “contrary to the rules of international law and to the laws of humanity”. In addition, the “threat” to use nuclear weapons, and not merely their actual use, has been referred to by the General Assembly as prohibited<sup>100</sup>.

Nuclear weapons have been outlawed by treaty in numerous areas of planetary space — the sea-bed, Antarctica, Latin America and the Caribbean, the Pacific, and Africa, not to speak of outer space. Such universal activity and commitment would be altogether inconsistent

<sup>99</sup> Resolution 1653 (XVI) of 24 November 1961 (“Declaration on the Prohibition of the Use of Nuclear and Thermo-nuclear Weapons”); resolution 2936 (XXVII) of 29 November 1972 (“Non-Use of Force in International Relations and Permanent Prohibition of the Use of Nuclear Weapons”); resolution 33/71 B of 14 December 1978 (“Non-Use of Nuclear Weapons and Prevention of Nuclear War”); resolution 34/83 G of 11 December 1979 (“Non-Use of Nuclear Weapons and Prevention of Nuclear War”); resolution 36/92 I of 9 December 1981 (“Non-Use of Nuclear Weapons and Prevention of Nuclear War”); resolution 44/117 C of 15 December 1989 (“Convention on the Prohibition of the Use of Nuclear Weapons”); resolution 45/59 B of 4 December 1990 (“Convention on the Prohibition of the Use of Nuclear Weapons”); resolution 46/37 D of 6 December 1991 (“Convention on the Prohibition of the Use of Nuclear Weapons”). See, also, e.g., resolution 36/100 of 9 December 1981 (“Declaration on the Prevention of Nuclear Catastrophe”), para. 1 “States and statesmen that resort first to the use of nuclear weapons will be committing the gravest crime against humanity”.

<sup>100</sup> Resolution 2936 (XXVII) of 29 November 1972 (“Non-Use of Force in International Relations and Permanent Prohibition of the Use of Nuclear Weapons”), preambular paragraph 10.

soient pas utilisées. Partout dans le monde, des présidents et des premiers ministres, des prêtres et des prélats, des travailleurs et des étudiants, des femmes et des enfants manifestent inlassablement leur opposition à l'égard de la bombe et de ses dangers. C'est d'ailleurs le même sentiment qui anime l'ensemble de la communauté des nations lorsque, par exemple, elle convient dans le traité sur la non-prolifération que l'objectif est, en dernière analyse, l'élimination de toutes les armes nucléaires. Un tel objectif a été confirmé par la conférence de 1995 chargée d'examiner le traité sur la non-prolifération et réaffirmé au cours des travaux en cours concernant l'élaboration d'un traité d'interdiction totale des essais.

La section suivante de la présente opinion (sect. VI, par. 6) traitera de la sensibilisation de l'opinion publique aux questions humanitaires, que l'on doit aux immenses progrès faits par le droit relatif aux droits de l'homme depuis la signature de la Charte des Nations Unies en 1945.

Les résolutions de l'Assemblée générale sur la question sont très nombreuses<sup>99</sup>. Pour n'en citer qu'une, rappelons que la résolution 1653 (XVI) de 1961 déclare que :

«L'emploi des armes nucléaires et thermonucléaires est contraire à l'esprit, à la lettre et aux buts de la Charte des Nations Unies et constitue, en tant que tel, une violation directe de la Charte»,

et ajoute, en se référant plus particulièrement au droit international, qu'un tel emploi «est contraire au droit international et aux lois de l'humanité». De surcroît, selon l'Assemblée générale, non seulement l'utilisation des armes nucléaires, mais aussi «la menace» d'utilisation de telles armes sont interdites<sup>100</sup>.

Les armes nucléaires ont été bannies par traité dans de nombreuses zones de l'espace planétaire — les fonds marins, l'Antarctique, l'Amérique latine et les Caraïbes, le Pacifique et l'Afrique, sans parler de l'espace extra-atmosphérique. Une telle convergence dans l'action et dans les

<sup>99</sup> Résolution 1653 (XVI) du 24 novembre 1961 («Déclaration sur l'interdiction de l'emploi des armes nucléaires et thermonucléaires»); résolution 2936 (XXVII) du 29 novembre 1972 («Non-recours à la force dans les relations internationales et interdiction permanente de l'utilisation des armes nucléaires»); résolution 33/71 B du 14 décembre 1978 («Non-recours aux armes nucléaires et prévention de la guerre nucléaire»); résolution 34/83 G du 11 décembre 1979 («Interdiction de l'emploi des armes nucléaires et prévention de la guerre nucléaire»); résolution 36/92 I du 9 décembre 1981 («Non-recours aux armes nucléaires et prévention de la guerre nucléaire»); résolution 44/117 C du 15 décembre 1989 («Convention sur l'interdiction de l'utilisation des armes nucléaires»); résolution 45/59 B du 4 décembre 1990 («Convention sur l'interdiction de l'utilisation des armes nucléaires»); résolution 46/37 D du 6 décembre 1991 («Convention sur l'interdiction de l'utilisation des armes nucléaires»). Voir également, par exemple, la résolution 36/100 du 9 décembre 1981 («Déclaration sur la prévention d'une catastrophe nucléaire»), par. 1: «Les Etats et hommes d'Etat qui emploient les premiers des armes nucléaires commettent le crime le plus grave contre l'humanité.»

<sup>100</sup> Résolution 2936 (XXVII) du 29 novembre 1972 («Non-recours à la force dans les relations internationales et interdiction permanente de l'utilisation des armes nucléaires»), dixième alinéa du préambule.



with a global acceptance of the compatibility of these weapons with the general principles of humanity. They point rather to a universal realization that there is in them an element which deeply disturbs the public conscience of this age.

As has been well observed in this regard:

“in this burgeoning human rights era especially, respecting an issue that involves potentially the fate of human civilization itself, it is not only appropriate but mandated that the legal expectations of all members of human society, official and non-official, be duly taken into account”<sup>101</sup>.

It is a truism that there is no such thing as a unanimous opinion held by the entire world community on any principle, however lofty. Yet it would be hard to find a proposition so widely and universally accepted as that nuclear weapons should not be used. The various expressions of opinion on this matter “are expressive of a far-flung community consensus that nuclear weapons and warfare do not escape the judgment of the humanitarian rules of armed conflict”<sup>102</sup>.

The incompatibility between “the dictates of public conscience” and the weapon appears starkly, if one formulates the issues in the form of questions that may be addressed to the public conscience of the world, as typified by the average citizen in any country.

Here are a few questions, from an extensive list that could be compiled:

Is it lawful for the purposes of war to induce cancers, keloid growths or leukaemias in large numbers of the enemy population?

Is it lawful for the purposes of war to inflict congenital deformities and mental retardation on unborn children of the enemy population?

Is it lawful for the purposes of war to poison the food supplies of the enemy population?

Is it lawful for the purposes of war to inflict any of the above types of damage on the population of countries that have nothing to do with the quarrel leading to the nuclear war?

Many more such questions could be asked.

If it is conceivable that any of these questions can be answered in the affirmative by the public conscience of the world, there may be a case for

<sup>101</sup> Burns H. Weston, “Nuclear Weapons and International Law: Prolegomenon to General Illegality”, *New York Law School Journal of International and Comparative Law*, 1982-1983, Vol. 4, p. 252, and authorities therein cited.

<sup>102</sup> *Ibid.*, p. 242.

engagements ne s'accorderait pas avec l'idée que ces armes puissent être mondialement reconnues comme compatibles avec les principes généraux d'humanité. Elle traduit plutôt un sentiment universel qu'elles portent en elles un élément qui perturbe profondément la conscience publique de notre temps.

Comme on l'a justement observé :

«En cette époque où la protection des droits de l'homme progresse, plus peut-être qu'en aucune autre, il est non seulement souhaitable mais impératif, s'agissant d'une question qui n'intéresse rien de moins que le sort de la civilisation humaine, de prendre dûment conscience de ce que tous les membres de la société humaine, au plan officiel comme au plan non officiel, attendent du droit.»<sup>101</sup>

Sans doute aucun principe, si élevé soit-il, ne peut-il faire l'unanimité absolue de la communauté mondiale. Pourtant, il serait difficile de trouver une idée aussi largement et universellement partagée que celle de l'inadmissibilité de l'emploi des armes nucléaires. Les diverses positions prises sur cette question «traduisent un vaste consensus collectif sur l'idée que les armes et les moyens de combat nucléaires ne sauraient être soustraits aux règles humanitaires applicables dans les conflits armés»<sup>102</sup>.

L'incompatibilité entre les «exigences de la conscience publique» et les caractéristiques de l'arme apparaît très clairement si l'on présente les problèmes sous forme de questions qui pourraient être posées à la conscience publique du monde, incarnée dans chaque pays par un simple citoyen.

Voici quelques exemples, parmi bien d'autres :

Est-il licite, pour atteindre les buts de la guerre, de provoquer l'apparition à grande échelle dans la population ennemie de cancers, tumeurs chéloïdes et leucémies?

Est-il licite, pour atteindre les buts de la guerre, d'exposer les enfants à naître de la population ennemie au risque de malformations congénitales et d'arriération mentale?

Est-il licite, pour atteindre les buts de la guerre, d'empoisonner les ressources alimentaires de la population ennemie?

Est-il licite, pour atteindre les buts de la guerre, d'infliger l'un quelconque de ces types de dommages à la population de pays n'ayant rien à voir avec le conflit qui a conduit à la guerre nucléaire?

La liste est longue des questions de ce genre qui pourraient être posées.

S'il est concevable que l'une quelconque de ces interrogations reçoive une réponse affirmative de la part de la conscience publique du monde, la

<sup>101</sup> Burns H. Weston, «Nuclear Weapons and International Law: Prolegomenon to General Illegality», *New York Law School Journal of International and Comparative Law*, 1982-1983, vol. 4, p. 252, ainsi que les sources qui y sont citées.

<sup>102</sup> *Ibid.*, p. 242

the legality of nuclear weapons. If it is not, the case against nuclear weapons seems unanswerable.

6. *Impact of the United Nations Charter and Human Rights  
on "Considerations of Humanity"  
and "Dictates of Public Conscience"*<sup>103</sup>

The enormous developments in the field of human rights in the post-war years, commencing with the Universal Declaration of Human Rights in 1948, must necessarily make their impact on assessments of such concepts as "considerations of humanity" and "dictates of public conscience". This development in human rights concepts, both in their formulation and in their universal acceptance, is more substantial than the developments in this field for centuries before. The public conscience of the global community has thus been greatly strengthened and sensitized to "considerations of humanity" and "dictates of public conscience". Since the vast structure of internationally accepted human rights norms and standards has become part of common global consciousness today in a manner unknown before World War II, its principles tend to be invoked immediately and automatically whenever a question arises of humanitarian standards.

This progressive development must shape contemporary conceptions of humanity and humanitarian standards, thus elevating the level of basic expectation well above what it was when the Martens Clause was formulated.

In assessing the magnitude of this change, it is helpful to recall that the first movement towards modern humanitarian law was achieved in a century (the nineteenth century) which is often described as the "Clausewitzian century" for the reason that, in that century, war was widely regarded as a natural means for the resolution of disputes, and a natural extension of diplomacy. Global sentiment has moved an infinite distance from that stance, for today the United Nations Charter outlaws all resort to force by States (Art. 2 (4)), except in the case of self-defence (Art. 51). The Court's Opinion highlights the importance of these articles, with far-reaching implications which this opinion has addressed at the every outset (see "Preliminary Observations"). There is a firm commitment in Article 2 (3) that all members shall settle their international disputes by peaceful means, in such manner that international peace and security, *and justice*, are not endangered. This totally altered stance regarding the normalcy and legitimacy of war has undoubtedly heightened the "dictates of public conscience" in our time.

---

<sup>103</sup> See, also, Section III.10 (*g*) below.

thèse de la licéité des armes nucléaires est peut-être défendable. Sinon, la thèse de l'illicéité semble irréfutable.

*6. Les répercussions de la Charte des Nations Unies  
et des droits de l'homme sur les considérations d'humanité  
et les exigences de la conscience publique*<sup>103</sup>

Les changements considérables qui se sont produits après la guerre dans le domaine des droits de l'homme, depuis l'adoption en 1948 de la Déclaration universelle des droits de l'homme, ont nécessairement eu des répercussions sur ce que recouvrent la notion de «considérations d'humanité» et celle d'«exigences de la conscience publique». L'évolution qu'ont connue les notions relatives aux droits de l'homme, tant dans leur formulation qu'en accédant à l'universalité, dépasse en importance celle de bien des siècles antérieurs. La conscience publique de la communauté mondiale a donc acquis une grande force et une grande sensibilité aux «considérations d'humanité» et à ses «exigences». Comme le vaste système de règles et normes internationalement acceptées en matière de droits de l'homme s'est intégré à la conscience collective de la population du globe — ce qui n'était pas le cas avant la seconde guerre mondiale — les principes qui lui servent de fondement tendent à être invoqués spontanément et automatiquement chaque fois que se pose un problème de normes humanitaires.

Cette évolution progressive a nécessairement une incidence sur la conception qu'on se fait, à l'époque contemporaine, de l'humanité et des normes d'humanité, le niveau de l'attente se situant bien au-dessus de ce qu'il était à l'époque où la clause de Martens a été formulée.

Pour bien mesurer l'ampleur de ce changement, il faut se rappeler que la première pierre du droit humanitaire moderne a été posée dans un siècle (le XIX<sup>e</sup> siècle) qui est souvent décrit comme «le siècle de Clausewitz», au motif qu'à l'époque la guerre était largement considérée comme un mode naturel de règlement des différends et un prolongement naturel de la diplomatie. La situation a, depuis lors, énormément évolué puisque la Charte des Nations Unies interdit aujourd'hui tout recours à la force par les Etats (art. 2, par. 4) sauf en cas de légitime défense (art. 51). L'avis de la Cour met en lumière l'importance de ces articles, et la présente opinion a, dès le départ, souligné qu'il en résulte des conséquences très étendues (voir «Observations préliminaires»). L'article 2, paragraphe 3, prévoit expressément que tous les Membres règlent leurs différends internationaux par des moyens pacifiques de manière que la paix et la sécurité internationales, *ainsi que la justice*, ne soient pas mises en danger. Cette vision radicalement différente de la normalité et de la légitimité de la guerre a indubitablement rehaussé le niveau des «exigences de la conscience publique» de notre temps.

<sup>103</sup> Voir aussi ci-après la section III, paragraphe 10, lettre g).

Charter provisions bearing on human rights, such as Articles 1, 55, 62 and 76, coupled with the Universal Declaration of 1948, the twin Covenants on Civil and Political Rights and Economic, Social and Cultural Rights of 1966, and the numerous specific conventions formulating human rights standards, such as the Convention against Torture — all of these, now part of the public conscience of the global community, make the violation of humanitarian standards a far more developed and definite concept than in the days when the Martens Clause emerged. Indeed, so well are human rights norms and standards ingrained today in global consciousness, that they flood through into every corner of humanitarian law.

Submissions on these lines were made to the Court (for example, by Australia, CR 95/22, p. 25) in presentations which drew attention further to the fact that the General Assembly has noted the linkage between human rights and nuclear weapons when it condemned nuclear war “as a violation of the foremost human right — the right to life”<sup>104</sup>.

Parallel to the developments in human rights, there has been another vast area of development — environmental law, which has likewise heightened the sensitivity of the public conscience to environmentally related matters which affect human rights. As observed by the International Law Commission in its consideration of State responsibility, conduct gravely endangering the preservation of the human environment violates principles “which are now so deeply rooted in the conscience of mankind that they have become particularly essential rules of general international law”<sup>105</sup>.

### 7. *The Argument that “Collateral Damage” Is Unintended*

It is not to the point that such results are not directly intended, but are “by-products” or “collateral damage” caused by nuclear weapons. Such results are known to be the necessary consequences of the use of the weapon. The author of the act causing these consequences cannot in any coherent legal system avoid legal responsibility for causing them, any less than a man careering in a motor vehicle at 150 kilometres per hour through a crowded market street can avoid responsibility for the resulting deaths on the ground that he did not intend to kill the particular persons who died.

<sup>104</sup> General Assembly resolution 38/75 of 15 December 1983 (“Condemnation of Nuclear War”), operative paragraph I.

<sup>105</sup> Report of the International Law Commission on the work of its twenty-eighth session, *Yearbook of the International Law Commission*, 1976, Vol. II, Part II, p. 109, para. 33.

Les dispositions de la Charte concernant les droits de l'homme, comme les articles 1, 55, 62 et 76, la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948, les deux pactes de 1966 relatifs aux droits de l'homme (droits civils et politiques d'une part et droits économiques, sociaux et culturels d'autre part) et les nombreuses conventions sur des sujets particuliers qui formulent des normes en matière de droits de l'homme, telle la convention sur l'interdiction de la torture — autant d'instruments qui font maintenant partie intégrante de la conscience publique de la communauté internationale — ont beaucoup enrichi et précisé la notion de violation des normes humanitaires par rapport à l'époque où la clause de Martens a vu le jour. Les règles et normes relatives aux droits de l'homme imprègnent aujourd'hui si profondément la conscience collective qu'elles s'infiltrent un peu partout dans le droit humanitaire.

Des commentaires allant dans le même sens ont été présentés (par exemple, par l'Australie (CR 95/22, p. 25)) dans des exposés qui appellent en outre l'attention sur le fait que l'Assemblée générale a souligné le lien entre droits de l'homme et armes nucléaires lorsqu'elle a condamné la guerre nucléaire en tant qu'«atteinte au droit primordial de l'homme — le droit à la vie»<sup>104</sup>.

Parallèlement à l'évolution qui s'est produite dans le domaine des droits de l'homme, le développement d'un autre vaste domaine du droit — le droit de l'environnement — a également contribué à sensibiliser la conscience publique aux problèmes d'environnement qui influent sur les droits de l'homme. Comme l'a souligné la Commission du droit international dans le cadre de ses travaux sur la responsabilité des Etats, une conduite qui met gravement en danger la préservation de l'environnement contrevient à des principes «aujourd'hui si profondément ancrés dans la conscience universelle qu'ils sont devenus des règles particulièrement essentielles du droit international général»<sup>105</sup>.

### 7. *L'argument du caractère non intentionnel des «dommages collatéraux»*

Il importe peu que les effets des armes nucléaires ne soient pas directement voulus mais soient des «sous-produits» ou des «dommages collatéraux». Le fait est que ces effets résultent inévitablement de l'emploi de l'arme. Il n'est pas concevable, dans un système juridique cohérent, que l'auteur d'un acte qui engendre de telles conséquences soit dégagé de toute responsabilité juridique pour les avoir causés, pas plus qu'il n'est concevable qu'un automobiliste lancé à 150 kilomètres à l'heure dans une rue commerçante bondée se trouve dégagé de toute responsabilité juridique pour la mort de ses victimes au motif qu'il n'avait pas l'intention de les tuer.

<sup>104</sup> Résolution 38/75 de l'Assemblée générale en date du 15 décembre 1983 («Condamnation de la guerre nucléaire»), paragraphe 1 du dispositif.

<sup>105</sup> Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa vingt-huitième session, *Annuaire de la Commission du droit international*, 1976, vol. II, deuxième partie, p. 101, par. 33.

The plethora of literature on the consequences of the nuclear weapon is so much part of common universal knowledge today that no disclaimer of such knowledge would be credible.

#### 8. *Illegality Exists Independently of Specific Prohibitions*

Much of the argument of States opposing illegality was based on the proposition that what is not expressly prohibited to a State is permitted. Some practical illustrations would be of assistance in testing this proposition:

- (a) If tomorrow a ray were invented which would immediately incinerate all living things within a radius of 100 miles, does one need to wait for an international treaty specifically banning it to declare that it offends the basic principles of the *jus in bello* and cannot therefore be legitimately used in war? It would seem rather ridiculous to have to await the convening of an international conference, the drafting of a treaty, and all the delays associated with the process of ratification, before the law can treat such a weapon as illegal.
- (b) The fallacy of the argument that what is not expressly prohibited is permitted appears further from an illustration used earlier in this opinion. The argument advanced would presuppose that, immediately prior to the treaties outlawing bacteriological weapons, it was legal to use warheads packed with the most deadly germs where-with to cause lethal epidemics among the enemy population. This conclusion strains credibility and is tenable only if one totally discounts the pre-existing principles of humanitarian law.

The fact that no treaty or declaration expressly condemns the weapon as illegal does not meet the point that illegality is based upon principles of customary international law which run far deeper than any particular weapon or any particular declaration. Every weapon proscribed by international law for its cruelty or brutality does not need to be specified any more than every implement of torture needs to be specified in a general prohibition against torture. It is the *principle* that is the subject of customary international law. The *particular* weapon or implement of torture becomes relevant only as an application of undisputed *principles* — principles which have been more than once described as being such that no civilized nation would deny them.

It will always be the case that weapons technologists will from time to time invent weapons based on new applications of technology, which are different from any weapons known before. One does not need to wait until some treaty specifically condemns that weapon before declaring that its use is contrary to the principles of international law.

La masse de connaissances dont on dispose sur les conséquences de l'arme nucléaire fait à ce point partie du domaine public universel que nul ne peut plaider l'ignorance avec quelque chance d'être cru.

#### 8. *L'illicéité existe indépendamment d'interdictions spécifiques*

La thèse des Etats opposés à l'illicéité repose en grande partie sur l'argument selon lequel ce qui n'est pas expressément interdit à un Etat est permis. Pour déterminer la valeur de cet argument, j'utiliserai quelques exemples concrets :

- a) si demain était inventé un rayon capable d'incinérer instantanément tout organisme vivant dans un rayon de 150 kilomètres, devrait-on attendre qu'un traité international l'interdise expressément pour le déclarer incompatible avec les principes fondamentaux du *jus in bello* et non susceptible par conséquent d'être légitimement utilisé à la guerre? Il serait, semble-t-il, ridicule de devoir attendre la convocation d'une conférence internationale, l'élaboration d'un traité et le laborieux processus de ratification avant que le droit ne reconnaisse que l'arme en question est illicite;
- b) le caractère spécieux de l'argument selon lequel ce qui n'est pas expressément interdit est autorisé ressort également d'un autre exemple cité dans une partie antérieure de la présente opinion. Cet argument conduirait à la conclusion qu'immédiatement avant l'adoption des traités interdisant les armes bactériologiques il était licite d'utiliser des ogives porteuses de substances bactériologiques les plus meurtrières pour provoquer des épidémies catastrophiques dans la population ennemie. Cette conclusion n'est guère crédible et n'est défendable qu'à condition de faire totalement abstraction des principes préexistants du droit humanitaire.

Le fait qu'il n'existe pas de traité ou de déclaration qualifiant expressément l'arme d'illicite est sans pertinence dès lors que l'illicéité découle de principes de droit international coutumier, qui sont bien plus importants que telle ou telle arme ou telle ou telle déclaration. Il n'est pas nécessaire d'identifier chaque arme interdite par le droit international en raison de sa cruauté ou de sa brutalité, pas plus qu'il n'est nécessaire d'énumérer tous les instruments de torture dans un énoncé de l'interdiction générale de la torture. C'est au *principe* que le droit international coutumier s'intéresse. Tel instrument de torture ou telle arme n'est à prendre en considération qu'aux fins de l'application de *principes* incontestés — principes qui ont souvent été décrits comme étant d'une nature telle qu'aucune nation civilisée ne serait prête à les renier.

Tout au long de l'histoire, les spécialistes des armements ont inventé à maintes reprises, en faisant appel à des applications nouvelles de la technologie, des armes sans équivalent dans l'arsenal existant. Il n'est pas nécessaire d'attendre qu'un traité condamne expressément une arme nouvelle pour déclarer que son emploi est contraire aux principes du droit international.



If, as is indisputably the case, the Martens Clause represents a universally accepted principle of international law, it means that beyond the domain of express prohibitions there lies the domain of the general principles of humanitarian law. It follows that "If an act of war is not expressly prohibited by international agreements or customary law, this does not necessarily mean that it is actually permissible."<sup>106</sup>

It is self-evident that no system of law can depend for its operation or development on specific prohibitions *ipsissimis verbis*. Any developed system of law has, in addition to its specific commands and prohibitions, an array of general principles which from time to time are applied to specific items of conduct or events which have not been the subject of an express ruling before. The general principle is then applied to the specific situation and out of that particular application a rule of greater specificity emerges.

A legal system based on the theory that what is not expressly prohibited is permitted would be a primitive system indeed, and international law has progressed far beyond this stage. Even if domestic systems could function on that basis, — which indeed is doubtful — international law, born of generations of philosophical thinking, cannot. Modern legal philosophy in many jurisdictions has exposed the untenability of this view in regard to domestic systems and, *a fortiori*, the same applies to international law. As a well-known text on jurisprudence observes:

"The rules of every legal order have an enveloping blanket of principles and doctrines as the earth is surrounded by air, and these not only influence the operation of rules but sometimes condition their very existence."<sup>107</sup>

More to the point than the question whether any treaty speaks of the *illegality* of nuclear weapons is whether any single provision of any treaty or declaration speaks of the *legality* of nuclear weapons. The fact is that, though there is a profusion of international documents dealing with many aspects of nuclear weapons, not one of these contains the shred of a suggestion that the *use* or *threat of use* of nuclear weapons is legal. By way of contrast, the number of international declarations which expressly pronounce against the legality or the use of nuclear weapons is legion. These are referred to elsewhere in this opinion.

The general principles provide both nourishment for the development of the law and an anchorage to the mores of the community. If they are to be discarded in the manner contended for, international law would be cast adrift from its conceptual moorings. "The general principles of law

<sup>106</sup> D. Fleck, *op. cit.*, p. 28, basing this principle on the Martens Clause.

<sup>107</sup> Dias, *Jurisprudence*, 4th ed., 1976, p. 287.

Si — et tel est incontestablement le cas — la clause de Martens énonce un principe de droit international universellement accepté, il en découle qu'au-delà du domaine des interdictions expresses existe le domaine des principes généraux du droit humanitaire. En fin de compte, «un acte de guerre qui n'est pas expressément interdit par des accords internationaux ou par le droit coutumier n'est pas nécessairement, *ipso facto*, autorisé»<sup>106</sup>.

A l'évidence, aucun système de droit ne peut fonctionner ou se développer par le seul moyen d'interdictions formulées en termes explicites. Dans tout système de droit on trouve, outre un ensemble de prescriptions et d'interdictions, toute une gamme de principes généraux qui sont appliqués, de temps à autre, à des comportements et situations n'ayant pas encore fait l'objet de règles expresses. Le principe général est appliqué à la situation considérée et une règle plus spécifique se dégage de cette application particulière.

Un système juridique fondé sur l'idée que ce qui n'est pas expressément interdit est autorisé serait un système tout à fait primitif et le droit international a largement dépassé ce stade. En admettant même que les systèmes internes puissent fonctionner sur cette base, ce qui est bien loin d'être sûr, le droit international, né de siècles de réflexion philosophique, ne peut fonctionner ainsi. Dans beaucoup de pays, la philosophie juridique moderne a démontré que la thèse en question était insoutenable en droit interne et, partant, à fortiori en droit international. Comme le souligne un ouvrage bien connu sur la théorie du droit :

«De même que la terre est entourée par l'atmosphère, les règles de tout ordre juridique sont entourées d'un ensemble de principes et de doctrines qui non seulement influencent la mise en œuvre des règles mais en conditionnent parfois l'existence même.»<sup>107</sup>

Le point de savoir s'il est fait mention dans le droit conventionnel de l'*illicéité* des armes nucléaires est plus pertinent que la question de savoir si l'on trouve dans une convention ou une déclaration quelconque une référence à la *licéité* des armes. Le fait est que bien que les documents internationaux traitant des armes nucléaires sous de maints aspects soient fort nombreux, on n'y trouve pas l'ombre d'une indication que l'*emploi* ou la *menace d'emploi* des armes nucléaires est licite. En revanche, il existe de nombreuses déclarations internationales qui prennent expressément position contre la licéité de l'emploi des armes nucléaires. Elles sont mentionnées dans d'autres parties de la présente opinion.

Les principes généraux sont tout à la fois une source pour le développement du droit et un repère sur l'état d'esprit de la société. Refuser d'en tenir compte comme certains le préconisent c'est condamner le droit international à dériver sans ses repères conceptuels. «Les principes géné-

<sup>106</sup> D. Fleck, *op. cit.*, p. 28, qui fait reposer ce principe sur la clause de Martens.

<sup>107</sup> Dias, *Jurisprudence*, 4<sup>e</sup> éd., 1976, p. 287.

recognized by civilized nations” remains law, even though indiscriminate mass slaughter *through the nuclear weapon*, irreversible damage to future generations *through the nuclear weapon*, environmental devastation *through the nuclear weapon*, and irreparable damage to neutral States *through the nuclear weapon* are not expressly prohibited in international treaties. If the italicized words are deleted from the previous sentence, no one could deny that the acts mentioned therein are prohibited by international law. It seems specious to argue that the principle of prohibition is defeated by the absence of particularization of the weapon.

The doctrine that the sovereign is free to do whatever statute does not expressly prohibit is a long-exploded doctrine. Such extreme positivism in legal doctrine has led humanity to some of its worst excesses. History has demonstrated that power, unrestrained by principle, becomes power abused. Black-letter formulations have their value, but by no stretch of the imagination can they represent the totality of the law.

With specific reference to the laws of war, it would also set at nought the words of the Martens Clause, whose express terms are that, “Until a more complete code of the laws of war has been issued, the High Contracting Parties . . . declare that, *in cases not included in the Regulations adopted by them . . .*” (emphasis added), the humanitarian principles it sets out would apply.

Thus, by express agreement, if that indeed were necessary, the wide range of principles of humanitarian law contained within customary international law would be applicable to govern this matter, for which no specific provision has yet been made by treaty.

### 9. The “Lotus” Decision

Much of the argument based on the absence of specific illegality was anchored to the “*Lotus*” decision. In that case, the Permanent Court addressed its enquiry to the question:

“whether or not under international law there is a principle which would have prohibited Turkey, in the circumstances of the case before the Court, from prosecuting Lieutenant Demons” (*P.C.I.J., Series A, No. 10*, p. 21).

In the absence of such a principle or of a specific rule to which it had expressly consented, it was held that the authority of a State could not be limited.

Indeed, even within the terms of the “*Lotus*” case, these principles become applicable, for, in relation to the laws of war, there is the express

raux de droit reconnus par les nations civilisées» ne cessent pas d'être du droit simplement parce qu'il n'existe pas de traité international qui interdise expressément de massacrer aveuglément les populations *au moyen d'armes nucléaires*, de provoquer des dommages irréversibles au détriment des générations futures *au moyen d'armes nucléaires*, de détruire l'environnement *au moyen d'armes nucléaires*, et de causer des dommages irréparables aux Etats neutres *au moyen d'armes nucléaires*. Si l'on supprime de la phrase qui précède les mots en italiques, on ne peut que constater qu'elle ne vise que des actes qui sont interdits par le droit international. Il semble spécieux de soutenir que le principe de l'interdiction ne peut pas être invoqué du fait du défaut d'identification de l'arme.

La doctrine qui veut que le souverain ait toute latitude pour faire tout ce qu'une loi n'interdit pas expressément est une doctrine qui a fait long feu. Lorsque le positivisme a été poussé à ce point extrême dans la doctrine juridique, la société humaine a été conduite à quelques-uns de ses pires excès. L'histoire montre que le pouvoir sans le garde-fou des principes devient abus de pouvoir. Il n'est pas inutile d'écrire les choses noir sur blanc mais le droit ne se réduit pas, tant s'en faut, à ce qui est écrit noir sur blanc.

S'agissant plus spécialement du droit de la guerre, la doctrine en question viderait de sens la clause de Martens qui dispose expressément qu'«en attendant qu'un code plus complet des lois de la guerre puisse être édicté, les Hautes Parties contractantes ... déclare[nt] que, *dans les cas qui ne sont pas couverts par des règlements spécifiques adoptés par elles*» (les italiques sont de moi), les principes humanitaires qu'elle énonce s'appliqueront.

En vertu donc d'un accord exprès (si tant est que cette condition soit nécessaire), la vaste gamme des principes du droit humanitaire contenus dans le droit international coutumier est applicable à la question, qui n'a pas encore fait l'objet de dispositions conventionnelles.

### 9. *L'arrêt rendu dans l'affaire du Lotus*

Une bonne partie de l'argumentation qui se fonde sur l'absence de texte énonçant expressément l'illicéité prend pour point de départ l'arrêt rendu dans l'affaire du *Lotus*. Dans cette affaire, la Cour permanente a recherché :

«si oui ou non le droit international comporte un principe en vertu duquel il aurait été interdit à la Turquie d'exercer, dans les circonstances de ce cas, des poursuites pénales contre le lieutenant Demons» (*C.P.J.I. série A n° 10*, p. 21).

Il a été jugé que, en l'absence d'un tel principe ou d'une règle précise à laquelle il aurait expressément consenti, un Etat ne pouvait voir son pouvoir limité.

En fait, même sur la base de l'arrêt du *Lotus*, les principes considérés sont applicables car, s'agissant du droit de la guerre, les puissances dotées

acceptance by the nuclear powers that the humanitarian principles of the laws of war should apply. Apart from the nuclear powers, some other powers who have opposed a finding of illegality before this Court (or not adopted a clear-cut position in regard to the present request), were also parties to the Hague Convention, for example, Germany, Netherlands, Italy and Japan.

The "*Lotus*" case was decided in the context of a collision on the high seas, in time of peace, between the *Lotus*, flying the French flag and a vessel flying the Turkish flag. Eight Turkish sailors and passengers died and the French officer responsible was sought to be tried for manslaughter in the Turkish courts. This was a situation far removed from that to which the humanitarian laws of war apply. Such humanitarian law was already a well-established concept at the time of the "*Lotus*" decision, but was not relevant to it. It would have been furthest from the mind of the Court deciding that case that its dictum, given in such entirely different circumstances, would be used in an attempt to negative all that the humanitarian laws of war had built up until that time — for the interpretation now sought to be given to the "*Lotus*" case is nothing less than that it overrides even such well-entrenched principles as the Martens Clause, which expressly provides that its humanitarian principles would apply "in cases not included in the Regulations adopted by them".

Moreover, at that time, international law was generally treated in two separate categories — the laws of peace and the laws of war — a distinction well recognized in the structure of the legal texts of that time. The principle the "*Lotus*" court was enunciating was formulated entirely within the context of the laws of peace.

It is implicit in "*Lotus*" that the sovereignty of other States should be respected. One of the characteristics of nuclear weapons is that they violate the sovereignty of other countries who have in no way consented to the intrusion upon their fundamental sovereign rights, which is implicit in the use of the nuclear weapon. It would be an interpretation totally out of context that the "*Lotus*" decision formulated a theory, equally applicable in peace and war, to the effect that a State could do whatever it pleased so long as it had not bound itself to the contrary. Such an interpretation of "*Lotus*" would cast a baneful spell on the progressive development of international law.

It is to be noted also that just four years earlier, the Permanent Court, in dealing with the question of State sovereignty, had observed in *Nationality Decrees Issued in Tunis and Morocco* that the sovereignty of States would be proportionately diminished and restricted as international law developed (*Advisory Opinion, 1923, P.C.I.J., Series B, No. 4*, pp. 121-125, 127, 130). In the half century that has elapsed since the "*Lotus*" case, it is quite evident that international law — and the law relating to

d'armes nucléaires ont expressément accepté que les principes humanitaires du droit de la guerre s'appliquent. Mises à part ces puissances, certaines autres puissances qui se sont déclarées devant la Cour opposées à une conclusion d'illicéité (ou qui n'ont pas adopté une position tranchée à l'égard de la demande d'avis consultatif à l'examen) sont aussi parties à la convention de La Haye, dont l'Allemagne, les Pays-Bas, l'Italie et le Japon.

L'arrêt dans l'affaire du *Lotus* a été rendu à propos d'une collision en haute mer, en temps de paix, entre le *Lotus*, navire battant pavillon français, et un navire battant pavillon turc. Huit marins et passagers turcs ayant trouvé la mort, la question se posait de la comparution devant les tribunaux turcs, pour meurtre, de l'officier français responsable. La situation n'avait donc rien à voir avec celles dans lesquelles le droit humanitaire de la guerre s'applique. Le concept de droit humanitaire était déjà bien établi à l'époque de l'arrêt dans l'affaire du *Lotus* mais il n'était pas pertinent en l'espèce. La Cour n'aurait jamais imaginé, lorsqu'elle a tranché cette affaire, que sa décision, rendue dans un contexte si totalement différent, puisse être invoquée pour réduire à néant tout ce que le droit humanitaire de la guerre avait déjà édifié — car l'interprétation que l'on cherche maintenant à donner de l'affaire du *Lotus* n'aboutit à rien de moins qu'à une mise à l'écart de principes humanitaires aussi solidement établis que ceux de la clause de Martens qui, selon ses termes exprès, doivent s'appliquer «dans les cas qui ne sont pas couverts par des règlements spécifiques adoptés par [les Hautes Parties contractantes]».

Au surplus, le droit international était à cette époque généralement divisé en deux catégories — le droit de la paix et le droit de la guerre —, distinction que respectaient les textes juridiques d'alors. Le principe que la Cour permanente a énoncé dans l'arrêt du *Lotus* se situait entièrement dans le contexte du droit de la paix.

Il ressort implicitement de cet arrêt que la souveraineté des autres Etats doit être respectée. L'une des caractéristiques des armes nucléaires est qu'elle viole la souveraineté d'autres pays qui n'ont en aucune manière consenti aux atteintes à leurs droits souverains fondamentaux que comporte implicitement l'emploi de l'arme nucléaire. On ne saurait, sans faire totalement abstraction du contexte, interpréter l'arrêt dans l'affaire du *Lotus* comme énonçant une théorie, applicable aussi bien en temps de paix qu'en temps de guerre, selon laquelle un Etat serait libre d'agir à sa guise pourvu qu'il n'ait pas pris d'engagement contraire. Une telle interprétation de l'arrêt vouerait à un sort funeste le développement progressif du droit international.

Il est à noter qu'exactement quatre ans auparavant, à propos de la question de la souveraineté des Etats, la Cour permanente a remarqué, dans son avis consultatif concernant les *Décrets de nationalité promulgués en Tunisie et au Maroc*, que la souveraineté des Etats aurait un champ de plus en plus réduit et de plus en plus restreint au fur et à mesure du développement du droit international (*avis consultatif, 1923, C.P.J.I. série B n° 4*, p. 121-125, 127, 130). Au cours du demi-siècle qui s'est écoulé

humanitarian conduct in war — have developed considerably, imposing additional restrictions on State sovereignty over and above those that existed at the time of the “*Lotus*” case. This Court’s own jurisprudence in the *Corfu Channel* case sees customary international law as imposing a duty on all States so to conduct their affairs as not to injure others, even though there was no prohibition *ipsisimis verbis* of the particular act which constituted a violation of the complaining nation’s rights. This Court cannot in 1996 construe “*Lotus*” so narrowly as to take the law backward in time even beyond the Martens Clause.

#### 10. *Specific Rules of the Humanitarian Law of War*

There are several interlacing principles which together constitute the fabric of international humanitarian law. Humanitarian law reveals not a paucity, but rather an abundance of rules which both individually and cumulatively render the use or threat of use of nuclear weapons illegal.

The rules of the humanitarian law of war have clearly acquired the status of *jus cogens*, for they are fundamental rules of a humanitarian character, from which no derogation is possible without negating the basic considerations of humanity which they are intended to protect. In the words of Roberto Ago, the rules of *jus cogens* include:

“the fundamental rules concerning the safeguarding of peace, and notably those which forbid recourse to force or threat of force; *fundamental rules of a humanitarian nature* (prohibition of genocide, slavery and racial discrimination, *protection of essential rights of the human person in time of peace and war*); the rules prohibiting any infringement of the independence and sovereign equality of States; the rules which ensure to all members of the international community the enjoyment of certain common resources (high seas, outer space, etc.)”<sup>108</sup>.

