

DISSENTING OPINION OF JUDGE SHAHABUDDEEN

The Charter was signed on 26 June 1945. A less troubled world was its promise. But the clash of arms could still be heard. A new weapon was yet to come. It must first be tested. The date was 12 July 1945; the place Alamogordo. The countdown began. The moment came: "*The radiance of a thousand suns.*" That was the line which came to the mind of the leader of the scientific team. He remembered also the end of the ancient verse: "*I am become death, The Shatterer of Worlds*"¹.

By later standards, it was a small explosion. Bigger bombs have since been made. Five declared nuclear-weapon States possess them. The prospect of mankind being destroyed through a nuclear war exists. The books of some early peoples taught that the use of a super weapon which might lead to excessively destructive results was not allowed. What does contemporary international law have to say on the point?

That, in substance, is the General Assembly's question. The question raises the difficult issue as to whether, in the special circumstances of the use of nuclear weapons, it is possible to reconcile the imperative need of a State to defend itself with the no less imperative need to ensure that, in doing so, it does not imperil the survival of the human species. If a reconciliation is not possible, which side should give way? Is the problem thus posed one of law? If so, what lines of legal enquiry suggest themselves?

*

Overruling preliminary arguments, the Court, with near unanimity, decided to comply with the General Assembly's request for an advisory opinion on the question whether "the threat or use of nuclear weapons [is] in any circumstance permitted under international law". By a bare majority, it then proceeded to reply to the General Assembly's question by taking the position, on its own showing, that it cannot answer the substance of the question. I fear that the contradiction between promise and performance cannot, really, be concealed. With respect, I am of the view

¹ Peter Michelmores, *The Swift Years, The Robert Oppenheimer Story*, 1969, p. 110. Oppenheimer could read the verse in the original Sanskrit of the *Bhagavad-Gita*.

OPINION DISSIDENTE DE M. SHAHABUDDEEN

[Traduction]

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

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

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

*

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

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

that the Court should and could have answered the General Assembly's question — one way or another.

*

From the point of view of the basic legal principles involved, the reply of the Court, such as it is, is set out in the first part of subparagraph E of paragraph 2 of the operative paragraph of its Advisory Opinion. Subject to a reservation about the use of the word "generally", I agree with the Court

"that the threat or use of nuclear weapons would generally be contrary to the rules of international law applicable in armed conflict, and in particular the principles and rules of humanitarian law".

My difficulty is with the second part of subparagraph E of paragraph 2 of the operative paragraph of the Court's Advisory Opinion. If the use of nuclear weapons is lawful, the nature of the weapon, combined with the requirements of necessity and proportionality which condition the exercise of the inherent right of self-defence, would suggest that such weapons could only be lawfully used "in an extreme circumstance of self-defence, in which the very survival of a State would be at stake"; and this, I think, notwithstanding variations in formulation and flexible references to "vital security interests", is the general theme underlying the position taken by the nuclear-weapon States. That in turn must be the main issue presented for consideration by the Court. But this is exactly the issue that the Court says it cannot decide, with the result that the General Assembly has not received an answer to the substance of its question.

I have the misfortune to be unable to subscribe to the conclusion so reached by the Court, and the more so for the reason that, when that conclusion is assessed by reference to the received view of the "*Lotus*" case, the inference could be that the Court is saying that there is a possibility that the use of nuclear weapons could be lawful in certain circumstances and that it is up to States to decide whether that possibility exists in particular circumstances, a result which would give me difficulty. In my respectful view, "the current state of international law, and . . . the elements of fact at its disposal" permitted the Court to answer one way or another.

As the two parts of subparagraph E cannot be separated for the purpose of voting, I have been regretfully constrained to withhold support from this subparagraph. Further, as the point of disagreement goes to the heart of the case, I have elected to use the style "dissenting opinion", even though voting for most of the remaining items of the operative paragraph.

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

*

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

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

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

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

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

A second holding which I am unable to support is subparagraph B of paragraph 2 of the operative paragraph. The specificity conveyed by the words "as such" enables me to recognize that "[t]here is in neither customary nor conventional international law any comprehensive and universal prohibition of the threat or use of nuclear weapons as such". But the words "as such" do not outweigh a general suggestion that there is no prohibition at all of the use of nuclear weapons. The circumstance that there is no "comprehensive and universal prohibition of the threat or use of nuclear weapons as such" in customary or conventional international law does not conclude the question whether the threat or use of such weapons is lawful; more general principles have to be consulted. Further, for reasons to be given later, the test of prohibition does not suffice to determine whether there is a right to do an act with the magnitude of global implications which would be involved in such use. Finally, the holding in this subparagraph is a step in the reasoning; it does not properly form part of the Court's reply to the General Assembly's question.

*

As remarked above, I have voted for the remaining items of the operative paragraph of the Court's Advisory Opinion. However, a word of explanation is appropriate. The Court's voting practice does not always allow for a precise statement of a judge's position on the elements of a *dispositif* to be indicated through his vote; how he votes would depend on his perception of the general direction taken by such an element and of any risk of his basic position being misunderstood. A declaration, separate opinion or dissenting opinion provides needed opportunity for explanation of subsidiary difficulties. This I now give below in respect of those parts of the operative paragraph for which I have voted.

As to subparagraph A of paragraph 2 of the operative paragraph, I take the view, to some extent implicit in this subparagraph, that, at any rate in a case of this kind, the action of a State is unlawful unless it is authorized under international law; the mere absence of prohibition is not enough. In the case of nuclear weapons, there is no authorization, whether specific or otherwise. However, subparagraph A is also a step in the reasoning; it is not properly part of the Court's reply to the General Assembly's question.

As to subparagraph C of paragraph 2 of the operative paragraph, there is an implication here that a "threat or use of force by means of nuclear weapons that is contrary to Article 2, paragraph 4, of the United Nations Charter" may nevertheless be capable of complying with some or all of the requirements of Article 51 and would in that event be lawful. I should have thought that something which was "contrary" to the former was *ipso facto* illegal and not capable of being redeemed by meet-

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

*

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

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

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

ing any of the requirements of the latter. Thus, an act of aggression, being contrary to Article 2, paragraph 4, is wholly outside of the framework of Article 51, even if carried out with antiquated rifles and in strict conformity with humanitarian law. Further, it is difficult to see how the Court can allow itself to be suggesting here that there are circumstances in which the threat or use of nuclear weapons is lawful in view of the fact that in subparagraph E of paragraph 2 of the operative paragraph it has not been able to come to a definitive conclusion on the main issue as to whether the threat or use of such weapons is lawful or unlawful in the circumstances stated there.

As to subparagraph D of paragraph 2 of the operative paragraph, the statement that a "threat or use of nuclear weapons should also be compatible with the requirements of the international law applicable in armed conflict . . ." suggests the possibility of cases of compatibility and consequently of legality. As mentioned above, it is difficult to see how the Court can take this position in view of its inability to decide the real issue of legality. The word "should" is also out of place in a finding as to what is the true position in law.

As to subparagraph F of paragraph 2 of the operative paragraph, I have voted for this as a general proposition having regard to the character of nuclear weapons. The particular question as to the legal implications of Article VI of the Treaty on the Non-Proliferation of Nuclear Weapons ("NPT") is not before the Court; it does not form part of the General Assembly's question. It could well be the subject of a separate question as to the effect of that Article of the NPT, were the General Assembly minded to present one.

Going beyond the operative paragraph, I have hesitations on certain aspects of the *consideranda* but do not regard it as convenient to list them all. I should however mention paragraph 104 of the Advisory Opinion. To the extent that this reproduces the standing jurisprudence of the Court, I do not see the point of the paragraph. If it ventures beyond, I do not agree. The operative paragraph of the Court's Advisory Opinion has to be left to be interpreted in accordance with the settled jurisprudence on the point.

*

Returning to subparagraph E of paragraph 2 of the operative paragraph of the Court's Advisory Opinion, I propose to set out below my reasons for agreeing with this holding in so far as I agree with it and for disagreeing with it in so far as I disagree. The limited objective will be to show that, contrary to the Court's major conclusion, "the current state of international law, and . . . the elements of fact at its disposal" were sufficient to enable it to "conclude definitively whether the threat or use of nuclear weapons would be lawful or unlawful in an extreme circumstance of self-defence, in which the very survival of a State would be at stake".

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

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

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

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

*

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

With this end in view, I propose, after noticing some introductory and miscellaneous matters in Part I, to deal, in Part II, with the question whether States have a right to use nuclear weapons having regard to the general principles which determine when States are to be considered as having a power, and, in Part III, with the position under international humanitarian law. In Part IV, I consider whether a prohibitory rule, if it existed at the commencement of the nuclear age, was modified or rescinded by the emergence of a subsequent rule of customary international law. I pass on in Part V to consider denuclearization treaties and the NPT. The conclusion is reached in Part VI.

PART I. INTRODUCTORY AND MISCELLANEOUS MATTERS

1. *The Main Issue*

The commencement of the nuclear age represents a legal benchmark for the case in hand. One argument was that, at that point of time, the use of nuclear weapons was not prohibited under international law, but that a prohibitory rule later emerged, the necessary *opinio juris* developing under the twin influences of the general prohibition of the use of force laid down in Article 2, paragraph 4, of the Charter and of growing appreciation of and sensitivity to the power of nuclear weapons. In view of the position taken by the proponents of the legality of the use of nuclear weapons ("proponents of legality") over the past five decades, it will be difficult to establish that the necessary *opinio juris* later crystallized, if none existed earlier. That argument was not followed by most of the proponents of the illegality of the use of nuclear weapons ("proponents of illegality").

The position generally taken by the proponents of illegality was that a prohibitory rule existed at the commencement of the nuclear age, and that subsequent developments merely evidenced the continuing existence of that rule. For their part, the proponents of legality took the position that such a prohibitory rule never existed, and that what subsequent developments did was to evidence the continuing non-existence of any such rule and a corresponding right to use nuclear weapons. There was no issue as to whether, supposing that a prohibitory rule existed at the commencement of the nuclear age, it might have been reversed or modified by the development of a later rule in the opposite direction²; supposing that that had been argued, the position taken by the proponents

² For the possibility of a rule of customary international law being modified by later inconsistent State practice, see *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua, Merits, I.C.J. Reports 1986*, p. 109, para. 207.

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

PREMIÈRE PARTIE. QUESTIONS LIMINAIRES ET QUESTIONS DIVERSES

1. La question principale

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

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

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

of illegality would bar the development of the *opinio juris* necessary for the subsequent emergence of any such permissive rule, and more particularly so if the earlier prohibitory rule had the quality of *jus cogens*. This would have been the case if any humanitarian principles on which the earlier prohibitory rule was based themselves had the quality of *jus cogens*, a possibility left open by paragraph 83 of the Court's Advisory Opinion.

State practice is important. But it has to be considered within the framework of the issues raised. Within the framework of the issues raised in this case, State practice subsequent to the commencement of the nuclear age does not have the decisive importance suggested by the focus directed to it during the proceedings: it is not necessary to consider it in any detail beyond and above what is reasonably clear, namely, that the opposition shown by the proponents of legality would have prevented the development of a prohibitory rule if none previously existed, and that the opposition shown by the proponents of illegality would have prevented the development of a rescinding rule if a prohibitory rule previously existed. In either case, the legal situation as it existed at the commencement of the nuclear age would continue in force. The question is, what was that legal situation?

The real issue, then, is whether at the commencement of the nuclear age there was in existence a rule of international law which prohibited a State from creating effects of the kind which could later be produced by the use of nuclear weapons. If no such rule then existed, none has since come into being, and the case of the proponents of legality succeeds; if such a rule then existed, it has not since been rescinded, and the case of the proponents of illegality succeeds.

2. The Charter Assumes That Mankind and Its Civilization Will Continue

International law includes the principles of the law of armed conflict. These principles, with roots reaching into the past of different civilizations, were constructed on the unspoken premise that weapons, however destructive, would be limited in impact, both in space and in time. That assumption held good throughout the ages. New and deadlier weapons continued to appear, but none had the power to wage war on future generations or to threaten the survival of the human species. Until now.

Is a legal problem presented? I think there is; and this for the reason that, whatever may be the legal position of the individual in international law, if mankind in the broad is annihilated, States disappear and, with them, the basis on which rights and obligations exist within the international community. How might the problem be approached?

Courts, whether international or national, have not had to deal with the legal implications of actions which could annihilate mankind. Yet in

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

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

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

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

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

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

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

neither system should there be difficulty in finding an answer; both systems must look to the juridical foundations on which they rest. What do these suggest?

In his critical study of history, Ibn Khaldûn referred to "the explanation that laws have their reason in the purposes they are to serve". Continuing, he noted that "the jurists mention that . . . injustice invites the destruction of civilization with the necessary consequence that the species will be destroyed", and that the laws "are based upon the effort to preserve civilization"³. Thus, the preservation of the human species and of civilization constitutes the ultimate purpose of a legal system. In my opinion, that purpose also belongs to international law, as this is understood today.

This conclusion is not at variance with the Charter of the United Nations and the Statute of the Court, by which the Court is bound. The first preambular paragraph of the Charter recorded that "the Peoples of the United Nations" were "[d]etermined to save succeeding generations from the scourge of war, which twice in our lifetime has brought untold sorrow to mankind . . .". A world free of conflict was not guaranteed; but, read in the light of that and other statements in the Charter, Article 9 of the Statute shows that the Court was intended to serve a civilized society. A civilized society is not one that knowingly destroys itself, or knowingly allows itself to be destroyed. A world without people is a world without States. The Charter did not stipulate that mankind would continue, but it at least assumed that it would; and the assumption was not the less fundamental for being implicit.

