

## L'avis de la CIJ sur la licéité de l'emploi des armes nucléaires <sup>1</sup>

Eric David,  
Professeur à l'Université libre de Bruxelles

1. Sur les 51 avis rendus par la Cour de La Haye (28 par la CPJI, 23 par la CIJ), il n'est guère douteux que les deux avis rendus le 8 juillet 1996 sur demande de l'Assemblée mondiale de la santé (OMS) et de l'A. G. des N. U. feront date dans l'histoire de la Cour, sinon dans l'Histoire tout court ...

Jamais la Cour n'avait été invitée à trancher un problème juridique qui se trouvait autant au centre des relations internationales de ces 50 dernières années et représentait, comme l'a dit le vice-président Schwebel, "a titanic tension between State practice and legal principle" <sup>2</sup>. Tâche délicate et ingrate car à travers le problème particulier de la légalité de l'emploi ou de la menace d'emploi des armes nucléaires, la Cour devait se prononcer sur la validité d'un comportement qui, pour être resté hypothétique depuis Hiroshima et Nagasaki, n'en constituait pas moins le fondement de la politique de défense des plus grandes Puissances de la planète.

La Cour a donc rendu deux avis - ou plutôt un avis et un refus d'avis - qui devaient concilier tout le monde et n'auront sans doute satisfait personne, à commencer par les juges eux-mêmes <sup>3</sup> !

2. Pour rappel, c'est le 14 mai 1993 que l'Assemblée mondiale de la Santé de l'O.M.S posait à la Cour la question suivante :

"Compte tenu des effets des armes nucléaires sur la santé et l'environnement, leur utilisation par un Etat au cours d'une guerre ou d'un conflit armé constituerait-elle une violation de ses obligations au regard du droit international, y compris la Constitution de l'OMS ?" (Rés. WHA 46.40)

Un an plus tard, c'était au tour de l'Assemblée Générale des Nations Unies de demander à la Cour un avis consultatif sur le point de savoir s'il était

"permis en droit international de recourir à la menace ou à l'emploi d'armes nucléaires en toute circonstance." <sup>4</sup>

3. Les arguments pour et contre la licéité de l'emploi et de la menace d'emploi des armes nucléaires ont été longuement développés au cours des phases écrites et

---

<sup>1</sup> Le présent article paru dans le n° de janvier-février 1997 de la *Revue internationale de la Croix-Rouge* est publié avec l'aimable autorisation de cette dernière.

L'auteur du présent commentaire faisait partie des conseils du Gouvernement des Iles Salomon pour les deux demandes d'avis; il est évident que les opinions exprimées ici le sont à titre purement personnel et ne représentent pas nécessairement le point de vue du Gouvernement des Iles Salomon.

<sup>2</sup> *Licéité de la menace ou de l'emploi des armes nucléaires*, avis du 8 juillet 1996 (AGNU) (appelé ci-après : "Avis"), Op. diss. Schwebel, p. 1 (l'avis n'ayant pas encore été publié dans le *Recueil* de la Cour à l'heure où ces lignes sont écrites, les références indiqueront soit les n° de § de l'avis, soit les n° de pages des déclarations, opinions individuelles et dissidentes des juges dans la version miméographiée de l'avis).

<sup>3</sup> *Cfr. ibid.*, op. indiv. Guillaume, § 1.

<sup>4</sup> A/Rés. 49/75K, 15 décembre 1994.

orales de la procédure <sup>5</sup>. Pour rappel, les Etats favorables à la licéité de l'emploi - en particulier, les Etats-Unis, le Royaume-Uni et la France <sup>6</sup> - ont d'abord contesté que la Cour fût compétente pour répondre à l'une ou l'autre de ces demandes d'avis eu égard, selon eux, d'une part à l'incompétence de l'O.M.S. pour la poser, et eu égard d'autre part, dans le cas de l'A. G. des N. U., au caractère flou et contre-productif d'une telle demande pour le désarmement. Quant au fond, ces Etats ont notamment mis l'accent sur

- l'absence d'interdiction expresse d'emploi de ces armes;
- l'impossibilité de dégager une *opinio juris* des résolutions de l'A. G. des N. U. condamnant l'emploi de ces armes puisque ces résolutions, loin de faire l'unanimité, ont toujours été adoptées avec l'opposition résolue d'une partie significative de la communauté internationale - principalement les Etats du groupe occidental;
- la pratique de la dissuasion admise par l'ensemble de la communauté internationale et qui suppose la reconnaissance implicite de la légalité du recours aux armes nucléaires;
- les déclarations émanant de certaines Puissances nucléaires lors de leur adhésion aux traités de Tlatelolco et de Rarotonga, déclarations par lesquelles ces Etats s'étaient réservé le droit de recourir aux armes nucléaires en cas d'agression, et ce, sans objection de la part des autres Etats parties;
- le droit pour l'Etat agressé d'utiliser les armes nucléaires au nom de la légitime défense.