The question under consideration is not whether there is a prohibition in peremptory terms of nuclear weapons specifically so mentioned, but whether there are basic principles of a *jus cogens* nature which are violated by nuclear weapons. If there are such principles which are of a *jus cogens* nature, then it would follow that the weapon itself would be prohibited under the *jus cogens* concept.

<sup>108</sup> *Recueil des cours de l’Académie de droit international de La Haye*, Vol. 134 (1971), p. 324, footnote 37; emphasis added. See, also, the detailed study of various peremptory norms in the international law of armed conflict, in Lauri Hannikainen, *Peremptory Norms (Jus Cogens) in International Law*, 1988, pp. 596-715, where the author finds that many of the principles of the humanitarian law of war are *jus cogens*.

depuis l'affaire du *Lotus*, le droit international et le droit relatif au comportement humanitaire en temps de guerre se sont, à l'évidence, considérablement développés, en ajoutant de nouvelles restrictions à la souveraineté des Etats qui existaient à l'époque de l'affaire en question. La Cour elle-même a établi, dans l'affaire du *Détroit de Corfou*, que le droit international coutumier imposait aux Etats le devoir de conduire leurs affaires de manière à ne pas causer de tort aux autres, alors même que l'acte portant atteinte aux droits de l'Etat plaignant ne faisait pas l'objet d'une prohibition formulée *ipsissimus verbis*. La Cour ne peut pas en 1996 faire sienne une interprétation de l'arrêt du *Lotus* tellement étroite qu'elle ramènerait le droit au stade où il se trouvait avant la clause de Martens.

#### 10. Règles particulières du droit humanitaire de la guerre

Le droit international humanitaire comporte plusieurs principes qui s'entrelacent pour en constituer la trame. Il se caractérise non par un manque mais par une abondance de règles qui, séparément ou conjointement, frappent d'illicéité l'emploi ou la menace d'emploi des armes nucléaires.

Les règles du droit international humanitaire ont manifestement acquis le statut de règles du *jus cogens* car ce sont des règles fondamentales de caractère humanitaire auxquelles il ne peut être dérogé sans renier les considérations élémentaires d'humanité dont elles visent à assurer le respect. Les règles du *jus cogens* incluent, comme l'écrit Roberto Ago :

« les règles fondamentales concernant la sauvegarde de la paix et notamment celles qui interdisent le recours à la force ou la menace de la force. Les *règles fondamentales de caractère humanitaire* (interdiction du génocide, de l'esclavage et de la discrimination raciale, *protection des droits essentiels de la personne humaine en temps de paix et en temps de guerre*); les règles qui interdisent les atteintes à l'indépendance et à l'égalité souveraine des Etats; les règles qui assurent à tous les membres de la communauté internationale la jouissance de certains biens communs (haute mer, espace extra-atmosphérique, etc.) »<sup>108</sup>

La question à l'examen n'est pas de savoir s'il existe une règle impérative qui interdit expressément les armes nucléaires mais de déterminer s'il y a des principes de base ressortissant au *jus cogens* auxquels les armes nucléaires portent atteinte. Dans l'hypothèse où de tels principes ressortissant au *jus cogens* pourraient être identifiés, il s'ensuivrait que l'arme elle-même est interdite sur la base du *jus cogens*.

<sup>108</sup> *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, t. 134 (1971), p. 324, note 37 (les italiques sont de moi). On trouvera également une étude détaillée des normes impératives du droit international des conflits armés dans Lauri Hannikainen, *Peremptory Norms (Jus Cogens) in International Law*, 1988, p. 596-715, où l'auteur conclut que bon nombre des principes du droit humanitaire de la guerre relèvent du *jus cogens*.



As noted at the commencement of Part III, most of the States which support the view that the use of nuclear weapons is lawful acknowledge that international humanitarian law applies to their use, and that such use must conform to its principles. Among the more important of the relevant principles of international law are:

- (a) the prohibition against causing unnecessary suffering;
- (b) the principle of proportionality;
- (c) the principle of discrimination between combatants and non-combatants;
- (d) the obligation to respect the territorial sovereignty of non-belligerent States;
- (e) the prohibition against genocide and crimes against humanity;
- (f) the prohibition against causing lasting and severe damage to the environment;
- (g) human rights law.

(a) *The prohibition against causing unnecessary suffering*

The Martens Clause, to which reference has already been made, gave classic formulation to this principle in modern law, when it spelt out the impermissibility of weapons incompatible with “the laws of humanity and the dictates of public conscience”.

The prohibition against cruel and unnecessary suffering, long a part of the general principles of humanitarian law, has been embodied in such a large number of codes, declarations, and treaties as to constitute a firm and substantial body of law, each document applying the general principles to a specific situation or situations<sup>109</sup>. They illustrate the existence of overarching general principles transcending the specific instances dealt with.

The principle against unnecessary suffering has moreover been incorporated into standard military manuals. Thus the British *Manual of Military Law*, issued by the War Office in 1916, and used in World War I, reads:

“IV. *The Means of Carrying on War*

39. The first principle of war is that the enemy’s powers of resistance must be weakened and destroyed. The means that may be employed to inflict injury on him are not however unlimited [footnote cites Hague Rules 22, ‘Belligerents have not an unlimited right

<sup>109</sup> Examples are the Lieber Code of 1863 (adopted by the United States for the Government of Armies in the Field); the Declaration of St. Petersburg of 1868; the Hague Conventions of 1899 and 1907; the Protocol for the Prohibition of the Use in War of Asphyxiating, Poisonous or Other Gases, and of Bacteriological Methods of Warfare of 1925; the Hague Rules of Air Warfare of 1923; the Nuremberg Charter of 1945; and the four Geneva Conventions of 1949.

Comme je l'ai souligné au début de la section III, la plupart des Etats qui appuient la thèse de la licéité de l'emploi des armes nucléaires reconnaissent que le droit international humanitaire en régit l'utilisation, laquelle doit se conformer aux principes de ce droit. Les plus importants de ces principes sont, notamment, les suivants :

- a) l'interdiction de causer des maux superflus ;
- b) le principe de proportionnalité ;
- c) le principe de distinction entre combattants et non-combattants ;
- d) l'obligation de respecter la souveraineté territoriale des Etats non belligérants ;
- e) l'interdiction du génocide et des crimes contre l'humanité ;
- f) l'interdiction de causer des dommages durables et graves à l'environnement ;
- g) le droit relatif aux droits de l'homme.

a) *L'interdiction de causer des maux superflus*

La clause de Martens déjà évoquée plus haut a donné à ce principe sa formulation classique en droit moderne en déclarant que ne sont pas permises les armes incompatibles avec « les lois de l'humanité et les exigences de la conscience publique ».

L'interdiction de causer des souffrances cruelles et superflues, qui fait depuis longtemps partie des principes généraux du droit humanitaire, a été consacrée dans une multitude de codes, de déclarations et de traités qui constituent un corpus juridique solide et étoffé, chaque document faisant application des principes généraux à une ou plusieurs situations particulières<sup>109</sup>. Tous ces documents attestent l'existence de principes généraux supérieurs qui transcendent les réalités particulières visées dans chacun d'eux.

Le principe interdisant de causer des maux superflus a été incorporé dans les manuels militaires courants. Ainsi le *Manual of Military Law* britannique, publié par le War Office en 1916 et en usage pendant la première guerre mondiale, contient les dispositions suivantes :

« IV. Moyens utilisés dans la conduite de la guerre »

39. Le premier principe de la guerre est la nécessité d'affaiblir et de détruire la capacité de résistance de l'ennemi. Toutefois les moyens qui peuvent être employés pour lui nuire ne sont pas illimités [une note de bas de page cite l'article 22 du règlement de La Haye : « Les

<sup>109</sup> On peut mentionner, par exemple, le code Lieber de 1863 (adopté par les Etats-Unis d'Amérique en tant que règlement de campagne des armées) ; la déclaration de Saint-Petersbourg de 1868 ; les conventions de La Haye de 1899 et de 1907 ; le protocole de 1925 concernant la prohibition d'emploi à la guerre de gaz asphyxiants, toxiques ou similaires et de moyens bactériologiques ; le règlement de La Haye de 1923 sur la guerre aérienne ; le statut de Nuremberg de 1945 et les quatre conventions de Genève de 1949.

as to the choice of means of injuring the enemy']. They are in practice definitely restricted by international conventions and declarations, and also by the customary rules of warfare. And, moreover, there are the dictates of morality, civilization and chivalry, which ought to be obeyed.

. . . . .

42. It is expressly forbidden to employ arms, projectiles or material calculated to cause unnecessary suffering [Hague Rules 23 (*e*)]. Under this heading might be included such weapons as lances with a barbed head, irregularly shaped bullets, projectiles filled with broken glass and the like; also the scoring of the surface of bullets, the filing off the end of their hard case, and smearing on them any substance likely to inflame or wound. The prohibition is not, however, intended to apply to the use of explosives contained in mines, aerial torpedoes, or hand-grenades." (Pp. 242-243.)

Such was the Manual the British forces used in World War I, long before the principles of humanitarian warfare were as well entrenched as they now are<sup>110</sup>.

As early as 1862, Franz Lieber accepted the position that even military necessity is subject to the law and usages of war, and this was incorporated in the instructions for the army<sup>111</sup>. Modern United States War Department Field Manuals are in strict conformity with the Hague Regulations and expressly subject military necessity to "the customary and conventional laws of war"<sup>112</sup>.

The facts set out in Part II of this opinion are more than sufficient to establish that the nuclear weapon causes unnecessary suffering going far beyond the purposes of war.

An argument that has been advanced in regard to the principle regarding "unnecessary suffering" is that, under Article 23 (*e*) of the 1907 Hague Regulations, it is forbidden, "To employ arms, projectiles, or material *calculated* to cause unnecessary suffering" (emphasis added). The nuclear weapon, it is said, is not *calculated* to cause suffering, but suffering is rather a part of the "incidental side effects" of nuclear weapons explosions. This argument is met by the well-known legal principle that the doer of an act must be taken to have *intended* its natural and foreseeable consequences (see Section III.7 above). It is, moreover, a lit-

<sup>110</sup> On the importance of validity of military manuals, see Singh and McWhinney, *op. cit.*, pp. 52-53.

<sup>111</sup> General Orders 100, *Instructions for the Government of the Armies of the United States in the Field*, s. 14.

<sup>112</sup> Singh and McWhinney, *op. cit.*, p. 59.

belligérants n'ont pas un droit illimité quant au choix des moyens de nuire à l'ennemi.». Ils font en pratique l'objet de restrictions précises découlant de conventions et de déclarations internationales ainsi que des règles coutumières de la guerre. A cela s'ajoutent les exigences de la morale, de la civilisation et de l'honneur, qui doivent être respectées.

42. Il est expressément interdit d'employer des armes, projectiles ou matières conçus pour causer des maux superflus [article 23 e) du règlement de La Haye]. Sont ici visés, entre autres, les lances à pointe barbelée, les balles de forme irrégulière, les projectiles remplis de verre brisé et autres matières du même genre; de même que la pratique consistant à faire des entailles à la surface des balles, de limer l'extrémité de leur enveloppe et de les enduire d'une substance susceptible de s'enflammer ou de blesser. Cette interdiction ne s'applique toutefois pas à l'utilisation des explosifs contenus dans les mines, torpilles aériennes ou grenades à main.» (P. 242-243.)

Voilà ce que disait le manuel des forces armées britanniques en usage pendant la première guerre mondiale, longtemps avant que les principes de la conduite humanitaire de la guerre n'aient acquis le solide statut qu'ils ont aujourd'hui<sup>110</sup>.

Dès 1862, Franz Lieber a admis que même la nécessité militaire est soumise aux lois et usages de la guerre, principe qui a été incorporé dans les instructions adressées à l'armée<sup>111</sup>. Les manuels de campagne modernes publiés par le ministère de la guerre des Etats-Unis d'Amérique sont strictement conformes au règlement de La Haye et soumettent expressément la nécessité militaire aux «lois coutumières et conventionnelles de la guerre»<sup>112</sup>.

Les faits décrits dans la section II de la présente opinion sont plus que suffisants pour établir que l'arme nucléaire cause des maux superflus excédant de beaucoup ce qu'exigent les buts de la guerre.

On a tiré argument, en ce qui concerne le principe relatif aux maux superflus, du fait que, aux termes de l'article 23 e) du règlement de La Haye de 1907, il est interdit «d'employer des armes, projectiles ou matières *conçus* pour causer des maux superflus» (les italiques sont de moi). L'arme nucléaire, a-t-on dit, n'est pas *conçue* pour causer des maux, les maux qu'elle cause relèvent plutôt des «effets secondaires» des explosions. On peut répondre à cet argument en s'appuyant sur le principe juridique bien connu que l'auteur d'un acte *doit être présumé* en avoir voulu toutes les conséquences naturelles et prévisibles (voir ci-dessus la

<sup>110</sup> Concernant la validité des manuels militaires et son importance, voir Singh et McWhinney, *op. cit.*, p. 52-53.

<sup>111</sup> Règle générale 100, *Instructions for the Government of the Armies of the United States in the Field*, s. 14.

<sup>112</sup> Singh et McWhinney, *op. cit.*, p. 59.

eral interpretation which does not take into account the spirit and underlying rationale of the provision — a method of interpretation particularly inappropriate to the construction of a humanitarian instrument. It may also be said that nuclear weapons are indeed deployed “in part with a view to utilising the destructive effects of radiation and fall-out”<sup>113</sup>.

(b) *The principle of proportionality*

See discussion in Part IV below, pages 514-516.

(c) *The principle of discrimination*

The principle of discrimination originated in the concern that weapons of war should not be used indiscriminately against military targets and civilians alike. Non-combatants needed the protection of the laws of war. However, the nuclear weapon is such that non-discrimination is built into its very nature. A weapon that can flatten a city and achieve by itself the destruction caused by thousands of individual bombs is not a weapon that discriminates. The radiation it releases over immense areas does not discriminate between combatant and non-combatant, or indeed between combatant and neutral States.

Article 48 of the Additional Protocol I to the Geneva Conventions of 1949 repeats as a “Basic Rule” the well-accepted rule of humanitarian law:

“In order to ensure respect for and protection of the civilian population and civilian objects, the Parties to the conflict shall *at all times* distinguish between the civilian population and combatants and between civilian objects and military objectives and accordingly shall direct their operations only against military objectives.” (Emphasis added.)

The rule of discrimination between civilian populations and military personnel is, like some of the other rules of *jus in bello*, of ancient vintage and shared by many cultures. We have referred already to the ancient Indian practice that Indian peasants would pursue their work in the fields, in the face of invading armies, confident of the protection afforded them by the tradition that war was a matter for the combatants<sup>114</sup>. This scenario, idyllic though it may seem, and so out of tune with the brutalities of war, is a useful reminder that basic humanitarian principles such as discrimination do not aim at fresh standards unknown before.

<sup>113</sup> Ian Brownlie, “Some Legal Aspects of the Use of Nuclear Weapons”, *International and Comparative Law Quarterly*, 1965, Vol. 14, p. 445.

<sup>114</sup> Nagendra Singh, *op. cit.*, footnote 69 above.

section III, paragraphe 7). Il repose en outre sur une interprétation littérale qui ne tient pas compte de l'esprit de la disposition ni des préoccupations dont elle s'inspire — méthode d'interprétation particulièrement contestable dans le cas d'un instrument humanitaire. On peut aussi faire valoir que les armes nucléaires sont en fait utilisées «en partie pour tirer avantage des effets destructeurs des rayonnements et des retombées»<sup>113</sup>.

b) *Le principe de proportionnalité*

Voir le développement de ce point ci-après, section IV, p. 514-516.

c) *Le principe de distinction*

Le principe de distinction répond au souci d'éviter que les armes de guerre ne soient utilisées aveuglément contre des objectifs militaires et contre la population civile. Les non-combattants doivent être protégés par le droit de la guerre. Mais l'absence de distinction est l'essence même de l'arme nucléaire. Une arme qui peut raser une ville et provoquer à elle seule autant de destructions que des milliers de bombes n'est pas une arme qui établit une distinction quant à ses effets. Les rayonnements qu'elle émet dans d'immenses territoires ne font pas de distinction entre combattants et non-combattants ni, d'ailleurs, entre Etats belligérants et Etats neutres.

L'article 48 du protocole additionnel I de 1977 aux conventions de Genève de 1949 réitère en tant que «règle fondamentale» la règle bien établie du droit humanitaire suivante :

«En vue d'assurer le respect et la protection de la population civile et des biens de caractère civil, les parties au conflit doivent *en tout temps* faire la distinction entre la population civile et les combattants ainsi qu'entre les biens de caractère civil et les objectifs militaires et, par conséquent, ne diriger leurs opérations que contre des objectifs militaires.» (Les italiques sont de moi.)

La règle de la distinction entre population civile et personnel militaire est, comme certaines autres règles du *jus in bello*, le fruit d'une longue tradition et l'apanage de nombreuses cultures. Nous avons déjà rappelé que, dans l'Inde d'autrefois, il était d'usage que les paysans continuent à travailler dans les champs, au voisinage de l'armée de l'envahisseur, confiants dans la protection que leur assurait la tradition qui faisait de la guerre une affaire de combattants<sup>114</sup>. Cette évocation, si idyllique qu'elle soit et si éloignée des atrocités de la guerre, nous rappelle utilement que des principes humanitaires fondamentaux comme le principe de distinction ne sont pas des normes récentes inconnues des époques antérieures.

<sup>113</sup> Ian Brownlie, «Some Legal Aspects of the Use of Nuclear Weapons», *International and Comparative Law Quarterly*, 1965, vol. 14, p. 445.

<sup>114</sup> Nagendra Singh, *op. cit.* ci-dessus note 69.

The protection of the civilian population in times of armed conflict has for long been a well-established rule of international humanitarian law. Additional Protocol I to the Geneva Conventions (1949) provides by Article 51 (5) (b) that the “indiscriminate attacks” which it prohibits include:

“an attack which may be expected to cause incidental loss of civilian life, injury to civilians, damage to civilian objects, or a combination thereof, which would be excessive in relation to the concrete and direct military advantage anticipated”.

So, also, Article 57 (2) (b) prohibits attacks when:

“the attack may be expected to cause incidental loss of civilian life, injury to civilians, damage to civilian objects, or a combination thereof, which would be excessive in relation to the concrete and direct military advantage anticipated”.

The many facets of this rule were addressed in the resolution of the International Law Institute, passed at its Edinburgh Conference in 1969<sup>115</sup>, which referred to them as prohibited by *existing law* as at that date. The acts described as prohibited by *existing law* included the following:

“all attacks for whatsoever motive or by whatsoever means for the annihilation of any group, region or urban centre with no possible distinction between armed forces and civilian populations or between military objectives and non-military objects”<sup>116</sup>;

“any action whatsoever designed to terrorize the civilian population”<sup>117</sup>;

“the use of all weapons which, by their nature, affect indiscriminately both military objectives and non-military objects, or both armed forces and civilian populations. In particular, it prohibits the use of weapons the destructive effect of which is so great that it cannot be limited to specific military objectives or is otherwise uncontrollable . . . , as well as of ‘blind’ weapons.”<sup>118</sup>

<sup>115</sup> On the eminent juristic support for this proposition, see Section III.11 below.

<sup>116</sup> *Annuaire de l'Institut de droit international*, 1969, No. 53, Vol. II, p. 377, para. 8; Iran, CR 95/26, p. 47, footnote 45.

<sup>117</sup> *Annuaire de l'Institut de droit international*, 1969, No. 53, Vol. II, p. 377, para. 6.

<sup>118</sup> *Ibid.*, para. 7.

Le principe de la protection de la population civile en période de conflit armé est depuis longtemps une règle bien établie du droit international humanitaire. Le protocole additionnel I aux conventions de Genève de 1949 dispose au paragraphe 5, lettre *b*), de son article 51 que les «attaques effectuées sans discrimination» qu'il interdit comprennent :

«les attaques dont on peut attendre qu'elles causent incidemment des pertes en vies humaines dans la population civile, des blessures aux personnes civiles, des dommages aux biens de caractère civil, ou une combinaison de ces pertes et dommages, qui seraient excessifs par rapport à l'avantage militaire concret et direct attendu».

De même, aux termes du paragraphe 2, lettre *b*), de l'article 57, une attaque est interdite lorsqu'il apparaît :

«que l'on peut attendre qu'elle cause incidemment des pertes en vies humaines dans la population civile, des blessures aux personnes civiles, des dommages aux biens de caractère civil, ou une combinaison de ces pertes et dommages, qui seraient excessifs par rapport à l'avantage militaire concret et direct attendu».

Les nombreux comportements relevant de cette règle ont été analysés dans la résolution adoptée par l'Institut de droit international à la conférence d'Edimbourg en 1969<sup>115</sup>, qui les a déclarés interdits par le droit *en vigueur* à l'époque. Au nombre des actes décrits comme interdits par le droit *en vigueur* figurent :

«toutes les attaques menées à quelque titre que ce soit et par n'importe quel moyen et destinées à l'anéantissement d'un groupe, d'une région ou d'un centre urbain sans distinction possible entre forces armées et populations civiles ou entre objectifs militaires et objets non militaires»<sup>116</sup>;

«toutes les actions qui, à quelque titre que ce soit, sont destinées à semer la terreur dans la population civile»<sup>117</sup>;

«l'emploi de toutes les armes qui, par leur nature, frappent sans distinction objectifs militaires et objets non militaires, forces armées et populations civiles. Est interdit notamment l'emploi des armes dont l'effet destructeur est trop grand pour pouvoir être limité à des objectifs militaires déterminés ou dont l'effet est incontrôlable ... ainsi que des armes aveugles.»<sup>118</sup>

<sup>115</sup> Au sujet de l'appui qu'a reçu ce texte de la part des auteurs les plus éminents, voir ci-après la section III, paragraphe 11.

<sup>116</sup> *Annuaire de l'Institut de droit international*, 1969, n° 53, vol. II, p. 360, par. 8; Iran, CR 95/26, p. 47, note 45.

<sup>117</sup> *Annuaire de l'Institut de droit international*, 1969, n° 53, vol. II, p. 377, par. 6.

<sup>118</sup> *Ibid.*, par. 7.



(d) *Respect for non-belligerent States*

When nuclear weapons are used their natural and foreseeable consequence of irreparable damage to non-belligerent third parties is a necessary consideration to be taken into reckoning in deciding the permissibility of the weapon. It is not merely a single non-belligerent State that might be irretrievably damaged, but the entire global community of States. The uncontainability of radiation extends it globally. The enormous area of damage caused by nuclear weapons, as compared with the most powerful conventional weapons, appears from the diagram appended to this opinion, which is taken from WHO studies. When wind currents scatter these effects further, it is well established by the TTAPS and other studies that explosions in one hemisphere can spread their deleterious effects even to the other hemisphere. No portion of the globe — and therefore no country — could be free of these effects.

The argument of lack of intention has been addressed in this context as well. In terms of this argument, an action directed at an enemy State is not intended to cause damage to a third party, and if such damage in fact ensues, it is not culpable. This argument has already been dealt with in an earlier section of this opinion, when it was pointed out that such an argument is untenable (see Section III.7). The launching of a nuclear weapon is a deliberate act. Damage to neutrals is a natural, foreseeable and, indeed, inevitable consequence. International law cannot contain a rule of non-responsibility which is so opposed to the basic principles of universal jurisprudence.

(e) *The prohibition against genocide*<sup>119</sup>

The Court's treatment of the relevance of genocide to the nuclear weapon is, in my view, inadequate (paragraph 26 of the Opinion).

Nuclear weapons used in response to a nuclear attack, especially in the event of an all-out nuclear response, would be likely to cause genocide by triggering off an all-out nuclear exchange, as visualized in Section IV below. Even a single "small" nuclear weapon, such as those used in Japan, could be instruments of genocide, judging from the number of deaths they are known to have caused. If cities are targeted, a single bomb could cause a death toll exceeding a million. If the retaliatory weapons are more numerous, on WHO's estimates of the effects of nuclear war, even a billion people, both of the attacking State and of others, could be killed. This is plainly genocide and, whatever the circumstances, cannot be within the law.

---

<sup>119</sup> See, further, Section III.10 (g) below on human rights law.

d) *Respect des Etats non belligérants*

Le dommage irréparable aux tierces parties non belligérantes, qui est la conséquence naturelle et prévisible de l'emploi des armes nucléaires, est un facteur à prendre en considération pour décider si de telles armes sont permises ou non. Ce n'est pas un seul Etat non belligérant mais l'ensemble de la communauté des Etats qui risque de subir des dommages irrémédiables. Comme les rayonnements sont impossibles à arrêter, ils se propagent dans le monde entier. L'étendue démesurée des dommages que causent les armes nucléaires par rapport aux plus puissantes des armes classiques est mise en évidence par le diagramme joint en annexe à la présente opinion, qui est repris des études de l'Organisation mondiale de la Santé. Diverses études, dont l'étude TTAPS, établissent de façon concluante que, lorsque les vents accentuent la dispersion des retombées, les effets délétères des explosions dans un hémisphère peuvent se propager à l'autre hémisphère. Aucune partie du globe — et donc aucun pays — n'est à l'abri de ces effets.

J'ai examiné dans le même contexte l'argument du défaut d'intention selon lequel une action dirigée contre un Etat ennemi n'est pas caractérisée par une intention de causer des dommages à une tierce partie; si de tels dommages sont causés, elle n'engage pas la responsabilité de son auteur. Cet argument a déjà été analysé plus haut et j'ai souligné qu'il était indéfendable (sect. III, par. 7). Le lancement d'une arme nucléaire est un acte délibéré. Les dommages aux pays neutres en sont la conséquence naturelle, prévisible et même inévitable. Le droit international ne peut pas faire place à une règle de non-responsabilité si radicalement opposée aux principes fondamentaux de la doctrine juridique universelle.

e) *L'interdiction du génocide*<sup>119</sup>

J'estime que ce que dit la Cour sur les rapports entre l'arme nucléaire et le génocide est inadéquat (paragraphe 26 de l'avis).

L'emploi d'armes nucléaires dans le cadre d'une riposte à une attaque nucléaire, surtout dans l'hypothèse d'une riposte généralisée, causerait vraisemblablement un génocide en déclenchant un échange nucléaire généralisé du type envisagé à la section IV (ci-après). Même une bombe nucléaire «modeste», du genre de celles qui ont été utilisées au Japon, pourrait être un instrument de génocide si l'on considère le nombre de personnes qui ont été tuées dans ce pays à la suite de ces explosions. Lancée sur une ville, une seule bombe pourrait faire plus d'un million de morts. Si un nombre plus élevé de bombes devait être utilisé en riposte, le nombre des morts pourrait, selon les estimations de l'Organisation mondiale de la Santé sur les effets de la guerre nucléaire, atteindre, dans le pays auteur de l'attaque et les autres pays, le total de un milliard. Un tel résultat constitue bien un génocide et ne peut, quelles que soient les circonstances, être toléré par le droit.

<sup>119</sup> Voir aussi, sur ce point, ci-après la section III, paragraphe 10, lettre g), concernant le droit relatif aux droits de l'homme.

When a nuclear weapon is used, those using it must know that it will have the effect of causing deaths on a scale so massive as to wipe out entire populations. Genocide, as defined in the Genocide Convention (Art. II), means any act committed with intent to destroy, in whole or in part, a national, ethnical, racial or religious group, as such. Acts included in the definition are killing members of the group, causing serious bodily or mental harm to members of the group, and deliberately inflicting on the group conditions of life calculated to bring about its physical destruction in whole or in part.

In discussions on the definition of genocide in the Genocide Convention, much play is made upon the words "as such". The argument offered is that there must be an intention to target a particular national, ethnical, racial or religious group qua such group, and not incidentally to some other act. However, having regard to the ability of nuclear weapons to wipe out blocks of population ranging from hundreds of thousands to millions, there can be no doubt that the weapon targets, in whole or in part, the national group of the State at which it is directed.

Nuremberg held that the extermination of the civilian population in whole or in part is a crime against humanity. This is precisely what a nuclear weapon achieves.

(f) *The prohibition against environmental damage*

The environment, the common habitat of all Member States of the United Nations, cannot be damaged by any one or more members to the detriment of all others. Reference has already been made, in the context of dictates of public conscience (Section III.6 above), to the fact that the principles of environmental protection have become "so deeply rooted in the conscience of mankind that they have become particularly essential rules of general international law"<sup>120</sup>. The International Law Commission has indeed classified massive pollution of the atmosphere or of the seas as an international crime<sup>121</sup>. These aspects have been referred to earlier.

Environmental law incorporates a number of principles which are violated by nuclear weapons. The principle of intergenerational equity and the common heritage principle have already been discussed. Other principles of environmental law, which this request enables the Court to recognize and use in reaching its conclusions, are the precautionary principle, the principle of trusteeship of earth resources, the principle that the

<sup>120</sup> Report of the International Law Commission on the work of its twenty-eighth session, *Yearbook of the International Law Commission*, 1976, Vol. II, Part II, p. 109, para. 33.

<sup>121</sup> Draft Article 19 (3) (d) on "State Responsibility" of the International Law Commission, *ibid.*, p. 96.

Quiconque emploie une bombe nucléaire sait nécessairement qu'elle aura pour effet de tuer un si grand nombre de personnes que des populations entières disparaîtront. Le génocide, selon la définition qu'en donne la convention sur le génocide (art. II), s'entend de tout acte commis dans l'intention de détruire, en tout ou en partie, un groupe national, ethnique, racial ou religieux, comme tel. Les actes inclus dans la définition sont notamment les suivants: meurtre de membres du groupe, atteinte grave à l'intégrité physique ou mentale de membres du groupe et soumission intentionnelle du groupe à des conditions d'existence devant entraîner sa destruction physique totale ou partielle.

Il existe une tendance, dans les discussions sur la définition du génocide dans la convention, à mettre trop l'accent sur les mots «comme tel». L'argument qu'on en tire est que l'atteinte à un groupe national, ethnique, racial ou religieux en tant que tel doit être un résultat intentionnel et non pas un effet secondaire d'un autre acte. Mais puisque les bombes nucléaires ont la capacité d'anéantir massivement la population, les chiffres s'échelonnant entre plusieurs centaines de milliers et plusieurs millions de personnes, il ne fait pas de doute que l'arme vise, en tout ou en partie, le groupe national de l'Etat contre lequel elle est dirigée.

Le Tribunal de Nuremberg a jugé que l'extermination de la population civile en tout ou en partie est un crime contre l'humanité. C'est précisément le résultat auquel aboutit une arme nucléaire.

#### f) *L'interdiction des dommages à l'environnement*

L'environnement, l'habitat commun de tous les Etats Membres des Nations Unies, ne peut être endommagé par un ou plusieurs Membres au détriment des autres. J'ai déjà rappelé, à propos des exigences de la conscience publique (ci-dessus sect. III, par. 6), que les principes de la protection de l'environnement sont aujourd'hui «si profondément ancrés dans la conscience de l'humanité qu'ils sont devenus des règles particulièrement essentielles du droit international général»<sup>120</sup>. La Commission du droit international a même qualifié de crime international la pollution massive de l'atmosphère ou des mers<sup>121</sup>. Ces aspects ont été évoqués plus haut.

Le droit de l'environnement comporte un certain nombre de principes auxquels les armes nucléaires portent atteinte. Le principe de l'équité intergénérationnelle et le principe du patrimoine commun ont déjà été mentionnés. Parmi les autres principes du droit de l'environnement susceptibles d'être reconnus par la Cour à la faveur de la présente demande d'avis consultatif et d'être utilisés dans la formulation de ses conclusions

<sup>120</sup> Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa vingt-huitième session, *Annuaire de la Commission du droit international*, 1976, vol. II, deuxième partie, p. 101, par. 33.

<sup>121</sup> Paragraphe 3 d) de l'article 19 du projet de la Commission du droit international sur la responsabilité des Etats, *ibid.*, p. 89.

burden of proving safety lies upon the author of the act complained of, and the “polluter pays principle”, placing on the author of environmental damage the burden of making adequate reparation to those affected<sup>122</sup>. There have been juristic efforts in recent times to formulate what have been described as “principles of ecological security” — a process of norm creation and codification of environmental law which has developed under the stress of the need to protect human civilization from the threat of self-destruction.

One writer<sup>123</sup>, in listing eleven such principles, includes among them the “Prohibition of Ecological Aggression”, deriving this principle *inter alia* from such documents as the 1977 Convention on the Prohibition of Military or Any Other Hostile Use of Environmental Modification Techniques which entered into force on 5 October 1978 (1108 *UNTS*, p. 151), and the United Nations General Assembly resolution “Historical responsibility of States for the preservation of nature for present and future generations” (General Assembly resolution 35/8 of 30 October 1980).

The same writer points out that,

“Under Soviet [now Russian] legal doctrine, the deliberate and hostile modification of the environment — ecocide — is unlawful and considered an international crime.”<sup>124</sup>

Another writer, drawing attention to the need for a co-ordinated, collective response to the global environmental crisis and the difficulty of envisioning such a response, observes:

“But circumstances are forcing just such a response; if we cannot embrace the preservation of the earth as our new organizing principle, the very survival of our civilization will be in doubt.”<sup>125</sup>

Here, forcefully stated, is the driving force behind today’s environmental law — the “new organizing principle” of preservation of the earth, without which all civilization is in jeopardy.

A means already at work for achieving such a co-ordinated collective response is international environmental law, and it is not to be wondered

<sup>122</sup> See the references to these principles in my dissenting opinion in *Request for an Examination of the Situation in Accordance with Paragraph 63 of the Court’s Judgment of 20 December 1974 in the Nuclear Tests (New Zealand v. France) Case, I.C.J. Reports 1995*, pp. 339-347.

<sup>123</sup> A. Timoshenko, “Ecological Security: Global Change Paradigm”, *Columbia Journal of International Environmental Law and Policy*, 1990, Vol. 1, p. 127.

<sup>124</sup> Timoshenko, *op. cit.*

<sup>125</sup> A. Gore, *Earth in the Balance: Ecology and the Human Spirit*, 1992, p. 295, cited in Guruswamy, Palmer and Weston, *International Environmental Law and World Order*, 1994, p. 264.

figurent le principe de précaution, le principe de la tutelle sur les ressources de la terre, le principe suivant lequel la charge de la preuve que les mesures de sécurité ont été prises incombe à l'auteur de l'acte mis en cause et le principe «pollueur-payeur» qui impose à l'auteur d'un dommage à l'environnement l'obligation d'indemniser les victimes comme il convient<sup>122</sup>. Des efforts ont été faits récemment sur le plan juridique pour formuler ce qu'on a appelé les «principes de la sécurité écologique» dans le cadre d'un processus de développement normatif et de codification du droit de l'environnement motivé par la nécessité de protéger la civilisation humaine contre la menace de son autodestruction.

Un auteur<sup>123</sup> qui énumère onze principes de cette nature inclut parmi eux la «prohibition de l'agression écologique» en se fondant notamment sur la convention de 1977 sur l'interdiction d'utiliser des techniques de modification de l'environnement à des fins militaires ou toutes autres fins hostiles, qui est entrée en vigueur le 5 octobre 1978 (Nations Unies, *Recueil des traités*, vol. 1108, p. 151), ainsi que sur la résolution de l'Assemblée générale des Nations Unies intitulée «Responsabilité historique des Etats concernant la préservation de la nature pour les générations présentes et futures» (résolution 35/8 en date du 30 octobre 1980).

Le même auteur souligne que :

«Dans la doctrine juridique soviétique [aujourd'hui russe], la modification délibérée, à des fins hostiles, de l'environnement — l'écocide — est illicite et considérée comme un crime international.»<sup>124</sup>

Un autre auteur, après avoir appelé l'attention sur la nécessité de concevoir une réaction collective coordonnée à la crise mondiale de l'environnement et sur la difficulté d'y parvenir, fait observer :

«Mais les circonstances exigent impérieusement une telle réaction ; si nous ne sommes pas capables de faire de la préservation de la planète notre nouveau principe d'organisation, c'est la survie même de notre civilisation qui sera compromise.»<sup>125</sup>

Voilà une définition vigoureuse de ce qui inspire le droit de l'environnement de notre temps, la préservation de la planète en tant que «nouveau principe d'organisation» sans lequel toute civilisation est en danger.

Un moyen, d'ores et déjà mis en œuvre, de parvenir à la réaction collective organisée évoquée plus haut est de s'appuyer sur le droit inter-

<sup>122</sup> Voir les références à ces principes dans mon opinion dissidente relative à l'affaire de la *Demande d'examen de la situation au titre du paragraphe 63 de l'arrêt rendu par la Cour le 20 décembre 1974 dans l'affaire des Essais nucléaires* (Nouvelle-Zélande c. France), *C.I.J. Recueil 1995*, p. 339-347.

<sup>123</sup> A. Timoschenko, «Ecological Security: Global Change Paradigm?» *Columbia Journal of International Environmental Law and Policy*, 1990, vol. 1, p. 127.

<sup>124</sup> Timoschenko, *op. cit.*

<sup>125</sup> A. Gore, *Earth in the Balance: Ecology and the Human Spirit*, 1992, p. 295, cité dans Guruswamy, Palmer et Weston, *International Environmental Law and World Order*, 1994, p. 264.

at that these basic principles ensuring the survival of civilization, and indeed of the human species, are already an integral part of that law.

The same matter is put in another perspective in an outstanding study, already referred to:

“The self-extinction of our species is not an act that anyone describes as sane or sensible; nevertheless, it is an act that, without quite admitting it to ourselves, we plan in certain circumstances to commit. Being impossible as a fully intentional act, unless the perpetrator has lost his mind, it can come about only through a kind of inadvertence — as a ‘side effect’ of some action that we do intend, such as the defense of our nation, or the defense of liberty, or the defense of socialism, or the defense of whatever else we happen to believe in. To that extent, our failure to acknowledge the magnitude and significance of the peril is a necessary condition for doing the deed. We can do it only if we don’t quite know what we’re doing. If we did acknowledge the full dimensions of the peril, admitting clearly and without reservation that any use of nuclear arms is likely to touch off a holocaust in which the continuance of all human life would be put at risk, extinction would at that moment become not only ‘unthinkable’ but also undoable.”<sup>126</sup>

These principles of environmental law thus do not depend for their validity on treaty provisions. They are part of customary international law. They are part of the *sine qua non* for human survival.

Practical recognitions of the principle that they are an integral part of customary international law are not difficult to find in the international arena. Thus, for example, the Security Council, in resolution 687 of 1991, referred to Iraq’s liability “under international law . . . for environmental damage” resulting from the unlawful invasion of Kuwait. This was not a liability arising under treaty, for Iraq was not a party to either the 1977 ENMOD Convention, nor the 1977 Protocols, nor any other specific treaty dealing expressly with the matter. Iraq’s liability to which the Security Council referred in such unequivocal terms was clearly a liability arising under customary international law<sup>127</sup>.

Nor are these principles confined to either peace or war, but cover both situations, for they proceed from general duties, applicable alike in peace and war<sup>128</sup>.

<sup>126</sup> Jonathan Schell, *The Fate of the Earth*, 1982, p. 186.

<sup>127</sup> A submission to this effect was made by the Solomon Islands in the hearings before the Court (CR 95/32, Sands, p. 71).

<sup>128</sup> See, for example, the phraseology of Principle 21 of the Stockholm Declaration and Principle 2 of the Rio Declaration, referring to the duties of States to prevent damage to the environment of other States.

national de l'environnement et il n'est pas étonnant que les principes de base axés sur la survie de la civilisation, voire de l'espèce humaine, fassent déjà partie intégrante de ce droit.

