

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 |

| | | |
|------|--|-----|
| 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 |

| | |
|---|-----|
| 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 |

| | |
|---|-----|
| 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 |

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-

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) *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»¹. 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-

¹ *The Shorter Oxford English Dictionary*, 3^e éd., 1987, vol. I, p. 840.

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

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

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 reçues². 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 signatures³. 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

² 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.»

³ 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.

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!»⁴

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*⁵, 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

⁴ *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.

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

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,

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

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 »⁶, 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.

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

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»⁷ 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

⁷ 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.

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»⁸. 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

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

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^e 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?

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

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

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»¹⁰. 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.

⁹ *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.

¹⁰ «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.

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

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

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. »¹¹

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.

¹¹ *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).*

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 langage¹².

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-

¹² 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.

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 nom¹³.

La sémantique moderne a, elle aussi, dénoncé les confusions engendrées par le recours à des euphémismes qui dissimulent le véritable sens des mots¹⁴. 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)¹⁵. 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 long¹⁶. 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

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

¹⁴ « 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.)

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

¹⁶ Bates, *op. cit.*, p. 719.

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»¹⁷.

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 massive¹⁸ 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»¹⁹.

¹⁷ Bates, *op. cit.*, p. 719.

¹⁸ 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).

¹⁹ *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.

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*²⁰

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.»²¹

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

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

²¹ 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.

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

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 ²³ |

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 intergénérationnelles et du patrimoine commun de l'humanité sont aujourd'hui bien établies²⁴. 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

²² *Encyclopaedia Britannica Micropaedia*, édition de 1992, vol. 9, p. 893.

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

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

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.»²⁵

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

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

les conséquences mondiales d'explosions nucléaires multiples (dénommée «Etude TTAPS», sigle établi à partir des initiales de ses auteurs)²⁶, 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 hémisphère²⁷. 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-

²⁶ *Science*, 23 décembre 1983, vol. 222, p. 1283.

²⁷ 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 Kapitzka 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.]

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.»²⁸

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.»²⁹

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.

²⁸ 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.

²⁹ Singh et McWhinney, *op. cit.*, p. 123.

Les rayonnements ionisants ont sur les cellules des conséquences qui peuvent aboutir à leur destruction ou diminuer leur capacité de fonctionnement³⁰.

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.»³¹

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)³².

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 spéciaux³³. Or, l'explosion de Tchernobyl correspondait approximativement à celle d'une bombe d'une puissance d'une demi-kilotonne³⁴ 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

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

³¹ *Ibid.*, p. 120.

³² *Ibid.*, p. 122-125.

³³ *Ibid.*, p. 121.

³⁴ *Ibid.*, p. 127.

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 connus³⁵.

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'explosion³⁶.

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.

³⁵ 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.

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

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 soleil³⁷. 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.»³⁸

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

³⁷ 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.

³⁸ *Ibid.*, p. 723.

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

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 jambes³⁹.

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 national⁴⁰. 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-

³⁹ 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.

⁴⁰ 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^e éd., 1987, p. 16.

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 autre⁴¹. 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:

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

« 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.* »⁴²

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. »⁴³

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 »⁴⁴.

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 :

⁴² 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.

⁴³ Robert S. McNamara, *op. cit.*, p. 71.

⁴⁴ Bates, *op. cit.*, p. 726.

«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^e 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.»⁴⁵

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 culturels⁴⁶. 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.

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

⁴⁶ 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.

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 Cologne⁴⁷. 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-

⁴⁷ 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.

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.»⁴⁸

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 réacteur⁴⁹.

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'uranium⁵⁰. 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»⁵¹.

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».

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

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

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

⁵¹ Bates, *op. cit.*, p. 720.

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-vasculaires⁵².

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.»⁵³

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 H⁵⁴. 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.»⁵⁵

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

⁵² Voir Herbert Abrams, *op. cit.*, p. 122-125.

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

⁵⁴ Mentionnées dans Singh et McWhinney, *op. cit.*, p. 124.