3. *The Use of Nuclear Weapons Is Unacceptable to the International Community*

It is necessary to consider the character of nuclear weapons. It was said on the part of the proponents of legality that there are "tactical", "battlefield", "theatre" or "clean" nuclear weapons which are no more destructive than certain conventional weapons. Supposing that this is so, then *ex hypothesi* the use of nuclear weapons of this kind would be as lawful as the use of conventional weapons. It was in issue, however, whether the material before the Court justified that hypothesis, the argument of the proponents of illegality being that the use of any nuclear weapon, even if directed against a lone nuclear submarine at sea or against an isolated military target in the desert, results in the emission of radiation and nuclear fall-out and carries the risk of triggering a chain of events which could lead to the annihilation of the human species. The eleventh preambular paragraph of the 1968 NPT, which was extended "indefinitely" in 1995, records that the States parties desired "the liquidation of all their

³ Ibn Khaldûn, *The Muqaddimah, An Introduction to History*, trans. Franz Rosenthal, edited and abridged by N. J. Dawood, 1981, p. 40.

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

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

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

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

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

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

existing stockpiles, and the elimination from national arsenals of nuclear weapons . . .". Presumably the elimination so foreshadowed comprehended all "nuclear weapons" and, therefore, "tactical", "battlefield", "theatre" or "clean" nuclear weapons also. The parties to the NPT drew no distinction. On the material before it, the Court could feel less than satisfied that the suggested exceptions exist.

The basic facts underlying the resolutions of the General Assembly as to the nature of a nuclear war, at least a full-scale one, are difficult to controvert. Since 1983 the technology has advanced, but the position even at that stage was put thus by the Secretary-General of the United Nations, Mr. Javier Pérez de Cuéllar:

"The world's stockpile of nuclear weapons today is equivalent to 16 billion tons of TNT. As against this, the entire devastation of the Second World War was caused by the expenditure of no more than 3 million tons of munitions. In other words, we possess a destructive capacity of more than 5,000 times what caused 40 to 50 million deaths not too long ago. It should suffice to kill every man, woman and child 10 times over."⁴

Thus, nuclear weapons are not just another type of explosive weapons, only occupying a higher position on the same scale: their destructive power is exponentially greater. Apart from blast and heat, the radiation effects over time are devastating. To classify these effects as being merely a by-product is not to the point; they can be just as extensive as, if not more so than, those immediately produced by blast and heat. They cause unspeakable sickness followed by painful death, affect the genetic code, damage the unborn, and can render the earth uninhabitable. These extended effects may not have military value for the user, but this does not lessen their gravity or the fact that they result from the use of nuclear weapons. This being the case, it is not relevant for present purposes to consider whether the injury produced is a by-product or secondary effect of such use.

Nor is it always a case of the effects being immediately inflicted but manifesting their consequences in later ailments; nuclear fallout may exert an impact on people long after the explosion, causing fresh injury to them in the course of time, including injury to future generations. The

⁴ Javier Pérez de Cuéllar, Statement at the University of Pennsylvania, 24 March 1983, in *Disarmament*, Vol. VI, No. 1, p. 91.

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

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

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

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

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

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

weapon continues to strike for years after the initial blow, thus presenting the disturbing and unique portrait of war being waged by a present generation on future ones — on future ones with which its successors could well be at peace.

The first and only military use of nuclear weapons which has so far been made took place at Hiroshima on 6 August 1945 and at Nagasaki on 9 August 1945. A month later, the International Committee of the Red Cross ("ICRC") considered the implications of the use of newly developed weapons. In a circular letter to national Red Cross committees, dated 5 September 1945 and signed by Mr. Max Huber as acting President, the ICRC wrote this:

"Totalitarian war has brought new technics into being. Does this mean that we must accept that the individual will no longer be protected by the law and will henceforth only be seen as a mere element of collectivities involved in a conflict? This would imply the collapse of the principles underlying international law, which aims to promote the physical and spiritual protection of the individual. Even in time of war, a law of a strictly egotistical and utilitarian nature, only inspired by fortuitous interests, could never offer lasting security. If warfare fails to accept the value and dignity of the human being, it will proceed irresistibly to destructions without limit, as the spirit of mankind, which is taking possession of the forces of the universe, seems by its creations to be accelerating that devastating impetus."
[Translation by the Registry.]

Do the rules stand set aside? Or do they still apply to protect the individual? If they do not, the seizure by man of the forces of the universe propels war irresistibly and progressively in the direction of destruction without limit, including the extinction of the human species. In time, the nuclear-weapon States ("NWS") and most of the non-nuclear-weapon States ("NNWS") would subscribe to statements acknowledging the substance of this result.

The concerns raised by the ICRC did not go unechoed. As was pointed out by several States, four months later the General Assembly unanimously adopted a resolution by which it established a commission charged with the responsibility of making "specific proposals . . . (c) for the elimination from national armaments of atomic weapons and of all other major weapons adaptable to mass destruction" (General Assembly resolution 1 (I), para. 5, of 24 January 1946). It is too limited a view to restrict the significance of the resolution to the mere establishment of the commission; the bases on which the commission was established are also important.

In line with this, on 20 September 1961 an agreement, known as "The McCloy-Zorin Accords", was signed by representatives of the United States of America and the Soviet Union, the two leading NWS. The Accords recommended eight principles as guidance for disarmament negotiations. The fifth principle read: "Elimination of all stockpiles of

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

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

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

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

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

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

nuclear, chemical, bacteriological, and other weapons of mass destruction, and cessation of the production of such weapons.” On 20 December 1961 that agreement was unanimously welcomed by the General Assembly on the joint proposition of those two States (General Assembly resolution 1722 (XVI) of 20 December 1961).

The first preamble to the 1968 NPT refers to “the devastation that would be visited upon all mankind by a nuclear war . . .”. The preamble to the NPT (inclusive of that statement) was reaffirmed in the first paragraph of the preamble to Decision No. 2 adopted by the 1995 Review and Extension Conference of the Parties to the Treaty on the Non-Proliferation of Nuclear Weapons. The overwhelming majority of States are parties to these instruments.

The Final Document adopted by consensus in 1978 by the Tenth Special Session of the General Assembly (on the subject of disarmament) opened with these words: “Alarmed by the threat to the very survival of mankind posed by the existence of nuclear weapons and the continuing arms race . . .”. Paragraph 11 stated:

“Mankind today is confronted with an unprecedented threat of self-extinction arising from the massive and competitive accumulation of the most destructive weapons ever produced. Existing arsenals of nuclear weapons alone are more than sufficient to destroy all life on earth . . .”

Paragraph 47 of the Final Document noted that “[n]uclear weapons pose the greatest danger to mankind and to the survival of civilization”. All of these words, having been adopted by consensus, may be regarded as having been uttered with the united voice of the international community.

Important regional agreements also testify to the character of nuclear weapons. See the Agreement of Paris of 23 October 1954 on the entry of the Federal Republic of Germany into the North Atlantic Treaty Organization, Article 1 (*a*) of Annex II to Protocol No. III on the Control of Armaments, indicating that nuclear weapons are weapons of mass destruction. The preamble to the 1967 Treaty of Tlatelolco, Additional Protocol II of which was signed and ratified by the five NWS, declared that the Parties were convinced

“That the incalculable destructive power of nuclear weapons has made it imperative that the legal prohibition of war should be strictly observed in practice if the survival of civilization and of mankind itself is to be assured.

That nuclear weapons, whose terrible effects are suffered, indiscriminately and inexorably, by military forces and civilian population alike, constitute, through the persistence of the radioactivity they release, an attack on the integrity of the human species and ultimately may even render the whole earth uninhabitable.”

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

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

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

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

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

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

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

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

The first two preambular paragraphs of the 1985 South Pacific Nuclear Free Zone Treaty (the Treaty of Rarotonga), Protocol 2 of which has been signed and ratified by two of the five NWS and signed by the remaining three, likewise recorded that the parties were

“Gravely concerned that the continuing nuclear arms race presents the risk of nuclear war which would have devastating consequences for all people;

Convinced that all countries have an obligation to make every effort to achieve the goal of eliminating nuclear weapons, the terror which they hold for humankind and the threat which they pose to life on earth.”

The Court has also referred to the more recently signed treaties on nuclear-free zones relating to South-East Asia and Africa.

A position similar in principle to those mentioned above was taken in agreements between two of the NWS. In the preamble to a 1971 Agreement on Measures to Reduce the Risk of Outbreak of Nuclear War, the United States of America and the Soviet Union stated that they were “[t]aking into account the devastating consequences that nuclear war would have for all mankind”. The substance of that statement was repeated in later agreements between those States, namely, in the 1972 Anti-Ballistic Missile Treaty, in a 1973 Agreement on the Prevention of Nuclear War, in a 1979 Treaty on the Limitation of Strategic Offensive Arms, and in the 1987 Intermediate-Range and Shorter-Range Missiles Treaty.

It was argued by some States that the purpose of possessing nuclear weapons is, paradoxically, to ensure that they are never used, and that this is shown by the circumstance that it has been possible to keep the peace, as among the NWS, during the last 50 years through policies of nuclear deterrence. Other States doubted the existence of the suggested link of causation, attributing that result to luck or chance, pointing to occasions when such weapons were nearly used, and adverting to a number of wars and other situations of armed conflict which have in fact occurred outside of the territories of the NWS. Assuming, however, that such a link of causation can be shown, a question which remains is why should policies of nuclear deterrence have kept the peace as among the NWS. A reasonable answer is that each NWS itself recognized that it faced the risk of national destruction. The record before the Court indicates that that destruction will not stop at the frontiers of warring States, but can extend to encompass the obliteration of the human species.

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

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

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

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

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

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

Other weapons are also members of the category of weapons of mass destruction to which nuclear weapons belong. However, nuclear weapons are distinguishable in important ways from all other weapons, including other members of that category. In the words of the Court:

“[N]uclear weapons are explosive devices whose energy results from the fusion or fission of the atom. By its very nature, that process, in nuclear weapons as they exist today, releases not only immense quantities of heat and energy, but also powerful and prolonged radiation. According to the material before the Court, the first two causes of damage are vastly more powerful than the damage caused by other weapons, while the phenomenon of radiation is said to be peculiar to nuclear weapons. These characteristics render the nuclear weapon potentially catastrophic. The destructive power of nuclear weapons cannot be contained in either space or time. They have the potential to destroy all civilization and the entire ecosystem of the planet.” (Advisory Opinion, para. 35.)

And a little later:

“[I]t is imperative for the Court to take account of the unique characteristics of nuclear weapons, and in particular their destructive capacity, their capacity to cause untold human suffering, and their ability to cause damage to generations to come.” (*Ibid.*, para. 36.)

Even if it is possible that, scientifically considered, other weapons of mass destruction, such as biological and chemical weapons, can also annihilate mankind, the question is not merely whether a weapon can do so, but whether the evidence shows that the international community considers that it can. The evidence was not specifically directed to this purpose in the case of other weapons; in the case nuclear weapons, it was, however, directed to that purpose and, the Court could find, successfully so directed. Similar remarks would apply to other weapons, such as flame-throwers and napalm, which, though not capable of annihilating mankind, can undoubtedly cause shocking harm. Unlike the case of nuclear weapons, there was no material before the Court to suggest that, however appalling may be the effects produced by the use of such other weapons, the international community was on record as considering their use to be repugnant to its conscience.

It may be added that, once it is shown that the use of a weapon could annihilate mankind, its repugnance to the conscience of the international community is not materially diminished by showing that it need not have that result in every case; it is not reasonable to expect that the conscience of the international community will, both strangely and impossibly, wait

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

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

Un peu plus loin, la Cour déclare :

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

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

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

on the event to see if the result of any particular use is the destruction of the human species. The operative consideration is the risk of annihilation. That result may not ensue in all cases, but the risk that it can inhere in every case. The risk may be greater in some cases, less in others; but it is always present in sufficient measure to render the use of nuclear weapons unacceptable to the international community in all cases. In my view, the answer to the question of repugnance to the conscience of the international community governs throughout.

In sum, the Court could conclude, in accordance with its findings in paragraph 35 of its Advisory Opinion, that the international community as a whole considers that nuclear weapons are not merely weapons of mass destruction, but that there is a clear and palpable risk that their use could accomplish the destruction of mankind, with the result that any such use would be repugnant to the conscience of the community. What legal consequences follow will be examined later.

4. *Neutrality*

A question was raised as to whether damage resulting to a neutral State from use of nuclear weapons in the territory of a belligerent State is a violation of the former's neutrality. I accept the affirmative answer suggested in Nauru's statement in the parallel case brought by the World Health Organization, as set out in paragraph 88 of the Court's Advisory Opinion. A number of incidents collected in the books does not persuade me to take a different view⁵.

The principle, as stated in Article 1 of Hague Convention No. 5 of 1907 Respecting the Rights and Duties of Neutral Powers and Persons in Case of War on Land, is that "[t]he territory of neutral powers is inviolable". The principle has not been understood to guarantee neutral States absolute immunity from the effects of armed conflict; the original purpose, it is said, was to preclude military invasion or bombardment of neutral territory, and otherwise to define complementary rights and obligations of neutrals and belligerents.

It is difficult, however, to appreciate how these considerations can operate to justify the use of nuclear weapons where the radiation effects which they emit extend to the inhabitants of neutral States and cause damage to them, their offspring, their natural resources, and possibly put them under the necessity to leave their traditional homelands. The state-

⁵ See, for example, Roberto Ago, Addendum to the Eighth Report on State Responsibility, *Yearbook of the International Law Commission*, 1980, Vol. II, Part I, pp. 35-36, para. 50.

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

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

4. *La neutralité*

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

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

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

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

ment of an inhabitant of the Marshall Islands left little to be imagined. Considered in relation to the more dramatic catastrophe immediately produced and the military value to the user State, these effects may be spoken of as by-products of the main event; but, as argued above, that classification is without legal pertinence. The "by-products" are not remote economic or social consequences. Whether direct or indirect effects, they result from the use of nuclear weapons, for it is a property of such weapons that they emit radiation; their destructive effect on the enemy is largely due to their radiation effects. Such radiation has a high probability of transboundary penetration.