Pour les adversaires de la licéité de l'emploi des armes nucléaires, la Cour devait répondre aux deux demandes d'avis : l'O.M.S. s'occupait des armes nucléaires depuis 1983 et la question posée entraînait donc bien dans le cadre de ses activités; de plus, les deux questions étaient juridiques au sens de l'art. 96 de la Charte des N. U. et il était donc opportun que la Cour y réponde; quant au fond, il était clair que l'emploi d'armes nucléaires à des fins hostiles était illicite eu égard aux effets que ces armes produisent :

- il était à peu près impossible d'utiliser ces armes contre des objectifs militaires sans causer simultanément des dommages immenses tant aux populations civiles des parties au conflit qu'aux pays extérieurs au théâtre de la guerre; les radiations, l'impulsion électro-magnétique et les poussières radio-actives ne connaissant pas de frontières, ces armes apparaissaient donc comme des armes produisant des effets indiscriminés et portant atteinte tant à l'intégrité territoriale d'Etats tiers qu'aux règles de la neutralité;
- toute trace de vie humaine, sans aucune échappatoire possible disparaissait dans un rayon qui, selon l'importance de l'explosif, le lieu de son emploi et les conditions topographiques et climatiques locales, pouvait aller de plusieurs centaines de mètres à plusieurs dizaines de kilomètres (pour certaines

---

<sup>5</sup> Pour la licéité, voyez e.a. les exposés écrits et oraux des Etats-Unis, de la France, du R.-U. et de la Russie; contre la licéité, voyez e.a. ceux de l'Egypte, de l'Inde, des Iles Salomon, de la Malaisie, de Nauru.

<sup>6</sup> Voyez les exposés écrits et oraux de ces Etats et la réponse de la Cour, Avis, §§ 10-19.

mégabombes) à partir du point d'impact; en outre, les survivants exposés à l'explosion ou à ses radiations pouvaient, selon l'importance de l'exposition, soit mourir dans un délai variant entre quelques minutes et plusieurs années, soit en conserver des séquelles, et notamment subir des modifications génétiques irréversibles; des armes qui produisaient de tels effets étaient donc assimilables aux armes qui rendent la mort inévitable et causent des maux superflus; elles présentaient en outre des caractéristiques telles qu'elles étaient assimilables aux armes empoisonnées et aux gaz, et qu'elles pouvaient aboutir à un véritable génocide;

- les services de secours existants, s'ils n'étaient pas anéantis, étaient dans l'impossibilité d'assumer leur mission à l'égard des victimes étant donné l'ampleur et la spécificité des dommages qu'ils avaient subis; en cela, ces armes portaient également atteinte à l'inviolabilité des services de santé <sup>7</sup>.

4. On ne s'étendra pas sur le détail de ces arguments. Rappelons simplement qu'en ce qui concerne la demande d'avis de l'OMS, la Cour a refusé d'y répondre après avoir estimé que la question posée ne portait pas sur des problèmes juridiques se posant dans le cadre de l'activité de cette organisation, comme l'exigeait l'art. 96 § 2 de la Charte des Nations Unies <sup>8</sup>.

En revanche, la Cour a accepté de répondre à la question soumise par l'A. G. des Nations Unies rejetant ainsi les exceptions d'incompétence et d'irrecevabilité de plusieurs Puissances nucléaires. Sur le fond, elle a conclu par 7 voix contre 7, la voix prépondérante du Président l'emportant, que l'emploi ou la menace d'emploi d'armes nucléaires violaient en principe le droit des conflits armés. Elle ajoutait toutefois ne pas savoir si ces comportements seraient encore illicites dans l'hypothèse où ils se fonderaient sur la légitime défense et seraient nécessaires à la survie de l'Etat.

5. Tant le refus de répondre à la demande d'avis de l'O.M.S. que l'avis donné à l'A. G. des N. U. sont extrêmement riches sur le plan juridique et pourraient donner lieu à des centaines de pages de commentaires. Vu la place réservée aux présentes observations, celles-ci se limiteront à certains aspects de l'avis rendu sur le fond, à savoir :

- le refus opposé par la Cour à certains arguments sur l'illégalité de l'emploi des armes nucléaires (I);
- l'ignorance de la Cour sur l'illégalité de certains emplois des armes nucléaires (II).