La même question est abordée sous un angle différent dans une étude remarquable où il est dit ce qui suit :

« L'auto-annihilation de notre espèce n'est pas un acte qu'on puisse qualifier de rationnel ou de raisonnable; pourtant c'est un acte que, sans tout à fait nous l'avouer à nous-mêmes, nous sommes prêts à commettre dans certaines circonstances. Ne pouvant être un acte entièrement intentionnel à moins que son auteur n'ait perdu l'esprit, il ne peut survenir qu'à la suite de quelque inadvertance, dans le sillage d'une activité qui, elle, est intentionnelle, par exemple la défense de notre patrie, ou la défense de la liberté, ou la défense du socialisme ou la défense de n'importe quelle cause dans laquelle nous croyons. Ce n'est donc que parce que nous ne mesurons pas l'ampleur et la gravité du péril que nous nous comportons comme nous le faisons. Nous ne pouvons agir ainsi que si nous ne voyons pas bien où nous conduisent nos actions. Si nous prenions conscience de l'ampleur du danger et reconnaissons sans détour et sans réserve que tout emploi de l'arme nucléaire risque de provoquer un holocauste dont l'issue pourrait être la disparition de toute vie humaine, nous verrions alors l'annihilation comme une chose non seulement impensable mais infaisable. »<sup>126</sup>

Les principes du droit de l'environnement ne tirent pas leur validité de dispositions conventionnelles. Ils relèvent du droit international coutumier. Ils sont l'une des conditions *sine qua non* de la survie de l'humanité.

Qu'ils fassent partie intégrante du droit international coutumier, l'activité internationale en apporte la preuve concrète dans divers contextes. C'est ainsi que, dans sa résolution 687 de 1991, le Conseil de sécurité a déclaré que l'Iraq était « responsable en vertu du droit international ... [des] atteintes à l'environnement » résultant de son invasion illicite du Koweït. Cette responsabilité ne découlait pas d'un traité car l'Iraq n'était partie ni à la convention de 1977 sur la modification de l'environnement ni aux protocoles additionnels de 1977 ni à aucun instrument traitant expressément de la question. La responsabilité de l'Iraq, affirmée par le Conseil de sécurité en termes si dépourvus d'ambiguïté, était manifestement une responsabilité fondée sur le droit international coutumier<sup>127</sup>.

Les principes en question s'appliquent aussi bien en temps de guerre qu'en temps de paix car ils procèdent d'obligations générales applicables dans les deux situations<sup>128</sup>.

<sup>126</sup> Jonathan Schell, *The Fate of the Earth*, 1982, p. 186.

<sup>127</sup> Une conclusion en ce sens a été formulée par les Iles Salomon au cours des audiences (CR 95/32, Sands, p. 71).

<sup>128</sup> Voir, par exemple, la manière dont sont rédigés le principe 21 de la déclaration de Stockholm et le principe 2 de la déclaration de Rio relatifs aux devoirs des Etats en matière de prévention des dommages à l'environnement d'autres Etats.



The basic principle in this regard is spelt out by Article 35 (3) of the 1977 Additional Protocol I to the Geneva Convention in terms prohibiting

“methods or means of warfare which are intended, or may be expected, to cause widespread, long-term and severe damage to the natural environment”.

Article 55 prohibits

“the use of methods or means of warfare which are intended or may be expected to cause such damage to the natural environment and thereby to prejudice the health or survival of the population”.

The question is not whether nuclear weapons were or were not intended to be covered by these formulations. It is sufficient to read them as stating undisputed principles of customary international law. To consider that these general principles are not explicit enough to cover nuclear weapons, or that nuclear weapons were designedly left unmentioned and are therefore not covered, or even that there was a clear understanding that these provisions were not intended to cover nuclear weapons, is to emphasize the incongruity of prohibiting lesser weapons of environmental damage, while leaving intact the infinitely greater agency of causing the very damage which it was the rationale of the treaty to prevent.

If there are general duties arising under customary international law, it clearly matters not that the various environmental agreements do not specifically refer to damage by nuclear weapons. The same principles apply whether we deal with belching furnaces, leaking reactors or explosive weapons. The mere circumstance that coal furnaces or reactors are not specifically mentioned in environmental treaties cannot lead to the conclusion that they are exempt from the incontrovertible and well-established standards and principles laid down therein.

Another approach to the applicability of environmental law to the matter before the Court is through the principle of good neighbourliness, which is both impliedly and expressly written into the United Nations Charter. This principle is one of the bases of modern international law, which has seen the demise of the principle that sovereign States could pursue their own interests in splendid isolation from each other. A world order in which every sovereign State depends on the same global environment generates a mutual interdependence which can only be implemented by co-operation and good neighbourliness.

The United Nations Charter spells this out as “the general principle of good-neighbourliness, due account being taken of the interests and well-being of the rest of the world, in social, economic, and commercial matters” (Art. 74). A course of action that can destroy the global environment will take to its destruction not only the environment, but the social,

Le principe de base en la matière est énoncé au paragraphe 3 de l'article 35 du protocole additionnel I de 1977 aux conventions de Genève qui interdit :

«d'utiliser des méthodes ou moyens de guerre qui sont conçus pour causer, ou dont on peut attendre qu'ils causeront, des dommages étendus, durables et graves à l'environnement naturel».

L'article 55, quant à lui, interdit :

«d'utiliser des méthodes ou des moyens de guerre conçus pour causer ou dont peut attendre qu'ils causent de tels dommages à l'environnement naturel, compromettant de ce fait la santé ou la survie de la population».

La question n'est pas de savoir si l'on a voulu ou non viser les armes nucléaires. Il suffit de voir dans ces dispositions des énoncés de principes incontestés du droit international coutumier. Soutenir que les principes généraux ainsi énoncés ne sont pas assez explicites pour pouvoir être considérés comme applicables aux armes nucléaires ou que les armes nucléaires ont été délibérément passées sous silence et ne sont donc pas couvertes ou même qu'il était clairement entendu que les armes nucléaires n'entraient pas dans le champ des dispositions en cause, c'est mettre en relief l'incongruité d'une thèse qui reconnaît comme interdites les armes présentant une nocivité moindre pour l'environnement mais laisse intact un moyen infiniment plus puissant de causer les dommages que le traité a pour but de prévenir.

Dès lors qu'existent des obligations générales découlant du droit international coutumier, il importe peu que les divers accords sur l'environnement contiennent ou non une mention expresse des dommages causés par les armes nucléaires. Les mêmes principes s'appliquent que l'on soit en présence de hauts fourneaux qui émettent des fumées, de réacteurs présentant des fuites ou d'engins explosifs. On ne saurait déduire du fait que les hauts fourneaux et les réacteurs ne sont pas expressément désignés dans les traités sur l'environnement qu'ils sont soustraits au champ d'application des normes et principes indiscutables et bien établis énoncés dans ces traités.

La question de l'applicabilité du droit de l'environnement dans le présent contexte peut aussi être abordée sous l'angle du principe du bon voisinage qui est à la fois implicitement et expressément consacré dans la Charte des Nations Unies. Ce principe est l'une des bases du droit international moderne, qui a vu l'échec d'un système où chaque Etat souverain pouvait s'employer à défendre ses intérêts dans un splendide isolement par rapport aux autres Etats. Un ordre mondial dans lequel tous les Etats souverains sont tributaires du même environnement a pour corollaire une interdépendance mutuelle qui exige coopération et bon voisinage.

La Charte des Nations Unies fait mention du «principe général du bon voisinage dans le domaine social, économique et commercial, compte tenu des intérêts et de la prospérité du reste du monde» (art. 74). Un choix qui peut conduire à la destruction de l'environnement planétaire sera fatal non seulement à l'environnement mais aussi aux intérêts dans le

economic and commercial interests that cannot exist apart from that environment. The Charter's express recognition of such a general duty of good neighbourliness makes this an essential part of international law.

This Court, from the very commencement of its jurisprudence, has supported this principle by spelling out the duty of every State not to "allow knowingly its territory to be used for acts contrary to the rights of other States" (*Corfu Channel, I.C.J. Reports 1949*, p. 22).

The question of State responsibility in regard to the environment is dealt with more specifically in my dissenting opinion on the WHO request (*I.C.J. Reports 1996*, pp. 139-143), and that discussion must be regarded as supplementary to the discussion of environmental considerations in this opinion. As therein pointed out, damage to the environment caused by nuclear weapons is a breach of State obligation, and this adds another dimension to the illegality of the use or threat of use of nuclear weapons.

(g) *Human rights law*<sup>129</sup>

This opinion has dealt in Section III.3 with the ways in which the development of human rights in the post-war years has made an impact on "considerations of humanity" and "dictates of public conscience".

Concentrating attention more specifically on the rights spelt out in the Universal Declaration of Human Rights, it is possible to identify the right to dignity (Preamble and Art. 1), the right to life, the right to bodily security (Art. 3), the right to medical care (Art. 25 (1)), the right to marriage and procreation (Art. 16 (1)), the protection of motherhood and childhood (Art. 25 (2)), and the right to cultural life (Art. 27 (1)), as basic human rights which are endangered by nuclear weapons.

It is part of established human rights law doctrine that certain rights are non-derogable in any circumstances. The right to life is one of them. It is one of the rights which constitute the irreducible core of human rights.

The preamble to the Declaration speaks of recognition of the inherent dignity of all members of the human family as the foundation of freedom, justice and peace in the world. Article 1 follows this up with the specific averment that "All human beings are born free and equal in dignity and rights." Article 6 states that everyone has the right to recognition everywhere as a person before the law. The International Covenant on Civil and Political Rights made this right more explicit and imposed on States the affirmative obligation of protecting it by law. Article 6 (1)

<sup>129</sup> See, also, Section III.6 below.

domaine social, économique et commercial qui dépendent étroitement de cet environnement. En reconnaissant expressément l'existence d'un devoir général de bon voisinage, la Charte fait de ce devoir un élément essentiel du droit international.

La Cour a, dès le début de ses activités, appuyé ce principe en affirmant le devoir de tout Etat de ne pas «laisser utiliser son territoire aux fins d'actes contraires aux droits des autres Etats» (*Détroit de Corfou, C.I.J. Recueil 1949*, p. 22).

La question de la responsabilité des Etats à l'égard de l'environnement est analysée plus en détail dans mon opinion dissidente relative à la demande d'avis consultatif de l'Organisation mondiale de la Santé (*C.I.J. Recueil 1996*, p. 139-143) et cette analyse doit être considérée comme un complément à l'examen des problèmes d'environnement contenu dans la présente opinion. Comme je l'ai indiqué dans cette opinion dissidente, le dommage causé à l'environnement par les armes nucléaires est la conséquence de la violation d'une obligation incombant à l'Etat, ce qui ajoute une dimension de plus à la question de l'illicéité de l'emploi ou de la menace d'emploi des armes nucléaires.

g) *Droit relatif aux droits de l'homme*<sup>129</sup>

Dans la présente opinion, j'ai évoqué à la section III, paragraphe 6, l'influence qu'a eue le développement des droits de l'homme dans la période d'après-guerre sur les notions de «considérations d'humanité» et d'«exigences de la conscience publique».

Une analyse plus détaillée du contenu de la Déclaration universelle des droits de l'homme conduit à ranger parmi les droits fondamentaux de l'homme auxquels les armes nucléaires portent atteinte le droit à la dignité (préambule et article premier), le droit à la vie, le droit de l'individu à la sûreté de sa personne (art. 3), le droit aux soins médicaux (art. 25, par. 1), le droit de se marier et de procréer (art. 16, par. 1), la protection de la maternité et de l'enfance (art. 25, par. 2) et le droit à la vie culturelle (art. 27, par. 1).

Selon la doctrine établie en matière de droits de l'homme, il n'est pas possible de déroger à certains droits en aucune circonstance, notamment au droit à la vie, qui fait partie du noyau irréductible des droits de l'homme.

Le préambule de la Déclaration affirme que la reconnaissance de la dignité inhérente de tous les membres de la famille humaine constitue le fondement de la liberté, de la justice et de la paix dans le monde. L'article premier proclame que: «Tous les êtres humains naissent libres et égaux en dignité et en droits.» L'article 6 dispose que chacun a droit à la reconnaissance en tous lieux de sa personnalité juridique. Le pacte international relatif aux droits civils et politiques précise ce droit et oblige les Etats à faire en sorte qu'il soit protégé par la loi. Le paragraphe 1 de l'article 6

<sup>129</sup> Voir aussi ci-dessus la section III, paragraphe 6.

states, "Every human being has the inherent right to life. This right shall be protected by law." States parties to the Covenant expressly assumed the responsibility to implement the provisions of the Covenant.

The European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (1950, Art. 2) and the American Convention of Human Rights (1969, Art. 4) likewise confirm the right to life. It is one of the non-derogable rights and an integral part of the irreducible core of human rights.

It has been argued that the right to life is not an absolute right and that the taking of life in armed hostilities is a necessary exception to this principle. However, when a weapon has the potential to kill between one million and one billion people, as WHO has told the Court, human life becomes reduced to a level of worthlessness that totally belies human dignity as understood in any culture. Such a deliberate action by a State is, in any circumstances whatsoever, incompatible with a recognition by it of that respect for basic human dignity on which world peace depends, and respect for which is assumed on the part of all Member States of the United Nations.

This is not merely a provision of the Universal Declaration on Human Rights and other human rights instruments, but is fundamental Charter law as enshrined in the very preamble to the United Nations Charter, for one of the ends to which the United Nations is dedicated is "to reaffirm faith in fundamental human rights, in the *dignity and worth* of the human person" (emphasis added). No weapon ever invented in the long history of man's inhumanity to man has so negated the dignity and worth of the human person as has the nuclear bomb.

Reference should also be made to the General Comment of the United Nations Human Rights Committee entitled "The Right to Life and Nuclear Weapons"<sup>130</sup> which endorsed the view of the General Assembly that the right to life is especially pertinent to nuclear weapons<sup>131</sup>. Stating that nuclear weapons are among the greatest threats to life and the right to life, it carried its view of the conflict between nuclear weapons and international law so far as to propose that their use should be recognized as crimes against humanity.

All of these human rights follow from one central right — a right described by René Cassin as "the right of human beings to exist" (CR 95/32, p. 64, including footnote 20). This is the foundation of the elaborate structure of human rights that has been painstakingly built by the world community in the post-war years.

Any endorsement of the legality of the use, in any circumstances what

<sup>130</sup> Gen. C 14/23, reproduced in M. Nowak, *United Nations Covenant on Civil and Political Rights*, 1983, p. 861.

<sup>131</sup> General Assembly resolution 38/75, "Condemnation of Nuclear War", first operative paragraph.

est conçu comme suit: «Le droit à la vie est inhérent à la personne humaine. Ce droit doit être protégé par la loi.» Les Etats parties au pacte se sont expressément engagés à donner effet aux dispositions du pacte.

La convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (1950, art. 2) et la convention américaine relative aux droits de l'homme (1969, art. 4) proclament également le droit à la vie. C'est l'un des droits auxquels il n'est pas possible de déroger et qui fait partie intégrante du noyau irréductible des droits de l'homme.

On a soutenu que le droit à la vie n'est pas un droit absolu et que la privation de la vie durant des hostilités est une exception nécessaire à ce principe. Mais lorsqu'une arme peut tuer entre un million et un milliard de personnes, comme l'Organisation mondiale de la Santé l'a indiqué à la Cour, la vie humaine se trouve dévalorisée au point qu'il n'y a plus de dignité humaine au sens où on l'entend dans toutes les cultures. Un Etat qui entreprend délibérément en quelque circonstance que ce soit une action aboutissant à ce résultat porte atteinte au respect de la dignité fondamentale de la personne humaine dont dépend la paix du monde et auquel sont tenus tous les Etats Membres des Nations Unies.

Je ne me réfère pas seulement ici à des dispositions de la Déclaration universelle des droits de l'homme ou d'autres instruments relatifs aux droits de l'homme, mais à un aspect fondamental du droit de la Charte dont le préambule indique que les peuples des Nations Unies sont notamment résolus à «proclamer à nouveau [leur] foi dans les droits fondamentaux de l'homme, dans *la dignité et la valeur* de la personne humaine» (les italiques sont de moi). Jamais au cours d'une longue histoire marquée par l'inhumanité de l'homme envers l'homme n'a été inventée une arme qui est si contraire, comme c'est le cas de l'arme nucléaire, à la dignité et à la valeur de la personne humaine.

Il faut aussi mentionner l'observation générale du Comité des droits de l'homme des Nations Unies intitulée «Le droit à la vie et les armes nucléaires»<sup>130</sup>, qui fait sienne l'opinion de l'Assemblée générale selon laquelle le droit à la vie est particulièrement pertinent dans le cas des armes nucléaires<sup>131</sup>. Considérant que les armes nucléaires constituent l'une des plus graves menaces à la vie et au droit à la vie, le Comité a vu un tel conflit entre les armes nucléaires et le droit international qu'il a proposé de qualifier l'emploi de ces armes de crime contre l'humanité.

Tous ces droits de l'homme procèdent d'un droit fondamental — décrit par René Cassin comme «le droit des êtres humains à l'existence» (CR 95/32, p. 64, y compris la note 20). C'est sur cette base que le système des droits de l'homme dans toute sa complexité a été laborieusement construit par la communauté mondiale pendant la période d'après guerre.

Reconnaître la licéité, en quelque circonstance que ce soit, de l'emploi

<sup>130</sup> Gen. C 14/23 reproduit dans M. Nowak, *United Nations Covenant on Civil and Political Rights*, 1983, p. 861.

<sup>131</sup> Résolution 38/75 de l'Assemblée générale intitulée «Condamnation de la guerre nucléaire», paragraphe 1 du dispositif.

soever, of a weapon which can snuff out life by the million would tear out the foundations beneath this elaborate structure which represents one of the greatest juristic achievements of this century. That structure, built upon one of the noblest and most essential concepts known to the law, cannot theoretically be maintained if international law allows this right to any State. It could well be written off the books.

### 11. *Juristic Opinion*

It would be correct to say that the bulk of juristic opinion is of the view that nuclear weapons offend existing principles of humanitarian law. Juristic opinion is an important source of international law and there is no room in this opinion for a citation of all the authorities. It will suffice, for present purposes, to refer to a resolution already noted in an earlier part of this discussion — the resolution adopted by the Institute of International Law in 1969, at its Edinburgh Session, at a time when juristic writing on nuclear arms had not reached its present level of intensity and was in fact quite scarce.

The finding of the Institute, already cited (see Section III.10 (*b*) above), that *existing* international law prohibits, in particular, the use of weapons whose destructive effect “is so great that it cannot be limited to specific military objectives or is otherwise uncontrollable . . . , as well as of ‘blind’ weapons”<sup>132</sup>, was adopted by 60 votes, with one against and two abstentions. Those voting in favour included Charles De Visscher, Lord McNair, Roberto Ago, Suzanne Bastid, Erik Castrén, Sir Gerald Fitzmaurice, Wilfred Jenks, Sir Robert Jennings, Charles Rousseau, Grigory Tunkin, Sir Humphrey Waldock, José Maria Ruda, Oscar Schachter and Kotaro Tanaka, to select a few from an illustrious list of the most eminent international lawyers of the time.

### 12. *The 1925 Geneva Gas Protocol*

Quite independently of the various general principles that have been invoked in the discussion thus far, there is a conventional basis on which it has been argued that nuclear weapons are illegal. It is for this reason that I have voted against paragraph 2B of the *dispositif* which holds that there is not, in conventional international law, a comprehensive and universal prohibition of the threat or use of nuclear weapons as such. I refer, in particular, to the Protocol for the Prohibition of the Use in War of Asphyxiating, Poisonous or Other Gases and of Bacteriological Methods of Warfare, 17 June 1925 (commonly referred to as the Geneva Gas Protocol). It is so comprehensive in its prohibition that, in my view, it clearly covers nuclear weapons, which thus become the subject of conventional prohibition. There is considerable scholarly opinion favouring

<sup>132</sup> *Annuaire de l'Institut de droit international*, 1969, No. 53, Vol. II, p. 377, para. 7.

d'une arme qui peut faucher des vies par millions, ce serait détruire les bases sur lesquelles repose un système délicat qui représente l'une des réalisations juridiques les plus remarquables du XX<sup>e</sup> siècle. Ce système, bâti sur l'une des valeurs les plus essentielles et les plus dignes de respect que connaisse le droit, ne peut pas survivre sous une forme théorique — ce qui serait le cas si le droit international devait reconnaître une telle licéité. Autant y renoncer purement et simplement.

### 11. *L'opinio juris*

On peut dire que *l'opinio juris* admet pour l'essentiel que les armes nucléaires portent atteinte aux principes existants du droit humanitaire. *L'opinio juris* est une source importante du droit international et il est impossible de citer dans le cadre de la présente opinion toutes les sources faisant autorité susceptibles d'être mentionnées. Je me bornerai à me référer à une résolution évoquée plus haut — la résolution adoptée par l'Institut de droit international en 1969 à sa session d'Edimbourg, à une époque où la doctrine s'intéressait beaucoup moins qu'aujourd'hui à la question des armes nucléaires et s'était en fait peu exprimée sur la question.

La conclusion de l'Institut (voir ci-dessus la section III, paragraphe 10, lettre *b*)) suivant laquelle le droit international *existant* interdit en particulier l'emploi d'armes dont l'effet destructeur «est trop important pour pouvoir être limité à des objectifs militaires déterminés ou dont l'effet est incontrôlable ... ainsi que des armes aveugles»<sup>132</sup> a été adoptée par 60 voix contre une, avec 2 abstentions. Charles De Visscher, lord McNair, Roberto Ago, Suzanne Bastid, Erik Castrén, sir Gerald Fitzmaurice, Wilfred Jenks, sir Robert Jennings, Charles Rousseau, Grigory Tunkin, sir Humphrey Waldock, José Maria Ruda, Oscar Schachter et Kotaro Tanaka, pour ne citer que quelques-uns des noms figurant dans une liste prestigieuse des plus éminents spécialistes du droit international de l'époque, ont voté pour cette conclusion.

### 12. *Le protocole de Genève de 1925 sur les gaz*

Abstraction faite des divers principes généraux qui ont été invoqués à ce point de la présente analyse, on peut s'appuyer sur une base conventionnelle pour soutenir que les armes nucléaires sont illicites — ce qui m'a amené à voter contre le paragraphe 2 B du dispositif où il est déclaré que le droit international conventionnel ne comporte pas d'interdiction complète et universelle de la menace ou de l'emploi des armes nucléaires en tant que telles. Je pense en particulier au protocole concernant la prohibition d'emploi à la guerre de gaz asphyxiants, toxiques ou similaires et de moyens bactériologiques, en date du 17 juin 1925 (communément désigné sous le nom de protocole de Genève sur les gaz). La prohibition que contient cet instrument est formulée en termes si généraux qu'elle s'étend aux armes nucléaires, qui sont dès lors couvertes par une interdiction

<sup>132</sup> *Annuaire de l'Institut de droit international*, 1969, n° 53, vol. II, p. 360, par. 7.



this view<sup>133</sup>. Moreover, if radiation is a poison, it is caught up also by the prohibition on poison weapons contained in Article 23 (a) of the Hague Regulations. The rule against poisonous weapons has indeed been described as "The most time-honoured special prohibition on the subject of weapons and instruments of war."<sup>134</sup> It is a rule recognized from the remotest historical periods and in a wide spread of cultures.

The Geneva Gas Protocol was drafted in very wide terms. It prohibits "the use in war of asphyxiating, *poisonous*, or other gases and of all analogous liquids, *materials* or *devices*" (emphasis added).

If this Protocol is to be applicable to nuclear weapons, it must be shown:

- (1) that radiation is *poisonous*; and
- (2) that it involves the contact of *materials* with the human body.

If both these questions are answered in the affirmative, the damage to the human body caused by radiation would be covered by the terms of the Protocol.

(i) *Is radiation poisonous?*

Poison is generally defined as a substance which, of its own force, damages health on contact with or absorption by the body<sup>135</sup>. The discussion of the effects of radiation in Section II.3 (f) above can leave one in no doubt that the effects of radiation are that it destroys life or damages the functions of the organs and tissues.

Schwarzenberger points out that if introduced into the body in suffi-

<sup>133</sup> See Burns H. Weston, *op. cit.*, p. 241; E. Castrén, *The Present Law of War and Neutrality*, 1954, p. 207; G. Schwarzenberger, *The Legality of Nuclear Weapons*, 1958, pp. 37-38; N. Singh, *Nuclear Weapons and International Law*, 1959, pp. 162-166; Falk, Meyrowitz and Sanderson, "Nuclear Weapons and International Law", *Indian Journal of International Law*, 1980, Vol. 20, p. 563; Julius Stone, *Legal Controls of International Conflict*, 1954, p. 556; Spaight, *Air Power and War Rights*, 3rd ed., 1947, pp. 275-276; H. Lauterpacht (ed.), in *Oppenheim's International Law*, Vol. 2, 7th ed., 1952, p. 348.

<sup>134</sup> Singh and McWhinney, *op. cit.*, p. 120.

<sup>135</sup> The *McGraw-Hill Dictionary of Scientific and Technical Terms* defines poison as

"A substance that in relatively small doses has an action that either destroys life or impairs seriously the functions of organs and tissues" (2nd ed., 1978, p. 1237).

The definition of poison in the *Oxford English Dictionary* is that poison is:

"Any substance which, when introduced to or absorbed by a living organism, destroys life or injures health, irrespective of mechanical means or direct thermal changes. Particularly applied to a substance capable of destroying life by rapid action, and when taken in a small quantity. Fig. phr. to hate like poison.

But the more scientific use is recognized in the phrase *slow poison*, indicating the accumulative effect of a deleterious drug or agent taken for a length of time." (Vol. XII, p. 2, 1989 ed.)

conventionnelle. De nombreux auteurs souscrivent à cette opinion<sup>133</sup>. Au surplus, si les rayonnements sont toxiques, ils tombent sous le coup de la règle interdisant les armes toxiques contenue à l'article 23 a) du règlement de La Haye, règle qui a été décrite comme énonçant «la prohibition spécifique la plus solidement établie qui existe dans le domaine des armes et instruments de guerre»<sup>134</sup> et qui est admise depuis des temps immémoriaux dans bon nombre de cultures.

Le protocole de Genève sur les gaz est rédigé en termes très généraux. Il interdit l'emploi à la guerre de gaz asphyxiants, *toxiques* ou similaires «ainsi que de tous liquides, *matières* ou *procédés* analogues» (les italiques sont de moi).

Pour que ce protocole soit applicable aux armes nucléaires, il faut établir :

- 1) que les rayonnements sont *toxiques*; et
- 2) qu'ils mettent une *matière* en contact avec le corps humain.

Si on parvient à établir qu'il faut répondre par l'affirmative à ces deux questions, il en découlerait que les effets nocifs des rayonnements sur le corps humain sont visés par les termes du protocole.

#### i) *Les rayonnements sont-ils toxiques?*

Un produit toxique est généralement défini comme une substance capable, par elle-même, de nuire à la santé par contact avec le corps ou par absorption<sup>135</sup>. La description des effets des rayonnements figurant ci-dessus, à la section II, paragraphe 3, lettre *f*), montre clairement que les rayonnements ont pour effet de détruire la vie ou de perturber gravement les fonctions des organes et des tissus.

Schwarzenberger souligne qu'à partir d'une certaine dose l'irradiation

<sup>133</sup> Voir Burns H. Weston, *op. cit.*, p. 241; E. Castrén, *The Present Law of War and Neutrality*, 1954, p. 207; G. Schwarzenberger, *The Legality of Nuclear Weapons*, 1958, p. 37-38; N. Singh, *Nuclear Weapons and International Law*, 1959, p. 162-166; Falk, Meyrowitz et Sanderson, «Nuclear Weapons and International Law», *Indian Journal of International Law*, 1980, vol. 20, p. 563; Julius Stone, *Legal Controls of International Conflict*, 1954, p. 556; Spaight, *Air Power and War Rights*, 3<sup>e</sup> éd., 1947, p. 275-276; H. Lauterpacht (dir. publ.), dans *Oppenheim's International Law*, vol. 2, 7<sup>e</sup> éd., 1952, p. 348.

<sup>134</sup> Singh et McWhinney, *op. cit.*, p. 120.

<sup>135</sup> Le *McGraw-Hill Dictionary of Scientific and Technical Terms* contient la définition suivante du produit toxique :

«Toute substance capable à doses relativement faibles de détruire la vie ou de perturber gravement les fonctions des organes et des tissus.» (2<sup>e</sup> éd., 1978, p. 1237.)

La définition de l'*Oxford English Dictionary* se lit comme suit :

«Toute substance qui, introduite dans un organisme vivant ou absorbée par un tel organisme, détruit la vie ou altère la santé, indépendamment de moyens mécaniques ou de modifications thermiques directes. Le terme s'emploie notamment pour désigner une substance capable de détruire la vie rapidement et à faibles doses. ...

Dans l'usage scientifique, toutefois, on parle aussi d'«intoxication lente» pour désigner l'effet cumulatif d'une drogue ou d'un agent nuisible absorbé pendant un certain temps.» (Vol. XII, p. 2, édition de 1989.)

ciently large doses, radiation produces symptoms indistinguishable from poisoning<sup>136</sup>.

Once it is established that radioactive radiation is a poison, it is also covered by the prohibition on poison weapons contained in the Hague Regulations already referred to. It poisons, indeed in a more insidious way than poison gas, for its effects include the transmission of genetic disorders for generations.

The NATO countries have themselves accepted that poisoning is an effect of nuclear weapons, for Annex II to the Protocol on Arms Control of the Paris Agreements of 23 October 1954, on the accession of the Republic of Germany to the North Atlantic Treaty, defines a nuclear weapon as any weapon:

“designed to contain or utilise, nuclear fuel or radioactive isotopes and which, by explosion or other uncontrolled nuclear transformation . . . is capable of mass destruction, mass injury or *mass poisoning*” (emphasis added).

(ii) *Does radiation involve contact of the body with “materials”?*

The definitions of poison speak of it in terms of its being a “substance”. The Geneva Gas Protocol speaks of “materials” which are poisonous. It is necessary therefore to know whether radiation is a “substance” or a “material”, or merely a ray such as a light ray which, when it impinges on any object, does not necessarily bring a substance or material in contact with that object. If it is the former, it would satisfy the requirements of the Geneva Gas Protocol.

The definition of “radioactive” in the *Shorter Oxford Dictionary* is as follows: “Capable (as radium) of emitting spontaneously rays consisting of *material particles* travelling at high velocities.”<sup>137</sup>

Scientific discussions<sup>138</sup> draw a distinction between the spectrum of electromagnetic radiations that have zero mass when (theoretically) at rest, such as radio waves, microwaves, infrared rays, visible light, ultraviolet rays, x-rays, and gamma rays, and the type of radiation that includes such particles as electrons, protons and neutrons which have

<sup>136</sup> *The Legality of Nuclear Weapons*, 1958, p. 35. He remarks very severely that they “inflict death or serious damage to health in, as Gentili would have put it, a manner more befitting demons than civilised human beings”. The reference is to Gentili’s observation that, though war is struggle between men, the use of such means as poison makes it “a struggle of demons” (*De Jure Belli Libri Tres* (1612), Book II, Chap. VI, p. 161, trans. J. C. Rolfe).

<sup>137</sup> 3rd ed., 1987, Vol. II, p. 1738; emphasis added.

<sup>138</sup> See *Encyclopaedia Britannica Macropaedia*, Vol. 26, pp. 471 *et seq.* on “Radiation”.

du corps s'accompagne de symptômes en tous points identiques à ceux que provoquent les produits toxiques<sup>136</sup>.

Dès lors que les radiations radioactives sont toxiques, elles sont également couvertes par l'interdiction des armes toxiques contenue dans le règlement de La Haye dont il a déjà été question. Elles agissent en réalité de manière plus insidieuse que les gaz toxiques car elles provoquent des troubles génétiques qui durent pendant des générations.

Les pays membres de l'OTAN ont eux-mêmes reconnu les effets toxiques des armes nucléaires puisque, à l'occasion de l'adhésion de la République fédérale d'Allemagne au traité de l'Atlantique Nord, ils ont, dans l'annexe II au protocole sur le contrôle des armes relatif aux accords de Paris du 23 octobre 1954, défini une arme nucléaire comme étant toute arme :

«conçue pour contenir ou utiliser un combustible nucléaire ou des isotopes radio-actifs et qui, par explosion ou autre transformation nucléaire non contrôlée ... est capable de destruction massive, dommages généralisés ou *empoisonnements massifs*» (les italiques sont de moi).

ii) *Les rayonnements mettent-ils des «matières» en contact avec le corps humain?*

Les définitions déjà citées emploient le terme «substance». Le protocole de Genève sur les gaz fait mention de «matières» ayant des propriétés toxiques. Il faut donc déterminer si une radiation est une «substance» ou une «matière» ou simplement un rayon comparable à un rayon de lumière qui, lorsqu'il touche un objet, ne met pas nécessairement une substance ou une «matière» en contact avec cet objet. Dans le premier cas, les conditions requises pour que le protocole de Genève soit applicable seraient remplies.

La définition que donne le *Shorter Oxford Dictionary* du terme «radioactif» [*«radioactives»*] est la suivante: «capable (comme le radium) d'émettre spontanément des rayons composés de *particules matérielles* se déplaçant à très grande vitesse»<sup>137</sup>.

Les scientifiques<sup>138</sup> font une distinction entre le spectre des radiations électromagnétiques ayant une masse zéro à l'état stationnaire (théorique) (ondes radioélectriques, micro-ondes, rayons infrarouges, lumière visible, rayons ultraviolets, rayons X et rayons gamma) et les radiations qui font intervenir des particules ayant une masse (électrons, protons et neutrons)

<sup>136</sup> The *Legality of Nuclear Weapons*, 1958, p. 35. L'auteur fait très pertinemment observer que les rayonnements «tuent ou nuisent gravement à la santé dans des conditions, aurait dit Gentili, plus dignes de démons que d'êtres humains civilisés». Gentili a en effet écrit que bien que la guerre soit une lutte entre êtres humains, l'emploi de moyens tels que le poison en fait une lutte de démons (*De Jure Belli Libri Tres* (1612), livre II, chap. VI, p. 161, trad. J. C. Rolfe [dont la traduction anglaise a servi de base à la version française ci-dessus]).

<sup>137</sup> 3<sup>e</sup> éd., 1987, vol. II, p. 1738 (les italiques sont de moi).

<sup>138</sup> Voir *Encyclopaedia Britannica Macropaedia*, vol. 26, p. 471 et suiv., au mot «Radiation».

mass. When such forms of particulate matter travel at high velocities, they are regarded as radiation.

The ionizing radiation caused by nuclear weapons is of the latter kind. It consists *inter alia* of a stream of particles<sup>139</sup> coming into contact with the human body and causing damage to tissues. In other words, it is a material substance that causes damage to the body and cannot fall outside the prohibition of poisonous weapons laid down by the Geneva Gas Protocol.

The question whether radiation is a “material” seems thus beyond doubt. In the words of Schwarzenberger:

“the words ‘all analogous liquids, materials or devices’ are so comprehensively phrased as to include any weapons of an analogous character, irrespective of whether they were known or in use at the time of the signature of the Protocol. If the radiation and fall-out effects of nuclear weapons can be likened to poison, all the more can they be likened to poison gas . . .”<sup>140</sup>

There has been some discussion in the literature of the question whether the material transmitted should be in gaseous form as the provision in question deals with materials “analogous” to gases. It is to be noted in the first place that the wording of the provision itself takes the poisons out of the category of *gases* because it speaks also of analogous *liquids*, *materials*, and even devices. However, even in terms of *gases*, it is clear that the distinction between solids, liquids and gases has never been strictly applied in military terminology to the words “gas”. As Singh and McWhinney point out, in strict scientific language, mustard gas is really a liquid and chlorine is really a gas, but in military terminology both are categorized as gas<sup>141</sup>.

The case that nuclear weapons are covered by the Geneva Gas Protocol seems therefore to be irrefutable. Further, if indeed radioactive radiation constitutes a poison, the prohibition against it would be declaratory of a universal customary law prohibition which would apply in any event whether a State is party or not to the Geneva Protocol of 1925<sup>142</sup>.

Yet another indication, available in terms of the Geneva Gas Protocol, is that the word “devices” would presumably cover a nuclear bomb, irrespective of the question whether radiation falls within the description of “analogous materials”.

<sup>139</sup> The definitions of radiation in the *McGraw-Hill Dictionary of Physics and Mathematics* (1978, p. 800) is “a stream of particles, . . . or high energy photons, or a mixture of these”.

<sup>140</sup> *Op. cit.*, p. 38.

<sup>141</sup> *Op. cit.*, p. 126.

<sup>142</sup> See, to this effect, Schwarzenberger, *op. cit.*, pp. 37-38, in relation to chemical and bacteriological weapons.

et qui naissent du déplacement à très grande vitesse des particules en question.

Les rayonnements ionisants émis par les armes nucléaires appartiennent au deuxième type. Ils consistent notamment en une émission d'un flux de particules<sup>139</sup> qui entrent en contact avec le corps humain et altèrent les tissus. En d'autres termes, c'est une substance matérielle qui a des effets dommageables sur le corps et une telle substance est nécessairement dans le champ de l'interdiction des armes toxiques édictée par le protocole de Genève sur les gaz.

Il est donc indiscutable que les rayonnements sont une matière. Comme le dit Schwarzenberger :

«La formule «tous liquides, matières ou procédés analogues» est conçue en termes si larges qu'elle englobe toutes les armes «analogues» qu'elles fassent ou non partie de l'arsenal des armes connues ou utilisées à l'époque de la signature du protocole. Si les rayonnements et les retombées provoqués par les armes nucléaires peuvent être considérés comme des substances toxiques, ils peuvent être assimilés à un gaz toxique...»<sup>140</sup>

Les spécialistes se sont demandé si la matière émise devait être une matière gazeuse, étant donné que la disposition considérée vise les «matières» analogues aux gaz. On notera à cet égard que le libellé n'exige pas que la toxicité provienne d'un gaz puisqu'il englobe les *liquides, matières* et jusqu'aux procédés analogues. Mais même si l'on s'en tient aux gaz, la terminologie militaire n'a, de toute évidence, jamais fait, pour ce qui est des «gaz», de distinction stricte entre l'état solide, l'état liquide et l'état gazeux. Comme le soulignent Singh et McWhinney, l'ypérite (gaz moutarde) est, en fait, d'un point de vue strictement scientifique, un liquide, alors que le chlore est un gaz, mais dans la terminologie militaire l'un et l'autre entrent dans la catégorie des gaz<sup>141</sup>.

Il nous paraît donc irréfutable que les armes nucléaires sont visées par le protocole de Genève sur les gaz. Qui plus est, si les radiations radioactives sont effectivement toxiques, leur prohibition relèverait d'une interdiction du droit coutumier universel et s'appliquerait à tout Etat, qu'il soit ou non partie au protocole de Genève de 1925<sup>142</sup>.

Un élément supplémentaire qui milite en faveur de l'applicabilité du protocole de Genève sur les gaz est que le mot «procédés» vise probablement les bombes nucléaires, ce qui rend sans pertinence la question de savoir si les radiations entrent dans la catégorie des «matières analogues».

<sup>139</sup> Le *McGraw-Hill Dictionary of Physics and Mathematics* (1978, p. 800) définit le rayonnement comme «une émission de particules ... ou de photons à haute énergie ou d'une combinaison des deux».

<sup>140</sup> *Op. cit.*, p. 38.

<sup>141</sup> *Op. cit.*, p. 126.

<sup>142</sup> Voir, en ce sens, Schwarzenberger, *op. cit.*, p. 37-38, à propos des armes chimiques et bactériologiques.

Nuclear weapons, being unknown at the time of the documents under consideration, could not be more specifically described, but are covered by the description and intent of the Protocol and the Hague Regulations.

It has been submitted by the United States that:

“This prohibition was not intended to apply, and has not been applied, to weapons that are designed to kill or injure by other means, even though they may create asphyxiating or poisonous byproducts.” (Written Statement, p. 25.)

