

## OPINION DISSIDENTE DE M. LE JUGE CANÇADO TRINDADE

[Traduction]

## TABLE DES MATIÈRES

	<i>Paragraphes</i>
I. PROLÉGOMÈNES	1-4
II. LA DÉTERMINATION DE L'EXISTENCE D'UN DIFFÉREND DANS LES AFFAIRES PORTÉES DEVANT LA COUR DE LA HAYE	5-32
1. Détermination objective	5-15
2. L'existence d'un différend en l'espèce (affaire <i>Iles Marshall</i> <i>c. Inde</i> )	16-18
3. Le seuil de détermination de l'existence d'un différend	19-24
4. Les arguments des Parties en l'affaire <i>Iles Marshall c. Inde</i>	25-28
5. Appréciation d'ensemble	29-32
III. LES RÉSOLUTIONS DE L'ASSEMBLÉE GÉNÉRALE ET L' <i>OPINIO JURIS</i> QUI S'EN DÉGAGE	33-58
1. Les résolutions de l'Assemblée générale relatives aux armes nucléaires (1961-1981)	34-39
2. Les résolutions de l'Assemblée générale relatives au gel des armements nucléaires (1982-1992)	40-42
3. Les résolutions de l'Assemblée générale qualifiant la menace ou l'emploi d'armes nucléaires de violation de la Charte (et leur invocation devant la Cour en 1995)	43-46
4. Les résolutions de l'Assemblée générale condamnant les armes nucléaires (1982-2015)	47-52
5. Les résolutions de l'Assemblée générale sur la suite donnée à l'avis consultatif rendu par la Cour en 1996 (1996-2015)	53-58
IV. LES RÉSOLUTIONS DU CONSEIL DE SÉCURITÉ ET L' <i>OPINIO JURIS</i> QUI S'EN DÉGAGE	59-65
V. LA SAGA DE LA CONDAMNATION DES ARMES NUCLÉAIRES PAR LES NATIONS UNIES	66-79
VI. LES RÉSOLUTIONS DES NATIONS UNIES ET LA FORMATION D'UNE <i>OPINIO JURIS</i> : LES POSITIONS DES PARTIES	80-85
VII. QUESTIONS POSÉES PAR UN MEMBRE DE LA COUR ET RÉPONSES DES PARTIES	86-92
VIII. LA MALFAISANCE DE L'HOMME: ACTUALITÉ DU LIVRE DE LA GENÈSE AU XXI <sup>e</sup> SIÈCLE	93-122

IX. LA PLACE QUE FAIT AUX PEUPLES LA CHARTE DES NATIONS UNIES	123-131
X. DÉFAUT DE PERTINENCE DU PRÉTENDU «PRINCIPE» DE L'OR MONÉTAIRE	132-135
XI. LE PRINCIPE FONDAMENTAL DE L'ÉGALITÉ JURIDIQUE DES ÉTATS	136-139
XII. L'INCONSISTANCE DE LA STRATÉGIE DE «DISSUASION»	140-150
XIII. L'ILLICÉITÉ DES ARMES NUCLÉAIRES ET L'OBLIGATION DE PROCÉDER AU DÉSARMEMENT NUCLÉAIRE	151-200
1. La condamnation de toutes les armes de destruction massive	151-156
2. L'interdiction des armes nucléaires: nécessité d'une optique centrée sur les peuples	157-175
3. L'interdiction des armes nucléaires: le droit fondamental à la vie	176-189
4. Les interdits absolus de <i>jus cogens</i> et l'humanisation du droit international	190-193
5. Les failles du positivisme juridique: réfutation du pseudo-principe du <i>Lotus</i>	194-200
XIV. L'INVOCATION DE LA «CLAUSE DE MARTENS» COMME EXPRESSION DE LA RAISON D'HUMANITÉ	201-209
XV. LE DÉSARMEMENT NUCLÉAIRE, LE JUSNATURALISME, LA CONCEPTION HUMANISTE ET L'UNIVERSALITÉ DU DROIT INTERNATIONAL	210-220
XVI. LE PRINCIPE D'HUMANITÉ ET LA CONCEPTION UNIVERSALISTE DU DROIT: LE <i>JUS NECESSARIUM</i> TRANSCENDE LES LIMITES DU <i>JUS VOLUNTARIUM</i>	221-233
XVII. LES CONFÉRENCES D'EXAMEN DU TNP	234-249
XVIII. LA CRÉATION DE ZONES EXEMPTES D'ARMES NUCLÉAIRES	250-262
XIX. LES CONFÉRENCES SUR L'IMPACT HUMANITAIRE DES ARMES NUCLÉAIRES (2013-2014)	263-299
1. La première conférence	266-270
2. La deuxième conférence	271-279
3. La troisième conférence	280-291
4. Les suites des trois conférences: l'«engagement humanitaire»	292-299
XX. CONSIDÉRATIONS FINALES: L'EXISTENCE D'UNE <i>OPINIO JURIS COMMUNIS</i> INSPIRÉE PAR LA CONSCIENCE ( <i>RECTA RATIO</i> ), QUI PRIME DE BEAUCOUP LA «VOLONTÉ»	300-314
XXI. ÉPILOGUE: RÉCAPITULATION	315-331

## I. PROLÉGOMÈNES

1. Je regrette de n'avoir pu joindre ma voix à celles de la majorité des membres de la Cour lorsque celle-ci a rendu, ce 5 octobre 2016, son arrêt en l'affaire des *Obligations relatives à des négociations concernant la cessation de la course aux armes nucléaires et le désarmement nucléaire (Iles Marshall c. Inde)*, par lequel elle a conclu que l'existence d'un différend entre les Parties n'avait pas été établie et qu'en conséquence elle n'avait pas compétence pour connaître de la requête déposée par les Iles Marshall et procéder à l'examen de l'affaire au fond. Je suis en complet désaccord avec le présent arrêt. Etant donné que mon dissentiment s'étend à tous les points dont traite l'arrêt, que ce soit dans l'exposé du raisonnement ou dans le dispositif, je considère que le rôle qui m'est dévolu dans l'exercice de la fonction judiciaire internationale de la Cour m'impose le devoir de joindre à l'arrêt l'exposé de ma position sur l'ensemble de ces points.

2. J'entends ainsi marquer que je me dissocie autant que faire se peut de la position de la majorité, afin de pouvoir rester en paix avec ma conscience. Je vais tenter de mettre en évidence les raisons qui motivent ma position sur les questions abordées dans l'arrêt. Pour commencer, j'examinerai la question de l'existence d'un différend susceptible d'être tranché par la Cour de La Haye (application de critères objectifs et seuil de détermination de l'existence d'un différend). Je porterai ensuite mon attention sur les séries de résolutions de l'Assemblée générale des Nations Unies relatives aux armes nucléaires et l'*opinio juris* qui s'en dégage. Je procéderai de même pour les résolutions du Conseil de sécurité. Je poursuivrai en analysant la saga de la condamnation des armes nucléaires par les Nations Unies, puis en examinant les positions des Parties sur les résolutions des Nations Unies et l'émergence d'une *opinio juris*, ainsi que leurs réponses aux questions que je leur ai posées à l'issue de la procédure orale.

3. Suivant un ordre logique, je remonterai loin dans le temps pour mettre en lumière la nécessité de dépasser la perspective strictement interétatique, en gardant à l'esprit l'attention que les auteurs de la Charte des Nations Unies ont portée aux peuples. Ensuite, après avoir rappelé le principe fondamental de l'égalité juridique des Etats, j'expliquerai pourquoi la stratégie dite de «dissuasion» est à mon sens inconsistante. J'exposerai ensuite mes observations sur l'illicéité des armes nucléaires et l'obligation de procéder au désarmement nucléaire, ce qui m'amènera à aborder les points suivants: *a)* la condamnation de toutes les armes de destruction massive; *b)* l'interdiction des armes nucléaires (dans une optique centrée sur les peuples et le respect du droit fondamental à la vie); *c)* les interdits absolus de *jus cogens* et l'humanisation du droit international; *d)* les failles du positivisme juridique.

4. J'en viendrai ainsi à traiter du recours à la «clause de Martens» en tant qu'expression de la *raison d'humanité*. Je poursuivrai ma réflexion sur le désarmement nucléaire en invoquant la pensée jusnaturaliste et la conception humaniste et universaliste du droit international; à propos de

l'universalisme, j'appellerai l'attention sur le principe d'humanité et le *jus necessarium* en ce qu'ils transcendent les limites du *jus voluntarium*. Je m'intéresserai ensuite aux conférences d'examen du traité sur la non-prolifération des armes nucléaires (TNP), à l'utilité de la création de zones exemptes d'armes nucléaires et aux conférences sur l'impact humanitaire des armes nucléaires. J'aurai ainsi esquissé les fondements de mes considérations finales sur l'existence d'une *opinio juris communis* inspirée par la conscience (*recta ratio*), laquelle relève d'un ordre bien supérieur à celui de la volonté, et je terminerai par un épilogue récapitulatif.

## II. LA DÉTERMINATION DE L'EXISTENCE D'UN DIFFÉREND DANS LES AFFAIRES PORTÉES DEVANT LA COUR DE LA HAYE

### 1. Détermination objective

5. Je vais examiner tout d'abord la question de la détermination de l'existence d'un différend dans les affaires portées devant la Cour de La Haye. Selon la jurisprudence constante de la Cour permanente de Justice internationale (CPJI) et de la Cour actuelle, il existe un différend lorsqu'il y a « un désaccord sur un point de droit ou de fait, une contradiction, une opposition de thèses juridiques ou d'intérêts entre deux personnes »<sup>1</sup>. L'existence d'un différend doit être « établie objectivement » par la Cour ; « [l]e simple fait que l'existence d'un différend est contestée ne prouve pas que ce différend n'existe pas »<sup>2</sup>. La Cour doit examiner si « la réclamation de l'une des parties se heurte à l'opposition manifeste de l'autre »<sup>3</sup>. La Cour a également dit ceci : « un désaccord sur un point de droit ou de fait, un conflit, une opposition de thèses juridiques ou d'intérêts ou le fait que la réclamation de l'une des parties se heurte à l'opposition manifeste de l'autre ne doivent pas nécessairement être énoncés *expressis verbis* »<sup>4</sup>.

6. Au cours des dix dernières années, la Cour a jugé bon d'insister sur le fait qu'il lui appartient de procéder à la « détermination objective » de l'existence d'un différend. Par exemple, en l'affaire relative à des *Activités armées sur le territoire du Congo (nouvelle requête: 2002) (République démocratique du Congo c. Rwanda)*, compétence et recevabilité (arrêt, C.I.J. Recueil 2006, p. 6), la Cour a rappelé que, dès 1924, la CPJI avait déclaré qu'« un différend est un désaccord sur un point de droit ou de fait,

<sup>1</sup> *Concessions Mavrommatis en Palestine*, arrêt n° 2, 1924, C.P.J.I. série A n° 2, p. 11.

<sup>2</sup> *Interprétation des traités de paix conclus avec la Bulgarie, la Hongrie et la Roumanie, première phase, avis consultatif*, C.I.J. Recueil 1950, p. 74.

<sup>3</sup> *Sud-Ouest africain (Ethiopie c. Afrique du Sud; Libéria c. Afrique du Sud)*, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1962, p. 328; *Activités armées sur le territoire du Congo (nouvelle requête: 2002) (République démocratique du Congo c. Rwanda)*, compétence et recevabilité, arrêt, C.I.J. Recueil 2006, p. 40, par. 90.

<sup>4</sup> *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria (Cameroun c. Nigéria)*, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1998, p. 315, par. 89.

une contradiction, une opposition de thèses juridiques ou d'intérêts entre deux personnes» (*Concessions Mavrommatis en Palestine*, arrêt n° 2, 1924, C.P.J.I., série A n° 2, p. 11). Elle a ajouté ceci :

«La Cour actuelle a pour sa part eu l'occasion de souligner à diverses reprises ce qui suit :

«Pour établir l'existence d'un différend : «Il faut démontrer que la réclamation de l'une des parties se heurte à l'opposition manifeste de l'autre» (*Sud-Ouest africain, exceptions préliminaires*, arrêt, C.I.J. Recueil 1962, p. 328); par ailleurs, «l'existence d'un différend international demande à être établie objectivement» (*Interprétation des traités de paix conclus avec la Bulgarie, la Hongrie et la Roumanie, première phase, avis consultatif*, C.I.J. Recueil 1950, p. 74; *Timor oriental (Portugal c. Australie)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1995, p. 100, par. 22; *Questions d'interprétation et d'application de la convention de Montréal de 1971 résultant de l'incident aérien de Lockerbie (Jamahiriya arabe libyenne c. Royaume-Uni)*, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1998, p. 17, par. 22; *Questions d'interprétation et d'application de la convention de Montréal de 1971 résultant de l'incident aérien de Lockerbie (Jamahiriya arabe libyenne c. Etats-Unis d'Amérique)*, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1998, p. 122, par. 21; *Certains biens (Liechtenstein c. Allemagne)*, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2005, p. 18, par. 24.)» (*Activités armées sur le territoire du Congo (nouvelle requête: 2002) (République démocratique du Congo c. Rwanda)*, compétence et recevabilité, arrêt, C.I.J. Recueil 2006, p. 40, par. 90.)

7. Peu après, dans son arrêt du 18 novembre 2008 sur les exceptions préliminaires en l'affaire relative à l'*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Croatie c. Serbie)*, la Cour a rappelé sa jurisprudence en ces termes :

«Dans de nombreuses affaires, la Cour a rappelé quelle est, à cet égard, la règle générale dont elle fait application. C'est la suivante : «la compétence de la Cour doit normalement s'apprécier à la date du dépôt de l'acte introductif d'instance» (voir en ce sens *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie)*, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1996 (II), p. 613, par. 26; *Questions d'interprétation et d'application de la convention de Montréal de 1971 résultant de l'incident aérien de Lockerbie (Jamahiriya arabe libyenne c. Royaume-Uni)*, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1998, p. 26, par. 44)

[C]'est normalement à la date du dépôt de l'acte introductif d'instance que l'on doit se placer pour vérifier si lesdites conditions sont réalisées

Il y va de la sécurité juridique, du respect du principe d'égalité et du droit pour un Etat qui a valablement saisi la Cour de voir statuer sur ses prétentions lorsqu'il a pris toutes les précautions nécessaires pour accomplir l'acte de saisine en temps utile

[L]a Cour doit en principe se prononcer sur sa compétence au regard des conditions qui existaient à la date de l'introduction de l'instance.

Cependant, il convient de rappeler que la Cour, comme sa devancière, a aussi fait preuve de réalisme et de souplesse dans certaines hypothèses où les conditions de la compétence de la Cour n'étaient pas toutes remplies à la date de l'introduction de l'instance mais l'avaient été postérieurement, et avant que la Cour décide sur sa compétence.» (*Arrêt, C.I.J. Recueil 2008*, p. 437-438, par. 79-81.)

8. Plus récemment, dans son arrêt du 1<sup>er</sup> avril 2011 sur les exceptions préliminaires en l'affaire relative à l'*Application de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (Géorgie c. Fédération de Russie)*, la Cour a une fois encore jugé utile de revenir sur la question :

«La Cour rappelle sa jurisprudence constante sur cette question, à commencer par le prononcé fréquemment cité de la Cour permanente de Justice internationale en l'affaire des *Concessions Mavromatis en Palestine* de 1924: «Un différend est un désaccord sur un point de droit ou de fait, une contradiction, une opposition de thèses juridiques ou d'intérêts entre deux personnes.» (*Arrêt n° 2, 1924, C.P.J.I. série A n° 2*, p. 11.) La question de savoir s'il existe un différend dans une affaire donnée demande à être «établie objectivement» par la Cour (*Interprétation des traités de paix conclus avec la Bulgarie, la Hongrie et la Roumanie, première phase, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1950*, p. 74). Il convient de «démontrer que la réclamation de l'une des parties se heurte à l'opposition manifeste de l'autre» (*Sud-Ouest africain (Ethiopie c. Afrique du Sud; Libéria c. Afrique du Sud), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1962*, p. 328) (et, plus récemment, *Activités armées sur le territoire du Congo (nouvelle requête: 2002) (République démocratique du Congo c. Rwanda), compétence et recevabilité, arrêt, C.I.J. Recueil 2006*, p. 40, par. 90). La Cour, pour se prononcer, doit s'attacher aux faits. Il s'agit d'une question de fond, et non de forme. Comme la Cour l'a reconnu (voir, par exemple, *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria (Cameroun c. Nigéria), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1998*, p. 315, par. 89), l'existence d'un différend peut être déduite de l'absence de réaction d'un Etat à une accusation dans des circonstances où une telle réaction s'imposait. Bien que l'existence d'un différend et la tenue de négociations soient par principe deux choses distinctes, les négociations peuvent aider à démontrer l'existence du différend et à en circonscrire l'objet.

En principe, le différend doit exister au moment où la requête est soumise à la Cour (*Questions d'interprétation et d'application de la convention de Montréal de 1971 résultant de l'incident aérien de Lockerbie (Jamahiriya arabe libyenne c. Royaume-Uni), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1998*, p. 25-26, par. 42-44; *Questions d'interprétation et d'application de la convention de Montréal de 1971 résultant de l'incident aérien de Lockerbie (Jamahiriya arabe libyenne c. Etats-Unis d'Amérique), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1998*, p. 130-131, par. 42-44).» (*C.I.J. Recueil 2011 (I)*, p. 84-85, par. 30.)

9. Ce passage de l'arrêt de 2011 est un rappel de la jurisprudence constante de la Cour. Cependant, dans la suite du même arrêt, celle-ci a décidé d'examiner les faits de la cause en appliquant des conditions plus rigoureuses de détermination de l'existence d'un différend, à savoir qu'elle a entrepris de vérifier si, avant le dépôt de sa requête, le demandeur avait informé le futur défendeur de ses prétentions, et de déterminer si le défendeur y avait manifesté son opposition<sup>5</sup>. Elle a conclu de cet examen qu'aucun différend ne s'était élevé (avant août 2008) entre les parties. En posant cette condition supplémentaire, la Cour s'est écartée de la jurisprudence de la CPJI et de sa propre jurisprudence constante concernant la détermination de l'existence d'un différend (voir plus haut).

10. Dans les trois affaires sur lesquelles la Cour vient de se déclarer incompétente, les Etats défendeurs (l'Inde, le Royaume-Uni et le Pakistan) soutenaient que, selon le Statut de la Cour ou le droit international général, l'existence d'un différend auquel ils auraient été parties était subordonnée à la condition qu'ils aient reçu notification préalable des griefs de l'Etat demandeur (les Iles Marshall), ou qu'il soit prouvé qu'ils en avaient eu préalablement connaissance. Or, on ne trouve pas trace de pareille condition dans la jurisprudence constante de la Cour sur la détermination de l'existence d'un différend; bien au contraire, la Cour a tenu à préciser qu'il était possible d'établir par inférence<sup>6</sup> quelle était la position ou l'attitude d'une partie. Il en découle que, pour que la Cour puisse établir l'existence d'un différend, il n'est pas nécessaire qu'antérieurement au dépôt de la requête le défendeur ait manifesté son opposition aux prétentions du demandeur par une déclaration à cet effet, ou qu'il ait expressément reconnu l'existence d'un différend l'opposant à lui.

<sup>5</sup> Voir l'arrêt du 1<sup>er</sup> avril 2011, par. 50-105, et, plus spécialement, les paragraphes 31, 61 et 104-105.

<sup>6</sup> *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria (Cameroun c. Nigéria), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1998*, p. 315, par. 89 :

« un désaccord sur un point de droit ou de fait, un conflit, une opposition de thèses juridiques ou d'intérêts ou le fait que la réclamation de l'une des parties se heurte à l'opposition manifeste de l'autre ne doivent pas nécessairement être énoncés *expressis verbis*. Pour déterminer l'existence d'un différend, il est possible, comme en d'autres domaines, d'établir par inférence quelle est en réalité la position ou l'attitude d'une partie. »

11. En l'espèce, les Etats défendeurs ont invoqué l'arrêt rendu par la Cour en 2011 en l'affaire relative à l'*Application de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale* (CIEDR) à l'appui de leur position, selon laquelle la notification préalable des prétentions du demandeur serait une condition nécessaire de l'existence d'un différend. Dans l'opinion dissidente que j'ai jointe audit arrêt, j'ai déjà eu l'occasion (par. 161) de critiquer le « raisonnement formaliste » suivi par la Cour pour déterminer l'existence d'un différend, raisonnement qui l'a conduite à introduire une condition contraire à la jurisprudence constante de la CPJI et à la sienne (voir plus haut).

12. Comme je l'ai fait observer dans la même opinion dissidente,

« [e]n ce qui concerne la première de ces exceptions, par exemple, il a fallu quatre-vingt-douze paragraphes à la Cour pour reconnaître que, selon elle, un différend juridique s'était finalement cristallisé le 10 août 2008 (par. 93), seulement *après* l'éclatement d'une guerre ouverte et déclarée entre la Géorgie et la Russie ! Je trouve cela vraiment extraordinaire : voici un différend juridique qui ne s'est fait jour qu'*après* le déclenchement d'une vague de violence et d'une guerre généralisée ! Existe-t-il des différends foncièrement et ontologiquement *juridiques* coupés de toutes ramifications ou considérations politiques ? Je ne pense pas. Ce même raisonnement formaliste conduit la Cour, au bout de soixante-dix paragraphes, à retenir la deuxième exception préliminaire, sur la base de prétendues « conditions préalables » (non remplies) de son invention — en s'écartant à mon sens de sa propre jurisprudence constante et de la doctrine juridique internationale, plus éclairée. » (*C.I.J. Recueil 2011 (I)*, p. 305, par. 161.)

13. J'espérais que, après cinq ans, la Cour se départirait de la démarche formaliste qu'elle avait suivie en l'affaire relative à l'*Application de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale*. Comme malheureusement elle n'en a rien fait, je me vois dans l'obligation de réaffirmer ma position dissidente, cette fois-ci dans une affaire qui porte sur des *Obligations relatives à des négociations concernant la cessation de la course aux armes nucléaires et le désarmement nucléaire*. Le fait est qu'il n'existe aucune règle générale qui ferait obligation à l'Etat demandeur, préalablement au dépôt de sa requête, d'informer la ou les futures parties adverses de son intention de saisir la Cour<sup>7</sup>. Il ne faut pas perdre de vue que c'est pour lui permettre d'exercer dûment sa juridiction que la Cour doit d'abord déterminer s'il existe un différend (et quel en est l'objet) : cette détermination a pour objet non pas de protéger le défendeur, mais de garantir le bon exercice par la Cour de sa fonction judiciaire.

<sup>7</sup> Voir, notamment, S. Rosenne, *The Law and Practice of the International Court (1920-2005)*, 4<sup>e</sup> éd., vol. III, Leyde, Nijhoff/Brill, 2006, p. 1153.



14. Le droit international général ne pose pas non plus comme condition de la constatation par la Cour de l'existence d'un différend entre Etats l'«épuisement» par ceux-ci, avant l'introduction d'une instance devant elle, des négociations diplomatiques. Cette condition, je le répète, n'existe pas en droit international général, pas plus qu'elle n'est posée par le Statut de la Cour ou établie par sa jurisprudence. C'est d'ailleurs exactement ce que la Cour a constaté dans son arrêt du 11 juin 1998 sur les exceptions préliminaires en l'affaire relative à la *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria*: elle a en effet dit clairement ce qui suit: «Il n'existe ni dans la Charte, ni ailleurs en droit international, de règle générale selon laquelle l'épuisement des négociations diplomatiques serait un préalable à la saisine de la Cour.» (*C.I.J. Recueil 1998*, p. 303, par. 56.)

15. La Cour a donc rejeté l'idée que l'«épuisement» des négociations diplomatiques puisse être un préalable à sa saisine. Il est de fait que la Charte des Nations Unies ne prévoit pas non plus de condition qui ferait de négociations ou tentatives de négociation un préalable à la saisine de la Cour. Je me permets de rappeler encore une fois que la détermination par la Cour de l'existence d'un différend a pour but non pas de protéger l'Etat ou les Etats défendeurs, mais de veiller au bon exercice par la Cour de sa fonction judiciaire en matière contentieuse. Il s'agit donc pour elle de procéder à une détermination objective, comme elle l'a rappelé dans le même arrêt (par. 87), en se fondant sur sa propre jurisprudence constante.

## 2. *L'existence d'un différend en l'espèce* (affaire Iles Marshall c. Inde)

16. Dans l'affaire qui opposait les Iles Marshall à l'Inde, les Parties ont constamment manifesté deux types bien distincts de comportement qui révélaient l'opposition de leurs thèses juridiques, laquelle suffisait à établir qu'il existait entre elles un différend. L'objet de ce différend était le manquement allégué de l'Inde à son obligation de droit international coutumier de poursuivre de bonne foi et de mener à terme des négociations conduisant au désarmement nucléaire dans tous ses aspects, effectué sous un contrôle international efficace.

17. Au sujet du comportement de la Partie adverse, les Iles Marshall soutenaient que, même si elle avait à maintes reprises proclamé son attachement à l'objectif du désarmement nucléaire complet, notamment en votant régulièrement pour les projets de résolution en ce sens soumis à l'Assemblée générale des Nations Unies, l'Inde n'en avait pas moins, par ses actions (ou omissions), préservé son arsenal nucléaire<sup>8</sup>. Selon les Iles Marshall, le comportement de l'Inde était incompatible avec son objectif déclaré de désarmement nucléaire. Elles affirmaient avoir exprimé

<sup>8</sup> Requête des Iles Marshall (RIM), p. 21-25, par. 29-34; mémoire des Iles Marshall (MIM), par. 19.

leur opposition à ce comportement dans une déclaration faite le 14 février 2014 par leur représentant à la conférence de Nayarit sur l'impact humanitaire des armes nucléaires (voir plus loin, sect. XIX).

18. L'Inde, quant à elle, confirmait dans ses écritures son opposition aux thèses juridiques des Iles Marshall<sup>9</sup>. Dans son contre-mémoire, notamment, elle soutenait que la position des Iles Marshall était « totalement dépourvue de fondement »<sup>10</sup>. Dans ses plaidoiries, elle contestait l'existence de l'obligation de droit international coutumier invoquée par les Iles Marshall<sup>11</sup>. Elle affirmait en outre que « [l]e désarmement rel[ève] de la responsabilité des Etats en vertu de la Charte des Nations Unies »<sup>12</sup>. Elle n'en a pas moins allégué que, en l'espèce, « [i]l ne saurait donc être question ... d'un différend entre les deux Etats », et que « la question du désarmement nucléaire mondial ne saurait être résolue par la voie d'instances judiciaires mettant en présence deux Etats ou une poignée d'Etats » et ne pourrait être réglée qu'avec le soutien et la participation de tous les Etats<sup>13</sup>. L'Inde a ajouté qu'elle était « le seul des Etats possédant des armes nucléaires à se joindre chaque année aux auteurs » de la résolution de l'Assemblée générale relative à la suite donnée à l'avis consultatif rendu par la Cour en 1996 sur la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, et « à voter pour »<sup>14</sup>.

### 3. *Le seuil de détermination de l'existence d'un différend*

19. En votant les arrêts sur les affaires qui opposaient les Iles Marshall à l'Inde, au Royaume-Uni et au Pakistan, la majorité des membres de la Cour a indûment relevé le seuil de détermination de l'existence d'un différend. En effet, même si elle n'a pas retenu l'idée que l'existence d'un différend ne pouvait être établie que si l'Etat requérant avait préalablement porté celui-ci à l'attention du ou des futurs défendeurs, elle a en pratique posé des conditions beaucoup plus rigoureuses que la notification préalable, qui reviennent en fait à exiger de l'Etat demandeur qu'il formule sa prétention juridique, qu'il la dirige spécifiquement contre l'Etat ou les Etats qu'il projette d'attirer devant la Cour, et qu'il précise en quoi consiste le comportement qu'il allègue lui avoir causé un préjudice. Tous ces éléments sont compris dans la condition de « connaissance » préalable posée par la majorité, au risque de priver la Cour de sa faculté de déterminer par inférence l'existence d'un différend lorsqu'elle constate que le comportement des parties révèle l'opposition de leurs points de vue.

<sup>9</sup> Voir lettre de l'Inde en date du 6 juin 2014, citée dans MIM, par. 20.

<sup>10</sup> Contre-mémoire de l'Inde (CMI), par. 6.

<sup>11</sup> Voir, notamment, CR 2016/8, p. 32, par. 5, où l'Inde soutenait que les Iles Marshall « tent[ai]ent d'imposer à l'Inde une obligation juridique fondée sur un principe imaginaire de droit coutumier parallèle à l'article VI du TNP et distinct de celui-ci », et qu'elles « ne fourniss[ai]ent aucune source » pour ce principe.

<sup>12</sup> Selon les articles 11 et 26 et le paragraphe 1 de l'article 47 ; CR 2016/4, p. 13, par. 2 (exposé de l'Inde).

<sup>13</sup> *Ibid.*, p. 19, par. 11-12.

<sup>14</sup> *Ibid.*, par. 1 ; voir également *ibid.*, p. 16, par. 6.

20. Cette position de la majorité s'écarte des *obiter dicta* précédemment énoncés par la Cour, et va jusqu'à les contredire. Par exemple, en l'affaire de la *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria* que j'ai déjà citée (arrêt de 1998), la Cour a dit ceci :

«[U]n désaccord sur un point de droit ou de fait, un conflit, une opposition de thèses juridiques ou d'intérêts ou le fait que la réclamation de l'une des parties se heurte à l'opposition manifeste de l'autre ne doivent pas nécessairement être énoncés *expressis verbis*. Pour déterminer l'existence d'un différend, il est possible, comme en d'autres domaines, d'établir par inférence quelle est en réalité la position ou l'attitude d'une partie.» (C.I.J. Recueil 1998, p. 315, par. 89.)

21. La position de la majorité contredit la jurisprudence de la Cour de La Haye, dont il ressort que celle-ci a suivi une démarche beaucoup moins formaliste pour établir l'existence d'un différend. Peu après sa fondation, la CPJI a tenu à préciser qu'elle n'attachait guère d'importance aux «considérations de forme»<sup>15</sup>; elle a ajouté qu'elle «ne pourrait s'arrêter à un défaut de forme»<sup>16</sup>. Elle a en outre dit ceci : «[le Statut] n'exige pas que l'existence de la contestation se soit manifestée d'une certaine manière, par exemple par des négociations diplomatiques... [L]a Cour estime ne pas pouvoir exiger que la contestation se soit formellement manifestée.»<sup>17</sup>

22. La jurisprudence de la Cour actuelle montre qu'elle aussi s'est gardée du formalisme dans la détermination de l'existence d'un différend<sup>18</sup>. Je me permets de rappeler ici quelques exemples importants des *obiter dicta* énoncés par la Cour sur cette question, empruntés à trois affaires, celle du *Timor oriental (Portugal c. Australie)*, celle relative à l'*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie)* et celle relative à *Certains biens (Liechtenstein c. Allemagne)*. Dans ces affaires, la Cour a considéré que le

<sup>15</sup> *Concessions Mavrommatis en Palestine*, arrêt n° 2, 1924, C.P.J.I. série A n° 2, p. 34.