#### ***I. Le refus opposé par la Cour à certains arguments sur l'illégalité de l'emploi des armes nucléaires***

---

<sup>7</sup> Pour des réf. sur ces divers arguments, DAVID, E., *Principes de droit des conflits armés*, Bruxelles, Bruylant, 1994, pp. 295 ss.

<sup>8</sup> *Utilisation des armes nucléaires par un Etat dans un conflit armé*, avis du 8 juillet 1996 (OMS), *CIJ, Rec. 1996*, §§ 20 ss.

6. Parmi les arguments hostiles à la licéité de l'emploi des armes nucléaires, la Cour a écarté ceux fondés sur l'interdiction d'employer des armes chimiques ou empoisonnées<sup>9</sup>. La Cour constate en effet que la convention du 13 janvier 1993 interdisant les armes chimiques a été négociée et adoptée "dans un contexte propre et pour des motifs propres"<sup>10</sup>. Elle rappelle qu'au cours des négociations qui ont précédé l'adoption de cet instrument, il n'a jamais été question d'armes nucléaires. Il serait donc abusif d'y chercher la source d'une interdiction de la menace ou de l'emploi des armes nucléaires.

Ce raisonnement est correct car il reflète la réalité. En revanche, on est plus sceptique quand la Cour dit que l'art. 23 (a) du Règlement de La Haye de 1907 (qui interdit l'emploi des armes empoisonnées) et le Protocole de Genève de 1925 (qui interdit l'emploi des armes chimiques, bactériologiques et similaires) ne s'appliquent pas aux armes nucléaires car ces textes ne définissent pas ce qu'il faut entendre par "armes empoisonnées" et par "matières ou procédés analogues" (Prot. de Genève de 1925) et que, selon la Cour, la pratique des États montre que

"ces termes ont été entendus dans leur sens ordinaire comme couvrant des armes dont **l'effet premier, ou même exclusif**, est d'empoisonner ou d'asphyxier"<sup>11</sup> (nous soulignons)

et non comme couvrant les armes nucléaires<sup>12</sup>.

7. Les deux branches de l'objection laissent perplexe. Dire que la "pratique" des États exclut les armes nucléaires du champ d'application du Prot. de Genève de 1925 et de l'art. 23 (a) du Règlement de la Haye de 1907 est contredit par la rés. 1653 (XVI) où l'A. G. des N. U. déclarait en 1961 - en termes très généraux, il est vrai (préambule, 3e al.) - que l'emploi des armes nucléaires tombait sous le coup, e. a. des conventions de La Haye de 1899 et de 1907 ainsi que du Protocole de Genève de 1925. Dans toutes les résolutions ultérieures (en 1972 et à de nombreuses reprises depuis 1978) où l'A. G. condamne le recours aux armes nucléaires<sup>13</sup>, elle rappelle la résolution 1653. Il existe donc bien une "**pratique**" qui affirme l'applicabilité de ces instruments à l'emploi des armes nucléaires.

8. Dire que ces textes ne prohibent que les armes dont "l'effet **premier, ou même exclusif** est d'empoisonner ou d'asphyxier" (nous soulignons) ne peut se fonder sur aucun élément précis. Bien au contraire : d'une part, les travaux préparatoires du Protocole de Genève ne confirment nullement cette interprétation restrictive car ils ne disent rien à ce sujet<sup>14</sup>; d'autre part, on constate que si la Déclaration de La Haye du 29 juillet 1899 interdisait en effet "l'emploi des gaz **ayant pour but unique** de répandre des gaz asphyxiants ou délétères" (nous soulignons), cette formule très significativement ne se retrouve pas dans le texte du Prot. de Genève. Or, si l'on se

<sup>9</sup> Avis, §§ 54-57

<sup>10</sup> *Ibid.*, § 57.

<sup>11</sup> *Ibid.*, § 55.

<sup>12</sup> *Ibid.*

<sup>13</sup> A/Rés. 2936 (XXVIII), 29 nov. 1972; 33/71 B, 14 déc. 1978; 35/152 D, 12 déc. 1980, etc; plus récemment, 50/71 E, 12 déc. 1995.

<sup>14</sup> SDN, *Actes de la Conférence pour le contrôle du commerce international des armes et munitions et des matériels de guerre*, Genève, 4 mai - 17 juin 1925, pp. 13, 161-163, 370-371, 535-549, 603-604, 745-747, 752, 787-789.

rappelle que celui-ci interdit non seulement les "gaz asphyxiants, toxiques ou **similaires**", mais aussi "**tous** liquides, matières ou procédés **analogues**" (nous soulignons), on réalise à quel point la lettre et l'esprit de ce texte contredisent l'interprétation étroite de la Cour consistant à dire qu'il ne viserait que les armes dont "**l'effet premier, ou même exclusif** est d'empoisonner ou d'asphyxier" <sup>15</sup> (nous soulignons).