If, in fact, radiation is a major by-product of a nuclear weapon — as indeed it is — it is not clear on what jurisprudential principle an exemption can thus be claimed from the natural and foreseeable effects of the use of the weapon. Such “by-products” are sometimes described as collateral damage but, collateral or otherwise, they are a major consequence of the bomb and cannot in law be taken to be unintended, well known as they are.

Besides, such an argument involves the legally unacceptable contention that if an act involves both legal and illegal consequences, the former justify or excuse the latter.

### 13. Article 23 (a) of the Hague Regulations

The foregoing discussion demonstrates that radiation is a poison. Using the same line of reasoning, it follows that there is also a clear contravention of Article 23 (a) of the Hague Regulations which frames its prohibition in unequivocal terms<sup>143</sup>. No extended discussion is called for in this context, and it is well accepted that the categorical prohibition against poisoning therein contained is one of the oldest and most widely recognized laws of war. Since “the universally accepted practice of civilised nations has regarded poison as banned”, the prohibition contained in Article 23 (a) has been considered as binding even on States not parties to this conventional provision.

“Thus, apart from purely conventional law, the customary position based on the general principles of law would also bar the use in warfare of poisonous substances as not only barbarous, inhuman and uncivilised, but also treacherous.”<sup>144</sup>

<sup>143</sup> See Singh and McWhinney, *op. cit.*, pp. 127 and 121.

<sup>144</sup> *Ibid.*, p. 121.

Les armes nucléaires, puisqu'elles étaient inconnues à l'époque où les documents à l'examen ont été élaborés, ne pouvaient pas être nommément désignées mais elles sont couvertes par la lettre et par l'esprit du protocole et du règlement de La Haye.

Les Etats-Unis d'Amérique ont fait valoir que :

« Cette interdiction n'était pas censée s'appliquer et n'a pas été appliquée aux armes conçues pour tuer ou blesser par d'autres moyens, quand bien même elles généreraient des sous-produits asphyxiants ou toxiques. » (Exposé écrit, p. 25.)

Si les radiations sont en fait l'un des principaux sous-produits générés par une arme nucléaire — et c'est effectivement ce qu'elles sont — il est difficile de voir sur la base de quel principe doctrinal on peut prétendre qu'elles ne font pas partie des conséquences naturelles et prévisibles de l'utilisation de l'arme. Ces « sous-produits » sont parfois désignés sous le nom de dommages collatéraux, mais de quelque manière qu'on les désigne ils constituent l'une des principales conséquences de la bombe et sont trop bien connus pour pouvoir être considérés en droit comme non intentionnels.

Au surplus, la thèse considérée repose sur l'argument juridiquement inacceptable selon lequel un acte comporte des conséquences licites et des conséquences illicites, les premières justifiant ou excusant les secondes.

### 13. L'article 23 a) du règlement de La Haye

L'analyse qui précède démontre que les rayonnements sont toxiques. Poursuivant le raisonnement, on est amené à la conclusion que l'emploi des armes nucléaires aboutit également à une violation manifeste de l'article 23 a) du règlement de La Haye qui formule sans ambiguïté une interdiction<sup>143</sup>. Ce point n'appelle pas de longs développements car il est bien établi que l'interdiction catégorique des substances toxiques qui y est contenue est une des lois de la guerre les plus anciennes et les plus largement reconnues. Puisque « la pratique universellement acceptée des nations civilisées est de considérer les substances toxiques comme interdites », la prohibition contenue à l'article 23 a) du règlement de La Haye a été considérée comme ayant force obligatoire même pour les Etats qui ne sont pas parties à cet instrument conventionnel :

« Ainsi donc, abstraction faite du droit purement conventionnel, la coutume telle qu'elle se reflète dans les principes généraux du droit interdirait également l'emploi à la guerre de substances toxiques, parce qu'il est barbare, inhumain et indigne d'une nation civilisée et, par surcroît, empreint de perfidie. »<sup>144</sup>

<sup>143</sup> Voir Singh et McWhinney, *op. cit.*, p. 127 et 121.

<sup>144</sup> *Ibid.*, *op. cit.*, p. 121.



## IV. SELF-DEFENCE

Self-defence raises probably the most serious problems in this case. The second sentence in paragraph 2E of the *dispositif* states that, in the current state of international law and of the elements of fact at its disposal, the Court cannot conclude definitively whether the threat or use of nuclear weapons would be lawful or unlawful in an extreme circumstance of self-defence, in which the very survival of a State would be at stake. I have voted against this clause as I am of the view that the threat or use of nuclear weapons would not be lawful in any circumstances whatsoever, as it offends the fundamental principles of the *jus in bello*. This conclusion is clear and follows inexorably from well-established principles of international law.

If a nation is attacked, it is clearly entitled under the United Nations Charter to the right of self-defence. Once a nation thus enters into the domain of the *jus in bello*, the principles of humanitarian law apply to the conduct of self-defence, just as they apply to the conduct of any other aspect of military operations. We must hence examine what principles of the *jus in bello* apply to the use of nuclear weapons in self-defence.

The first point to be noted is that the use of *force* in self-defence (which is an undoubted right) is one thing and the use of *nuclear weapons* in self-defence is another. The permission granted by international law for the first does not embrace the second, which is subject to other governing principles as well.

All of the seven principles of humanitarian law discussed in this opinion apply to the use of nuclear weapons in self-defence, just as they apply to their use in any aspect of war. Principles relating to unnecessary suffering, proportionality, discrimination, non-belligerent States, genocide, environmental damage and human rights would all be violated, no less in self-defence than in an open act of aggression. The *jus in bello* covers all use of force, whatever the reasons for resort to force. There can be no exceptions, without violating the essence of its principles.

The State subjected to the first attack could be expected to respond in kind. After the devastation caused by a first attack, especially if it be a nuclear attack, there will be a tendency to respond with any nuclear fire-power that is available.

Robert McNamara, in dealing with the response to initial strikes, states:

“But under such circumstances, leaders on both sides would be under unimaginable pressure to avenge their losses and secure the interests being challenged. And each would fear that the opponent might launch a larger attack at any moment. Moreover, they would both be operating with only partial information because of the dis-

## IV. LA LÉGITIME DÉFENSE

C'est probablement la légitime défense qui soulève les problèmes les plus délicats dans la présente affaire. La deuxième phrase du paragraphe 2 E du dispositif indique qu'au vu de l'état actuel du droit international, ainsi que des éléments de fait dont elle dispose, la Cour ne peut 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. J'ai voté contre cette phrase parce que je ne considère comme licites en aucune circonstance la menace d'emploi ou l'emploi d'armes nucléaires qui sont l'un et l'autre contraires aux principes fondamentaux du *jus in bello*. Cette conclusion est claire et découle inéluctablement de principes bien établis du droit international.

Si une nation est attaquée, elle a sans aucun doute le droit, reconnu par la Charte des Nations Unies, de se défendre. Elle entre alors dans le domaine du *jus in bello*, régi par les principes du droit humanitaire qui s'appliquent dans le cadre de la légitime défense comme dans le cadre de n'importe quelle opération militaire. Il nous faut donc déterminer quels principes du *jus in bello* régissent l'emploi des armes nucléaires en état de légitime défense.

Le premier point à relever est qu'il y a une différence entre employer la force en état de légitime défense (ce qui est un droit incontestable) et employer des *armes nucléaires* en état de légitime défense. L'autorisation donnée par le droit international pour le premier cas ne vaut pas pour le second, qui est, au demeurant, régi par d'autres principes.

Les sept principes du droit humanitaire examinés dans la présente opinion s'appliquent à l'emploi des armes nucléaires aussi bien en état de légitime défense que dans le cadre de n'importe quelle autre opération de guerre. Les principes touchant les maux superflus, la proportionnalité, la distinction, les Etats non belligérants, le génocide, les dommages à l'environnement et les droits de l'homme seraient tous violés, que l'hypothèse soit celle de la légitime défense ou celle d'une agression pure et simple. Le *jus in bello* couvre tous les emplois de la force quels qu'en soient les motifs. Toute exception serait contraire à l'essence même de ses principes.

L'Etat initialement attaqué userait vraisemblablement, en riposte, des mêmes moyens. En présence des dévastations causées par la première attaque, surtout s'il s'agit d'une attaque nucléaire, la tentation sera grande de recourir à n'importe quel engin nucléaire disponible.

Robert McNamara écrit ce qui suit à propos de la réaction à une première frappe:

«Mais en pareilles circonstances, les dirigeants de part et d'autre seraient irrésistiblement poussés à venger leur pays pour les pertes subies et à assurer la préservation des intérêts en cause. Et chacun craindrait que l'adversaire ne se prépare à lancer une attaque de plus grande envergure à tout moment. Ils seraient de surcroît mal infor-

ruption to communications caused by the chaos on the battlefield (to say nothing of possible strikes against communication facilities). Under such conditions, it is highly likely that rather than surrender, each side would launch a larger attack, hoping that this step would bring the action to a halt by causing the opponent to capitulate.”<sup>145</sup>

With such a response, the clock would accelerate towards global catastrophe, for a counter-response would be invited and, indeed, could be automatically triggered off.

It is necessary to reiterate here the undoubted right of the State that is attacked to use all the weaponry available to it for the purpose of repulsing the aggressor. Yet this principle holds only *so long as such weapons do not violate the fundamental rules of warfare embodied in those rules*. Within these constraints, and for the purpose of repulsing the enemy, the full military power of the State that is attacked can be unleashed upon the aggressor. While this is incontrovertible, one has yet to hear an argument in any forum, or a contention in any academic literature, that a nation attacked, for example, with chemical or biological weapons is entitled to use chemical or biological weapons in self-defence, or to annihilate the aggressor’s population. It is strange that the most devastating of all the weapons of mass destruction can be conceived of as offering a singular exception to this most obvious conclusion following from the bedrock principles of humanitarian law.

That said, a short examination follows of the various principles of humanitarian law which could be violated by self-defence.

### *1. Unnecessary Suffering*

The harrowing suffering caused by nuclear weapons, as outlined earlier in this opinion, is not confined to the aggressive use of such weapons. The lingering sufferings caused by radiation do not lose their intensity merely because the weapon is used in self-defence.

### *2. Proportionality/Error*

The principle of proportionality may on first impressions appear to be satisfied by a nuclear response to a nuclear attack. Yet, viewed more carefully, this principle is violated in many ways. As France observed:

“The assessment of the necessity and proportionality of a response to attack depends on the nature of the attack, its scope, the danger it poses and the adjustment of the measures of response to the desired defensive purpose.” (CR 95/23, pp. 82-83.)

<sup>145</sup> McNamara, *op. cit.*, pp. 71-72.

més, du fait des perturbations causées dans les réseaux de communication par la conflagration (ou même par des frappes directes). Dès lors, il est infiniment probable que, plutôt que de se rendre, chacun des adversaires intensifierait sa riposte, dans l'espoir d'arrêter le combat en amenant l'autre à capituler.»<sup>145</sup>

Une telle réaction précipiterait la catastrophe globale car une contre-réaction serait à prévoir et pourrait même être automatiquement déclenchée.

Il faut redire ici qu'un Etat qui est attaqué a indubitablement le droit d'employer toutes les armes dont il dispose pour repousser un agresseur. Mais ce principe s'entend *sous réserve que les armes en question soient conformes aux règles fondamentales de la guerre*. C'est seulement dans ces limites et dans le but exclusif de repousser l'ennemi que l'Etat attaqué peut mettre en œuvre tout son potentiel militaire contre l'agresseur. Il y a là un point incontestable et nul n'a jamais soutenu, à quelque tribune ou dans quelque ouvrage de doctrine que ce soit, qu'une nation contre laquelle seraient utilisées, par exemple, des armes chimiques ou biologiques serait en droit d'utiliser le même type d'armes dans l'exercice du droit de légitime défense ou d'anéantir la population de l'agresseur. Il est surprenant que d'aucuns voient dans la plus dévastatrice des armes de destruction massive la seule exception à apporter à une conclusion dictée par les principes les plus élémentaires du droit humanitaire.

Cela dit, je vais passer maintenant brièvement en revue les divers principes du droit humanitaire qui pourraient être violés par un pays en état de légitime défense.

### 1. *Maux superflus*

Les atroces souffrances causées par les armes nucléaires, qui ont été décrites plus haut dans la présente opinion, ne résultent pas seulement de l'emploi de ces armes à des fins agressives. Les séquelles des rayonnements sont tout aussi douloureuses, que l'arme ait été utilisée en état de légitime défense ou non.

### 2. *Proportionnalité/erreur*

Le principe de proportionnalité peut à première vue paraître respecté en cas de riposte nucléaire à une attaque nucléaire. Mais à y regarder de plus près, il est, en pareil cas, violé à maints égards. Comme l'a souligné la France:

«L'évaluation de la nécessité et de la proportionnalité des mesures de riposte à l'agression dépend de la nature de l'agression, de son ampleur, du risque qu'elle fait courir et de l'adaptation de ces mesures au but défensif recherché.» (CR 95/23, p. 82-83.)

<sup>145</sup> McNamara, *op. cit.*, p. 71-72.

For these very reasons, precise assessment of the nature of the appropriate and proportionate response by a nation stricken by a nuclear attack becomes impossible<sup>146</sup>. If one speaks in terms of a nuclear response to a nuclear attack, that nuclear response will tend, as already noted, to be an all-out nuclear response which opens up all the scenarios of global armageddon which are so vividly depicted in the literature relating to an all-out nuclear exchange.

Moreover, one is here speaking in terms of measurement — measurement of the intensity of the attack and the proportionality of the response. But one can measure only the measurable. With nuclear war, the quality of measurability ceases. Total devastation admits of no scales of measurement. We are in territory where the principle of proportionality becomes devoid of meaning.

It is relevant also, in the context of nuclear weapons, not to lose sight of the possibility of human error. However carefully planned, a nuclear response to a nuclear attack cannot, in the confusion of the moment, be finely graded so as to assess the strength of the weapons of attack, and to respond in like measure. Even in the comparatively tranquil and leisured atmosphere of peace, error is possible, even to the extent of unleashing an unintentional nuclear attack. This has emerged from studies of unintentional nuclear war<sup>147</sup>. The response, under the stress of nuclear attack, would be far more prone to accident.

According to the *Bulletin of the Atomic Scientists*:

“Top decision-makers as well as their subordinate information suppliers rely on computers and other equipment which have become even more complex and therefore more vulnerable to malfunction. Machine failures or human failures or a combination of the two could, had they not been discovered within minutes, have caused unintended nuclear war in a number of reported cases.”<sup>148</sup>

The result would be all-out nuclear war.

Here again there is confirmation from statesmen, who have had much experience in matters of foreign and military policy, that all-out nuclear war is likely to ensue. Robert McNamara observes:

“It is inconceivable to me, as it has been to others who have studied the matter, that ‘limited’ nuclear wars would remain limited — any decision to use nuclear weapons would imply a high proba-

<sup>146</sup> On this, see further Section II.3 (*n*) above and Section VII.6 below.

<sup>147</sup> For example, *Risks of Unintentional Nuclear War*, United Nations Institute of Disarmament Research (UNIDIR), 1982.

<sup>148</sup> June 1982, Vol. 38, p. 68.

C'est justement pour cela qu'il est impossible de déterminer avec précision en quoi consiste une riposte appropriée et proportionnée de la part d'une nation victime d'une frappe nucléaire<sup>146</sup>. S'agissant de la riposte nucléaire à une attaque nucléaire, on peut craindre, comme je l'ai déjà souligné, qu'une riposte nucléaire totale n'ouvre la voie à tous les scénarios apocalyptiques décrits avec tant de force d'évocation dans les ouvrages consacrés à la question.

De surcroît, un facteur d'appréciation entre en jeu: il faut déterminer l'intensité de l'attaque et la proportionnalité de la riposte. Mais on ne peut mesurer que ce qui est mesurable. Dans le cas de la guerre nucléaire, rien n'est plus mesurable. Il n'y a pas d'échelle pour mesurer la dévastation totale. Nous entrons dans un domaine où le principe de proportionnalité n'a plus de sens.

On ne doit pas non plus méconnaître, dans le cas des armes nucléaires, le risque d'une erreur humaine. Une riposte nucléaire à une attaque nucléaire, si bien planifiée soit-elle, ne peut pas, dans la confusion du moment, être subtilement dosée en fonction de la puissance des armes de l'attaquant. Même dans le climat comparativement plus détendu et plus serein du temps de paix, l'erreur est possible et peut aller jusqu'à déclencher une attaque nucléaire involontaire. C'est ce qui ressort des études sur la guerre nucléaire involontaire<sup>147</sup>. Le risque d'accident serait infiniment plus grand dans le contexte stressant d'une riposte à une attaque nucléaire.

Selon le *Bulletin of the Atomic Scientists*:

«Les plus hauts échelons du pouvoir et leurs sources de renseignements font appel à des ordinateurs et à d'autres types de matériel qui sont de plus en plus complexes et, par conséquent, de plus en plus susceptibles d'erreurs. Un certain nombre de cas ont été signalés où le dysfonctionnement de la machine ou de défaillances de l'esprit humain ou des deux auraient pu, s'ils n'avaient été immédiatement détectés, aboutir à une guerre nucléaire involontaire.»<sup>148</sup>

Le résultat serait une guerre nucléaire totale.

Là encore, on peut invoquer le témoignage d'hommes d'Etat ayant une solide expérience en matière de politique étrangère et de politique militaire, qui confirment qu'une guerre nucléaire totale est le résultat auquel on peut s'attendre. Robert McNamara fait observer:

«Comme d'autres qui ont étudié la question, j'ai peine à concevoir que les guerres nucléaires «limitées» puissent rester limitées — il est très probable qu'une décision d'utiliser des armes nucléaires aurait

<sup>146</sup> Sur ce point, voir ci-dessus la section II, paragraphe 3, lettre n), et la section VII, paragraphe 6.

<sup>147</sup> Par exemple, *Risks of Unintentional Nuclear War*, Institut des Nations Unies pour la recherche sur le désarmement (UNIDIR), 1982.

<sup>148</sup> Juin 1982, vol. 38, p. 68.

bility of the same cataclysmic consequences as a total nuclear exchange.”<sup>149</sup>

Former Secretary of State, Dr. Kissinger, has also written to the same effect:

“Limited war is not simply a matter of appropriate military forces and doctrines. It also places heavy demands on the discipline and subtlety of the political leadership and on the confidence of the society in it. For limited war is psychologically a much more complex problem than all-out war. . . . An all-out war will in all likelihood be decided so rapidly — if it is possible to speak of decision in such a war — and the suffering it entails will be so vast as to obscure disputes over the nuances of policy.”<sup>150</sup>

He proceeds to observe:

“Limited nuclear war is not only impossible, according to this line of reasoning, but also undesirable. For one thing, it would cause devastation in the combat zone approaching that of thermonuclear war in severity. We would, therefore, be destroying the very people we were seeking to protect.”<sup>151</sup>

It is thus no fanciful speculation that the use of nuclear weapons in self-defence would result in a cataclysmic nuclear exchange. That is a risk which humanitarian law would consider to be totally unacceptable. It is a risk which no legal system can sanction.

### 3. *Discrimination*

As already observed earlier in this opinion, nuclear weapons violate the principle of discrimination between armed forces and civilians. True, other weapons also do, but the intensity of heat and blast, not to speak of radiation, are factors which place the nuclear weapon in a class apart from the others. When one speaks of weapons that count their victims by hundreds of thousands, if not millions, principles of discrimination cease to have any legal relevance.

### 4. *Non-belligerent States*

One of the principal objections to the use of nuclear weapons in self-defence occurs under this head.

Self-defence is a matter of purely internal jurisdiction only if such

<sup>149</sup> *Op. cit.*, p. 72.

<sup>150</sup> Henry Kissinger, *Nuclear Weapons and Foreign Policy*, 1957, p. 167.

<sup>151</sup> *Ibid.*, p. 175.

les mêmes conséquences catastrophiques qu'un échange nucléaire total.»<sup>149</sup>

L'ancien secrétaire d'Etat Henry Kissinger adopte la même position :

«La guerre limitée ne suppose pas seulement des forces militaires et des doctrines appropriées. Elle exige en outre, de la part des dirigeants politiques, beaucoup de discipline et de subtilité et, de la part de la société, une grande confiance dans ses dirigeants. Car la guerre limitée est sur le plan psychologique beaucoup plus complexe à mener que la guerre totale ... Une guerre totale serait probablement le résultat d'une décision si précipitée — à supposer qu'on puisse parler de décision dans ce contexte — et s'accompagnerait de souffrances d'une telle ampleur qu'il n'y aura pas place pour des discussions sur les nuances de la politique.»<sup>150</sup>

Plus loin, il écrit :

«La guerre nucléaire limitée n'est pas seulement, dans cette logique, impossible, elle est aussi inappropriée. Et d'abord, elle causerait, dans la zone des combats, des dévastations comparables par leur importance à celles qu'engendrerait une guerre thermonucléaire. Nous détruirions donc les populations mêmes que nous cherchions à protéger.»<sup>151</sup>

Ce n'est donc pas de l'extravagance que d'anticiper, en cas d'emploi d'armes nucléaires en état de légitime défense, un échange nucléaire total. Il y a là un risque totalement inacceptable au regard du droit humanitaire, un risque dont aucun ordre juridique ne saurait s'accommoder.

### 3. *Distinction*

Comme on l'a déjà souligné dans la présente opinion, les armes nucléaires portent atteinte au principe de distinction entre forces armées et populations civiles. Sans doute la même remarque vaut-elle pour d'autres armes mais l'arme nucléaire a, outre son effet radioactif, des effets de chaleur et de souffle tels qu'elle se place dans une catégorie à part. En présence d'armes qui font des centaines de milliers, voire des millions de victimes, le principe de distinction perd toute pertinence juridique.

### 4. *Etats non belligérants*

C'est dans ce cas qu'apparaît l'une des principales objections à l'emploi des armes nucléaires en état de légitime défense.

La légitime défense ne peut être considérée comme relevant exclusive-

<sup>149</sup> *Op. cit.*, p. 72.

<sup>150</sup> Henry Kissinger, *Nuclear Weapons and Foreign Policy*, 1957, p. 167.

<sup>151</sup> *Ibid.*, p. 175.



defence can be undertaken without clearly causing damage to the rights of non-belligerent States. The moment a strategy of self-defence implies damage to a non-belligerent third party, such a matter ceases to be one of purely internal jurisdiction. It may be that the act of self-defence inadvertently and unintentionally causes damage to a third State. Such a situation is understandable and sometimes does occur, but that is not the case here.

### 5. *Genocide*

The topic of genocide has already been covered<sup>152</sup>. Self-defence, which will, as shown in the discussion on proportionality, result in all probability in all-out nuclear war, is even more likely to cause genocide than the act of launching an initial strike. If the killing of human beings, in numbers ranging from a million to a billion, does not fall within the definition of genocide, one may well ask what will.

No nation can be seen as entitled to risk the destruction of civilization for its own national benefit.

### 6. *Environmental Damage*

Similar considerations exist here, as in regard to genocide. The widespread contamination of the environment may even lead to a nuclear winter and to the destruction of the ecosystem. These results will ensue equally, whether the nuclear weapons causing them are used in aggression or in self-defence.

International law relating to the environment, in so far as it concerns nuclear weapons, is dealt with at greater length in my dissenting opinion on the World Health Organization request (*I.C.J. Reports 1996*, pp. 139-143), and the discussion in that opinion should be considered as supplementary to the above discussion.

### 7. *Human Rights*

All the items of danger to human rights as recounted earlier in this opinion would be equally operative whether the weapons are used in aggression or in self-defence.

\* \* \*

The humanitarian principles discussed above have long passed the stage of being merely philosophical aspirations. They are the living law and represent the highwatermark of legal achievement in the difficult task

---

<sup>152</sup> See Section III.10 (*e*) above.

ment de la compétence des Etats intéressés que pour autant qu'elle ne cause pas certainement des dommages aux Etats non belligérants. Si une stratégie de légitime défense a un tel effet sur les Etats neutres non belligérants, la question sort du cadre de la compétence interne. Il est concevable qu'un acte de légitime défense cause des dommages accidentels et involontaires à un Etat tiers. Une telle situation peut être envisagée et peut même effectivement se produire, mais cette question ne se pose pas ici.

### 5. *Génocide*

Le problème du génocide a déjà été analysé<sup>152</sup>. La légitime défense qui, comme on l'a vu à propos de la proportionnalité, aboutira selon toute probabilité à une guerre nucléaire totale risque, plus encore que la frappe initiale, de conduire au génocide. Si le fait de tuer entre un million et un milliard d'individus n'entre pas dans le champ de la définition du génocide, on se demande quel autre acte y entrera.

Aucune nation ne peut se voir reconnaître le droit de détruire la civilisation pour défendre ses intérêts nationaux.

### 6. *Dommages à l'environnement*

On peut formuler à ce sujet des considérations analogues à celles qui ont été exposées à propos du génocide. La pollution de l'environnement dans un vaste rayon peut conduire à l'hiver nucléaire et à la destruction de l'écosystème. Ces effets se produiront que les armes nucléaires qui les provoquent soient utilisées dans le cadre d'une agression ou en état de légitime défense.

Le droit international de l'environnement, en ce qui concerne les armes nucléaires, est analysé plus en détail dans mon opinion dissidente relative à la demande d'avis consultatif de l'Organisation mondiale de la Santé (*C.I.J. Recueil 1996*, p. 139-143) et ce qui est dit dans cette opinion doit être considéré comme un complément aux développements qui précèdent.

### 7. *Droits de l'homme*

Toutes les atteintes aux droits de l'homme mentionnées plus haut dans la présente opinion résulteraient aussi bien de l'emploi de la bombe en état de légitime défense que dans le contexte d'une agression.

\* \* \*

Les principes humanitaires que l'on vient d'examiner ont depuis longtemps dépassé le stade de la simple aspiration philosophique. Intégrés au droit vivant, ils représentent le couronnement juridique d'une lutte per-

<sup>152</sup> Voir ci-dessus la section III, paragraphe 10, lettre e).

of imposing some restraints on the brutalities of unbridled war. They provide the ground-rules for military action today and have been forged by the community of nations under the impact of the sufferings of untold millions in two global cataclysms and many smaller wars. As with all legal principles, they govern without distinction all nations great and small.

It seems difficult, with any due regard to the consistency that must underlie any credible legal system, to contemplate that all these hard-won principles should bend aside in their course and pass the nuclear weapon by, leaving that unparalleled agency of destruction free to achieve on a magnified scale the very evils which these principles were designed to prevent.

\* \* \*

Three other aspects of the argument before the Court call for brief mention in the context of self-defence.

The United Kingdom relied (Written Statement, para. 3.40) on a view expressed by Judge Ago in his addendum to the Eighth Report on State Responsibility, to the effect that:

“The action needed to halt and repulse the attack may well have to assume dimensions disproportionate to those of the attack suffered. What matters in this respect is the result to be achieved by the ‘defensive’ action, and not the forms, substance and strength of the action itself.”<sup>153</sup>

Ago is here stressing that the defensive action must always be related to its purpose, that of halting and repelling the attack. As he observes, in the same paragraph:

“The requirement of the *proportionality* of the action taken in self-defence . . . concerns the relationship between that action and its purpose, namely . . . that of halting and repelling the attack.”

That purpose is to halt and repulse the attack, not to exterminate the aggressor, or to commit genocide of its population. His reference to forms, substance and strength is expressly set out by him, within the context of this purpose, and cannot be read as setting at nought all the other requirements of humanitarian law such as those relating to damage to neutral States, unnecessary suffering, or the principle of discrimination. The statement of so eminent a jurist cannot be read in the sense of neutralizing the classic and irreducible requirements of the *jus in bello* — requirements which, moreover, had received massive endorsement from

---

<sup>153</sup> *Yearbook of the International Law Commission*, 1980, Vol. II, Part I, p. 69, para. 121.

sévérante pour contenir dans certaines limites la brutalité de la guerre à outrance. Ils énoncent les règles de base du comportement militaire de l'époque actuelle et ont été forgés par la communauté des nations en réponse aux souffrances infligées à des dizaines de millions d'êtres humains au cours de deux cataclysmes planétaires et de nombreuses guerres de moindre ampleur. Comme tous les principes juridiques, ils s'appliquent à l'ensemble des nations, grandes et petites.

Il semble difficile, compte tenu de l'impératif de cohérence auquel doit satisfaire tout système juridique pour être crédible, d'envisager que l'arme nucléaire puisse être écartée du champ de cet ensemble de principes chèrement acquis et qu'on puisse ainsi laisser librement un agent de destruction sans équivalent causer à une échelle bien plus grande les maux que les principes en question avaient mission de prévenir.

\* \* \*

Trois autres aspects de l'argumentation présentée à la Cour à propos de la légitime défense seront maintenant brièvement évoqués.

Le Royaume-Uni (exposé écrit, par. 3.40) a tiré argument d'une opinion exprimée par M. Ago dans l'additif à son huitième rapport sur la responsabilité des Etats, suivant laquelle :

«Il se peut très bien que l'action requise pour stopper et rejeter l'agression doive prendre des proportions qui ne correspondent pas à celles de l'agression subie. Ce qui compte à ce sujet est le résultat à atteindre par l'action «défensive», non pas les formes, la substance et l'intensité de l'action elle-même.»<sup>153</sup>

M. Ago souligne ici que l'action défensive doit être en rapport avec son objet qui est d'arrêter et de repousser l'agression. Comme il l'écrit dans le même paragraphe :

«L'exigence dite de la *proportionnalité* de l'action commise en état de légitime défense a trait ... au rapport entre cette action et le but qu'elle se propose d'atteindre, à savoir ... d'arrêter et repousser l'agression.»

Le but est d'arrêter et de repousser l'agression, non d'exterminer l'agresseur ou de faire subir un génocide à sa population. La référence aux formes, à la substance et à l'intensité de l'action est expressément liée par l'auteur au résultat à atteindre et ne peut être interprétée comme faisant table rase de toutes les autres prescriptions humanitaires, par exemple, celles qui ont trait aux dommages aux Etats neutres, aux maux superflus ou au principe de distinction. Un juriste aussi éminent ne saurait se voir attribuer l'intention de récuser les exigences classiques et irréductibles du *ius in bello* — exigences au demeurant approuvées à la quasi-unani-

<sup>153</sup> *Annuaire de la Commission du droit international*, 1980, vol. II, première partie, p. 67, par. 121.

the Institute of International Law over which he was later to preside with such distinction. The Edinburgh Session of 1969 adopted by a majority of 60 to 1, with 2 abstentions, the resolution<sup>154</sup> prohibiting weapons affecting indiscriminately both military and non-military objects, both armed forces and civilian populations, and weapons designed to terrorize the civilian population. Ago himself was a member of that majority.

The second submission calling for attention is the suggestion that Security Council resolution 984 (1995) (United Kingdom Written Statement, para. 3.42 and Annex D) in some way endorses the view that the use of nuclear weapons, in response to an armed attack, should not be regarded as necessarily unlawful.

A careful perusal of the resolution shows that it reassures the non-nuclear-weapon States that the Security Council and the nuclear-weapon States will act immediately in the event that such States are victims of nuclear aggression. It *avoids any mention whatsoever* of the measures to be adopted to protect the victim. Had such been the intention, and had such use of nuclear weapons been legal, this was the occasion *par excellence* for the Security Council to have said so.

For the sake of completeness, it should here be pointed out that, even if the Security Council had expressly endorsed the use of such weapons, it is this Court which is the ultimate authority on questions of legality, and that such an observation, even if made, would not prevent the Court from making its independent pronouncement on this matter.

The third factor calling for mention is that much of the argument of those opposing illegality seems to blur the distinction between the *jus ad bellum* and the *jus in bello*. Whatever be the merits or otherwise of resorting to the use of force (the province of the *jus ad bellum*), when once the domain of force is entered, the governing law in that domain is the *jus in bello*. The humanitarian laws of war take over and govern all who participate, assailant and victim alike. The argument before the Court has proceeded as though, once the self-defence exception to the prohibition of the use of force comes into operation, the applicability of the *jus in bello* falls away. This supposition is juristically wrong and logically untenable. The reality is, of course, that while the *jus ad bellum* only opens the door to the use of force (in self-defence or by the Security Council), whoever enters that door must function subject to the *jus in bello*. The contention that the legality of the use of force justifies a breach of humanitarian law is thus a total non-sequitur.

\* \* \*

---

<sup>154</sup> Already noted in Section III.11 above.

mité par l'Institut de droit international qu'il devait présider si brillamment par la suite. C'est par 60 voix contre une, avec 2 abstentions, que la session d'Edimbourg de 1969 a adopté la résolution<sup>154</sup>; interdisant les armes qui frappent sans distinction objectifs militaires et objets non militaires, forces armées et populations civiles, ainsi que les armes destinées à semer la terreur dans la population civile. M. Ago lui-même a voté dans le sens de la majorité.

Le deuxième point qui appelle un commentaire est l'argument suivant lequel la résolution 984 (1995) du Conseil de sécurité (exposé écrit du Royaume-Uni, par. 3.42 et annexe D) conforte en quelque sorte l'idée que l'emploi des armes nucléaires en riposte à une agression armée ne doit pas nécessairement être considéré comme illicite.

Si on lit attentivement la résolution en question, on constate qu'elle donne aux Etats non dotés d'armes nucléaires l'assurance que le Conseil de sécurité et les Etats dotés d'armes nucléaires prendraient immédiatement des mesures au cas où un Etat non doté d'armes nucléaires serait victime d'un acte d'agression impliquant l'emploi d'armes nucléaires. La résolution *ne dit absolument rien* sur le type de mesures à prendre pour protéger la victime. S'il avait voulu traiter de cette question et déclarer licite l'emploi des armes nucléaires dans les circonstances indiquées, le Conseil de sécurité avait là une occasion idéale de le faire.

Pour achever l'analyse de cette question, il convient de souligner que la Cour est l'autorité suprême sur les problèmes de licéité et que, même si le Conseil de sécurité avait expressément approuvé l'emploi des armes nucléaires, il ne serait pas pour autant interdit à la Cour de formuler ses propres conclusions sur la question.

Le troisième point à signaler est que l'argumentation des adversaires de l'illicéité tend largement à estomper la distinction entre le *jus ad bellum* et le *jus in bello*. Le recours à la force peut être légitime ou illégitime (question qui relève du *jus ad bellum*) mais, une fois qu'il y a emploi de la force, le droit qui s'applique est le *jus in bello*. Le droit humanitaire de la guerre prend le relais et régit les actions de tous les participants au conflit, aussi bien l'agresseur que la victime. La thèse présentée à la Cour semble procéder de l'idée que, lorsqu'on est dans le cadre de l'exception au non-recours à la force que constitue la légitime défense, il n'y a pas place pour l'application du *jus in bello*. Cette idée est juridiquement erronée et logiquement indéfendable. La vérité est, bien entendu, que le *jus ad bellum* ne fait qu'ouvrir la porte à l'emploi de la force (en cas de légitime défense ou par décision du Conseil de sécurité) et que quiconque franchit cette porte doit se conformer au *jus in bello*. Prétendre que la licéité de l'emploi de la force justifie la violation du droit humanitaire est totalement aberrant.

\* \* \*

<sup>154</sup> Déjà mentionnée ci-dessus à la section III, paragraphe 11.

Upon a review therefore, no exception can be made to the illegality of the use of nuclear weapons merely because the weapons are used in self-defence.

Collective self-defence, where another country has been attacked, raises the same issues as are discussed above.

Anticipatory self-defence — the pre-emptive strike before the enemy has actually attacked — cannot legally be effected by a nuclear strike, for a first strike with nuclear weapons would axiomatically be prohibited by the basic principles already referred to. In the context of non-nuclear weaponry, all the sophistication of modern technology and the precise targeting systems now developed would presumably be available for this purpose.

## V. SOME GENERAL CONSIDERATIONS

### 1. *Two Philosophical Perspectives*

This opinion has set out a multitude of reasons for the conclusion that the resort to nuclear weapons for any purpose entails the risk of the destruction of human society, if not of humanity itself. It has also pointed out that any rule permitting such use is inconsistent with international law itself.

Two philosophical insights will be referred to in this section — one based on rationality, and the other on fairness.

In relation to the first, all the postulates of law presuppose that they contribute to and function within the premise of the continued existence of the community served by that law. Without the assumption of that continued existence, no rule of law and no legal system can have any claim to validity, however attractive the juristic reasoning on which it is based. That taint of invalidity affects not merely the particular rule. The legal system, which accommodates that rule, itself collapses upon its foundations, for legal systems are postulated upon the continued existence of society. Being part of society, they must themselves collapse with the greater entity of which they are a part. This assumption, lying at the very heart of the concept of law, often recedes from view in the midst of the nuclear discussion.

Without delving in any depth into philosophical discussions of the nature of law, it will suffice for present purposes to refer briefly to two tests proposed by two pre-eminent thinkers about justice of the present era — H. L. A. Hart and John Rawls.

Hart, a leading jurist of the positivistic school, has, in a celebrated exposition of the minimum content of natural law, formulated this principle pithily in the following sentence:

“We are committed to it as something presupposed by the terms

En résumé, il n'y a donc pas d'exception, à l'illicéité de l'emploi des armes nucléaires qui autoriserait le recours à ces armes en état de légitime défense.

La légitime défense collective soulève des problèmes analogues à ceux qui viennent d'être examinés.

La légitime défense préventive — c'est-à-dire le recours à une attaque préemptive, avant que l'adversaire n'ait effectivement attaqué — ne peut pas, sur le plan juridique, prendre la forme d'une frappe nucléaire puisqu'une première frappe nucléaire serait à l'évidence interdite par les principes de base déjà mentionnés. Les armes non nucléaires pourraient sans doute être utilisées dans ce contexte du fait des progrès de la technique moderne et des systèmes de ciblage perfectionnés qui ont maintenant été mis au point.

## V. QUELQUES CONSIDÉRATIONS GÉNÉRALES

### 1. Deux visions philosophiques

Dans la présente opinion, j'ai exposé une multitude de raisons à l'appui de la conclusion selon laquelle le recours aux armes nucléaires à quelque fin que ce soit pourrait conduire à la destruction de la société humaine, sinon de l'humanité elle-même. Il a été fait ainsi observer que toute règle autorisant un tel emploi est contraire au droit international lui-même.

Deux visions philosophiques seront analysées dans la présente section, fondées, l'une, sur la raison, l'autre, sur l'équité.

Selon la première, tous les postulats du droit présupposent, tant pour ce qui est de la contribution qu'ils peuvent apporter que du cadre dans lequel ils s'appliquent, que la société qu'ils ont mission de servir a un avenir. Une règle de droit ou un système juridique qui ne repose pas sur cette prémisse ne peut prétendre à aucune légitimité, si séduisant que puisse être le raisonnement juridique qui l'étaie. Ce n'est pas seulement telle ou telle règle particulière qui est affectée par le défaut de légitimité, c'est le système juridique tout entier qui est ébranlé dans ses bases car les systèmes juridiques sont faits pour une société qui dure. Etant une émanation de la société, ils s'effondrent avec la société qui leur sert de cadre. Cette idée, qui est au cœur même de la notion de droit, est parfois perdue de vue dans les débats sur l'arme nucléaire.

Sans vouloir aller au fond des doctrines philosophiques sur la nature du droit, j'évoquerai brièvement, aux fins de la présente analyse, les thèses avancées au sujet de la justice à l'époque contemporaine par deux éminents penseurs, H. L. A. Hart et John Rawls.

Hart, l'un des principaux représentants de l'école positiviste a, dans un célèbre exposé du contenu minimum du droit naturel, donné du principe visé ci-dessus la formulation lapidaire que voici :

« Nous l'acceptons comme un présupposé requis par la nature de



of the discussion; for our concern is with social arrangements for continued existence, not with those of a *suicide club*.”<sup>155</sup>

His reasoning is that:

“there are certain rules of conduct which any social organization must contain if it is to be viable. Such rules do in fact constitute a common element in the law and conventional morality of all societies which have progressed to the point where these are distinguished as different forms of social control.”<sup>156</sup>

International law is surely such a social form of control devised and accepted by the constituent members of that international society — the nation States.