<sup>16</sup> *Certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise, compétence*, arrêt n° 6, 1925, C.P.J.I. série A n° 6, p. 14.

<sup>17</sup> *Interprétation des arrêts nos 7 et 8 (usine de Chorzów)*, arrêt n° 11, 1927, C.P.J.I. série A n° 13, p. 10-11.

<sup>18</sup> Voir, notamment, *Applicabilité de l'obligation d'arbitrage en vertu de la section 21 de l'accord du 26 juin 1947 relatif au siège de l'Organisation des Nations Unies, avis consultatif*, C.I.J. Recueil 1988, p. 28, par. 38; *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique)*, compétence et recevabilité, arrêt, C.I.J. Recueil 1984, p. 428, par. 83. La Cour a dit en outre que la date critique à retenir pour constater l'existence d'un différend était «[e]n principe» la date du dépôt de la requête (*Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal)*, arrêt [du 20 juillet 2012], C.I.J. Recueil 2012 (II), p. 442, par. 46; *Violations alléguées de droits souverains et d'espaces maritimes dans la mer des Caraïbes (Nicaragua c. Colombie)*, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2016 (I), p. 27, par. 52); la phraséologie employée par la Cour montre que cette règle n'est pas stricte, et peut être appliquée avec une certaine latitude.

comportement des parties postérieur à la date critique (celle du dépôt de la requête) pouvait étayer la constatation de l'existence entre elles d'un différend. Si l'on garde à l'esprit la position que la Cour a ainsi adoptée conformément à sa jurisprudence, il est manifeste qu'il existait bien un différend dans chacune des trois affaires portées devant elle par les Iles Marshall.

23. Dans l'affaire du *Timor oriental* (1995), l'Australie ayant soulevé une exception préliminaire au motif qu'il n'existait selon elle aucun différend l'opposant au Portugal, la Cour a dit ceci: «[à] tort ou à raison, le Portugal a formulé des griefs en fait et en droit à l'encontre de l'Australie et celle-ci les a rejetés. Du fait de ce rejet, il existe un différend d'ordre juridique»<sup>19</sup>. Un peu plus tard, en l'affaire relative à l'*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide* (exceptions préliminaires, 1996), la Yougoslavie (Serbie-et-Monténégro) avait soulevé une exception préliminaire selon laquelle la Cour n'avait pas compétence aux termes de l'article IX de la convention parce qu'il n'existait selon elle aucun différend l'opposant à la Bosnie-Herzégovine; la Cour a au contraire déterminé qu'il existait un différend entre les deux Etats, du fait que la Yougoslavie avait «globalement rejeté toutes les allégations de la Bosnie-Herzégovine, que ce soit au stade des procédures afférentes aux demandes en indication de mesures conservatoires, ou au stade de la ... procédure relative aux ... exceptions [préliminaires]»<sup>20</sup>. La Cour a conclu qu'il existait un différend entre les parties «du fait du rejet, par la Yougoslavie, des griefs formulés à son encontre par la Bosnie-Herzégovine»<sup>21</sup>.

24. En l'affaire relative à *Certains biens* (exceptions préliminaires, 2005), l'Allemagne avait soulevé une exception d'incompétence en invoquant l'absence de différend entre les parties; ayant constaté que l'Allemagne rejetait les griefs de fait et de droit exprimés contre elle par le Liechtenstein, la Cour, «[c]onformément à sa jurisprudence bien établie», a conclu que, «[d]u fait de ce rejet», il existait un différend d'ordre juridique entre les deux Etats<sup>22</sup>. Or, dans les trois affaires sur lesquelles la Cour s'est aujourd'hui déclarée incompétente, qui opposaient les Iles Marshall à l'Inde, au Royaume-Uni et au Pakistan, chacun des Etats défendeurs avait expressément rejeté les griefs du demandeur. Je vais maintenant examiner ces griefs dont le rejet, selon la jurisprudence

<sup>19</sup> *Timor oriental* (*Portugal c. Australie*), arrêt, C.I.J. Recueil 1995, p. 100, par. 22.

<sup>20</sup> *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide* (*Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie*), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1996 (II), p. 595, 614-615, par. 27-29.

<sup>21</sup> *Ibid.*, p. 615, par. 29.

<sup>22</sup> *Certains biens* (*Liechtenstein c. Allemagne*), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2005, p. 19, par. 25, citant les arrêts de la Cour en l'affaire du *Timor oriental* (*Portugal c. Australie*), arrêt, C.I.J. Recueil 1995, p. 100, par. 22; et l'affaire relative à l'*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide* (*Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie*), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1996 (II), p. 615, par. 29.

constante de la Cour que je viens de rappeler, prouvait qu'il existait bien un différend entre les Iles Marshall et chacun des Etats défendeurs<sup>23</sup>.

#### 4. *Les arguments des Parties en l'affaire Iles Marshall c. Inde*

25. Les Iles Marshall soutenaient que l'Inde avait manqué à son obligation de droit international coutumier de négocier de bonne foi le désarmement nucléaire, du fait qu'elle avait adopté un comportement contraire à l'objectif du désarmement. Elles affirmaient aussi que l'Inde avait manqué à son obligation de droit international coutumier de parvenir au plus tôt à la cessation de la course aux armes nucléaires<sup>24</sup>. L'Inde, pour sa part, révélait par son argumentation l'existence d'un différend entre les Parties, premièrement sur le point de savoir s'il existait en droit international coutumier une obligation de négocier en vue du désarmement et, deuxièmement, sur celui de savoir si, par son comportement, elle avait manqué à cette obligation.

26. En effet, l'Inde contestait que le TNP ait fait naître des obligations de droit international coutumier, et contestait aussi qu'une quelconque obligation qui en découlerait puisse lui être opposée. Elle a exprimé sa position à ce sujet en des termes on ne peut plus clairs :

« En réalité, la République des Iles Marshall reproche à l'Inde de ne pas se conformer à l'article VI du TNP, alors que les Etats parties à ce traité ne s'accordent pas sur la nature et la portée de cet article, qu'ils enfreindraient depuis 45 ans. Dès lors, ladite obligation ne saurait être considérée comme une règle de droit coutumier contraignante pour un Etat qui n'est pas partie au TNP et s'y est toujours opposé, comme il s'est toujours opposé aux obligations contenues dans cet instrument. »<sup>25</sup>

27. De plus, dans son contre-mémoire, l'Inde soutenait que

« la Cour n'a[vait] nullement compétence pour obliger les Etats à accepter, en tout ou partie, des obligations établies par voie conventionnelle et que l'inviter à faire peser sur eux des obligations autres que celles qui découl[ai]ent de règles claires et bien définies de droit international coutumier nuirait gravement au principe de la souveraineté des Etats »<sup>26</sup>.

Il est donc manifeste que selon l'Inde, les obligations invoquées par les Iles Marshall ne procédaient pas de principes bien définis de droit inter-

<sup>23</sup> Etant donné que la présente procédure portait sur la compétence de la Cour, la divergence de vues entre les Parties est présentée ici telle qu'elle ressort de leur argumentation sur les exceptions préliminaires; elle serait apparue plus nettement encore si l'affaire avait été examinée au fond, ce qu'a malheureusement exclu la décision de la majorité.

<sup>24</sup> RIM, p. 37, par. 58 et 60.

<sup>25</sup> CMI, p. 41, par. 93, al. iii).

<sup>26</sup> *Ibid.*, p. 15, par. 24.

national coutumier. En cela, elle contredisait carrément la position des Iles Marshall sur ce point.

28. En outre, dans ses plaidoiries, l'Inde a déclaré ceci : «Les Iles Marshall tentent d'imposer à l'Inde une obligation juridique fondée sur un principe imaginaire de droit coutumier parallèle à l'article VI du TNP et distinct de celui-ci, principe dont elles ne fournissent aucune source»<sup>27</sup>. Quant à l'argument selon lequel, par son comportement, elle aurait manqué à ses obligations de droit international coutumier, l'Inde, dans son argumentation sur l'absence de différend, a fait valoir qu'elle était favorable au désarmement nucléaire, contredisant ainsi les assertions des Iles Marshall concernant son comportement<sup>28</sup>.

##### 5. *Appréciation d'ensemble*

29. Toujours attentive et trop sensible à la position des Etats dotés d'armes nucléaires (voir plus loin, sect. XIII), dont les trois défendeurs dans les affaires ici considérées (l'Inde, le Royaume-Uni et le Pakistan), la Cour a écarté les déclarations que les Iles Marshall avaient faites devant des instances multilatérales avant de déposer sa requête parce qu'elles ne suffisaient pas, selon elle, à établir l'existence d'un différend. La majorité a de plus fait abstraction de ce que la date à laquelle doit être établie l'existence d'un différend n'est qu'«en principe» la date du dépôt de la requête (*Violations alléguées de droits souverains et d'espaces maritimes dans la mer des Caraïbes (Nicaragua c. Colombie), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2016 (I)*, p. 27, par. 52); comme je l'ai rappelé plus haut, la jurisprudence de la Cour montre qu'elle peut tenir compte du comportement manifesté par les parties après la date critique.

30. Suivant un raisonnement purement formaliste, la Cour a repris l'*obiter dictum* qu'elle avait énoncé dans son arrêt en l'affaire de l'*Application de la CIEDR* (2011), par lequel elle avait indûment relevé le seuil de détermination de l'existence d'un différend en retenant une exception fondée sur une disposition de la clause compromissaire figurant dans la convention (qu'elle avait du reste mal interprétée, en faisant abstraction de l'objet et du but de la CIEDR). En l'affaire *Iles Marshall c. Inde*, la majorité a fait pire encore : elle a repris les conditions plus rigoureuses

<sup>27</sup> CR 2016/8, p. 36, par. 5.

<sup>28</sup> L'Inde a notamment déclaré ce qui suit :

«Tout en soutenant que la thèse de la République des Iles Marshall est totalement dépourvue de fondement, l'Inde tient à exposer tout d'abord sa position en matière de désarmement et de prolifération nucléaires.

Ainsi qu'elle l'a précisé dans sa lettre en date du 6 juin 2014, l'Inde «poursuit résolument l'objectif consistant à débarrasser le monde des armes nucléaires par un désarmement nucléaire international, vérifiable et non discriminatoire.» (CMI, p. 4, par. 6-7; voir également p. 4-10, où l'Inde affirmait que son comportement montrait qu'elle était favorable au désarmement.)

d'établissement de l'existence d'un différend retenues dans l'arrêt sur l'application de la CIEDR pour les transposer dans une affaire introduite sur la base d'une déclaration faite en vertu de la clause facultative et qui portait sur une obligation de droit international coutumier.

31. Cette tentative de relever encore le seuil de détermination de l'existence d'un différend (en exigeant du demandeur qu'il fournisse davantage de précisions factuelles), outre qu'elle est empreinte de formalisme, est artificielle en ce qu'elle ne suit pas la définition établie par la jurisprudence constante de la Cour, selon laquelle, comme je l'ai déjà rappelé, un différend est «une opposition de thèses juridiques ou d'intérêts». S'en tenant à une optique formaliste, la majorité a posé comme condition de l'existence d'un différend que l'Etat défendeur ait réagi spécifiquement aux griefs de l'Etat demandeur (ce à quoi revient l'application du critère de la «connaissance» préalable, qui à mon sens crée un obstacle à l'accès à la justice), même dans une situation où, comme en l'espèce, les Parties avaient constamment manifesté des comportements bien distincts.

32. En outre, et pour conclure, je rappelle que les trois défendeurs (l'Inde, le Royaume-Uni et le Pakistan) avaient clairement rejeté les arguments avancés contre eux par les Iles Marshall. Du fait de ce rejet, il existait bien un différend d'ordre juridique entre les Iles Marshall et chacun des trois défendeurs. La majorité, en relevant par une exigence formaliste le seuil de détermination de l'existence d'un différend, n'a pas suivi la jurisprudence constante de la CPJI et de la Cour actuelle en la matière (voir plus haut). De plus, elle a créé, indûment selon moi, une difficulté (pour le demandeur) qui n'est autre qu'une entrave à *l'accès à la justice internationale*, et ce dans trois affaires relatives à une question intéressant l'humanité tout entière. Je vois là une décision extrêmement regrettable.

### III. LES RÉSOLUTIONS DE L'ASSEMBLÉE GÉNÉRALE DES NATIONS UNIES ET L'*OPINIO JURIS* QUI S'EN DÉGAGE

33. Au cours des procédures relatives aux affaires sur lesquelles la Cour vient de se déclarer incompétente, l'Etat demandeur (les Iles Marshall) et les Etats défendeurs (l'Inde, le Royaume-Uni et le Pakistan) se sont référés aux résolutions de l'Assemblée générale des Nations Unies concernant le désarmement nucléaire (voir plus loin, sect. VI). C'est à ces résolutions que je vais maintenant m'intéresser; je traiterai d'abord de la reconnaissance devant la Cour (en 1995) de l'autorité et de la valeur juridique des résolutions de l'Assemblée sur les armes nucléaires, dans lesquelles ces armes sont qualifiées de contraires à la Charte des Nations Unies, et j'examinerai ensuite chacune des séries de résolutions adoptées par l'Assemblée: *a)* celle des résolutions relatives aux armes nucléaires (1961-1981); *b)* celle des résolutions sur le gel des armements nucléaires (1982-1992); *c)* celle des résolutions condamnant les armes nucléaires (1982-2015); et *d)* celle des résolutions sur la suite donnée à l'avis consultatif rendu par la Cour en 1996 (1996-2015).

1. *Les résolutions de l'Assemblée générale relatives aux armes nucléaires (1961-1981)*

34. Les années 1970 ont été la première décennie du désarmement, proclamée par l'Assemblée générale dans sa résolution A/RES/2602 E (XXIV) du 16 décembre 1969; cette résolution a été suivie de deux autres, adoptées en 1978 et 1980, sur le non-recours aux armes nucléaires et la prévention de la guerre nucléaire<sup>29</sup>. L'Assemblée générale a expressément demandé aux Etats Membres de l'ONU d'intensifier leurs efforts en vue de la cessation de la course aux armements nucléaires, du désarmement nucléaire et de l'élimination des autres armes de destruction massive. Auparavant, elle avait adopté sa résolution historique A/RES/1653 (XVI) du 24 novembre 1961, où figure sa célèbre «déclaration sur l'interdiction de l'emploi des armes nucléaires et thermonucléaires» (voir plus loin, sect. V). En 1979, alors que la première décennie du désarmement touchait à sa fin, l'Assemblée, déçue de constater que les objectifs de cette première décennie n'avaient pas été atteints, a proclamé les années 1980 deuxième décennie du désarmement<sup>30</sup>. Par la suite, elle a proclamé une troisième décennie du désarmement, coïncidant avec les années 1990<sup>31</sup>.

35. Durant la première période que j'ai examinée (1961-1981), l'Assemblée générale a constamment accordé une attention toute spéciale aux questions de désarmement, et au désarmement nucléaire en particulier. Je citerai à cet égard les résolutions A/RES/2934 (XXVII) du 29 novembre 1972, A/RES/2936 (XXVII) du 29 novembre 1972 également, A/RES/3078 (XXVIII) du 6 décembre 1973, A/RES/3257 (XXIX) du 9 décembre 1974, A/RES/3466 (XXX) du 11 décembre 1975, A/RES/3478 (XXX) du 11 décembre 1975 également, A/RES/31/66 du 10 décembre 1976, A/RES/32/78 du 12 décembre 1977, A/RES/33/71 du 14 décembre 1978, A/RES/33/72 du 14 décembre 1978 également, A/RES/33/91 du 16 décembre 1978, A/RES/34/83, A/RES/34/84, A/RES/34/85 et A/RES/34/86, toutes du 11 décembre 1979, A/RES/35/152, A/RES/35/155 et A/RES/35/156, toutes du 12 décembre 1980, A/RES/36/81, A/RES/36/84, A/RES/36/92, A/RES/36/94, A/RES/36/95, A/RES/36/97 et A/RES/36/100, toutes du 9 décembre 1981.

36. En 1978 et 1982, l'Assemblée générale a tenu deux sessions extraordinaires sur le désarmement (dixième et douzième sessions extraordinaires), lors desquelles la question du désarmement nucléaire figurait au premier rang des sujets abordés. En fait, les participants à ces deux sessions n'ont cessé de souligner que l'objectif le plus urgent du désarme-

<sup>29</sup> Dans leur ordre chronologique, les résolutions A/RES/33/71B du 14 décembre 1978 et A/RES/35/152D du 12 décembre 1980.

<sup>30</sup> Voir la résolution A/RES/34/75 du 11 décembre 1979, et la résolution A/RES/35/46 du 3 décembre 1980.

<sup>31</sup> Voir les résolutions A/RES/43/78L du 7 décembre 1988 et A/RES/45/62A du 4 décembre 1990.



ment était d'écarter le danger d'une guerre nucléaire. Comme nous allons le voir, l'Assemblée, dans une série ultérieure de résolutions (adoptées de 1982 à 2015), en est venue à condamner directement les armes nucléaires (voir ci-après).

37. Dans les résolutions qu'elle a adoptées pendant la période 1972-1981, l'Assemblée générale a maintes fois appelé l'attention sur les dangers que la course aux armements nucléaires fait peser sur l'humanité et la survie de la civilisation, et exprimé l'appréhension que lui inspiraient les conséquences délétères des essais nucléaires, qui contribuaient à l'accélération de cette course. Elle a réitéré sa condamnation de tous les essais nucléaires, dans quelque milieu que ce soit. Elle a lancé des appels aux Etats pour qu'ils adhèrent au traité de 1963 sur l'interdiction partielle des essais nucléaires (interdisant les essais dans l'atmosphère, dans l'espace extra-atmosphérique et sous l'eau), et demandé la conclusion d'un traité sur l'interdiction complète des essais nucléaires dans tous les milieux (c'est-à-dire également des essais souterrains). Elle a exhorté les Etats dotés d'armes nucléaires, en attendant la conclusion d'un tel traité, à suspendre leurs essais nucléaires dans tous les milieux.

38. L'Assemblée générale a également souligné que la responsabilité de la réalisation de l'objectif du désarmement nucléaire incombait tout spécialement aux Etats dotés d'armes nucléaires, en particulier à ceux qui étaient parties à des accords internationaux aux termes desquels ils avaient déclaré leur intention de parvenir à la cessation de la course aux armements nucléaires. Elle a en outre demandé directement aux chefs d'Etat de l'URSS et des Etats-Unis d'engager la procédure nécessaire à l'entrée en vigueur de l'accord intérimaire concernant la limitation des armements stratégiques (accord SALT).

39. Après avoir consacré sa dixième session extraordinaire au désarmement, l'Assemblée générale, à la 84<sup>e</sup> séance plénière, a adopté une résolution dans laquelle elle déclarait que le recours aux armes nucléaires constituait «une violation de la Charte des Nations Unies et un crime contre l'humanité», et devait être interdit en attendant le désarmement nucléaire<sup>32</sup>. L'Assemblée a également noté que les Etats non dotés d'armes nucléaires aspiraient à la création de zones exemptes d'armes nucléaires pour éviter que de telles armes ne soient stationnées sur leur territoire, et a déclaré qu'elle soutenait leurs efforts en vue de la conclusion d'une convention internationale qui renforcerait les garanties de leur sécurité en les protégeant mieux de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires. Entre autres mesures propres à faciliter le désarmement nucléaire et à faire cesser la prolifération des armes nucléaires, l'Assemblée a demandé à la Commission du désarmement d'examiner la question de la cessation et de l'interdiction de la production de matières fissiles pouvant servir à la fabrication d'armes.

---

<sup>32</sup> Voir la résolution A/RES/33/71B du 14 décembre 1978; voir également la résolution A/RES/35/152D du 12 décembre 1980.

2. *Les résolutions de l'Assemblée générale relatives au gel des armements nucléaires (1982-1992)*

40. Durant la période 1982-1992, qui a suivi ses dixième et douzième sessions extraordinaires, consacrées au désarmement (1978 et 1982), l'Assemblée générale a adopté des résolutions dans lesquelles elle demandait également le gel des armements nucléaires. Je citerai à cet égard les résolutions A/RES/37/100A du 13 décembre 1982, A/RES/38/73E du 15 décembre 1983, A/RES/39/63C du 12 décembre 1984, A/RES/40/151C du 16 décembre 1985, A/RES/41/60E du 3 décembre 1986, A/RES/42/39B du 30 novembre 1987, A/RES/43/76B du 7 décembre 1988, A/RES/44/117D du 15 décembre 1989, A/RES/45/59D du 4 décembre 1990, A/RES/46/37C du 6 décembre 1991 et A/RES/47/53E du 9 décembre 1992.

41. Dans ces résolutions, l'Assemblée notait que les arsenaux nucléaires existants étaient déjà plus que suffisants pour effacer toute trace de vie sur terre. Elle exprimait sa conviction que seul le désarmement général et complet sous un contrôle international efficace permettrait d'instaurer dans le monde une paix durable. L'Assemblée notait également que, dans le domaine du désarmement, priorité absolue devait être donnée au désarmement nucléaire et à l'élimination de toutes les armes de destruction massive. Elle demandait enfin aux Etats dotés d'armes nucléaires de convenir « d'un gel des armements nucléaires », qui prévoirait notamment « un arrêt simultané total de la production d'armes nucléaires et la cessation complète de la production de matières fissiles destinées à la fabrication d'armes ».

42. Ce gel des armements nucléaires était considéré non pas comme une fin en soi, mais comme la première étape la plus efficace d'un processus conduisant à : a) la cessation de tout accroissement et de tout perfectionnement des arsenaux nucléaires existants; et b) l'ouverture de négociations sur une réduction substantielle des armements nucléaires et la limitation des capacités des armes nucléaires. A partir de 1989, ces résolutions précisent la structure et la portée d'une déclaration conjointe par laquelle tous les Etats dotés d'armes nucléaires conviendraient d'un gel général des armements nucléaires. Ce gel devait comprendre : a) une interdiction générale des essais d'armes nucléaires; b) l'arrêt complet de la fabrication d'armes nucléaires; c) l'interdiction de tout nouveau déploiement d'armes nucléaires; et d) l'arrêt complet de la production de matières fissiles destinées à la fabrication d'armes.

3. *Les résolutions de l'Assemblée générale qualifiant la menace ou l'emploi d'armes nucléaires de violation de la Charte (et leur invocation devant la Cour en 1995)*

43. Il y a une vingtaine d'années, les résolutions de l'Assemblée générale condamnant les armes nucléaires, moins nombreuses qu'aujourd'hui, étaient déjà considérées par des Etats de divers continents comme faisant

autorité. Tel était le cas, notamment, des Etats qui se sont exprimés devant la Cour lors des audiences qu'elle a tenues du 30 octobre au 15 novembre 1995 dans le cadre de la procédure qui a abouti au prononcé de son avis consultatif du 8 juillet 1996 sur la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*. Il a été dit lors des audiences que ces résolutions de l'Assemblée générale exprimaient un « consensus général » et avaient une « valeur juridique » pertinente pour l'examen de la question<sup>33</sup>. Par exemple, la résolution A/RES/1653 (XVI) de 1961 a été invoquée comme étant une résolution où l'Assemblée avait « dit le droit » en déclarant que l'emploi d'armes nucléaires était contraire à l'esprit, à la lettre et aux buts de la Charte des Nations Unies et constituait, en tant que tel, une « violation directe » de celle-ci<sup>34</sup>.

44. Lors de ces audiences, dont il faut se souvenir qu'elles remontent à la fin de 1995, il a également été dit que de « nombreuses » résolutions et déclarations de l'Assemblée générale confirm[aient] l'illicéité de l'emploi de la force, y compris l'emploi d'armes nucléaires<sup>35</sup>. Certaines résolutions (les résolutions A/RES/1653 (XVI) du 24 novembre 1961, A/RES/33/71B du 14 décembre 1978, A/RES/34/83G du 11 décembre 1979, A/RES/35/152D du 12 décembre 1980, A/RES/36/92I du 9 décembre 1981, A/RES/45/59B du 4 décembre 1990 et A/RES/46/37D du 6 décembre 1991) ont été retenues comme particulièrement importantes du fait qu'il y était déclaré que l'emploi d'armes nucléaires constituerait une violation de la Charte des Nations Unies<sup>36</sup>. Il a été dit aussi que la série de résolutions de l'Assemblée générale inaugurée par la résolution A/RES/1653 (XVI) du 24 novembre 1961 renfermait une « interprétation faisant autorité » des traités relatifs au droit humanitaire et de la Charte<sup>37</sup>.

45. Lors des audiences tenues par la Cour en 1995 dans le cadre de la procédure qui a abouti au prononcé de son avis consultatif de 1996, il a été rappelé également que l'Assemblée générale avait adopté sa résolution A/RES/1653 (XVI) en 1961 sous la forme d'une déclaration, ce qui lui conférait le caractère d'une « affirmation du droit », et il a été dit que, depuis lors, il était généralement admis que l'Assemblée avait le pouvoir d'adopter de telles résolutions déclaratoires (condamnant les armes nucléaires), et que les résolutions par lesquelles elle avait déclaré « illicite » l'emploi des armes nucléaires étaient considérées comme procédant de l'exercice de son pouvoir « inhérent »<sup>38</sup>. La pertinence des résolutions de l'Assemblée générale a été reconnue par un important groupe d'Etats<sup>39</sup>.

46. Depuis ces audiences tenues par la Cour dans les derniers mois de 1995, au cours desquelles ont été reconnues l'autorité et la valeur juri-

<sup>33</sup> CR 1995/25, p. 52-53 (exposé du Mexique).

<sup>34</sup> CR 1995/22, p. 44-45 (exposé de l'Australie).

<sup>35</sup> CR 1995/26, p. 23-24 (exposé de l'Iran).

<sup>36</sup> CR 1995/28, p. 62-63 (exposé des Philippines).

<sup>37</sup> CR 1995/31, p. 46 (exposé du Samoa).

<sup>38</sup> CR 1995/27, p. 58-59 (exposé de la Malaisie).

<sup>39</sup> Voir, notamment, CR 1995/35, p. 34, et également p. 22 (exposé du Zimbabwe sur l'initiative qu'il avait prise en tant que président du mouvement des pays non alignés).

dique de ses résolutions relatives aux armes nucléaires, l'Assemblée générale en a adopté un certain nombre d'autres dont se dégage, à mon avis, une *opinio juris communis* sur le désarmement nucléaire. Je vais maintenant procéder, par ordre chronologique, à l'examen de deux autres séries de résolutions; la longue série (1982-2015) de celles condamnant l'emploi des armes nucléaires, et la série de celles relatives à la suite donnée à l'avis consultatif émis par la Cour en 1996 (adoptées de 1997 à 2015).

#### 4. Les résolutions de l'Assemblée générale condamnant les armes nucléaires (1982-2015)

47. De 1982 à 2015, l'Assemblée générale a adopté toute une série de résolutions condamnant les armes nucléaires. Je retiens parmi elles les résolutions A/RES/37/100C du 9 décembre 1982, A/RES/38/73G du 15 décembre 1983, A/RES/39/63H du 12 décembre 1984, A/RES/40/151F du 16 décembre 1985, A/RES/41/60F du 3 décembre 1986, A/RES/42/39C du 30 novembre 1987, A/RES/43/76E du 7 décembre 1988, A/RES/44/117C du 15 décembre 1989, A/RES/45/59B du 4 décembre 1990, A/RES/46/37D du 6 décembre 1991, A/RES/47/53C du 9 décembre 1992, A/RES/48/76B du 16 décembre 1993, A/RES/49/76E du 15 décembre 1994, A/RES/50/71E du 12 décembre 1995, A/RES/51/46D du 10 décembre 1996, A/RES/52/39C du 9 décembre 1997, A/RES/53/78D du 4 décembre 1998, A/RES/54/55D du 1<sup>er</sup> décembre 1999, A/RES/55/34G du 20 novembre 2000, A/RES/56/25B du 29 novembre 2001, A/RES/57/94 du 22 novembre 2002, A/RES/58/64 du 8 décembre 2003, A/RES/59/102 du 3 décembre 2004, A/RES/60/88 du 8 décembre 2005, A/RES/61/97 du 6 décembre 2006, A/RES/62/51 du 5 décembre 2007, A/RES/63/75 du 2 décembre 2008, A/RES/64/59 du 2 décembre 2009, A/RES/65/80 du 8 décembre 2010, A/RES/66/57 du 2 décembre 2011, A/RES/67/64 du 3 décembre 2012, A/RES/68/58 du 5 décembre 2013, A/RES/69/69 du 2 décembre 2014 et A/RES/70/62 du 7 décembre 2015.

48. Dans ces résolutions, l'Assemblée met en garde contre le danger que font peser les armes nucléaires sur la survie de l'humanité. Cette série de résolutions trouve son origine dans deux résolutions historiques, la résolution A/RES/1 (I) du 24 janvier 1946 et la résolution A/RES/1653 (XVI) du 24 novembre 1961 (voir ci-après). Dans cette longue série de résolutions condamnant les armes nucléaires (1982-2015), l'Assemblée générale reprend année après année, au début du préambule, les considérants suivants:

« *Alarmée* par la menace que les armes nucléaires et leur utilisation, inhérente aux concepts de dissuasion, représentent pour la survie de l'humanité et pour le maintien de conditions qui permettent la vie,

*Convaincue* que le désarmement nucléaire est essentiel pour la prévention de la guerre nucléaire et le renforcement de la paix et de la sécurité internationales,

*Convaincue en outre* que l'interdiction de l'utilisation ou de la menace de l'utilisation des armes nucléaires constituerait une étape sur la voie de l'élimination complète des armes nucléaires aboutissant à un désarmement général et complet sous contrôle international efficace.»

49. Dans la suite de leur préambule, ces résolutions, il est important de le noter, *affirment* année après année ce qui suit :

«le recours aux armes nucléaires constituerait une violation de la Charte des Nations Unies et un crime contre l'humanité, comme [l'Assemblée] l'a déclaré dans ses résolutions 1653 (XVI) du 24 novembre 1961, 33/71 B du 14 décembre 1978, 34/83 G du 11 décembre 1979, 35/152 D du 12 décembre 1980 et 36/92 I du 9 décembre 1981 ».