To say that these and other transboundary effects of the use of nuclear weapons do not violate the neutrality of third States in the absence of belligerent incursion or transboundary bombardment is to cast too heavy a burden on the proposition that neutrality is not an absolute guarantee of immunity to third States against all possible effects of the conduct of hostilities. The Fifth Hague Convention of 1907 does not define inviolability; nor does it say that the territory of a neutral State is violated only by belligerent incursion or bombardment. Accepting nevertheless that the object of the architects of the provision was to preclude military incursion or bombardment of neutral territory, it seems to me that that purpose, which was related to the then state of warfare, does not conclude the question whether, in terms of the principle, "the territory of neutral powers" is violated where that territory and its inhabitants are physically harmed by the effects of the use elsewhere of nuclear weapons in the ways in which it is possible for such harm to occur. The causes of the consequential suffering and the suffering itself are the same as those occurring in the zone of battle.

It was said, no doubt correctly, that no case was known in which a belligerent State had been held responsible for collateral damage in neutral territory for lawful acts of war committed outside of that territory. It may be recalled, however, that the possibilities of damage by nuclear fallout did not previously exist; because of technological limitations, damage on neutral territory, as a practical matter, could only be committed by incursion or bombardment, in which cases there would be acts of war committed on the neutral territory itself. To the extent that the *Trail Smelter* type of situation was likely to be a significant consequence of acts of war, the occurrence of concrete situations in the pre-nuclear period has not been shown to the Court. Thus, while no case may have occurred in which a belligerent State has been held responsible for collateral damage in neutral territory for lawful acts of war committed outside of that territory, that is decisive of the present case only if it can be shown that there is no responsibility even where substantial physical effects of acts of war carried out elsewhere demonstrably extend to neutral territory. That cannot be persuasively shown; principle is against

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

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

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

it. The causative act of war would have had the consequence of physically violating the territory of the neutral State. The 1907 Hague principle that the territory of a neutral State is inviolable would lose much of its meaning if in such a case it was not considered to be breached.

5. *Belligerent Reprisal*

The question was argued whether, assuming that the use of nuclear weapons was otherwise unlawful, such use might nevertheless be lawful for the exceptional purposes of belligerent reprisal (i.e., as distinguished from reprisals in situations other than those of armed conflict). It seems to me, however, that there is not any necessity to examine this aspect in an opinion devoted to showing that "the current state of international law, and . . . the elements of fact at its disposal" did not prevent the Court from concluding

"definitively whether the threat or use of nuclear weapons would be lawful or unlawful in an extreme circumstance of self-defence, in which the very survival of a State would be at stake" (Advisory Opinion, para. 105 (2) E).

The use of nuclear weapons in belligerent reprisal, if lawful, would be equally open to an aggressor State and to a State acting in self-defence. This being so, an enquiry into the lawfulness of the use of such weapons in belligerent reprisal would not materially promote analysis of the question whether they may be lawfully used in self-defence, this being the question presented by the Court's holding.

6. *There Is No Non Lique*

The commentators suggest that some decisions of the Court could be understood as implying a *non lique*. It is possible that the second part of subparagraph E of paragraph 2 of the operative paragraph of the Court's Advisory Opinion will be similarly interpreted. If that is the correct interpretation, I respectfully differ from the position taken by the Court.

To attract the idea of a *non lique* in this case, it would have to be shown that there is a gap in the applicability of whatever may be the correct principles regulating the question as to the circumstances in which a State may be considered as having or as not having a right to act.

If, as it is said, international law has nothing to say on the subject of the legality of the use of nuclear weapons, this necessarily means that

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

5. *Représailles en temps de conflit armé*

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

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

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

6. *Il n'y a pas de non liquet*

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

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

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

international law does not include a rule prohibiting such use. On the received view of the "*Lotus*" decision, absent such a prohibitory rule, States have a right to use nuclear weapons.

On the other hand, if that view of "*Lotus*" is incorrect or inadequate in the light of subsequent changes in the international legal structure, then the position is that States have no right to use such weapons unless international law authorizes such use. If international law has nothing to say on the subject of the use of nuclear weapons, this necessarily means that international law does not include a rule authorizing such use. Absent such authorization, States do not have a right to use nuclear weapons.

It follows that, so far as this case at any rate is concerned, the principle on which the Court acts, be it one of prohibition or one of authorization, leaves no room unoccupied by law and consequently no space available to be filled by the *non liquet* doctrine or by arguments traceable to it. The fact that these are advisory proceedings and not contentious ones makes no difference; the law to be applied is the same in both cases.

7. *The General Assembly's Call for a Convention*

Putting aside the question of the possible law-making effect or influence of General Assembly resolutions, did its resolutions on this matter really take the position that the use of nuclear weapons was contrary to existing law? Arguing that that was not the position taken, some States point to the fact that the resolutions also called for the conclusion of a convention on the subject.

However, as the case of the Genocide Convention shows, the General Assembly could well consider that certain conduct would be a crime under existing law and yet call for the conclusion of a convention on the subject. Its resolution 96 (I) of 11 December 1946, which called for the preparation of "a draft convention on the crime of genocide", also affirmed "that genocide is a crime under international law . . ." It was likewise that, in its resolution of 14 December 1978, the General Assembly declared

"that

- (a) the use of nuclear weapons will be a violation of the Charter of the United Nations and a crime against humanity;
- (b) the use of nuclear weapons should therefore be prohibited, pending nuclear disarmament".

It was on this basis that the resolution then passed on to mention the future discussion of an international convention on the subject.

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

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

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

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

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

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

«que

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

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

A convention may be useful in focusing the attention of national bodies on the subject, particularly in respect of any action which may have to be taken by them; it may also be helpful in clarifying and settling details required to implement the main principle, or more generally for the purpose of laying down a régime for dealing with the illegality in question. A call for a convention to prohibit a particular kind of conduct does not necessarily imply that the conduct was not already forbidden.

A further argument is that some of the later General Assembly resolutions adopted a more qualified formulation than that of earlier ones (see paragraph 71 of the Advisory Opinion). I do not assign much weight to this as indicative of a resiling from the position taken in earlier General Assembly resolutions to the effect that such use was contrary to existing international law. The later resolutions proceeded on the basis that that position had already and sufficiently been taken; they therefore contented themselves with simply recalling the primary resolution on the subject, namely, resolution 1653 (XVI) of 1961. Thus, while the language employed in the resolutions has varied from time to time, it is to be observed that in resolution 47/53 of 9 December 1992 the General Assembly reaffirmed "that the use of nuclear weapons would be a violation of the Charter of the United Nations and a crime against humanity, as declared in its resolutions 1653 (XVI) of 24 November 1961", and other cited resolutions.

The General Assembly's resolutions may reasonably be interpreted as taking the position that the threat or use of nuclear weapons was forbidden under pre-existing international law. The question is whether there is a sufficiency of fact and law to enable the Court to decide whether the position so taken by the General Assembly was correct. To the giving of an answer I proceed below.

PART II. WHETHER THE COURT COULD HOLD THAT STATES HAVE A RIGHT TO USE NUCLEAR WEAPONS HAVING REGARD TO THE GENERAL PRINCIPLES WHICH DETERMINE WHEN A STATE IS TO BE CONSIDERED AS HAVING A POWER

The General Assembly's question presents the Court, as a World Court, with a dilemma: to hold that States have a right to use nuclear weapons is to affirm that they have a right to embark on a course of conduct which could result in the extinction of civilization, and indeed in the dissolution of all forms of life on the planet, both flora and fauna. On the other hand, to deny the existence of that right may seem to contradict the "*Lotus*" principle, relied on by some States, to the effect that States have a sovereign right to do whatever is not prohibited under international

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

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

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

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

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

law, in this respect it being said that there is no principle of international law which prohibits the use of such weapons. The dilemma⁶ was the subject of close debate. In my view, it was open to the Court to consider four possible solutions.

*

The first possible solution proceeds on the basis of the "*Lotus*" principle that a State has a right to do whatever is not prohibited, but it argues that an act which could lead to the extinction of mankind would necessarily involve the destruction of neutral States. This being so, the act cannot be justified under the rubric of self-defence. Therefore, even if, *quod non*, it is otherwise admissible under the *jus in bello*, the Court could hold that it is not covered by the *jus ad bellum* and is prohibited under Article 2, paragraph 4, of the Charter. The question of neutrality is dealt with in Part I, Section 4, above.

*

The second possible solution also proceeds on the basis of the "*Lotus*" principle. However, it argues that, due effect being given to the Charter and the Statute of the Court thereto annexed, by both of which the Court is bound, these instruments are not consistent with a State having a right to do an act which would defeat their fundamental assumption that civilization and mankind would continue: the Court could hold that, by operation of law, any such inconsistent act stands prohibited by the Charter.

*

The third possible solution also proceeds on the basis of the "*Lotus*" principle that a State has a right to do whatever is not prohibited under international law, but (as anticipated in Part I, Section 2, above) it argues that, even in the absence of a prohibition, that residual right does not extend to the doing of things which, by reason of their essential nature, cannot form the subject of a right, such as actions which could destroy mankind and civilization and thus bring to an end the basis on which

⁶ The dilemma recalls that which confronted the learned judges of Persia when, asked by King Cambyses whether he could marry his sister, they made prudent answer "that though they could discover no law which allowed brother to marry sister, there was undoubtedly a law which permitted the king of Persia to do what he pleased". See *Herodotus, The Histories*, trans. Aubrey de Séincourt, Penguin Books, 1959, p. 187. So here, an affirmative answer to the General Assembly's question would mean that, while the Court could discover no law allowing a State to put the planet to death, there is undoubtedly a law which permits the State to accomplish the same result through an exercise of its sovereign powers.

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

*

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

*

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

*

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

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

States exist and in turn the basis on which rights and obligations exist within the international community.

There is not any convincing ground for the view that the "*Lotus*" Court moved off on a supposition that States have an absolute sovereignty which would entitle them to do anything however horrid or repugnant to the sense of the international community, provided that the doing of it could not be shown to be prohibited under international law. The idea of internal supremacy associated with the concept of sovereignty in municipal law is not neatly applicable when that concept is transposed to the international plane. The existence of a number of sovereignties side by side places limits on the freedom of each State to act as if the others did not exist. These limits define an objective structural framework within which sovereignty must necessarily exist⁷; the framework, and its defining limits, are implicit in the reference in "*Lotus*" to "co-existing independent communities" (*P.C.I.J., Series A, No. 10*, p. 18), an idea subsequently improved on by the Charter, a noticeable emphasis on co-operation having been added.

Thus, however far-reaching may be the rights conferred by sovereignty, those rights cannot extend beyond the framework within which sovereignty itself exists; in particular, they cannot violate the framework. The framework shuts out the right of a State to embark on a course of action which would dismantle the basis of the framework by putting an end to civilization and annihilating mankind. It is not that a State is prohibited from exercising a right which, but for the prohibition, it would have; a State can have no such right to begin with.

So a prior question in this case is this: even if there is no prohibition, is there anything in the sovereignty of a State which would entitle it to embark on a course of action which could effectively wipe out the existence of all States by ending civilization and annihilating mankind? An affirmative answer is not reasonable; that sovereignty could not include such a right is suggested by the fact that the acting State would be one of what the Permanent Court of International Justice, in the language of the times, referred to as "co-existing independent communities", with a consequential duty to respect the sovereignty of other States. It is difficult for the Court to uphold a proposition that, absent a prohibition, a State has

⁷ The idea is evoked by the following remark of one writer:

"For some authors, the existence of a *corpus juris* governing a decentralized, 'classless' society partakes of a miracle. I would rather say that it partakes of necessity. It is not in spite of, but on account of the heterogeneity of States in a society of juxtaposition that international law was brought into being and has developed. If international law did not exist, it would have to be invented." [*Translation by the Registry.*] Prosper Weil, "Le droit international en quête de son identité. Cours général de droit international public", *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, Vol. 237 (1992-VI), p. 36.

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

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

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

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

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

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

a right in law to act in ways which could deprive the sovereignty of all other States of meaning.

*

The fourth possible solution is this: if the "*Lotus*" principle leaves a State free to embark on any action whatsoever provided it is not prohibited — a proposition strongly supported by some States and as strenuously opposed by others — then, for the purposes of these proceedings at any rate, that case may be distinguished. The case did not relate to any act which could bring civilization to an end and annihilate mankind. It does not preclude a holding that there is no right to do such an act unless the act is one which is authorized under international law.

This fourth solution calls for fuller consideration than the others. It will be necessary to take account of three developments which bear on the extent to which modes of legal thought originating in an earlier age are applicable in today's world.

First, as set out in Article 2, paragraph 4, of the Charter, and following on earlier developments, the right of recourse to force has come under a major restriction. This is a significant movement away from the heavy emphasis on individual sovereignty which marked international society as it earlier existed. The point was stressed by the Philippines and Samoa.

Second, there have been important developments concerning the character of the international community and of inter-State relations. While the number of States has increased, international relations have thickened; the world has grown closer. In the process, there has been a discernible movement from a select society of States to a universal international community. Thus it was that in 1984 a Chamber of the Court could speak of "the co-existence and vital co-operation of the members of the international community" (*Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area*, *I.C.J. Reports* 1984, p. 299, para. 111). The earlier legal outlook has not lost all relevance. It is reasonably clear, however, that the previous stress on the individual sovereignty of each State considered as *hortus conclusus* has been inclining before a new awareness of the responsibility of each State as a member of a more cohesive and comprehensive system based on co-operation and interdependence.

These new developments have in part been consecrated by the Charter, in part set in motion by it. Their effect and direction were noticed by Judge Alvarez (*Conditions of Admission of a State to Membership in the United Nations (Article 4 of Charter)*, 1948, *I.C.J. Reports* 1947-1948, p. 68, separate opinion). Doubts about his plea for a new international law did not obscure the fact that he was not alone in his central theme. Other judges observed that it was

"an undeniable fact that the tendency of all international activities in

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

*

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

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

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

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

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

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

recent times has been towards the promotion of the common welfare of the international community with a corresponding restriction of the sovereign power of individual States" (*Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, I.C.J. Reports 1951*, p. 46, joint dissenting opinion of Judges Guerrero, Sir Arnold McNair, Read and Hsu Mo).

Though elsewhere critical of "the theory which reduces the rights of States to competences assigned and portioned by international law"⁸, Judge De Visscher, for his part, observed that "[t]he Charter has created an international system", and added:

"[I]n the interpretation of a great international constitutional instrument, like the United Nations Charter, the individualistic concepts which are generally adequate in the interpretation of ordinary treaties, do not suffice." (*International Status of South West Africa, I.C.J. Reports 1950*, p. 189, dissenting opinion.)