⁵⁵ *Ibid.*, p. 122.

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'aboiement 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.

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 ?⁵⁶ 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 ;

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

- 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^e siècle si une guerre nucléaire éclate, il n'est guère utile de chercher à déterminer quels sont ses autres effets.»⁵⁷

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»⁵⁸.

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-

⁵⁷ Bates, *op. cit.*, p. 721.

⁵⁸ Résolution 36/100 du 9 décembre 1981.

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.»⁵⁹ 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

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

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.

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.»⁶⁰

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.

⁶⁰ 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. 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

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. »⁶¹

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

⁶¹ 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 ».

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. »⁶² 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 monde⁶³. 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 géographique⁶⁴.

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.

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

⁶³ 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.

⁶⁴ 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).

Le *Ramayana*⁶⁵ 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»⁶⁶.

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 injuste⁶⁷. L'historien grec Megasthenes⁶⁸ 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 abattus⁶⁹.

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.»⁷⁰

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

⁶⁵ *The Ramayana*, traduction française basée sur la traduction de Romesh Chunder Dutt.

⁶⁶ 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.

⁶⁷ *Manusmrti*, vii, 91, 92.

⁶⁸ 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.

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

⁷⁰ *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.

barbillons qui, une fois entrées dans le corps, seraient difficiles à extirper ou les flèches aux pointes rougies au feu ou empoisonnées⁷¹.

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 clémence⁷². 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 prévu⁷³.

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»⁷⁴. 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'aube⁷⁵.

Le décret de Gratien, au XII^e 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

⁷¹ *Manusmrti*, VII.90, cité dans N. Singh, *India and International Law*, 1973, p. 72.

⁷² 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.

⁷³ Bello, *op. cit.*, p. 20-21.

⁷⁴ Résolutions du deuxième concile de Latran, canon XXIX, cité par Nussbaum, *A Concise History of the Law of Nations*, 1947, p. 25.

⁷⁵ *Ibid.*, p. 26.

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 épées⁷⁶. 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 épargnés⁷⁷ 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*.»⁷⁸ 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 appropriée⁷⁹.

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.»⁸⁰

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 monde⁸¹.

⁷⁶ Voir N. Singh, *India and International Law*, op. cit., p. 216.

⁷⁷ *Qur'an*, II.205.

⁷⁸ *Ibid.*, LXXVII.8; les italiques sont de moi.

⁷⁹ 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.

⁸⁰ Walpola Rahula, *What the Buddha Taught*, 1959, p. 84.

⁸¹ 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.

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 proposition⁸².

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»⁸³.

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.

⁸² 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.

⁸³ Grotius, *Prolégomènes*, par. 28.

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'espèce⁸⁴.

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 renforçant⁸⁵. Il est l'expression d'une règle très ancienne de la guerre acceptée par de nombreuses civilisations⁸⁶.

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 humanitaire⁸⁷. Elle

⁸⁴ Pour le discours de de Martens, voir *Conférence internationale de la paix*, La Haye, 18 mai-29 juillet 1899, *op. cit.*, p. 114.

⁸⁵ 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.

⁸⁶ Voir, ci-après, la section V, paragraphe 2, sur «Les buts de la guerre».

⁸⁷ Voir D. Fleck (dir. publ.), *The Handbook of Humanitarian Law in Armed Conflicts*, 1995, p. 29.

apparaît sous une forme ou sous une autre dans plusieurs grands traités de droit humanitaire⁸⁸. 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 particulière⁸⁹.

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.»⁹⁰

⁸⁸ 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.

⁸⁹ 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.)

⁹⁰ M. S. McDougal et F. P. Feliciano, *Law and Minimum World Public Order: The Legal Regulation of International Coercion*, 1961, p. 657.

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 guerre⁹¹ et que les projectiles diffusant des gaz asphyxiants ou délétères étaient, eux aussi, extraordinairement cruels⁹², 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

⁹¹ 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.

⁹² 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.