50. Toujours dans le préambule desdites résolutions, l'Assemblée générale, chaque année, *note avec regret* que la conférence du désarmement, au cours de sa session de l'année précédente, n'a pu entreprendre des négociations en vue de parvenir à un accord sur une convention relative au désarmement nucléaire. Dans le dispositif des mêmes résolutions, l'Assemblée réitère, d'année en année, sa demande à la conférence du désarmement d'entreprendre, en priorité, des négociations en vue de parvenir à un accord sur une convention internationale interdisant en toutes circonstances l'utilisation ou la menace de l'utilisation des armes nucléaires, sur la base du texte du projet de convention sur l'interdiction de l'utilisation des armes nucléaires.

51. A partir de 1989 (quarante-quatrième session), l'Assemblée générale, dans ces résolutions, se dit convaincue qu'un accord multilatéral interdisant l'emploi ou la menace d'armes nucléaires renforcerait la sécurité internationale et aiderait à créer un climat propice à des négociations qui conduiraient à l'élimination complète des armes nucléaires. Elle en vient, plus tard, à souligner particulièrement que la conclusion d'une convention internationale serait une étape sur la voie de l'élimination complète des armes nucléaires, aboutissant au désarmement général et complet, sous un contrôle international strict et efficace.

52. A partir de 1996, les résolutions, dans leurs considérants<sup>40</sup>, font référence à un calendrier : l'Assemblée souligne qu'une convention internationale constituerait une étape importante d'un programme échelonné sur la voie de l'élimination complète des armes nucléaires selon un calendrier déterminé. Dans ses résolutions plus récentes de la même série, l'Assemblée se dit résolue à parvenir à la conclusion d'une convention internationale interdisant la mise au point, la fabrication, le stockage et l'emploi des armes nucléaires et conduisant, à terme, à leur destruction.

<sup>40</sup> Voir, par exemple, la résolution A/RES/50/71E du 12 décembre 1995.

5. *Les résolutions de l'Assemblée générale sur la suite donnée à l'avis consultatif rendu par la Cour en 1996 (1996-2015)*

53. Depuis le prononcé par la Cour de son avis consultatif du 8 juillet 1996 sur la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, l'Assemblée a adopté une nouvelle série de résolutions (1996-2015), consacrée à la suite donnée à cet avis. Il s'agit des résolutions A/RES/51/45 du 10 décembre 1996, A/RES/52/38 du 9 décembre 1997, A/RES/53/77 du 4 décembre 1998, A/RES/54/54 du 1<sup>er</sup> décembre 1999, A/RES/55/33 du 20 novembre 2000, A/RES/56/24 du 29 novembre 2001, A/RES/57/85 du 22 novembre 2002, A/RES/58/46 du 8 décembre 2003, A/RES/59/83 du 3 décembre 2004, A/RES/60/76 du 8 décembre 2005, A/RES/61/83 du 6 décembre 2006, A/RES/62/39 du 5 décembre 2007, A/RES/63/49 du 2 décembre 2008, A/RES/64/55 du 2 décembre 2009, A/RES/65/76 du 8 décembre 2010, A/RES/66/46 du 2 décembre 2011, A/RES/67/33 du 3 décembre 2012, A/RES/68/42 du 5 décembre 2013, A/RES/69/43 du 2 décembre 2014 et A/RES/70/56 du 7 décembre 2015. Ces résolutions comprennent un certain nombre de considérants ou de dispositions importants.

54. Dans le préambule des résolutions de cette série, l'Assemblée générale exprime sa conviction «que la persistance des armes nucléaires fait peser une menace sur l'humanité tout entière et que leur emploi aurait des conséquences catastrophiques pour toutes les formes de vie sur terre», et que «la seule protection contre une catastrophe nucléaire est l'élimination complète des armes nucléaires et la certitude qu'il n'en sera plus jamais fabriqué» (deuxième alinéa). Elle réaffirme régulièrement «l'engagement pris par la communauté internationale d'atteindre l'objectif d'un monde exempt d'armes nucléaires grâce à l'élimination totale des armes nucléaires» (troisième alinéa). Elle rappelle aussi qu'elle a demandé à la conférence du désarmement de créer un comité spécial chargé d'entamer des négociations sur un programme échelonné de désarmement nucléaire, l'objectif étant d'éliminer définitivement les armes nucléaires selon «un calendrier déterminé»; elle réaffirme également le rôle qui revient à la conférence du désarmement, unique instance multilatérale pour les négociations sur le désarmement.

55. L'Assemblée, toujours dans le préambule, rappelle ensuite inlassablement les «obligations solennelles» imposées aux États parties, au TNP par son article VI, en particulier celle de «poursuivre de bonne foi des négociations sur des mesures efficaces relatives à la cessation de la course aux armements nucléaires à une date rapprochée et au désarmement nucléaire» (quatrième alinéa). Elle exprime le souhait que soit élaboré un instrument juridiquement contraignant sur l'interdiction de la mise au point, de la fabrication, de l'essai, du déploiement, du stockage, de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires et sur leur destruction «sous un contrôle international efficace». Il importe de noter que, dans ces résolutions, l'Assemblée générale demande à *tous les Etats* de satisfaire à leur

obligation de négocier de bonne foi afin de parvenir à la conclusion rapide d'une convention interdisant la mise au point, la fabrication, l'essai, le déploiement, le stockage, le transfert, la menace ou l'emploi d'armes nucléaires et prévoyant leur élimination<sup>41</sup>.

56. A partir de 2003, dans les résolutions de cette série, l'Assemblée générale se déclare profondément préoccupée par l'absence de progrès de la mise en œuvre des «treize mesures concrètes» approuvées par la conférence d'examen de 2000 en vue de l'application de l'article VI du TNP. A partir de 2010, le préambule de ces résolutions comprend un sixième alinéa où l'Assemblée se déclare «profondément préoccupée par les conséquences catastrophiques sur le plan humanitaire qu'aurait tout recours aux armes nucléaires», et réaffirme «que tous les Etats doivent toujours se conformer au droit international applicable, y compris le droit international humanitaire». Dans ses résolutions sur la suite donnée à l'avis consultatif de 1996, l'Assemblée constate en outre

«avec satisfaction que le Traité sur l'Antarctique, les Traités de Tlatelolco, de Rarotonga, de Bangkok et de Pelindaba, et le Traité portant création d'une zone exempte d'armes nucléaires en Asie centrale, ainsi que le statut d'Etat exempt d'armes nucléaires de la Mongolie, libèrent progressivement de la présence d'armes nucléaires tout l'hémisphère Sud et les zones adjacentes visées par ces traités» (dixième alinéa du préambule).

57. Les résolutions récentes de cette série (à partir de 2013) comportent des ajouts notables. L'Assemblée générale y appelle tous les Etats dotés d'armes nucléaires à prendre des mesures concrètes de désarmement, et souligne que tous les Etats doivent faire des efforts particuliers pour instaurer et conserver un monde exempt d'armes nucléaires. Elle y prend note de la «proposition en cinq points ... sur le désarmement nucléaire» avancée par le Secrétaire général (voir ci-après, sect. XVII), et constate qu'il est nécessaire d'adopter un instrument juridiquement contraignant négocié sur le plan multilatéral et visant à garantir les Etats non dotés d'armes nucléaires contre la menace de l'emploi de ces armes en attendant leur élimination. Dans le dispositif des résolutions de cette série, l'Assemblée souligne la conclusion unanime énoncée dans l'avis consultatif rendu par la Cour en 1996 sur la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, selon laquelle «il existe une obligation de poursuivre de bonne foi et de mener à terme des négociations conduisant au désarmement nucléaire dans tous ses aspects, sous un contrôle international strict et efficace» (par. 1).

58. Il convient de noter que les résolutions de cette série contiennent des paragraphes sur l'obligation de poursuivre de bonne foi et de mener à terme des négociations conduisant au désarmement nucléaire où il n'est aucunement question du TNP ou des Etats parties à cet instrument. Cette

<sup>41</sup> Il est à noter que cette formulation est celle employée dans les résolutions les plus anciennes de la série; dans les résolutions plus récentes, l'Assemblée précise que les négociations devraient commencer l'année suivante.

obligation est présentée comme générale, et non pas fondée sur les dispositions de tel ou tel traité. *Tous les Etats*, et pas seulement ceux qui sont parties au TNP, se sont engagés à remplir promptement cette obligation, et c'est à *tous les Etats* que l'Assemblée demande de tenir le Secrétaire général informé des efforts qu'ils déploient et des mesures qu'ils prennent en application de la résolution considérée. Il importe aussi de relever que d'autres paragraphes ou alinéas de ces résolutions s'adressent directement aux Etats dotés d'armes nucléaires et font expressément référence au TNP. Autrement dit, les mentions de *tous les Etats* sont délibérées, et sauf renvoi à une obligation conventionnelle ou une autre obligation internationale spéciale, les formules employées dans ces résolutions vont dans le sens de l'existence d'une obligation de droit international coutumier de négocier pour parvenir au désarmement nucléaire.

#### IV. LES RÉOLUTIONS DU CONSEIL DE SÉCURITÉ ET L'*OPINIO JURIS* QUI S'EN DÉGAGE

59. Comme l'Assemblée générale, le Conseil de sécurité des Nations Unies s'est souvent penché sur la question des armes nucléaires. Je citerai notamment à cet égard la déclaration de son président (S/23500) en date du 31 janvier 1992, et ses résolutions suivantes : S/RES/984 du 11 avril 1995, S/RES/1540 du 28 avril 2004, S/RES/1673 du 27 avril 2006, S/RES/1810 du 25 avril 2008, S/RES/1887 du 24 septembre 2009 et S/RES/1997 du 11 juillet 2011 ; je pourrais en citer d'autres<sup>42</sup>. A l'issue d'une réunion du Conseil de sécurité tenue au niveau des chefs d'Etat ou de gouvernement le 31 janvier 1992, son président, au nom des membres du Conseil, a fait la déclaration susmentionnée, engageant tous les Etats Membres de l'ONU à s'acquitter des obligations qu'ils avaient contractées en ce qui concerne la maîtrise des armements et le désarmement, et à empêcher la prolifération de toutes les armes de destruction massive<sup>43</sup> (armes nucléaires, chimiques et biologiques).

60. Cette déclaration exprimait le sentiment dominant de l'époque, à savoir que la fin de la guerre froide avait « fait naître l'espoir de l'avènement d'un monde plus sûr, plus équitable et plus humain », et créé une conjoncture qui « [était] la plus propice à la paix et à la sécurité internationales qui ait existé depuis la fondation de l'Organisation des Nations Unies »<sup>44</sup>. Dans la même déclaration, les membres du Conseil mettaient en garde contre le

<sup>42</sup> Voir également les résolutions suivantes du Conseil de sécurité : S/RES/1695 du 15 juillet 2006, S/RES/1718 du 14 octobre 2006, S/RES/1874 du 12 juin 2009, S/RES/1928 du 7 juin 2010, S/RES/2094 du 7 mars 2013, S/RES/2141 du 5 mars 2014, S/RES/2159 du 9 juin 2014, S/RES/2224 du 9 juin 2015 et S/RES/2270 du 2 mars 2016. Dans le préambule de toutes ces résolutions, le Conseil de sécurité réaffirme inlassablement que la prolifération des armes nucléaires, chimiques et biologiques et de leurs vecteurs menace la paix et la sécurité internationales.

<sup>43</sup> Nations Unies, doc. S/23500 (31 janvier 1992), p. 1-5.

<sup>44</sup> *Ibid.*, p. 2 et 5.



danger que toutes les armes de destruction massive faisaient peser sur la paix et la sécurité, et s'engageaient à travailler à «la prévention de la dissémination des technologies liées à la recherche et à la production de telles armes»<sup>45</sup>. Ils soulignaient en outre «le rôle essentiel des garanties de l'AIEA pleinement efficaces pour l'application [du TNP] et l'importance de contrôles à l'exportation rigoureux»; ils ajoutaient qu'ils «prendr[ai]ent des mesures appropriées si des violations leur [étaient] notifiées par l'AIEA»<sup>46</sup>.

61. Il convient de relever que, dans cette déclaration du président du Conseil de sécurité, la prolifération de toutes les armes de destruction massive est qualifiée de menace à la paix et la sécurité internationales, qualification qui est reprise dans les résolutions ultérieures du Conseil pour justifier les mesures prises par lui en vertu du chapitre VII de la Charte. Dans trois de ces résolutions (les résolutions S/RES/1540 du 28 avril 2004 (par. 2), S/RES/1810 du 25 avril 2008 (par. 3) et S/RES/1887 du 24 septembre 2009 (par. 2)), le Conseil réaffirme ladite déclaration de son président (adoptée, je le rappelle, le 31 janvier 1992) et, comme d'ailleurs dans d'autres résolutions, réitère dans le préambule que la prolifération des armes nucléaires, chimiques et biologiques menace la paix et la sécurité internationales<sup>47</sup>, et que tous les Etats doivent prendre des mesures pour l'empêcher.

62. Dans sa résolution S/RES/1540 du 28 avril 2004, le Conseil de sécurité, agissant en vertu du chapitre VII de la Charte, invoque les obligations juridiquement contraignantes qui imposent à tous les Etats Membres de l'ONU de prendre et d'appliquer des mesures appropriées et efficaces contre la prolifération des armes nucléaires, chimiques et biologiques, y compris mettre sur pied des dispositifs de contrôle et un système de communication d'informations à un comité du Conseil (comité ensuite dénommé «comité créé par la résolution 1540»). Dans ses résolutions ultérieures, le Conseil rappelle sa résolution S/RES/1540 et engage les Etats Membres de l'ONU à l'appliquer.

63. Dans ses résolutions S/RES/984 du 11 avril 1995 et S/RES/1887 du 24 septembre 2009, le Conseil insiste particulièrement sur l'obligation qu'ont les Etats de poursuivre de bonne foi des négociations conduisant au désarmement nucléaire. Dans le préambule de la résolution S/RES/984, il affirme qu'il est nécessaire que tous les Etats parties au TNP «s'acquittent pleinement de toutes leurs obligations»; dans son dispositif, il

«[e]ngage tous les Etats à poursuivre de bonne foi, comme il est stipulé à l'article VI du traité sur la non-prolifération des armes

<sup>45</sup> Nations Unies, doc. S/23500 (31 janvier 1992), p. 4.

<sup>46</sup> *Ibid.*

<sup>47</sup> Voir, notamment, les résolutions S/RES/1540 du 28 avril 2004, S/RES/1673 du 27 avril 2006, S/RES/1810 du 25 avril 2008, S/RES/1977 du 20 avril 2011. Voir également les résolutions S/RES/1695 du 15 juillet 2006, S/RES/1718 du 14 octobre 2006, S/RES/1874 du 12 juin 2009, S/RES/1928 du 7 juin 2010, S/RES/2094 du 7 mars 2013, S/RES/2141 du 5 mars 2014, S/RES/2159 du 9 juin 2014, S/RES/2224 du 9 juin 2015 et S/RES/2270 du 2 mars 2016.

nucléaires, des négociations sur des mesures efficaces relatives au désarmement nucléaire et sur un traité de désarmement général et complet sous un contrôle international strict et efficace, qui demeure un objectif universel» (résolution S/RES/984, par. 8).

Il est intéressant de noter que la résolution S/RES/984 est antérieure au prononcé par la Cour de son avis consultatif de 1996 sur la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*.

64. Dans le dispositif de sa résolution S/RES/1887 du 24 septembre 2009, le Conseil invite à nouveau les Etats parties au TNP à «s'acquiescer pleinement de toutes leurs obligations et à honorer leurs engagements au titre du Traité» (par. 2); en particulier, il les prie de «s'engager, en vertu de l'article VI du Traité, à poursuivre de bonne foi des négociations sur des mesures efficaces de réduction des armes nucléaires et de désarmement nucléaire», et engage «tous les autres Etats à se joindre à cette entreprise» (par. 5). Il importe de relever que le Conseil lance là un appel général qui s'adresse à tous les Etats Membres de l'ONU, parties ou non au TNP.

65. A mon sens, les résolutions susmentionnées du Conseil de sécurité, comme celles de l'Assemblée générale (voir plus haut), pour autant qu'elles s'adressent à tous les Etats Membres de l'ONU, ont notablement contribué à dégager une *opinio juris* sur laquelle s'est appuyée la formation progressive d'une obligation de droit international coutumier correspondant à l'obligation conventionnelle créée par l'article VI du TNP. En particulier, le fait que le Conseil engage *tous les Etats*, et pas seulement les parties au TNP, à poursuivre de bonne foi des négociations conduisant au désarmement nucléaire (ou à se joindre à ce que les parties au TNP sont invitées à entreprendre en ce sens) est important. En effet, il indique que cette obligation incombe à tous les Etats Membres de l'ONU, qu'ils soient ou non parties au TNP.

#### V. LA SAGA DE LA CONDAMNATION DES ARMES NUCLÉAIRES PAR LES NATIONS UNIES

66. Les résolutions de l'Assemblée générale et du Conseil de sécurité des Nations Unies que je viens de passer en revue illustrent la longue saga de la condamnation des armes nucléaires par les Etats Membres de l'ONU. Cette saga remonte à la fondation et aux premières années de l'existence de l'Organisation des Nations Unies. En fait, au moment de l'adoption de la Charte des Nations Unies le 26 juin 1945, les délégations à la conférence de San Francisco n'avaient pas à l'esprit les armes nucléaires. C'est le largage par les Etats-Unis de bombes atomiques sur Hiroshima et Nagasaki, les 6 et 9 août 1945, qui a marqué l'avènement de l'ère nucléaire, plus de dix semaines avant l'entrée en vigueur de la Charte (24 octobre 1945).

67. L'Organisation nouvellement créée n'a pas tardé à chercher des moyens de parer aux problèmes inhérents à l'ère nucléaire. L'Assemblée

générale, par sa toute première résolution, la résolution 1 (I) du 24 janvier 1946, a créé une commission faisant rapport au Conseil de sécurité, chargée d'étudier ces problèmes «dans l'intérêt de la paix et de la sécurité» (par. 2 *a*)) et de faire des recommandations tendant à «assurer le contrôle de l'énergie atomique dans la mesure nécessaire pour assurer son utilisation à des fins purement pacifiques» et à «éliminer, des armements nationaux, les armes atomiques et toutes autres armes importantes permettant des destructions massives» (par. 5 *b*) et *c*)).

68. L'Agence internationale de l'énergie atomique (AIEA) a été créée dix ans plus tard, en 1956. En 1961, l'Assemblée générale a adopté une résolution historique (résolution A/RES/1653 (XVI) du 24 novembre 1961), intitulée «Déclaration sur l'interdiction de l'emploi des armes nucléaires et thermonucléaires». Cette célèbre résolution, après cinquante-cinq ans, reste d'actualité et continue de mériter la plus grande attention; elle est libellée comme suit :

«*L'Assemblée générale,*

*Tenant compte* de la responsabilité qui lui incombe aux termes de la Charte des Nations Unies quant au maintien de la paix et de la sécurité internationales et quant à l'examen des principes régissant le désarmement,

*Gravement préoccupée* du fait que, alors que les négociations sur le désarmement n'ont pas jusqu'ici abouti à des résultats satisfaisants, la course aux armements, en particulier dans les domaines nucléaire et thermonucléaire, est parvenue à un stade dangereux exigeant que toutes les mesures de précaution possibles soient prises pour protéger l'humanité et la civilisation contre les risques d'une catastrophe nucléaire et thermonucléaire,

*Rappelant* que l'emploi d'armes de destruction massive, causant d'inutiles souffrances humaines, a été autrefois interdit, comme contraire aux lois de l'humanité et aux principes du droit international, par des déclarations internationales et des accords obligatoires comme la Déclaration de Saint-Petersbourg de 1868, la Déclaration de la conférence de Bruxelles de 1874, les conventions des conférences de la paix de La Haye de 1899 et 1907 et le protocole de Genève de 1925, auxquels la majorité des nations sont toujours parties,

*Considérant* que l'emploi d'armes nucléaires et thermonucléaires entraînerait pour l'humanité et la civilisation des souffrances et des destructions aveugles dans une mesure encore plus large que l'emploi des armes que les déclarations et accords internationaux susmentionnés proclamaient contraires aux lois de l'humanité et criminelles aux termes du droit international,

*Estimant* que l'emploi d'armes de destruction massive, telles que les armes nucléaires et thermonucléaires, est la négation directe des idéaux et objectifs élevés que l'Organisation des Nations Unies a, lors de sa création, reçu pour mission d'atteindre en protégeant les

générations futures du fléau de la guerre ainsi qu'en sauvegardant et en favorisant leur culture,

1. *Déclare* que :

- a) L'emploi d'armes nucléaires et thermonucléaires est contraire à l'esprit, à la lettre et aux buts de la Charte des Nations Unies et constitue, en tant que tel, une violation directe de la Charte ;
- b) L'emploi d'armes nucléaires et thermonucléaires excéderait même le champ de la guerre et causerait à l'humanité et à la civilisation des souffrances et des destructions aveugles, et est, par conséquent, contraire aux règles du droit international et aux lois de l'humanité ;
- c) L'emploi d'armes nucléaires et thermonucléaires est une guerre dirigée non seulement contre un ennemi ou des ennemis, mais aussi contre l'humanité en général, étant donné que les peuples du monde non mêlés à cette guerre subiront tous les ravages causés par l'emploi de ces armes ;
- d) Tout Etat qui emploie des armes nucléaires et thermonucléaires doit être considéré comme violant la Charte des Nations Unies, agissant au mépris des lois de l'humanité et commettant un crime contre l'humanité et la civilisation ;

2. *Prie* le Secrétaire général de consulter les gouvernements des Etats Membres afin d'obtenir leurs vues sur la possibilité de convoquer une conférence spéciale pour la signature d'une convention sur l'interdiction de l'emploi des armes nucléaires et thermonucléaires à des fins de guerre, et de rendre compte à l'Assemblée générale, lors de sa dix-septième session, des résultats de cette consultation. »

69. Après plus d'un demi-siècle, cette déclaration lucide et poignante de l'Assemblée générale semble vouée à conserver indéfiniment son actualité, puisque la communauté internationale attend toujours que soit conclue la convention générale sur l'interdiction des armes nucléaires et thermonucléaires qui y est proposée ; aujourd'hui comme en 1961, le désarmement n'est encore, pour les Nations Unies, rien d'autre qu'un objectif. Ainsi, bien que cent soixante-quatre Etats l'aient ratifié, le traité d'interdiction complète des essais nucléaires, adopté le 24 septembre 1996, n'est pas encore entré en vigueur.

70. L'analyse détaillée des raisons pour lesquelles, après vingt ans déjà, on attend toujours l'entrée en vigueur de cet instrument<sup>48</sup> n'a pas sa place dans le présent exposé de mon opinion dissidente. Je me bornerai à rappeler que, selon son article XIV, le traité n'entrera en vigueur que lorsque

<sup>48</sup> Au sujet de la genèse du traité et de la perspective dans laquelle il a été adopté, voir, entre autres : K. A. Hansen, *The Comprehensive Nuclear Test Ban Treaty*, Stanford University Press, 2006, p. 1-84 ; [divers auteurs] *Nuclear Weapons after the Comprehensive Test Ban Treaty* (dir. publ., E. Arnett), SIPRI/Oxford University Press, 1996, p. 1-141 ; J. Ramaker, J. Mackby, P. D. Marshall et R. Geil, *The Final Test — A History of the Comprehensive Nuclear-Test-Ban Treaty Negotiations*, Ed. Commission préparatoire, 2003, p. 1-265.

les quarante-quatre Etats spécifiés dans son annexe 2 l'auront ratifié<sup>49</sup>. Un certain nombre d'Etats, dont des Etats dotés d'armes nucléaires tels que l'Inde et le Pakistan, ne l'ont pas encore ratifié. Les Etats dotés d'armes nucléaires qui n'ont pas ratifié le traité ont invoqué diverses raisons pour justifier les conditions qu'ils mettent au désarmement nucléaire (voir plus loin). Voilà pourquoi le traité n'est toujours pas en vigueur.

71. Récemment (le 27 avril 2016), devant un groupe de travail réuni à Vienne à l'occasion du vingtième anniversaire de la conclusion du traité, Ban Ki-moon, Secrétaire général de l'ONU, a déclaré que, malgré quelques progrès, il faudrait attendre longtemps pour que se concrétise la détermination à «mettre en vigueur une interdiction juridiquement contraignante de tous les essais nucléaires». Il a dit qu'il avait «maintes fois appelé l'attention sur les séquelles délétères que quelque deux mille essais nucléaires avaient laissés dans la population et dans l'environnement de certaines parties de l'Asie centrale, de l'Afrique du Nord, de l'Amérique du Nord et du Pacifique Sud». «Les essais nucléaires», a-t-il ajouté,

«empoisonnent l'eau et provoquent des cancers, et la pollution radioactive due aux retombées se perpétue pendant des générations. Nous sommes ici réunis pour honorer les victimes. Nous ne saurions mieux leur rendre hommage qu'en agissant pour interdire et faire cesser enfin les essais nucléaires. Leurs souffrances devraient inspirer au monde la volonté d'en finir avec cette folie.»<sup>50</sup>

Il a ensuite engagé les Etats énumérés à l'annexe 2 du traité qui ne l'avaient pas encore fait (au nombre de huit) «à signer et ratifier sans plus tarder le traité» afin que sa vocation à l'universalité puisse devenir réalité; ainsi, a-t-il conclu, «nous pourrions laisser à nos enfants et aux générations suivantes un monde enfin débarrassé des essais nucléaires»<sup>51</sup>.

72. Cet appel est à rapprocher de ceux, restés sans écho, lancés par l'Assemblée générale lors de ses sessions extraordinaires sur le désarmement. Des trois sessions qui y ont jusqu'à présent été consacrées (dixième session extraordinaire, tenue en 1978, douzième session extraordinaire, tenue en 1982, et quinzième session extraordinaire, tenue en 1988)<sup>52</sup>, la première semble avoir été la plus importante. Le document final de cette session, adopté à l'unanimité, prévoyait un programme d'action pour le désarmement, assorti d'un dispositif de mise en œuvre qui est toujours en place.

73. Ce document (celui de la première session) traite des divers aspects du désarmement nucléaire. L'Assemblée y constate d'abord que l'accumulation d'armes nucléaires constitue une menace pour l'avenir de

<sup>49</sup> Ces 44 Etats, énumérés à l'annexe 2, ont participé à la négociation du traité au sein de la conférence du désarmement (1994 à 1996); il s'agit des Etats qui, à l'époque, possédaient des réacteurs nucléaires.

<sup>50</sup> Nations Unies, doc. SG/SM/17709-DC/3628, du 27 avril 2016, p. 1-2.

<sup>51</sup> *Ibid.*, p. 2.

<sup>52</sup> Depuis, l'Assemblée générale a demandé dans plusieurs résolutions que soit organisée une quatrième session extraordinaire sur le désarmement, sans succès jusqu'à présent.

l'humanité (par. 1)<sup>53</sup> et ajoute qu'il est de fait que les armes nucléaires «sont celles qui menacent le plus gravement l'humanité et la survie de la civilisation» (doc. final, par. 47). Elle affirme que la course aux armements, en particulier dans le domaine nucléaire, «est incompatible avec les principes qui ... sont énoncés [dans la Charte des Nations Unies]» (*ibid.*, par. 12). Elle dit aussi que, à son avis, l'élimination complète des armes nucléaires constitue la garantie la plus efficace contre les risques de guerre nucléaire (*ibid.*, par. 8 et 56).

74. Tout en se disant consciente de ce que le désarmement relève de la responsabilité de tous les Etats, l'Assemblée affirme que cette responsabilité, dans le domaine nucléaire, incombe au premier chef aux Etats dotés d'armes nucléaires. Elle affirme aussi que la réalisation du désarmement «nécessite... la négociation urgente d'accords» en la matière, en particulier d'«un traité interdisant les essais d'armes nucléaires» (*ibid.*, par. 50-51). Elle souligne aussi l'importance des zones exemptes d'armes nucléaires déjà créées ou faisant l'objet de négociations dans diverses parties du monde (*ibid.*, par. 60-64).

75. La conférence du désarmement, qui, depuis 1979, est la seule instance multilatérale de négociation du désarmement dont dispose la communauté internationale, a facilité la négociation d'accords multilatéraux de limitation des armements et de désarmement<sup>54</sup>. Ses travaux portent essentiellement sur quatre questions: le désarmement nucléaire, l'interdiction de la production de matières fissiles pouvant servir à fabriquer des armes, la prévention de la course aux armements dans l'espace et les garanties négatives de sécurité. Cependant, depuis l'adoption en 1996 du traité d'interdiction complète des essais nucléaires, la conférence du désarmement est pratiquement paralysée, du fait de la divergence des intérêts que défendent les Etats en matière de sécurité et de leur réticence à admettre la réciprocité qu'implique le désarmement nucléaire; à cela s'ajoute une difficulté qui tient à ce que le règlement intérieur de la conférence prévoit qu'elle doit prendre toutes ses décisions par consensus. Bref, les travaux de la conférence se trouvent depuis longtemps dans une impasse qui, pour certains Etats, est due à des facteurs politiques, et pour d'autres à des règles de procédure obsolètes.

76. Vus dans une perspective historique, les travaux poursuivis par la conférence ces dernières décennies ont tout de même produit quelques résultats, comme en témoignent l'adoption, le 10 avril 1972, de la convention sur l'interdiction de la mise au point, de la fabrication et du stockage des armes bactériologiques (biologiques) ou à toxines, et sur leur destruction, et celle, le 13 janvier 1993, de la convention sur l'interdiction de la mise au point, de la production, du stockage et de l'utilisation des armes chimiques et sur leur destruction, instruments qui, à la différence du traité d'interdiction complète des essais nucléaires (voir plus haut), sont en vigueur (depuis le 26 mars 1975 et le 29 avril 1997, respectivement).

<sup>53</sup> Résolution A/RES/S-10/2 du 30 juin 1978; voir également par. 18 et 20.

<sup>54</sup> Notamment le TNP, le traité d'interdiction complète des essais nucléaires, la convention sur les armes biologiques et la convention sur les armes chimiques, sans compter les traités sur l'utilisation des fonds marins et la convention sur l'interdiction d'utiliser des techniques de modification de l'environnement à des fins militaires ou toutes autres fins hostiles.

77. Si l'on considère uniquement le droit international conventionnel, on constate que diverses armes de destruction massive (gaz toxiques, armes biologiques et chimiques) sont désormais illicites, mais que les armes nucléaires, dont le pouvoir destructeur est pourtant bien supérieur, ne sont toujours pas interdites. Les témoins du droit positif ne voient pas qu'il y a là une absurdité juridique, et dans leur myopie, pour ne pas dire leur cécité, ils persistent à conclure de cette situation qu'il n'existe pas d'obligation de droit international coutumier de procéder au désarmement nucléaire. Les positivistes ne veulent voir rien d'autre que le droit conventionnel, dont le développement est enfermé dans un cercle vicieux parce qu'il est subordonné au consentement des Etats, et ils sont incapables de percevoir les besoins pressants et les aspirations de la communauté internationale tout entière et de prendre conscience de l'*universalité* du droit international contemporain et des principes fondamentaux dont il procède, alors que les «pères fondateurs» du droit des gens l'avaient annoncée dès les XVI<sup>e</sup> et XVII<sup>e</sup> siècles (voir plus loin).