The Charter did not, of course, establish anything like world government; but it did organize international relations on the basis of an "international system"; and fundamental to that system was an assumption that the human species and its civilization would continue.

But, third, there have been developments working in the opposite direction, in the sense that it now, and for the first time, lies within the power of some States to destroy the entire system, and all mankind with it.

What lesson is to be drawn from these developments, the third being opposed to the first and the second?

The notions of sovereignty and independence which the "*Lotus*" Court had in mind did not evolve in a context which visualized the possibility that a single State could possess the capability of wiping out the practical existence both of itself and of all other States. The Court was dealing with a case of collision at sea and the criminal jurisdiction of States in relation thereto — scarcely an earth-shaking issue. Had its mind been directed to the possibility of the planet being destroyed by a minority of warring States, it is not likely that it would have left the position which it took without qualification. No more than this Court would have done when in 1986 it said that

"in international law there are no rules, other than such rules as may be accepted by the State concerned, by treaty or otherwise, whereby the level of armaments of a sovereign State can be limited, and this principle is valid for all States without exception" (*Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, *I.C.J. Reports 1986*, p. 135, para. 269).

⁸ Charles De Visscher, *Theory and Reality in Public International Law*, revised edition, trans. P. E. Corbett, 1968, p. 104.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

The situation did not relate to the use of nuclear weapons; the Court's statement was directed to the right of a State to possess a level of armaments about the use of which no issue of legality had been raised. Caution needs to be exercised in extending the meaning of a judicial dictum to a field which was not in contemplation. The fact that he was dissenting does not diminish the value of Judge Badawi Pasha's reminder of problems which could arise

"when a rule is removed from the framework in which it was formed, to another of different dimensions, to which it cannot adapt itself as easily as it did to its proper setting" (*Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations I.C.J. Reports 1949*, p. 215).

It is worth remembering, too, that, in his dissenting opinion in "*Lotus*", Judge Finlay understood the *compromis* to present an issue not as to whether there was "a rule forbidding" the prosecution, but as to "whether the principles of international law authorize" it (*P.C.I.J., Series A, No. 10*, p. 52). In the early post-Charter period, Judge Alvarez specifically challenged the principle that States have "the right . . . to do everything which is not expressly forbidden by international law". In his view, "This principle, formerly correct, in the days of absolute sovereignty, is no longer so at the present day." (*Fisheries, I.C.J. Reports 1951*, p. 152, separate opinion.)

I do not consider now whether so general a challenge is maintainable. This is because it appears to me that there is a particular area in which "*Lotus*" is distinguishable. On what point does this limited distinction turn? It is this. Whichever way the issue in "*Lotus*" was determined, the Court's determination could be accommodated within the framework of an international society consisting of "co-existing independent communities". Not so as regards the issue whether there is a right to use nuclear weapons. Were the Court to uphold such a right, it would be upholding a right which could be used to destroy that framework and which could not therefore be accommodated within it. However extensive might be the powers available to a State, there is not any basis for supposing that the Permanent Court of International Justice considered that, in the absence of a prohibition, they included powers the exercise of which could extinguish civilization and annihilate mankind and thus destroy the framework of the international community; powers of this kind were not in issue. To the extent that a course of action could be followed by so apocalyptic a consequence, the case is distinguishable; it does not stand in the way of this Court holding that States do not have a right to embark on such a course of action unless, which is improbable, it can be shown that the action is authorized under international law.

It is the case that the formulations (and in particular the title) employed in various draft conventions appended to a number of General Assembly resolutions on the subject of nuclear weapons were cast in the terminology of prohibition. However, assuming that the correct theory is that

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

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

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

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

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

authorization under international law has to be shown for the use of nuclear weapons, this would not prevent States from concluding a formal prohibitory treaty; the fact that the draft conventions were directed to achieving a prohibition does not invalidate the view that authorization has to be shown.

The terminology of prohibition is also to be found in the reasoning of the Tokyo District Court in *Shimoda v. The State*⁹. I do not consider that much can be made of this. The Tokyo District Court, being satisfied that the dropping of the bombs was prohibited under international law, was not called upon to consider whether, if there was no prohibition, it was necessary for an authorization to be shown; the received statement of the law being, in its view, sufficient for a holding of unlawfulness, a sense of judicial economy could make it unnecessary for the Court to enquire whether the same holding could be sustained on another basis.

Can the required authorization be shown in this case? It seems not. The Court is a creature of the Charter and the Statute. If it finds, as it should, that both the Charter and the Statute posit the continued existence of civilization and of mankind, it is difficult to see how it can avoid a holding that international law does not authorize a State to embark on a course of action which could ensue in the destruction of civilization and the annihilation of mankind.

PART III. WHETHER THE COURT COULD HOLD THAT THE USE OF NUCLEAR WEAPONS IS PROHIBITED BY HUMANITARIAN LAW

I propose now to consider the question of the legality of the use of nuclear weapons from the standpoint of some of the leading principles of humanitarian law (a term now generally used) which were in force at the commencement of the nuclear age. These principles relate to the right to choose means of warfare, the unnecessary suffering principle, and the Martens Clause.

1. *The Methods or Means of Warfare*

This customary international law principle is restated in Article 35, paragraph 1, of Additional Protocol I of 1977 to the Geneva Conventions of 1949 as follows: "In any armed conflict, the right of the Parties to the conflict to choose methods or means of warfare is not unlimited." The principle has come under pressure from the continuing emergence of weapons with increasing destructive power, the tendency being to accept higher levels of destructiveness with growing powers of destruction. Its value would be further eroded if, as it is sometimes argued, all it does is to leave open the possibility that a weapon may be banned under some

⁹ *The Japanese Annual of International Law*, No. 8, 1964, p. 235.

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

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

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

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

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

1. Les méthodes ou moyens de guerre

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

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

law other than that setting out the principle itself; but that argument cannot be right since, if it is, the principle would not be laying down a norm of State conduct and could not therefore be called a principle of international law. Paragraph 77 of the Court's Advisory Opinion recognizes that the principle is one of international law; it is not meaningless. Nor is it spent; its continuing existence was attested to by General Assembly resolution 2444 (XXIII), adopted unanimously on 19 December 1968. By that resolution the General Assembly affirmed

"resolution XXVIII of the XXth International Conference of the Red Cross held at Vienna in 1965, which laid down, *inter alia*, the following principles for observance by all governmental and other authorities responsible for action in armed conflicts:

- (a) that the right of the parties to a conflict to adopt means of injuring the enemy is not unlimited;
- (b) that it is prohibited to launch attacks against the civilian populations as such;
- (c) that distinction must be made at all times between persons taking part in the hostilities and members of the civilian population to the effect that the latter be spared as much as possible."

As is suggested by subparagraph (a), the principle limiting the right to choose means of warfare subsists. Notwithstanding an impression of non-use, it is capable of operation. In what way? The principle may be interpreted as intended to exclude the right to choose some weapons. What these might be was not specified, and understandably so. Yet, if, as it seems, the principle can apply to bar the use of some weapons, it is difficult to imagine how it could fail to bar the use of nuclear weapons; difficulties which may exist in applying the rule in less obvious cases disappear as more manifest ones appear. But, of course, imagination is not enough; a juridical course of reasoning has to be shown. How?

A useful beginning is to note that what is in issue is not the existence of the principle, but its application in a particular case. Its application does not require proof of the coming into being of an *opinio juris* prohibiting the use of the particular weapon; if that were so, one would be in the strange presence of a principle which could not be applied without proof of an *opinio juris* to support each application.

But how can the principle apply in the absence of a stated criterion? If the principle can operate to prohibit the use of some means of warfare, it necessarily implies that there is a criterion on the basis of which it can be determined whether a particular means is prohibited. What can that implied criterion be? As seems to be recognized by the Court, humani-

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

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

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

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

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

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

tarian considerations are admissible in the interpretation of the law of armed conflict (see paragraphs 86 and 92 of the Court's Advisory Opinion). Drawing on those considerations, and taking an approach based on the principle of effectiveness, it is reasonable to conclude that the criterion implied by the principle in question is set by considering whether the use of the particular weapon is acceptable to the sense of the international community; it is difficult to see how there could be a right to choose a means of warfare the use of which is repugnant to the sense of the international community.

In relation to some weapons, it may be difficult to establish, with evidential completeness, what is the sense of the international community. But the use of nuclear weapons falls, as it were, at the broad end of a range of possibilities, where difficulties of that kind evaporate. Unlike the case of conventional weapons, the use of nuclear weapons can result in the annihilation of mankind and of civilization. As it has been remarked, if all the explosive devices used throughout the world since the invention of gunpowder were to detonate at the same time, they could not result in the destruction of civilization; this could happen if recourse were made to the use of nuclear weapons, and with many to spare. The principle limiting the right to choose means of warfare assumed that, whatever might be the means of warfare lawfully used, it would continue to be possible for war to be waged on a civilized basis in future. Thus, however free a State may be in its choice of means, that freedom encounters a limiting factor when the use of a particular type of weapon could ensue in the destruction of civilization.

It may be added that, in judging of the admissibility of a particular means of warfare, it is necessary, in my opinion, to consider what the means can do in the ordinary course of warfare, even if it may not do it in all circumstances. A conclusion as to what nuclear weapons can do in the ordinary course of warfare is not speculative; it is a finding of fact. In advisory proceedings, the Court can make necessary determinations of fact (*Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, I.C.J. Reports 1971, p. 27). For the reasons given, there is no difficulty in making one in this case.

In making a finding as to what is the sense of the international community, it is of course essential for the Court to consider the views held by States, provided that, for the reasons given above, there is no slippage into an assumption that, so far as concerns the particular principle in question, it is necessary to establish an *opinio juris* supportive of the existence of a specific rule prohibiting the use of nuclear weapons.

The views of States are available. The first General Assembly resolution, which was unanimously adopted on 24 January 1946, bears the interpretation that the General Assembly considered that the use of

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

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

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

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

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

nuclear weapons is unacceptable to the international community; it is referred to above. Also there are the 1968 NPT and associated arrangements, dealt with more fully below. The Court may interpret these as amounting to a statement made both by the NWS and the NNWS to the effect that the actual use of nuclear weapons would be unacceptable to the international community, and that it is for this reason that efforts should be made to contain their spread under arrangements which committed all parties to work, in good faith, towards their final elimination. If the actual use of nuclear weapons is acceptable to the international community, it is difficult to perceive any credible basis for an arrangement which would limit the right to use them to some States, and more particularly if the latter could in some circumstances exercise that right against States not enjoying that exclusive right.

In the year following the conclusion of the NPT, the Institute of International Law, at its 1969 session in Edinburgh, had occasion to note that "existing international law prohibits the use of all weapons" (nuclear weapons being understood to be included) "which, by their nature, affect indiscriminately both military objectives and non-military objects, or both armed forces and civilian population". Whatever may be said of other such weapons, that view, expressed with near unanimity, is helpful not only for its high professional value, but also for its independent assessment of the unacceptability to the international community of the use of nuclear weapons. That assessment accurately reflected the basis on which the NPT arrangements had been concluded in the preceding year.

Other weapons share with nuclear weapons membership of the category of weapons of mass destruction. As mentioned above, however, it is open to the Court to take the view that the juridical criterion is not simply how destructive a weapon is, but whether its destructiveness is such as to cause the weapon to be considered by the international community to be unacceptable to it. The material before the Court (some of which was examined in Part I, Section 3, above) is sufficient to enable the Court to conclude that, in the case of nuclear weapons, the revulsion of the international community is an established fact. Thus, the legal consequences in the specific case of nuclear weapons need not be the same for other weapons of mass destruction not already banned by treaty.

In *Shimoda v. The State* the plaintiffs' claims were dismissed on grounds not now material; the case remains the only judicial decision, national or international, in the field. It was decided by the Tokyo District Court on 7 December 1963. Though not of course binding, it ranks as a judicial decision under Article 38, paragraph 1 (*d*), of the Statute of the Court; it qualifies for consideration. A judicial conclusion different

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

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

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

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

from that reached by the Tokyo District Court would need to explain why the reasoning of that Court was not acceptable.

The Tokyo District Court was deliberating over the proposition (based on expert legal opinion) "that the means which give unnecessary pain in war and inhumane means are prohibited as means of injuring the enemy"¹⁰. The proposition reflected two grounds invoked by Japan in its Note of protest of 10 August 1945, in which it said:

"It is a fundamental principle of international law in time of war that a belligerent has not an unlimited right in choosing the means of injuring the enemy, and should not use such weapons, projectiles, and other material as cause unnecessary pain; and these are each expressly stipulated in the annex of the Convention respecting the Laws and Customs of War on Land and articles 22 and 23 (*e*) of the Regulations respecting the Laws and Customs of War on Land."¹¹

Article 22 of those Regulations concerned the right to adopt means of injuring the enemy, while Article 23 (*e*) concerned the unnecessary suffering principle.

The Tokyo District Court's reasoning dealt with both branches of the proposition before it, on an interrelated basis. It accepted that

"international law respecting war is not formed only by humane feelings, but it has as its basis both military necessity and efficiency and humane feelings, and is formed by weighing these two factors"¹².

Consequently,

"however great the inhumane result of a weapon may be, the use of the weapon is not prohibited by international law, if it has a great military efficiency"¹³.

Nevertheless, the Tokyo District Court thought that it could

"safely see that besides poison, poison gas and bacterium the use of the means of injuring the enemy which causes at least the same or more injury is prohibited by international law"¹⁴.

The Tokyo District Court confined itself to the issue whether the particular use of atomic weapons at Hiroshima and Nagasaki was lawful,

¹⁰ *The Japanese Annual of International Law*, No. 8, 1964, p. 240.

¹¹ *Ibid.*, p. 252.

¹² *Ibid.*, p. 240.

¹³ *Ibid.*, p. 241.