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 militaires⁹³ 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»⁹⁴.

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»⁹⁵.

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,

⁹³ Voir ci-après la section III, paragraphe 10, lettre a).

⁹⁴ *Law Reports of Trials of War Criminals*, vol. 10, p. 133.

⁹⁵ 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.

qu'elle soit « si largement et si généralement acceptée qu'il soit impossible qu'un Etat civilisé la renie »⁹⁶. 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)⁹⁷. 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 multinational⁹⁸ et bien d'autres groupements à travers le monde proclament sans relâche leur conviction que la conscience publique exige que les armes nucléaires ne

⁹⁶ *West Rand Central Gold Mining Co., Ltd. v. R.* (1905), 2 KB, p. 407.

⁹⁷ A ce sujet, voir aussi ci-après la section VI, paragraphe 6.

⁹⁸ Concernant ces organisations, voir ci-après la section VI, paragraphe 3.

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 nombreuses⁹⁹. 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 interdites¹⁰⁰.

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

⁹⁹ 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.»

¹⁰⁰ 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.

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.»¹⁰¹

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»¹⁰².

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

¹⁰¹ 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.

¹⁰² *Ibid.*, p. 242

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*¹⁰³

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^e 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.

¹⁰³ Voir aussi ci-après la section III, paragraphe 10, lettre g).

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'infiltrèrent 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»¹⁰⁴.

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»¹⁰⁵.

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.

¹⁰⁴ Résolution 38/75 de l'Assemblée générale en date du 15 décembre 1983 («Condamnation de la guerre nucléaire»), paragraphe 1 du dispositif.

¹⁰⁵ 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.

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.

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»¹⁰⁶.

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.»¹⁰⁷

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-

¹⁰⁶ D. Fleck, *op. cit.*, p. 28, qui fait reposer ce principe sur la clause de Martens.

¹⁰⁷ Dias, *Jurisprudence*, 4^e éd., 1976, p. 287.

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

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

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.) »¹⁰⁸

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*.

¹⁰⁸ *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*.

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 particulières¹⁰⁹. 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

¹⁰⁹ 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.

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'hui¹¹⁰.

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'armée¹¹¹. 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»¹¹².

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

¹¹⁰ Concernant la validité des manuels militaires et son importance, voir Singh et McWhinney, *op. cit.*, p. 52-53.

¹¹¹ Règle générale 100, *Instructions for the Government of the Armies of the United States in the Field*, s. 14.

¹¹² Singh et McWhinney, *op. cit.*, p. 59.

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»¹¹³.

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 combattants¹¹⁴. 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.

¹¹³ Ian Brownlie, «Some Legal Aspects of the Use of Nuclear Weapons», *International and Comparative Law Quarterly*, 1965, vol. 14, p. 445.

¹¹⁴ Nagendra Singh, *op. cit.* ci-dessus note 69.

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 1969¹¹⁵, 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»¹¹⁶;

«toutes les actions qui, à quelque titre que ce soit, sont destinées à semer la terreur dans la population civile»¹¹⁷;

«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.»¹¹⁸

¹¹⁵ 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.

¹¹⁶ *Annuaire de l'Institut de droit international*, 1969, n° 53, vol. II, p. 360, par. 8; Iran, CR 95/26, p. 47, note 45.

¹¹⁷ *Annuaire de l'Institut de droit international*, 1969, n° 53, vol. II, p. 377, par. 6.

¹¹⁸ *Ibid.*, par. 7.

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*¹¹⁹

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.

¹¹⁹ Voir aussi, sur ce point, ci-après la section III, paragraphe 10, lettre g), concernant le droit relatif aux droits de l'homme.

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»¹²⁰. La Commission du droit international a même qualifié de crime international la pollution massive de l'atmosphère ou des mers¹²¹. 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

¹²⁰ 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.

¹²¹ Paragraphe 3 d) de l'article 19 du projet de la Commission du droit international sur la responsabilité des Etats, *ibid.*, p. 89.