78. En réalité, l'obligation de procéder au désarmement nucléaire s'est formée et s'est cristallisée à la fois en droit international conventionnel et en droit international coutumier, et les Nations Unies, au fil des décennies, ont apporté une très importante contribution à son avènement. La saga de la condamnation des armes nucléaires par les Nations Unies a été portée à l'attention de la Cour internationale de Justice voici une vingtaine d'années, lors de la procédure consultative qui a abouti au prononcé de son avis de 1996 sur la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, et l'a été de nouveau dans les trois affaires jugées aujourd'hui, qui opposaient les Iles Marshall à l'Inde, au Pakistan et au Royaume-Uni au sujet d'*Obligations relatives à des négociations concernant la cessation de la course aux armes nucléaires et le désarmement nucléaire*.

79. Les résolutions des Nations Unies que j'ai mentionnées ont retenu l'attention des Parties à ces trois affaires. Celles qui ont pris part à la procédure orale (les Iles Marshall, l'Inde et le Royaume-Uni), particulièrement les Iles Marshall et l'Inde, s'y sont abondamment référées dans leurs plaidoiries. Le point essentiel à retenir est le rapport de ces résolutions avec la formation d'une *opinio juris* pertinente pour établir l'existence d'une obligation de droit international coutumier dans le domaine considéré. A ce sujet, je commencerai par analyser les positions des Parties à l'affaire dont je traite ici (les Iles Marshall et l'Inde), et j'examinerai ensuite leurs réponses aux questions que je leur ai posées lors de l'audience tenue par la Cour le 16 mars 2016.

#### VI. LES RÉOLUTIONS DES NATIONS UNIES ET LA FORMATION D'UNE *OPINIO JURIS*: LES POSITIONS DES PARTIES

80. En l'affaire ici considérée, les Iles Marshall, dans leurs écritures et leurs plaidoiries, ont traité des résolutions de l'Assemblée générale des Nations Unies relatives au désarmement nucléaire du point de vue du

développement du droit international coutumier<sup>55</sup>; elles ont aussi fait référence aux résolutions du Conseil de sécurité<sup>56</sup>. Citant l'avis consultatif rendu par la Cour en 1996, elles ont soutenu (peut-être pas aussi clairement qu'elles n'auraient pu le faire) que, bien qu'elles n'aient pas force obligatoire, les résolutions de l'Assemblée générale pouvaient «parfois avoir une valeur normative», et contribuer ainsi à l'émergence d'une *opinio juris*<sup>57</sup>.

81. Dans ses écritures et ses plaidoiries, l'Inde s'est quant à elle référée aux résolutions de l'Assemblée générale relative à la suite donnée à l'avis consultatif de 1996, faisant valoir qu'elle était le seul Etat doté d'armes nucléaires à s'être constamment joint aux auteurs de ces résolutions et à avoir voté pour<sup>58</sup>. L'Inde s'est dite favorable à l'élimination des armes nucléaires «de manière universelle, non discriminatoire, progressive et vérifiable, selon un calendrier précis»<sup>59</sup>. De plus, elle a critiqué les Iles Marshall pour ne pas avoir soutenu constamment les projets de résolution soumis à l'Assemblée générale sur la suite donnée à l'avis consultatif de 1996 (votant une fois contre, une fois pour et s'abstenant les autres années)<sup>60</sup>.

82. Dans l'exposé de ses exceptions préliminaires (15 juin 2015), le Royaume-Uni, quant à lui, après avoir analysé la position des Iles Marshall sur les résolutions adoptées par l'Assemblée générale dans les années 1960 et 1970 (par. 21 et 98, al. *c*) et *h*)), a rappelé sa propre position sur ces résolutions (par. 84 et 99, al. *c*). Il a fait également référence aux résolutions du Conseil de sécurité (par. 92). Il a rappelé que les Iles Marshall lui reprochaient d'avoir «toujours voté contre» les résolutions de l'Assemblée sur la suite donnée à l'avis consultatif de 1996 et d'avoir également voté contre ses résolutions relatives au suivi des réunions de haut niveau tenues par l'Assemblée en 2013 et 2014 (par. 98, al. *e*) et *f*)), pour ensuite les réfuter (par. 99-103).

83. Le Pakistan a quant à lui informé la Cour qu'il ne prendrait pas part à la procédure orale (par une lettre en date du 2 mars 2016), mais il a soutenu dans son contre-mémoire que, dans son avis consultatif de 1996, la Cour n'avait aucunement déclaré que l'obligation imposée par l'article VI du TNP était une obligation générale ou opposable *erga omnes*; selon lui, rien ne prouvait *prima facie* qu'il s'agissait d'une obligation *erga omnes*<sup>61</sup>. Au sujet de l'adoption des résolutions de l'Assemblée générale sur la suite donnée à l'avis consultatif de 1996, le Pakistan fait observer qu'il avait voté pour de 1997 à 2015, alors que les Iles Marshall s'étaient abstenues en 2002 et 2003 et de 2005 à 2012<sup>62</sup>.

<sup>55</sup> CR 2016/1, par. 7.

<sup>56</sup> *Ibid.*, par. 8.

<sup>57</sup> *Ibid.*, par. 7.

<sup>58</sup> CR 2016/4, par. 1.

<sup>59</sup> Contre-mémoire de l'Inde, p. 9, par. 13.

<sup>60</sup> *Ibid.*, p. 8, par. 12.

<sup>61</sup> Contre-mémoire du Pakistan, p. 8, par. 2.3.

<sup>62</sup> *Ibid.*, par. 2.4.



84. Après avoir rappelé qu'il n'était pas partie au TNP<sup>63</sup>, le Pakistan a fait valoir que les résolutions de l'Assemblée générale n'avaient pas force obligatoire et ne pouvaient donc pas, à son avis, créer des obligations opposables à un Etat<sup>64</sup>. Il a conclu que les résolutions de l'Assemblée générale ne venaient pas étayer la thèse selon laquelle il existerait une obligation de droit international coutumier «ancrée» dans l'article VI du TNP. Il a ajouté que c'était en réalité sur le TNP que s'appuyaient les prétentions des Iles Marshall<sup>65</sup>.

85. En résumé, le Royaume-Uni a voté contre les résolutions susmentionnées, les Iles Marshall se sont la plupart du temps abstenues lors de leur vote, et l'Inde et le Pakistan ont voté pour. Or, malgré ces votes non concordants, j'estime que les résolutions de l'Assemblée générale des Nations Unies que j'ai passées en revue plus haut, considérées dans leur ensemble, ont bel et bien contribué à dégager une *opinio juris* sur la formation d'une obligation de droit international coutumier de procéder au désarmement nucléaire. Après tout, ces résolutions sont celles de l'Assemblée générale des Nations Unies, et pas celles seulement de la vaste majorité des Etats Membres de l'ONU qui ont voté pour ; il s'agit de résolutions de l'Organisation des Nations Unies elle-même, qui traitent d'une question intéressant l'humanité tout entière (voir plus loin, sect. XX).

#### VII. QUESTIONS POSÉES PAR UN MEMBRE DE LA COUR ET RÉPONSES DES PARTIES

86. Le 16 mars 2016, à l'issue de la procédure orale en l'affaire *Iles Marshall c. Inde* dont je traite ici, j'ai jugé utile d'adresser aux Parties la demande ci-après :

«Je souhaiterais poser les questions suivantes aux deux Parties, les Iles Marshall et l'Inde.

Dans leurs écritures et plaidoiries, les Parties se sont toutes deux référées aux résolutions de l'Assemblée générale des Nations Unies sur le désarmement nucléaire. Parallèlement à ces résolutions, qui remontent au début des années 1970 (première décennie du désarmement), il existe deux séries plus récentes de résolutions, à savoir celles condamnant les armes nucléaires, adoptées de 1982 à ce jour, et celles concernant la suite donnée à l'avis consultatif que la Cour a rendu en 1996 sur la question de la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, qui ont jusqu'à présent été adoptées de 1997 à 2015. S'agissant de cette dernière série de résolutions, auxquelles les Parties se sont référées, je voudrais demander aux Iles Marshall et à l'Inde si, selon elles, ces résolutions constituent l'expression d'une *opinio juris*

<sup>63</sup> Contre-mémoire du Pakistan, p. 14, par. 4.4 ; p. 30, p. 7.55.

<sup>64</sup> *Ibid.*, p. 38, par. 7.95-7.97.

<sup>65</sup> *Ibid.*, par. 7.97.

et, dans l'affirmative, quelle est leur pertinence en ce qui concerne la formation d'une obligation de droit international coutumier consistant à poursuivre des négociations menant au désarmement nucléaire et quelle est leur incidence sur la question de l'existence d'un différend entre les Parties.»<sup>66</sup>

87. Une semaine plus tard, le 23 mars 2016, l'Inde et les Iles Marshall ont soumis à la Cour leurs réponses écrites à mes questions. L'Inde, dans ses réponses, a tout d'abord rappelé un passage de l'avis consultatif rendu par la Cour en 1996 sur la *Licéité de l'emploi ou de la menace d'armes nucléaires*, dans lequel la Cour a reconnu ce qui suit :

«[L]es résolutions de l'Assemblée générale, même si elles n'ont pas force obligatoire, peuvent parfois avoir une valeur normative. Elles peuvent, dans certaines circonstances, fournir des éléments de preuve importants pour établir l'existence d'une règle ou l'émergence d'une *opinio juris*. Pour savoir si cela est vrai d'une résolution donnée de l'Assemblée générale, il faut en examiner le contenu ainsi que les conditions d'adoption; il faut en outre vérifier s'il existe une *opinio juris* quant à son caractère normatif.»<sup>67</sup>

88. L'Inde considérait que les séries de résolutions de l'Assemblée générale préconisant des mesures limitatives en vue de ralentir la prolifération verticale<sup>68</sup> des armes nucléaires ne constituaient pas en elles-mêmes des propositions complètes visant l'élimination de ces armes à l'échelle mondiale; elle a donc concentré son attention sur la répartition des votes lors de l'adoption de deux autres séries de résolutions de l'Assemblée générale, celles relatives au désarmement nucléaire et celles sur la suite donnée à l'avis consultatif de 1996. Au sujet de cette dernière série, elle a noté qu'environ les deux tiers des Etats Membres de l'ONU avaient voté pour, tandis que les autres s'étaient abstenus ou avaient voté contre<sup>69</sup>; elle a également relevé le défaut de consensus sur les résolutions biennales de suivi des mesures de désarmement nucléaire convenues lors des conférences d'examen réunissant les Etats parties au TNP.

89. L'Inde a fait valoir que «l'absence d'unanimité et l'abstention ou le vote négatif d'Etats dont les intérêts étaient particulièrement concernés [jetaient] un doute sur la valeur normative de ces résolutions et l'existence d'une *opinio juris*»<sup>70</sup>. Elle a observé que la formation d'une *opinio juris* serait favorisée par des initiatives telles que la réaffirmation par tous les Etats dotés d'armes nucléaires de leur attachement sans équivoque à l'objectif de l'élimination totale de ces armes et une entente concernant la mise en œuvre d'un processus échelonné reposant sur un engagement uni-

<sup>66</sup> CR 2016/8, p. 38-39.

<sup>67</sup> C.I.J. Recueil 1996 (I), p. 254-255, par. 70.

<sup>68</sup> Voir Réponses des Parties aux questions qui leur ont été posées par le juge Cançado Trindade, doc. CIJ, MIIND 2016/14, p. 2-3 de la réponse de l'Inde, par. 4-8.

<sup>69</sup> *Ibid.*, p. 3, par. 11.

<sup>70</sup> *Ibid.*, p. 5, par. 14.

versel en faveur de l'élimination des armes nucléaires à l'échelle mondiale<sup>71</sup>. Quant à l'incidence de l'attitude des Etats à l'égard de ces résolutions sur la question de l'existence d'un différend en l'espèce, l'Inde a affirmé que ses votes à l'Assemblée générale et ceux des Iles Marshall montraient que les deux Etats avaient soutenu les résolutions et n'avaient pas des opinions opposées sur la nécessité de poursuivre et de mener à terme des négociations conduisant au désarmement nucléaire<sup>72</sup>.

90. Les Iles Marshall se sont également référées à l'avis consultatif rendu par la Cour en 1996 sur la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires* et à un certain nombre de résolutions de l'Assemblée générale réaffirmant l'obligation de poursuivre des négociations conduisant au désarmement nucléaire, qui selon elles étayaient leur position quant à l'existence, à cet égard, d'une obligation de droit international coutumier. Elles ont aussi invoqué l'*obiter dictum* énoncé par la Cour en l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique)*, selon lequel une «*opinio juris* peut se déduire entre autres, quoique avec la prudence nécessaire, de l'attitude des Parties et des Etats à l'égard de certaines résolutions de l'Assemblée générale»<sup>73</sup>.

91. Selon les Iles Marshall, l'attitude des Etats à l'égard des résolutions adoptées par l'Assemblée générale de 1982 à 1995 indiquait l'émergence d'une *opinio juris* sur l'obligation de poursuivre de bonne foi des négociations conduisant au désarmement nucléaire général et complet<sup>74</sup>. Les Iles Marshall affirmaient également que l'attitude des Etats à l'égard des résolutions relatives à la suite donnée à l'avis consultatif de 1996, dans lesquelles l'Assemblée affirmait l'existence d'une obligation de poursuivre des négociations conduisant au désarmement nucléaire, était l'expression d'une *opinio juris* venant confirmer que cette obligation ressortissait au droit international coutumier<sup>75</sup>.

92. Au sujet de l'incidence que l'attitude des Etats à l'égard des résolutions de l'Assemblée générale pouvait avoir sur la question de l'existence d'un différend en l'espèce, les Iles Marshall ont soutenu que les attitudes opposées des Etats à l'égard de ces résolutions pouvaient contribuer à révéler l'existence d'un différend, mais elles ont ajouté qu'il convenait de tenir compte des circonstances propres à chaque cas, faisant observer que l'approbation par un Etat de certaines résolutions pouvait être contredite

<sup>71</sup> *Op. cit. supra* note 68, p. 6, par. 17.

<sup>72</sup> *Ibid.*, par. 18.

<sup>73</sup> *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique)*, fond, arrêt, *CIJ Recueil 1986*, p. 100, par. 188. Les Iles Marshall ont de plus cité les projets de conclusions de la Commission du droit international sur la détermination du droit international coutumier (2015), dans lesquels la Commission a reconnu l'importance de l'attitude des Etats à l'égard de résolutions de l'Assemblée générale, ainsi que celle de la pratique des Etats et de l'*opinio juris* qui s'en dégage. Voir Réponses des Parties aux questions qui leur ont été posées par M. le juge Cançado Trindade, doc. CIJ, MIIND 2016/14, p. 2-3 de la réponse des Iles Marshall, par. 2-5.

<sup>74</sup> *Ibid.*, p. 4, par. 7.

<sup>75</sup> *Ibid.*

par son comportement ultérieur<sup>76</sup>. En ce qui concerne l'affaire les opposant à l'Inde, elles ont affirmé que, si les deux Etats n'avaient pas manifesté un comportement révélant de leur part des vues opposées sur les résolutions considérées, ils n'en avaient pas moins des positions divergentes sur le point de savoir si l'Inde avait manqué à son obligation de droit international coutumier de poursuivre de bonne foi des négociations conduisant au désarmement nucléaire, divergence qui ne ressortait pas des relevés de vote, mais d'autres aspects de leur comportement<sup>77</sup>.

#### VIII. LA MALFAISANCE DE L'HOMME : ACTUALITÉ DU LIVRE DE LA GENÈSE AU XXI<sup>e</sup> SIÈCLE

93. Depuis l'avènement de l'ère nucléaire en août 1945, certains des plus grands penseurs du XX<sup>e</sup> siècle en sont venus à se demander si l'humanité avait encore un avenir. C'est là une question que l'on ne saurait éluder. Par exemple, dès 1946, le Mahatma Gandhi, profondément choqué après le largage de bombes atomiques par les Etats-Unis sur Hiroshima et Nagasaki (les 6 et 9 août 1945)<sup>78</sup>, a exprimé ainsi, dans le journal *Harijan* (numéro du 7 juillet 1946) son inquiétude quant à l'avenir des sociétés humaines :

«Autant que je puisse voir, la bombe atomique a anéanti le plus noble des sentiments, qui, depuis le fond des âges, animait l'humanité. Il existait naguère des «lois de la guerre», censées rendre celle-ci tolérable. La réalité se présente maintenant dans sa cruelle nudité. La guerre ne connaît plus d'autre loi que celle du plus fort.»<sup>79</sup>

94. Gandhi, dénonçant la brutalité de la bombe atomique, ajoutait qu'elle était «l'arme de la force absolue; de la destruction sans borne», et que pareille violence n'avait «aucun sens»; il voyait dans la mise au point de la bombe atomique «l'application de la science la plus maléfique et la plus diabolique qui puisse être»<sup>80</sup>. Dans le *Harijan* du 29 septembre 1946, Gandhi écrivait que la non-violence était «la seule chose que la bombe atomique ne puisse pas détruire», et que, «à moins que le monde n'adopte maintenant la non-violence», l'humanité était «vouée au suicide»<sup>81</sup>.

<sup>76</sup> Doc. CIJ, MIIND 2016/14, p. 4, par. 8.

<sup>77</sup> *Ibid.*, par. 9.

<sup>78</sup> Les Etats-Unis avaient auparavant, le 16 juillet 1945, procédé à un essai nucléaire à Alamogordo (Nouveau Mexique).

<sup>79</sup> M. Gandhi, «Atom Bomb and Ahimsa», *Harijan* (7 juillet 1946), reproduit dans *Journalist Gandhi — Selected Writings of Gandhi* (org. S. Sharma), 1<sup>re</sup> éd., Mumbai, Ed. Gandhi Book Center, 1994, p. 104; voir également P. F. Power, *Gandhi on World Affairs*, Londres, Allen & Unwin, 1961, p. 63-64.

<sup>80</sup> Cité dans *What Mahatma Gandhi Said about the Atom Bomb* (org. Y. P. Anand), New Delhi, National Gandhi Museum, 1998, p. 5.

<sup>81</sup> *Harijan* (numéro du 29 septembre 1946), cité dans Faisal Devji, *The Impossible Indian — Gandhi and the Temptation of Violence*, Londres, Hurst & Co., 2012, p. 150.

95. Vers la fin des années 1950, Karl Jaspers, dans un livre intitulé *La bombe atomique et l'avenir de l'homme* (1958), regrettait que l'existence des armes atomiques semble déjà être considérée comme allant de soi, en dépit de leur capacité de détruire l'humanité et d'effacer toute trace de vie sur terre<sup>82</sup>. Il fallait donc admettre, écrivait-il, que «cette terre, qui [était] née d'une explosion de l'atome, soit anéantie aussi par les bombes atomiques»<sup>83</sup>. Jaspers disait également regretter que le progrès des techniques n'ait pas été accompagné du progrès de la morale ou de la raison. Il constatait que la nature humaine n'avait pas changé, et concluait : «ou l'homme se transforme, ou il disparaît»<sup>84</sup>.

96. Au début des années 1960, Bertrand Russell, dans *L'humanité a-t-elle un avenir?*<sup>85</sup> (1961), regrettait lui aussi que les gens semblent s'être accommodés de l'existence des armes nucléaires, dans un monde où «une volonté de mort» l'emportait sur la raison. Il relevait que l'obsession de la puissance avait poussé les Etats «à poursuivre des politiques irrationnelles»; et ajoutait ceci : «Ceux qui considèrent la Genèse comme un authentique récit historique peuvent voir en Caïn le tout premier exemple : il a fort bien pu se dire que, en se débarrassant d'Abel, il pourrait régner sur les générations futures.»<sup>86</sup> Pour Russell, le mal résidait «dans le cœur des hommes», mais il fallait «chercher le remède dans leur esprit»<sup>87</sup>. Il regrettait les résultats décevants des conférences sur le désarmement, et il a même écrit que les prononcés de la Cour internationale de Justice sur la question devraient faire autorité, et que le respect du droit international n'était pas «facultatif» pour les Etats<sup>88</sup>.

97. Karl Popper, dans *The Lesson of This Century* (1997), ouvrage en forme d'interview publié vers la fin de sa vie, rappelait, en revenant sur ses souvenirs du XX<sup>e</sup> siècle, l'angoisse qu'il avait éprouvée, par exemple, lors de la crise des missiles cubains de 1962, en apprenant que chacune des trente-huit ogives nucléaires en cause était trois mille fois plus puissante que la bombe d'Hiroshima<sup>89</sup>. Popper constatait lui aussi que la nature humaine n'avait pas changé. Comme d'autres grands penseurs du XX<sup>e</sup> siècle, il regrettait que l'humanité n'ait apparemment pas tiré les leçons de son passé; cette constatation ne pouvait qu'aggraver les inquiétudes exprimées successivement par ces penseurs quant à la menace que les arsenaux nucléaires faisaient énormément peser sur l'avenir de l'humanité.

<sup>82</sup> K. Jaspers, *La bombe atomique et l'avenir de l'homme* (1958), Paris, Buchet-Chastel, 1963, p. 22 et 336.

<sup>83</sup> *Ibid.*, p. 576.

<sup>84</sup> *Ibid.*, p. 621 et 640.

<sup>85</sup> B. Russell, *Has Man a Future?*, Londres, Penguin Books, 1962 (réimpr.), p. 27 et 37.

<sup>86</sup> *Ibid.*, p. 45.

<sup>87</sup> *Ibid.*, p. 45-46; voir également p. 69.

<sup>88</sup> *Ibid.*, p. 97 et 79.

<sup>89</sup> K. Popper (interviewé par G. Bosetti), *The Lesson of This Century*, Londres/New York, Routledge, 1997, p. 24 et 28. Voir également un ouvrage plus ancien de K. Popper, *La Responsabilidad de Vivir — Escritos sobre Política, Historia y Conocimiento* (1994), Barcelone, Paidós, 2012 (rééd.), p. 242; voir également p. 274.

98. Un auteur contemporain, Max Gallo, dans son roman récent intitulé *Caïn et Abel — Le premier crime*, écrit que le mal est présent en chacun : «le Mal est au cœur du Bien, et cette réalité ambiguë est le propre des affaires humaines»<sup>90</sup>. Il évoque le rôle des écrivains du passé : «eux aussi — toi Dante, toi Dostoïevski, et ceux qui vous ont inspirés, Eschyle, Sophocle — attisent le brasier du châtement et de la culpabilité»<sup>91</sup>. Et il ajoute ceci :

«Partout, Caïn poignarde ou étrangle Abel... Et personne ne semble voir ... la mort prochaine de toute humanité. Elle tient entre ses mains l'arme de sa destruction. Ce ne sont plus seulement des villes entières qui seront incendiées, rasées : toute vie sera alors consumée, et la terre vitrifiée.

Deux villes ont déjà connu ce sort, et l'ombre des corps de leurs habitants est à jamais incrustée dans la pierre sous l'effet d'une chaleur de lave solaire.

.....  
 [P]artout Caïn poursuivra Abel... Les villes vulnérables seront ensanglantées. Les tours les plus hautes seront détruites, leurs habitants ensevelis sous les décombres.»<sup>92</sup>

99. Comme l'ont bien vu ces penseurs et quelques autres, l'épisode du Livre de la Genèse où Caïn, en tuant son frère Abel, commet le tout premier meurtre, en est venu, au fil des siècles, à symboliser la présence du mal et de la culpabilité en ce monde. Cet épisode invitait à la prudence et à la réflexion, faisant prendre conscience aux êtres humains qu'ils s'éloignaient de plus en plus de leur Créateur. Cet éloignement, dans la suite du Livre de la Genèse (chap. II-9), est illustré par la légende de la Tour de Babel, qui montre que les civilisations peuvent fleurir, mais aussi périr. L'histoire en a fourni de nombreux exemples (qu'Arnold Toynbee a recensés au XX<sup>e</sup> siècle). Siècle après siècle, le progrès des connaissances scientifiques et techniques a accru énormément la capacité d'autodestruction de l'homme, et l'avènement de l'ère nucléaire l'a rendue illimitée.

100. Je reviens, à ce sujet, au livre de Bertrand Russell que j'ai déjà cité, paru dans sa traduction française sous le titre *L'homme survivra-t-il?* (1963); on peut y lire la mise en garde suivante :

«[I]l faut que nous nous rendions compte que la haine, la perte de temps, d'argent et d'habileté intellectuelle en vue de la création d'engins de destruction, la crainte du mal que nous pouvons nous faire mutuellement, le risque quotidien et permanent de voir la fin de tout ce que l'homme a réalisé, sont le produit de la folie humaine... C'est

<sup>90</sup> M. Gallo, *Caïn et Abel — Le premier crime*, Paris, Fayard, 2011, p. 112 et 141.

<sup>91</sup> *Ibid.*, p. 174.

<sup>92</sup> *Ibid.*, p. 236-237.

dans nos cœurs que réside le mal, c'est de nos cœurs qu'il doit être extirpé.»<sup>93</sup> [«[W]e must become aware that the hatred, the expenditure of time and money and intellectual ability upon weapons of destruction, the fear of what we may do to each other, and the imminent daily and hourly risk of an end to all that man has achieved,... all this is a product of human folly... It is in our hearts that the evil lies, and it is from our hearts that it must be plucked out.»]<sup>94</sup>

101. Quelques autres grands penseurs du XX<sup>e</sup> siècle appartenant à diverses disciplines ont dit les graves inquiétudes que leur inspirait l'augmentation de la capacité de destruction résultant du progrès des connaissances scientifiques et techniques. Je citerai parmi eux l'historien Arnold Toynbee (*A Study in History*, 1934-1954; et *Civilization on Trial*, 1948); il constatait avec regret ce qu'il voyait comme la tragédie moderne : loin d'être en voie de disparaître par l'effet du progrès scientifique et technique, l'iniquité dont souffrait une partie du genre humain s'aggravait rapidement, parce que ce progrès ne s'accompagnait pas d'un progrès spirituel<sup>95</sup>. Il ajoutait que l'accumulation d'armements dont la capacité de destruction ne cessait d'augmenter semblait être un symptôme du déclin des civilisations<sup>96</sup>.

102. L'écrivain Hermann Hesse, dans un recueil posthume d'essais (*Guerre et paix*), paru en 1946, soit peu après la fin de la seconde guerre mondiale, annonçait que l'humanité, en multipliant les massacres, travaillait non seulement à son autodestruction, mais également à la perte de son présent, et peut-être aussi de son avenir<sup>97</sup>. La pire de toutes les destructions, observait-il, était celle orchestrée par l'Etat lui-même, et avait pour corollaire la «philosophie d'Etat» et le règne du capital et de l'industrie<sup>98</sup>. Le philosophe et théologien Jacques Maritain (*Œuvres complètes*, 1961-1967) a quant à lui écrit que les atrocités perpétrées au XX<sup>e</sup> siècle avaient «une importance plus tragique pour la conscience humaine»<sup>99</sup>. Prônant «l'humanisme intégral», il faisait observer que la

<sup>93</sup> B. Russell, *L'homme survivra-t-il?*, Paris, Ed. J. Didier, 1963, p. 162-163.

<sup>94</sup> B. Russell, *Has Man a Future?*, op. cit. supra note 85, p. 109-110. Vers la fin de sa vie, Russell a de nouveau appelé l'attention sur le danger extrême que présentent les bombes atomiques et les bombes à hydrogène, et constaté avec inquiétude que les gens semblent s'accommoder de la précarité de leur existence; voir B. Russell, *Autobiography* (1967), Londres, Unwin, 1985 (rééd.), p. 554-555.

<sup>95</sup> Voir A. J. Toynbee, *A Study in History*, Oxford University Press, 1970 (3<sup>e</sup> réimpr.), p. 48-558, 559-701, 702-718 et 826-850; A. J. Toynbee, *Civilization on Trial*, Oxford/New York, Oxford University Press, 1948, p. 3-263.

<sup>96</sup> A. J. Toynbee, *Guerra e Civilização [Guerre et Civilisation]*, Lisbonne, Ed. Presença, 1963, p. 29, 129 et 178.

<sup>97</sup> H. Hesse, *Sobre la Guerra y la Paz* (1946), 5<sup>e</sup> éd., Barcelone, Ed. Noguer, 1986, p. 119 et 122.

<sup>98</sup> H. Hesse, *Guerre et Paix*, Paris, Ed. L'Arche, 2003 (rééd.), p. 127 et 133.

<sup>99</sup> J. Maritain, «Dieu et la permission du mal», dans *Œuvres de Jacques Maritain — 1961-1967 (Jacques et Raïssa Maritain — Œuvres complètes)*, vol. XII, Fribourg/Paris, Ed. universitaires/Ed. Saint-Paul, 1992, p. 17; voir également p. 41.

personne humaine transcendait l'Etat, et que le bien commun devait être recherché en gardant à l'esprit la dignité humaine<sup>100</sup>. Dans sa critique des «réalistes», il insistait sur les impératifs de l'éthique et de la justice, et soulignait l'importance des principes généraux de droit, rejoignant ainsi la pensée jusnaturaliste<sup>101</sup>.