9. La Cour manque d'ailleurs de cohérence avec ses propres constatations : après avoir correctement noté que "le phénomène du rayonnement est **particulier** aux armes nucléaires" <sup>16</sup> (nous soulignons), comment peut-elle ensuite oublier que ce rayonnement qui est **spécifique** aux seules armes nucléaires <sup>17</sup>, n'affecte que la matière vivante, ce qui est la définition même des armes chimiques <sup>18</sup> ?

Soutenir que les armes nucléaires ne s'apparentent pas à des armes chimiques car elles produisent aussi du souffle et de la chaleur revient à dire qu'il suffit d'ajouter des explosifs à une arme chimique pour qu'elle ne soit plus chimique, ou encore des effets légaux aux effets illégaux d'une arme pour que celle-ci cesse d'être illégale !

Aux Etats qui soutenaient cette thèse, les Iles Salomon avaient répondu :

"The logic of this approach is, to say the least disconcerting : he who does more cannot do less; the greater the destruction the more likely the legality of the weapon. The absurdity of the conclusion is matched only by the absurdity of the reasoning." <sup>19</sup>

Presqu'en écho, le juge Weeramantry dans son opposition dissidente, constate que le raisonnement de la Cour revient à dire :

"if an act involves both legal and illegal consequences, the former justify or excuse the latter." <sup>20</sup>

10. Le raisonnement de la Cour prête également à discussion si on le mesure à l'aune de l'interdiction de l'emploi des "armes empoisonnées" (Règlement de La Haye, art. 23 a).

D'abord, on ignore sur quoi la Cour se base pour dire que l'art. 23 (a) se limite aux armes dont l'effet "premier ou exclusif" est d'empoisonner : la pratique (*supra* § 7) ? Mais laquelle ? La Cour reste muette sur ce point.

---

<sup>15</sup> *Loc. cit.*, § 55.

<sup>16</sup> *Ibid.*, § 35.

<sup>17</sup> *Etude d'ensemble des armes nucléaires, Rapport du Secrétaire général*, doc. ONU A/45/373, 18 sept. 1990, p. 90, § 327.

<sup>18</sup> *Cfr. Chemical and Bacteriological (Biological) Weapons and the effects of their Use, Report of the Secretary General*, U. N., New York, 1969, pp. 5-6.

<sup>19</sup> Observations écrites sur les exposés écrits relatifs à la demande d'avis de l'OMS concernant la licéité de l'emploi des armes nucléaires par un Etat dans un conflit armé, observations écrites des Iles Salomon, 20 juin 1995, § 4.21 (multigr.).

<sup>20</sup> *Loc. cit.*, p. 58.

De fait, il n'est écrit nulle part que les armes empoisonnées sont **seulement** celles qui délivrent du poison sans autre effet dommageable pour la victime, à moins d'imaginer un projectile empoisonné qui ne blesserait pas la victime et qui réussirait pourtant par quelque processus télékinétique à lui inoculer le poison ... On doute que les auteurs du Règlement de La Haye avaient à l'esprit des scénarios ou des modes d'action qui à cette époque auraient relevé plutôt de la science fiction.

Or les effets de l'arme nucléaire qui découlent de la radioactivité initiale et induite sont analogues à ceux du poison ainsi que cela a été reconnu par les milieux scientifiques <sup>21</sup> et par les Etats eux-mêmes lorsqu'ils ont défini l'arme nucléaire comme étant

"toute arme qui contient ou est conçue pour contenir ou utiliser un combustible nucléaire ou des isotopes radioactifs et qui, par explosion ou autre transformation nucléaire non contrôlée ou par radioactivité du combustible nucléaire ou des isotopes radioactifs, est capable de destruction massive, dommages généralisés ou **empoisonnements** massifs" <sup>22</sup> (nous soulignons).

Autrement dit, même si les effets premiers de l'arme nucléaire sont des effets de souffle et de chaleur, elle n'en produit pas moins des effets subséquents d'empoisonnement; elle est donc interdite en vertu de l'art. 23 (a) du Règlement de La Haye au même titre qu'une flèche ou une balle empoisonnée - dont l'effet premier est pourtant de blesser le corps de la victime - n'en délivre pas moins du poison qui la fait tomber sous le coup de l'interdiction ...