¹⁴ *Ibid.*

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

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

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

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

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

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

C'est pourquoi,

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

Toutefois, le tribunal a déclaré

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

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

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

¹¹ *Ibid.*, p. 252.

¹² *Ibid.*, p. 240.

¹³ *Ibid.*, p. 241.

¹⁴ *Ibid.*

noticing but not deciding “an important and very difficult question”, namely, “whether or not an atomic bomb having such a character and effect is a weapon which is permitted in international law as a so-called nuclear weapon . . .”¹⁵. Nevertheless, it is clear that in deciding the former issue, relating to the particular use, the Court’s reasoning flowed from its consideration of the latter issue, relating to the legal status of such weapons. Thus, although the Tokyo District Court did not so decide, it followed from its reasoning that nuclear weapons would not be an admissible means of warfare. It is the reasoning of the Tokyo District Court that this Court is concerned with.

The material before this Court is sufficient to enable it to make a finding of fact that the actual use of nuclear weapons is not acceptable to the sense of the international community; on the basis of such a finding of fact, it would lie within its judicial mission to hold that such weapons are not admissible “means of warfare” within the meaning of the law.

2. *Unnecessary Suffering*

Then as to the customary international law prohibition of superfluous and unnecessary suffering. As restated in Article 35, paragraph 2, of the 1977 Additional Protocol I to the 1949 Geneva Conventions, the principle reads:

“It is prohibited to employ weapons, projectiles and material and methods of warfare of a nature to cause superfluous injury or unnecessary suffering.”

The case of a weapon, such as the “dum-dum” bullet¹⁶, which is deliberately crafted so as to cause unnecessary suffering, does not exhaust the interpretation and application of the prohibition. That may be regarded as a particular instance of the working of a broader underlying idea that suffering is superfluous or unnecessary if it is materially in excess of the degree of suffering which is justified by the military advantage sought to be achieved. A mechanical or absolute test is excluded: a balance has to be struck between the degree of suffering inflicted and the military advantage in view. The greater the military advantage, the greater will be the willingness to tolerate higher levels of suffering. And, of course, the balance has to be struck by States. The Court cannot usurp their judgment; but, in this case, it has a duty to find what that judgment is. In appreciating what is the judgment of States as to where the balance is to be

¹⁵ *The Japanese Annual of International Law*, No. 8, 1964, p. 234.

¹⁶ “[T]he projectile known under the name of ‘dum-dum’ was made in the arsenal of that name near Calcutta.” See *The Proceedings of the Hague Peace Conferences, The Conference of 1899, 1920*, p. 277, per General Sir John Ardagh.

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

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

2. *Les maux superflus*

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

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

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

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

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

struck, the Court may properly consider that, in striking the balance, States themselves are guided by the public conscience. The Court has correctly held that "the intrinsically humanitarian character of the legal principles in question . . . permeates the entire law of armed conflict and applies to all forms of warfare and to all kinds of weapons . . ." (Advisory Opinion, para. 86). It is not possible to ascertain the humanitarian character of those principles without taking account of the public conscience.

It was thus open to the Court to take the view that the public conscience could consider that no conceivable military advantage could justify the degree of suffering caused by a particular type of weapon. Poison gas was, arguably, a more efficient way of deactivating the enemy in certain circumstances than other means in use during the First World War. That did not suffice to legitimize its use; the prohibition rested on an appreciation, as set out in the first preamble to the 1925 Geneva Gas Protocol, that "the use in war of asphyxiating, poisonous or other gases has been justly condemned by the general opinion of the civilized world". In effect, the use of a weapon which caused the kind of suffering that poison gas caused was simply repugnant to the public conscience, and so unacceptable to States whatever might be the military advantage sought to be achieved. That reasoning has not given birth to a comprehensive and universal prohibitory treaty provision in this case; it is nonetheless helpful in estimating the acceptability to the public conscience of the suffering that could be inflicted by the use of nuclear weapons on both combatants and civilians, on distant peoples, and on generations yet unborn.

On the material before it, the Court could reasonably find that the public conscience considers that the use of nuclear weapons causes suffering which is unacceptable whatever might be the military advantage derivable from such use. On the basis of such a finding, the Court would be entitled, in determining what in turn is the judgment of States on the point, to proceed on the basis of a presumption that the judgment of States would not differ from that made by the public conscience.

The "unnecessary suffering" principle falls within the framework of principles designed for the protection of combatants. If the use of nuclear weapons would violate the principle in relation to them, that is sufficient to establish the illegality of such use. However, is it possible that the principle, when construed in the light of developing military technology and newer methods of waging war, has now come to be regarded as capable of providing protection for civilians also?

In the "expanding" bullet phase in which the principle made its appearance in the second half of the nineteenth century, it was no doubt visualized that "unnecessary suffering" would only be inflicted on soldiers in the battlefield; the effects of the use of weapons which could then cause such suffering would not extend to civilians. But the framework of mili-

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

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

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

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

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

tary operations is now different: if nuclear weapons can cause unnecessary suffering to soldiers, they can obviously have the same effect on civilians within their reach. The preamble to the Treaty of Tlatelolco correctly declared that the "terrible effects [of nuclear weapons] are suffered, indiscriminately and inexorably, by military forces and civilian population alike . . .".

It may be said that the substance of the principle of unnecessary suffering operates for the benefit of civilians through the medium of other principles, such as that which prohibits indiscriminate attacks, but that the principle itself does not operate in relation to them. What, however, is the position where it is contended that an apparently indiscriminate attack on civilians is validated by recourse to the collateral damage argument? In a case in which the collateral damage principle (whatever its true scope) would justify injury to civilians, the contradictory result of confining the unnecessary suffering principle to combatants would be that such injury may be prohibited by that principle in respect of combatants but not in respect of civilians who are equally affected; thus, an act which causes injury to combatants and non-combatants equally may be unlawful in relation to the former but lawful in relation to the latter. If combatants and non-combatants are both victims of the same act, it is difficult to see why the act should be unlawful in the former case but lawful in the latter.

In *Shimoda*, the Tokyo District Court said,

"[I]t is not too much to say that the pain brought by the atomic bombs is severer than that from poison and poison-gas, and . . . that the act of dropping such a cruel bomb is contrary to the fundamental principle of the laws of war that unnecessary pain must not be given."¹⁷

So, in this part of its reasoning, the Tokyo District Court relied on the "fundamental principle" of "unnecessary pain"; it did so in relation to injuries caused to civilians. Assisted by three experts who were professors of international law, as well as by a full team of advocates for the parties in a closely contested case, the Court did not seem to be aware of a view that the principle of unnecessary suffering was restricted to injuries caused to combatants. And yet that view, if correct, should have been central to a case which concerned injury to civilians.

However, even if the unnecessary suffering principle is restricted to combatants, the question remains whether the principle is breached in so

¹⁷ *The Japanese Annual of International Law*, No. 8, 1964, pp. 241-242.

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

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

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

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

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

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

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

far as combatants are affected by the use of nuclear weapons. For the reasons given above, the Court could hold that it is.

3. *The Martens Clause*

Some States argued that the Martens Clause depends on proof of the separate existence of a rule of customary international law prohibiting the use of a particular weapon, and that there is no such prohibitory rule in the case of nuclear weapons. The proposition is attractive.

However, an initial difficulty is this. As is recognized in paragraphs 78 and 84 of the Court's Advisory Opinion, it is accepted that the Martens Clause is a rule of customary international law. That means that it has a normative character — that it lays down some norm of State conduct. It is difficult to see what norm of State conduct it lays down if all it does is to remind States of norms of conduct which exist wholly *dehors* the Clause. The argument in question would be directed not to ascertaining the field of application of an acknowledged rule, but to denying the existence of any rule. Would an argument which produces this infirmity be right?

As set out in the 1899 Hague Convention Respecting the Laws and Customs of War on Land, the Martens Clause came at the end of a pre-ambular passage reading as follows:

“According to the view of the High Contracting Parties, these provisions, the wording of which has been inspired by the desire to diminish the evils of war, so far as military requirements permit, are intended to serve as a general rule of conduct for the belligerents in their mutual relations and in their relations with the inhabitants.

It has not, however, been found possible at present to concert regulations covering all the circumstances which arise in practice.

On the other hand, the High Contracting Parties clearly do not intend that unforeseen cases should, in the absence of a written undertaking, be left to the arbitrary judgment of military commanders.

Until a more complete code of the laws of war has been issued, the High Contracting Parties deem it expedient to declare that, in cases not included in the Regulations adopted by them, the inhabitants and the belligerents remain under the protection and the rule of the principles of the law of nations, as they result from the usages established among civilized peoples, from the laws of humanity, and the dictates of the public conscience.”

These statements support an impression that the Martens Clause was intended to fill gaps left by conventional international law and to do so in a practical way. How?

The Martens Clause bears the marks of its period; it is not easy of

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

3. *La clause de Martens*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

interpretation. One acknowledges the distinction between usages and law¹⁸. However, as the word "remain" shows, the provision implied that there were already in existence certain principles of the law of nations which operated to provide practical protection to "the inhabitants and the belligerents" in the event of protection not being available under conventional texts. In view of the implications of that word, the Clause could not be confined to principles of the law of nations waiting, uncertainly, to be born in future. The reference to the principles of the law of nations derived from the mentioned sources was descriptive of the character of existing principles of the law of nations and not merely a condition of the future emergence of such principles. It may be added that, in its 1977 formulation, the relevant phrase now reads, "derived from established custom, from the principles of humanity and from the dictates of public conscience". Since "established custom" alone would suffice to identify a rule of customary international law, a cumulative reading is not probable. It should follow that "the principles of international law" (the new wording) could also be sufficiently derived "from the principles of humanity and from the dictates of public conscience"; as mentioned above, those "principles of international law" could be regarded as including principles of international law already derived "from the principles of humanity and from the dictates of public conscience".

In effect, the Martens Clause provided authority for treating the principles of humanity and the dictates of public conscience as principles of international law, leaving the precise content of the standard implied by these principles of international law to be ascertained in the light of changing conditions, inclusive of changes in the means and methods of warfare and the outlook and tolerance levels of the international community. The principles would remain constant, but their practical effect would vary from time to time: they could justify a method of warfare in one age and prohibit it in another. In this respect, M. Jean Pictet was right in emphasizing, according to Mr. Sean McBride,

"that the Declarations in the *Hague Conventions* . . . by virtue of the de Martens Clause, imported into humanitarian law principles that went much further than the written convention; it thus gave them a dynamic dimension that was not limited by time"¹⁹.

Nor should this be strange. Dealing with the subject of "Considerations of Humanity" as a source of law, Sir Gerald Fitzmaurice remarked that

¹⁸ For "usages of war" maturing into rules of customary international law, see L. Oppenheim, *International Law, A Treatise*, Vol. II, 7th ed. by H. Lauterpacht, 1952, p. 226, para. 67, and p. 231, para. 69.

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

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

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

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

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

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

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

“all the implications of this view — i.e., in exactly what circumstances and to what extent considerations of humanity give rise in *themselves* to obligations of a legal character — remain to be worked out”²⁰.

The reservation does not neutralize the main proposition that “considerations of humanity give rise in *themselves* to obligations of a legal character”. The substance of the proposition seems present in the judgment given in 1948 in *Krupp’s* case, in which the United States Military Tribunal sitting at Nuremberg said:

“The Preamble [of Hague Convention No. IV of 1907] is much more than a pious declaration. It is a general clause, making the usages established among civilized nations, the laws of humanity and the dictates of public conscience into the legal yardstick to be applied if and when the specific provisions of the Convention and the Regulations annexed to it do not cover specific cases occurring in warfare, or concomitant to warfare.”²¹

A similar view of the role of considerations of humanity appears in the *Corfu Channel* case. There Judge Alvarez stated that the “characteristics of an *international delinquency* are that it is an act contrary to the sentiments of humanity” (*I.C.J. Reports* 1949, p. 45, separate opinion); and the Court itself said that Albania’s

“obligations are based, not on the Hague Convention of 1907, No. VIII, which is applicable in time of war, but on certain general and well-recognized principles, namely: elementary considerations of humanity, even more exacting in peace than in war; . . .” (*I.C.J. Reports* 1949, p. 22).

Thus, Albania’s obligations were “based . . . on . . . elementary considerations of humanity . . .”, with the necessary implication that those considerations can themselves exert legal force. In 1986 the Court considered that “the conduct of the United States may be judged according to the fundamental general principles of humanitarian law”; and it expressed the view that certain rules stated in common Article 3 of the 1949 Geneva Conventions were “rules which, in the Court’s opinion, reflect what the Court in 1949 called ‘elementary considerations of humanity’ (*Corfu Channel, Merits, I.C.J. Reports* 1949, p. 22)” (*Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Merits, I.C.J. Reports* 1986, pp. 113-114, para. 218). Consistent with the foregoing is the earlier observation by the Naulilaa Tribunal

²⁰ Sir Gerald Fitzmaurice, *The Law and Procedure of the International Court of Justice*, Vol. 1, 1986, p. 17, note 4, emphasis as in the original; and see *ibid.*, p. 4.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

that the right of reprisals “is *limited* by the experiences of mankind . . .” [*translation by the Registry*]²².

I am not persuaded that the purpose of the Martens Clause was confined to supplying a humanitarian standard by which to interpret separately existing rules of conventional or customary international law on the subject of the conduct of hostilities; the Clause was not needed for that purpose, for considerations of humanity, which underlie humanitarian law, would in any event have supplied that service (see paragraph 86 of the Court’s Advisory Opinion). It is also difficult to accept that all that the Martens Clause did was to remind States of their obligations under separately existing rules of customary international law. No doubt, the focus of the Clause in the particular form in which it was reproduced in the 1949 Geneva Conventions was on reminding States parties that denunciation of these humanitarian treaties would not relieve them of the obligations visualized by the Clause; but the Clause in its more usual form was not intended to be a mere reminder²³. The basic function of the Clause was to put beyond challenge the existence of principles of international law which residually served, with current effect, to govern military conduct by reference to “the principles of humanity and . . . the dictates of public conscience”. It was in this sense that

“civilians and combatants (would) remain under the protection and authority of the principles of international law derived . . . from the principles of humanity and from the dictates of public conscience”.