103. Un autre écrivain, l'humaniste Stefan Zweig, a tout au long de son œuvre manifesté son inquiétude pour le sort de l'humanité. La légende biblique de la Tour de Babel lui ayant fait forte impression, il lui consacra un essai en 1916 et la garda à l'esprit par la suite, comme en témoigne une série d'essais dont la publication s'est étalée sur plus de vingt ans<sup>102</sup>, où il présentait cette légende comme le symbole d'une aspiration persistante à l'unification de l'humanité. Voici un exemple de ce qu'il a écrit à ce sujet :

«L'histoire de demain doit être l'histoire de l'humanité tout entière, et chaque conflit doit être vu dans son inanité au regard du bien commun de la collectivité humaine. Il faut donc que l'histoire se transforme en se détournant de la lamentable entité qu'est aujourd'hui l'Etat pour prendre une orientation entièrement nouvelle; ... elle doit rompre définitivement avec le vieil idéal de la victoire pour adopter celui de l'unité de la collectivité humaine, et n'avoir que mépris pour la guerre, si longtemps glorifiée... [T]out ce qui importe, c'est d'aller de l'avant sous l'étendard d'une communauté des nations animée par l'esprit du genre humain... »<sup>103</sup>

104. Pourtant, dans sa dense et pénétrante autobiographie intellectuelle, publiée peu avant qu'il ne mette fin à ses jours (*Le monde d'hier*, 1944), Stefan Zweig exprimait sa profonde inquiétude devant le déclin de la conscience, dont il voyait le signe dans le fait que le monde s'accommodait «d'une déshumanisation, d'une injustice et d'une brutalité jamais vues depuis le fond des âges»<sup>104</sup>. Selon lui, les êtres humains étaient réduits à l'état de simples objets<sup>105</sup>. Avant l'avènement de l'ère nucléaire, son ami Sigmund Freud, dans un essai bien connu (*Malaise dans la civilisation*), publié en 1930, se disait vivement préoccupé par ce qu'il voyait comme

<sup>100</sup> Voir J. Maritain, *Humanisme intégral*, Paris, Aubier, 2000 (rééd.), p. 18, 37, 137 et 230-232; J. Maritain, *The Person and the Common Good [La personne et le bien commun]*, Notre Dame, University of Notre Dame Press, 2002 (rééd.), p. 29, 49-50, 92-93 et 104; J. Maritain, *O Homem e o Estado*, 4<sup>e</sup> éd., Rio de Janeiro, Livr. Agir Ed., 1966, p. 96-102; J. Maritain, *Los Derechos del Hombre y la Ley Natural [Les droits de l'homme et les lois naturelles]*, Buenos Aires, Ed. Leviatan, 1982, p. 38, 44, 50, 69 et 94-95; voir aussi p. 79-82; J. Maritain, *Para una Filosofia de la Persona Humana*, Buenos Aires, Ed. Club de Lectores, 1984, p. 164, 176-178, 196-197, 221 et 231.

<sup>101</sup> J. Maritain, *De la justice politique — Notes sur la présente guerre*, Paris, Libr. Plon, 1940, p. 88, 90-91, 106-107 et 112-114.

<sup>102</sup> Comme on peut le voir dans son recueil posthume d'essais: S. Zweig, *Messages from a Lost World*, Londres, Pushkin Press, 2016, p. 55, 88-90, 97, 107 et 176.

<sup>103</sup> *Ibid.*, p. 170 et 175.

<sup>104</sup> S. Zweig, *O Mundo que Eu Vi* (1944) [*Die Welt von Gestern*], Rio de Janeiro, Ed. Record, 1999, p. 483; voir également p. 272-274, 278, 462, 467, 474, 490 et 503-505.

<sup>105</sup> *Ibid.*, p. 490.



une pulsion barbare et destructrice qu'il était impossible d'extirper du psychisme humain<sup>106</sup>. Il ajoutait que l'hostilité dans les rapports humains et le risque d'autodestruction étaient la cause d'une déperdition de bonheur<sup>107</sup>.

105. Carl Jung, autre psychologue, dans un ouvrage intitulé *Aspects du drame contemporain* (1948), considérant les événements de son temps, dénonçait la subsomption de l'individu sous l'Etat; il expliquait que le mal qui pouvait inspirer l'action collective et le sentiment de culpabilité qui y était associé contaminaient chaque individu, où qu'il se trouve<sup>108</sup>. Il s'inquiétait aussi de la déshumanisation tragique de l'autre<sup>109</sup> et de l'extériorisation de l'inconscient collectif observée dans les mouvements de masse, qui pour lui ouvrait la voie à la manipulation des esprits<sup>110</sup>.

106. Dans sa *Philosophie de la civilisation* (1923), l'écrivain et théologien Albert Schweitzer voyait le respect de la vie, pour le bien de chaque individu et de l'humanité entière, comme l'essence même de la civilisation<sup>111</sup>. Il rejetait la *Realpolitik* qu'il qualifiait de «maladie de l'esprit», estimant que le bien réside dans la préservation et l'exaltation de la vie, et le mal dans sa destruction; «aujourd'hui plus que jamais, ajoutait-il, nous avons besoin d'une éthique de la révérence pour la vie», fondée sur la responsabilité<sup>112</sup>. Dans *La civilisation et l'éthique* (1923), il disait que le respect de la vie commençait par «une prise de conscience» de chacun de sa responsabilité à l'égard de la vie d'autrui<sup>113</sup>.

107. Plus tard, après le début de l'ère nucléaire, Schweitzer, dans une série de conférences sur le thème *Paix ou guerre atomique* (1958), a lancé un appel à l'élimination des armes nucléaires, instruments de «destructions et anéantisements inimaginables»<sup>114</sup>. Pour reprendre ses termes :

«La guerre atomique ne connaît pas de vainqueurs, mais uniquement des vaincus. Chaque belligérant subit par les bombes et les projectiles atomiques de l'adversaire les mêmes dégâts qu'il lui inflige par les siens. Il en résulte un anéantissement continu... Il peut seulement dire : allons-nous suicider tous les deux par une extermination réciproque?»<sup>115</sup>

<sup>106</sup> Sigmund Freud, *Civilization and Its Discontents* (1930), New York, Norton et Cia., 1962 (rééd.), p. 7-9, 26, 36-37 et 59-63.

<sup>107</sup> *Ibid.*, p. 23 et 67-92.

<sup>108</sup> C. G. Jung, *Aspects du drame contemporain*, Genève/Paris, Libr. de l'Univ. Georg/Ed. de la Colonne Vendôme, 1948, p. 99 et 145.

<sup>109</sup> *Ibid.*, p. 173 et 179.

<sup>110</sup> *Ibid.*, p. 198-200, 208, 218-219 et 223.

<sup>111</sup> A. Schweitzer, *Filosofia da Civilização* (1923), São Paulo, Ed. Unesp, 2011 (rééd.), p. 80, 304, 311 et 315.

<sup>112</sup> A. Schweitzer, *Pilgrimage to Humanity [Weg zur Humanität]*, New York, Philosophical Library, 1961, p. 87-88, 99 et 101.

<sup>113</sup> M. Arnold, *Albert Schweitzer — La compassion et la raison*, Lyon, Ed. Olivétan, 2015, p. 74-75 et 77.

<sup>114</sup> Cité dans *ibid.*, p. 111.

<sup>115</sup> Extrait de *Paix ou guerre atomique* (1958), essai qui figure dans un recueil posthume; A. Schweitzer, *Respect de la vie* (org. B. Kaempf), Paris, Ed. Arfuyen/CIAL, 1990, p. 98.

108. Bien avant tous ces penseurs, Léon Tolstoï, dans *L'esclavage contemporain* (1900), signalait les dangers du monopole exercé par l'Etat sur la « violence organisée », qui selon lui soumettait les plus vulnérables à une nouvelle forme d'esclavage<sup>116</sup>. Il critiquait le recrutement de soldats qu'on envoyait à la guerre tuer des gens sans défense et perpétrer d'autres actes d'extrême violence<sup>117</sup>. Un peu plus tard, le médecin et écrivain Georges Duhamel, dans *Civilisation — 1914-1917*, dénonçait une « idéologie barbare » autorisant les tueries de civils, qui transformait la guerre en une industrie de la mort où le sentiment d'humanité n'avait aucune place ; cependant, il nourrissait l'espoir que l'humanisme renaîtrait de ses cendres<sup>118</sup>.

109. L'historien des idées Isaiah Berlin, dans *The Proper Study of Mankind*, signalait les dangers de la *raison d'Etat* et soulignait la place importante que devaient tenir les *valeurs* et la *recta ratio*<sup>119</sup> dans la recherche du savoir. L'écrivain Erich Fromm, lui aussi, célébrait la vie en soulignant que seules les valeurs humanistes pouvaient fonder une société véritablement civilisée<sup>120</sup>. Vers la fin de sa vie, dans *The Anatomy of Human Destructivity* (1974), il dénonçait les pulsions destructrices et exprimait l'espoir que l'amour de la vie l'emporterait<sup>121</sup>.

110. Fromm affirmait aussi que les dévastations causées par les guerres (y compris les guerres contemporaines) conduisaient au désespoir et à la montée de la violence parmi les tensions inhérentes à des sociétés où la frontière entre barbarie et civilisation devenait de plus en plus floue, et engageait ses contemporains à tendre tous leurs efforts vers le renouveau de l'humanisme<sup>122</sup>. Plus près de nous, le philosophe Edgar Morin a lui aussi signalé l'ambivalence du progrès des sciences, qui a certes permis de mieux connaître le monde, mais a aussi fourni les moyens de le détruire en rendant possible la fabrication (et la prolifération) des armes nucléaires et d'autres armes de destruction massive (armes biologiques et chimiques)<sup>123</sup>.

<sup>116</sup> L. Tolstoï, *La Esclavitud de Nuestro Tiempo* (1900), Barcelone, Littera, 2000 (rééd.), p. 86-87, 89, 91 et 97.

<sup>117</sup> *Ibid.*, p. 101, 103-104 et 121.

<sup>118</sup> G. Duhamel, *Civilisation — 1914-1917*, Paris, Mercure de France, 1944, p. 53 et 274-275 ; G. Duhamel, *Mémorial de la guerre blanche — 1938*, Paris, Mercure de France, 1945, p. 41, 95, 100, 102 et 170.

<sup>119</sup> I. Berlin, *The Proper Study of Mankind*, New York, Farrar & Straus & Giroux, 2000 (rééd.), p. 78, 135, 155, 217, 235-236, 242, 247, 311 et 334 ; I. Berlin, « Return of the *Volksgeist*: Nationalism, Good and Bad », dans *At Century's End* (ouvrage collectif publié sous la dir. de N. P. Gardels), San Diego/Cal., Alti Publ., 1995, p. 94.

<sup>120</sup> E. Fromm, *Las Cadenas de la Ilusión — Una Autobiografía Intelectual* (1962), Barcelone, Paidós, 2008 (rééd.), p. 78 et 234-239.

<sup>121</sup> Voir E. Fromm, *Anatomía de la Destructividad Humana* (1974), Mexico/Madrid/Buenos Aires, 2009 (rééd.), p. 16-468 ; voir également E. Fromm, *El Amor a la Vida* (1983) [*Über die Liebe zum Leben*], Barcelone, Paidós, 2016 (4<sup>e</sup> réimpr.), p. 15-250.

<sup>122</sup> E. Fromm, *Las Cadenas de la Ilusión...*, *op. cit. supra* note 120, p. 240 et 250-251.

<sup>123</sup> E. Morin, *Vers l'abîme?*, Paris, L'Herne, 2012, p. 9, 24-25 et 40-41.

111. Selon Morin, l'avenir est ainsi devenu imprévisible et inconnaisable, suspendu à l'affrontement des forces de la vie et des forces de la mort, bien que les êtres humains, étant doués de conscience, sachent pertinemment que les civilisations, et d'ailleurs l'humanité tout entière, sont mortelles<sup>124</sup>. Morin soutient également que les tragédies que nous avons vécues récemment devraient nous inciter au repentir pour tant de barbarie et susciter le retour de l'humanisme; pour lui, réfléchir à la barbarie et apprendre à y résister sont les moyens de faire renaître l'humanisme<sup>125</sup>.

112. Elie Wiesel, dans un recueil d'essais intitulé *Silences et mémoires d'hommes* (1989), souligne que, pour combattre l'indifférence à la violence et au mal, il importe que, chacun accomplisse son devoir de mémoire et prête attention au monde où il vit<sup>126</sup>. Evoquant la Genèse, il juge utile de rappeler ce qui suit :

«Caïn et Abel — les premiers enfants sur terre — se découvrirent ennemis. Bien que frères, l'un devint l'assassin ou la victime de l'autre. L'enseignement que nous devrions en tirer? Deux hommes peuvent être frères et néanmoins désireux de s'entretuer. Et aussi: quiconque tue, tue son frère. Seulement cela, on l'apprend plus tard.»<sup>127</sup>

113. Quant aux armes nucléaires, Wiesel critiquait sévèrement l'indifférence générale qui, déjà, se manifestait à leur égard: «le monde, aujourd'hui, nous paraît étonnamment indifférent vis-à-vis de la question nucléaire» — trouvant incompréhensible pareille attitude<sup>128</sup>. Il ajoutait ce qui suit :

«L'indifférence ... peut elle aussi devenir contagieuse... L'indifférence permet également de mesurer la progression du mal qui mine la société... Là encore, la mémoire seule peut nous réveiller. Si nous nous souvenons de ce qui s'est passé il y a quarante ans, nous avons une possibilité d'empêcher de nouvelles catastrophes. Sinon, nous risquons d'être les victimes de notre propre indifférence. Car si nous sommes indifférents aux leçons de notre passé, nous le serons aux espoirs inhérents à notre avenir... Voici mon angoisse: si nous oublions, nous serons oubliés... Si nous restons indifférents à notre sort, ... il ne restera personne pour raconter notre histoire.»<sup>129</sup>

114. En fait, dès le début du XX<sup>e</sup> siècle, le philosophe Henri Bergson, dans *La conscience et la vie* (1911), s'était intéressé à la recherche du sens de la vie : pour lui, l'être conscient devait se souvenir du passé (impor-

<sup>124</sup> E. Morin, *Vers l'abîme?*, Paris, L'Herne, 2012, p. 27, 30, 59, 85, 89, 126 et 181.

<sup>125</sup> E. Morin, *Breve historia de la Barbarie en Occidente*, Barcelone, Paidós, 2009, p. 94; voir également p. 60 et 92-93.

<sup>126</sup> E. Wiesel, *Silences et mémoires d'hommes*, Paris, Ed. Seuil, 1989, p. 166, 173 et 175.

<sup>127</sup> *Ibid.*, p. 167-168.

<sup>128</sup> *Ibid.*, p. 174; voir également p. 170.

<sup>129</sup> *Ibid.*, p. 175-176.

tance de la mémoire), être attentif au présent et savoir anticiper l'avenir<sup>130</sup>. Voici ce qu'il a écrit à ce sujet : «Retenir ce qui n'est déjà plus, anticiper sur ce qui n'est pas encore, voilà donc la première fonction de la conscience... [L]a conscience est un trait d'union entre ce qui a été et ce qui sera, un pont jeté entre le passé et l'avenir.»<sup>131</sup>

115. Certains théoriciens du droit international ont également éprouvé le besoin de se détourner de la doctrine du volontarisme d'Etat et de reconnaître la primauté de la conscience sur la «volonté». Je ne m'attarderai pas ici sur ce point, dont j'ai déjà traité ailleurs<sup>132</sup>. Je me bornerai à rappeler quelques exemples. Le juriste Gustav Radbruch, vers la fin de sa vie, a magistralement dénoncé le positivisme juridique, toujours subordonné au pouvoir et à l'ordre établi, et a exposé en termes émouvants sa conversion et sa profession de foi dans le jusnaturalisme<sup>133</sup>. Son message lucide ne s'est pas éteint avec lui<sup>134</sup>, grâce au dévouement de ses étudiants et disciples de l'école d'Heidelberg.

116. D'autres auteurs se sont attachés à mettre en lumière les limites du volontarisme étatique, notamment Alfred Verdross, dans sa doctrine jusnaturaliste, selon laquelle une certaine idée du droit, une conception objective du droit, a trouvé son expression dans des principes généraux de droit qui préexistaient au droit international positif<sup>135</sup>, ou encore Roberto Ago, avec sa conception du *droit spontané*, selon laquelle le droit émane spontanément de la conscience humaine, hors la «volonté» des Etats considérés individuellement, pour former de nouvelles règles juridiques internationales<sup>136</sup>.

117. Selon Albert de La Pradelle, l'idée que le droit se développe uniquement en fonction des droits et obligations que les Etats se reconnaissent mutuellement présente un grave danger<sup>137</sup>. Il considère que le droit international est un «droit de la communauté humaine», dont les sujets ne sont pas seulement les Etats, mais aussi les peuples et les êtres humains ; pour lui, c'est du «droit de toute l'humanité» que procèdent les principes généraux de droit<sup>138</sup>. Ce «droit de l'humanité» est dynamique,

<sup>130</sup> H. Bergson, *La conscience et la vie* (1911), Paris, PUF, 2012 (rééd.), p. 10-11, 13 et 26.

<sup>131</sup> *Ibid.*, p. 5-6.

<sup>132</sup> Voir A. A. Cançado Trindade, *International Law for Humankind — Towards a New Jus Gentium*, 2<sup>e</sup> éd. révisée, Leyde/La Haye, Nijhoff/La Haye, Académie de droit international, 2013, p. 141-147 et 153-161.

<sup>133</sup> Voir G. Radbruch, *Introducción a la Filosofía del Derecho*, 3<sup>e</sup> éd., Mexico/Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 1965, p. 9-180.

<sup>134</sup> Voir, notamment, R. Alexy, *The Argument from Injustice — A Reply to Legal Positivism*, Oxford University Press, 2010, p. 3-130.

<sup>135</sup> A. Verdross, *Derecho Internacional Público*, 5<sup>e</sup> éd., Madrid, Aguilar, 1969 (réimpr.), p. 15-19.

<sup>136</sup> R. Ago, «Nouvelles réflexions sur la codification du droit international», *Revue générale de droit international public* (1988), vol. 92, p. 540 ; voir également p. 541 au sujet de «la nature non volontaire de l'origine du droit coutumier».

<sup>137</sup> A. de La Pradelle, *Droit international public* (cours sténographié), Paris, Institut des hautes études internationales/Centre européen de la dotation Carnegie, novembre 1932-mai 1933, p. 33 ; voir également p. 36-37.

<sup>138</sup> *Ibid.*, p. 49-59, 149, 222 et 264.

et non statique, attentif qu'il est aux valeurs humaines, comme le veulent les préceptes du jusnaturalisme<sup>139</sup>.

118. Des critiques lucides du positivisme juridique ont invoqué la «conscience juridique»<sup>140</sup>. Par exemple, dans sa monographie de 1964 en forme de plaidoyer contre les armes nucléaires, Stefan Glaser a soutenu que les règles de droit international coutumier sont celles qui, «selon la conscience universelle», devraient régler le comportement des membres de la communauté internationale dans le but de servir l'intérêt commun et de répondre aux exigences de la justice, à quoi il ajoutait ceci: «C'est sur cette conscience universelle que repose la principale caractéristique du droit international: la conviction que ses normes sont indispensables pour le bien commun explique leur reconnaissance en tant que règles obligatoires.»<sup>141</sup>

119. Telle est la position que je défends moi-même; je considère que, en dernière analyse, c'est la conscience juridique universelle qui est la véritable source du droit international<sup>142</sup>. Je pense qu'il est impossible de résoudre les problèmes nouveaux qui se posent à la communauté internationale tout entière en ayant uniquement à l'esprit les susceptibilités des Etats; l'obligation de débarrasser le monde des armes nucléaires, par exemple, procède d'un impératif de la *recta ratio* et non de la «volonté» des Etats. Pour que l'espoir d'un succès à cet égard ne s'éteigne pas, il faut garder constamment à l'esprit que c'est le sort de l'humanité qui est en jeu.

120. En tant que membre de la Cour, j'ai jugé utile, dans l'exposé de mon opinion dissidente que j'ai joint à l'arrêt en l'affaire relative à l'*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Croatie c. Serbie) (C.I.J. Recueil 2015 (I), p. 365-366)*, d'expliquer (aux paragraphes 488-489) que, de l'époque de l'*Iliade* d'Homère (fin du VIII<sup>e</sup> ou début du VII<sup>e</sup> siècle avant J.-C.) jusqu'à nos jours, les individus, endoctrinés et conditionnés pour la guerre et la destruction, sont devenus des objets de la lutte pour la domination. J'ai rappelé l'analyse lucide consacrée à ce sujet par Simone Weil dans un essai pénétrant publié en 1934; selon elle, la lutte pour le pouvoir, en fin de compte, fait de tous des victimes lorsque se produit la «substitution des moyens aux fins», qui fait des êtres humains de simples moyens pouvant être sacrifiés; les individus deviennent incapables de penser, devant une «machine sociale» devenue «une machine ... à écraser les esprits, une machine à fabriquer de l'inconscience»<sup>143</sup>.

<sup>139</sup> Voir A. de La Pradelle, *op. cit. supra* note 137, p. 412-413.

<sup>140</sup> Entre autres, Antonio Gómez Robledo, *Meditación sobre la Justicia* (1963), Mexico/Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, p. 179 et 185; R. Quadri, «Cours général de droit international public», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye (RCADI)* (1964), vol. 113, p. 326, 332, 336-337, 339 et 350-351.

<sup>141</sup> S. Glaser, *L'arme nucléaire à la lumière du droit international*, Paris, Pedone, 1964, p. 18.

<sup>142</sup> Voir A. A. Cançado Trindade, *op. cit. supra* note 132, chap. VI, p. 139-161.

<sup>143</sup> S. Weil, *Reflexiones sobre las Causas de la Libertad y de la Opression Social*, Barcelona, Ed. Paidós/Universidad Autónoma de Barcelona, 1995, p. 81-82, 84 et 130-131; S. Weil, *Reflexions sur les causes de la liberté et de l'oppression sociale*, Paris, Gallimard, 1955, p. 124-125; voir également p. 114-115 et 144.

121. La présence du mal a tout au long des siècles hanté et marqué l'existence des hommes. Dans l'opinion dissidente que je viens de mentionner (*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Croatie c. Serbie)*), j'ai d'abord appelé l'attention sur «la présence perpétuelle du mal, qui semble propre à la condition humaine, à toutes les époques»; j'ai ensuite exprimé les réflexions suivantes:

«On peut donc comprendre que la pensée juridique, ainsi que d'autres domaines du savoir (histoire, psychologie, anthropologie, sociologie, philosophie et théologie), s'y soit intéressée et heurtée, à notre époque comme aux siècles passés. Il en va de même pour la littérature. Cette réflexion pérenne, égrenée au fil des siècles, n'est toutefois pas parvenue à expliquer l'existence du mal.

Malgré les efforts déployés tout au long de l'histoire, l'humanité n'a pas été capable de se débarrasser de ce fléau. Comme le passage du temps, la présence perpétuelle du mal reste l'un des mystères qui entoure les êtres humains, où qu'ils soient et tant qu'ils vivent. Quand des individus prétendent soumettre leurs semblables à leur «volonté», en plaçant celle-ci au-dessus de leur conscience, le mal se manifeste inévitablement. Dans l'un des meilleurs ouvrages sur la question du mal, R. P. Sertillanges rappelle que toutes les civilisations sont marquées par la conscience du mal et l'angoisse que celle-ci génère. Cette menace sur l'avenir de l'espèce humaine justifie l'omniprésence d'une telle préoccupation tout au long de l'histoire de la pensée humaine<sup>144</sup>.

Les religions ont été les premières à étudier la question du mal, sujet dont la philosophie, l'histoire, la psychologie, les sciences sociales et la littérature se sont ensuite emparées. Tout au long des siècles, l'homme, conscient du monde dans lequel il vit et sans perdre foi en ses valeurs<sup>145</sup>, a toujours ressenti le besoin d'analyser cette question et ses incidences sur les relations humaines. En dépit de cette quête pérenne de réponses à la question du mal — qui remonte au Livre de Job, voire à la Genèse elle-même<sup>146</sup> —, aucune explication satisfaisante pour tous n'a été trouvée, même par la théologie.» (C.I.J. *Recueil 2015 (I)*, p. 361-362, par. 472-474.)

<sup>144</sup> R. P. Sertillanges, *Le problème du mal — l'histoire*, Paris, Aubier, 1948, p. 5-412.

<sup>145</sup> *Ibid.*

<sup>146</sup> Voir, notamment, M. Neusch, *L'énigme du mal*, Paris, Bayard, 2007, p. 7-193; J. Maritain, *Dio e la Permissione del Male*, 6<sup>e</sup> éd., Brescia, Edit. Morcelliana, 2000, p. 9-100; E. Fromm, *Anatomía de la Destructividad Humana*, Mexico/Madrid/Buenos Aires, Siglo XXI Edit., 2009 [réimpr.], p. 11-468; P. Ricœur, *Evil — A Challenge to Philosophy and Theology*, Londres, Continuum, 2007, p. 33-72; P. Ricœur, *Le mal — Un défi à la philosophie et à la théologie*, Genève, Ed. Labor et Fides, 2004, p. 19-65; C. S. Nino, *Juicio al Mal Absoluto*, Buenos Aires, Emecé Edit., 1997, p. 7-292; A. Morton, *On Evil*, New York/Londres, Routledge, 2004, p. 1-148; T. Eagleton, *On Evil*, New Haven/Londres, Yale University Press, 2010, p. 1-163; P. Dews, *The Idea of Evil*, Oxford, Wiley-Blackwell, 2013, p. 1-234.

122. La légende de Caïn et d'Abel (Genèse, chap. 4: 8-10) en est venue au fil des siècles à symboliser l'indifférence de chacun au sort des autres, cause profonde de la fragmentation de la société humaine. La volonté de puissance et la violence généralisée et incontrôlée qui en est l'instrument sont à l'origine du mépris de la vie qui se manifeste de plus en plus. Cette tendance a été exacerbée par l'influence d'idéologies manipulatrices qui sont allées jusqu'à inciter à la négation de l'humanité de l'autre, réduit à l'état de victime. L'étude du problème du mal garde toute sa pertinence maintenant que l'humanité s'est dotée d'énormes moyens de pratiquer l'extrême violence et de s'autodétruire<sup>147</sup>. Le message profondément tragique que nous a transmis la Genèse, dont l'actualité est manifeste à l'ère nucléaire où nous vivons, me semble, hélas, voué à rester éternellement vrai.

#### IX. LA PLACE QUE FAIT AUX PEUPLES LA CHARTE DES NATIONS UNIES

123. Il importe de ne pas perdre de vue que c'est au nom des «peuples des Nations Unies» que la Charte a été adoptée le 26 juin 1945. Plusieurs dispositions de la Charte montrent que ses auteurs se préoccupaient des conditions d'existence de tous les peuples (préambule, art. 55, 73 a), 76, 80), et voulaient promouvoir et faire universellement respecter les droits de l'homme (art. 55 c), 62 2), 68, 76 c)). La Charte invoque les «principes de la justice et du droit international» (art. 1, par. 1) et fait référence à «la justice et [au] respect des obligations nées des traités et autres sources de droit international» (préambule). Il y est dit aussi que le Statut de la Cour internationale de Justice, «organe judiciaire principal des Nations Unies», «fait partie intégrante» de la Charte (art. 92).

124. Vers le milieu des années 1950, Max Huber, ancien juge à la CPJI, a écrit que le droit international devait protéger également les valeurs communes de l'humanité et être attentif au respect de la vie et de la dignité humaine, selon les préceptes de la conception jusnaturaliste du *jus gentium*; selon lui, l'incorporation des droits de l'homme à ce *droit de l'humanité* inaugurerait une ère nouvelle du développement du droit international, réhabilitant en quelque sorte l'idée de la *civitas maxima*, notablement présente dès le début de l'histoire de la formation du droit des

<sup>147</sup> Voir, entre autres, *Le Mal* (ouvrage collectif publié sous la dir. de C. Crignon), Paris, Flammarion, 2000, p. 11-232; J. Waller, *Becoming Evil*, 2<sup>e</sup> éd., Oxford University Press, 2007, p. 3-330; S. Baron-Cohen, *The Science of Evil — On Empathy and the Origins of Cruelty*, New York, Basic Books, 2012, p. 1-243; L. Svendsen, *A Philosophy of Evil*, Champaign/Londres, Dalkey Archive Press, 2011 (réimpr.), p. 9-282; M. Salvioi, *Bene e Male — Variazioni sul Tema*, Bologne, Ed. Studio Domenicano (ESD), 2012, p. 11-185; D. Livingstone Smith, *Less than Human*, New York, St. Martin's Press, 2011, p. 1-316; R. Safranski, *El Mal, o el Drama de la Libertad*, 4<sup>e</sup> éd., Barcelone, Tusquets Edit., 2014, p. 15-281; S. Neiman, *Evil in Modern Thought*, 2<sup>e</sup> éd., Princeton/Oxford, Princeton University Press, 2015, p. 1-359; J.-C. Guillebaud, *Le tourment de la guerre*, Paris, Ed. de l'Iconoclaste, 2016, p. 9-390.

nations. Il ajoutait que la place faite aux peuples par les auteurs de la Charte et leur volonté de pourvoir sur la base de principes à la protection de la personne humaine montraient que ce texte fondamental transcendait largement le positivisme du droit interne et des politiques des Etats<sup>148</sup>.

125. La nouvelle vision du monde proposée par la Charte et exprimée dans le droit des Nations Unies influe, selon moi, sur le règlement judiciaire des différends internationaux. Je considère en effet que le fait que les procédures contentieuses engagées devant elle opposent des Etats ne signifie aucunement que la Cour doit raisonner ses décisions dans une perspective strictement interétatique; son mode de raisonnement doit dépendre de la nature et de l'objet de chaque différend, et de fait, pour trancher un certain nombre de différends, elle a dû suivre un raisonnement qui dépassait largement cette dimension interétatique<sup>149</sup>. Ce type de raisonnement, qui va au-delà de la dimension interétatique d'une affaire, est fidèle à la Charte, qui a fait de la Cour internationale de Justice l'«organe judiciaire principal des Nations Unies» (art. 92).

126. Au sujet d'une affaire récente qui appelait ce mode de raisonnement (*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*), j'ai jugé utile, dans le long exposé de mon opinion dissidente que j'ai joint à l'arrêt sur les exceptions préliminaires rendu en 2015, d'exprimer les réflexions suivantes :

<sup>148</sup> Max Huber, *La pensée et l'action de la Croix-Rouge*, Genève, CICR, 1954, p. 26, 247, 270, 286 et 291.

<sup>149</sup> Voir, notamment, les affaires suivantes: *Affaire Nottebohm (Liechtenstein c. Guatemala)* (1955, affaire relative à la double nationalité); *Procès de prisonniers de guerre pakistanais (Pakistan c. Inde)* (1973); *Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran (Etats-Unis d'Amérique c. Iran)* (1980); *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)* (1996 et 2007); *Différend frontalier (Burkina Faso/République du Mali)* (1986). Voir également trois affaires relatives à l'assistance consulaire: *Convention de Vienne sur les relations consulaires (Paraguay c. Etats-Unis d'Amérique)* (1998); affaire *LaGrand (Allemagne c. Etats-Unis d'Amérique)* (2001); *Avena et autres ressortissants mexicains (Mexique c. Etats-Unis d'Amérique)* (2004). Voir aussi: *Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda)* (2000) (l'une de plusieurs affaires concernant des violations graves des droits de l'homme et du droit international humanitaire); *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria (Cameroun c. Nigéria)* (1996); *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal)* (2009 et 2012) (affaire relative à l'exercice de la compétence universelle en application de la convention contre la torture); *Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo)* (2010) (affaire relative à la détention et l'expulsion d'un étranger); *Immunités juridictionnelles de l'Etat (Allemagne c. Italie; Grèce (intervenant))* (2010 et 2012); *Application de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (Géorgie c. Fédération de Russie)* (2011); *Demande en interprétation de l'arrêt du 15 juin 1962 en l'affaire du Temple de Préah Vihear (Cambodge c. Thaïlande) (Cambodge c. Thaïlande)* (mesures conservatoires, 2011); *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Croatie c. Serbie)* (2015). Aux arrêts et ordonnances rendus dans ces affaires, on pourrait ajouter les deux avis consultatifs les plus récents émis par la Cour: *Conformité au droit international de la déclaration unilatérale d'indépendance relative au Kosovo* (2010) et *Jugement n° 2867 du Tribunal administratif de l'Organisation internationale du Travail sur requête contre le Fonds international de développement agricole* (2012).