**11.** La Cour écarte également la condamnation de l'emploi des armes nucléaires par les résolutions de l'A. G. car celles-ci ont été adoptées "avec un nombre non négligeable de voix contre et d'abstentions"; ainsi, bien qu'elles

"constituent la manifestation claire d'une inquiétude profonde à l'égard du problème des armes nucléaires, elles n'établissent pas encore l'existence d'une *opinio juris* quant à l'illicéité de l'emploi de ces armes." <sup>23</sup>

Cette conclusion paraît tout aussi douteuse. D'abord, elle fait fi de l'**accord** particulier que les résolutions de l'A. G. des N. U. représentent pour les Etats qui les ont votées et admettent ainsi, du moins pour ce qui les concerne, une *opinio juris*. Ensuite, elle semble tenir pour acquis que les règles classiques du droit international humanitaire (DIH) énoncées par ces résolutions n'interdisent pas l'emploi des armes nucléaires puisqu'un certain nombre d'Etats s'y opposent : autrement dit, malgré la majorité des Etats qui soutiennent une thèse, la Cour déduit de la volonté minoritaire l'inexistence de cette thèse, et ce notamment à cause des

"tensions qui subsistent entre, d'une part, une *opinio juris* naissante et, d'autre part, une adhésion encore forte à la pratique de la dissuasion." <sup>24</sup>

---

<sup>21</sup> LECHAT, M., ERRERA, M. et MEESSEN, A., in "Dangers pour les populations civiles, de la pollution inhérente à l'emploi des armes nucléaires", *Actes de la réunion de l'Académie royale de médecine de Belgique*, 25 sept. 1982, cités par ANDRIES, A., "Pour une prise en considération de la compétence des juridictions pénales nationales à l'égard des emplois d'armes nucléaires", *R.D.P.C.*, 1984, p. 43; Voyez aussi OMS, *Effets de la guerre nucléaire sur la santé et les services de santé*, Doc. OMS A/36/12, 24 mars 1983, pp. 12 et 65.

<sup>22</sup> Prot. III des Accords de Paris du 23 octobre 1954 sur le contrôle des armements, Annexe II, in *RGDIP*, 1963, p. 825.

<sup>23</sup> Avis, § 71.

On fait donc prévaloir une opinion minoritaire limitant la portée de règles anciennes sur l'opinion majoritaire donnant à ces règles la portée qui leur revient en vertu des textes eux-mêmes, et ce au nom d'une pratique elle-même contestable - la dissuasion <sup>25</sup>. C'est d'autant moins convaincant que la Cour est ensuite amenée à se contredire lorsqu'elle affirme que le DIH régit et ... interdit l'emploi des armes nucléaires (ci-dessous, *II*) ! Or, qu'est que le DIH sinon ces règles mentionnées par les résolutions auxquelles la Cour dénie tout effet ?

\*

12. En conclusion, on constate que le refus par la Cour d'assimiler les armes nucléaires à des armes chimiques ou empoisonnées n'a pas de justification logique. Il en va de même de son refus de tenir compte des résolutions de l'A. G. des N. U., ne fût-ce qu'en tant qu'accord limité aux Etats qui les ont acceptées.

## *II. L'ignorance de la Cour sur l'illégalité de certains emplois des armes nucléaires*

13. La Cour va toutefois conclure que l'emploi des armes nucléaires est, en principe, illégal après avoir notamment constaté que :

- ces armes sont "potentiellement d'une nature catastrophiques" car leur "pouvoir destructeur ne peut être endigué ni dans l'espace ni dans le temps. Ces armes ont le pouvoir de détruire toute civilisation, ainsi que l'écosystème tout entier de la planète" <sup>26</sup>;
- ces armes ont en raison de leurs radiations des effets nocifs pour l'environnement et les générations futures :  

"Le rayonnement ionisant est susceptible de porter atteinte à l'environnement, à la chaîne alimentaire et à l'écosystème marin dans l'avenir, et de provoquer des tares et des maladies chez les générations futures" <sup>27</sup>;
- même s'il existe des armes nucléaires tactiques suffisamment précises pour limiter les risques d'escalade <sup>28</sup>, il demeure qu'aucun Etat n'a pu démontrer qu'un "emploi limité ne conduirait pas à une escalade vers un recours aux armes nucléaires de forte puissance" <sup>29</sup>;
- la nouveauté des armes nucléaires n'exclut pas que le DIH s'y applique ainsi que cela a été reconnu par le Royaume-Uni, les États-Unis et la Russie <sup>30</sup>;

---

<sup>24</sup>*Ibid.*, § 73.

<sup>25</sup> *Cfr. ibid.*, op. diss. Shahabuddeen, pp. 25-28.

<sup>26</sup> Avis, § 35.

<sup>27</sup>*Ibid.*

<sup>28</sup> *Ibid.*, § 43.

<sup>29</sup> *Ibid.*, § 94; comp. avec le § 43.

<sup>30</sup>*Ibid.*, § 86.