Hart goes on to note that:

“Such universally recognized principles of conduct which have a basis in elementary truths concerning human beings, their natural environment, and aims, may be considered the *minimum content* of Natural Law, in contrast with the more grandiose and more challengeable constructions which have often been proffered under that name.”<sup>157</sup>

Here is a recognized minimum accepted by positivistic jurisprudence which questions some of the more literal assumptions of other schools. We are down to the common denominator to which all legal systems must conform.

To approach the matter from another standpoint, the members of the international community have for the past three centuries been engaged in the task of formulating a set of rules and principles for the conduct of that society — the rules and principles we call international law. In so doing, they must ask themselves whether there is a place in that set of rules for a rule under which it would be legal, for whatever reason, to eliminate members of that community or, indeed, the entire community itself. Can the international community, which is governed by that rule, be considered to have given its acceptance to that rule, whatever be the approach of that community — positivist, natural law, or any other? Is the community of nations, to use Hart’s expression a “suicide club”?

This aspect has likewise been stressed by perceptive jurists from the non-nuclear countries who are alive to the possibilities facing their countries in conflicts between other States in which, though they are not parties, they can be at the receiving end of the resulting nuclear devastation. Can international law, which purports to be a legal system for the

<sup>155</sup> H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, 1961, p. 188; emphasis added.

<sup>156</sup> *Ibid.*

<sup>157</sup> *Ibid.*, p. 189; emphasis added.

la discussion; ce qui nous intéresse, c'est un ordonnancement social projeté dans la durée, pas celui d'un *club du suicide*.»<sup>155</sup>

Il explique que :

«il y a des règles de comportement auxquelles toute organisation sociale doit faire place pour être viable. Ces règles constituent en fait le dénominateur commun du droit et de la morale conventionnelle de toutes les sociétés qui ont atteint un point assez avancé pour établir une distinction entre ces deux formes différentes de contrôle social.»<sup>156</sup>

Le droit international est indubitablement une forme de contrôle social mis en place et accepté par les membres de la société internationale — les Etats nations.

Hart poursuit :

«Les principes de conduite universellement reconnus qui trouvent leur fondement dans des vérités élémentaires concernant les êtres humains, leur environnement et leurs buts peuvent être considérés comme définissant le *contenu minimum* du droit naturel, par opposition aux définitions plus ambitieuses et plus hasardeuses que l'on a souvent voulu donner de la notion.»<sup>157</sup>

Ainsi se trouve défini un minimum accepté par l'école positiviste, qui met en cause certaines des approches plus littérales d'autres écoles. On en revient au dénominateur commun auquel tous les systèmes juridiques doivent se conformer.

Pour aborder la question sous un autre angle, on peut dire que les membres de la société internationale se sont, au cours des trois derniers siècles, attachés à formuler un ensemble de règles et de principes destinés à régir cette société — ce que nous désignons sous le nom de droit international. Il leur faut maintenant se demander s'il y a place dans ce contexte pour une règle en vertu de laquelle il serait licite, pour une raison ou une autre, d'éliminer des membres de la société ou, d'ailleurs, la société elle-même. La société internationale, censée être régie par une telle règle, pourrait-elle être réputée y avoir souscrit — qu'elle se réclame du positivisme, du droit naturel ou de n'importe quelle autre philosophie? La société internationale est-elle, pour reprendre l'expression de Hart, un «club du suicide»?

Ce problème n'a pas échappé à la sagacité de juristes de pays non dotés d'armes nucléaires qui sont conscients qu'en cas de conflit entre d'autres Etats leur pays pourrait, bien que non belligérant, subir la dévastation nucléaire résultant du conflit. Est-il possible que le droit international, qui est censé être un système juridique applicable à l'ensemble de la

<sup>155</sup> H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, 1961, p. 188 (les italiques sont de moi).

<sup>156</sup> *Ibid.*

<sup>157</sup> *Ibid.*, p. 189 (les italiques sont de moi).

entire global community, accommodate any principles which make possible the destruction of their communities?

“No legal system can confer on any of its members the right to annihilate the community which engenders it and whose activities it seeks to regulate. In other words, there cannot be a *legal* rule, which *permits* the threat or use of nuclear weapons. In sum, nuclear weapons are an unprecedented event which calls for rethinking the self-understanding of traditional international law. Such rethinking would reveal that the question is not whether one interpretation of existing laws of war prohibits the threat or use of nuclear weapons and another permits it. Rather, the issue is whether the debate can take place at all in the world of law. The question is in fact one which cannot be legitimately addressed by law at all since it cannot tolerate an interpretation which negates its very essence. The end of law is a rational order of things, with survival as its core, whereas nuclear weapons eliminate all hopes of realising it. In this sense, nuclear weapons are unlawful by definition.”<sup>158</sup>

The aspect stressed by Hart that the proper end of human activity is survival is reflected also in the words of Nagendra Singh, a former President of this Court, who stated, in his pioneering study of nuclear weapons, that:

“It would indeed be arrogant for any single nation to argue that to save humanity from bondage it was thought necessary to destroy humanity itself . . . . No nation acting on its own has a right to destroy its kind, or even to destroy thousands of miles of land and its inhabitants in the vain hope that a crippled and suffering humanity — a certain result of nuclear warfare — was a more laudable objective than the loss of human dignity — an uncertain result which may or may not follow from the non-use of nuclear weapons.”<sup>159</sup>

Nagendra Singh expressed the view, in the same work, that “resort to such weapons is not only incompatible with the laws of war, but irreconcilable with international law itself”<sup>160</sup>.

Another philosophical approach to the matter is along the lines of the “veil of ignorance” posited by John Rawls in his celebrated study of justice as fairness<sup>161</sup>.

If one is to devise a legal system under which one is prepared to live, this exposition posits as a test of fairness of that system that its members

<sup>158</sup> B. S. Chimni, “Nuclear Weapons and International Law: Some Reflections”, in *International Law in Transition: Essays in Memory of Judge Nagendra Singh*, 1992, p. 142; emphasis added.

<sup>159</sup> Nagendra Singh, *Nuclear Weapons and International Law*, 1959, pp. 242-243.

<sup>160</sup> *Ibid.*, p. 17.

<sup>161</sup> John Rawls, *A Theory of Justice*, 1972.

société internationale, donne droit de cité à des principes qui permettent la destruction de membres de cette société?

«Aucun système juridique ne peut conférer à l'un quelconque de ses membres le droit d'anéantir la société dont il est l'émanation et dont il vise à réglementer le fonctionnement. En d'autres termes, il ne peut pas y avoir de règles *juridiques* qui *autorisent* la menace d'emploi ou l'emploi d'armes nucléaires. En fin de compte, les armes nucléaires sont une réalité sans précédent qui exige un effort de réflexion sur la finalité du droit international traditionnel. Un tel effort de réflexion révélerait que la question n'est pas de savoir s'il y a une interprétation du droit de la guerre en vigueur qui interdit la menace d'emploi ou l'emploi des armes nucléaires et une autre qui le permet. Elle est de savoir s'il y a place pour une telle interrogation dans le monde juridique. Le droit ne peut simplement pas se saisir du problème parce qu'il ne saurait tolérer une interprétation qui nie son existence même. Le but du droit est d'instituer un ordre rationnel axé sur la survie alors que les armes nucléaires interdisent tout espoir d'atteindre ce but. En ce sens, les armes nucléaires sont illicites par définition.»<sup>158</sup>

L'idée avancée par Hart que l'activité humaine est avant tout axée sur la survie se retrouve chez un ancien Président de la Cour, Nagendra Singh, qui écrit dans une étude sur les armes nucléaires qui a ouvert la voie à beaucoup d'autres :

«Ce serait de l'impudence, de la part d'une nation isolée, de soutenir que, pour sauver l'humanité de l'esclavage, il a paru nécessaire de la détruire ... Aucune nation n'est investie du droit d'anéantir une autre nation ou même de détruire des terres et leurs habitants sur des milliers de kilomètres dans le vain espoir qu'une humanité affaiblie et déchirée — résultat inévitable de la guerre nucléaire — serait préférable au sacrifice de la dignité humaine — résultat hypothétique du non-emploi des armes nucléaires.»<sup>159</sup>

Nagendra Singh a dans le même ouvrage exprimé l'avis que «le recours à de telles armes est incompatible non seulement avec le droit de la guerre mais avec le droit international lui-même»<sup>160</sup>.

Une autre thèse philosophique repose sur l'idée du «voile d'ignorance» avancée par John Rawls dans sa célèbre étude de la justice considérée dans ses rapports avec l'équité<sup>161</sup>.

Aux fins de la mise en place d'un système juridique «vivable», l'auteur propose que, pour déterminer si un système est équitable, on se demande

<sup>158</sup> B. S. Chimni, «Nuclear Weapons and International Law: Some Reflections», dans *International Law in Transition: Essays in Memory of Judge Nagendra Singh*, 1992, p. 142 (les italiques sont de moi).

<sup>159</sup> Nagendra Singh, *Nuclear Weapons and International Law*, 1959, p. 242-243.

<sup>160</sup> *Ibid.*, p. 17.

<sup>161</sup> John Rawls, *A Theory of Justice*, 1972.

would be prepared to accept it if the decision had to be taken behind a veil of ignorance as to the future place of each constituent member within that legal system.

A nation considering its allegiance to such a system of international law, and not knowing whether it would fall within the group of nuclear nations or not, could scarcely be expected to subscribe to it if it contained a rule by which legality would be accorded to the use of a weapon by others which could annihilate it. Even less would it consent if it is denied even the right to possess such a weapon and, least of all if it could be annihilated or irreparably damaged in the quarrels of others to which it is not in any way a party.

One would indeed be in a desirable position in the event that it was one's lot to become a member of the nuclear group but, if there was a chance of being cast into the non-nuclear group, would one accept such a legal system behind a veil of ignorance as to one's position? Would it make any difference if the members of the nuclear group gave an assurance, which no one could police, that they would use the weapon only in extreme emergencies? The answers to such questions cannot be in doubt. By this test of fairness and legitimacy, such a legal system would surely fail.

Such philosophical insights are of cardinal value in deciding upon the question whether the illegality of use would constitute a minimum component of a system of international law based on rationality or fairness. By either test, widely accepted in the literature of modern jurisprudence, the rule of international law applicable to nuclear weapons would be that their use would be impermissible.

Fundamental considerations such as these tend to be overlooked in discussions relating to the legality of nuclear weapons. On matter so intrinsic to the validity of the entire system of international law, such perspectives cannot be ignored.

## *2. The Aims of War*

War is never an end in itself. It is only a means to an end. This was recognized in the St. Petersburg Declaration of 1868, already noted (in Section III.3 on humanitarian law), which stipulated that the weakening of the military forces of the enemy was the only legitimate object of war. Consistently with this principle, humanitarian law has worked out the rule, already referred to, that "The right of belligerents to adopt means of injuring the enemy is not unlimited" (Article 22 of the Hague Rules, 1907).

All study of the laws of war becomes meaningless unless it is anchored to the ends of war, for thus alone can the limitations of war be seen in their proper context. This necessitates a brief excursus into the philosophy of the aims of war. Literature upon the subject has existed for upwards of twenty centuries.

si ceux auxquels il est destiné seraient prêts à l'accepter en ignorant totalement quelle sera leur place dans le système.

Une nation ayant à choisir un système de droit international et ne sachant pas si elle sera intégrée ou non au groupe des nations dotées d'armes nucléaires ne serait guère encline à se rallier à un système qui comporterait une règle déclarant licite l'emploi par d'autres nations d'une arme capable de l'anéantir, surtout si le droit de posséder l'arme en question lui était refusé et plus encore si elle risquait d'être anéantie ou irrémédiablement endommagée à la suite de conflits opposant d'autres nations avec lesquels elle n'aurait rien à voir.

Le système serait, certes, attrayant pour quiconque serait assuré de devenir membre du club nucléaire mais, dès lors qu'il y aurait un risque d'être intégré au groupe des pays non dotés d'armes nucléaires, qui accepterait un tel système en ignorant totalement quel sera son sort? Et cela changerait-il quelque chose si les membres du club nucléaire prenaient l'engagement — qu'il n'y aurait personne pour faire respecter — de n'utiliser l'arme qu'en cas d'extrême urgence? La réponse à ces questions ne fait pas le moindre doute. Sur la base des critères de la légitimité et de l'équité, un tel système juridique serait sûrement voué à l'échec.

Ces analyses philosophiques sont d'une importance capitale lorsqu'il s'agit de savoir si l'illicéité de l'emploi des armes considérées est une norme minimum de tout système de droit international fondé soit sur la raison soit sur l'équité. Que l'on applique l'un ou l'autre de ces critères, tous deux largement admis par la doctrine juridique moderne, le droit international ne saurait énoncer, en ce qui concerne les armes nucléaires, qu'une règle en prohibant l'emploi.

On tend parfois à perdre de vue des considérations essentielles comme celles qui précèdent dans le débat sur la licéité des armes nucléaires. Elles sont pourtant décisives s'agissant d'une question qui met en jeu la validité du droit international tout entier.

## 2. *Les buts de la guerre*

La guerre n'est jamais une fin en soi. Elle est un moyen au service d'une fin. C'est ce qu'a reconnu la déclaration de Saint-Petersbourg de 1868, évoquée ci-dessus à la section III, paragraphe 3, sur le droit humanitaire, lorsqu'elle a affirmé que l'affaiblissement des forces militaires de l'ennemi est le seul but légitime de la guerre. Sur la base de ce principe, le droit humanitaire a dégagé une règle, déjà mentionnée, selon laquelle «les belligérants n'ont pas un droit illimité quant au choix des moyens de nuire à l'ennemi» (article 22 du règlement de La Haye de 1907).

Une étude du droit de la guerre n'a de sens que si elle s'ordonne autour des buts de la guerre; c'est là le seul moyen de situer dans leur vrai contexte les restrictions auxquelles la guerre est subordonnée. On est donc amené à examiner brièvement la philosophie relative aux buts de la guerre. Il y a plus de vingt siècles que la doctrine s'intéresse à cette question.

Reference has already been made, in the context of hyperdestructive weapons, to the classical Indian tradition reflected in India's greatest epics, the *Ramayana* and the *Mahabharatha*. The reason behind the prohibition was that the weapon went beyond the purposes of war.

This was precisely what Aristotle taught when, in Book VII of *Politics*, he wrote that, "War must be looked upon simply as a means to peace."<sup>162</sup> It will be remembered that Aristotle was drawing a distinction between actions that are no more than necessary or useful, and actions which are good in themselves. Peace was good in itself, and war only a means to this end. Without the desired end, namely peace, war would therefore be meaningless and useless. Applying this to the nuclear scenario, a war which destroys the other party is totally lacking in meaning and utility, and hence totally lacks justification. Aristotle's view of war was that it is a temporary interruption of normalcy, with a new equilibrium resulting from it when that war inevitably comes to an end.

The philosophy of the balance of power which dominated European diplomacy since the Peace of Utrecht in 1713 presupposed not the elimination of one's adversary, but the achievement of a workable balance of power in which the vanquished had a distinct place. Even the extreme philosophy that war is a continuation of the processes of diplomacy, which Clausewitz espoused, presupposed the continuing existence, as a viable unit, of the vanquished nation.

The United Nations Charter itself is framed on the basic principle that the use of force is outlawed (except for the strictly limited exception of self-defence), and that the purpose of the Charter is to free humanity from the scourge of war. Peace between the parties is the outcome the Charter envisages and not the total devastation of any party to the conflict.

Nuclear weapons render these philosophies unworkable. The nuclear exchanges of the future, should they ever take place, will occur in a world in which there is no monopoly of nuclear weapons. A nuclear war will not end with the use of a nuclear weapon by a single power, as happened in the case of Japan. There will inevitably be a nuclear exchange, especially in a world in which nuclear weapons are triggered for instant and automatic reprisal in the event of a nuclear attack.

Such a war is not one in which a nation, as we know it, can survive as a viable entity. The spirit that walks the nuclear wasteland will be a spirit of total despair, haunting victors (if there are any) and vanquished alike. We have a case here of methodology of warfare which goes beyond the purposes of war.

---

<sup>162</sup> Aristotle, *Politics*, trans. John Warrington, Heron Books, 1934, p. 212.

J'ai déjà évoqué, à propos des armes hyperdestructrices, la tradition indienne classique telle qu'elle est exprimée dans les deux plus grandes épopées de l'Inde, le *Ramayana* et le *Mahabharatha*. Dans cette tradition, les armes en question étaient interdites parce que leurs effets dépassaient les buts de la guerre.

C'est le même esprit qui inspirait Aristote lorsqu'il écrivait dans le livre VII de la *Politique*: «La guerre ne doit être envisagée que comme un moyen de parvenir à la paix.»<sup>162</sup> On se rappellera qu'Aristote distinguait entre les actions qui sont simplement nécessaires ou utiles et celles qui sont bonnes en elles-mêmes. La paix est bonne et la guerre n'est qu'un moyen d'y parvenir. Privée de son but — la paix — la guerre serait vide de sens et inutile. Si l'on applique ce raisonnement dans le contexte nucléaire, une guerre qui détruit l'autre partie est totalement dépourvue de sens et d'utilité et n'a donc aucune justification. Aristote voyait dans la guerre une suspension temporaire de la normalité faisant place, une fois la guerre inéluctablement parvenue à son terme, à un nouvel équilibre.

La philosophie de l'équilibre des pouvoirs qui a dominé la diplomatie européenne à compter de la paix d'Utrecht en 1713 reposait sur l'idée non de l'élimination de l'adversaire, mais de l'instauration d'un équilibre des pouvoirs viable où le vaincu avait sa place. Même la théorie extrême, défendue par Clausewitz, selon laquelle la guerre est le prolongement de la diplomatie présupposait que la nation vaincue continuait d'exister en tant qu'entité viable.

La Charte des Nations Unies elle-même repose sur le principe de base que l'emploi de la force est interdit (sauf dans l'hypothèse, strictement circonscrite, de la légitime défense) et que le but de la Charte est de préserver l'humanité du fléau de la guerre. La paix entre les adversaires, non la dévastation totale de l'un d'entre eux, est l'issue que la Charte envisage.

Les armes nucléaires vident ces philosophies de tout sens. Les échanges nucléaires de demain, s'ils ont lieu, auront pour théâtre un monde où aucune nation n'aura le monopole des armes nucléaires. Une guerre nucléaire ne se réduira pas, comme dans le cas du Japon, au largage d'une bombe par une seule puissance. Un échange nucléaire sera d'autant plus inévitable que nous vivons à une époque où les armes nucléaires sont programmées pour une riposte instantanée et automatique en cas d'attaque nucléaire.

Les nations telles que nous les connaissons ne peuvent pas survivre en tant qu'entités viables à une guerre nucléaire. Dans le désert nucléaire, le spectre qui hantera les vainqueurs (s'il y en a) comme les vaincus sera celui du désespoir absolu. Nous avons là une méthode de guerre qui conduit à des résultats excessifs par rapport aux buts de la guerre.

<sup>162</sup> Aristote, *Politique*, version française basée sur la traduction de John Warrington, Heron Books, 1934, p. 212.



### 3. *The Concept of a "Threat of Force" under the United Nations Charter*

The question asked by the General Assembly relates to the use of force and the threat of force. Theoretically, the use of force, even with the simplest weapon, is unlawful under the United Nations Charter. There is no purpose therefore in examining whether the use of force with a nuclear weapon is contrary to international law. When even the use of a single rifle is banned, it makes little sense to enquire whether a nuclear weapon is banned.

The question of a threat of force, within the meaning of the Charter, needs some attention. To determine this question, an examination of the concept of threat of force in the Charter becomes necessary.

Article 2 (4) of the United Nations Charter outlaws threats against the territorial integrity or political independence of any State. As reaffirmed in the Declaration on Principles of International Law Concerning Friendly Relations 1970:

"Such a threat or use of force constitutes a violation of international law and the Charter of the United Nations and shall never be employed as a means of settling international issues." (General Assembly resolution 2625 (XXV).)

Other documents confirming the international community's understanding that threats are outside the pale of international law include the 1965 Declaration on the Inadmissibility of Intervention in the Domestic Affairs of States and the Protection of Their Independence and Sovereignty (General Assembly resolution 2131 (XX)), and the 1987 Declaration on the Enhancement of the Principle of Non-Use of Force (General Assembly resolution 42/22, para. 2).

It is to be observed that the United Nations Charter draws no distinction between the use of force and the threat of force. Both equally lie outside the pale of action within the law.

Numerous international documents confirm the prohibition on the threat of force without qualification. Among these are the 1949 Declaration on Essentials of Peace (General Assembly resolution 290 (IV)); the 1970 Declaration on the Strengthening of International Security (General Assembly resolution 2734 (XXV)); and the 1988 Declaration on the Prevention and Removal of Disputes and Situations Which May Threaten International Peace and Security and on the Role of the United Nations in This Field (General Assembly resolution 43/51). The Helsinki Final Act (1975) requires participating States to refrain from the threat or use of force. The Pact of Bogotá (the American Treaty on Pacific Settlement) is even more specific, requiring the contracting parties to "refrain from the threat or the use of force, or from any other means of coercion for the settlement of their controversies . . .".

### 3. *Le concept de « menace de la force » dans la Charte des Nations Unies*

La question posée par l'Assemblée générale concerne l'emploi de la force et la menace de la force. En principe, l'emploi de la force, même au moyen de l'arme la plus simple, est illicite en vertu de la Charte des Nations Unies. Il n'y a donc pas à se demander si l'emploi de la force au moyen d'une arme nucléaire est contraire au droit international. Si l'emploi d'un simple fusil est prohibé, la question de savoir si une arme nucléaire est interdite n'a guère de sens.

La question de la menace de la force au sens de la Charte appelle quelques commentaires. Elle exige un examen de la notion même de menace de la force, telle qu'elle figure dans la Charte.

L'article 2, paragraphe 4, de la Charte interdit les menaces à l'intégrité territoriale et à l'indépendance politique de tout Etat. Ainsi qu'il est réaffirmé dans la déclaration sur les principes du droit international concernant les relations amicales de 1970 :

« Pareil recours à la menace ou à l'emploi de la force constitue une violation du droit international et de la Charte des Nations Unies et ne doit jamais être utilisé comme moyen de règlement des problèmes internationaux. » (Résolution 2625 (XXV) de l'Assemblée générale.)

Parmi les autres documents qui confirment qu'aux yeux de la communauté internationale la menace est interdite par le droit international, on peut citer la déclaration de 1965 sur l'inadmissibilité de l'intervention dans les affaires intérieures des Etats et la protection de leur indépendance et de leur souveraineté (résolution 2131 (XX) de l'Assemblée générale) et la déclaration de 1987 sur le renforcement de l'efficacité du principe de l'abstention du recours à la menace ou à l'emploi de la force dans les relations internationales (résolution 42/22 de l'Assemblée générale, par. 2).

Il est à noter que la Charte des Nations Unies ne fait pas de distinction entre l'emploi de la force et la menace de la force. L'un et l'autre sont exclus du champ des comportements licites.

De nombreux documents internationaux confirment que la menace de la force est totalement interdite. On citera, parmi d'autres, la déclaration de 1949 sur les éléments essentiels de la paix (résolution 290 (IV) de l'Assemblée générale); la déclaration de 1970 sur le renforcement de la sécurité internationale (résolution 2734 (XXV) de l'Assemblée générale); et la déclaration de 1988 sur la prévention et l'élimination des différends et des situations qui peuvent menacer la paix et la sécurité internationales et le rôle des Nations Unies dans ce domaine (résolution 43/51 de l'Assemblée générale). L'acte final d'Helsinki (1975) enjoint aux Etats participant de s'abstenir de la menace ou de l'emploi de la force. Le pacte de Bogotá (le traité américain sur le règlement pacifique des différends) est plus précis encore puisqu'il exige des parties contractantes qu'elles s'abstiennent « de la menace, de l'emploi de la force ou de n'importe quel autre moyen de coercition pour régler leurs différends... »

The principle of non-use of threats is thus as firmly grounded as the principle of non-use of force and, in its many formulations, it has not been made subject to any exceptions. If therefore deterrence is a form of threat, it must come within the prohibitions of the use of threats.

A more detailed discussion follows in Section VII.2 of the concept of deterrence.

#### 4. *Equality in the Texture of the Laws of War*

There are some structural inequalities built into the current international legal system, but the substance of international law — its corpus of norms and principles — applies equally to all. Such equality of all those who are subject to a legal system is central to its integrity and legitimacy. So it is with the body of principles constituting the corpus of international law. Least of all can there be one law for the powerful and another law for the rest. No domestic system would accept such a principle, nor can any international system which is premised on a concept of equality.

In the celebrated words of the United States Chief Justice John Marshall in 1825,

“No principle of general law is more universally acknowledged than the perfect equality of nations. Russia and Geneva have equal rights.”<sup>163</sup>

As with all sections of the international legal system, the concept of equality is built into the texture of the laws of war.

Another anomaly is that if, under customary international law, the use of the weapon is legal, this is inconsistent with the denial, to 180 of the 185 Members of the United Nations, of even the right to *possession* of this weapon. Customary international law cannot operate so unequally, especially if, as is contended by the nuclear powers, the use of the weapon is essential to their self-defence. Self-defence is one of the most treasured rights of States and is recognized by Article 51 of the United Nations Charter as the inherent right of every Member State of the United Nations. It is a wholly unacceptable proposition that this right is granted in different degrees to different Members of the United Nations family of nations.

---

<sup>163</sup> *The Antelope* case, [1825] 10 *Wheaton*, p. 122. Cf. Vattel, “A dwarf is as much a man as a giant is; a small republic is no less a sovereign state than the most powerful Kingdom.” (*Droit des gens*, Fenwick trans. in *Classics of International Law*, S. 18.)

Le principe du non-recours à la menace de la force est donc aussi fermement établi que le principe du non-recours à la force et, dans aucune de ses nombreuses formulations, il n'a fait l'objet d'exceptions. Si donc la dissuasion est une forme de menace, elle est nécessairement couverte par l'interdiction de la menace de la force.

Une analyse plus détaillée de la notion de dissuasion figure à la section VII, paragraphe 2.

#### 4. L'égalité dans le contexte du droit de la guerre

Il y a, dans l'ordre juridique international actuel, des inégalités structurelles mais le fond du droit international — le corpus de normes et de principes en quoi il consiste — s'applique également à tous. L'égalité de l'ensemble des sujets de droit dans le cadre d'un même ordre juridique est une condition essentielle de l'intégrité et de la légitimité de cet ordre juridique. La règle vaut pour le groupe de principes qui constituent le corpus du droit international. Il ne saurait encore y avoir un droit pour les puissants et un droit pour les autres. Une telle formule ne serait acceptable dans aucun ordre interne; elle ne l'est pas davantage dans l'ordre international, qui repose sur la notion d'égalité.

Comme l'a dit en 1825 le juge américain John Marshall dans une formule célèbre:

«Aucun principe du droit général n'est plus universellement reconnu que le principe de la complète égalité des nations. La Russie et Genève ont des droits égaux.»<sup>163</sup>

La notion d'égalité fait partie intégrante du droit de la guerre comme de toutes les autres composantes de l'ordre juridique international.

Il convient de relever un autre anomalie: si, en vertu du droit international coutumier, l'emploi de la bombe est licite, il est illogique de refuser à cent quatre-vingts des cent quatre-vingt-cinq Membres de l'Organisation des Nations Unies le droit de simplement *posséder* cette arme. Le droit international coutumier ne peut pas s'appliquer de façon aussi inégale, surtout étant donné la position des puissances dotées d'armes nucléaires qui prétendent qu'elles doivent pouvoir employer la bombe à des fins de légitime défense. Le droit de légitime défense est l'un de ceux auxquels les Etats sont le plus attachés et l'article 51 de la Charte des Nations Unies le reconnaît comme un droit naturel de tous les Etats Membres des Nations Unies. Il est impensable que ce droit soit accordé à des degrés variables aux divers membres de la famille des nations que représente l'Organisation des Nations Unies.

<sup>163</sup> Affaire de l'*Antelope*, [1825] *Wheaton*, p. 122. Voir Vattel: «Un nain est un être humain au même titre qu'un géant; une petite république est un Etat souverain au même titre que le royaume le plus puissant.» (*Droit des gens*, version française basée sur la traduction de Fenwick dans *Classics of International Law*, S. 18.)

*De facto* inequalities always exist and will continue to exist so long as the world community is made up of sovereign States, which are necessarily unequal in size, strength, wealth and influence. But a great conceptual leap is involved in translating *de facto* inequality into inequality *de jure*. It is precisely such a leap that is made by those arguing, for example, that when the Protocols to the Geneva Conventions did not pronounce on the prohibition of the use of nuclear weapons, there was an implicit recognition of the legality of their use by the nuclear powers. Such silence meant an agreement not to deal with the question, not a consent to legality of use. The "understandings" stipulated by the United States and the United Kingdom that the rules established or newly introduced by the 1977 Additional Protocol to the four 1949 Geneva Conventions would not regulate or prohibit the use of nuclear weapons do not undermine the basic principles which antedated these formal agreements and received expression in them. They rest upon no conceptual or juristic reason that can make inroads upon those principles. It is conceptually impossible to treat the silence of these treaty provisions as overruling or overriding these principles.

Similar considerations apply to the argument that treaties imposing partial bans on nuclear weapons must be interpreted as a current acceptance, by implication, of their legality.

This argument is not well founded. Making working arrangements within the context of a situation one is powerless to avoid is neither a consent to that situation, nor a recognition of its legality. It cannot confer upon that situation a status of recognition of its validity. Malaysia offered in this context the analogy of needle exchange programmes to minimize the spread of disease among drug users. Such programmes cannot be interpreted as rendering drug abuse legal (Written Comments, p. 14). What is important is that, amidst the plethora of resolutions and declarations dealing with nuclear weapons, there is not one which sanctions the use of such weapons for any purpose whatsoever.

A legal rule would be inconceivable that some nations alone have the right to use chemical or bacteriological weapons in self-defence, and others do not. The principle involved, in the claim of some nations to be able to use nuclear weapons in self-defence, rests on no different juristic basis.

Another feature to be considered in this context is that the community of nations is by very definition a voluntarist community. No element in it imposes constraints upon any other element from above. Such a structure is altogether impossible except on the basic premise of equality. Else "the

Il existe des inégalités de fait et il continuera d'en exister aussi longtemps que la communauté internationale sera composée d'Etats souverains qui sont nécessairement inégaux par leur taille, leur puissance, leur richesse et leur influence. Mais, au plan conceptuel, il y a une grande différence entre la constatation d'une inégalité de fait et sa transposition en une inégalité de droit. C'est précisément ce pas que franchissent ceux, par exemple, pour qui le silence des protocoles additionnels aux conventions de Genève sur l'interdiction de l'emploi des armes nucléaires équivaut à une reconnaissance implicite de la licéité de l'emploi de ces armes par les puissances dotées d'armes nucléaires. En réalité, ce que traduit le silence des protocoles c'est un accord pour ne pas traiter de la question, non un accord pour reconnaître la licéité de l'emploi des armes nucléaires. Les «déclarations» des Etats-Unis et du Royaume-Uni selon lesquelles les règles établies ou les règles nouvelles énoncées dans le protocole additionnel de 1977 aux quatre conventions de Genève de 1949 ne sont censées ni régir ni interdire l'emploi des armes nucléaires ne mettent pas en question les principes de base qui existaient avant que ces instruments formels ne soient adoptés et ne les formule noir sur blanc. Elles ne reposent sur aucun argument philosophique ou juridique qui ait la moindre prise sur les principes en question. Il est absurde d'attribuer au silence des dispositions conventionnelles considérées une valeur juridique supérieure à celle des principes en cause.

On peut répondre de la même manière à l'argument suivant lequel les traités imposant des interdictions partielles touchant les armes nucléaires doivent être interprétés comme reconnaissant implicitement, pour le moment, la licéité de ces armes.

Cet argument est mal fondé. Trouver des accommodements dans le cadre d'une situation dont on n'est pas maître n'équivaut ni à accepter cette situation ni à en reconnaître la licéité. De tels accommodements n'emportent en aucune manière reconnaissance de la légitimité de la situation. La Malaisie a fait dans ce contexte une comparaison avec les programmes d'échange de seringues visant à freiner la propagation des maladies parmi les toxicomanes. De tels programmes ne peuvent pas être interprétés comme légalisant l'abus des stupéfiants (observations écrites, p. 14). Ce qui compte, c'est que, dans la multitude de résolutions et de déclarations où il est question des armes nucléaires, on n'en trouve pas une qui autorise l'emploi de ces armes à quelque fin que ce soit.

On ne saurait guère concevoir une règle juridique qui permettrait à quelques nations d'employer des armes chimiques et bactériologiques en état de légitime défense mais ne conférerait pas le même droit à d'autres. Pourtant, c'est de cette logique juridique que procède la position des pays qui prétendent avoir le droit d'utiliser les armes nucléaires en état de légitime défense.

Il faut en outre rappeler ici que la société internationale est par définition une société volontariste. Il n'est loisible à aucun de ses éléments d'imposer aux autres à partir d'une position de force des limites à leur liberté d'action. Une telle structure ne peut fonctionner que sur la base de

danger is very real that the law will become little more than the expression of the will of the strongest”<sup>164</sup>.

If the corpus of international law is to retain the authority it needs to discharge its manifold and beneficent functions in the international community, every element in its composition should be capable of being tested at the anvil of equality. Some structural inequalities have indeed been built into the international constitutional system, but that is a very different proposition from introducing inequalities into the corpus of substantive law by which all nations alike are governed.

It scarcely needs mention that whatever is stated in this section is stated in the context of the total illegality of the use of nuclear weapons by any powers whatsoever, in any circumstances whatsoever. That is the only sense in which the principle of equality which underlies international law can be applied to the important international problem of nuclear weapons.

#### *5. The Logical Contradiction of a Dual Régime in the Laws of War*

If humanitarian law is inapplicable to nuclear weapons, we face the logical contradiction that the laws of war are applicable to some kinds of weapons and not others, while both sets of weapons can be simultaneously used. One set of principles would apply to all other weapons and another set to nuclear weapons. When both classes of weapons are used in the same war, the laws of armed conflict would be in confusion and disarray.

Japan is a nation against which both sets of weapons were used, and it is not a matter for surprise that this aspect seems first to have caught the attention of Japanese scholars. Professor Fajita, in an article to which we were referred, observed:

“this separation of fields of regulation between conventional and nuclear warfare will produce an odd result not easily imaginable, because conventional weapons and nuclear weapons will be eventually used at the same time, and in the same circumstances in a future armed conflict”<sup>165</sup>.

Such a dual régime is inconsistent with all legal principle, and no reasons of principle have ever been suggested for the exemption of nuclear weapons from the usual régime of law applicable to all weapons. The reasons that have been suggested are only reasons of politics or of expediency, and neither a court of law nor any body of consistent juristic science can accept such a dichotomy.

It is of interest to note in this context that even nations denying the

---

<sup>164</sup> Weston, *op. cit.*, p. 254.

<sup>165</sup> *Kansai University Review of Law and Political Science*, 1982, Vol. 3, p. 77.

l'égalité, faute de quoi «il y a tout lieu de craindre que le droit ne se réduise à l'expression de la volonté des plus forts»<sup>164</sup>.

Si l'on veut que le droit international conserve l'autorité qu'il doit avoir pour remplir les multiples fonctions bénéfiques qui sont les siennes dans la société internationale, il faut que chacune de ses composantes satisfasse au critère de l'égalité. Sans doute certaines inégalités structurelles ont-elles été introduites dans l'ordre constitutionnel international mais introduire des inégalités dans le droit substantif, qui régit toutes les nations sans distinction, est une tout autre question.

Il est à peine besoin de souligner que tout ce qui est dit dans la présente section repose sur l'idée que l'emploi des armes nucléaires par quelque puissance que ce soit et dans quelque circonstance que ce soit est totalement illicite. C'est là la seule manière dont le principe d'égalité, fondement du droit international, puisse être appliqué s'agissant de l'important problème international que posent les armes nucléaires.

##### *5. Caractère illogique d'un régime dualiste en matière de droit de la guerre*

Si l'on admettait que le droit humanitaire ne s'applique pas aux armes nucléaires, on aboutirait à cette contradiction que le droit de la guerre s'applique à certaines armes mais non à d'autres, même si les deux catégories d'armes pourraient être utilisées simultanément. Un ensemble de principes s'appliquerait aux armes nucléaires et un autre au reste des armes. Si les deux catégories d'armes devaient être employées dans le cadre d'une même guerre, le droit des conflits armés ne serait plus que confusion et anarchie.

Le Japon est une nation contre laquelle les deux catégories d'armes ont été employées et il n'est donc pas étonnant que la doctrine japonaise ait, semble-t-il, été la première à soulever ce problème. Le professeur Fajita, dans un article qui a été porté à notre attention, a déclaré ce qui suit :

«cette scission entre les règles de la guerre classique et celles de la guerre nucléaire donnera de curieux résultats que l'on a peine à se représenter parce que les armes classiques et les armes nucléaires seront en fin de compte utilisées simultanément et dans les mêmes circonstances dans le cadre d'un éventuel conflit armé»<sup>165</sup>.

Un tel système dualiste est contraire à tout principe juridique et il n'a été avancé aucune raison de fond qui justifierait que les armes nucléaires soient soustraites au régime juridique normalement applicable à toutes les armes. Seules ont été invoquées des raisons d'opportunité ou des raisons politiques et il n'est pas d'organe judiciaire ou de système juridique cohérent qui puisse accepter une dichotomie de ce genre.

Il est intéressant de noter à cet égard que même les nations qui con-

<sup>164</sup> Weston, *op. cit.*, p. 254.

<sup>165</sup> *Kansai University Review of Law and Political Science*, 1982, vol. 3, p. 77.



illegality of nuclear weapons *per se* instruct their armed forces in their military manuals that nuclear weapons are to be judged according to the same standards that apply to other weapons in armed conflict<sup>166</sup>.

### 6. Nuclear Decision-Making

A factor to be taken into account in determining the legality of the use of nuclear weapons, having regard to their enormous potential for global devastation, is the process of decision-making in regard to the use of nuclear weapons.

A decision to use nuclear weapons would tend to be taken, if taken at all, in circumstances which do not admit of fine legal evaluations. It will in all probability be taken at a time when passions run high, time is short and the facts are unclear. It will not be a carefully measured decision, taken after a detailed and detached evaluation of all relevant circumstances of fact. It would be taken under extreme pressure and stress. Legal matters requiring considered evaluation may have to be determined within minutes, perhaps even by military rather than legally trained personnel, when they are in fact so complex as to have engaged this Court's attention for months. The fate of humanity cannot fairly be made to depend on such a decision.

Studies have indeed been made of the process of nuclear decision-making and they identify four characteristics of a nuclear crisis<sup>167</sup>. These characteristics are:

- (1) the shortage of time for making crucial decisions. This is the fundamental aspect of all crises;
- (2) the high stakes involved and, in particular, the expectation of severe loss to the national interest;
- (3) the high uncertainty resulting from the inadequacy of clear information, for example, what is going on?, what is the intent of the enemy?; and
- (4) the leaders are often constrained by political considerations, restricting their options.

If such is the atmosphere in which leaders are constrained to act, and if they must weigh the difficult question whether it is legal or not in the absence of guidelines, the risk of illegality in the use of the weapon is great.

<sup>166</sup> See Burns H. Weston, *op. cit.*, p. 252, footnote 105.

<sup>167</sup> See Conn Nugent, "How a Nuclear War Might Begin", in Proceedings of the Sixth World Congress of the International Physicians for the Prevention of Nuclear War, *op. cit.*, p. 117.

testent l'illicéité des armes nucléaires en tant que telles avertissent leurs forces armées dans leurs manuels militaires que les armes nucléaires sont soumises aux normes qui s'appliquent aux autres armes en période de conflit armé<sup>166</sup>.