«La présente affaire relative à l'*Application de la convention sur le génocide* montre une nouvelle fois, de manière encore plus convaincante, qu'il faut impérativement dépasser la conception interétatique dogmatique et stricte, et s'en éloigner. En effet, la convention de 1948 sur le génocide — adoptée à la veille de la Déclaration universelle des droits de l'homme — est non pas *axée* sur l'Etat, mais sur la *personne*. Elle ne peut pas être interprétée et appliquée correctement selon une conception stricte centrée sur l'Etat et donnant la priorité à la susceptibilité des Etats. C'est aux *justiciables*, aux victimes — réelles et potentielles — qu'il convient de continuer d'accorder la priorité pour rendre la justice en vertu de la convention sur le génocide.» (*C.I.J. Recueil 2015 (I)*, p. 368, par. 496.)

127. Dans un rapport publié au début des années 1990, le Secrétaire général de l'ONU, appelant à «un effort concerté» devant aboutir au désarmement complet, avait judicieusement observé que, «[d]ans le monde d'aujourd'hui, les nations ne [pouvaient] plus se permettre de résoudre les problèmes par la force». Il ajoutait que «le désarmement [était] l'un des moyens les plus importants de réduire la violence dans les relations entre Etats»<sup>150</sup>. Par la suite, jusqu'à la fin des années 1990, les Nations Unies ont organisé une série de conférences mondiales où s'est manifestée l'intention louable de *dépasser et transcender la dimension strictement inter-étatique* et d'examiner dans un esprit de solidarité les problèmes mettant en jeu l'avenir de l'humanité.

128. Ces conférences mondiales ont montré que la communauté internationale dans son ensemble, de plus en plus consciente de ces problèmes, entendait que s'engage un dialogue permanent entre les Etats Membres de l'ONU et les organisations de la société civile — dialogue dont j'ai gardé le souvenir, ayant eu l'occasion d'y participer<sup>151</sup> —, en vue d'établir le nouvel agenda mondial pour la recherche de solutions arrêtées en commun aux problèmes intéressant l'humanité tout entière. Cette série mémorable de conférences, en mettant en avant la condition des couches les plus vulnérables de la population et la nécessité de répondre aux besoins essentiels des individus, a révélé l'inquiétude largement partagée que suscitaient la dégradation des conditions d'existence dans de nombreuses régions du monde et ses conséquences désastreuses pour une part grandissante de la population<sup>152</sup>.

<sup>150</sup> B. Boutros-Ghali, *Nouvelles dimensions de la réglementation des armements et du désarmement dans la période de l'après-guerre froide — Rapport du Secrétaire général*, New York, Nations Unies, 1993, par. 46.

<sup>151</sup> Ce dialogue a eu lieu, par exemple, dans le cadre de la première conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement (Rio de Janeiro, 1992), grâce à l'organisation d'un forum des organisations non gouvernementales, ou encore lors de la deuxième conférence des Nations Unies sur les droits de l'homme (Vienne, 1993), où ce même forum a pris part aux travaux du comité de rédaction.

<sup>152</sup> On a constaté que les appels en faveur d'une plus grande justice sociale *entre* les Etats et *à l'intérieur* des nations se faisaient de plus en plus pressants.

129. Comme j'ai eu plusieurs fois l'occasion de le dire au cours des vingt dernières années<sup>153</sup>, ces conférences mondiales avaient en commun un trait essentiel, à savoir qu'elles consacraient la légitimité des préoccupations que la détérioration des conditions d'existence constatée partout dans le monde inspirait à la communauté internationale tout entière. Ces conférences, plaçant le bien-être des peuples et des individus et l'amélioration de leurs conditions de vie au centre des préoccupations de la communauté internationale, nous invitent à un retour aux origines historiques du droit des gens<sup>154</sup>.

130. A l'aube du XXI<sup>e</sup> siècle, l'Assemblée générale des Nations Unies a adopté la Déclaration du Millénaire (résolution A/RES/55/2 du 8 septembre 2000), dans laquelle les Etats se sont dits résolus à «éliminer les dangers posés par les armes de destruction massive» (par. II 8)) et ont décidé

«[d]e travailler à l'élimination des armes de destruction massive, notamment les armes nucléaires, et de n'écarter aucune solution possible pour parvenir à cet objectif, notamment en ce qui concerne la convocation éventuelle d'une conférence internationale pour définir les moyens d'éliminer les dangers nucléaires» (par. II 9)).

131. Toujours dans la Déclaration du Millénaire, les Etats, considérant que leurs responsabilités ne se limitaient pas à celles qu'ils devaient assumer envers leurs sociétés respectives, ont affirmé ce qui suit :

«nous sommes collectivement tenus de défendre, au niveau mondial, les principes de la dignité humaine, de l'égalité et de l'équité... [N]ous avons donc des devoirs à l'égard de tous les citoyens du monde, en particulier les personnes les plus vulnérables, et tout spécialement les enfants, à qui l'avenir appartient.

<sup>153</sup> A. A. Cançado Trindade, *A Proteção dos Vulneráveis como Legado da II Conferência Mundial de Direitos Humanos (1993-2013)*, Fortaleza/Brésil, IBDH/IIIDH/SLADI, 2014, p. 13-356; A. A. Cançado Trindade, «Sustainable Human Development and Conditions of Life as a Matter of Legitimate International Concern: The Legacy of the UN World Conferences», *Japan and International Law — Past, Present and Future* (International Symposium to Mark the Centennial of the Japanese Association of International Law), La Haye, Kluwer, 1999, p. 285-309; A. A. Cançado Trindade, «The Contribution of Recent World Conferences of the United Nations to the Relations between Sustainable Development and Economic, Social and Cultural Rights», dans *Les hommes et l'environnement: Quels droits pour le vingt-et-unième siècle? — Etudes en hommage à Alexandre Kiss* (ouvrage collectif publié sous la dir. de M. Prieur et C. Lambrechts), Paris, Ed. Frison-Roche, 1998, p. 119-146; A. A. Cançado Trindade, «Memória da Conferência Mundial de Direitos Humanos (Vienne, 1993)», *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional* (1993-1994), vol. 87/90, p. 9-57.

<sup>154</sup> Les participants à ces conférences ont en effet reconnu que l'idéal des droits de l'homme imprégnait tous les domaines de l'activité humaine et avait contribué de façon décisive à replacer les êtres humains au centre de l'appareil conceptuel du droit des nations (droit des gens). Voir à ce sujet A. A. Cançado Trindade, *Evolution du droit international au droit des gens — L'accès des particuliers à la justice internationale: le regard d'un juge*, Paris, Pedone, 2008, p. 1-187.

Nous réaffirmons notre attachement aux buts et principes énoncés dans la Charte des Nations Unies, qui ont une valeur éternelle et universelle. En fait, leur pertinence et leur importance en tant que source d'inspiration se sont accrues avec la multiplication des liens et le renforcement de l'interdépendance entre les nations et les peuples.» (A/RES/55/2 du 8 septembre 2000, par. I 2-3.)

X. DÉFAUT DE PERTINENCE DU PRÉTENDU « PRINCIPE »  
DE L'OR MONÉTAIRE

132. Les distorsions qui résultent de l'obsession du paradigme strictement interétatique sont faciles à déceler. On en trouve un exemple dans la manière dont l'affaire du *Timor oriental* a été traitée (1995); le peuple timorais n'avait pas qualité pour demander à intervenir dans la procédure, ni même pour s'exprimer en tant qu'*amicus curiae*, alors que le point essentiel sur lequel devait se prononcer la Cour était sa souveraineté sur son propre territoire. Pis encore, la Cour a considéré qu'il allait de soi qu'elle s'empresse de protéger les intérêts d'un Etat tiers (qui n'avait même pas accepté sa juridiction obligatoire), en vertu du prétendu principe de l'*Or monétaire*, lequel, après plus de vingt ans, vient d'être à nouveau invoqué dans une affaire qui porte sur rien moins que l'obligation d'éliminer les armes nucléaires!

133. Il importe que la Cour prête attention à la *nature* de chaque affaire, ce qui peut la porter, comme cela aurait dû être le cas en l'espèce, à suivre un raisonnement qui s'écarte de la « perspective volontariste strictement centrée sur les Etats » et de la « recherche continue de consentement de l'Etat », et s'inspire des principes fondamentaux (*prima principia*), dont le principe d'humanité. C'est ce que j'ai tenu à faire valoir dans le long exposé de mon opinion dissidente sur l'arrêt du 3 février 2015 en l'affaire relative à l'*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Croatie c. Serbie)*, où j'ai notamment expliqué que ces principes confèrent à l'ordre juridique international « sa dimension axiologique inévitable » et le sous-tendent « en exprimant l'idée d'une justice *objective* propre au droit naturel » (*C.I.J. Recueil 2015 (I)*, p. 373, par. 517).

134. J'avais déjà formulé ces observations au paragraphe 213 de l'opinion dissidente, elle aussi fort longue, que j'avais jointe à l'arrêt du 1<sup>er</sup> avril 2011 en l'affaire relative à l'*Application de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (Géorgie c. Fédération de Russie)*. Dans le texte de mon opinion susmentionnée (*Convention contre le génocide*), j'ai dit regretter que, dans une affaire portant sur un sujet aussi important, la Cour se soit laissée aller à invoquer le prétendu principe de l'*Or monétaire*<sup>155</sup>, qui, à mon avis, n'avait pas sa place dans une telle affaire et « ne relev[ait] pas des *prima principia*, n'étant rien de plus qu'une concession faite au consentement de l'Etat [selon] une

<sup>155</sup> Même si elle l'a finalement écarté (par. 116).

idée dépassée de l'Etat volontariste» (*C.I.J. Recueil 2015 (I)*, p. 374, par. 519).

135. Je tiens à dire ici que j'éprouve la même déception, et pour les mêmes raisons, devant l'arrêt rendu aujourd'hui par la Cour dans une affaire qui, ne l'oublions pas, portait sur des *Obligations relatives à des négociations concernant la cessation de la course aux armes nucléaires et le désarmement nucléaire*. Je souligne une fois de plus que le règlement d'une affaire telle que celle qui vient d'être jugée exige que soit dépassée la perspective strictement interétatique. Le fait que les procédures contentieuses engagées devant elle mettent en présence des États n'implique aucunement que la Cour doive raisonner dans une optique étroitement interétatique. Dans une affaire qui portait sur les armes nucléaires et l'obligation de procéder au désarmement nucléaire, il aurait fallu que la Cour concentre son attention sur le sort des peuples, plutôt que sur les susceptibilités des États. Il est impératif, en vertu du *principe d'humanité*, de ne jamais perdre de vue que le monde est constitué de peuples.

#### XI. LE PRINCIPE FONDAMENTAL DE L'ÉGALITÉ JURIDIQUE DES ÉTATS

136. L'affaire dont je traite ici met en relief l'importance capitale du principe de l'égalité juridique des États. La prééminence des principes fondamentaux ainsi que l'idée d'une justice objective, et ce qu'elle implique pour les règles de droit, sont des notions anciennes, profondément ancrées dans la doctrine jusnaturaliste. Les règles de droit, si elles ne servent pas la justice, cessent de s'imposer à la conscience. L'éthique et le droit ne sauraient être dissociés ; sur la scène internationale, chaque acteur est responsable devant tous les autres. Pour les pères fondateurs du droit des nations (*droit des gens*), comme Vitoria ou Suárez, le principe d'égalité devait jouer un rôle fondamental dans les relations entre individus aussi bien qu'entre États. Les enseignements de ces maîtres ont bien résisté à l'épreuve du temps et, après quatre siècles et demi, le principe essentiel d'égalité et de non-discrimination fait maintenant partie des fondements du droit des Nations Unies.

137. Parmi les affaires portées devant la Cour, celle considérée ici n'est certainement pas la première à mettre en évidence l'importance du principe de l'égalité juridique des États. Dans l'opinion individuelle que j'ai cru utile de joindre à l'ordonnance en indication de mesures conservatoires prise par la Cour le 3 mars 2014 en l'affaire relative à des *Questions concernant la saisie et la détention de certains documents et données (Timor-Leste c. Australie)*, j'ai fait observer ce qui suit :

«La présente affaire témoigne de l'importance du principe de l'égalité juridique des États. La place prépondérante de ce principe fondamental du droit international remonte à la deuxième confé-

rence de la paix de La Haye de 1907, et à la rédaction, en juin-juillet 1920, du Statut de la Cour permanente de Justice internationale par le comité consultatif de juristes, qui s'était alors notamment référé aux principes généraux de droit exprimant l'idée objective de justice. Consacré vingt-cinq ans plus tard dans la Charte des Nations Unies (au paragraphe 1 de l'article 2), le principe général de l'égalité juridique des Etats est aujourd'hui immanquablement et indissociablement lié à la quête de justice.

Plus tard, au moment de la rédaction de la déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les Etats conformément à la Charte des Nations Unies (1964-1970), il est apparu nécessaire d'affirmer l'idée que les Etats puissants ne sauraient imposer leur volonté, et que des inégalités de fait entre les Etats ne devaient pas affecter la capacité des plus faibles de faire valoir leurs droits. Le principe de l'égalité juridique des Etats a donné corps à cette préoccupation et à l'idée de justice, laquelle procède de la conscience juridique universelle.» (*C.I.J. Recueil 2014*, p. 184, par. 44-45.)

138. Dix ans plus tôt, dans un cours général de droit international public donné à l'Académie de droit international de La Haye (2005), j'avais exprimé les réflexions suivantes :

«En plusieurs occasions, les principes de droit international se sont révélés être d'une importance capitale dans la quête de justice de l'humanité. En témoigne manifestement le rôle qu'a joué, entre autres, le principe de l'égalité juridique des Etats. Ce principe fondamental, qui trouve son origine dans la deuxième conférence de la paix de La Haye de 1907, et est consacré par la Charte des Nations Unies et énoncé également dans la déclaration de 1970 relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre Etats, signifie concrètement que tous les Etats, puissants ou faibles, grands ou petits, sont égaux devant le droit international, ont droit à la même protection juridique et à l'égalité de traitement devant les organes judiciaires internationaux, et qu'ils sont égaux dans l'exercice de leurs droits et l'exécution de leurs obligations internationaux.

Bien que plusieurs tentatives aient été faites pour le moderniser, le principe de l'égalité juridique des Etats est resté, depuis la deuxième conférence de la paix de La Haye de 1907, de ceux qui constituent le socle du droit international. Il a bien résisté à l'épreuve du temps et a eu un effet salutaire en ce qu'il a incité les Etats à se conduire pacifiquement dans leurs relations internationales, faisant nécessairement partie des fondements du droit international. Ce principe est un élément très important du système juridique international, dont il est l'une des pierres angulaires depuis la fondation de l'Organisation des Nations Unies. En fait, la Charte des Nations Unies lui a conféré

une dimension nouvelle, en ce qu'il est maintenant l'un des principes du droit des Nations Unies sur lesquels repose notamment le système de sécurité collective.»<sup>156</sup>

139. Dans la Déclaration du Millénaire, adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies le 8 septembre 2000 (résolution A/RES/55/2), les États ont affirmé leur volonté d'assurer l'«égalité souveraine de tous les États», conformément «aux principes de la justice et du droit international» (par. I 4)). Cinq ans plus tard, l'Assemblée générale, par sa résolution A/RES/60/1 du 16 septembre 2005, a adopté le document final du sommet mondial de 2005, dans lequel les États se sont notamment déclarés résolus «à instaurer une paix juste et durable dans le monde entier conformément aux buts et aux principes énoncés dans la Charte [des Nations Unies]» et ont réaffirmé leur «volonté de ... défendre l'égalité souveraine ... de tous les États» (par. I 5)). Soulignant «l'importance vitale d'un système multilatéral efficace fondé sur le droit international» pour mieux affronter les défis mettant en danger la paix et la sécurité internationales (par. 6-7), la communauté internationale a renouvelé sa profession de foi dans les principes généraux de droit international.

## XII. L'INCONSISTANCE DE LA STRATÉGIE DE «DISSUASION»

140. La stratégie dite de «dissuasion» que les États dotés d'armes nucléaires invoquent pour tenter de défendre leurs positions en matière de désarmement nucléaire fait abstraction du principe fondamental de l'égalité juridique des États, consacré par la Charte des Nations Unies. Les inégalités de fait entre États ne sauraient entamer leur égalité devant le droit. Tous les États Membres de l'ONU sont égaux en droit. La stratégie adoptée par quelques États invoquant les impératifs de leur défense ne peut pas justifier la remise en question du principe fondamental de l'égalité juridique de tous les États énoncé, je le répète, dans la Charte; encore une fois, les inégalités de fait entre États ne sauraient justifier des atteintes à leur égalité juridique.

141. Dans l'avis consultatif lourd d'ambiguïtés qu'elle a émis en 1996 sur la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, la Cour a accordé un poids indu à «une adhésion encore forte à la pratique de la dissuasion» (*C.I.J. Recueil 1996 (I)*, p. 254, par. 67, et p. 255, par. 73) de la part de quelques États dotés d'armes nucléaires, au point d'y voir un obstacle à la formation et la consolidation d'une *opinio juris* et d'une règle de droit international coutumier quant à l'illicéité des armes nucléaires, conduisant à l'«interdiction spécifique et expresse» de leur emploi (*ibid.*, p. 255, par. 73). La Cour s'en est ainsi tenue à son optique positiviste habituelle: pour elle,

<sup>156</sup> A. A. Cançado Trindade, *International Law for Humankind — Towards a New Jus Gentium*, *op. cit. supra* note 132, p. 84-85; voir également p. 62-63, 65 et 73.

il faut que l'interdiction soit expressément stipulée dans un instrument de droit positif, en dépit du fait que les armes en cause sont capables d'effacer toute trace de vie sur terre, anéantissant le genre humain...

142. Dans son avis consultatif, la Cour a accordé trop de poids à la contestation par les Etats dotés d'armes nucléaires de l'existence d'une *opinio juris* sur l'illicéité de ces armes, alors que l'écrasante majorité des Etats Membres de l'ONU réproouve manifestement leur existence et est favorable au désarmement nucléaire. L'avis consultatif de 1996 semble en tout cas avoir été indûment influencé par l'impossible logique de la «dissuasion»<sup>157</sup>. On ne peut pas imaginer — comme la Cour l'a pourtant fait dans son avis consultatif de 1996 — qu'un Etat hypothétique puisse recourir à l'arme nucléaire au nom de la «légitime défense», sachant le prix inacceptable de pareille décision, qui infligerait à l'humanité tout entière une gigantesque dévastation et d'indicibles souffrances, dans une «escalade vers l'apocalypse»<sup>158</sup>.

143. Infliger de telles dévastations et souffrances serait une violation flagrante du droit international — droit international des droits de l'homme, droit international humanitaire, droit des Nations Unies — (voir ci-après, sect. XIII), ainsi que des normes de *jus cogens*<sup>159</sup>. La stratégie de dissuasion semble faire abstraction de tout cela. La Cour internationale de Justice, pour être vraiment fidèle à son nom, aurait dû, chaque fois qu'il lui était donné de se prononcer sur les armes nucléaires dans l'exercice de sa fonction judiciaire (que ce soit dans une affaire contentieuse ou dans une procédure consultative), accorder beaucoup plus de poids à la *raison d'humanité*<sup>160</sup>, et beaucoup moins à la *raison d'Etat* dont procède la doctrine de la dissuasion. Il nous faut conserver le souci de la personne humaine et des peuples, dans l'intérêt desquels ont été créés les Etats, au lieu de nous préoccuper seulement de ce que nous supposons être la *raison d'Etat*. Pour moi, il ne fait aucun doute que la *raison d'humanité* doit l'emporter sur la *Realpolitik*.

144. Dans son avis consultatif de 1996, la Cour a néanmoins eu raison de reconnaître qu'il importe de procéder au désarmement nucléaire complet, comme l'a affirmé l'Assemblée générale des Nations Unies dans toute une série de résolutions, et de reconnaître aussi la pertinence pour la communauté internationale tout entière de l'obligation correspondante énoncée à l'article VI du TNP (*C.I.J. Recueil 1996 (I)*, p. 263, par. 99, et

<sup>157</sup> Pour des critiques de la doctrine de la dissuasion, voir, par exemple, A. Sayed, *Quand le droit est face à son néant — Le droit à l'épreuve de l'emploi de l'arme nucléaire*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 79-80, 84, 88-89, 96 et 113.

<sup>158</sup> *Ibid.*, p. 147; voir également les pages 129, 133, 151, 160, 174-175, 197 et 199-200.

<sup>159</sup> Pour un exposé de ces normes, voir A. A. Cançado Trindade, «*Jus Cogens: The Determination and the Gradual Expansion of Its Material Content in Contemporary International Case Law*», *XXXV Curso de Derecho Internacional Organizado por el Comité Jurídico Interamericano — 2008*, Washington, Secrétariat général de l'OEA, 2009, p. 3-29.

<sup>160</sup> A. A. Cançado Trindade, «La Humanización del Derecho Internacional y los Límites de la Razón de Estado», *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais — Belo Horizonte/Brésil*, 2001, vol. 40, p. 11-23.

p. 264, par. 102). La Cour a considéré cette obligation comme une obligation de résultat et non de simple comportement (*C.I.J. Recueil 1996 (I)*, p. 264, par. 99), sans toutefois en tirer les conséquences. Si elle l'avait fait, elle serait parvenue à la conclusion que le désarmement nucléaire ne pouvait pas être entravé par le comportement de quelques États — ceux dotés d'armes nucléaires — qui entretiennent et modernisent leurs arsenaux nucléaires selon leur stratégie de dissuasion.

145. La stratégie de dissuasion a quelque chose de suicidaire. Aujourd'hui, alors que vingt années se sont écoulées depuis le prononcé de l'avis consultatif de 1996, durant lesquelles a été réitérée l'obligation de droit international conventionnel et coutumier de procéder au désarmement nucléaire, il n'y a plus aucune marge d'ambiguïté. Il existe une *opinio juris communis* sur l'illicéité des armes nucléaires et sur l'obligation bien établie de procéder au désarmement nucléaire, obligation qui est de résultat, et non de simple comportement. L'insistance dogmatique des positivistes sur la nécessité d'une interdiction expresse des armes nucléaires ne saurait éclipser cette *opinio juris*, alors que celle-ci, bien au contraire, montre que l'argument du défaut d'interdiction expresse n'a aucun sens, en ce qu'il repose sur la doctrine destructrice et suicidaire de la dissuasion.

146. La stratégie de dissuasion est incompatible avec les conceptions jusnaturalistes, qui ont toujours fait entrer en ligne de compte des considérations éthiques (voir plus loin, sect. XV). Ainsi, il y a plus d'un demi-siècle, l'Assemblée générale, dans sa résolution historique A/RES/1653 (XVI) de 1961, affirmait déjà que l'emploi d'armes nucléaires était « contraire à l'esprit, à la lettre et aux buts de la Charte de Nations Unies », constituait une « violation directe de la Charte » et était contraire au droit international et « aux lois de l'humanité », et qu'il constituait « un crime contre l'humanité et la civilisation » (par. 1). L'Assemblée a par la suite réaffirmé les dispositions de sa résolution 1653 (XVI) (voir plus haut, sect. III), ne laissant ainsi aucune place à l'ambiguïté, à des hésitations ou à la moindre concession.

147. Lors de la procédure orale qui s'est déroulée à la fin de 1995 avant que la Cour ne rende son avis consultatif sur la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, la stratégie de dissuasion a fait l'objet de très vives critiques insistant sur les souffrances humaines causées par l'explosion d'un engin nucléaire, les radiations qu'elle dégage et la contamination de l'environnement qui en résulte<sup>161</sup>. Des intervenants ont appelé l'attention sur la « perversion de la logique » inhérente à la doctrine de la dissuasion, qui voulait que la sécurité internationale repose sur la menace d'armes immensément destructrices, et supposait que les États non dotés d'armes nucléaires « admettent que, depuis une cinquantaine d'années, le maintien de la paix n'[était] possible que grâce à l'accumulation sans précédent d'armements plus dangereux que jamais, qui [pouvait] conduire à un génocide »<sup>162</sup>.

<sup>161</sup> Voir, par exemple, le témoignage du maire d'Hiroshima et de celui de Nagasaki, à la section XIII.

<sup>162</sup> CR 1995/35, p. 32 (exposé du Zimbabwe).



148. Toujours, lors des audiences qui ont précédé le prononcé de l'avis consultatif susmentionné, la «dissuasion nucléaire» a été critiquée comme étant le «maintien de l'équilibre de la terreur»<sup>163</sup>; elle a été critiquée aussi parce que ses tenants prétendent la fonder sur la «proposition extrêmement contestable» selon laquelle une poignée d'Etats dotés d'armes nucléaires seraient libres de «s'arroger» le droit de «déterminer ce que sont les exigences de la paix et de la sécurité mondiales en fonction exclusivement» de leurs propres intérêts stratégiques et autres<sup>164</sup>. Il a été dit aussi que, de par leur nature même, les armes nucléaires étaient contraires au droit international, étant capables de destructions massives catastrophiques; il a été déclaré que la dissuasion nucléaire supposait à tort que les Etats et les individus agissent rationnellement, ce qui laissait le monde «sous la menace d'une épée de Damoclès nucléaire», situation qui stimulait «les ambitions nucléaires des Etats, contribuant ainsi à aggraver l'instabilité générale», et aussi le risque d'utilisation «intentionnelle ou accidentelle» d'armes nucléaires<sup>165</sup>.

149. En insistant sur la stratégie de dissuasion, les Etats dotés d'armes nucléaires semblent tenir pour quantité négligeable les séries susmentionnées de résolutions de l'Assemblée générale (voir sect. III) condamnant les armes nucléaires et appelant à leur élimination. Au fil des années, la stratégie de «dissuasion» en est venue à être vivement critiquée pour les graves dangers qu'elle comporte et pour l'indifférence dont elle témoigne à l'objectif — soutenu par les Nations Unies — d'un monde exempt d'armes nucléaires. Par exemple, tout récemment, les participants à la série de conférences sur l'impact humanitaire des armes nucléaires (2013-2014) se sont montrés très critiques à l'égard de la stratégie de la dissuasion nucléaire. Entre autres, dans une déclaration communiquée à la conférence tenue à Vienne en 2014, le Secrétaire général de l'ONU a mis en garde contre les dangers de la dissuasion nucléaire, qui selon lui compromettrait la stabilité internationale (voir plus loin, sect. XIX).

150. Il existe en effet une *opinio juris communis* bien définie sur l'illégalité et l'interdiction des armes nucléaires. Etant donné que la menace ou l'emploi de ces armes est une violation flagrante du droit international, du droit international humanitaire et du droit international des droits de l'homme, ainsi que de la Charte des Nations Unies, tout argument invoquant la stratégie de dissuasion est infondé et indéfendable. A mon sens, il est inadmissible qu'une poignée d'Etats puissent continuer indéfiniment, en invoquant leurs «intérêts en matière de défense nationale», de s'arroger la prérogative de déterminer seuls les conditions de la paix mondiale, et imposer ces conditions à tous les autres Etats, qui constituent l'écrasante majorité de la communauté internationale. La survie de l'humanité

<sup>163</sup> CR 1995/27, p. 37 (témoignage du maire de Nagasaki).

<sup>164</sup> *Ibid.*, p. 45, par. 14 (exposé de la Malaisie).

<sup>165</sup> *Ibid.*, p. 55, par. 8; voir également les pages 60-61, par. 17-20 et p. 63 (exposé de la Malaisie).

ne saurait être suspendue à la «volonté» d'une poignée d'Etats privilégiés. La conscience juridique universelle est d'un ordre bien supérieur à celui de la «volonté» individuelle des Etats.

### XIII. L'ILLICÉITÉ DES ARMES NUCLÉAIRES ET L'OBLIGATION DE PROCÉDER AU DÉSARMEMENT NUCLÉAIRE

#### 1. *La condamnation de toutes les armes de destruction massive*

151. Depuis l'avènement de l'ère nucléaire, il est devenu manifeste qu'il était impossible de limiter à des objectifs militaires les effets des armes nucléaires (la chaleur et les radiations), effets qui, de par leur nature, s'exercent sans discrimination et sont disproportionnés en raison des dévastations et des souffrances d'une indicible cruauté qu'ils infligent. L'*opinio juris communis* sur l'interdiction des armes nucléaires et de toutes les armes de destruction massive s'est formée progressivement au cours des dernières décennies<sup>166</sup>. Alors que des armes moins destructrices que les armes nucléaires (comme les armes biologiques et chimiques) sont déjà expressément interdites, il serait insensé de prétendre que les armes qui n'ont pas été interdites par le droit international conventionnel, dont les armes nucléaires, ne sont pas de même illicites; après tout, elles ont des effets dévastateurs bien plus considérables et durables, qui mettent en péril l'existence de la communauté internationale tout entière.

152. Il me paraît utile de rappeler que, dès 1969, l'Institut de droit international a condamné *toutes* les armes de destruction massive. Lors des débats qu'il a consacrés à la question lors de sa session d'Edimbourg, les participants ont insisté sur la nécessité de respecter le principe de la distinction (entre objectifs militaires et objectifs non militaires) et ont souligné les effets terrifiants de l'emploi d'armes nucléaires, évoquant les bombardements atomiques d'Hiroshima et de Nagasaki<sup>167</sup>. Dans la résolution qu'il a adoptée en septembre 1969 sur la question, l'Institut a d'abord réaffirmé, dans le préambule, que le droit international *interdisait le recours à la force*, et rappelé que les Etats avaient le devoir de protéger les civils dans tout conflit armé; il a également rappelé les principes généraux de droit international, les règles coutumières et les conventions qui, entérinés par la jurisprudence et la pratique internationales, «limitent clairement la mesure dans laquelle les parties engagées dans un conflit peuvent nuire à l'ennemi»; et a réaffirmé que: «les conséquences que la

<sup>166</sup> Voir, par exemple, G. E. do Nascimento e Silva, «A Proliferação Nuclear e o Direito Internacional», *Pensamiento Jurídico y Sociedad Internacional — Libro-Homenaje al Professor A. Truyol y Serra*, vol. II, Madrid, Universidad Complutense, 1986, p. 877-886; C. A. Dunshee de Abranches, *Proscrição das Armas Nucleares*, Rio de Janeiro, Livr. Freitas Bastos, 1964, p. 114-179.