- la clause de Martens confirme l'applicabilité du droit international humanitaire aux armes nucléaires <sup>31</sup>;
- la neutralité s'applique "à tous les conflits armés internationaux quel que soit le type d'arme utilisé" <sup>32</sup>;
- l'emploi de  
"méthodes et moyens de guerre qui ne permettraient pas de distinguer entre cibles civiles et cibles militaires, ou qui auraient pour effet de causer des souffrances inutiles aux combattants est interdit."

Or,

"Eu égard aux caractéristiques uniques des armes nucléaires [...], l'utilisation de ces armes n'apparaît guère conciliable avec le respect de telles exigences." <sup>33</sup>

**14.** Si la Cour aboutit donc au § 105 E de son avis à une conclusion conforme à la thèse de l'illicéité de l'emploi des armes nucléaires, elle tempère immédiatement ce résultat en observant que :

- il ne faut  
"pas perdre de vue le droit fondamental qu'a tout Etat à la survie, et donc le droit qu'il a de recourir à la légitime défense, conformément à l'art. 51 de la Charte [...]" <sup>34</sup>;
- "une partie appréciable de la communauté internationale" a accepté la "politique de dissuasion" <sup>35</sup>;
- lors de l'adoption des traités de Tlatelolco et de Rarotonga, les Etats dotés d'armes nucléaires se sont réservé le droit de recourir à ces armes en cas d'agression commise par un Etat avec l'assistance d'une puissance nucléaire <sup>36</sup>;
- ces Etats ont fait des déclarations analogues lors de la prorogation du T.N.P. <sup>37</sup>

Tenant compte de cette pratique, la Cour conclut que :

"Au vu de l'état actuel du droit international ainsi que des éléments de fait dont elle dispose, la Cour ne peut cependant conclure de façon définitive que la menace ou l'emploi d'armes nucléaires serait licite ou illicite dans une circonstance extrême de légitime défense dans laquelle la survie même d'un autre Etat serait en cause" <sup>38</sup>.

---

<sup>31</sup>*Ibid.*, § 87.

<sup>32</sup>*Ibid.*, § 89.

<sup>33</sup>*Ibid.*, § 95.

<sup>34</sup> *Ibid.*, § 96.

<sup>35</sup> *Ibid.*

<sup>36</sup>*Ibid.*

<sup>37</sup> *Ibid.*

<sup>38</sup> *Ibid.*, § 105 E.

Autrement dit, la menace ou l'emploi d'armes nucléaires sont en principe incompatibles avec le droit des conflits armés, mais la Cour ignore si ce serait encore le cas en cas de légitime défense lorsque la survie de l'Etat est en cause.

15. Votée par 7 voix contre 7 grâce à la voix prépondérante du Président, cette conclusion surprenante du § 105 E de l'avis a déjà fait et fera encore couler beaucoup d'encre<sup>39</sup>. Nous nous bornerons aux remarques suivantes :

1°) Les considérants sur lesquels la Cour se fonde principalement (*supra* § 13) se rapportent à la pratique des Puissances nucléaires en matière de dissuasion. Or ces considérants mélangent deux problèmes : celui de la possession des armes nucléaires et celui de leur emploi ou de la menace de leur emploi; s'il est vrai que la communauté internationale semble - dans une certaine mesure - s'être résignée à accepter la pratique de la dissuasion, il n'en résulte pas qu'elle a aussi accepté l'utilisation de ces armes. De même, les Puissances nucléaires ont beau s'être réservé publiquement le droit d'utiliser les armes nucléaires dans certaines hypothèses, on ne peut en déduire que ce droit a été admis par la plupart des autres Etats puisque ceux-ci ne cessent d'affirmer dans les résolutions de l'A. G. des N. U. que pareille utilisation serait illicite<sup>40</sup>. Certes, la Cour n'a pas déduit de ces faits que la menace ou l'emploi d'armes nucléaires seraient licites, mais on regrettera quand même qu'elle les invoque pour conclure qu'elle ignore si dans un cas de légitime défense où la survie de l'Etat agressé serait menacée, l'emploi ou la menace d'emploi des armes nucléaires seraient encore illicites.

2°) On regrettera d'autant plus cette affirmation d'ignorance qu'elle se fonde en outre sur la reconnaissance du droit de légitime défense. Or, en laissant entendre qu'un cas de légitime défense, aussi extrême fût-il, pourrait justifier l'emploi des armes nucléaires, la Cour procède à un autre dangereux amalgame entre *jus ad bellum* et *jus in bello* : elle suggère que le respect du second pourrait être subordonné à une règle du premier. Ce faisant, la Cour remet en cause un des principes de base du droit des conflits armés : le principe de l'égalité des belligérants devant le droit de la guerre<sup>41</sup>. Un résultat aussi contraire à l'essence du DIH porte en lui les causes même de son invalidité.