The word “remain” would be inappropriate in relation to “the principles of humanity and . . . the dictates of public conscience” unless these were conceived of as presently capable of exerting normative force to control military conduct.

Thus, the Martens Clause provided its own self-sufficient and conclusive authority for the proposition that there were already in existence principles of international law under which considerations of humanity could themselves exert legal force to govern military conduct in cases in which no relevant rule was provided by conventional law. Accordingly, it was not necessary to locate elsewhere the independent existence of such principles of international law; the source of the principles lay in the Clause itself.

This was probably how the matter was understood at the Hague Peace Conference of 1899. After Mr. Martens’s famous declaration was adopted, the “senior delegate from Belgium, Mr. Beernaert, who had previously objected to the adoption of Articles 9 and 10 (1 and 2 of the new

²² *Reports of International Arbitral Awards*, Vol. 2, p. 1026.

²³ For differences between the 1949 Martens Clause and its classical formulation, see Georges Abi-Saab, “The Specificities of Humanitarian Law”, in Christophe Swinarski (ed.), *Studies and Essays on International Humanitarian Law and Red Cross Principles in Honour of Jean Pictet*, 1984, p. 275.

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

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

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

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

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

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

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

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

draft), immediately announced that he could because of this declaration vote for them"²⁴. The senior Belgian delegate, as were other delegates, was not satisfied with the protection guaranteed by the particular provisions of the draft²⁵. Eventually, he found himself able to vote for the provisions. Why? Not because the required additional protection was available under independently existing customary international law; such protection would be available in any case. The reason he was able to vote for the provisions was because he took the view, not dissented from by other delegates, that the Martens Clause would itself be capable of exerting normative force to provide the required additional protection by appropriately controlling military behaviour.

"One is entitled to test the soundness of a principle by the consequences which would flow from its application." (*Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Second Phase, I.C.J. Reports 1970*, p. 220, para. 106, Judge Jessup, separate opinion.) Hence, it is useful to consider the implications of the view that the Martens Clause is not by itself relevant to the issue of legality of the use of nuclear weapons. It is clear that the use of nuclear weapons could result, even in the case of neutral countries, in destruction of the living, in sickness and forced migration of survivors, and in injury to future generations to the point of causing serious illness, deformities and death, with the possible extinction of all life. If nothing in conventional or customary international law forbids that, on the view taken by the proponents of legality of the meaning of the "*Lotus*" case, States would be legally entitled to bring about such cataclysmic consequences. It is at least conceivable that the public conscience may think otherwise. But the "dictates of public conscience" could not translate themselves into a normative prohibition unless this was possible through the Martens Clause.

It is not, I think, a question of the Court essaying to transform public opinion into law: that would lead to "government by judges", which, as Judge Gros rightly observed, "no State would easily accept" (*Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area, I.C.J. Reports 1984*, p. 385, para. 41, dissenting opinion)²⁶. Existing international law, in the form of the Martens Clause, has already established the necessary legal norm. The Court does not have to find whether there is an *opinio juris*. Its task is that of evaluating a standard embodied in an existing principle by way of making a finding as to what it is that the "principles of humanity and . . . the dictates of public conscience" require of military conduct in a given situation. In the last analysis, the answer will depend

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

²⁵ See the *Krupp* case, *supra*, p. 622.

²⁶ But see *I.C.J. Pleadings, Northern Cameroons*, p. 352, M. Weil, "to exorcise demons, it is sometimes a good idea to call them by name", i.e. "the spectre of government by judges". [*Translation by the Registry.*]

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

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

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

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

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

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

on what are the views of States themselves; but, so far as the Martens Clause is concerned, the views of States are relevant only for their value in indicating the state of the public conscience, not for the purpose of determining whether an *opinio juris* exists as to the legality of the use of a particular weapon.

The task of determining the effect of a standard may be difficult, but it is not impossible of performance; nor is it one which a court of justice may flinch from undertaking where necessary. The law is familiar with instances in which a court has to do exactly that, namely, to apply a rule of law which embodies a standard through which the rule exerts its force in particular circumstances²⁷.

Some appreciation of a factual nature may be required. The standard being one which is set by the public conscience, a number of pertinent matters in the public domain may be judicially noticed. This is apart from the fact that the Court is not bound by the technical rules of evidence found in municipal systems; it employs a flexible procedure. That, of course, does not mean that it may go on a roving expedition; it must confine its attention to sources which speak with authority. Among these there is the General Assembly. Reference has already been made to its very first resolution of 24 January 1946. That resolution, unanimously adopted, may fairly be construed by the Court as expressive of the conscience of the international community as to the unacceptability of the use of nuclear weapons. So too with the Final Document adopted by consensus in 1978 by the Tenth Special Session of the General Assembly on the subject of disarmament. A number of related General Assembly resolutions preceded and followed that Final Document. In one, adopted in 1983, the General Assembly stated that it "[r]esolutely, unconditionally and for all time condemns nuclear war as being contrary to human conscience and reason . . ." (General Assembly resolution 38/75 of 15 December 1983). Though not unanimously adopted, the resolution was validly passed by the General Assembly, acting within its proper province in the field of disarmament. Whatever may be the position as regards the possible law-making effects or influence of General Assembly resolutions, the Court would be correct in giving weight to the Assembly's finding on the point of fact as to the state of "human conscience and reason" on the subject of the acceptability of the use of nuclear weapons, and more particularly in view of the fact that that finding accords with the general tendency of other material before the Court.

²⁷ See *I.C.J. Pleadings, South West Africa*, Vol. VIII, p. 258, argument of Mr. Gross; *Fisheries Jurisdiction, I.C.J. Reports 1974*, pp. 56-57, footnote 1, separate opinion of Judge Dillard; and Julius Stone, *Legal System and Lawyers' Reasonings*, 1964, pp. 59, 68, 263-264, 299, 305-306, 320 and 346.

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

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

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

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

The Court may look to another source of evidence of the state of the public conscience on the question of the acceptability of the use of nuclear weapons. It may interpret the NPT to mean that the public conscience, as demonstrated in the positions taken by all parties to that treaty, considers that the use of nuclear weapons would involve grave risks, and that these risks would make such use unacceptable in all circumstances. The better view, I think, is that the Court cannot correctly interpret the treaty to mean that it was agreed by all parties that those risks may be both effectively and responsibly managed by five States but not by others. Nor could it be the case that the public conscience, as manifested in the positions taken by the parties to that treaty, *now* says that, after final elimination has been achieved, nuclear weapons could not be used, while *now* also saying that they could be acceptably used until final elimination has been achieved. On a matter touching the survival of mankind, the public conscience could not at one and the same time be content to apply one standard of acceptability as of now and another as of a later time. That would involve a contradiction in its views as to the fundamental unacceptability of the weapon as a means of warfare which could destroy civilization. No basis appears for ascribing such a contradiction to the public conscience; there is not much merit in prohibiting civilization from being destroyed in the future, while at the same time accepting that it may, with impeccable legality, be destroyed now.

If the above is correct, the Martens Clause helps to meet the objection, raised by the proponents of legality, that the General Assembly's question would require the Court to speculate on a number of matters. The Court could not say in advance what would be the exact effect of any particular use of nuclear weapons. Examples of possible situations relate to proportionality, the duty to discriminate between combatants and civilians, escalation of conflict, neutrality, genocide and the environment. The Court could however find, and find as a fact, that the use of nuclear weapons involves real risks in each of these areas. It could then look to the public conscience for its view as to whether, in the light of those risks, the use of such weapons is acceptable in any circumstances; the view of the public conscience could in turn be found to be that, in the light of those risks, such use is unacceptable in all circumstances. The public conscience thus has a mediating role through which it enjoys a latitude of evaluation not available to the Court.

In the result, on the basis of what the Court finds to be the state of the public conscience, it will be able to say whether the Martens Clause operates to prohibit the use of nuclear weapons in all circumstances. On the available material, it would be open to the Court to hold that the Clause operates to impose such a prohibition.

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

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

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

PART IV. WHETHER A PRIOR PROHIBITORY RULE, IF IT EXISTED, WAS MODIFIED OR RESCINDED BY THE EMERGENCE OF A SUBSEQUENT RULE

1. *The Position as at the Commencement of the Nuclear Age*

Underlying the Court's holding in the second part of subparagraph E of paragraph 2 of the operative paragraph of its Advisory Opinion that it "cannot conclude definitively" on the issue there referred to, is a contention by some States that the Court was being invited by the General Assembly's question to speculate on possible "scenarios". If that means that the Court could not decide on the basis of conjectures, I would uphold the contention. But I would not feel able to go the further step of accepting (if this other proposition was also intended) that there are no circumstances in which the Court may properly have recourse to the use of hypotheses. It would not, I think, be correct to say, as it is sometimes said, that the interpretation and application of the law always abjures hypotheses. Within reasonable limits, a hypothesis, as in other fields of intellectual endeavour, may be essential to test the limits of a theory or to bring out the true meaning of a rule. When, in a famous statement, it was said "*hypotheses non fingo*", that only excluded propositions going beyond actual data²⁸. The actual data may themselves suggest possibilities which need to be explored if the correct inference is to be drawn from the data.

The position as it stood immediately before the commencement of the nuclear age was that, since nuclear weapons did not exist, *ex hypothesi* there was, and could have been, no rule in conventional or customary international law which prohibited the use of nuclear weapons "as such". But it cannot be a serious contention that the effects produced by the use of nuclear weapons, when they were later invented, were beyond the reach of the pre-existing law of armed conflict (see paragraphs 85-86 of the Advisory Opinion and *Shimoda*, *supra*, pp. 235-236); the "novelty of a weapon does not by itself convey with it a legitimate claim to a change in the existing rules of war"²⁹.

Thus, if, immediately before the commencement of the nuclear age, the question was asked whether effects of the kind that would be later produced by the use of nuclear weapons would constitute a breach of the law of armed conflict, the Court could well hold that the answer would inevi-

²⁸ "For whatever is not deduc'd from the phaenomena, is to be called an hypothesis." See Sir Isaac Newton, *The Mathematical Principles of Natural Philosophy*, Book III, Vol. II, trans. Andrew Motte, 1968, p. 392; and Derek Gjertsen, *The Newton Handbook*, 1986, p. 266.

²⁹ L. Oppenheim, *International Law, A Treatise*, Vol. II, 7th ed. by H. Lauterpacht, p. 469, para. 181a.

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

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

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

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

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

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

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

tably have been in the affirmative. If the effects so produced would have been forbidden by that law, it follows that nuclear weapons, when they later materialized, could not be used without violating that law — not, that is to say, unless that law was modified by the subsequent evolution of a law operating in the opposite direction, a point considered below.

2. *The Position Subsequent to the Commencement of the Nuclear Age*

A “froward retention of custom is as turbulent a thing as an innovation”, says Bacon³⁰. So, on the assumption that a prohibitory rule existed at the commencement of the nuclear age, it would remain to consider whether that rule was later modified or reversed by the emergence of a new rule operating in the opposite direction: would the “froward retention” of the previous prohibition of the use of nuclear weapons have been judged a “turbulent” thing?

It is necessary to have regard to the structure of the debate. The argument of some States is that there is not and never was a rule prohibitory of the use of nuclear weapons. In determining the issue so raised, a useful benchmark is the commencement of the nuclear age. The position as at that time has to be determined by reference to the law as it then stood. Subsequent developments do not form part of any process creative of any rule on the subject as at that time. If a correct finding is that, on the law as it existed at the commencement of the nuclear age, a prohibitory rule then existed, evidence of subsequent State practice cannot serve to contradict that finding by showing that, contrary to that finding, no prohibitory rule then existed. What subsequent State practice can do is to create an *opinio juris* supportive of the emergence of a new rule modifying or reversing the old rule. But it has not been suggested that, if a prohibitory rule existed at the commencement of the nuclear age, it was modified or reversed by the emergence of a later rule operating in the opposite direction. This being the case, it follows that if a prohibitory rule existed at the commencement of the nuclear age, that rule continues in force.

The same conclusion is reached even if it were in fact argued that any prior prohibitory rule was reversed by the emergence of a later rule operating in the opposite direction. The substantial and long-standing opposition within the ranks of the NNWS to the proposition that there is a right in law to use nuclear weapons would have sufficed to prevent the evolution of the *opinio juris* required to support the birth of any such new rule, and more particularly so if the earlier rule had the status of *jus cogens*. This would have been the case if the humanitarian principles on which the earlier rule was based had that status, a possibility left open by paragraph 83 of the Advisory Opinion.

³⁰ “Of Innovations”, in J. Spedding, R. L. Ellis and D. D. Heath (eds.), *The Works of Francis Bacon*, 1890, Vol. VI, p. 433.

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

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

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

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

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

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

One last point. Argument was made that the NWS were "States whose interests are specially affected" within the meaning of the principle relating to the creation of customary international law, as enunciated by the Court in 1969 (*North Sea Continental Shelf*, *I.C.J. Reports* 1969, p. 43, para. 74), and that, indeed, "in the present case, a practice involving the threat or use of nuclear weapons could proceed only from States recognized as possessing the status of nuclear-weapon States" (CR 95/24, p. 3). The argument is interesting, but not persuasive. Where what is in issue is the lawfulness of the use of a weapon which could annihilate mankind and so destroy all States, the test of which States are specially affected turns not on the ownership of the weapon, but on the consequences of its use. From this point of view, all States are equally affected, for, like the people who inhabit them, they all have an equal right to exist.

For these reasons, granted the prior existence of a prohibitory rule, it was open to the Court to hold that the position taken by a considerable number of the NNWS, if not the majority, would have operated to bar the development of the *opinio juris* necessary to support the creation of a new rule rescinding the old. The old prohibitory rule would therefore have continued up to the present time.