<sup>167</sup> Voir *Annuaire de l'Institut de droit international* — session d'Edimbourg (1969) — chap. II, p. 49-50, 53, 55, 60, 62-63, 66, 88-90 et 99.

conduite indiscriminée des hostilités, et particulièrement l'emploi des armes nucléaires, chimiques et bactériologiques, peut entraîner pour les populations civiles et pour l'humanité tout entière»<sup>168</sup>.

153. Dans le dispositif de cette résolution, l'Institut a souligné l'importance du principe de distinction (entre objectifs militaires et objectifs non militaires) en tant que «principe fondamental du droit international en vigueur» et la nécessité pressante de protéger les populations civiles lors des conflits armés<sup>169</sup>; aux paragraphes 4 et 7, l'Institut a affirmé ce qui suit :

«Il est interdit par le droit international en vigueur d'attaquer, au moyen d'armes, la population civile comme telle, ainsi que tous objets non militaires, notamment les habitations ou autres constructions qui abritent la population civile, à moins qu'ils ne soient employés à des fins militaires

.....

Est interdit par le droit international en vigueur l'emploi de toutes les armes qui, par leur nature, frappent sans distinction objectifs militaires et objets non militaires, forces armées et populations civiles. Est interdit notamment l'emploi des armes dont l'effet destructeur est trop grand pour pouvoir être limité à des objectifs militaires déterminés ou dont l'effet est incontrôlable (armes «auto-génératrices»), ainsi que des armes aveugles.»<sup>170</sup>

154. L'Association de droit international, pour sa part, dans son rapport sur ses travaux les plus récents sur la question du désarmement nucléaire (2014), rappelant l'article VI du TNP, a émis l'avis que le désarmement nucléaire relevait non seulement d'une obligation conventionnelle, mais aussi d'une obligation émergente de droit international coutumier de nature à s'imposer *erga omnes*, et donc applicable à «la communauté internationale tout entière», et pas seulement aux Etats parties au TNP<sup>171</sup>. Il est également fait référence dans ce rapport à l'«opinion publique mondiale», qui s'inquiète «des conséquences catastrophiques qu'aurait pour l'humanité l'emploi ou l'explosion d'armes nucléaires, dans quelque circonstance que ce soit», et il y est dit également que, en conséquence, le système de «dissuasion» fondé sur la possession d'armes nucléaires n'est pas viable<sup>172</sup>.

155. Selon ce rapport, la «dissuasion nucléaire», loin d'être un «parapluie» protégeant le monde, constitue une menace pour la paix et la sécurité internationales, et les Etats dotés d'armes nucléaires sont encore loin de s'être conformés à l'article VI du TNP<sup>173</sup>. Les dispositions de cet article VI, toujours selon l'Association de droit international, ne s'appliquent

<sup>168</sup> *Op. cit. supra* note 167, p. 375-376.

<sup>169</sup> *Ibid.*, p. 376-377, par. 1-3, 5-6 et 8.

<sup>170</sup> *Ibid.*, p. 376-377.

<sup>171</sup> International Law Association Committee, *Nuclear Weapons, Non-Proliferation and Contemporary International Law* (second report: *Legal Aspects of Nuclear Disarmament*), ILA, Washington Conference, 2014, p. 2-4.

<sup>172</sup> *Ibid.*, p. 5-6.

<sup>173</sup> *Ibid.*, p. 8-9.

pas seulement aux Etats parties à ce traité, mais «font partie du droit international coutumier» ou, au moins, «des règles coutumières émergentes»; elles sont valables *erga omnes* parce qu'elles concernent «la communauté internationale tout entière», et pas seulement un groupe d'Etats ou un Etat particulier<sup>174</sup>. Ainsi, comme nous venons de le voir, d'éminents organismes spécialisés dans le droit international, tels que l'Institut de droit international et l'Association de droit international, considèrent également que le droit international en vigueur interdit toutes les armes de destruction massive, à commencer par les armes nucléaires, qui sont les plus destructrices.

156. Aujourd'hui, il suffirait que des armes nucléaires soient employées une seule fois, en quelque circonstance que ce soit, pour que la survie même de l'humanité soit compromise<sup>175</sup>. Un ordre juridique international fondé avant tout sur la *conscience juridique universelle* implique nécessairement l'illicéité et l'interdiction de toutes les armes de destruction massive<sup>176</sup>. Telle est la position que j'ai constamment défendue, notamment dans une conférence que j'ai donnée à l'université d'Hiroshima (Japon) le 20 décembre 2004<sup>177</sup>. Je m'inscris en cela dans le courant de pensée jusnaturaliste, fidèle aux enseignements des «pères fondateurs» du droit des nations et s'intéressant non seulement aux Etats, mais aussi aux peuples, aux individus et à l'humanité tout entière.

## 2. *L'interdiction des armes nucléaires: nécessité d'une optique centrée sur les peuples*

157. Je considère que seule une optique centrée sur les peuples permet d'étudier comme il convient l'ère nucléaire depuis son avènement, marqué par le largage en août 1945 de bombes atomiques sur Hiroshima et Nagasaki. D'émouvants témoignages et les travaux d'historiens attestent les effets dévastateurs des armes nucléaires, qu'ont décrits les victimes et les témoins des deux explosions<sup>178</sup>. Cependant, malgré l'avènement drama-

<sup>174</sup> *Op. cit. supra* note 171, p. 18.

<sup>175</sup> Nagendra Singh, *Nuclear Weapons and International Law*, Londres, Stevens, 1959, p. 242.

<sup>176</sup> A. A. Cançado Trindade, *International Law for Humankind — Towards a New Jus Gentium*, *op. cit. supra* note 132, chap. VI («The Material Source of International Law: Manifestations of the Universal Juridical Conscience»), p. 139-161.

<sup>177</sup> Le texte de mon exposé est reproduit dans l'ouvrage suivant: A. A. Cançado Trindade, *Le droit international pour la personne humaine*, Paris, Pedone, 2012, chap. I («L'illicéité de toutes les armes de destruction massive au regard du droit international contemporain»), p. 61-90; A. A. Cançado Trindade, *A Humanização do Direito Internacional*, 2<sup>e</sup> éd., Belo Horizonte/Brésil, Ed. Del Rey, 2015, chap. XVII («The Illegality under Contemporary International Law of All Weapons of Mass Destruction»), p. 361-390.

<sup>178</sup> Michihiko Hachiya, *Journal d'Hiroshima — 6 août-30 septembre 1945 (1955)*, Paris, Ed. Tallandier, 2015 (rééd.), p. 25-281; Toyofumi Ogura, *Letters from the End of the World — A First-Hand Account of the Bombing of Hiroshima (1948)*, Tokyo/New York/Londres, Kodansha International, 2001 (rééd.), p. 15-173; Naomi Shohno, *The Legacy of Hiroshima — Its Past, Our Future*, Tokyo, Kōsei Publ. Co., 1987 (rééd.), p. 13-140; Kenzaburo Oe, *Notes de Hiroshima (1965)*, Paris, Gallimard, 1996 (rééd.), p. 17-230; J. Hersey, *Hiroshima (1946)*, Londres, Penguin, 2015 (réimpr.), p. 1-98.

tique de l'ère nucléaire, l'attention est longtemps restée essentiellement fixée sur les stratégies des Etats; ce n'est que progressivement que s'est dégagé un courant d'idées mettant l'accent sur les effets dévastateurs que l'emploi d'armes nucléaires peut avoir sur les peuples.

158. Comme l'ont relevé des historiens, il a fallu attendre la première conférence contre les bombes atomiques et les bombes à hydrogène (1955) pour que «les victimes, après dix ans de silence, aient enfin l'occasion de se faire entendre»<sup>179</sup>. Au cours des dernières décennies, un effort a été fait pour prêter moins d'attention à la stratégie des Etats et davantage aux nombreuses victimes des armes nucléaires et aux dommages énormes qu'elles ont causés, et pour mettre l'accent avant tout sur «les souffrances humaines et la dignité de la personne humaine»<sup>180</sup>. Une initiative importante a été prise récemment en ce sens, à savoir l'organisation d'une série de conférences sur l'impact humanitaire des armes nucléaires (2013-2014), dont je passe les travaux en revue plus loin (voir sect. XIX).

159. Les victimes des effets des armes nucléaires ont uni leurs voix, qu'elles aient subi les effets des armes nucléaires lors du bombardement d'Hiroshima et de Nagasaki (1945) ou des essais nucléaires réalisés (pendant la guerre froide) dans des régions telles que l'Asie centrale et les îles du Pacifique. Insistant sur les cruelles souffrances qui leur ont été infligées (entre autres du fait de la contamination radioactive de l'environnement et des déplacements forcés de population qu'elle a nécessités)<sup>181</sup>, souffrances qui se sont prolongées pendant plusieurs générations, ces victimes ont appelé l'attention sur les conséquences humanitaires de l'explosion d'engins nucléaires.

160. Bien qu'elle ait été appelée à quatre reprises à traiter de la question des armes nucléaires (voir ci-après), la Cour semble avoir persisté à l'aborder dans une optique trop étroitement interétatique. Il est regrettable que, si évident que puisse être l'immense danger que fait peser l'existence des armes nucléaires, elle ait continué de traiter de la question de leur interdiction en droit international d'une manière à plusieurs égards ambiguë. L'affaire sur laquelle elle vient de se déclarer incompétente était la troisième tentative faite par la voie d'une procédure contentieuse pour obtenir qu'elle se prononce sur la question. A deux occasions précédentes — les affaires des *Essais nucléaires* (1974 et 1995)<sup>182</sup> —, la Cour s'est montrée passablement évasive, évitant de se prononcer nettement sur le fond d'une question où est en jeu la survie même de l'humanité.

161. Je vais maintenant m'arrêter brièvement à un aspect que j'estime historiquement important de l'une des deux affaires parallèles de 1974, qui opposaient à la France l'Australie et la Nouvelle-Zélande. Cette dernière soutenait notamment que les essais nucléaires réalisés par le Gouverne-

<sup>179</sup> Kenzaburo Oe, *Hiroshima Notes* (1965), New York/Londres, Marion Boyars, 1997 (rééd.), p. 72 et 159.

<sup>180</sup> *Ibid.*, p. 149 et 162.

<sup>181</sup> Voir J. Borrie, «Humanitarian Reframing of Nuclear Weapons and the Logic of a Ban», *International Affairs*, vol. 90, 2014, p. 633; voir également p. 637, 643-644 et 646.

<sup>182</sup> Voir *C.I.J. Recueil 1974*, p. 63-455. Voir également *C.I.J. Recueil 1995*, p. 4-23, et l'exposé des opinions dissidentes de trois juges sur cette ordonnance (*ibid.*, p. 317-421).

ment français dans le Pacifique sud violaient non seulement son droit à ce que son sol, son espace aérien et sa mer territoriale soient exempts de matières radioactives, ainsi que le même droit de divers territoires du Pacifique, mais aussi «le droit de tous les membres de la communauté internationale, y compris la Nouvelle-Zélande, à ce qu'aucun essai nucléaire donnant lieu à des retombées radioactives ne soit réalisé»<sup>183</sup>.

162. L'Australie attendait pour sa part de la Cour qu'elle protège la vie, la santé et le bien-être de sa population, de même que de la population d'autres Etats, des effets des essais nucléaires réalisés par un Etat quelconque<sup>184</sup>. Ainsi, voici plus de trente ans, les requêtes tant de la Nouvelle-Zélande que de l'Australie dépassaient clairement — et à juste titre — la dimension strictement interétatique, parce que la question en cause intéressait la communauté internationale tout entière.

163. Tout au long de la procédure (écrite et orale), l'Australie et la Nouvelle-Zélande ont tenu à marquer qu'elles entendaient que la Cour suive une démarche centrée sur les peuples. Par exemple, dans son mémoire, la Nouvelle-Zélande invoquait l'obligation *erga omnes* de ne pas réaliser d'essais nucléaires, soulignant qu'il s'agissait d'une obligation «envers la communauté internationale tout entière» (par. 207-208), et ajoutant que l'inobservation de cette obligation suscitait dans la région où avaient lieu les essais «de très vives inquiétudes et de très vifs ressentiments parmi les peuples» et les Etats (par. 212). Lors de l'audience du 10 juillet 1974, la Nouvelle-Zélande a de nouveau invoqué «les droits de tous les membres de la communauté internationale» et l'obligation *erga omnes* susmentionnée envers la communauté internationale tout entière<sup>185</sup>. L'Australie, par exemple, lors de l'audience du 8 juillet 1974, a fait référence au traité sur l'interdiction partielle des essais nucléaires de 1963, insisté sur les inquiétudes de «toute la communauté internationale» quant à «l'avenir de l'humanité», et affirmé la responsabilité imposée «à tous les Etats» par «les principes de droit international» de «s'abstenir de procéder à des essais d'armes nucléaires dans l'atmosphère»<sup>186</sup>.

164. Le dénouement des deux affaires des *Essais nucléaires* a toutefois été plutôt décevant: alors que, par des ordonnances de juin 1973, elle avait indiqué des mesures conservatoires (consistant pour le défendeur à cesser ses essais nucléaires), elle a, dans ses arrêts de 1974<sup>187</sup>, cédé au volontarisme éta-

<sup>183</sup> Requête introductive d'instance déposée par la Nouvelle-Zélande le 9 mai 1973, p. 8 et 15-16; voir également les pages 4-16.

<sup>184</sup> Requête introductive d'instance déposée par l'Australie le 9 mai 1973, p. 23 et 26, par. 40, 47 et 49 1).

<sup>185</sup> *C.I.J. Mémoires, Essais nucléaires (Nouvelle-Zélande c. France)*, vol. II (plaidoiries), p. 256-257 et 264-266.

<sup>186</sup> *C.I.J. Mémoires, Essais nucléaires (Australie c. France)*, vol. I (plaidoiries), p. 503.

<sup>187</sup> Pour une analyse critique mettant en parallèle les ordonnances de 1973 et les arrêts de 1974, voir P. Lellouche, «The Nuclear Tests Cases: Judicial Silence versus Atomic Blasts», *Harvard International Law Journal* (1975), vol. 16, p. 615-627 et 635; pour d'autres critiques, voir *ibid.*, p. 614-637.

tique, et conclu que, puisque la France avait annoncé qu'elle cessait volontairement ses essais nucléaires dans l'atmosphère, les demandes de l'Australie et de la Nouvelle-Zélande étaient devenues «sans objet», et qu'il n'y avait dès lors pas lieu à statuer<sup>188</sup>. Les juges qui ont joint à chacun de ces arrêts l'exposé de leur opinion dissidente ont très justement fait observer que lesdits arrêts n'avaient nullement mis fin au différend juridique opposant les parties, étant donné que l'Australie et la Nouvelle-Zélande s'étaient adressées à la Cour en attendant d'elle qu'elle rende un arrêt déclaratoire indiquant que les essais nucléaires dans l'atmosphère étaient contraires au droit international<sup>189</sup>.

165. La réticence qui a caractérisé la position de la Cour dans les deux affaires des *Essais nucléaires* était d'autant plus regrettable que les demandeurs, au sujet du «préjudice psychologique» causé aux peuples de la région du Pacifique par «les craintes que leur inspiraient les effets éventuels des retombées radioactives [résultant d'essais nucléaires dans l'atmosphère] sur leur bien-être et celui de leurs descendants», avaient invoqué la notion d'obligations *erga omnes* avancée par la Cour elle-même quatre ans seulement auparavant, dans l'*obiter dictum* qu'elle avait énoncé en l'affaire de la *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*<sup>190</sup>. La Cour, dans ses arrêts de 1974, avait ménagé la possibilité que dans certaines circonstances, l'une ou l'autre des affaires soit rouverte, et c'est ce qui s'est effectivement produit vingt ans plus tard lorsque la Nouvelle-Zélande a déposé contre la France une nouvelle requête. Cependant, par ordonnance du 22 septembre 1995, la Cour a conclu que la demande de la Nouvelle-Zélande n'entraîne pas dans les prévisions de son arrêt de 1974, qui portait sur les essais nucléaires dans l'atmosphère, et qu'elle devait être écartée parce qu'elle concernait les essais nucléaires souterrains réalisés par la France depuis 1974<sup>191</sup>.

<sup>188</sup> *C.I.J. Recueil 1974*, p. 272 et 478, respectivement.

<sup>189</sup> *Ibid.*, opinion dissidente commune des juges Onyeama, Dillard, Jiménez de Aréchaga et sir Humphrey Waldock, p. 319-322, 367-369, 496, 500, 502-504, 514 et 520-521; voir également *ibid.*, opinion dissidente du juge De Castro, p. 386-390; et *ibid.*, opinion dissidente du juge Barwick, p. 392-394, 404-405, 436-437 et 525-528. Il a été dit aussi, dans une opinion individuelle, que la Cour aurait dû s'arrêter à la question de l'existence de règles de droit international *coutumier* interdisant aux Etats de causer, en procédant à des essais nucléaires dans l'atmosphère, le dépôt de retombées radioactives sur le territoire d'autres Etats; *ibid.*, opinion individuelle du juge Petren, p. 303-306 et 488-489. Dans cette affaire, la question qui appelait une réponse était de savoir s'il existait ou non de telles règles de droit international coutumier, question qui n'a pas été véritablement tranchée par la Cour.

<sup>190</sup> Comme l'ont rappelé les juges Onyeama, Dillard, Jiménez de Aréchaga et Waldock dans leur opinion dissidente commune (*ibid.*, p. 362, 368-369 et 520-521); ce rappel figure aussi dans l'exposé de l'opinion dissidente du juge Barwick (*ibid.*, p. 436-437).

<sup>191</sup> *C.I.J. Recueil 1995*, p. 288-308; comme les arrêts de 1974, cette ordonnance était accompagnée de l'exposé des opinions dissidentes de plusieurs juges (voir *ibid.*, p. 317-421). De plus, une requête a été déposée auprès de la Commission européenne des droits de l'homme contre la France au sujet des essais nucléaires réalisés par elle sur les atolls de Mururoa et de Fangataufa, en Polynésie française; voir Commission européenne des droits de l'homme, affaire *N. Narvii Tauri et 18 autres c. France* (requête n° 28204/95), décision du 4 décembre 1995, *Décisions et rapports*, vol. 83-A, 1995, p. 130.

166. La Cour a ainsi manqué, en 1974 et en 1995, deux occasions historiques de préciser sa position sur la question qui était au cœur des affaires qui lui avaient été soumises, celle des *Essais nucléaires*. Elle vient d'en manquer une troisième en rendant sa décision d'aujourd'hui, grâce à laquelle elle n'a pas eu à se prononcer, comme l'en avaient priée les Iles Marshall, sur des *Obligations relatives à des négociations concernant la cessation de la course aux armes nucléaires et le désarmement nucléaire*. Elle a jugé que l'existence d'un différend n'avait pas été établie et qu'elle n'avait pas compétence pour examiner la requête déposée par les Iles Marshall le 24 avril 2014.

167. Au milieu des années 1990, à la demande de l'Assemblée générale des Nations Unies et de l'Organisation mondiale de la santé (OMS), la Cour a été appelée à exercer sa fonction consultative sur une question directement liée à l'objet des affaires jugées en 1974, en 1995 et aujourd'hui, celle des armes nucléaires. Ces demandes d'avis consultatif portaient non pas sur les essais nucléaires, mais sur la licéité en droit international de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires.

168. Après avoir décidé qu'elle ne donnerait suite qu'à la demande de l'Assemblée générale<sup>192</sup>, la Cour a rendu le 8 juillet 1996 un avis consultatif sur la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires* dans lequel elle a affirmé que ni le droit international coutumier, ni le droit international conventionnel n'autorisait spécifiquement la menace ou l'emploi d'armes nucléaires; que ni l'un ni l'autre ne comportait d'interdiction complète et universelle de la menace ou de l'emploi de ces armes en tant que telles; qu'était illicite la menace ou l'emploi de la force au moyen d'armes nucléaires qui serait contraire au paragraphe 4 de l'article 2 de la Charte des Nations Unies et qui ne satisferait pas à toutes les prescriptions de son article 51; que la menace ou l'emploi d'armes nucléaires devait aussi être compatible avec les exigences du droit international applicable dans les conflits armés, spécialement celles du droit international humanitaire; et qu'il existait une obligation de poursuivre de bonne foi des négociations conduisant au désarmement nucléaire dans tous ses aspects<sup>193</sup>.

169. Dans la partie la plus controversée de son avis consultatif (point 2 E du dispositif), la Cour a dit «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», mais elle a ajouté que, au vu de l'état actuel du droit international, elle «ne p[ouvait] cependant conclure de façon définitive que la menace ou l'emploi d'armes nucléaires serait licite ou illicite

<sup>192</sup> La Cour a décidé de ne pas donner suite à la demande d'avis consultatif de l'OMS parce qu'elle ne portait pas sur une question se posant dans le cadre de l'activité de cette organisation; elle l'a fait sans tenir compte de ce que, de par son mandat, cette institution spécialisée des Nations Unies pouvait s'intéresser aux effets dévastateurs des armes nucléaires sur la santé et l'environnement.

<sup>193</sup> *C.I.J. Recueil 1996 (I)*, p. 266-267.



dans une circonstance extrême de légitime défense dans laquelle la survie même d'un Etat serait en cause»<sup>194</sup>. Elle s'est ainsi bornée à prendre acte de l'existence d'une incertitude juridique.

170. La Cour n'est pas allée plus loin, et son avis consultatif est plein d'ambiguïtés et d'équivoques, avec en filigranne le spectre d'un *non liquet*, alors qu'il porte sur une question qui concerne, plus que les Etats pris individuellement, l'humanité tout entière. Cet avis fait abstraction du fait que le droit international humanitaire s'applique également en cas de légitime défense, et commande de toujours respecter les principes de distinction et de proportionnalité (dont font fi les armes nucléaires)<sup>195</sup>, et de respecter aussi l'interdiction des armes qui causent des maux superflus.

171. Dans son avis consultatif, la Cour aurait pu et aurait dû accorder plus de poids à l'argument avancé lors des audiences de novembre 1995, selon lequel il fallait, dans le domaine considéré, adopter une optique centrée sur les peuples. Lors de ces audiences, il a été déclaré par exemple que «l'expérience du peuple marshallais confirm[ait] que l'infliction de maux superflus était une conséquence inévitable de l'explosion d'engins nucléaires»<sup>196</sup>, et que, par nature, les effets délétères des armes nucléaires étaient de grande ampleur, s'exerçaient sans discrimination et se répercutaient sur les générations futures<sup>197</sup>. Il a été dit également que «les témoignages sur les effets épouvantables» de l'emploi de bombes atomiques à Hiroshima et Nagasaki, ainsi que les témoignages sur le déroulement et les suites des essais nucléaires réalisés dans la région des îles du Pacifique dans les années 1950 et 1960, avaient attiré l'attention sur «les dangers sans précédent auxquels l'humanité [était] exposée en cas d'utilisation d'armes nucléaires»<sup>198</sup>.

172. Dans son avis consultatif, la Cour a certes reconnu que les armes nucléaires causaient sans discrimination des souffrances de longue durée et qu'elles avaient un énorme pouvoir destructeur (par. 35), et a reconnu aussi que les principes de droit international humanitaire (comprenant des prin-

<sup>194</sup> C.I.J. Recueil 1996 (I), p. 266.

<sup>195</sup> L. Doswald-Beck, «International Humanitarian Law and the Advisory Opinion of the International Court of Justice on the Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons», *International Review of the Red Cross*, vol. 316, 1997, p. 35-55; H. Fujita, «The Advisory Opinion of the International Court of Justice on the Legality of Nuclear Weapons», *ibid.*, p. 56-64. Les règles de droit international humanitaire valent aussi en cas de légitime défense: voir M.-P. Lanfranchi et Th. Christakis, *La licéité de l'emploi d'armes nucléaires devant la Cour internationale de Justice*, Aix-Marseille/Paris, Université d'Aix-Marseille III/Economica, 1997, p. 111, 121 et 123; S. Mahmoudi, «The International Court of Justice and Nuclear Weapons», *Nordic Journal of International Law*, vol. 66, 1997, p. 77-100; E. David, «The Opinion of the International Court of Justice on the Legality of the Use of Nuclear Weapons», *International Review of the Red Cross*, vol. 316, 1997, p. 21-34.

<sup>196</sup> CR 1995/32, p. 22 (exposé des Iles Marshall).

<sup>197</sup> *Ibid.*, p. 23.

<sup>198</sup> *Ibid.*, p. 31 (exposé des Iles Salomon). Voir également p. 36 et 39-40, au sujet de la place du droit international coutumier et des principes généraux de droit international dans le domaine considéré.

cipes de droit international coutumier) étaient «intransgressibles» (par. 79); cependant, ces considérations ne lui ont pas paru suffisamment importantes pour la conduire à se prononcer également contre l'emploi d'armes nucléaires en cas de légitime défense, s'épargnant ainsi d'avoir à dire le droit applicable en toutes circonstances. Pour moi, il est évident que les Etats sont tenus *en toutes circonstances* de respecter et de faire respecter le droit international humanitaire et le droit international des droits de l'homme, dont des principes fondamentaux de *jus cogens*, quant à l'interdiction des armes nucléaires.

173. Lorsque la Cour a rendu son avis consultatif en 1996, ce sont de nouveau les juges ayant émis une opinion dissidente, et non pas la majorité, d'ailleurs divisée, de ses membres, qui ont appelé l'attention sur ce point<sup>199</sup> et sur la pertinence de la clause de Martens dans le contexte de l'espèce<sup>200</sup> (voir plus loin, sect. XIV). Dans son avis consultatif de 1996, la Cour a de plus minimisé (par. 71) l'importance des résolutions par lesquelles l'Assemblée générale des Nations Unies avait affirmé que les armes nucléaires étaient illicites<sup>201</sup> et condamné leur emploi comme constituant une violation de la Charte et un crime contre l'humanité. Elle a en revanche pris note de la «politique de dissuasion», ce qui l'a amenée à constater que les membres de la communauté internationale restaient «profondément divisés» sur la question du non-recours aux armes nucléaires, et à dire que, dans ces conditions, elle ne pouvait pas conclure à l'existence d'une *opinio juris* sur la question (par. 67).

174. La Cour n'avait pas à invoquer la doctrine inconsistante de la «dissuasion» (voir plus haut, sect. XII), qui n'a aucune valeur juridique pour déterminer si s'est formée une obligation de droit international coutumier d'interdire l'emploi d'armes nucléaires. La Cour n'a rien apporté sur cette question. En accordant un poids indu à la «dissuasion» (par. 73), elle a fixé son attention sur une division, selon elle «profonde», entre un groupe extrêmement restreint de puissances nucléaires et l'écrasante majorité des pays du monde, pour finalement favoriser le premier groupe en prononçant un inadmissible *non liquet*<sup>202</sup>.

<sup>199</sup> *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1996 (I)*, opinion dissidente du juge Koroma, p. 573-574 et 578.

<sup>200</sup> *Ibid.*, opinion dissidente du juge Shahabuddeen, p. 386-387, 406, 408, 410-411 et 425; et opinion dissidente du juge Weeramantry, p. 477-478, 481, 483, 486-487, 490-491, 494, 508 et 553-554.

<sup>201</sup> Notamment la résolution historique A/RES/1653 (XVI) du 24 novembre 1961.

<sup>202</sup> A. A. Cançado Trindade, *International Law for Humankind — Towards a New Jus Gentium*, *op. cit. supra* note 132, p. 415-418; L. Condorelli, «Nuclear Weapons: A Weighty Matter for the International Court of Justice — *Jura Novit Curia?*», *International Review of the Red Cross*, vol. 316, 1997, p. 9-20; M. Mohr, «Advisory Opinion of the International Court of Justice on the Legality of the Use of Nuclear Weapons under International Law — A Few Thoughts on Its Strengths and Weaknesses», *International Review of the Red Cross*, vol. 316, 1997, p. 92-102. L'avis consultatif n'aboutit à aucune conclusion et n'est pas un guide utile; voir J.-P. Queneudec, «E.T. à la C.I.J.: méditations d'un extraterrestre sur deux avis consultatifs», *Revue générale de droit international public*, vol. 100, 1996, p. 907-914, particulièrement la page 912.

175. Ainsi, la Cour a de nouveau, cette fois dans l'exercice de sa fonction consultative, manqué une occasion d'apporter sa contribution à la consolidation de l'*opinio juris communis* condamnant les armes nucléaires. Dans son avis consultatif, elle a pris en considération la survie d'un Etat hypothétique (point 2 E du dispositif), plutôt que celle des peuples et des individus du reste du monde et, en définitive, celle de l'humanité tout entière. Il semble lui avoir échappé que la survie d'un Etat ne saurait prendre le pas sur le droit à la survie de toute l'humanité.

### 3. *L'interdiction des armes nucléaires: le droit fondamental à la vie*

176. Un autre point encore mérite d'être considéré au sujet de l'avis consultatif de 1996. Dans cet avis, la Cour a considéré à tort que le droit international humanitaire, en tant que *lex specialis* (par. 25), primait sur le droit international des droits de l'homme, oubliant que pareille interprétation de la maxime *lex specialis derogat generalis* n'était pas applicable dans le contexte de la procédure considérée; devant l'immense menace que font peser les armes nucléaires sur la vie sur terre, le droit international humanitaire et le droit international des droits de l'homme s'appliquent l'un et l'autre de façon convergente<sup>203</sup>, complémentarité qui répond à la nécessité de renforcer la protection de la vie humaine. En toutes circonstances, ce sont les règles qui offrent la meilleure protection qui sont applicables, qu'elles relèvent du droit international humanitaire, du droit international des droits de l'homme ou d'une autre branche du droit de la protection internationale de la personne humaine (comme le droit international des réfugiés). Ces règles sont toutes d'égale importance. Malheureusement, dans son avis consultatif de 1996, la Cour a indûment minimisé l'importance de la jurisprudence internationale et du corps de doctrine sur la protection du droit à la vie dans le cadre du droit international des droits de l'homme.

177. Il convient de noter, à ce sujet, que les tribunaux internationaux des droits de l'homme qui existent actuellement, tels que la Cour européenne des droits de l'homme et la Cour interaméricaine des droits de l'homme, dans nombre des affaires dont ils ont eu à connaître ces dernières années, ont statué en tenant compte des principes et des règles pertinents de droit international des droits de l'homme aussi bien que de droit international humanitaire (conventionnels et coutumiers). La commission africaine des droits de l'homme et des peuples, dans sa longue pratique, a elle aussi reconnu que le droit international des droits de l'homme et le droit international humanitaire sont proches l'un de l'autre et convergent; elle a appelé l'attention sur les principes (dont le principe d'humanité) sur lesquels reposent ces deux branches du dispositif juridique de protection.