3°) Au regard de certains considérants, le 2e al. du § 105 E est entaché de contradictions : comment, en effet, après avoir constaté que l'emploi d'armes nucléaires pouvait entraîner l'anéantissement de l'humanité<sup>42</sup>, la Cour peut-elle ensuite se demander si la survie d'un Etat agressé ne pourrait pas justifier l'emploi d'une arme qui risque d'aboutir à la destruction de son utilisateur ? Si le recours à l'arme nucléaire doit entraîner la disparition de toute vie sur la planète, et si l'on admet que le droit international résulte de la volonté des Etats, il serait curieux d'imaginer que les Etats aient pu admettre une règle qui conduirait à leur propre

<sup>39</sup> A part les juges Shi Jiuyong et Ferrari Bravo, tous les juges ont commenté dans un sens ou l'autre cette disposition : déclar. Bedjaoui, p. 2, Herczegh, p. 1, Vereshchetin, p. 1; op. indiv. Guillaume, p. 3, Ranjeva, p. 3, Fleischhauer, p. 3; op. diss. Schwebel, p. 8, Oda, p. 37, Shahabuddeen, p. 1, Weeramantry, p. 3, Koroma, p. 1 et Higgins, p. 1.

<sup>40</sup> Pour des développements plus substantiels, voyez les observations écrites des Iles Salomon sur les exposés écrits déposés à propos de la demande d'avis consultatif de l'OMS, 20 juin 1995, §§4.56-4.71 (multigr.)

<sup>41</sup> *Ann. I.D.I.*, 1963, vol. 50, T. II, p. 368; 1er Prot. de 1977 add. aux Conv. de Genève de 1949, préambule, al. 5 et art. 96 § 3. Voy. aussi Avis, op. indiv. Ranjeva, pp. 6-7; op. diss. Shahabuddeen, p. 30.

<sup>42</sup> Avis, § 35.

suicide, y compris celui de l'Etat qui voudrait se protéger <sup>43</sup> ... L'absurdité du résultat conduit à répondre négativement à la question que se pose la Cour : même un cas extrême de légitime défense ne peut justifier l'emploi d'armes nucléaires.

4°) En supposant que ce ne soit pas exactement ce que la Cour a voulu dire et qu'elle ne soit prête à envisager au titre de la légitime défense qu'une utilisation minimale de l'arme nucléaire (mais alors, il aurait fallu le préciser), une utilisation qui n'affecterait pas la survie de l'humanité comme telle, il demeure que cette utilisation de l'arme nucléaire, aussi limitée soit-elle n'empêcherait pas les radiations et les retombées nucléaires d'affecter le territoire de beaucoup d'autres Etats ainsi que la Cour le reconnaît elle-même <sup>44</sup>. Encore une fois, peut-on raisonnablement penser que la majorité des Etats de la communauté internationale aurait accepté que pour assurer la survie de l'un d'entre eux, il soit porté atteinte à leur intégrité territoriale, à la santé de leurs habitants, au respect de leur environnement et au respect de leur neutralité ? Répondre par l'affirmative reviendrait à dire que les Etats ont admis une sérieuse atteinte à leur souveraineté et cela se saurait ... Or aucun Etat n'a jamais dit qu'il était prêt à accepter les nuisances résultant de l'utilisation d'armes nucléaires par un autre Etat, et comme les restrictions à la souveraineté ne se présument pas <sup>45</sup>, il est vain de chercher la trace d'une quelconque acceptation de l'emploi d'armes nucléaires dans une certaine résignation des Etats à l'égard de la dissuasion <sup>46</sup>.

5°) Pour la première fois de son histoire, la Cour prétend ne pas savoir le contenu de la règle dans une hypothèse de fait particulière. Comme l'ont observé plusieurs juges, il s'agit d'un *non liquet* <sup>47</sup>, ou si l'on préfère, un "non-avis"!... Or, comme tel, il ne devrait avoir aucune portée. D'abord, parce qu'il se fonde sur des attendus dont on vient de rappeler le caractère contestable (ci-dessus 1° et 2°). Ensuite, parce que la Cour, comme elle le dit elle-même, est un organe judiciaire, et qu'à ce titre, "elle ne se prononce que sur la base du droit" <sup>48</sup> ou, comme elle l'affirme ici,

"elle dit le droit existant [...] même si la Cour, en disant et en appliquant le droit, doit nécessairement en préciser la portée et, parfois, en constater l'évolution." <sup>49</sup>