PART V. THE DENUCLEARIZATION TREATIES AND THE NPT

Some States rely on regional denuclearization treaties and on the NPT and associated arrangements as State practice evidencing the non-existence of a prohibitory rule. Those arrangements, they argue, are only explicable on the assumption that the use of nuclear weapons was regarded by the negotiating States as lawful. They emphasize that for 50 years the NWS have been openly possessing and deploying nuclear weapons under one form or another of a policy of nuclear deterrence; that it is well known that several NNWS have been sheltering under the nuclear umbrella of a NWS; that the NWS and other States sheltering under a nuclear umbrella constitute a substantial and important part of the international community; that elements of the negative and positive security assurances given by the NWS necessarily imply recognition by the NNWS that nuclear weapons may be lawfully used; that Security Council resolution 984 (1995) expressed the Council's appreciation of the statements through which the NWS gave those assurances; and that no NNWS protested against those assurances or with the appreciation thus expressed. How should these matters be evaluated?

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

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

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

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

The position as at the beginning of the nuclear age was either that there was no rule prohibiting States from producing effects of the kind which could later be produced by nuclear weapons, or that there was such a prohibitory rule. If there was no such prohibitory rule, it is not necessary to consider in detail whether subsequent State practice introduced one, for the known position of the NWS and those of the NNWS sheltering under a nuclear umbrella, representing a substantial and important part of the international community, would have prevented the crystallization of the *opinio juris* required to create such a rule: the non-existence of a prohibitory rule would continue to this day, and the case of the proponents of legality succeeds.

On the opposite view that there was a prior prohibitory rule, there is equally no need to consider subsequent State practice in any detail. As has been argued, if, on the basis of the law as it stood at the commencement of the nuclear age, it is found that there then existed a prohibitory rule, that finding as to what was the then state of the law cannot be contradicted by later developments. Later developments may only be considered for the purpose of determining whether they represented a State practice which brought into being a new rule modifying or rescinding the prior prohibitory rule. But then the known position of the majority of the NNWS, also representing a substantial and important part of the international community, would have barred the development of the *opinio juris* required for the creation of a modifying or rescinding rule: the prior prohibitory rule would thus continue to this day, and the case of the proponents of illegality succeeds.

On either view, it is accordingly not necessary to consider later developments in any detail. As there has been much debate over regional denuclearization treaties and the NPT, I shall nevertheless say something about these. In my opinion, the Court could hold that they do not show that the proponents of illegality accepted the legality of the use of nuclear weapons.

* *

First, as to the regional denuclearization treaties. It will be convenient to deal with one only, namely, the Treaty of Tlatelolco of 1967. The preamble to this treaty stated that "the proliferation of nuclear weapons" seemed "inevitable unless States, in the exercise of their sovereign rights, impose restrictions on themselves in order to prevent it". The treaty being concerned with both possession and use, there is force in the argument that that statement recognized that there was a sovereign right in law to use such weapons. That inference does not however necessarily follow when regard is had to the fact that the preamble also said that the use of such a weapon could result in "an attack on the integrity of the human species and ultimately may even render the whole earth uninhabitable".

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

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

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

* *

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

The better interpretation of the treaty is that it was, objectively, directed to the establishment of a régime to ensure that Latin America would be nuclear-free, given that nuclear weapons in fact existed and might in fact be used; the treaty did not rest on an assumption that there existed a right in law to use weapons which could "render the whole earth uninhabitable". Reservations or declarations made by the NWS on signing or ratifying Protocol II to the treaty did rest on an assumption that there was a right of use; but it is risky to infer that, by remaining silent, States parties to the treaty acquiesced in that assumption in the light of the fact that, both before and after the conclusion of the treaty, many of them were on record as affirming through the General Assembly and otherwise that the use of such weapons would be a crime.

* *

Next as to the NPT. This calls for fuller discussion; the arguments were more intense. Some States, or one or another of them, argued that a right to use nuclear weapons formed part of the inherent right of self-defence; that the inherent right of self-defence was inalienable; that it had a fundamental and overriding character; that it was the most fundamental right of all; but that it could be restricted by express treaty provisions. It followed that some States could retain their right to use nuclear weapons, while others could competently agree to forego it. The argument adds that acceptance of a right to possess such weapons under the NPT implies acknowledgment of a right of use.

*

These arguments are weighty; they demand careful consideration. A difficulty lies, however, in the characterization of a right to use nuclear weapons as being a part of the right of self-defence. If the characterization is correct, it is not easy to appreciate how the proponents of illegality, which were parties to the NPT, would have intended voluntarily to forego an important part of their inherent right of self-defence whilst agreeing that the right would be retained in full by the NWS. The third preambular paragraph of the NPT showed that the treaty was concluded in

"conformity with resolutions of the United Nations General Assembly calling for the conclusion of an agreement on the prevention of wider dissemination of nuclear weapons".

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

* *

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

*

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

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

Those resolutions would include General Assembly resolution 2028 (XX) of 19 November 1965, paragraph 2 (*b*) of which laid it down that a non-proliferation treaty "should embody an acceptable balance of mutual responsibilities and obligations of the nuclear and non-nuclear Powers". It is hard to see how that prescription could find an acceptable reflection in an asymmetrical enjoyment of so fundamental a right as the inherent right of self-defence.

There would be difficulty also in following how it is that what is inalienable for some States is alienable for others. It is an attribute of sovereignty that a State may by agreement restrain the exercise of its competence; yet how far it may do so without losing its status as a State is another question³¹. Since the right of self-defence is "inherent" in a State, it is not possible to conceive of statehood which lacks that characteristic. See the illustration in General Assembly resolution 49/10 of 3 November 1994,

"[r]eaffirming . . . that as the Republic of Bosnia and Herzegovina is a sovereign, independent State and a Member of the United Nations, it is entitled to all rights provided for in the Charter of the United Nations, including the right to self-defence under Article 51 thereof".

Arrangements for the exercise of the right of self-defence are a different matter. But, so far as the right itself is concerned, if the right includes a right to use nuclear weapons, the latter is not a small part of the former. It was no doubt for this reason that, in the parallel case brought by the World Health Organization, it was argued that to "deny the victim of aggression the right to use the only weapons which might save it would be to make a mockery of the inherent right of self-defence"³². The argument is understandable, granted the premise that the right to use nuclear weapons is part of the inherent right of self-defence. The question is whether the premise is correct. For, if it is correct, then, by the same token, there is difficulty in seeing how the NNWS which were parties to the NPT could have wished to part with so crucially important a part of their inherent right of self-defence.

It is possible to see the NNWS agreeing that, because of the dangers represented by nuclear weapons, they would not acquire such weapons, on the basis that the NWS, which already had such weapons, would take steps to eliminate them. It is less easy to see how the NNWS would, on the ground of such dangers, agree to deprive themselves of the opportu-

³¹ See argument of M. Yasseen in *I.C.J. Pleadings, Interpretation of the Agreement of 25 March 1951 between the WHO and Egypt*, pp. 298-299.

³² Statement of the Government of the United Kingdom (para. 24), in the case concerning *Legality of the Use by a State of Nuclear Weapons in Armed Conflict* (Request for Advisory Opinion).

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

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

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

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

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

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

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

nity of using such weapons in exercise of their inherent right of self-defence whilst nevertheless agreeing that such weapons, notwithstanding the same dangers, could be legally used by the NWS in exercise of their own inherent right of self-defence and used in some circumstances against the NNWS. The Court could not uphold so unbalanced a view of the scheme of the NPT without endorsing the controversial thesis that its real thrust was not so much to prevent the spread of a dangerous weapon, as to ensure that enjoyment of its use was limited to a minority of States. The difference in perceived objectives is material to the correctness of the interpretation to be placed on the treaty.

A further area of nuclear weapon discrepancy could arise as between non-NPT States and the NNWS which are parties to the NPT. On the argument for legality, the former would have a right in law to use nuclear weapons in self-defence, whereas the latter would have foregone the exercise of that right even in relation to the former. For, since a NNWS, which is a party to the NPT, cannot possess nuclear weapons without breaching the treaty, it follows that it cannot threaten or use nuclear weapons even in relation to non-parties to the treaty, although the latter, not being bound by the treaty, may have gone on to develop, acquire and possess such weapons. In the result, a NNWS which is a party to the NPT would be prevented by the treaty from exercising the full measure of its inherent right of self-defence under Article 51 of the Charter, notwithstanding that the non-party to the treaty would be entitled to use such weapons in exercise of its own inherent right of self-defence under that Article.

*

These difficulties suggest that it is necessary to distinguish between the inherent right of self-defence and the means by which the right is exercisable. A State using force in self-defence is acting legally under the *jus ad bellum*. But, whether a State is acting legally or illegally under the *jus ad bellum*, if it is in fact using force it must always do so in the manner prescribed by the *jus in bello*. It is the *jus in bello* which lays down whether or not a particular means of warfare is permissible. Thus, where the use of a particular weapon is proscribed by the *jus in bello*, the denial of the use of that weapon is not a denial of the right of self-defence of the attacked State: the inherent right of self-defence spoken of in Article 51 of the Charter simply does not comprehend the use of the weapon in

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

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

*

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

question. The legal answer to the possible plight of the victim State is given by the principle, as enunciated by the United States Military Tribunal at Nuremberg on 19 February 1948, that "the rules of international law must be followed even if it results in the loss of a battle or even a war. Expediency or necessity cannot warrant their violation . . ." ³³.

A reasonable view is that the proponents of illegality which were parties to the NPT did not consider that they were contracting away an important part of their inherent right of self-defence, but that they acted on the view that a State's inherent right of self-defence did not include a right to use nuclear weapons. If they considered that a right to use nuclear weapons was an integral part of so fundamental a right as the inherent right of self-defence, it is difficult to see why they should have intended to agree that such weapons could be used only by some, and not by all. On the other hand, if they acted on the basis that a right to use such weapons was not part of the inherent right of self-defence, this governs, or at any rate qualifies and explains, the NPT arrangements, inclusive of the 1995 extension, the positive and negative assurances, and the Security Council statements set out in its resolution 984 (1995). As was pointed out by Solomon Islands, all of these arrangements formed part of a declared process for eliminating nuclear weapons; it is not persuasive to interpret them as implying acceptance by the NNWS of the legality of the use of such weapons. Answering an argument that, through the NPT, the "nuclear-weapon States were being given a legal basis for the maintenance of their nuclear arsenals", New Zealand submitted, correctly in my view, that

"the very *raison d'être* of the Treaty . . . is based on a recognition that nuclear weapons are different. The judgment made was that, in view of the uniquely destructive potential of such weapons, and human nature being what it is, the only option for humanity was to rid itself of these weapons entirely. The threat that the weapons represent hangs over the security of the whole international community. They also constitute a threat, and a challenge, to the international legal order." (CR 95/28, p. 36.)

In the light of the foregoing, the Court could read the NPT this way. As stated in the preamble, all parties, both the NWS and the NNWS,

³³ The *List* case, *Trials of War Criminals before the Nuernberg Military Tribunals under Control Council Law No. 10*, Vol. XI, 1950, p. 1272; and see, *ibid.*, pp. 1236 and 1254. See also the remarks of the United States Military Tribunal at Nuremberg in *Krupp's* case, *Annual Digest and Reports of Public International Law Cases*, 1948, p. 628.

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

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

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

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

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

recognized "the devastation that would be visited upon all mankind by a nuclear war . . .". The spread of nuclear weapons should therefore be halted, and States which, by their own declarations, already possessed them should eliminate them. As this would take time, the NWS would of necessity continue in possession until final elimination. This was recognition of a fact which could not suddenly be wished away, and tolerance of that fact transitionally; it was not acquiescence in a right of use. Such an acknowledgment would have been at variance with the repeated affirmation by many NNWS, through General Assembly resolutions and otherwise, and made both before and after the conclusion of the NPT, that the use of such weapons would be contrary to the Charter, to the rules of international law and the laws of humanity, and a crime against mankind and civilization.

*

It remains to consider whether this conclusion is impaired by the security assurances given by the NWS to the NNWS. In contrast with the reservations made by four of the five NWS in their negative assurances of a right to use nuclear weapons against the NNWS in certain circumstances, the positive assurances did not include a commitment to use nuclear weapons in defence of a NNWS attacked with nuclear weapons and therefore did not imply a claim to a right to use nuclear weapons. A claim to a right to use nuclear weapons is however clearly implied in the negative assurances; that need not be discussed. The question is whether the claim to such a right has been accepted by the international community.

It will be convenient to take, first, the reaction of the Security Council. Paragraph 1 of its resolution 984 (1995), adopted unanimously, recorded that the Council

"[t]akes note with appreciation of the statements made by each of the nuclear-weapon States (S/1995/261, S/1995/262, S/1995/263, S/1995/264, S/1995/265), in which they give security assurances against the use of nuclear weapons to non-nuclear-weapon States that are Parties to the Treaty on the Non-Proliferation of Nuclear Weapons".

It is argued that the "appreciation" with which the Security Council noted the statements made by each of the NWS implied an acknowledgment by it of a right in law to use nuclear weapons, and more particularly in the light of a reaffirmation in paragraph 9 of the resolution of the inherent right of self-defence under Article 51 of the Charter. The argu-

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

*

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

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

«[p]rend acte avec satisfaction des déclarations faites par chacun des Etats dotés de l'arme nucléaire (S/1995/261, S/1995/262, S/1995/263, S/1995/264, S/1995/265), dans lesquelles ceux-ci ont donné aux Etats non dotés d'armes nucléaires qui sont parties au traité sur la non-prolifération des armes nucléaires des garanties de sécurité contre l'emploi de telles armes».

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

ment, which is a forceful one, makes it necessary to consider what it was that the Council's "appreciation" referred to.

Viewed in context and in particular in the light of the preamble to the resolution, the focus of paragraph 1 of the resolution was directed to the objective fact that negative security assurances had been given in the cited statements; the paragraph referred to the statements of the NWS as statements "in which they give security assurances against the use of nuclear weapons to non-nuclear-weapon States . . .". The resolution did not refer to the statements as statements in which the NWS "reserved a right to use nuclear weapons against the NNWS in certain circumstances", as it could have done had the Council intended to indicate that its expression of appreciation extended thus far. The Council could not say so in respect of all five of the NWS because one of them, namely, China, did not reserve such a right (see paragraph 59 (*c*) of the Court's Advisory Opinion). On the contrary, in paragraph 2 of its statement, China said, "China undertakes not to use or threaten to use nuclear weapons against non-nuclear-weapon States or nuclear weapon-free zones at any time or under any circumstances"; this was the opposite of the reservation of such a right. It may be argued that the statement nonetheless implied the existence of a right to use nuclear weapons. The question, however, is how was the Security Council's expression of "appreciation" to be understood. The Court could not reasonably say that the Council's "appreciation" was to be understood as extending to the reservations made by four of the five NWS of a right to use nuclear weapons against the NNWS without also saying that it extended to China's undertaking, to the opposite effect, not to use nuclear weapons against the NNWS "at any time or under any circumstances".