### 6. *Le processus d'élaboration des décisions en matière nucléaire*

Dans une réflexion sur la licéité de l'emploi des armes nucléaires, il faut, étant donné leur énorme potentiel de destruction à l'échelle planétaire, s'interroger sur le processus d'élaboration des décisions relatives à leur emploi.

La décision d'utiliser les armes nucléaires — si décision il y a — sera vraisemblablement prise dans des conditions peu propices à des appréciations juridiques nuancées puisque, selon toute probabilité, les passions seront exacerbées, le temps fera défaut et les faits seront mal connus. Ce ne sera donc pas une décision mûrement pesée, adoptée après une analyse détaillée et objective de tous les éléments de fait à prendre en considération mais une décision dictée par l'appréhension et la pression des événements. Des questions juridiques exigeant une réflexion approfondie devront être tranchées en quelques minutes, peut-être même par des militaires et non par des juristes alors même qu'elles sont assez complexes pour avoir retenu l'attention de la Cour pendant des mois. Le sort de l'humanité ne peut pas raisonnablement dépendre d'une décision prise dans de telles conditions.

Selon les études qui ont été faites sur le processus d'élaboration des décisions en matière nucléaire<sup>167</sup>, une crise nucléaire présente les quatre particularités suivantes :

- 1) la nécessité de prendre des décisions cruciales en très peu de temps; c'est là une caractéristique essentielle de toutes les situations de crise;
- 2) l'importance des enjeux et, en particulier, la gravité du péril encouru par l'intérêt national;
- 3) l'extrême incertitude engendrée par l'absence de renseignements précis sur le déroulement des événements, les intentions de l'ennemi, etc.
- 4) l'intervention de considérations politiques limitant la liberté d'action des autorités.

Si telles sont les conditions dans lesquelles les dirigeants doivent agir et s'il leur faut apprécier la licéité de tel ou tel comportement sans le secours de directives, le risque d'une utilisation illicite de l'arme est considérable.

<sup>166</sup> Voir Burns H. Weston, *op. cit.*, p. 252, note 105.

<sup>167</sup> Voir Conn Nugent, «How a Nuclear War Might Begin», dans les actes du sixième congrès mondial de l'Association internationale des médecins pour la prévention de la guerre nucléaire (IPPNW), *op. cit.*, p. 117.

The weapon should in my view be declared illegal in *all* circumstances. If it is legal in some circumstances, however improbable, those circumstances need to be specified (or else a confused situation is made more confused still).

## VI. THE ATTITUDE OF THE INTERNATIONAL COMMUNITY TOWARDS NUCLEAR WEAPONS

Quite apart from the importance of such considerations as the conscience of humanity and the general principles of law recognized by civilized nations, this section becomes relevant also because the law of the United Nations proceeds from the will of the peoples of the United Nations; and ever since the commencement of the United Nations, there has not been an issue which has attracted such sustained and widespread attention from its community of members. *Apartheid* was one of the great international issues which attracted concentrated attention until recently, but there has probably been a deeper current of continuous concern with nuclear weapons, and a universally shared revulsion at their possible consequences. The floodtide of global disapproval attending the nuclear weapon has never receded and no doubt will remain unabated so long as those weapons remain in the world's arsenals.

### *1. The Universality of the Ultimate Goal of Complete Elimination*

The international community's attitude towards nuclear weapons has been unequivocal — they are a danger to civilization and must be eliminated. The need for their complete elimination has been the subject of several categorical resolutions of the General Assembly, which are referred to elsewhere in this opinion.

The most recent declaration of the international community on this matter was at the 1995 Non-Proliferation Treaty Review Conference which, in its "Principles and Objectives for Nuclear Non-Proliferation and Disarmament", stressed "the ultimate goals of the complete elimination of nuclear weapons and a treaty on general and complete disarmament". This was a unanimous sentiment expressed by the global community and a clear commitment by every nation to do all that it could to achieve the complete elimination of these weapons.

The NPT, far from legitimizing the possession of nuclear weapons, was a treaty for their liquidation and eventual elimination. Its preamble unequivocally called for the liquidation of all existing stockpiles and their elimination from national arsenals. Such continued possession as it envis-

L'arme nucléaire doit à mon avis être déclarée illicite en *toutes* circonstances. Si certaines circonstances en rendent l'emploi licite — ce qui paraît bien improbable — il faut les préciser pour éviter d'ajouter à la confusion.

## VI. L'ATTITUDE DE LA COMMUNAUTÉ INTERNATIONALE VIS-À-VIS DES ARMES NUCLÉAIRES

S'il paraît utile de consacrer une section à cette question, c'est parce que, indépendamment du rôle important que jouent des facteurs tels que la conscience de l'humanité et les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées, c'est de la volonté des peuples des Nations Unies que procède le droit des Nations Unies; or, aucune question depuis la création de l'Organisation n'a suscité dans la communauté de ses membres un intérêt aussi soutenu et aussi universel. Sans doute l'*apartheid* a-t-il été, jusqu'à une date récente, l'un des grands problèmes internationaux sur lesquels se concentrait l'attention, mais il semble bien que l'inquiétude causée par les armes nucléaires ait été plus constante et plus profonde et l'horreur inspirée par leurs conséquences plus largement partagée. La tempête de protestations provoquée par les armes nucléaires n'a jamais connu de répit et continuera sans doute de faire rage aussi longtemps que ces armes seront stockées dans les arsenaux de la planète.

### 1. *Universalité de l'adhésion au but ultime de l'élimination complète*

Les armes nucléaires ont suscité dans la société internationale une réaction sans équivoque — elles constituent un danger pour la civilisation et doivent être éliminées. La nécessité de les éliminer complètement a été soulignée par plusieurs résolutions catégoriques de l'Assemblée générale, qui sont mentionnées dans d'autres parties de la présente opinion.

La déclaration la plus récente de la communauté internationale sur cette question a eu pour cadre la conférence chargée d'examiner le traité sur la non-prolifération, tenue en 1995, laquelle a, sous le titre «Principes et objectifs de la non-prolifération et du désarmement nucléaires» mis l'accent sur «les objectifs finals de l'élimination complète des armes nucléaires et la conclusion d'un traité sur le désarmement général et complet». Cette formule traduit le sentiment unanime de la communauté mondiale et la volonté clairement exprimée de l'ensemble des nations de faire tout ce qui est en leur pouvoir pour parvenir à l'élimination complète de ces armes.

Le traité sur la non-prolifération, loin de légitimer la possession des armes nucléaires, visait à en assurer la liquidation et, en dernière analyse, l'élimination. Son préambule prescrivait clairement la liquidation de tous les stocks existants et l'élimination des armes en cause des arsenaux natio-

aged was not absolute but subject to an overriding condition — the pursuit in good faith of negotiations on effective measures relating to the cessation of the nuclear arms race at an early date. Inherent in this condition and in the entire treaty was not the acceptance of nuclear weapons, but their condemnation and repudiation. So it was when the NPT entered into force on 5 March 1970 and so it was when the NPT Review and Extension Conference took place in 1995<sup>168</sup>.

The NPT Review Conference of 1995 was not new in the universality it embodied or in the strength of the commitment it expressed, but merely a reiteration of the views expressed in the very first resolution of the United Nations in 1945. From the formation of the United Nations to the present day, it would thus be correct to say that there has been a universal commitment to the elimination of nuclear weapons — a commitment which was only a natural consequence of the universal abhorrence of these weapons and their devastating consequences.

## *2. Overwhelming Majorities in Support of Total Abolition*

This view, which cannot be more clearly expressed than it has been in numerous pronouncements of the General Assembly, provides a backdrop to the consideration of the applicable law, which follows.

It is beyond dispute that the preponderant majority of States oppose nuclear weapons and seek their total abandonment.

The very first resolution of the General Assembly, adopted at its Seventeenth Plenary Meeting on 24 January 1946, appointed a Commission whose terms of reference were, *inter alia*, to make specific proposals “for the elimination from national armaments of atomic weapons and of all other major weapons adaptable to mass destruction”.

In 1961, at Belgrade, the Non-aligned Heads of State made a clear pronouncement on the need for a global agreement prohibiting all nuclear tests. The non-aligned movement, covering 113 countries from Asia,

---

<sup>168</sup> Article 4 of Decision No. 2 on the Principles and Objectives for Nuclear Non-Proliferation and Disarmament, adopted by that Conference, stipulated as an obligation of States parties, which was inextricably linked to the extension of the treaty, the following goal, *inter alia*:

“The determined pursuit by the nuclear-weapon States of systematic and progressive efforts to reduce nuclear weapons globally, with the ultimate goals of eliminating those weapons.” (Para. 4 (c).)

Also the Conference on Disarmament was to complete the negotiations for a Comprehensive Nuclear-Test-Ban Treaty no later than 1996 (para. 4 (a)).

naux. La faculté de continuer à posséder des armes nucléaires, pour autant qu'elle fût reconnue par le traité, n'était pas absolue mais subordonnée à la condition que soient poursuivies de bonne foi les négociations sur des mesures efficaces concernant la cessation au plus tôt de la course aux armements nucléaires. Cette condition et le traité tout entier traduisaient l'intention non d'accepter les armes nucléaires mais de les condamner et de les rejeter. Cela était vrai lorsque le traité sur la non-prolifération est entré en vigueur le 5 mars 1970 et l'était encore lorsque s'est tenue en 1995 la conférence chargée d'examiner le traité et la question de sa prorogation<sup>168</sup>.

La conférence de 1995 chargée d'examiner le traité sur la non-prolifération n'a rien révélé de nouveau sur l'universalité et la force des engagements qui existent en la matière; elle a simplement confirmé des positions qui ont été exprimées dès la première résolution des Nations Unies en 1945. On peut donc dire que, depuis la naissance des Nations Unies et jusqu'à ce jour, il existe une volonté unanime d'éliminer les armes nucléaires — volonté qui est la conséquence naturelle de l'horreur que ces armes et leurs effets destructeurs inspirent à l'humanité tout entière.

## *2. Rappel des écrasantes majorités favorables à l'abolition totale*

La volonté évoquée ci-dessus, qui ne pourrait s'exprimer plus clairement qu'elle ne le fait dans de nombreuses résolutions et déclarations de l'Assemblée générale, définit la perspective dans laquelle se situe l'examen de la question du droit applicable.

Il n'est pas contestable que l'immense majorité des Etats est opposée aux armes nucléaires et cherche à les faire totalement disparaître.

La toute première résolution de l'Assemblée générale adoptée à la dix-septième séance plénière, le 24 janvier 1946, a constitué une commission qui était notamment chargée de présenter des propositions déterminées en vue «d'éliminer, des armements nationaux, les armes atomiques et toutes autres armes importantes permettant des destructions massives».

En 1961, à Belgrade, les chefs d'Etat et de gouvernement des pays non alignés ont clairement reconnu la nécessité d'élaborer un accord global interdisant tous les essais nucléaires. Le mouvement des pays non alignés,

---

<sup>168</sup> Au nombre des buts définis par le paragraphe 4 de la décision n° 2 sur les «Principes et objectifs de la non-prolifération et du désarmement nucléaire» adoptée par cette conférence figure le but suivant présenté comme une obligation des Etats parties intrinsèquement liée à la prorogation du traité:

«La volonté des Etats dotés d'armes nucléaires d'aller systématiquement et progressivement de l'avant afin de réduire les armes nucléaires dans leur ensemble, puis de les éliminer.» (Par. 4 c).)

En outre, la conférence du désarmement a été invitée à conclure les négociations sur un traité d'interdiction totale des essais nucléaires au plus tard en 1996 (par. 4 a)).

Africa, Latin America and Europe, comprises within its territories not only the vast bulk of the world's population, but also the bulk of the planet's natural resources and the bulk of its bio-diversity. It has pursued the aim of the abolition of nuclear weapons and consistently supported a stream of resolutions<sup>169</sup> in the General Assembly and other international forums pursuing this objective. The massive majorities of States calling for the Non-Use of Nuclear Weapons can leave little doubt of the overall sentiment of the world community in this regard.

States appearing before the Court have provided the Court with a list of United Nations resolutions and declarations indicating the attitude towards these weapons of the overwhelming majority of that membership. Several of those resolutions do not merely describe the use of nuclear weapons as a violation of international law, but also assert that they are a crime against humanity.

Among these latter are the resolutions on Non-Use of Nuclear Weapons and Prevention of Nuclear War, passed by the General Assembly to this effect in 1978, 1979, 1980 and 1981, were passed with 103, 112, 113 and 121 votes respectively in favour, with 18, 16, 19 and 19 respectively opposing them, and 18, 14, 14 and 6 abstentions respectively. These can fairly be described as massive majorities (see Appendix IV of Malaysian Written Comments).

Resolutions setting the elimination of nuclear weapons as a goal are legion. One State (Malaysia) has, in its Written Comments, listed no less than 49 such resolutions, several of them passed with similar majorities and some with no votes in opposition and only 3 or 4 abstentions. For example, the resolutions on conclusion of effective international arrangements to assure non-nuclear weapon States against the use or threat of use of nuclear weapons of 1986 and 1987 were passed with 149 and 151 votes in favour, none opposed and 4 and 3 abstentions respectively. Such resolutions, adopting a goal of complete elimination, are indicative of a global sentiment that nuclear weapons are inimical to the general interests of the community of nations.

The declarations of the world community's principal representative organ, the General Assembly, may not themselves make law, but when repeated in a stream of resolutions, as often and as definitely as they have been, provide important reinforcement to the view of the impermissibility of the threat or use of such weapons under customary international law. Taken in combination with all the other manifestations of global disapproval of threat or use, the confirmation of the position is strengthened even further. Whether or not some of the General Assembly resolutions are themselves "law making" resolutions is a matter for serious

---

<sup>169</sup> See footnote 99, above.

qui regroupe cent treize pays d'Asie, d'Afrique, d'Amérique latine et d'Europe comptant sur leurs territoires non seulement la majeure partie de la population mondiale mais aussi l'essentiel des ressources naturelles de la planète et de sa biodiversité, a œuvré en faveur de l'élimination des armes nucléaires et systématiquement appuyé toute une série de résolutions<sup>169</sup> tant au sein de l'Assemblée générale que dans d'autres instances recherchant le même objectif. Le nombre considérable d'Etats qui prônent le non-recours aux armes nucléaires témoigne éloquemment du sentiment unanime de la communauté mondiale à cet égard.

Les Etats qui se sont présentés devant la Cour lui ont fait tenir une liste de résolutions et de déclarations des Nations Unies où est exprimée la position de l'écrasante majorité des Etats Membres à l'égard des armes en question. Plusieurs de ces résolutions qualifient l'emploi des armes nucléaires non seulement de violation du droit international, mais aussi de crime contre l'humanité.

Des résolutions sur le non-recours aux armes nucléaires et la prévention de la guerre nucléaire ont notamment été adoptées en 1978 par 103 voix contre 18, avec 18 abstentions, en 1979 par 112 voix contre 16, avec 14 abstentions, en 1980 par 113 voix contre 19, avec 14 abstentions et en 1981 par 121 voix contre 19, avec 6 abstentions. On peut vraiment qualifier ces majorités d'écrasantes (voir l'appendice IV aux observations écrites de la Malaisie).

Les résolutions qui présentent l'élimination des armes nucléaires comme le but à atteindre sont très nombreuses. Un Etat (la Malaisie) en a, dans ses observations écrites, dénombré quarante-neuf, dont plusieurs ont été adoptées à des majorités comparables et certaines sans aucune opposition, avec seulement trois ou quatre abstentions. C'est ainsi que les résolutions de 1986 et de 1987 sur la conclusion d'arrangements internationaux efficaces pour garantir les Etats non dotés d'armes nucléaires contre l'emploi ou la menace d'armes nucléaires ont été adoptées, la première par 149 voix contre zéro, avec 4 abstentions, et la deuxième par 151 voix contre zéro, avec 3 abstentions. Ces résolutions où l'élimination complète des armes nucléaires est présentée comme le but à atteindre témoignent d'un sentiment unanime qui voit dans les armes nucléaires un danger pour les intérêts généraux de la communauté des nations.

Les déclarations de l'Assemblée générale, organe représentatif principal de la communauté internationale, n'ont peut-être pas, en elles-mêmes, valeur de norme de droit mais lorsque, comme c'est le cas en l'espèce, elles sont réitérées si souvent et en termes catégoriques elles confortent sensiblement la thèse de l'illicéité de la menace d'emploi ou l'emploi des armes nucléaires au regard du droit international coutumier. Si l'on prend en outre en compte d'autres manifestations d'hostilité à l'emploi ou à la menace d'emploi de ces armes, la thèse gagne encore en autorité. Quant à savoir si certaines des résolutions de l'Assemblée générale ont,

<sup>169</sup> Voir ci-dessus la note 99.



consideration, with not inconsiderable scholarly support for such a view<sup>170</sup>.

Although the prime thrust for these resolutions came from the non-aligned group, there has been supportive opinion for the view of illegality from States outside this group. Among such States contending for illegality before this Court are Sweden, San Marino, Australia and New Zealand. Moreover, even in countries not asserting the illegality of nuclear weapons, opinion is strongly divided. For example, we were referred to a resolution passed by the Italian Senate, on 13 July 1995, recommending to the Italian Government that they assume a position favouring a judgment by this Court condemning the use of nuclear weapons.

It is to be remembered also that, of the 185 Member States of the United Nations, only five have nuclear weapons and have announced policies based upon them. From the standpoint of the creation of international custom, the practice and policies of five States out of 185 seem to be an insufficient basis on which to assert the creation of custom, whatever be the global influence of those five. As was stated by Malaysia:

“If the laws of humanity and the dictates of the public conscience demand the prohibition of such weapons, the five nuclear-weapon States, however powerful, cannot stand against them.” (CR 95/27, p. 56.)

In the face of such a preponderant majority of States’ opinions, it is difficult to say there is no *opinio juris* against the use or threat of use of nuclear weapons. Certainly it is impossible to contend that there is an *opinio juris* in favour of the legality of such use or threat.

### 3. World Public Opinion

Added to all these official views, there is also a vast preponderance of public opinion across the globe. Strong protests against nuclear weapons have come from learned societies, professional groups, religious denominations, women’s organizations, political parties, student federations, trade unions, NGOs and practically every group in which public opinion is expressed. Hundreds of such groups exist across the world. The names that follow are merely illustrative of the broad spread of such organizations: International Physicians for the Prevention of Nuclear War (IPPNW); Medical Campaign Against Nuclear Weapons; Scientists Against Nuclear Arms; People for Nuclear Disarmament; International Association of Lawyers against Nuclear Arms (IALANA); Performers

<sup>170</sup> For example, Brownlie, *Principles of Public International Law*, 4th ed., 1990, p. 14, *re* resolution 1653 (XVI) of 1961, which described the use of nuclear and thermonuclear weapons as such a “law-making resolution”.

en elles-mêmes, valeur de norme de droit, c'est une question qu'il convient d'examiner avec attention, sans oublier qu'une partie non négligeable de la doctrine y répond affirmativement<sup>170</sup>.

Bien que ces résolutions aient été principalement parrainées par le groupe des pays non alignés, la thèse de l'illicéité a également reçu l'appui de pays extérieurs à ce groupe. Elle a notamment été défendue devant la Cour par la Suède, Saint-Marin, l'Australie et la Nouvelle-Zélande. Même au sein des pays qui n'y souscrivent pas, l'opinion est profondément divisée. Notre attention a par exemple été appelée sur une résolution du Sénat italien en date du 13 juillet 1995 recommandant au gouvernement de se prononcer en faveur d'une condamnation par la Cour de l'emploi des armes nucléaires.

Il convient de rappeler que sur les cent quatre-vingt-cinq Etats Membres des Nations Unies, il n'y en a que cinq qui disposent d'armes nucléaires et ont défini des politiques où ces armes jouent un rôle. Du point de vue de la création de la coutume internationale, la pratique et la politique de cinq Etats sur cent quatre-vingt-cinq ne semblent pas constituer une base suffisante pour la naissance d'une coutume, quelle que puisse être l'influence exercée dans le monde par ces cinq Etats. Comme l'a souligné la Malaisie :

«Si les lois de l'humanité et les exigences de la conscience publique requièrent l'interdiction de ces armes, les cinq Etats dotés d'armes nucléaires, si puissants soient-ils, ne peuvent que s'incliner.» (CR 95/27, p. 56.)

Devant une telle convergence d'opinions au niveau étatique, il est difficile de nier l'existence d'une *opinio juris* contre l'emploi ou la menace d'emploi des armes nucléaires et il est tout à fait impossible de conclure à l'existence d'une *opinio juris* en faveur de la licéité de tel comportement.

### 3. L'opinion publique mondiale

A côté des positions officielles, il faut mentionner une opinion publique mondiale massivement orientée dans le même sens. Des protestations énergiques contre les armes nucléaires ont été émises par des sociétés savantes, des associations de spécialistes et de membres des professions libérales, des confessions religieuses, des organisations féminines, des partis politiques, des fédérations d'étudiants, des syndicats, des organisations non gouvernementales et la quasi-totalité des groupements au sein desquels s'exprime une opinion collective. Des centaines de groupements de ce type existent à travers le monde. Je ne citerai que quelques-uns d'entre eux pour donner une idée de leur diversité: Association internationale des médecins pour la prévention de la guerre nucléaire (IPPNW); Cam-

<sup>170</sup> Par exemple Brownlie, *Principles of Public International Law*, 4<sup>e</sup> éd., 1990, p. 14, qui décrit la résolution 1653 (XVI) de 1961 sur les armes nucléaires et thermonucléaires comme une «résolution normative».

and Artists for Nuclear Disarmament International; Social Scientists Against Nuclear War; Society for a Nuclear Free Future; European Federation against Nuclear Arms; The Nuclear Age Peace Foundation; Campaign for Nuclear Disarmament; Children's Campaign for Nuclear Disarmament. They come from all countries, cover all walks of life, and straddle the globe.

The millions of signatures received in this Court have been referred to at the very commencement of this opinion.

#### 4. *Current Prohibitions*

A major area of space on the surface of the planet and the totality of the space above that surface, and of the space below the ocean surface, has been brought into the domain of legal prohibition of the very presence of nuclear weapons. Among treaties accomplishing this result are the 1959 Antarctic Treaty, the 1967 Treaty of Tlatelolco in respect of Latin America and the Caribbean, the 1985 Treaty of Rarotonga in regard to the South Pacific, and the 1996 Treaty of Cairo in regard to Africa. In addition, there is the Treaty prohibiting nuclear weapons in the atmosphere and outer space, and the 1971 Treaty on the Prohibition of the Emplacement of Nuclear Weapons and Other Weapons of Mass Destruction on the Seabed and the Ocean Floor and in the Subsoil Thereof (see CR 95/22, p. 50). The major portion of the total area of the space afforded for human activity by the planet is thus declared free of nuclear weapons — a result which would not have been achieved but for universal agreement on the uncontrollable danger of these weapons and the need to eliminate them totally.

#### 5. *Partial Bans*

The notion of partial bans and reductions in the levels of nuclear arms could not, likewise, have achieved their current results but for the existence of such a globally shared sentiment. Important among these measures are the Partial Test Ban Treaty of 1963 prohibiting the testing of nuclear weapons in the atmosphere, and the Nuclear Non-Proliferation Treaty of 1968. These treaties not only prohibited even the testing of nuclear weapons in certain circumstances, but also provided against the horizontal proliferation of nuclear weapons by imposing certain legal duties upon both nuclear and non-nuclear States. The Comprehensive Test Ban Treaty, now in the course of negotiation, aims at the elimina-

pagne médicale contre les armes nucléaires; Association de savants opposés aux armes nucléaires; Partisans du désarmement nucléaire; Association internationale des juristes opposés aux armes nucléaires (IALANA); Association internationale des artistes et interprètes favorables au désarmement nucléaire; Association des spécialistes des sciences sociales opposés à la guerre nucléaire; Société des partisans d'un avenir exempt d'armes nucléaires; Fédération européenne des opposants aux armes nucléaires; Fondation pour la paix à l'ère nucléaire; Campagne en faveur du désarmement nucléaire; Campagne de l'enfance pour le désarmement nucléaire. On trouve de tels groupements dans tous les pays et dans tous les secteurs d'activité et leurs ramifications s'étendent au monde entier.

J'ai déjà mentionné, au début de la présente opinion, les millions de signatures qui sont parvenues à la Cour.

#### *4. Interdictions existantes*

Une grande partie de la surface de la Terre ainsi que la totalité de l'espace situé au-dessus de l'écorce terrestre et au-dessous de la surface des mers et des océans sont désormais soumises à un régime juridique qui interdit jusqu'à la présence d'armes nucléaires. Parmi les traités qui ont conduit à ce résultat figurent le traité de 1959 sur l'Antarctique, le traité de Tlatelolco de 1967 concernant l'Amérique latine et les Caraïbes, le traité de Rarotonga de 1985 relatif au Pacifique Sud et le traité du Caire de 1996 concernant l'Afrique. A ces instruments s'ajoutent le traité interdisant les armes nucléaires dans l'atmosphère et l'espace extra-atmosphérique et le traité de 1971 interdisant de placer des armes nucléaires et d'autres armes de destruction massive sur le fond des mers et des océans ainsi que dans leur sous-sol (voir CR 95/22, p. 50). La majeure partie de l'espace où l'activité humaine peut se déployer à la surface de la planète est donc proclamée zone dénucléarisée — résultat qui n'aurait pu être atteint s'il n'y avait pas un accord universel sur le danger résultant des effets incontrôlables de ces armes et sur la nécessité de les éliminer totalement.

#### *5. Interdictions partielles*

C'est le même accord universel qui explique les résultats obtenus en matière d'interdictions partielles et de réduction du niveau des armements nucléaires. Le traité d'interdiction partielle des essais nucléaires de 1963 qui a interdit les essais nucléaires dans l'atmosphère et le traité sur la non-prolifération nucléaire de 1968 sont particulièrement importants dans ce domaine. Ces traités interdisent non seulement les essais d'armes nucléaires dans certaines circonstances, mais contiennent aussi des dispositions visant à empêcher la prolifération horizontale des armes nucléaires en imposant certaines obligations juridiques tant aux Etats dotés d'armes nucléaires qu'aux Etats non dotés d'armes nucléaires. Le traité

tion of all testing. The START agreements (START I and START II) aim at considerable reductions in the nuclear arsenals of the United States and the Russian Federation reducing their individual stockpiles by around 2,000 weapons annually.

#### 6. *Who Are the States Most Specially Concerned?*

If the nuclear States are the States most affected, their contrary view is an important factor to be taken into account, even though numerically they constitute a small proportion (around 2.7 per cent) of the United Nations membership of 185 States.

This aspect of their being the States most particularly affected has been stressed by the nuclear powers.

One should not however rush to the assumption that in regard to nuclear weapons the nuclear States are necessarily the States most concerned. The nuclear States possess the weapons, but it would be unrealistic to omit a consideration of those who would be affected once nuclear weapons are used. They would also be among the States most concerned, for their territories and populations would be exposed to the risk of harm from nuclear weapons no less than those of the nuclear powers, if ever nuclear weapons were used. This point was indeed made by Egypt in its presentation (CR 95/23, p. 40).

For probing the validity of the proposition that the nuclear States are the States most particularly affected, it would be useful to take the case of nuclear testing. Suppose a metropolitan power were to conduct a nuclear test in a distant colony, but with controls so unsatisfactory that there was admittedly a leakage of radioactive material. If the countries affected were to protest, on the basis of the illegality of such testing, it would be strange indeed if the metropolitan power attempted to argue that because it was the owner of the weapon, it was the State most affected. Manifestly, the States at the receiving end were those most affected. The position can scarcely be different in actual warfare, seeing that the radiation from a weapon exploding above ground cannot be contained within the target State. It would be quite legitimate for the neighbouring States to argue that they, rather than the owner of the bomb, are the States most affected.

This contention would stand, quite independently of the protests of the State upon whose territory the weapon is actually exploded. The relevance of this latter point is manifest when one considers that of the dozens of wars that have occurred since 1945, scarcely any have been fought on the soil of any of the nuclear powers. This is a relevant circumstance to be considered when the question of States most concerned is examined.

A balanced view of the matter is that no one group of nations — nuclear or non-nuclear — can say that its interests are most specially

général d'interdiction des essais qui est en cours de négociations tend à éliminer tous les essais. Les accords START (START I et START II) visent à procéder à des réductions considérables — portant sur environ deux mille engins par an — dans les arsenaux nucléaires des Etats-Unis d'Amérique et de la Fédération de Russie.

#### 6. *Quels sont les Etats spécialement concernés?*

Si ce sont les Etats dotés d'armes nucléaires qui sont les plus concernés, leur position hostile à l'illicéité revêt une importance particulière, même s'ils ne représentent qu'une petite fraction (2,7 % environ) du nombre total (cent quatre-vingt-cinq) des Etats Membres des Nations Unies.

De fait, les Etats dotés d'armes nucléaires ont prétendu être les Etats plus spécialement concernés.

S'agissant des armes nucléaires toutefois, il faut se garder de conclure hâtivement que ces Etats sont les plus concernés. Sans doute les Etats dotés d'armes nucléaires possèdent-ils les armes mais il faut, pour être réaliste, prendre en considération les pays qui seraient touchés par l'emploi de ces armes. Eux aussi doivent être rangés au nombre des Etats les plus concernés car, en cas d'emploi des armes nucléaires, leur territoire et leurs habitants seraient tout aussi exposés au risque de dommages nucléaires que ceux des pays dotés d'armes nucléaires. Ce point a d'ailleurs été souligné par l'Egypte dans son exposé (CR 95/23, p. 40).

Pour apprécier la valeur de l'argument suivant lequel les Etats dotés d'armes nucléaires sont les Etats les plus spécialement concernés, il serait utile d'examiner la question des essais nucléaires. Supposons qu'une puissance métropolitaine procède à des essais nucléaires dans une colonie lointaine, mais en s'entourant de précautions si insuffisantes que des fuites de matières radioactives se produisent. Si les pays victimes de ces fuites élevaient une protestation fondée sur l'illicéité des essais, la puissance métropolitaine serait malvenue à prétendre qu'étant propriétaire de l'arme elle est l'Etat le plus concerné. Les Etats victimes seraient de toute évidence les Etats les plus touchés. Il en serait de même dans le contexte d'une guerre puisque les rayonnements émis par une bombe explosant dans l'atmosphère ne pourraient être contenus dans les limites de l'Etat visé. Les Etats voisins pourraient très légitimement, et plus légitimement que l'Etat propriétaire de la bombe, prétendre être les Etats les plus concernés.

Et il faudrait aussi compter avec les protestations de l'Etat sur le territoire duquel l'explosion aurait eu lieu. Ce point mérite d'être souligné étant donné que, sur les dizaines de guerres que le monde a connues depuis 1945, pratiquement aucune ne s'est déroulée sur le sol de l'une quelconque des puissances dotées d'armes nucléaires. C'est là un fait à garder en mémoire lorsqu'on cherche à déterminer quels sont les Etats les plus concernés.

Il serait plus juste de dire qu'aucun groupe de nations — qu'il soit ou non doté d'armes nucléaires — ne peut soutenir que ce sont ses intérêts

affected. Every nation in the world is specially affected by nuclear weapons, for when matters of survival are involved, this is a matter of universal concern.

*7. Have States, by Participating in Regional Treaties, Recognized Nuclear Weapons as Lawful?*

The United States, the United Kingdom and France have in their written statements taken up the position that by signing a regional treaty such as the Treaty of Tlatelolco prohibiting the use of nuclear weapons in Latin America and the Caribbean, the signatories indicated by implication that there is no general prohibition on the use of nuclear weapons.

The signatories to such treaties are attempting to establish and strengthen a non-proliferation régime in their regions, not because they themselves do not accept the general illegality of nuclear weapons, but because the pro-nuclear States do not.

The position of the regional States is made quite clear by the stance they have adopted in the numerous General Assembly resolutions wherein several of them, for example, Costa Rica, have voted on the basis that the use of nuclear weapons is a crime against humanity, a violation of the United Nations Charter and/or a violation of international law.

Indeed, the language of the Treaty itself gives a clear indication of the attitude of its subscribing parties to the weapon, for it describes it as constituting "an attack on the integrity of the human species", and states that it "ultimately may even render the whole earth uninhabitable".

## VII. SOME SPECIAL ASPECTS

### *1. The Non-Proliferation Treaty*

An argument has been made that the NPT, by implication, recognizes the legality of nuclear weapons, for all participating States accept without objection the possession of nuclear weapons by the nuclear powers. This argument raises numerous questions, among which are the following:

- (i) As already observed, the NPT has no bearing on the question of *use* or *threat of use* of nuclear weapons. Nowhere is the power given to use weapons, or to threaten their use.
- (ii) The Treaty was dealing with what may be described as a "winding-down situation". The reality was being faced by the world community that a vast number of nuclear weapons were in existence and that they might proliferate. The immediate object of the world community was to wind down this stockpile of weapons.

qui sont le plus spécialement en cause. Toutes les nations du monde sont spécialement concernées par les armes nucléaires car ce sont des problèmes de survie qui sont en jeu et la survie est une préoccupation universelle.

7. *Les Etats ont-ils, en devenant parties à des traités régionaux, reconnu la licéité des armes nucléaires?*

Les Etats-Unis d'Amérique, le Royaume-Uni et la France ont, dans leurs exposés écrits, soutenu qu'en signant un traité régional comme le traité de Tlatelolco qui a interdit l'emploi des armes nucléaires en Amérique latine et dans les Caraïbes, les Etats signataires ont implicitement reconnu qu'il n'y a pas d'interdiction générale de l'emploi des armes nucléaires.

Si les Etats signataires d'un tel traité s'emploient à établir et à consolider un régime de non-prolifération dans leurs régions respectives, ce n'est pas parce qu'ils ne reconnaissent pas l'illicéité générale des armes nucléaires, mais parce que les Etats pronucléaires ne l'admettent pas.

La position des Etats de la région ressort très clairement du vote qu'ils ont émis lors de l'adoption de nombreuses résolutions de l'Assemblée générale, plusieurs d'entre eux, par exemple le Costa Rica, appuyant des textes qui qualifient l'emploi des armes nucléaires de crime contre l'humanité, de violation de la Charte des Nations Unies et/ou de violation du droit international.

Le traité lui-même est très révélateur de l'attitude des Etats parties vis-à-vis de l'arme puisqu'il y voit «une atteinte à l'intégrité de l'espèce humaine» et lui reconnaît le pouvoir «de rendre finalement toute la Terre inhabitable».

## VII. QUELQUES ASPECTS PARTICULIERS

### 1. *Le traité sur la non-prolifération*

On a soutenu que le traité sur la non-prolifération admet implicitement la licéité des armes nucléaires puisque tous les Etats parties acceptent sans objection que les puissances dotées d'armes nucléaires puissent posséder de telles armes. Comme on va le voir, cet argument est très contestable:

- i) Ainsi qu'il a déjà été souligné, le traité sur la non-prolifération ne porte pas sur la question de l'*emploi* ou de la *menace d'emploi* des armes nucléaires. Aucune de ses dispositions ne reconnaît un droit d'utiliser ces armes ou de menacer d'y avoir recours.
- ii) Le traité a été conclu dans le contexte de ce qu'on pourrait appeler une «situation de liquidation». La communauté mondiale devait compter avec l'existence d'une multiplicité d'armes nucléaires et avec le risque de prolifération de ces armes. Son objectif immédiat était de liquider les stocks existants.



As was stressed to the Court by some States in their submissions, the Treaty was worked out against the background of the reality that, whether or not the world community approved of this situation, there were a small number of nuclear States and a vast number of non-nuclear States. The realities were that the nuclear States would not give up their weapons, that proliferation was a grave danger and that everything possible should be done to prevent proliferation, recognizing at the same time the common ultimate goal of the elimination of nuclear weapons.

- (iii) As already observed, an acceptance of the inevitability of a situation is not a consent to that situation, for accepting the existence of an undesirable situation one is powerless to prevent is very different to consenting to that situation.
- (iv) In this winding-down situation, there can be no hint that the right to possess meant also the right of use or threat of use. If there was a right of possession, it was a temporary and qualified right until such time as the stockpile could be wound down.
- (v) The preamble to the Treaty makes it patently clear that its object is:

“the cessation of the manufacture of nuclear weapons, the liquidation of all existing . . . stockpiles, and the elimination from national arsenals of nuclear weapons and the means of their delivery”.

That Preamble, which, it should be noted, represents the unanimous view of all parties, nuclear as well as non-nuclear, describes the use of nuclear weapons in war as a “the devastation that would be visited upon all mankind”.

These are clear indications that, far from acknowledging the legitimacy of nuclear weapons, the Treaty was in fact a concentrated attempt by the world community to whittle down such possessions as there already were, with a view to their complete elimination. Such a unanimous recognition of and concerted action towards the elimination of a weapon is quite inconsistent with a belief on the part of the world community of the legitimacy of the continued presence of the weapon in the arsenals of the nuclear powers.

- (vi) Even if possession be legitimized by the Treaty, that legitimation is temporary and goes no further than possession. The scope and the language of the Treaty make it plain that it was a temporary state of possession *simpliciter* and nothing more to which they, the signatories, gave their assent — an assent given in exchange for the promise that the nuclear powers would make their utmost efforts to eliminate those weapons which *all* signatories considered so objection-

Comme certains Etats l'ont fait valoir devant la Cour dans leurs exposés, il est de fait qu'au moment où le traité a été élaboré la communauté mondiale — qu'elle soit ou non favorable à une telle situation — comptait un petit nombre d'Etats dotés d'armes nucléaires et un grand nombre d'Etats non dotés d'armes nucléaires. La réalité était que les Etats dotés d'armes nucléaires n'étaient pas disposés à renoncer aux armes en question, que la prolifération était sérieusement à redouter et que tout devait être fait pour l'enrayer sans pour autant perdre de vue que le but ultime était d'éliminer les armes nucléaires.

- iii) Comme on l'a déjà souligné, s'incliner devant une réalité inéluctable n'équivaut pas à l'accepter, pas plus qu'accepter une situation fâcheuse dont on n'est pas maître n'équivaut à y consentir.
- iv) Dans la situation de liquidation évoquée plus haut, rien ne permet de penser que, dans l'intention des rédacteurs du traité, le droit de posséder l'arme était censé englober celui de l'utiliser ou de menacer de l'utiliser. Le droit à la possession de l'arme, à supposer qu'il avait alors existé, était un droit temporaire et conditionnel destiné à disparaître une fois les stocks complètement éliminés.
- v) Dans son préambule, le traité indique clairement qu'il a pour objectif:

«la cessation de la fabrication d'armes nucléaires, la liquidation de tous les stocks existants desdites armes, et l'élimination des armes nucléaires et de leurs vecteurs des arsenaux nationaux...»

Ce préambule qui, il convient de le noter, constitue l'expression de l'opinion unanime de tous les Etats parties, dotés ou non dotés d'armes nucléaires, décrit l'utilisation à la guerre des armes nucléaires comme étant de nature à faire subir des dévastations «à l'humanité entière».

Tout cela indique bien que, loin de reconnaître la licéité des armes nucléaires, le traité traduisait en fait un effort concerté de la communauté internationale pour réduire progressivement les stocks existants et parvenir finalement à leur élimination complète. Une telle unanimité quant à la nécessité d'éliminer les armes nucléaires et de conjuguer les efforts à cette fin contredit l'idée d'une reconnaissance, par la communauté mondiale, de la licéité du maintien de l'arme dans les arsenaux des puissances dotées d'armes nucléaires.

- vi) En admettant même que la possession de l'arme soit légitimée par le traité, il ne peut s'agir de rien d'autre que de la possession et, par surcroît, d'une légitimation temporaire. C'est à cela tout au plus, vu l'objet et les termes du traité, que les signataires ont consenti — et, ce, en échange de la promesse que les puissances dotées d'armes nucléaires ne ménageraient aucun effort pour éliminer ces armes, dont *tous* les signataires ont reconnu qu'elles étaient si inacceptables

able that they must be eliminated. There was here no recognition of a *right*, but only of a *fact*. The legality of that fact was not conceded, for else there was no need to demand a *quid pro quo* for it — the *bona fide* attempt by all nuclear powers to make every effort to eliminate these weapons, whose objectionability was the basic premise on which the entire Treaty proceeded.