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 convient¹²². 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 auteur¹²³ 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.»¹²⁴

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.»¹²⁵

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-

¹²² 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.

¹²³ A. Timoschenko, «Ecological Security: Global Change Paradigm?» *Columbia Journal of International Environmental Law and Policy*, 1990, vol. 1, p. 127.

¹²⁴ Timoschenko, *op. cit.*

¹²⁵ 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.

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. »¹²⁶

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 coutumier¹²⁷.

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 situations¹²⁸.

¹²⁶ Jonathan Schell, *The Fate of the Earth*, 1982, p. 186.

¹²⁷ Une conclusion en ce sens a été formulée par les Iles Salomon au cours des audiences (CR 95/32, Sands, p. 71).

¹²⁸ 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.

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

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*¹²⁹

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

¹²⁹ Voir aussi ci-dessus la section III, paragraphe 6.

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»¹³⁰, qui fait sienne l'opinion de l'Assemblée générale selon laquelle le droit à la vie est particulièrement pertinent dans le cas des armes nucléaires¹³¹. 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

¹³⁰ Gen. C 14/23 reproduit dans M. Nowak, *United Nations Covenant on Civil and Political Rights*, 1983, p. 861.

¹³¹ Résolution 38/75 de l'Assemblée générale intitulée «Condamnation de la guerre nucléaire», paragraphe 1 du dispositif.

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^e 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»¹³² 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

¹³² *Annuaire de l'Institut de droit international*, 1969, n° 53, vol. II, p. 360, par. 7.

conventionnelle. De nombreux auteurs souscrivent à cette opinion¹³³. 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»¹³⁴ 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 absorption¹³⁵. 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

¹³³ 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^e éd., 1947, p. 275-276; H. Lauterpacht (dir. publ.), dans *Oppenheim's International Law*, vol. 2, 7^e éd., 1952, p. 348.

¹³⁴ Singh et McWhinney, *op. cit.*, p. 120.

¹³⁵ 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^e 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.)

du corps s'accompagne de symptômes en tous points identiques à ceux que provoquent les produits toxiques¹³⁶.

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»¹³⁷.

Les scientifiques¹³⁸ 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)

¹³⁶ 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]).

¹³⁷ 3^e éd., 1987, vol. II, p. 1738 (les italiques sont de moi).

¹³⁸ Voir *Encyclopaedia Britannica Macropaedia*, vol. 26, p. 471 et suiv., au mot «Radiation».

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 particules¹³⁹ 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...»¹⁴⁰

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 gaz¹⁴¹.

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 1925¹⁴².

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».

¹³⁹ 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».

¹⁴⁰ *Op. cit.*, p. 38.

¹⁴¹ *Op. cit.*, p. 126.

¹⁴² Voir, en ce sens, Schwarzenberger, *op. cit.*, p. 37-38, à propos des armes chimiques et bactériologiques.

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 interdiction¹⁴³. 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. »¹⁴⁴

¹⁴³ Voir Singh et McWhinney, *op. cit.*, p. 127 et 121.

¹⁴⁴ *Ibid.*, *op. cit.*, p. 121.

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-

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.»¹⁴⁵

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.)

¹⁴⁵ McNamara, *op. cit.*, p. 71-72.

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 nucléaire¹⁴⁶. 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 involontaire¹⁴⁷. 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.»¹⁴⁸

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

¹⁴⁶ Sur ce point, voir ci-dessus la section II, paragraphe 3, lettre n), et la section VII, paragraphe 6.

¹⁴⁷ Par exemple, *Risks of Unintentional Nuclear War*, Institut des Nations Unies pour la recherche sur le désarmement (UNIDIR), 1982.

¹⁴⁸ Juin 1982, vol. 38, p. 68.

les mêmes conséquences catastrophiques qu'un échange nucléaire total.»¹⁴⁹

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.»¹⁵⁰

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.»¹⁵¹

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-

¹⁴⁹ *Op. cit.*, p. 72.