En d'autres termes, la Cour remplit sa fonction judiciaire quand elle constate que tel comportement est licite ou illicite, mais elle ne remplit plus cette fonction quand elle déclare ignorer l'état du droit dans telle ou telle hypothèse. *In casu*, la Cour a d'abord clairement affirmé l'illicéité de la menace d'emploi ou de l'emploi des armes nucléaires (1er al. du § 105 E), puis elle ajoute ne pas savoir ce qu'il en est dans l'hypothèse particulière de la légitime défense d'un Etat dont la survie est en jeu (2e al. du § 105 E). Puisque la Cour ne réussit pas à préciser la portée de la règle prohibitive dans l'hypothèse considérée malgré le pouvoir qu'elle se reconnaît de dire le droit (voyez la citation ci-dessus), nous pouvons logiquement conclure que la seule règle sûre est l'illicéité générale de l'emploi et de la menace d'emploi de l'arme

<sup>43</sup> Cfr. *ibid.*, op. diss. Shahabuddeen, p. 34.

<sup>44</sup> Avis §§ 35 et 89.

<sup>45</sup> *Lotus*, arrêt du 7 sept. 1972, CPJI, *Série A*, n° 9, p. 19.

<sup>46</sup> Avis, §§ 73 et 96.

<sup>47</sup> *Ibid.*, déclaration Vereshchetin, p. 1; op. diss. Schwebel, p. 8, Shahabuddeen, p. 10, Higgins, p. 1.

<sup>48</sup> *Namibie*, avis cons. du 21 juin 1971, *CIJ, Rec. 1971*, p. 23, § 29.

<sup>49</sup> Avis, § 18.

nucléaire. Elle "dit le droit" dans le 1er al. alors qu'au second, elle dit qu'elle ne le connaît pas : cet alinéa est donc sans portée ...

16. L'affirmation de l'illicéité de principe n'est d'ailleurs pas propre aux seuls 7 juges qui ont voté en faveur du § 105 E; elle est aussi partagée par 3 juges dissidents qui, eux, estiment que l'emploi et la menace d'emploi des armes nucléaires sont **toujours** illicites <sup>50</sup>. Si l'on écarte l'opinion dissidente du juge Oda qui ne se prononce ni dans un sens ni dans l'autre (il estime seulement que la Cour aurait dû refuser de répondre à la demande d'avis eu égard, e. a. raisons, au caractère trop politique et trop général de la question posée) <sup>51</sup>, on constate donc que 10 juges sur 13 reconnaissent l'illicéité de principe de l'emploi ou de la menace d'emploi des armes nucléaires. Tel est le droit! L'"ignorance" (!) prétendue de 7 juges sur la légalité ou l'illégalité de l'emploi ou la menace d'emploi des armes nucléaires pour faire face à une agression mettant en cause la survie même de l'Etat, ne constitue pas un discours juridique. Lors d'un examen, quand un étudiant répond qu'il ignore le contenu de telle ou telle règle, il reconnaît son ignorance, mais il ne dit pas le droit pour autant ... Le seul droit est ce qui est affirmé comme tel. Tout le reste n'est qu'état d'âme et littérature ...

\*

17. Pour toutes ces raisons, nous pensons que le 2e al. du § 105 E de l'avis de la Cour n'ajoute et ne retranche rien de l'illicéité générale énoncée au 1er al. Il trahit simplement le trouble, "le drame de conscience" - comme l'écrit le Président Bedjaoui <sup>52</sup> - de la Cour face aux conséquences politiques considérables que présenterait un avis plus tranché, un trouble qui rappelle celui d'Hamlet face à l'existence, mais qui, comme pour le héros de Shakespeare, relève de la philosophie et non du droit.

18. Après un premier moment de déception, le spécialiste du DIH pourrait donc fort bien s'accommoder de cet avis qui contient par ailleurs beaucoup d'autres bonnes choses au plan du DIH. Par exemple, si la Cour ne s'est pas prononcée sur le caractère de *jus cogens* du DIH car on ne le lui demandait pas <sup>53</sup>, elle a implicitement reconnu cette qualité aux règles fondamentales du Règlement de La Haye et des Conv. de Genève de 1949 puisqu'elle les a qualifiées de "principes intransgressibles du droit international coutumier" <sup>54</sup>.

C'est un point positif de l'avis parmi d'autres; ils fait partie de ceux qu'on retiendra.

---

<sup>50</sup> Avis, op. dissid. Shahabudden, pp. 1 ss., Weeramantry, pp. 1 ss., et Koroma, pp. 1 ss.

<sup>51</sup> *Ibid.*, op. dissid. Oda, spéc. §§ 25, 44, 51.

<sup>52</sup> *Ibid.*, déclar. Bedjaoui, § 9.

<sup>53</sup> Avis, § 83.

<sup>54</sup> *Ibid.*, § 79.