## 2. Deterrence

Deterrence has been touched upon in this opinion in the context of the NPT. Yet, other aspects also merit attention, as deterrence bears upon the threat of use, which is one of the matters on which the Court's opinion is sought.

### (i) *Meaning of deterrence*

Deterrence means in essence that the party resorting to deterrence is intimating to the rest of the world that it means to *use* nuclear power against any State in the event of the first State being attacked. The concept calls for some further examination.

### (ii) *Deterrence — from what?*

Deterrence as used in the context of nuclear weapons is deterrence from an act of *war* — not deterrence from *actions which one opposes*<sup>171</sup>.

One of the dangers of the possession of nuclear weapons for purposes of deterrence is the blurring of this distinction and the use of the power the nuclear weapon gives for purposes of deterring unwelcome actions on the part of another State. The argument of course applies to all kinds of armaments, but *a fortiori* to nuclear weapons. As Polanyi observes, the aspect of deterrence that is most feared is the temptation to extend it beyond the restricted aim of deterring war to deterring unwelcome actions<sup>172</sup>.

It has been suggested, for example, that deterrence can be used for the protection of a nation's "vital interests". What are vital interests, and who defines them? Could they be merely commercial interests? Could they be commercial interests situated in another country, or a different area of the globe?

Another phrase used in this context is the defence of "strategic interests". Some submissions adverted to the so-called "sub-strategic deterrence", effected through the use of a low-yield "warning shot" when a nation's vital interests are threatened (see, for example, Malaysia's sub-

<sup>171</sup> John Polanyi, *Lawyers and the Nuclear Debate*, *op. cit.*, p. 19.

<sup>172</sup> *Ibid.*

qu'elles devaient être éliminées. Il n'y a pas eu là reconnaissance d'un *droit* mais reconnaissance d'un *fait* dont la licéité n'a pas été admise car, si elle l'avait été, on n'aurait pas exigé de toutes les puissances dotées d'armes nucléaires qu'elles s'emploient de bonne foi par tous les moyens à éliminer ces armes, dont le caractère inacceptable est le principe de base qui a inspiré le traité tout entier.

## 2. *Dissuasion*

J'ai évoqué brièvement la question de la dissuasion à propos du traité sur la non-prolifération. Mais il y a lieu de l'aborder sous d'autres aspects car la dissuasion touche à la menace d'emploi des armes nucléaires — l'un des points sur lesquels l'avis de la Cour a été sollicité.

### i) *Qu'entend-on par dissuasion?*

On peut dire, essentiellement, que l'Etat qui recourt à la dissuasion avertit le reste du monde de son intention d'*utiliser* l'arme nucléaire contre n'importe quel Etat dans l'hypothèse où il ferait l'objet d'une agression. Le concept doit être examiné plus en détail.

### ii) *La dissuasion — contre quel acte est-elle dirigée?*

Il y a dissuasion, au sens que revêt ce terme dans le contexte des armes nucléaires, lorsqu'un Etat cherche à en dissuader un autre de commettre un acte de *guerre* — non d'adopter *un comportement qu'il réprouve*<sup>171</sup>.

Ce qui est à craindre, dès lors qu'un Etat possède des armes nucléaires à des fins de dissuasion, c'est que cette distinction soit perdue de vue et que la puissance que confère l'arme nucléaire soit utilisée pour décourager un autre Etat d'adopter un comportement jugé indésirable. L'argument vaut naturellement pour tous les types d'armement, mais s'applique à fortiori aux armes nucléaires. Comme le souligne Polanyi, la dissuasion a cette caractéristique particulièrement inquiétante qu'on peut, au lieu de la cantonner à son objectif propre — prévenir le recours à la guerre —, en faire un moyen d'empêcher les comportements auxquels on est opposé<sup>172</sup>.

L'idée a été émise, par exemple, que la dissuasion peut servir à protéger les «intérêts vitaux». En quoi consistent les intérêts vitaux et qui les définit? Peut-il s'agir d'intérêts strictement commerciaux? Et ces intérêts commerciaux peuvent-ils se situer dans un Etat voisin ou sur un autre continent?

On évoque également dans ce contexte la défense des «intérêts stratégiques». Certains exposés se réfèrent aussi à la dissuasion dite «infrastratégique» consistant pour une nation à donner un «coup de semonce» de faible puissance lorsque ses intérêts vitaux sont menacés (voir par

<sup>171</sup> John Polanyi, *Lawyers and the Nuclear Debate*, op. cit., p. 19.

<sup>172</sup> *Ibid.*

mission in CR 95/27, p. 53). This opinion will not deal with such types of deterrence, but rather with deterrence in the sense of self-defence against an act of war.

(iii) *The degrees of deterrence*

Deterrence can be of various degrees, ranging from the concept of maximum deterrence, to what is described as a minimum or near-minimum deterrent strategy<sup>173</sup>. Minimum nuclear deterrence has been described as:

“nuclear strategy in which a nation (or nations) maintains the minimum number of nuclear weapons necessary to inflict unacceptable damage on its adversary even after it has suffered a nuclear attack”<sup>174</sup>.

The deterrence principle rests on the threat of *massive* retaliation, and as Professor Brownlie has observed:

“If put into practice this principle would lead to a lack of proportion between the actual threat and the reaction to it. Such disproportionate reaction does not constitute self-defence as permitted by Article 51 of the United Nations Charter.”<sup>175</sup>

In the words of the same author, “the prime object of deterrent nuclear weapons is ruthless and unpleasant retaliation — they are instruments of terror rather than weapons of war”<sup>176</sup>.

Since the question posed is whether the use of nuclear weapons is legitimate in *any* circumstances, minimum deterrence must be considered.

(iv) *Minimum deterrence*

One of the problems with deterrence, even of a minimal character, is that actions perceived by one side as defensive can all too easily be perceived by the other side as threatening. Such a situation is the classic backdrop to the traditional arms race, whatever be the type of weapons involved. With nuclear arms it triggers off a nuclear arms race, thus raising a variety of legal concerns. Even minimum deterrence thus leads to counter-deterrence, and to an ever ascending spiral of nuclear armament testing and tension. If, therefore, there are legal objections to deterrence, those objections are not removed by that deterrence being minimal.

<sup>173</sup> R. C. Karp (ed.), *Security Without Nuclear Weapons? Different Perspectives on Non-Nuclear Security*, 1992, p. 251.

<sup>174</sup> *Ibid.*, p. 250, citing Hollins, Powers and Sommer, *The Conquest of War: Alternative Strategies for Global Security*, 1989, pp. 54-55.

<sup>175</sup> “Some Legal Aspects of the Use of Nuclear Weapons”, *op. cit.*, pp. 446-447.

<sup>176</sup> *Ibid.*, p. 445.

exemple l'exposé de la Malaisie, CR 95/27, p. 53). La présente opinion n'aborde pas ces formes de dissuasion et ne traite que de la dissuasion utilisée à des fins de légitime défense en riposte à un acte de guerre.

### iii) *Les degrés de la dissuasion*

La dissuasion peut se situer à divers niveaux allant de la dissuasion maximale à une stratégie de dissuasion minimale ou quasi minimale<sup>173</sup>. La dissuasion nucléaire minimale a été décrite comme étant :

«une stratégie nucléaire consistant pour une ou plusieurs nations à maintenir le nombre minimum d'armes nucléaires nécessaire pour faire subir à l'adversaire des dommages inacceptables dans la phase postérieure à celle d'une attaque nucléaire»<sup>174</sup>.

Le principe de dissuasion repose sur la menace de représailles *massives* et, comme l'a dit le professeur Brownlie :

«La mise en œuvre de ce principe conduirait à une disproportion entre la menace effective et la riposte. Une réaction disproportionnée ne répond pas à la définition de la légitime défense autorisée par l'Article 51 de la Charte des Nations Unies.»<sup>175</sup>

Pour citer le même auteur «les armes nucléaires dissuasives ont la détestable fonction d'infliger des représailles implacables — ce sont des instruments de terreur plutôt que des armes de guerre»<sup>176</sup>.

Pour déterminer, comme la question posée invite à le faire, si l'utilisation des armes nucléaires est licite en *toute* circonstance, on doit s'interroger sur la dissuasion minimale.

### iv) *La dissuasion minimale*

La dissuasion, même minimale, a ceci d'inquiétant qu'un acte considéré comme défensif par l'une des parties peut fort bien être perçu par l'autre comme une menace. Telle est l'explication classique de la course aux armements telle que nous la connaissons et elle vaut pour tous les types d'armes. Dans le cas des armes nucléaires, c'est une course aux armements nucléaires qui est déclenchée, suscitant toute une série de problèmes juridiques. Par conséquent, même à son niveau minimal, la dissuasion entraîne une contre-dissuasion et amorce une spirale sans fin d'essais nucléaires et de tensions, la conclusion étant que les objections juridiques à la dissuasion s'appliquent aussi à la dissuasion minimale.

<sup>173</sup> R. C. Karp (dir. publ.), *Security Without Nuclear Weapons? Different Perspectives on Non-Nuclear Security*, 1992, p. 251.

<sup>174</sup> *Ibid.*, p. 250. L'auteur cite Hollins, Powers and Sommer, *The Conquest of War: Alternative Strategies for Global Security*, 1989, p. 54-55.

<sup>175</sup> «Some Legal Aspects of the Use of Nuclear Weapons», *op. cit.*, p. 446-447.

<sup>176</sup> *Ibid.*, p. 445.

(v) *The problem of credibility*

Deterrence needs to carry the conviction to other parties that there is a real intention to use those weapons in the event of an attack by that other party. A game of bluff does not convey that intention, for it is difficult to persuade another of one's intention unless one really has that intention. Deterrence thus consists in a real intention<sup>177</sup> to use such weapons. If deterrence is to operate, it leaves the world of make-believe and enters the field of seriously intended military threats.

Deterrence therefore raises the question not merely whether the threat of use of such weapons is legal, but also whether *use* is legal. Since what is necessary for deterrence is assured destruction of the enemy, deterrence thus comes within the ambit of that which goes beyond the purposes of war. Moreover, in the split second response to an armed attack, the finely graded use of appropriate strategic nuclear missiles or "clean" weapons which cause minimal damage does not seem a credible possibility.

(vi) *Deterrence distinguished from possession*

The concept of deterrence goes a step further than mere possession. Deterrence is more than the mere accumulation of weapons in a storehouse. It means the possession of weapons in a state of readiness for actual use. This means the linkage of weapons ready for immediate take-off, with a command and control system geared for immediate action. It means that weapons are attached to delivery vehicles. It means that personnel are ready night and day to render them operational at a moment's notice. There is clearly a vast difference between weapons stocked in a warehouse and weapons so readied for immediate action. Mere possession and deterrence are thus concepts which are clearly distinguishable from each other.

(vii) *The legal problem of intention*

For reasons already outlined, deterrence becomes not the storage of weapons with intent to terrify, but a stockpiling with *intent to use*. If one intends to use them, all the consequences arise which attach to *intention* in law, whether domestic or international. One *intends* to cause the damage or devastation that will result. The intention to cause damage or devastation which results in total destruction of one's enemy or which might indeed wipe it out completely clearly goes beyond the purposes of

---

<sup>177</sup> For further discussion of the concept of intention in this context, see *Just War, Non-violence and Nuclear Deterrence*, D. L. Cady and R. Werner (eds.), 1991, pp. 193-205.

v) *Le problème de la crédibilité*

La dissuasion n'est efficace que si les autres parties sont convaincues qu'il existe une réelle intention d'utiliser les armes contre elles au cas où elles lanceraient une attaque. Une telle intention ne se communique pas par un simple bluff car il est difficile de faire admettre la réalité d'intentions qui ne le sont pas. La dissuasion requiert donc une authentique intention<sup>177</sup>; d'utiliser les armes considérées. Elle n'atteint son but que si elle quitte le monde des faux-semblants pour entrer dans le domaine de la menace militaire sérieuse.

La dissuasion soulève donc la question de savoir non seulement si la menace d'emploi des armes en question est licite mais aussi celle de savoir si leur *emploi* est licite. Comme elle a pour prémisses la destruction assurée de l'ennemi, elle va au-delà de ce qui est requis pour atteindre les objectifs de la guerre. Au surplus, on ne peut guère s'attendre qu'il y ait place, dans le cadre d'une riposte quasi instantanée à une attaque armée, pour des choix subtils privilégiant les missiles nucléaires stratégiques appropriés et les armes «propres» qui causent un minimum de dommages.

vi) *La différence entre dissuasion et possession*

La dissuasion va plus loin que la possession. Elle ne se réduit pas au simple stockage d'armes dans un arsenal. Elle signifie que les armes sont prêtes à être effectivement utilisées, qu'elles sont assemblées en vue d'un emploi immédiat, que les systèmes de commandement et de contrôle sont programmés en conséquence, que les armes sont fixées sur les vecteurs, que le personnel est prêt nuit et jour à entrer en action quasi instantanément. Il y a manifestement une très grande différence entre des armes stockées dans un entrepôt et des armes prêtes à servir. La simple possession et la dissuasion se différencient donc nettement l'une de l'autre.

vii) *Le problème juridique de l'intention*

Pour les raisons déjà esquissées, le recours à la dissuasion ne consiste pas à stocker des armes pour susciter la terreur mais à stocker des armes avec l'*intention de les utiliser*. Si cette intention existe, elle emporte toutes les conséquences que le droit, tant interne qu'international, attache à l'*intention*. Il y a *intention* de causer des dommages ou des ravages corrélatifs. L'intention de causer les dommages ou des dévastations qui laissent l'ennemi totalement anéanti ou le raze purement et simplement de la

<sup>177</sup> Pour une analyse plus approfondie de la notion d'intention dans ce contexte, voir *Just War, Nonviolence and Nuclear Deterrence*, D. L. Cady et R. Werner (dir. publ.), 1991, p. 193-205.



war<sup>178</sup>. Such intention provides the mental element implicit in the concept of a threat.

However, a secretly harboured intention to commit a wrongful or criminal act does not attract legal consequences, unless and until that intention is followed through by corresponding conduct. Hence such a secretly harboured intention may not be an offence. If, however, the intention is announced, whether directly or by implication, it then becomes the criminal act of threatening to commit the illegal act in question.

Deterrence is by definition the very opposite of a secretly harboured intention to use nuclear weapons. Deterrence is not deterrence if there is no communication, whether by words or implication, of the serious intention to *use* nuclear weapons. It is therefore nothing short of a *threat* to use. If an act is wrongful, the threat to commit it and, more particularly, a publicly announced threat, must also be wrongful.

(viii) *The temptation to use the weapons maintained for deterrence*

Another aspect of deterrence is the temptation to use the weapons maintained for this purpose. The Court has been referred to numerous instances of the possible use of nuclear weapons of which the Cuban Missile Crisis is probably the best known. A study based on Pentagon documents, to which we were referred, lists numerous such instances involving the possibility of nuclear use from 1946 to 1980<sup>179</sup>.

(ix) *Deterrence and sovereign equality*

This has already been dealt with. Either all nations have the right to self-defence with any particular weapon or none of them can have it — if the principle of equality in the right of self-defence is to be recognized. The first alternative is clearly impossible and the second alternative must then become, necessarily, the only option available.

The comparison already made with chemical or bacteriological weapons highlights this anomaly, for the rules of international law must

---

<sup>178</sup> For the philosophical implications of deterrence, considered from the point of view of natural law, see Cady and Werner, *op. cit.*, pp. 207-219. See, also, John Finnis, Joseph Boyle and Germain Grisez, *Nuclear Deterrence, Morality and Realism*, 1987. Other works which present substantially the same argument are Anthony Kenny, *The Logic of Deterrence*, 1985, and *The Ivory Tower*, 1985; Roger Ruston, *Nuclear Deterrence — Right or Wrong?*, 1981, and “Nuclear Deterrence and the Use of the Just War Doctrine”, in Blake and Pole (eds.), *Objections to Nuclear Defense*, 1984.

<sup>179</sup> Michio Kaku and Daniel Axelrod, *To Win a Nuclear War*, 1987, p. 5; CR 95/27, p. 48.

carte va manifestement au-delà des buts de la guerre<sup>178</sup>. C'est elle qui fournit l'élément psychologique implicite dans la notion de menace.

Toutefois, une intention secrète de commettre un acte dommageable ou criminel n'emporte pas de conséquences juridiques tant qu'elle ne se traduit pas par des actes. Une intention n'est donc pas illicite si elle reste inavouée mais, dès lors qu'elle est exprimée soit ouvertement soit indirectement, elle devient une infraction pénale qui consiste dans la menace de commettre tel ou tel acte illicite.

La dissuasion est par définition le contraire d'une intention secrète d'utiliser les armes nucléaires. Elle suppose nécessairement qu'explicitement ou implicitement l'intention effective d'*employer* les armes nucléaires est communiquée au monde extérieur. Elle n'est donc rien de moins qu'une *menace* d'utilisation de ces armes. Si un acte est illicite, la menace de commettre cet acte l'est aussi, surtout si elle est publiquement exprimée.

viii) *La tentation d'utiliser les armes tenues en réserve à des fins de dissuasion*

On doit aussi compter, dans le présent contexte, avec la tentation d'utiliser les armes tenues en réserve à des fins de dissuasion. L'attention de la Cour a été appelée sur les nombreux cas où est apparu un risque d'une utilisation des armes nucléaires, dont la crise des missiles à Cuba offre probablement l'exemple le plus célèbre. On nous a signalé une étude basée sur les archives du Pentagone qui mentionne de nombreux cas survenus entre 1946 et 1980 où la possibilité d'utiliser des armes nucléaires a été envisagée<sup>179</sup>.

ix) *La dissuasion et l'égalité souveraine*

Ce point a déjà été évoqué. Si l'on veut que la légitime défense soit régie par le principe de l'égalité, il faut que le droit d'user d'une arme particulière en état de légitime défense appartienne à toutes les nations ou n'appartienne à aucune. La première option n'est pas concevable et la deuxième est donc la seule possible.

Le parallèle, fait plus haut, avec les armes chimiques et bactériologiques permet de mesurer combien toute autre solution serait anormale

<sup>178</sup> Pour les connotations philosophiques de la dissuasion, envisagée du point de vue du droit naturel, voir Cady et Werner, *op. cit.*, p. 207-219. Voir aussi John Finnis, Joseph Boyle et Germain Grisez, *Nuclear Deterrence, Morality and Realism*, 1987. Parmi les auteurs qui défendent essentiellement la même thèse, on peut citer Anthony Kenny, *The Logic of Deterrence*, 1985, et *The Ivory Tower*, 1985; Roger Ruston, *Nuclear Deterrence — Right or Wrong?* 1981, et «Nuclear Deterrence and the Use of the Just War Doctrine», dans Blake et Pole (dir. publ.), *Objections to Nuclear Defense*, 1984.

<sup>179</sup> Michio Kaku et Daniel Axelrod, *To Win a Nuclear War*, 1987, p. 5; CR 95/27, p. 48.

operate uniformly across the entire spectrum of the international community. No explanation has been offered as to why nuclear weapons should be subject to a different régime.

(x) *Conflict with the St. Petersburg principle*

As already observed, the Declaration of St. Petersburg, followed and endorsed by numerous other documents (see Section III.3 above) declared that weakening the military forces of the enemy is the only legitimate object which States should endeavour to accomplish during war (on this aspect, see Section V.2 above). Deterrence doctrine aims at far more — it aims at the destruction of major urban areas and centres of population and even goes so far as “mutually assured destruction”. Especially during the Cold War, missiles were, under this doctrine, kept at the ready, targeting many of the major cities of the contending powers. Such policies are a far cry from the principles solemnly accepted at St. Petersburg and repeatedly endorsed by the world community.

### 3. *Reprisals*

The Court has not in its Opinion expressed a view in regard to the acceptance of the principle of reprisals in the corpus of modern international law. I regret that the Court did not avail itself of this opportunity to confirm the unavailability of reprisals under international law at the present time, whether in time of peace or in war.

I wish to make it clear that I do not accept the lawfulness of the right to reprisals as a doctrine recognized by contemporary international law.

Does the concept of reprisals open up a possible exception to the rule that action in response to an attack is, like all other military action, subject to the laws of war?

The Declaration concerning Principles of Friendly Relations and Cooperation among States (resolution 2625 (XXV) of 1970) categorically asserted that “States have a duty to refrain from acts of reprisal involving the use of force”.

Professor Bowett puts the proposition very strongly in the following passage:

“Few propositions about international law have enjoyed more support than the proposition that, under the Charter of the United Nations, the use of force by way of reprisals is illegal. Although, indeed, the words ‘reprisals’ and ‘retaliation’ are not to be found in the Charter, this proposition was generally regarded by writers and by the Security Council as the logical and necessary consequence of

étant donné que les règles du droit international doivent s'appliquer uniformément à l'ensemble de la communauté internationale. Il n'a pas été expliqué pourquoi les armes nucléaires seraient soumises à un régime particulier.

x) *Incompatibilité de la dissuasion avec les principes énoncés dans la déclaration de Saint-Pétersbourg*

Comme on l'a déjà souligné, la déclaration de Saint-Pétersbourg, qui a été entérinée par de nombreux autres documents ultérieurs (voir ci-dessus la section III, paragraphe 3), a indiqué que l'affaiblissement des forces militaires de l'adversaire est le seul but légitime que les Etats doivent chercher à atteindre durant une guerre (sur ce point, voir ci-dessus la section V, paragraphe 2). La doctrine de la dissuasion a des objectifs qui vont beaucoup plus loin — destruction des principales zones urbaines et agglomérations et même «destruction mutuelle assurée». Pendant la guerre froide, notamment, des missiles étaient, en application de cette doctrine, constamment en état d'alerte et pointés sur de nombreuses grandes villes des puissances adverses. De telles actions sont bien éloignées des principes solennellement acceptés à Saint-Pétersbourg et maintes fois confirmés par la communauté internationale.

### 3. *Représailles*

La Cour n'a pas dit dans son avis si le principe des représailles est accepté par le droit international moderne. Je regrette qu'elle n'ait pas saisi cette occasion pour confirmer que le droit international d'aujourd'hui n'admet les représailles ni en temps de paix ni en temps de guerre.

Je tiens, pour ma part, à souligner que la licéité du recours aux représailles ne me paraît pas être une doctrine admise par le droit international contemporain.

La notion de représailles fournit-elle la base d'une exception possible à la règle selon laquelle la riposte à une attaque est, comme toute autre action militaire, soumise au droit de la guerre?

La déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les Etats (résolution 2625 (XXV) de 1970) affirme catégoriquement que: «Les Etats ont le devoir de s'abstenir d'actes de représailles impliquant l'emploi de la force.»

Le professeur Bowett énonce ce principe avec beaucoup de fermeté, lorsqu'il déclare:

«Rares sont les arguments concernant le droit international qui bénéficient d'un appui aussi vigoureux que celui selon lequel, en vertu de la Charte des Nations Unies, l'emploi de la force à titre de représailles est illicite. Certes, la Charte ne fait pas mention de «représailles» ni de «rétorsion», mais cette thèse est généralement considérée par la doctrine et par le Conseil de sécurité comme un

the prohibition of force in Article 2 (4), the injunction to settle disputes peacefully in Article 2 (3) and the limiting of permissible force by states to self-defense.”<sup>180</sup>

While this is an unexceptionable view, it is to be borne in mind, further, that nuclear weapons raise special problems owing to the magnitude of the destruction that is certain to accompany them. In any event, a doctrine evolved for an altogether different scenario of warfare can scarcely be applied to nuclear weapons without some re-examination.

Professor Brownlie addresses this aspect in the following terms:

“In the first place, it is hardly legitimate to extend a doctrine related to the minutiae of the conventional theatre of war to an exchange of power which, in the case of the strategic and deterrent uses of nuclear weapons, is equivalent to the total of war effort and is the essence of the war aims.”<sup>181</sup>

These strong legal objections to the existence of a right of reprisal are reinforced also by two other factors — the conduct of the party indulging in the reprisals and the conduct of the party against whom the reprisals are directed.

The action of the party indulging in the reprisals needs to be a measured one, for its only legitimate object is as stated above. Whatever tendency there may be to unleash all its nuclear power in anger or revenge needs to be held strictly in check. It is useful to note in this connection the observation of Oppenheim who, after reviewing a variety of historical examples, concludes that:

“reprisals instead of being a means of securing legitimate warfare may become an effective instrument of its wholesale and cynical violation in matters constituting the very basis of the law of war”<sup>182</sup>.

The historical examples referred to relate, *inter alia*, to the extreme atrocities sought to be justified under the principle of retaliation in the Franco-German War, the Boer War, World War I and World War II<sup>183</sup>. They all attest to the brutality, cynicism and lack of restraint in the use of power which it is the object of the laws of war to prevent. Such shreds of

---

<sup>180</sup> D. Bowett, “Reprisals Involving Recourse to Armed Force”, *American Journal of International Law*, 1972, Vol. 66, p. 1, quoted in Weston, Falk and D’Amato, *International Law and World Order*, 1980, p. 910.

<sup>181</sup> “Some Legal Aspects of the Use of Nuclear Weapons”, *op. cit.*, p. 445.

<sup>182</sup> *Op. cit.*, Vol. II, p. 565.

<sup>183</sup> *Ibid*, pp. 563-565.

corollaire logique et nécessaire de l'interdiction du recours à la force énoncée au paragraphe 4 de l'article 2, de l'obligation de régler les différends par des moyens pacifiques prévue au paragraphe 3 de l'article 2 et de la restriction au seul cas de la légitime défense du droit de recourir à la force.»<sup>180</sup>

Cette position est inattaquable, mais il faut en outre rappeler que les armes nucléaires posent des problèmes particuliers en raison de l'ampleur des destructions qui en sont nécessairement la conséquence. De toute manière, une doctrine élaborée pour des scénarios de guerre entièrement différents ne saurait être appliquée aux armes nucléaires sans que certains de ses aspects ne soient réexaminés.

Le professeur Brownlie évoque cette question dans les termes suivants :

«Il ne serait guère légitime d'étendre une doctrine conçue en fonction des caractéristiques particulières du théâtre d'opérations de la guerre traditionnelle à un échange de potentiel militaire qui, dans le cas des emplois stratégiques et dissuasifs des armes nucléaires, équivaut à tout l'effort de guerre et au but essentiel de la guerre.»<sup>181</sup>

Ces solides objections juridiques à la reconnaissance d'un droit de représailles acquièrent plus de force encore si l'on tient compte de deux autres facteurs : le comportement de l'Etat auteur des représailles et celui de l'Etat contre lequel de telles représailles sont exercées.

L'Etat auteur des représailles doit faire preuve de mesure car il ne peut légitimement chercher à atteindre un autre objectif que celui qui a été rappelé plus haut. Si tenté qu'il soit, sous l'effet de la colère ou pour se venger, de déchaîner toute la puissance nucléaire dont il dispose, il doit strictement contrôler sa réaction. A cet égard, il convient de rappeler l'observation d'Oppenheim qui, après avoir passé en revue toute une série d'exemples historiques, conclut :

«les représailles, au lieu d'être un moyen de faire respecter les règles du combat, peuvent aisément fournir l'occasion de commettre cyniquement des violations systématiques de ces règles qui constituent l'essence même du droit de la guerre»<sup>182</sup>.

Les exemples historiques que cite Oppenheim se rapportent notamment aux indicibles atrocités, prétendument justifiables sur la base de la théorie des représailles, qui ont été commises pendant la guerre franco-allemande, la guerre des Boers, la première et la seconde guerre mondiale<sup>183</sup>. Ces exemples révèlent la cruauté, le cynisme et l'outrance dans

<sup>180</sup> D. Bowett, «Reprisals Involving Recourse to Armed Force», *American Journal of International Law*, 1972, vol. 66, p. 1, cité dans Weston, Falk, D'Amato, *International Law and World Order*, 1980, p. 910.

<sup>181</sup> «Some Legal Aspects of the Use of Nuclear Weapons», *op. cit.*, p. 445.

<sup>182</sup> *Op. cit.*, vol. II, p. 565.

<sup>183</sup> *Ibid.*, p. 563-565.

the right to retaliation as might have survived the development of the laws of war are all rooted out by the nature of the nuclear weapon, as discussed in this opinion.

If history is any guide, the party indulging in reprisals will in practice use such "right of reprisal" — if indeed there is such a right — in total disregard of the purpose and limits of retaliation — namely, the limited purpose of ensuring compliance with the laws of war.

Turning next to the conduct of the party against whom the right is exercised — a party who already has disregarded the laws of war — that party would only be stimulated to release all the nuclear power at its disposal in response to that retaliation — unless, of course, it has been totally destroyed.

In these circumstances, any invitation to this Court to enthrone the legitimacy of nuclear reprisal for a nuclear attack is an invitation to enthrone a principle that opens the door to arbitrariness and lack of restraint in the use of nuclear weapons.

The sole justification, if any, for the doctrine of reprisals is that it is a means of securing legitimate warfare. With the manifest impossibility of that objective in relation to nuclear weapons, the sole reason for this alleged exception vanishes. *Cessante razione legis, cessat ipsa lex.*

#### 4. *Internal Wars*

The question asked of the Court relates to the use of nuclear weapons in *any* circumstance. The Court has observed that it is making no observation on this point. It is my view that the use of the weapon is prohibited in *all* circumstances.

The rules of humanity which prohibit the use of the weapon in external wars do not begin to take effect only when national boundaries are crossed. They must apply internally as well.

Article 3 which is common to the four Geneva Conventions applies to all armed conflicts of a non-international character and occurring in the territory of one of the Powers parties to the Convention. Protocol II of 1977 concerning internal wars is couched in terms similar to the Martens Clause, and refers to "the principles of humanity and to the dictates of public conscience".

Thus international law makes no difference in principle between internal and external populations.

Moreover, if nuclear weapons are used internally by a State, it is clear from the foregoing analysis of the effects of nuclear weapons that the effects of such internal use cannot be confined internally. It will produce widespread external effects, as Chernobyl has demonstrated.

l'emploi de la force que le droit de la guerre a précisément pour but d'empêcher. Les séquences du droit de représailles qui pourraient avoir survécu au développement du droit de la guerre disparaissent avec l'arme nucléaire en raison de sa nature même, telle qu'elle est décrite dans la présente opinion.

L'histoire nous enseigne que l'Etat auteur des représailles usera dans la pratique de son «droit de représailles» — si tant est qu'il existe — en ne tenant absolument aucun compte de l'objet et des limites de ce droit, qui ne devrait être exercé que pour assurer le respect du droit de la guerre.

Quant à l'Etat victime des représailles — qui a initialement enfreint le droit de la guerre — il ne sera que plus tenté de déchaîner toute la puissance de l'arsenal nucléaire dont il dispose pour riposter aux représailles — à moins bien sûr d'être déjà totalement hors de combat.

Dans ces conditions, inviter la Cour à sanctionner la légitimité du recours à des représailles nucléaires en cas d'attaque nucléaire reviendrait à l'inviter à sanctionner un principe qui ouvre la voie à l'arbitraire et à l'outrance dans l'utilisation des armes nucléaires.

Si tant est que la doctrine des représailles puisse se justifier, ce ne peut être que comme un moyen de faire respecter le droit de la guerre. Comme les représailles ne peuvent manifestement pas atteindre ce but dans le cas des armes nucléaires, le seul motif qui justifierait une telle exception disparaît. *Cessante ratione legis, cessat ipsa lex.*

#### 4. *Conflits internes*

La question posée à la Cour concerne l'emploi des armes nucléaires en toute circonstance. La Cour a précisé qu'elle ne formulait aucune observation sur ce point. Je suis d'avis que l'emploi de cette arme est interdit en toutes circonstances.

Les règles d'humanité qui interdisent l'emploi de l'arme en question dans les guerres à l'extérieur ne commencent pas à s'appliquer une fois les frontières nationales franchies. Elles s'appliquent aussi sur le plan interne.

L'article 3 commun aux quatre conventions de Genève s'applique à tous les conflits armés de caractère non international qui ont pour cadre le territoire d'une partie à la convention. Le protocole additionnel II de 1977 concernant les conflits internes s'inspire de la clause de Martens et se réfère aux «principes d'humanité et aux exigences de la conscience publique».

Le droit international ne fait donc pas de différence, en principe, entre les populations à l'intérieur et à l'extérieur des frontières.

Au surplus, si des armes nucléaires sont utilisées par un Etat sur son territoire, leurs effets ne pourront, comme le prouve clairement l'analyse qui précède, être cantonnés au territoire national. Ils se feront sentir bien à l'extérieur du territoire d'un Etat, comme en témoigne la catastrophe de Tchernobyl.



### 5. *The Doctrine of Necessity*

Does the doctrine of necessity offer a principle under which the use of nuclear weapons might be permissible in retaliation for an illegitimate act of warfare?

There is some support for the principle of necessity among the older writers, especially those of the German school<sup>184</sup>, who expressed this doctrine in terms of the German proverb "*Kriegsraeson geht vor Kriegsmanner*" ("necessity in war overrules the manner of warfare"). However, some German writers did not support this view and in general it did not have the support of English, French, Italian and American publicists<sup>185</sup>.

According to this doctrine, the laws of war lose their binding force when no other means, short of the violation of the laws of war, will offer an escape from the extreme danger caused by the original unlawful act.

However, the origins of this principle, such as it is, go back to the days when there were no *laws* of war, but rather *usages* of war, which had not yet firmed into laws accepted by the international community as binding.

The advance achieved in recognition of these principles as binding laws, ever since the Geneva Convention of 1864, renders untenable the position that they can be ignored at the will, and in the sole unilateral judgment, of one party. Even well before World War I, authoritative writers such as Westlake strenuously denied such a doctrine<sup>186</sup> and, with the new and extensive means of destruction — particularly submarine and aerial — which emerged in World War I, the doctrine became increasingly dangerous and inapplicable. With the massive means of destruction available in World War II, the desuetude of the doctrine was even further established.

Decisions of war crimes tribunals of that era attest to the collapse of that doctrine, if indeed it had ever existed. The case of the *Peleus*<sup>187</sup> relating to submarine warfare, decided by a British military court; the *Milch* case<sup>188</sup>, decided by the United States Military Tribunal at Nuremberg; and the *Krupp* case<sup>189</sup>, where the tribunal addressed the question of grave economic necessity, are all instances of a judicial rejection of that doctrine in no uncertain terms<sup>190</sup>.

<sup>184</sup> See the list of German authors cited by Oppenheim, *op. cit.*, Vol. II, p. 231, footnote 6.

<sup>185</sup> *Ibid.*, p. 232.

<sup>186</sup> Westlake, *International Law*, 2nd ed., 1910-1913, pp. 126-128; *The Collected Papers of John Westlake on Public International Law*, ed. L. Oppenheim, 1914, p. 243.

<sup>187</sup> *War Crimes Reports*, 1946, i, pp. 1-16.

<sup>188</sup> *War Crimes Trials*, 1948, 7, pp. 44, 65.

<sup>189</sup> *Ibid.*, 1949, 10, p. 138.

<sup>190</sup> See, on these cases, Oppenheim, *op. cit.*, pp. 232-233.

5. *La doctrine de la nécessité*

La doctrine de la nécessité renferme-t-elle un principe qui pourrait autoriser l'emploi des armes nucléaires en riposte à un acte de guerre illégitime?

Le principe de nécessité a quelques partisans dans la doctrine relativement ancienne et notamment dans l'école allemande<sup>184</sup>, qui l'a résumée dans l'adage allemand « *Kriegsraeson geht vor Kriegsmannier* » (« les nécessités de la guerre l'emportent sur la manière de faire la guerre »). Mais certains auteurs allemands n'y souscrivent pas et, d'une manière générale, les auteurs anglais, français, italiens et américains ne la soutiennent pas<sup>185</sup>.

Selon cette doctrine, le droit de la guerre cesse d'avoir force obligatoire lorsque ce n'est qu'en y contrevenant qu'il est possible de parer à l'extrême danger résultant de l'acte illégitime initial.

Mais la naissance de ce principe remonte à une époque où il y avait non pas de *droit* de la guerre, mais plutôt des *usages* de la guerre qui n'avaient pas encore été consacrés dans des règles juridiques acceptées par la communauté internationale comme ayant force obligatoire.

Les progrès accomplis dans la reconnaissance de la force obligatoire de ces principes depuis la convention de Genève de 1864 ne permet plus de soutenir que leur applicabilité dépend du bon vouloir et de l'appréciation unilatérale des parties. Dès avant la première guerre mondiale, des auteurs faisant autorité, comme Westlake, ont vigoureusement contesté la doctrine de la nécessité<sup>186</sup> qui, avec la mise au point, durant la première guerre mondiale, de nouveaux moyens de destruction à grand rayon d'action — en particulier les sous-marins et les aéronefs —, s'est révélée de plus en plus dangereuse et inapplicable. En raison de l'apparition, pendant la seconde guerre mondiale, des moyens de destruction massive, cette doctrine est encore plus tombée en désuétude.

Les décisions des tribunaux qui ont eu à connaître de crimes de guerre durant cette période témoignent de l'effondrement de cette doctrine — à supposer qu'elle ait jamais été admise. L'affaire du *Peleus*<sup>187</sup>, relative à la guerre sous-marine, jugée par un tribunal militaire britannique; l'affaire *Milch*<sup>188</sup>, jugée par le Tribunal militaire des Etats-Unis d'Amérique à Nuremberg; et l'affaire *Krupp*<sup>189</sup>, où le tribunal a examiné la question de la nécessité économique grave, sont autant d'affaires où la doctrine de la nécessité a été catégoriquement rejetée par les tribunaux<sup>190</sup>.

<sup>184</sup> Voir la liste des auteurs allemands cités par Oppenheim, *op. cit.*, vol. II, p. 231, note 6.

<sup>185</sup> *Ibid.*, p. 232.

<sup>186</sup> Westlake, *International Law*, 2<sup>e</sup> éd., 1910-1913, p. 126-128; *The Collected Papers of John Westlake on Public International Law*, éd. L. Oppenheim, 1914, p. 243.

<sup>187</sup> *War Crimes Reports*, 1946, i, p. 1-16.

<sup>188</sup> *War Crimes Trials*, 1948, 7, p. 44, 65.

<sup>189</sup> *Ibid.*, 1949, 10, p. 138.

<sup>190</sup> Voir, sur ces affaires, Oppenheim, *op. cit.*, p. 232-233.

The doctrine of necessity opens the door to revenge, massive devastation and, in the context of nuclear weapons, even to genocide. To the extent that it seeks to override the principles of the laws of war, it has no place in modern international law.

In the words of a United States scholar:

“where is the military necessity in incinerating entire urban populations, defiling the territory of neighboring and distant neutral countries, and ravaging the natural environment for generations to come . . .? . . . If so, then we are witness to the demise of Nuremberg, the triumph of *Kriegsraison*, the virtual repudiation of the humanitarian rules of armed conflict . . . The very meaning of ‘proportionality’ becomes lost, and we come dangerously close to condoning the crime of genocide, that is, a military campaign directed more towards the extinction of the enemy than towards the winning of a battle or conflict.”<sup>191</sup>

#### *6. Limited or Tactical or Battlefield Nuclear Weapons*

Reference has already been made to the contention, by those asserting legality of use, that the inherent dangers of nuclear weapons can be minimized by resort to “small” or “clean” or “low yield” or “tactical” nuclear weapons. This factor has an important bearing upon the legal question before the Court, and it is necessary therefore to examine in some detail the acceptability of the contention that limited weapons remove the objections based upon the destructiveness of nuclear weapons.