¹⁵⁰ Henry Kissinger, *Nuclear Weapons and Foreign Policy*, 1957, p. 167.

¹⁵¹ *Ibid.*, p. 175.

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 analysé¹⁵². 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-

¹⁵² Voir ci-dessus la section III, paragraphe 10, lettre e).

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.»¹⁵³

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-

¹⁵³ *Annuaire de la Commission du droit international*, 1980, vol. II, première partie, p. 67, par. 121.

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 résolution¹⁵⁴; 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.

* * *

¹⁵⁴ Déjà mentionnée ci-dessus à la section III, paragraphe 11.

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

la discussion; ce qui nous intéresse, c'est un ordonnancement social projeté dans la durée, pas celui d'un *club du suicide*.»¹⁵⁵

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.»¹⁵⁶

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.»¹⁵⁷

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

¹⁵⁵ H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, 1961, p. 188 (les italiques sont de moi).

¹⁵⁶ *Ibid.*

¹⁵⁷ *Ibid.*, p. 189 (les italiques sont de moi).

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.»¹⁵⁸

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.»¹⁵⁹

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»¹⁶⁰.

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'équité¹⁶¹.

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

¹⁵⁸ 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).

¹⁵⁹ Nagendra Singh, *Nuclear Weapons and International Law*, 1959, p. 242-243.

¹⁶⁰ *Ibid.*, p. 17.

¹⁶¹ John Rawls, *A Theory of Justice*, 1972.

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.

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.»¹⁶² 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.

¹⁶² Aristote, *Politique*, version française basée sur la traduction de John Warrington, Heron Books, 1934, p. 212.

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... »

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.»¹⁶³

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.

¹⁶³ 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.)

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

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»¹⁶⁴.

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»¹⁶⁵.

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-

¹⁶⁴ Weston, *op. cit.*, p. 254.

¹⁶⁵ *Kansai University Review of Law and Political Science*, 1982, vol. 3, p. 77.

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 armé¹⁶⁶.

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 nucléaire¹⁶⁷, 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.

¹⁶⁶ Voir Burns H. Weston, *op. cit.*, p. 252, note 105.

¹⁶⁷ 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.

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-

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 prorogation¹⁶⁸.

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,

¹⁶⁸ 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)).

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 résolutions¹⁶⁹ 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,

¹⁶⁹ Voir ci-dessus la note 99.

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 affirmativement¹⁷⁰.

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-

¹⁷⁰ Par exemple Brownlie, *Principles of Public International Law*, 4^e éd., 1990, p. 14, qui décrit la résolution 1653 (XVI) de 1961 sur les armes nucléaires et thermonucléaires comme une «résolution normative».

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

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

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.

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

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*¹⁷¹.

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 opposé¹⁷².

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

¹⁷¹ John Polanyi, *Lawyers and the Nuclear Debate*, op. cit., p. 19.

¹⁷² *Ibid.*

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 minimale¹⁷³. 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»¹⁷⁴.

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.»¹⁷⁵

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»¹⁷⁶.

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.

¹⁷³ R. C. Karp (dir. publ.), *Security Without Nuclear Weapons? Different Perspectives on Non-Nuclear Security*, 1992, p. 251.

¹⁷⁴ *Ibid.*, p. 250. L'auteur cite Hollins, Powers and Sommer, *The Conquest of War: Alternative Strategies for Global Security*, 1989, p. 54-55.

¹⁷⁵ «Some Legal Aspects of the Use of Nuclear Weapons», *op. cit.*, p. 446-447.

¹⁷⁶ *Ibid.*, p. 445.

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 intention¹⁷⁷; 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

¹⁷⁷ 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.

carte va manifestement au-delà des buts de la guerre¹⁷⁸. 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 envisagée¹⁷⁹.

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

¹⁷⁸ 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.

¹⁷⁹ Michio Kaku et Daniel Axelrod, *To Win a Nuclear War*, 1987, p. 5; CR 95/27, p. 48.

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

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.»¹⁸⁰

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.»¹⁸¹

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»¹⁸².