In the result, the proponents of illegality, reading the text of the resolution, would not have thought that the "appreciation" expressed by the Security Council extended to those aspects of the statements in which four of the five NWS reserved a right to use nuclear weapons against the NNWS in certain circumstances, which included a situation in which there was no prior use of nuclear weapons against the NWS reserving and exercising such a right. On its part, the Court could not understand the "appreciation" expressed by the Security Council as intended to affirm the existence of such a right without also understanding it to be affirming that, in the view of the Security Council, there were two groups of States legally differentiated in the important sense that one group was entitled in law to use nuclear weapons against the other in certain circumstances, without the latter being correspondingly entitled in law to use such weapons against the former in any circumstances. The Court

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

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

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

would need to pause before imputing such a view to the Security Council. In circumstances in which it was known that the existence of a right to use nuclear weapons was in contest, the "appreciation" expressed by the Security Council in its resolution can reasonably be understood as directed to the fact that the NWS had given "security assurances against the use of nuclear weapons to non-nuclear-weapon States . . .", as stated in the resolution itself, without being intended to give recognition to the existence of a legal right of use by indirectly passing on the debated issue as to whether there was such a right.

An argument of some strength is based on the fact that, in paragraph 9 of its resolution, the Security Council reaffirmed

"the inherent right, recognized under Article 51 of the Charter, of individual and collective self-defence if an armed attack occurs against a member of the United Nations, until the Security Council has taken measures necessary to maintain international peace and security".

Although this statement did not refer to a right to use nuclear weapons, the argument is that, in the context in which it was made, it implied that, in the view of the Security Council, the inherent right of self-defence included a right to use nuclear weapons. It would not appear, however, that the correctness of any such implication of paragraph 9 of the resolution was accepted by those of the NNWS who spoke before the Security Council. What Malaysia said was that that "paragraph sidesteps the question of the legality of the use of nuclear weapons because it justifies the use or threat of nuclear weapons in cases of 'self-defence'" (S/PV.3514, 11 April 1995, p. 15). Thus, however much paragraph 9 may be understood as seeking to justify the threat or use of nuclear weapons in cases of self-defence, in the view of Malaysia the paragraph did not succeed in doing so but only side-stepped the question. Egypt associated itself with Indonesia as "speaking . . . on behalf of the non-aligned States"; the statement made by Indonesia does not suggest an intention to abandon the known position of that group of States on the subject of legality. India specifically recalled that at

"the forty-ninth session of the General Assembly, the international community decided to seek an advisory opinion from the International Court of Justice on whether the threat or use of nuclear weapons is permissible under international law in any circumstances" (*ibid.*, p. 6).

India added:

"One would hope that by offering a draft resolution of this kind, the nuclear-weapon States are not telling the non-members of the NPT that they, the nuclear-weapon States, are free to use nuclear

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

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

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

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

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

Et l'Inde a ajouté:

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

weapons against them, because this would have implications which are too frightening to contemplate." (S/PV.3514, p. 6.)

Hence, even if the resolution of the Security Council contained any implication that the Council considered the use of nuclear weapons to be lawful, the argument that the proponents of illegality accepted the correctness of that implication is not well founded.

Next, the matter may be looked at from the more general standpoint of the conduct of the proponents of illegality in relation to the security assurances. Did that conduct manifest acquiescence in the claim by the NWS to the existence of a right in law to use of nuclear weapons? In particular, was such an acquiescence demonstrated by the fact that the NNWS thought it necessary to obtain such assurances?

A reasonable appreciation of the position seems to be the following. The continuing, if temporary, possession of nuclear weapons by the NWS obviously presented risks to the NNWS. The sensible thing would be to obtain assurances against any threat or use. Malaysia and Zimbabwe submitted that, in like manner, non-aggression pacts "were the common currency of international relations well after the illegality of aggression had entered the body of customary law" (joint answers by Malaysia and Zimbabwe to questions asked by Vice-President Schwebel on 3 November 1995, response to the second question). Realities may need to be dealt with in a practical way; but not every arrangement designed to deal with them accepts their legality. Especially is this so in international relations. When regard is also had to the power of the weapons concerned, the Court could find that there is not any contradiction between the position taken by the NNWS in the General Assembly that the use of nuclear weapons is a crime, and the assurances which they accepted from States which nevertheless possessed such weapons that these would not be used against them. It is useful to remember Judge Alvarez's observation that "[r]eason, pushed to extremes, may easily result in absurdity" (*Anglo-Iranian Oil Co., Preliminary Objection, I.C.J. Reports 1952*, p. 126, dissenting opinion). The practice of putting aside a legal problem in order to make progress towards a desirable goal is a familiar one in international relations. My understanding of the position taken by some of the NWS is that it was on this basis that they participated in certain negotiations in the field of humanitarian law.

*

It is also important to have in mind that bare proof of acts or omissions allegedly constituting State practice does not remove the need to interpret such acts or omissions. The fact that States may feel that realities leave them no choice but to do what they do does not suffice to

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

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

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

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

*

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

exclude what they do from being classified as part of State practice, provided, however, that what they do is done in the belief that they were acting out of a sense of legal obligation. "The need for such a belief, i.e., the existence of a subjective element, is implicit in the very notion of the *opinio juris sive necessitatis*." (*North Sea Continental Shelf*, I.C.J. Reports 1969, p. 44.) Speaking of actions which could evidence an *opinio necessitatis juris*, Lauterpacht excepts conduct which "was not accompanied by any such intention"³⁴. So intention is material. Whether it exists is to be determined not on a microscopic inspection of disjointed features of a large and shifting picture, but by looking at the picture as a whole. When the whole of the picture is regarded in the circumstances of this case, the Court could find that the matters relied on to evidence an acknowledgment by the proponents of illegality that there is a right in law to use nuclear weapons fall short of demonstrating an intention to make that acknowledgment.

*

I should add that I am not persuaded that Security Council resolution 255 (1968) of 19 June 1968, to which reference is made in paragraphs 59 and 61 of the Court's Advisory Opinion, takes the matter any further. The question remains whether the resolution was dealing with the objective fact that nuclear weapons existed and could in fact be used, or whether it was affirming, directly or indirectly, the existence of a legal right of use.

* *

To sum up, putting at the highest all of the matters relied on by the proponents of legality, the Court could find that those matters do not suffice to cancel out the continuing assertion of the proponents of illegality that the threat or use of nuclear weapons is illegal. It would follow that the basic difficulties noticed above would remain. If, as I consider, a correct finding is that, on the law as it stood at the commencement of the nuclear age, a prohibitory rule then existed, that finding, as to what was the then law, cannot be contradicted by subsequent inconsistent State practice; the most that subsequent inconsistent State practice could do would be to generate a new rule rescinding or modifying the old rule. But the position taken by most of the NNWS would make it impossible to establish that the necessary *opinio juris* emerged to support the creation of a new rule having the effect of reversing the old, and more particularly if the latter had the status of *jus cogens*. The prior prohibitory rule would thus continue to the present time.

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

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

*

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

* *

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

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

PART VI. CONCLUSION

A holding that there is a right in law to use nuclear weapons would bear a difficult relationship to the Court's finding that the

"destructive power of nuclear weapons cannot be contained in either space or time. They have the potential to destroy all civilization and the entire ecosystem of the planet." (Advisory Opinion, para. 35.)

The affirmation of the existence of a right the exercise of which could yield such grim results would come as near as might be to a literal application of the maxim *fiat justitia ruat coelum*. Judge Carneiro's view was "that no judge nowadays can blindly follow the obsolete rule *fiat justitia, pereat mundus*" (*Minquiers and Ecrehos*, *I.C.J. Reports* 1953, p. 109, separate opinion). It would, at any rate, seem curious that a World Court should consider itself compelled by the law to reach the conclusion that a State has the legal right, even in limited circumstances, to put the planet to death. May it be that the maxim more properly attracted by its high mission is *fiat justitia ne pereat mundus*?

The danger of the maxim last referred to is that it could seduce the Court into acting as a legislator. In the course of the proceedings, the Court was rightly reminded that it cannot do that. To use the words of the United States Military Tribunal in the *List* case, "it is not our province to write international law as we would have it; we must apply it as we find it"³⁵. And thus, as Judge Lauterpacht remarked, "Reluctance to encroach upon the province of the legislature is a proper manifestation of judicial caution." However, as he added,

"If exaggerated, it may amount to unwillingness to fulfil a task which is within the orbit of the functions of the Court as defined by its Statute." (*Admissibility of Hearings of Petitioners by the Committee on South West Africa*, *I.C.J. Reports* 1956, p. 57, separate opinion.)

The danger of legislating arises not only where a court essays to make law where there is none, but also where it fails to apply such law as exists; the failure may well be regarded as amounting to judicial legislation directed to repealing the existing law.

International law does indeed concern relations between sovereign States. However, as it has been remarked, sovereignty does not mean that those relations are between billiard balls which collide but do not co-operate. There is at work a process of cohesion-building. It is not, and possibly never will be, sufficiently advanced to attract the full force of Cicero's observation that "the solidity of a State is very largely bound up

³⁵ *List* case, *supra*, footnote 33, p. 1249.

SIXIÈME PARTIE. CONCLUSION

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

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

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

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

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

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

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

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

with its judicial decisions”³⁶. Nevertheless, the broad import of the statement is not altogether amiss: the role of the Court need not be overestimated; neither should its responsibility be misunderstood. There is disciplined room for recalling the obligations of international lawyers. As it was put by Jenks, “We are not dealing with the routine of the established certainties of life but must frequently come to grips with the great unsettled issues on which the future of the world depends.”³⁷ The case at bar is the supreme illustration of this truth.

*

To recall what was said at the beginning of this opinion, the great unsettled issue on which the future of the world depends is how to reconcile the imperative need of a State to defend itself with the no less imperative need to ensure that, in doing so, it does not imperil the survival of the human species. Humanitarian law, it is said, must be read as being subject to an exception which allows a State to use nuclear weapons in self-defence when its survival is at stake, that is to say, even if such use would otherwise breach that law, and this for the reason that no system of law obliges those subject to it to commit suicide. That is the argument which underlies the second part of subparagraph E of paragraph 2 of the operative paragraph of the Court’s Advisory Opinion.

The implication of that part of the Court’s holding is that, in the view of the Court, it is possible that the use of nuclear weapons could be lawful “in an extreme circumstance of self-defence, in which the very survival of a State would be at stake”, and hence even if humanitarian law would otherwise be violated. What the Court so sought to leave on the basis of a possibility takes on a firmer aspect in the light of the “*Lotus*” case, as generally understood. In saying that it cannot definitively decide, the Court is saying that it cannot definitively say whether or not a prohibitory rule exists. If the Court is in a position in which it cannot definitively say whether or not a prohibitory rule exists, the argument can be made that, on the basis of that case, the presumption is in favour of the right of States to act unrestrained by any such rule. Accordingly, the meaning of the Court’s position would be that States have a right in law to use nuclear weapons. If this was not the intended result, the Court’s holding was not well conceived.

Thus, however gross or excessive the suffering, the presence of the stated circumstances could create an exception to the application of

³⁶ *Cicero, Selected Works*, trans. Michael Grant, 1960, p. 36.

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

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

*

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

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

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

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

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

humanitarian law, as indeed is visualized by the word “generally” in the first part of that subparagraph of the Court’s holding. A law may, of course, provide for exceptions to its application. At the moment, however, there is nothing to suggest that humanitarian law provides for an exception to accommodate the circumstances visualized by the Court. It seems to me that to take the position that humanitarian law can be set aside in the stated circumstances would sit oddly with the repeated and correct submissions on the part of both sides to the argument that the Court should apply the law and not make new law.

One further point. Despite variations in formulation and references to the concept of “vital security interests”, an “extreme circumstance of self-defence, in which the very survival of a State would be at stake”, as defined by the Court, is the main circumstance in which the proponents of legality advance a claim to a right to use nuclear weapons. This is so for the reason that, assuming that the use of nuclear weapons is lawful, the nature of the weapons, combined with the limitations imposed by the requirements of necessity and proportionality which condition the exercise of the right of self-defence, will serve to confine their lawful use to that “extreme circumstance”. It follows that to hold that humanitarian law does not apply to the use of nuclear weapons in the main circumstance in which a claim to a right of use is advanced is to uphold the substance of the thesis that humanitarian law does not apply at all to the use of nuclear weapons. That view has long been discarded; as the Court itself recalls, the NWS themselves do not advocate it. I am not persuaded that that disfavoured thesis can be brought back through an exception based on self-defence.

* * *

And thus I return to the real meaning of the General Assembly’s question. The essence of the question is whether the exercise of the right of self-defence can be taken to the point of endangering the survival of mankind. To this the Court responds that

“in view of the current state of international law, and of the elements of fact at its disposal, the Court cannot conclude definitively whether the threat or use of nuclear weapons would be lawful or unlawful in an extreme circumstance of self-defence, in which the very survival of a State would be at stake” (Advisory Opinion, para. 105 (2) E).

That is the material holding on which this opinion hinges. In so far as that holding suggests that there is a deficiency in the law, I do not think there is; in so far as it suggests that the facts are not sufficient to attract

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

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

* * *

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

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

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

an application of the law, I am not able to agree. In my opinion, there was a sufficient legal and factual basis on which the Court could have proceeded to answer the General Assembly's question — one way or another. And hence my respectful dissent from its conclusion that it cannot.

(Signed) Mohamed SHAHABUDDEEN.

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

(*Signé*) Mohamed SHAHABUDDEEN.