The following are some factors to be taken into account in considering this question:

- (i) No material has been placed before the Court demonstrating that there is in existence a nuclear weapon which does not emit radiation, does not have a deleterious effect upon the environment, and does not have adverse health effects upon this and succeeding generations. If there were indeed a weapon which does not have any of the singular qualities outlined earlier in this opinion, it has not been explained why a conventional weapon would not be adequate for the purpose for which such a weapon is used. We can only deal with nuclear weapons as we know them.

---

<sup>191</sup> Burns H. Weston, “Nuclear Weapons versus International Law: A Contextual Reassessment”, *McGill Law Journal*, 1983, Vol. 28, p. 578.

Cette doctrine débouche sur la revanche, la dévastation à outrance et même, dans le contexte des armes nucléaires, le génocide. Dans la mesure où elle tend à supplanter les principes du droit de la guerre, elle n'a pas sa place dans le droit international moderne.

Comme l'écrit un auteur américain :

«y a-t-il une nécessité militaire qui oblige à réduire en cendres la population de villes entières, à dévaster le territoire de pays neutres proches et lointains et à ravager le milieu naturel pour des générations ...? ... Dans l'affirmative, nous assistons à la fin des principes de Nuremberg, au triomphe de la *Kriegsraison*, au rejet virtuel de toutes les règles humanitaires des conflits armés ... La notion même de «proportionnalité» disparaît et nous ne sommes pas loin d'absoudre le crime de génocide perpétré sous la forme d'une campagne militaire faite plus pour exterminer l'ennemi que pour gagner une bataille ou une guerre.»<sup>191</sup>

#### 6. *Armes nucléaires à effets limités ou tactiques ou du champ de bataille*

On a déjà évoqué l'argument des tenants de la licéité de l'emploi des armes nucléaires selon lequel il est possible de minimiser les dangers inhérents à ces armes en recourant à des armes «de faible puissance», «propres», «à effets réduits» ou «tactiques». Ce point a des conséquences importantes en ce qui concerne la question juridique soumise à la Cour et il faut donc étudier en détail l'argument selon lequel les armes à effets limités priveraient de fondement les objections reposant sur le caractère destructeur des armes nucléaires.

On examinera ci-après quelques-uns des facteurs à prendre en considération à cet égard :

- i) Rien dans les éléments qui ont été soumis à la Cour ne prouve qu'il existe une arme nucléaire qui n'émette pas de rayonnements, n'ait pas d'effets délétères sur l'environnement et ne comporte pas de conséquences nuisibles à la santé de la génération actuelle et de celles qui la suivront. S'il existe une arme nucléaire qui ne présente pas les caractéristiques très particulières évoquées plus haut dans la présente opinion, on peut se demander pourquoi une arme classique ne serait pas utilisée pour atteindre les buts recherchés par l'emploi des armes nucléaires. Nous ne pouvons raisonner que sur la base de ce que nous savons des armes nucléaires.

<sup>191</sup> Burns H. Weston, «Nuclear Weapons versus International Law: A Contextual Reassessment», *McGill Law Journal*, 1983, vol. 28, p. 578.

- (ii) The practicality of small nuclear weapons has been contested by high military<sup>192</sup> and scientific<sup>193</sup> authority.
- (iii) Reference has been made (see Section IV above), in the context of self-defence, to the political difficulties, stated by former American Secretaries of State, Robert McNamara and Dr. Kissinger, of keeping a response within the ambit of what has been described as a limited or minimal response. The assumption of escalation control seems unrealistic in the context of nuclear attack.
- (iv) With the use of even “small” or “tactical” or “battlefield” nuclear weapons, one crosses the nuclear threshold. The State at the receiving end of such a nuclear response would not know that the response is a limited or tactical one involving a small weapon and it is not credible to posit that it will also be careful to respond in kind, that is, with a small weapon. The door would be opened and the threshold crossed for an all-out nuclear war.

The scenario here under consideration is that of a limited nuclear response to a nuclear attack. Since, as stated above,

- (a) the “controlled response” is unrealistic; and
- (b) a “controlled response” by the nuclear power making the first attack to the “controlled response” to its first strike is even more unrealistic,

the scenario we are considering is one of all-out nuclear war, thus rendering the use of the controlled weapon illegitimate.

The assumption of a voluntary “brake” on the recipient’s full-scale use of nuclear weapons is, as observed earlier in this opinion, highly fanciful and speculative. Such fanciful speculations provide a very unsafe assumption on which to base the future of humanity.

- (v) As was pointed out by one of the States appearing before the Court:

“it would be academic and unreal for any analysis to seek to demonstrate that the use of a single nuclear weapon in particular

---

<sup>192</sup> General Colin Powell, *A Soldier's Way*, 1995, p. 324:

“No matter how small these nuclear payloads were, we would be crossing a threshold. Using nukes at this point would mark one of the most significant military decisions since Hiroshima. . . . I began rethinking the practicality of those small nuclear weapons.”

<sup>193</sup> See *Bulletin of the Atomic Scientists*, May 1985, p. 35, at p. 37, referred to in Malaysian Written Comments, p. 20.

- ii) L'utilité pratique des armes nucléaires de faible puissance a été contestée par les plus hautes autorités du monde militaire<sup>192</sup> et scientifique<sup>193</sup>.
- iii) On a souligné à propos de la légitime défense (voir ci-dessus la section IV) combien il est difficile sur le plan politique, ainsi que l'ont reconnu deux anciens secrétaires d'Etat des Etats-Unis d'Amérique, Robert McNamara et Henry Kissinger, de maintenir la contre-attaque dans les limites de ce qu'on a appelé une riposte restreinte ou minimale. L'idée qu'on pourrait arrêter l'escalade ne paraît pas réaliste dans le contexte d'une attaque nucléaire.
- iv) Même en employant des armes nucléaires «de faible puissance», «tactiques» ou «de combat», on franchit le seuil nucléaire. L'Etat qui serait la cible d'une telle riposte nucléaire ne saurait pas qu'il est en présence d'une riposte restreinte ou tactique faisant appel à une arme de faible puissance et on ne peut pas raisonnablement s'attendre que sa contre-riposte soit de même nature, c'est-à-dire qu'il utilise aussi une arme de faible puissance. La voie serait ainsi ouverte et le seuil serait franchi pour une guerre nucléaire totale.

L'hypothèse que nous envisageons ici est celle d'une attaque nucléaire suivie d'une riposte nucléaire restreinte. Comme on l'a déjà vu :

- a) compter sur une «riposte contrôlée» n'est guère réaliste;
- b) attendre de la puissance nucléaire auteur de l'attaque initiale une «contre-riposte contrôlée» à la «riposte contrôlée» est encore moins réaliste.

Dans ces conditions, l'hypothèse considérée est celle d'une guerre nucléaire totale, d'où il résulte que l'utilisation d'armes nucléaires dans le cadre d'une riposte contrôlée est illicite.

L'idée que l'Etat cible renoncerait volontairement à utiliser tout son potentiel nucléaire est, comme je l'ai souligné ci-dessus, dans la présente opinion, à la fois fantaisiste et spéculative. Faire reposer l'avenir de l'humanité sur une telle spéculation paraît bien hasardeux.

- v) Comme l'a souligné l'un des Etats qui se sont présentés devant la Cour :

«Essayer de démontrer que l'emploi d'une seule arme nucléaire n'est pas nécessairement incompatible avec les principes d'humana-

<sup>192</sup> Général Colin Powell, *A Soldier's Way*, 1995, p. 324 :

«Si minimales que soient ces charges nucléaires, nous franchirions un seuil. Utiliser les armes nucléaires dans la conjoncture actuelle serait l'une des initiatives militaires les plus lourdes de conséquences prises depuis Hiroshima ... J'ai commencé à m'interroger sur l'utilité pratique de ces armes nucléaires de faible puissance.»

<sup>193</sup> Voir *Bulletin of the Atomic Scientists*, mai 1985, p. 37, dont il est fait mention dans les observations écrites de la Malaisie, p. 20.

circumstances could be consistent with principles of humanity. The reality is that if nuclear weapons ever were used, this would be overwhelmingly likely to trigger a nuclear war.” (Australia, Gareth Evans, CR 95/22, pp. 49-50.)

- (vi) In the event of some power readying a nuclear weapon for a strike, it may be argued that a pre-emptive strike is necessary for self-defence. However, if such a pre-emptive strike is to be made with a “small” nuclear weapon which by definition has no greater blast, heat or radiation than a conventional weapon, the question would again arise why a nuclear weapon should be used when a conventional weapon would serve the same purpose.
- (vii) The factor of accident must always be considered. Nuclear weapons have never been tried out on the battlefield. Their potential for limiting damage is untested and is as yet the subject of theoretical assurances of limitation. Having regard to the possibility of human error in highly scientific operations — even to the extent of the accidental explosion of a space rocket with all its passengers aboard — one can never be sure that some error or accident in construction may deprive the weapon of its so-called “limited” quality. Indeed, apart from fine gradations regarding the size of the weapon to be used, the very use of any nuclear weapons under the stress of urgency is an area fraught with much potential for accident<sup>194</sup>. The UNIDIR study, just mentioned, emphasizes the “very high risks of escalation once a confrontation starts”<sup>195</sup>.
- (viii) There is some doubt regarding the “smallness” of tactical nuclear weapons, and no precise details regarding these have been placed before the Court by any of the nuclear powers. Malaysia, on the other hand, has referred the Court to a United States law forbidding “research and development which could lead to the production . . . of a low-yield nuclear weapon” (Written Comments, p. 20), which is defined as having a yield of less than 5 kilotons (Hiroshima and Nagasaki were 15 and 12 kilotons, respectively)<sup>196</sup>. Weapons of this firepower may, in the absence of evidence to the contrary, be presumed to be fraught with all the dangers attendant on nuclear weapons, as outlined earlier in this opinion.
- (ix) It is claimed a weapon could be used which could be precisely aimed at a specific target. However, recent experience in the Gulf War has shown that even the most sophisticated or “small” weapons do not always strike their intended target with precision.

<sup>194</sup> See the UNIDIR Study, *Risks of Unintentional Nuclear War*, *supra*.

<sup>195</sup> *Ibid.*, p. 11.

<sup>196</sup> National Defense Authorization Act for Fiscal Year (FY) 1944, *Public Law*, 103-160, 30 November 1993.

nité relève de la théorie et de l'utopie. Dans la réalité, l'emploi des armes nucléaires conduirait presque inmanquablement au déclenchement d'une guerre nucléaire.» (Australie, Gareth Evans, CR 95/22, p. 49-50.)

- vi) On pourrait soutenir qu'en présence de préparatifs visant à rendre une arme nucléaire opérationnelle, une frappe préemptive est nécessaire à des fins de légitime défense. Mais s'il est fait usage, pour une telle frappe, d'une arme nucléaire de «faible puissance» comparable par définition à une arme classique du point de vue de l'effet de souffle, de l'effet thermique et des rayonnements, pourquoi utiliser une arme nucléaire quand une arme classique aurait les mêmes effets?
- vii) Le risque d'accident doit aussi toujours être pris en compte. Les armes nucléaires n'ont jamais été essayées dans aucun théâtre d'opérations. La possibilité de limiter leur capacité de destruction n'a pas été établie et tout repose encore dans ce domaine sur des assurances théoriques. Etant donné que l'erreur humaine n'est jamais à exclure dans une activité hautement scientifique — comme l'explosion accidentelle d'une navette spatiale avec tous ses passagers à bord — une arme prétendument dotée d'un potentiel de destruction «limitée» peut fort bien ne pas avoir de tels effets à la suite d'une erreur ou d'un défaut de construction. On peut dire qu'abstraction faite du problème des dimensions précises de la bombe à utiliser, l'emploi de n'importe quel type d'armes nucléaires sous la pression de l'urgence est une démarche qui comporte des risques élevés d'accident<sup>194</sup>. L'étude de l'UNIDIR que j'ai mentionnée insiste sur «la très haute probabilité d'escalade une fois la confrontation amorcée»<sup>195</sup>.
- viii) Ce qu'il faut entendre par arme nucléaire tactique «de faible puissance» n'est pas clair et aucune des puissances dotées d'armes nucléaires n'a fourni d'indication précise à la Cour sur ce point. La Malaisie a en revanche appelé l'attention de la Cour sur une loi des Etats-Unis qui a interdit «la recherche-développement pouvant conduire à la production ... d'une arme nucléaire à effets réduits» (observations écrites, p. 20), qui est définie comme ayant une puissance inférieure à 5 kilotonnes (les bombes d'Hiroshima et de Nagasaki étaient dotées d'une puissance de 15 et 12 kilotonnes respectivement)<sup>196</sup>. Des armes de cette puissance peuvent, sauf preuve contraire, être présumées engendrer tous les dangers inhérents aux armes nucléaires, tels qu'ils ont été décrits plus haut dans la présente opinion.
- ix) D'aucuns soutiennent qu'il pourrait être fait usage d'une arme capable d'être dirigée de manière précise sur une cible bien déterminée. Mais l'expérience toute récente de la guerre du Golfe a montré que les armes, si perfectionnées ou «miniaturisées» soient-elles, n'attei-

<sup>194</sup> Voir ci-dessus l'étude de l'UNIDIR, *Risks of Unintentional Nuclear War*.

<sup>195</sup> *Ibid.*, p. 11.

<sup>196</sup> *National Defense Authorization Act for Fiscal Year (FY) 1944, Public Law*, 103-160, 30 novembre 1993.



If there should be such error in the case of nuclear weaponry, the consequence would be of the gravest order.

- (x) Having regard to WHO estimates of deaths ranging from one million to one billion in the event of a nuclear war which could well be triggered off by the use of the smallest nuclear weapon, one can only endorse the sentiment which Egypt placed before us when it observed that, having regard to such a level of casualties: “even with the greatest miniaturization, such speculative margins of risk are totally abhorrent to the general principles of humanitarian law” (CR 95/23, p. 43).
- (xi) Taking the analogy of chemical or bacteriological weapons, no one would argue that because a small amount of such weapons will cause a comparatively small amount of harm, therefore chemical or bacteriological weapons are not illegal, seeing that they can be used in controllable quantities. If, likewise, nuclear weapons are generally illegal, there could not be an exception for “small weapons”.

If nuclear weapons are intrinsically unlawful, they cannot be rendered lawful by being used in small quantities or in smaller versions. Likewise, if a State should be attacked with chemical or bacteriological weapons, it seems absurd to argue that it has the right to respond with small quantities of such weapons. The fundamental reason that all such weapons are not permissible, even in self-defence, for the simple reason that their effects go beyond the needs of war, is common to all these weapons.

- (xii) Even if — and it has not been so submitted by any State appearing before the Court — there is a nuclear weapon which *totally* eliminates the dissemination of radiation, and which is not a weapon of mass destruction, it would be quite impossible for the Court to define those nuclear weapons which are lawful and those which are unlawful, as this involves technical data well beyond the competence of the Court. The Court must therefore speak of legality in general terms.

The Court’s authoritative pronouncement that *all* nuclear weapons are not illegal (i.e., that *every* nuclear weapon is not illegal) would then open the door to those desiring to use, or threaten to use, nuclear weapons to argue that any particular weapon they use or propose to use is within the rationale of the Court’s decision. No one could police this. The door would be open to the use of whatever nuclear weapon a State may choose to use.

It is totally unrealistic to assume, however clearly the Court stated its reasons, that a power desiring to use the weapon

gnent pas toujours précisément leur cible. Dans le cas des armes nucléaires, pareille erreur de tir aurait des conséquences extrêmement graves.

- x) Etant donné qu'une guerre nucléaire, que la plus petite des armes nucléaires suffirait à déclencher, ferait, selon les estimations de l'Organisation mondiale de la Santé, entre un million et un milliard de morts, on ne peut que partager le sentiment exprimé par l'Égypte lorsque, à propos de ces pertes considérables, elle a déclaré: «même dans l'hypothèse d'une extrême miniaturisation, pareils chiffres estimatifs sont tout à fait intolérables au regard des principes généraux du droit humanitaire» (CR 95/23, p. 43).
- xi) Si on établit une comparaison avec les armes chimiques et bactériologiques, nul ne pourrait soutenir que, du fait que ces armes employées en petite quantité ne causeraient que des dommages comparativement réduits, les armes en question sont licites puisqu'il est possible de les utiliser sans dépasser certaines limites. Si, de la même manière, les armes nucléaires sont de façon générale illicites, celles qui sont de «faible puissance» ne peuvent faire exception.

Dès lors que les armes nucléaires sont intrinsèquement illicites, il ne suffit pas de les utiliser en petites quantités ou d'employer des catégories d'armes de faible puissance pour les rendre licites. De même, on ne peut raisonnablement soutenir qu'un Etat attaqué au moyen d'armes chimiques ou bactériologiques serait en droit de riposter avec un nombre limité d'armes de même nature. S'il n'est pas permis d'utiliser ces diverses catégories d'armes même en état de légitime défense, c'est essentiellement parce que leurs effets dépassent les nécessités de la guerre — une caractéristique qui leur est commune à toutes.

- xii) Même si — et aucun des Etats qui se sont présentés devant la Cour n'a avancé un tel argument — il existait une bombe nucléaire ne comportant *absolument* aucun risque de propagation des rayonnements et ne relevant pas de la catégorie des armes de destruction massive, il serait tout à fait impossible à la Cour d'identifier les armes nucléaires licites et les armes nucléaires illicites car il lui faudrait à cette fin procéder à des analyses techniques qui n'entreraient pas dans sa compétence. La Cour doit donc se prononcer sur la licéité en général.

En déclarant, avec l'autorité qui s'attache à ses conclusions, que *toutes* les armes nucléaires ne sont pas illicites (c'est-à-dire que *certaines* ne sont pas illicites), la Cour donnerait à quiconque se propose d'employer ou de menacer d'employer des armes nucléaires la possibilité de soutenir que l'arme particulière utilisée ou envisagée est visée par la déclaration en question. Aucune vérification ne serait possible. On a ainsi ouvert la voie à la possibilité pour les Etats d'employer n'importe quelle arme nucléaire à leur gré.

Si détaillées que puissent être les conclusions de la Cour, on ne peut pas raisonnablement s'attendre qu'une puissance désireuse

would carefully choose those which are within the Court's stated reasoning.

### VIII. SOME ARGUMENTS AGAINST THE GRANT OF AN ADVISORY OPINION

#### 1. *The Advisory Opinion Would be Devoid of Practical Effects*

It has been argued that, whatever may be the law, the question of the use of nuclear weapons is a political question, politically loaded, and politically determined. This may be, but it must be observed that, however political be the question, there is always value in the clarification of the law. It is not ineffective, pointless and inconsequential.

It is important that the Court should assert the law as it is. A decision soundly based on law will carry respect with it by virtue of its own inherent authority. It will assist in building up a climate of opinion in which law is respected. It will enhance the authority of the Court in that it will be seen to be discharging its duty of clarifying and developing the law, regardless of political considerations.

The Court's decision on the illegality of the *apartheid* régime had little prospect of compliance by the offending Government, but helped to create the climate of opinion which dismantled the structure of *apartheid*. Had the Court thought in terms of the futility of its decree, the end of *apartheid* may well have been long delayed, if it could have been achieved at all. The clarification of the law is an end in itself, and not merely a means to an end. When the law is clear, there is a greater chance of compliance than when it is shrouded in obscurity.

The view has indeed been expressed that, in matters involving "high policy", the influence of international law is minimal. However, as Professor Brownlie has observed in dealing with this argument, it would be "better to uphold a prohibition which *may* be avoided in a crisis than to do away with standards altogether"<sup>197</sup>.

I would also refer, in this context, to the perceptive observations of Albert Schweitzer, cited at the very commencement of this opinion, on the value of a greater public awareness of the illegality of nuclear weapons.

The Court needs to discharge its judicial role, declaring and clarifying the law as it is empowered and charged to do, undeterred by considerations that pertain to the political realm, which are not its concern.

<sup>197</sup> "Some Legal Aspects of the Use of Nuclear Weapons", *op. cit.*, p. 438, emphasis added.

d'utiliser des armes nucléaires veille à en choisir celles qui répondent aux critères définis dans ces conclusions.

### VIII. QUELQUES ARGUMENTS AVANCÉS POUR SOUTENIR QUE LA COUR NE DEVRAIT PAS DONNER L'AVIS CONSULTATIF SOLICITÉ

#### 1. *Un tel avis consultatif serait dépourvu d'effets pratiques*

On a fait valoir que, quel que puisse être l'état du droit, la question de l'emploi des armes nucléaires est une question politique qui met en jeu des considérations politiques et qui relève d'une décision politique. C'est peut-être le cas, mais il faut se rappeler que, si politique que puisse être une question, un effort de clarification du droit, loin d'être inutile, vain ou stérile, présente toujours des avantages.

Il est important que la Cour dise le droit tel qu'il est. Une décision fondée sur une analyse correcte du droit inspirera le respect en vertu de son autorité intrinsèque. Elle contribuera à l'instauration d'un climat favorable au respect du droit. Elle renforcera l'autorité de la Cour en la faisant apparaître comme une institution qui s'acquitte de sa mission de clarification et de développement du droit, indépendamment de toute considération politique.

La décision de la Cour sur l'illicéité du système d'*apartheid* n'avait guère de chances d'être appliquée par le gouvernement mis en cause, mais elle a contribué à créer un courant d'opinion qui a démantelé ce système. Si la Cour s'était laissée arrêter par l'inutilité de ses décisions, l'*apartheid* aurait peut-être pris fin beaucoup plus tard ou même survécu. La clarification du droit est une fin en soi et pas seulement un moyen au service d'une fin. Lorsque le droit est clair, il a plus de chances d'être respecté que s'il est enveloppé d'obscurité.

On a fait valoir que, dans les domaines relevant de la «haute politique», l'influence du droit international est minime. Mais, comme l'a souligné le professeur Brownlie en réponse à cet argument, mieux vaut «proclamer une interdiction qui *risque* d'être transgressée en période de crise que de renoncer à tout effort normatif»<sup>197</sup>.

Je tiens aussi à rappeler dans ce contexte les observations très perspicaces d'Albert Schweitzer, citées au début de la présente opinion, sur l'utilité d'une sensibilisation accrue de l'opinion publique au problème de l'illicéité des armes nucléaires.

La Cour doit s'acquitter de son rôle judiciaire, dire le droit et en préciser le contenu, comme elle a le pouvoir et la responsabilité de le faire, sans se laisser arrêter par des considérations politiques qui ne sont pas de son ressort.

<sup>197</sup> «Some Legal Aspects of the Use of Nuclear Weapons», *op. cit.*, p. 438 (les italiques sont de moi).

## 2. Nuclear Weapons Have Preserved World Peace

It was argued by some States contending for legality that such weapons have played a vital role in support of international security over the last fifty years, and have helped to preserve global peace.

Even if this contention were correct, it makes little impact upon the legal considerations before the Court. The threat of use of a weapon which contravenes the humanitarian laws of war does not cease to contravene those laws of war merely because the overwhelming terror it inspires has the psychological effect of deterring opponents. This Court cannot endorse a pattern of security that rests upon terror. In the dramatic language of Winston Churchill, speaking to the House of Commons in 1955, we would then have a situation where, "Safety will be the sturdy child of terror and survival the twin brother of annihilation." A global régime which makes safety the result of terror and can speak of survival and annihilation as twin alternatives makes peace and the human future dependent on terror. This is not a basis for world order which this Court can endorse. This Court is committed to uphold the rule of law, not the rule of force or terror, and the humanitarian principles of the laws of war are a vital part of the international rule of law which this Court is charged to administer.

A world order dependent upon terror would take us back to the state of nature described by Hobbes in *The Leviathan*, with sovereigns "in the posture of Gladiators; having their weapons pointing and their eyes fixed on one another . . . which is a posture of Warre"<sup>198</sup>.

As international law stands at the threshold of another century, with over three centuries of development behind it, including over one century of development of humanitarian law, it has the ability to do better than merely re-endorse the dependence of international law on terror, thus setting the clock back to the state of nature as described by Hobbes, rather than the international rule of law as visualized by Grotius. As between the widely divergent world views of those near contemporaries, international law has clearly a commitment to the Grotian vision; and this case has provided the Court with what future historians may well describe as a "Grotian moment" in the history of international law. I regret that the Court has not availed itself of this opportunity. The failure to note the contradictions between deterrence and international law may also help to prolong the "posture of Warre" described by Hobbes, which is implicit in the doctrine of deterrence.

However, conclusive though these considerations be, the weakness of the argument that deterrence is valuable in that it has preserved world

---

<sup>198</sup> Thomas Hobbes, *The Leviathan*, ed. James B. Randall, Washington Square Press, 1970, p. 86.

## 2. *Les armes nucléaires ont préservé la paix mondiale*

Certains Etats partisans de la thèse de la licéité ont soutenu que les armes nucléaires ont servi de manière décisive la cause de la sécurité internationale pendant les cinquante dernières années et ont contribué au maintien de la paix mondiale.

Même en admettant que cet argument soit exact, il n'a guère de pertinence au regard de la question juridique dont la Cour est saisie. La menace d'emploi d'une arme en violation du droit humanitaire de la guerre ne cesse pas d'être une violation de ce droit simplement parce que la terreur insurmontable que l'arme inspire a l'effet psychologique de paralyser la partie adverse. La Cour ne peut souscrire à un système de sécurité reposant sur la terreur. Pour reprendre la saisissante formule employée par Winston Churchill devant la Chambre des communes en 1955, «la sécurité sera l'enfant vigoureux de la terreur et la survie la sœur jumelle de l'extermination». Un ordre mondial qui fait de la sécurité la conséquence de la terreur et voit dans la survie et l'extermination des choix interdépendants subordonnant la paix et l'avenir de l'homme à la terreur. Ce n'est pas un ordre mondial que la Cour peut sanctionner. La Cour doit faire prévaloir non le règne de la force et de la terreur mais l'état de droit, ainsi que les principes humanitaires du droit de la guerre qui sont un élément essentiel de l'ordre juridique international que la Cour a mission de faire respecter.

Un ordre mondial fondé sur la terreur nous ramènerait à l'état de nature décrit par Hobbes dans le *Leviathan* où les souverains «adoptent la posture de gladiateurs, tenant leurs armes à bout de bras et s'affrontant du regard ... c'est-à-dire une posture belliqueuse»<sup>198</sup>.

Le droit international, arrivant à l'aube d'un nouveau siècle et comptant plus de trois siècles de développement, dont plus d'un siècle de développement du droit humanitaire, peut faire mieux que de réaffirmer la sujétion du droit international à la terreur, ce qui marquerait un retour à l'état de nature décrit par Hobbes et non la reconnaissance de la primauté du droit international prônée par Grotius. En présence de deux visions du monde aussi dissemblables bien qu'émanant de deux auteurs quasi contemporains, le droit international doit manifestement opter pour celle de Grotius et la présente affaire a fourni à la Cour l'occasion d'écrire ce que les historiens de demain appelleront peut-être une «page de Grotius» dans l'histoire du droit international. Je regrette que la Cour n'ait pas saisi cette occasion. Le silence qu'elle a gardé sur les contradictions entre la dissuasion et le droit international risque en outre de perpétuer la «posture belliqueuse», évoquée par Hobbes, qui est implicite dans la doctrine de la dissuasion.

Si décisives que soient les considérations qui précèdent pour réfuter l'argument selon lequel la dissuasion a eu le mérite de préserver la paix

<sup>198</sup> Thomas Hobbes, *The Leviathan*, éd. James B. Randall, Washington Square Press, 1970, p. 86.

peace does not end here. It is belied by the facts of history. It is well documented that the use of nuclear weapons has been contemplated more than once during the past 50 years. Two of the best-known examples are the Cuban Missile Crisis (1962) and the Berlin Crisis (1961). To these, many more could be added from well-researched studies upon the subject<sup>199</sup>. The world has on such occasions been hovering on the brink of nuclear catastrophe and has, so to speak, held its breath. In these confrontations, often a test of nerves between those who control the nuclear button, anything could have happened, and it is humanity's good fortune that a nuclear exchange has not resulted. Moreover, it is incorrect to speak of the nuclear weapon as having saved the world from wars, when well over 100 wars, resulting in 20 million deaths, have occurred since 1945<sup>200</sup>. Some studies have shown that since the termination of World War II, there have been armed conflicts around the globe every year, with the possible exception of 1968<sup>201</sup>, while more detailed estimates show that in the 2,340 weeks between 1945 and 1990, the world enjoyed a grand total of only three that were truly war-free<sup>202</sup>.

It is true there has been no global conflagration, but the nuclear weapon has not saved humanity from a war-torn world, in which there exist a multitude of flashpoints with the potential of triggering the use of nuclear weapons if the conflict escalates and the weapons are available. Should that happen, it would bring "untold sorrow to mankind" which it was the primary objective of the United Nations Charter to prevent.

## IX. CONCLUSION

### 1. *The Task before the Court*

Reference has been made (in Section VI.3 of this opinion) to the wide variety of groups that have exerted themselves in the anti-nuclear cause — environmentalists, professional groups of doctors, lawyers, scientists, performers and artists, parliamentarians, women's organizations, peace groups, students' federations. They are too numerous to mention. They come from every region and every country.

<sup>199</sup> For example, *The Nuclear Predicament: A Sourcebook*, D. U Gregory (ed.), 1982.

<sup>200</sup> Ruth Sivard, in *World Military and Social Expenditures, World Priorities*, 1993, p. 20, counts 149 wars and 23 million deaths during this period.

<sup>201</sup> See Charles Allen, *The Savage Wars of Peace: Soldiers' Voices 1945-1989*, 1989.

<sup>202</sup> Alvin and Heidi Toffler, *War and Anti-War: Survival at the Dawn of the 21st Century*, 1993, p. 14.

mondiale, il y a plus encore. L'argument est infirmé par l'histoire. Il est établi que le recours aux armes nucléaires a été envisagé plus d'une fois au cours des cinquante dernières années. Parmi les exemples les plus connus figure la crise des missiles de Cuba (1962) et la crise de Berlin (1961). A ces deux exemples on pourrait en ajouter beaucoup d'autres, puisés dans des études bien documentées sur le sujet<sup>199</sup>. Le monde a, en chacune de ces occasions, frisé la catastrophe nucléaire et, pour ainsi dire, retenu son souffle. Tout aurait pu arriver lors de ces confrontations où ceux qui contrôlent le bouton nucléaire se sont souvent trouvés engagés dans une guerre des nerfs et l'humanité a eu la chance d'échapper à des échanges nucléaires. C'est de surcroît une erreur de dire que l'arme nucléaire a sauvé le monde de la guerre puisqu'on dénombre, depuis 1945, plus d'une centaine de guerres qui ont fait vingt millions de morts<sup>200</sup>. Certaines études démontrent que, depuis la fin de la seconde guerre mondiale, il n'y a pas eu une seule année, sauf peut-être 1968, qui n'ait été marquée par des conflits armés en divers points du globe<sup>201</sup> et des enquêtes plus détaillées révèlent que sur les deux mille trois cent quarante semaines qui se sont écoulées entre 1945 et 1990, il n'y en a eu que trois où le monde a vraiment été exempt de tout conflit<sup>202</sup>.

Sans doute n'y a-t-il pas eu de conflagration mondiale, mais l'arme nucléaire n'a pas marqué la fin d'un monde déchiré par la guerre et semé de foyers de tension susceptibles de conduire, en cas d'intensification du conflit et si les moyens sont disponibles, à l'emploi des armes nucléaires. Ainsi seraient infligées à l'humanité «les indicibles souffrances» que la Charte des Nations Unies avait pour but principal de lui épargner.

## IX. CONCLUSION

### 1. *La tâche de la Cour*

On a rappelé (à la section VI, paragraphe 3, de la présente opinion) que le mouvement antinucléaire a mobilisé les efforts de groupements très divers — associations d'écologistes, de médecins, de juristes, de savants, d'artistes-interprètes, de parlementaires ou de pacifistes, organisations féminines, fédérations d'étudiants — trop nombreux pour qu'on puisse les mentionner. Il sont présents dans tous les pays et dans toutes les régions.

<sup>199</sup> Par exemple, *The Nuclear Predicament: A Sourcebook*, D. U. Gregory (dir. publ.), 1982.

<sup>200</sup> Ruth Sivard, dans *World Military and Social Expenditures, World Priorities*, 1993, p. 20, dénombre cent quarante-neuf guerres et vingt-trois millions de morts.

<sup>201</sup> Voir Charles Allen, *The Savage Wars of Peace: Soldiers' Voices 1945-1989*, 1989.

<sup>202</sup> Alvin et Heidi Toffler, *War and Anti-War: Survival at the Dawn of the 21st Century*, 1993, p. 14.



There are others who have maintained the contrary for a variety of reasons.

Since no authoritative statement of the law has been available on the matter thus far, an appeal has now been made to this Court for an opinion. That appeal comes from the world's highest representative organization on the basis that a statement by the world's highest judicial organization would be of assistance to all the world in this all-important matter.

This request thus gives the International Court of Justice a unique opportunity to make a unique contribution to this unique question. The Opinion rendered by the Court has judicially established certain important principles governing the matter for the first time. Yet it does not go to the full extent which I think it should have.

In this opinion I have set down my conclusions as to the law. While conscious of the magnitude of the issues, I have focused my attention on the law as it *is* — on the numerous principles worked out by customary international law, and humanitarian law in particular, which cover the particular instances of the damage caused by nuclear weapons. As stated at the outset, my considered opinion on this matter is that the use or threat of use of nuclear weapons is incompatible with international law and with the very foundations on which that system rests. I have sought in this opinion to set out my reasons in some detail and to state why the use or threat of use of nuclear weapons is absolutely prohibited by *existing law — in all circumstances and without reservation.*

It comforts me that these legal conclusions accord also with what I perceive to be the moralities of the matter and the interests of humanity.

## 2. *The Alternatives before Humanity*

To conclude this opinion, I refer briefly to the Russell-Einstein Manifesto, issued on 9 July 1955. Two of the most outstanding intellects of this century, Bertrand Russell and Albert Einstein, each of them specially qualified to speak with authority of the power locked in the atom, joined a number of the world's most distinguished scientists in issuing a poignant appeal to all of humanity in connection with nuclear weapons. That appeal was based on considerations of rationality, humanity and concern for the human future. Rationality, humanity and concern for the human future are built into the structure of international law.

International law contains within itself a section which particularly concerns itself with the humanitarian laws of war. It is in the context of that particular section of that particular discipline that this case is set. It is an area in which the concerns voiced in the Russell-Einstein Manifesto resonate with exceptional clarity.

D'autres milieux ont adopté une opinion contraire pour des raisons diverses.

Comme aucune voix autorisée ne s'est jusqu'à présent prononcée sur l'état du droit dans ce domaine, la Cour a été invitée à donner un avis consultatif. Cette invitation lui a été adressée par l'institution la plus représentative du monde, motivée par la conviction que l'instance judiciaire suprême de la planète pouvait, en se prononçant sur cette question capitale, être d'un grand secours à l'humanité.

La demande qui a été soumise à la Cour lui a donné l'occasion d'apporter une contribution exceptionnelle au sujet d'une question exceptionnelle. L'avis donné par la Cour a permis de définir sur le plan judiciaire certains principes importants applicables à la question pour la première fois. Pourtant, la Cour n'est pas, selon moi, allée aussi loin qu'elle l'aurait dû.

Dans la présente opinion dissidente, j'ai exposé mes conclusions touchant l'état du droit. Bien que conscient de l'ampleur des problèmes en jeu, je m'en suis tenu au droit *tel qu'il est* — aux nombreux principes dégagés par le droit international coutumier et, plus spécialement, au droit humanitaire qui couvre les diverses formes de dommages causés par les armes nucléaires. Comme je l'ai dit au début, je considère, après avoir mûrement réfléchi, que l'emploi et la menace d'emploi des armes nucléaires sont incompatibles avec le droit international et avec les fondements sur lesquels il repose. J'ai voulu dans la présente opinion exposer mes raisons de manière assez détaillée et préciser pourquoi l'utilisation ou la menace d'utilisation des armes nucléaires sont totalement interdites — *sans réserve et en toutes circonstances* — par le droit *existant*.

Il m'est réconfortant de voir que ces conclusions juridiques s'accordent avec ce que je crois être les exigences de la morale et les intérêts de l'humanité.

## 2. Les options qui s'offrent à l'humanité

En conclusion, je voudrais évoquer brièvement le manifeste Russell-Einstein, publié le 9 juillet 1955. Deux des plus grands intellectuels de ce siècle, Bertrand Russell et Albert Einstein, l'un et l'autre particulièrement qualifiés pour parler d'une voix autorisée de la puissance que recèle l'atome ont, avec quelques-uns des plus éminents savants du monde, lancé un appel poignant au monde entier au sujet des armes nucléaires. Cet appel était dicté par la raison, par l'humanité et par le souci du sort de l'espèce humaine. Raison, humanité et souci du sort de l'espèce humaine font partie intégrante du droit international.

Le droit international comporte une branche qui s'intéresse spécialement au droit humanitaire de la guerre. C'est dans la perspective de cette branche du droit que se situe la présente affaire — une perspective dans laquelle les préoccupations reflétées dans le manifeste Russell-Einstein prennent un relief particulier.

Here are extracts from that appeal:

“No one knows how widely such lethal radioactive particles may be diffused, but the best authorities are unanimous in saying that a war with H-bombs might possibly put an end to the human race . . .

. . . We appeal, as human beings, to human beings: Remember your humanity, and forget the rest. If you can do so, the way lies open to a new Paradise; if you cannot, there lies before you the risk of universal death.”

Equipped with the necessary array of principles with which to respond, international law could contribute significantly towards rolling back the shadow of the mushroom cloud, and heralding the sunshine of the nuclear-free age.

No issue could be fraught with deeper implications for the human future, and the pulse of the future beats strong in the body of international law. This issue has not thus far entered the precincts of international tribunals. Now that it has done so for the first time, it should be answered — convincingly, clearly and categorically.

*(Signed)* Christopher Gregory WEERAMANTRY.

Voici des extraits de cet appel :

«Nul ne sait dans quel rayon se diffuseraient ces particules radioactives létales mais les autorités les plus dignes de foi conviennent unanimement qu'une guerre faisant intervenir des bombes H pourrait mettre fin à la race humaine...

... Nous lançons, en tant qu'êtres humains, un appel aux êtres humains: rappelez-vous votre condition d'être humain et oubliez le reste. Si vous y parvenez, vous verrez s'ouvrir devant vous la voie d'un nouvel éden; sinon, vous devrez affronter le risque d'un anéantissement universel.»

Muni de l'arsenal de principes nécessaires, le droit international pourrait puissamment contribuer à dissiper l'ombre du champignon nucléaire et à faire lever l'aube éclatante d'une ère dénucléarisée.

Il n'est pas de question qui soit plus lourde de conséquences pour l'avenir de l'humanité et les contours de cet avenir transparaissent clairement dans la trame du droit international. Cette question n'avait pas jusqu'à présent été inscrite au rôle d'un tribunal international. Maintenant qu'elle l'a été, et pour la première fois, il faut y répondre fermement, clairement et catégoriquement.

(Signé) Christopher Gregory WEERAMANTRY.

*Appendix*  
*(Demonstrating danger to neutral States)*

COMPARISON OF THE EFFECTS OF BOMBS



- A — Lethal area from the blast wave of the blockbusters used in the Second World War.
- B — Lethal area from the blast wave of the Hiroshima bomb.
- C — Lethal area from the blast wave of a 1-Mt bomb.
- D — Lethal area for fallout radiation from a 1-Mt bomb.

*Appendice*  
*(Le risque encouru par les Etats neutres)*

COMPARAISON DES EFFETS DES BOMBES



- A — Zone mortelle pour l'onde de choc des bombes géantes (*blockbusters*) utilisées pendant la seconde guerre mondiale.
- B — Zone mortelle pour l'onde de choc de la bombe d'Hiroshima.
- C — Zone mortelle pour l'onde de choc d'une bombe de 1 Mt.
- D — Zone rendue mortelle par les retombées radioactives d'une bombe de 1 Mt.