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 mondiale¹⁸³. Ces exemples révèlent la cruauté, le cynisme et l'outrance dans

¹⁸⁰ 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.

¹⁸¹ «Some Legal Aspects of the Use of Nuclear Weapons», *op. cit.*, p. 445.

¹⁸² *Op. cit.*, vol. II, p. 565.

¹⁸³ *Ibid.*, p. 563-565.

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. *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 allemande¹⁸⁴, 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 pas¹⁸⁵.

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 nécessité¹⁸⁶ 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*¹⁸⁷, relative à la guerre sous-marine, jugée par un tribunal militaire britannique; l'affaire *Milch*¹⁸⁸, jugée par le Tribunal militaire des Etats-Unis d'Amérique à Nuremberg; et l'affaire *Krupp*¹⁸⁹, 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 tribunaux¹⁹⁰.

¹⁸⁴ Voir la liste des auteurs allemands cités par Oppenheim, *op. cit.*, vol. II, p. 231, note 6.

¹⁸⁵ *Ibid.*, p. 232.

¹⁸⁶ Westlake, *International Law*, 2^e éd., 1910-1913, p. 126-128; *The Collected Papers of John Westlake on Public International Law*, éd. L. Oppenheim, 1914, p. 243.

¹⁸⁷ *War Crimes Reports*, 1946, i, p. 1-16.

¹⁸⁸ *War Crimes Trials*, 1948, 7, p. 44, 65.

¹⁸⁹ *Ibid.*, 1949, 10, p. 138.

¹⁹⁰ Voir, sur ces affaires, Oppenheim, *op. cit.*, p. 232-233.

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.»¹⁹¹

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.

¹⁹¹ Burns H. Weston, «Nuclear Weapons versus International Law: A Contextual Reassessment», *McGill Law Journal*, 1983, vol. 28, p. 578.

- ii) L'utilité pratique des armes nucléaires de faible puissance a été contestée par les plus hautes autorités du monde militaire¹⁹² et scientifique¹⁹³.
- 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-

¹⁹² 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.»

¹⁹³ Voir *Bulletin of the Atomic Scientists*, mai 1985, p. 37, dont il est fait mention dans les observations écrites de la Malaisie, p. 20.

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'accident¹⁹⁴. L'étude de l'UNIDIR que j'ai mentionnée insiste sur «la très haute probabilité d'escalade une fois la confrontation amorcée»¹⁹⁵.
- 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)¹⁹⁶. 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-

¹⁹⁴ Voir ci-dessus l'étude de l'UNIDIR, *Risks of Unintentional Nuclear War*.

¹⁹⁵ *Ibid.*, p. 11.

¹⁹⁶ *National Defense Authorization Act for Fiscal Year (FY) 1944, Public Law*, 103-160, 30 novembre 1993.

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

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 SOLLICITÉ

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»¹⁹⁷.

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.

¹⁹⁷ «Some Legal Aspects of the Use of Nuclear Weapons», *op. cit.*, p. 438 (les italiques sont de moi).

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»¹⁹⁸.

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

¹⁹⁸ Thomas Hobbes, *The Leviathan*, éd. James B. Randall, Washington Square Press, 1970, p. 86.

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 sujet¹⁹⁹. 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 morts²⁰⁰. 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 globe²⁰¹ 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 conflit²⁰².

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.

¹⁹⁹ Par exemple, *The Nuclear Predicament: A Sourcebook*, D. U. Gregory (dir. publ.), 1982.

²⁰⁰ Ruth Sivard, dans *World Military and Social Expenditures, World Priorities*, 1993, p. 20, dénombre cent quarante-neuf guerres et vingt-trois millions de morts.

²⁰¹ Voir Charles Allen, *The Savage Wars of Peace: Soldiers' Voices 1945-1989*, 1989.

²⁰² Alvin et Heidi Toffler, *War and Anti-War: Survival at the Dawn of the 21st Century*, 1993, p. 14.

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.

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.

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.