178. On a ainsi assisté, sur plusieurs continents, à une évolution de la jurisprudence et de la pratique dans le sens de la garantie la plus efficace

<sup>203</sup> Voir A. A. Cançado Trindade, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Derecho Internacional de los Refugiados y Derecho Internacional Humanitario — Aproximaciones y Convergencias*, Genève, CICR, 2000, p. 1-66.

des droits protégés, en toutes circonstances (y compris en temps de conflit armé). Contrairement à ce qu'a dit la Cour dans son avis consultatif de 1996, il s'agit là non pas du développement d'une *lex specialis*, mais d'un effort concerté pour appliquer les règles pertinentes qui protègent le mieux les êtres humains qu'elles relèvent du droit international des droits de l'homme ou du droit international humanitaire. Il importe particulièrement de suivre cette démarche lorsque les êtres humains se trouvent dans une situation d'extrême vulnérabilité, comme quand ils sont exposés aux dangers que présente la menace ou l'emploi d'armes nucléaires. Il ressort de la jurisprudence des tribunaux internationaux des droits de l'homme tels que la Cour européenne et la Cour interaméricaine qu'ils ont concentré leur attention sur l'impératif de protection des droits des plus vulnérables (victimes potentielles), dont leur droit fondamental à la vie<sup>204</sup>.

179. Dans les affaires sur lesquelles la Cour s'est aujourd'hui déclarée incompétente, les Iles Marshall avaient maintes fois appelé l'attention sur les effets dévastateurs que les explosions d'armes nucléaires avaient sur la vie humaine. Par exemple, dans l'affaire les opposant au Royaume-Uni, elles insistaient sur l'étendue et la durée des effets destructeurs des essais d'armes nucléaires (mémoire des Iles Marshall, p. 12-14). Lors de l'audience du 11 mars 2016, elles ont évoqué les «terribles préjudices subis par les Marshallais» et les «terribles effets de la contamination radioactive sur la santé des habitants des Iles Marshall, y compris notamment les malformations congénitales extrêmes et les cancers»<sup>205</sup>.

180. Dans l'affaire les opposant à l'Inde, les Iles Marshall ont rappelé dans leur mémoire (p. 5-6) qu'elles avaient subi les graves «conséquences sanitaires et environnementales des essais nucléaires». Lors de l'audience du 7 mars 2016, elles ont déclaré ceci :

«Dans l'histoire des Iles Marshall, les armes nucléaires ont joué un rôle unique et dévastateur. Alors que le pays avait été désigné territoire sous tutelle par les Nations Unies, les Etats-Unis d'Amérique y ont fait délibérément exploser pas moins de 67 armes atomiques et thermonucléaires à titre d'«essais»... Les Iles Marshall ont protesté contre cette pratique devant l'ONU et demandé qu'il y soit mis fin, mais il n'a pas été tenu compte de cet appel et les explosions se sont poursuivies. Plusieurs îles de [notre] pays ont ainsi été réduites en poussière, d'autres devant, d'après les estimations, demeurer inhabitables pendant des milliers d'années. De très nombreux Marshallais ont trouvé la mort, subi des malformations congénitales jusque-là inconnues ou dû lutter contre des cancers dus à la contamination. Les Iles Marshall sont ainsi hélas les *témoins directs* de la monstrueuse et aveugle capacité meurtrière des armes nucléaires, ainsi que des effets intergénérationnels qu'elles continuent d'entraîner même soixante ans plus tard.

<sup>204</sup> Voir A. A. Cançado Trindade, *The Access of Individuals to International Justice*, Oxford University Press, 2012 (réimpr.), chap. II-III et VII, p. 17-62 et 125-131.

<sup>205</sup> CR 2016/5, p. 9, par. 10.

L'un des «essais» qui ont été menés, baptisé «Bravo», a été mille fois plus puissant que les bombes qui ont été lâchées sur Hiroshima et Nagasaki.»<sup>206</sup>

181. Dans l'affaire qui les opposait au Pakistan, les Iles Marshall ont de même rappelé qu'elles avaient subi les graves «conséquences sanitaires et environnementales des essais nucléaires» (mémoire des Iles Marshall, p. 5-6). Dans leurs plaidoiries du 8 mars 2016, elles ont rappelé que, lorsqu'elles relevaient du régime de tutelle des Nations Unies, elles avaient subi les effets de soixante-sept «essais» d'armes nucléaires et thermonucléaires; elles ont rappelé également qu'il est dit dans la Charte des Nations Unies que les «nations, grandes et petites» jouissent de «l'égalité de droits» (preamble), et que l'Organisation des Nations Unies est «fondée sur le principe de l'égalité souveraine de tous ses Membres»<sup>207</sup> (art. 2).

182. Vingt ans plus tôt, lors des audiences qui, vers la fin de 1995, ont précédé le prononcé par la Cour de son avis consultatif de 1996 sur la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, les effets dévastateurs de l'explosion d'armes nucléaires sur la vie humaine avaient déjà été exposés. Il n'est pas dans mon propos de passer en revue ici tous les exposés qui ont alors été consacrés à ce sujet; je me bornerai à rappeler les déclarations les plus émouvantes, celles des maires d'Hiroshima et de Nagasaki, venus témoigner devant la Cour en qualité de membres de la délégation japonaise. M. Takashi Hiraoka, maire d'Hiroshima, a introduit comme suit la déclaration qu'il a faite devant la Cour le 7 novembre 1995:

«Je m'exprime aujourd'hui devant vous en tant que représentant des citoyens de la ville d'Hiroshima, qui souhaitent l'élimination des armes nucléaires. Je représente plus particulièrement les centaines de milliers de victimes dont la vie a été abrégée, ainsi que les survivants qui souffrent encore, après cinquante ans, des effets de leur exposition aux radiations. Je suis venu témoigner en leur nom de la cruauté inhumaine des armes nucléaires.

.....

La mise au point de la bombe atomique a été rendue possible par la collaboration de politiciens, de militaires et de scientifiques. L'ère nucléaire a commencé au moment où les bombes ont été larguées sur des êtres humains.

L'énorme pouvoir de destruction de ces bombes a réduit en cendres de très nombreux civils parfaitement innocents. Pris dans un champ mortel de radiations, des femmes, des vieillards et des nouveau-nés ont été massacrés.»<sup>208</sup>

183. Après avoir souligné que les bombes avaient semé la mort «sans aucune discrimination», il a dit que «des milliers de survivants devaient

<sup>206</sup> CR 2016/1, p. 16, par. 4-5.

<sup>207</sup> CR 2016/2, p. 10, par. 5-7.

<sup>208</sup> CR 1995/27, p. 22-23.

encore, chaque jour, endurer les souffrances causées par des maladies consécutives à leur exposition aux radiations» ajoutant qu'il restait impossible «de déterminer le nombre exact des victimes»<sup>209</sup>. Il a expliqué que l'exposition des habitants d'Hiroshima à de fortes doses de radiations était «sans précédent dans l'histoire de l'humanité», et qu'il en était résulté des leucémies et différents types de cancer (du sein, des poumons, de l'estomac, de la thyroïde, notamment) infligeant des souffrances «pendant des années ou des dizaines d'années», à quoi s'ajoutait l'angoisse suscitée par l'effet mortel différé de l'irradiation, qui avait hanté ses concitoyens «année après année, décennie après décennie»<sup>210</sup>.

184. Le maire d'Hiroshima a souligné que, même après cinquante ans, on ne connaissait pas encore «tous les effets que peuvent avoir les rayonnements ionisants sur le corps humain». Il a dit encore que «les médecins [savaient] que l'irradiation détrui[sait] certaines cellules, ce qui [pouvait] déclencher de nombreuses pathologies»<sup>211</sup>. Il a expliqué également que les victimes survivantes avaient continué de souffrir «psychologiquement, physiquement et socialement des effets secondaires de l'explosion de la bombe atomique»<sup>212</sup>. Il a en outre déclaré ce qui suit :

«L'horreur qu'inspirent les armes nucléaires ... tient ... à leur immense pouvoir de destruction, mais aussi aux radiations qu'elles dégagent, dont les effets se prolongent pendant des générations... Peut-on imaginer pire cruauté? Les armes nucléaires sont plus cruelles et plus inhumaines que toutes les armes déjà interdites par le droit international.»<sup>213</sup>

185. Après avoir mis en relief l'importance de la résolution A/RES/1653 (XVI), adoptée en 1961 par l'Assemblée générale des Nations Unies, le maire d'Hiroshima a fait observer que «les stocks existants suffiraient à anéantir plusieurs fois tout le genre humain». Il a ajouté que «la possession de ces armes repos[ait] sur l'hypothèse qu'elles [pouvaient] être utilisées»<sup>214</sup>. En conclusion, il a vivement critiqué la stratégie de «dissuasion», dans les termes suivants :

«Tant que les armes nucléaires existeront, l'humanité restera exposée au risque bien réel et constant de s'autodétruire. La doctrine de la dissuasion, qui prétend qu'une guerre nucléaire peut être contrôlée et gagnée, est le signe de l'incapacité de l'intelligence humaine d'appréhender l'ampleur de la tragédie et de la dévastation de l'écosystème mondial qui seraient la conséquence d'une telle guerre.

<sup>209</sup> CR 1995/27, p. 24-25.

<sup>210</sup> *Ibid.*, p. 25-27.

<sup>211</sup> *Ibid.*, p. 25.

<sup>212</sup> *Ibid.*, p. 27-28.

<sup>213</sup> *Ibid.*, p. 30.

<sup>214</sup> *Ibid.*, p. 30-31.

[S]eul un traité imposant expressément l'obligation d'éliminer les armes nucléaires peut garantir un avenir au genre humain... »<sup>215</sup>

186. Dans l'exposé qu'il a fait devant la Cour, le 7 novembre 1995 également, M. Iccho Itoh, maire de Nagasaki, a dit lui aussi que «les armes nucléaires, frappant sans discrimination, inflige[ai]ent aux civils d'immenses dommages»; il a rappelé que, cinquante ans plus tôt, à Hiroshima et Nagasaki, il «avait suffi» qu'un seul avion largue une seule bombe pour que périssent 140 000 et 74 000 personnes, respectivement. Il a de plus rappelé que les dommages causés aux personnes ne s'arrêtaient pas là, «et que, parmi ceux qui [avaient] eu la chance de survivre, il s'en trouv[ait] encore qui souffr[ai]ent des effets différés propres aux armes nucléaires». Ainsi, a-t-il ajouté, «ces armes, qui frappent sans discrimination, infligent aux civils d'incommensurables dommages»<sup>216</sup>.

187. Il a ajouté également ceci: «ce qui différencie si fondamentalement les armes nucléaires des armes classiques, c'est qu'elles émettent en explosant des radiations radioactives», et que l'exposition à de fortes doses de ces radiations «accroît l'incidence de certaines maladies» et la mortalité (des suites de leucémies ou de cancers). Les descendants des survivants des bombardements atomiques sont condamnés à vivre dans l'anxiété, «étant, ainsi que plusieurs générations de leurs descendants, soumis à une surveillance médicale visant à déterminer plus précisément l'impact génétique de l'irradiation»; il a poursuivi en ces termes: «les armes nucléaires sont des instruments inhumains de mort et de destruction, dont l'emploi est contraire au droit international»<sup>217</sup>. En conclusion, le maire de Nagasaki a vivement critiqué la «dissuasion nucléaire», dont il a dit qu'elle se ramenait au «maintien d'un équilibre de la terreur» (CR 1995/27, p. 37), «faisant planer une menace permanente sur la paix» dans «un climat psychologique vicié par la défiance mutuelle et les manœuvres d'intimidation»; il a rappelé que les survivants du bombardement atomique de Nagasaki, après cinquante ans, «continu[ai]ent de vivre dans la crainte d'en subir les effets différés»<sup>218</sup>.

188. Ces témoignages, qui remontent à la procédure orale qui a précédé en 1995 le prononcé de l'avis consultatif de 1996, tout comme ceux que la Cour a entendus dans les trois affaires contentieuses dont elle vient de se dessaisir, montrent très clairement que l'emploi (y compris les «essais») d'armes nucléaires ressortit à la privation arbitraire de la vie et constitue une violation flagrante du droit fondamental à la vie. La menace ou l'emploi de ces armes est une violation patente du droit international des droits de l'homme, du droit international humanitaire et du droit des Nations Unies, ainsi que du droit international des réfugiés. Ces violations sont d'autant plus graves que les dommages causés par les radiations que dégagent les armes nucléaires ne peuvent être circonscrits ni dans l'espace, ni dans le temps, et se répercutent sur plusieurs générations.

<sup>215</sup> CR 1995/27, p. 31.

<sup>216</sup> *Ibid.*, p. 33.

<sup>217</sup> *Ibid.*, p. 36-37.

<sup>218</sup> *Ibid.*, p. 39.

189. Comme il ressort des exposés que la Cour a entendus vers la fin de 1995, l'emploi d'armes nucléaires constitue une violation du droit à la vie (et du droit à la santé), dont sont victimes «non seulement la population actuelle, mais aussi les enfants à naître et les générations suivantes»<sup>219</sup>. N'est-ce pas là la quintessence de la cruauté? Il apparaît que l'emploi d'armes nucléaires revient à condamner des innocents à l'enfer sur terre, *avant même leur naissance*. On est en droit de se demander si le monde n'a pas maintenant dépassé ce qu'annonçait le mythe du péché originel. A cet extrême de la cruauté, il faut opposer la conscience des droits inhérents de la personne humaine, toujours au cœur des tentatives visant le désarmement nucléaire complet.

#### 4. *Les interdits absolus de jus cogens et l'humanisation du droit international*

190. L'interdiction absolue de la privation arbitraire de la vie (voir plus haut), qui est l'un des principes fondamentaux de *jus cogens*, trouve son origine dans le droit international des droits de l'homme, a une incidence sur le droit international humanitaire et le droit international des réfugiés, et figure en bonne place dans le droit des Nations Unies. L'interdiction absolue d'infliger des traitements cruels, inhumains ou dégradants relève aussi du *jus cogens*, est également issue du droit international des droits de l'homme et a comme la première citée une incidence sur le droit international humanitaire et le droit international des réfugiés. Enfin, l'interdiction absolue de causer des maux superflus constitue elle aussi un principe de *jus cogens*, qui trouve son origine dans le droit international humanitaire et a une incidence sur le droit international des droits de l'homme et le droit international des réfugiés.

191. Ces interdits de *jus cogens*, outre qu'ils sont un élément de la convergence des trois branches susmentionnées du droit international, font maintenant partie du droit international pénal, ainsi que du *corpus juris gentium* condamnant toutes les armes de destruction massive. Les interdits absolus de *jus cogens* comprennent aujourd'hui celui de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, eu égard à toutes les souffrances que ces armes peuvent infliger aux populations: leur emploi, je le rappelle encore une fois, entraîne des souffrances qui ne peuvent être circonscrites ni dans l'espace, ni dans le temps, et se prolongent pendant plusieurs générations.

192. Depuis des années, je m'attache à mettre en évidence, parmi les éléments doctrinaux et jurisprudentiels qui contribuent à la formation du *jus cogens*, ceux qui sont le signe de l'émergence d'un nouveau *corpus juris gentium*, le droit international pour l'humanité. J'ai défendu l'idée que le *jus cogens*, par définition, débordé les limites du droit conventionnel, englobant le droit de la responsabilité internationale de l'Etat, ainsi que le

<sup>219</sup> CR 1995/35, p. 28 (exposé du Zimbabwe).



*corpus juris* du droit international contemporain, et, en définitive, tous les actes juridiques<sup>220</sup>.

193. Lors d'une série de conférences que j'ai données voici près de dix ans à Rio de Janeiro dans le cadre d'un cours de droit international placé sous les auspices de l'OEA, il m'a paru utile de dire ce qui suit :

«Je vois dans l'intégration au droit international contemporain, nouveau *jus gentium* de notre temps, du concept de *jus cogens* et de celui qui en découle, d'obligations (et de droits) *erga omnes* le signe d'une ouverture nécessaire et rassurante du droit international, depuis quelques dizaines d'années, à certaines valeurs supérieures et fondamentales. L'évolution importante que constituent la reconnaissance et l'affirmation de normes de *jus cogens* et d'obligations *erga omnes* de protéger doit être encouragée, et il faut en tirer toutes les conséquences pratiques, pour le bien de l'humanité tout entière. L'idéal universaliste des pères fondateurs du *droit des gens* retrouvera ainsi la place éminente qu'il mérite. Des innovations conceptuelles de ce genre s'imposent à nous aujourd'hui, et l'évolution future du droit international dépendra largement de la suite qui leur sera donnée.

Selon moi, cette évolution procède non pas de l'inscrutable «volonté» des Etats, mais de la conscience humaine. Le développement du droit international général, ou coutumier, dépend non pas tant de la pratique des Etats (qui n'est pas dénuée d'ambiguïtés et de contradictions) que de l'*opinio juris communis* des sujets de droit international (les Etats, les organisations internationales, les individus et l'humanité tout entière). La conscience prime la volonté...

La nécessaire humanisation du droit international qui est en train de se produire est une réaction à la situation que je viens d'évoquer. Elle tient compte de la dimension universelle et de l'unité du genre humain qui, voici quatre siècles et demi, ont inspiré la formation du *droit des gens*. L'humanisation du droit international, en ce qu'elle réhabilite l'idéal universaliste qui a fondé la doctrine la plus lucide du droit international, contribue à la formation du nouveau *jus gentium* du XXI<sup>e</sup> siècle, inspiré par les principes généraux de droit. Cette tendance est confortée par les avancées conceptuelles qu'elle permet, notamment, en premier lieu, la reconnaissance des principes de *jus cogens* et des obligations *erga omnes* de protéger qui en découlent et, en second lieu, la formation d'autres concepts qui dénotent de même une vision universaliste du droit des nations

.....

L'émergence et la consolidation du *jus cogens* en droit international répondent à la nécessité d'impartir un minimum de verticalité à l'ordre juridique international, en tant qu'il repose sur des bases où

<sup>220</sup> A. A. Cançado Trindade, *International Law for Humankind — Towards a New Jus Gentium*, *op. cit.* *supra* note 132, chap. XII, p. 291-326.

les considérations juridiques et éthiques se rejoignent. L'évolution du concept de *jus cogens* fait que, aujourd'hui, il est reconnu non seulement en droit des traités et en droit de la responsabilité internationale de l'Etat, mais également en droit international général, et fait partie des fondements mêmes de l'ordre juridique international.»<sup>221</sup>

5. *Les failles du positivisme juridique : réfutation du pseudo-principe du Lotus*

194. J'en viens maintenant à un point qui intéresse l'humanité tout entière, à savoir que, aujourd'hui, il n'est plus possible d'appréhender convenablement la question des armes nucléaires en l'abordant selon la conception strictement interétatique du droit international, maintenant complètement dépassée. Après tout, point d'humanité, point d'Etat; on ne saurait se préoccuper exclusivement des Etats en faisant comme si l'humanité n'existait pas. Dans son avis consultatif de 1996, la Cour a pris note des traités interdisant entre autres les armes biologiques et les armes chimiques<sup>222</sup>, et les armes qui produisent des effets traumatiques excessifs ou frappant sans discrimination (*C.I.J. Recueil 1996 (I)*, p. 256, par. 76)<sup>223</sup>.

195. Le fait que, aujourd'hui encore, il n'existe pas de traité général semblable interdisant spécifiquement l'emploi d'armes nucléaires ne signifie nullement que le recours à ces armes soit autorisé (dans certaines circonstances ou même en situation de légitime défense)<sup>224</sup>. De mon point de vue, lorsqu'il s'agit d'une question qui met en jeu la survie même de l'humanité, on ne saurait prétendre que ce qui n'est pas expressément interdit est automatiquement autorisé (position classique des positivistes). Adopter pareille position ne serait qu'un retour à la tradition maintenant dépassée du *laissez-faire, laisser-passer* propre à un ordre juridique international fragmenté par l'effet du subjectivisme volontariste des Etats, lequel, comme le montre l'histoire du droit international, a invariablement favorisé les plus puissants. *Ubi societas, ibi jus...*

196. Les tenants du positivisme juridique, ainsi que les prétendus «réalistes» adeptes de la *Realpolitik*, ont toujours été plus sensibles au jeu des pouvoirs en place qu'attentifs aux valeurs fondamentales. La dimension temporelle leur échappe et ils sont incapables de se placer dans une pers-

<sup>221</sup> A. A. Cançado Trindade, «*Jus Cogens: The Determination and the Gradual Expansion of Its Material Content in Contemporary International Case Law*», *XXXV Curso de Derecho Internacional Organizado por el Comité Jurídico Interamericano — 2008*, Washington, D.C., Secrétariat général de l'OEA, 2009, p. 3-29.

<sup>222</sup> Le protocole de Genève de 1925, ainsi que les conventions de 1972 et 1993 interdisant, respectivement, les armes biologiques et les armes chimiques.

<sup>223</sup> Convention de 1980 sur l'interdiction ou la limitation de l'emploi de certaines armes classiques qui peuvent être considérées comme produisant des effets traumatiques excessifs ou comme frappant sans discrimination.

<sup>224</sup> La conception privatiste issue du droit romain, insistant sur l'autonomie de la volonté des sujets de droit, a eu une influence néfaste sur la formation du droit international classique; en effet, en droit public, la conscience doit primer la «volonté», et cela vaut aussi pour la détermination de la compétence d'une juridiction.

pective universaliste. Ils ont une vision statique de l'espace comme du temps. Aujourd'hui, au milieu de la deuxième décennie du XXI<sup>e</sup> siècle, alors que l'ordre international évolue dans le sens de l'affirmation de valeurs communes supérieures et de la prise en compte des exigences d'un *ordre public international* reposant sur des considérations fondamentales d'humanité, il est temps de renverser cette fausse logique et de proclamer que *ce qui n'est pas autorisé est interdit*<sup>225</sup>.

197. Même à l'époque de l'affaire du *Lotus* (1927), la conclusion de la CPJI selon laquelle, en droit international, ce qui n'était pas expressément interdit était *ipso facto* autorisé a été sévèrement critiquée non seulement dans une éloquente opinion dissidente jointe à l'arrêt<sup>226</sup>, mais aussi par d'éminents juristes d'alors<sup>227</sup>. Pareille position ne pouvait séduire qu'à une époque de «sécurité politique» mondiale, bien différente de notre ère nucléaire, caractérisée par la menace récurrente de l'emploi d'armes nucléaires et autres armes de destruction massive, la vulnérabilité croissante des Etats et de la population mondiale, et des relations internationales de plus en plus complexes. De nos jours, devant des menaces aussi terrifiantes, il faut, je le répète, renverser la logique retenue en l'affaire du *Lotus*, et poser que tout ce qui n'est pas expressément autorisé ne peut qu'être interdit<sup>228</sup>. Le droit international contemporain interdit toutes les armes de destruction massive, y compris les armes nucléaires.

198. L'affaire *Shimoda et consorts* (tribunal de district de Tokyo, décision du 7 décembre 1963), qui s'est conclue par le rejet des demandes en réparation de cinq victimes des bombardements atomiques d'Hiroshima et de Nagasaki, illustre tristement la véracité de la maxime *summum jus, summa injuria*, lorsqu'un tribunal fonde son raisonnement sur la soumission prétendument absolue de la personne humaine à un ordre juridique international dégénéré bâti exclusivement en fonction des exigences des rapports interétatiques. Je me permets de rappeler ici ce que j'ai écrit en 1981 au sujet de cette affaire

«Dans cette affaire, toute l'argumentation illustre les insuffisances d'un ordre juridique international conçu et érigé sur la base d'un système exclusivement interétatique, qui réduit les êtres humains à l'im-

<sup>225</sup> A. A. Cançado Trindade, *O Direito Internacional em um Mundo em Transformação*, Rio de Janeiro, Ed. Renovar, 2002, p. 1099.

<sup>226</sup> Voir affaire du *Lotus* (*France c. Turquie*), arrêt n° 9, 1927, C.P.J.I., série A n° 10, opinion dissidente du juge Loder, p. 34; selon le juge Loder, la conception retenue par la CPJI était contraire à l'«esprit du droit international».

<sup>227</sup> Voir J. L. Brierly, *The Basis of Obligation in International Law and Other Papers*, Oxford, Clarendon Press, 1958, p. 144; H. Lauterpacht, *The Function of Law in the International Community*, Oxford, Clarendon Press, 1933, p. 409-412 et 94-96. Voir également les critiques publiées plus tard, notamment G. Herczegh, «Sociology of International Relations and International Law», *Questions of International Law* (G. Haraszti, dir. publ.), Budapest, Progresprint, 1971, p. 69-71 et 77.

<sup>228</sup> A. A. Cançado Trindade, *O Direito Internacional em um Mundo em Transformação*, op. cit. supra note 225, p. 1099.

puissance lorsqu'ils ne peuvent pas se prévaloir de dispositions conventionnelles leur donnant qualité pour ester au niveau international. Dans une affaire qui pourtant concernait une question se rapportant directement aux droits fondamentaux de la personne humaine, le tribunal a suivi le raisonnement classique imposé par l'appareil conceptuel de ce qu'il est convenu d'appeler le droit de la protection diplomatique, ce qui montre une fois de plus que la vieille fiction de Vattel hante toujours les juridictions appelées à se prononcer sur des questions de droit international.»<sup>229</sup>

199. Il existe aujourd'hui une *opinio juris communis* sur l'illicéité de toutes les armes de destruction massive, y compris les armes nucléaires, ainsi que sur l'existence d'une obligation de droit international de procéder au désarmement nucléaire. Il n'y a aucune «lacune» du droit international en ce qui concerne les armes nucléaires : étant donné qu'elles frappent sans discrimination et infligent durablement des souffrances inimaginables, elles sont tout aussi illicites que les autres armes de destruction massive (armes biologiques et armes chimiques). Les thèses positivistes qui contestaient l'existence de cette interdiction en droit international général sont depuis longtemps dépassées. La question ne peut pas non plus être considérée dans une optique strictement interétatique, ne tenant pas compte de la qualité de sujets de droit international reconnue aux peuples et aux individus.

200. En droit international contemporain, toutes les armes de destruction massive sont illicites. La menace ou l'emploi de ces armes est condamné en toutes circonstances par la conscience juridique universelle qui, selon moi, constitue la véritable source première du droit international, comme d'ailleurs de toutes les normes juridiques. C'est là une idée qui fait partie de la conception de la formation du droit international que je défends depuis de nombreuses années ; elle transcende les limites du positivisme juridique et tend vers l'adéquation du droit international aux besoins et aspirations de la communauté internationale tout entière et, en dernière analyse, de l'humanité dans son ensemble.

#### XIV. L'INVOCATION DE LA «CLAUSE DE MARTENS» COMME EXPRESSION DE LA RAISON D'HUMANITÉ

201. Quand bien même le droit des nations comporterait une «lacune» quant aux armes nucléaires, ce qui n'est pas le cas, il serait possible de la combler en invoquant les principes généraux de droit. Dans son avis consultatif de 1996, la Cour a choisi de concentrer son attention sur l'exercice par

<sup>229</sup> A. A. Cançado Trindade, «The Voluntarist Conception of International Law: A Re-Assessment», *Revue de droit international, de sciences diplomatiques et politiques*, Genève, vol. 59, 1981, p. 214 ; voir également p. 212-213. Au sujet de la nécessité d'adopter une perspective universaliste, voir aussi K. Tanaka, «The Character of World Law in the International Court of Justice» [traduit du japonais par S. Murase], *Japanese Annual of International Law*, vol. 15, 1971, p. 1-22.

un Etat hypothétique de son droit de légitime défense, au lieu de raisonner en ayant à l'esprit la clause de Martens, qui a précisément été conçue pour permettre de suppléer aux lacunes<sup>230</sup> en se fondant sur les principes du droit des nations, les «lois de l'humanité» et les «exigences de la conscience publique» (pour reprendre le langage prémonitoire de Fyodor Fyodorovich von Martens<sup>231</sup>, adopté lors de la conférence de la paix de La Haye de 1899).

202. De 1899 à nos jours, l'invocation répétée de la clause de Martens a confirmé sa validité en tant qu'expression des exigences de la conscience humaine. L'invocation de cette clause qui remonte à plus de cent ans tend à étendre la protection juridique des êtres humains à toutes les situations, même celles qui n'entrent pas dans le champ d'application des règles conventionnelles. Sa réaffirmation dans les instruments internationaux adoptés au fil des ans montre non seulement que le droit international conventionnel et le droit international coutumier jouent des rôles complémentaires dans la protection des êtres humains, mais aussi qu'elle est l'émanation de la conscience juridique universelle, source première du droit des nations en ce qu'elle est l'expression de la *raison d'humanité* et impose des limites à la *raison d'Etat*<sup>232</sup>.

203. Il est indéniable que les armes nucléaires, de par leur nature même, frappent sans discrimination, sont incontrôlables, causent des dommages considérables qui ne peuvent être circonscrits ni dans l'espace, ni dans le temps, et sont interdites par le droit international humanitaire (articles 35, 48 et 51 du protocole additionnel I de 1977 aux conventions de Genève de 1949 relatives au droit international humanitaire) et que, en tant qu'armes de destruction massive, elles ont un caractère inhumain<sup>233</sup>. Adoptées au début de l'ère nucléaire, les quatre conventions de Genève de 1949 ont défini les *infractions graves* du droit international (article 50 de la convention I, article 51 de la convention II, article 130 de la convention III et article 147 de la convention IV). Les victimes de ces *infractions graves*, si celles-ci résultaient de l'emploi d'armes nucléaires, seraient non seulement les Etats, mais aussi tous les autres sujets de droit international, à savoir les individus, les groupes d'individus, les peuples et l'humanité tout entière.

<sup>230</sup> J. Salmon, «Le problème des lacunes à la lumière de l'avis «Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires» rendu le 8 juillet 1996 par la Cour internationale de Justice», *Mélanges en l'honneur de N. Valticos — Droit et justice* (ouvrage collectif publié sous la dir. de R.-J. Dupuy), Paris, Pedone, 1999, p. 197-214, particulièrement les pages 208-209; R. Ticehurst, «The Martens Clause and the Laws of Armed Conflict», *International Review of the Red Cross*, vol. 317, 1997, p. 125-134, particulièrement les pages 133-134; A. Azar, *Les opinions des juges dans l'avis consultatif sur la licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 61.

<sup>231</sup> Cette clause avait initialement été conçue pour étendre la protection juridique des civils et des combattants à toutes les situations, y compris celles n'entrant pas dans le champ d'application des règles conventionnelles.

<sup>232</sup> A. A. Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, vol. II, Porto Alegre/Brésil, S.A. Fabris Ed., 1999, p. 497-509.

<sup>233</sup> Voir *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949* (ouvrage collectif publié sous la dir. de Y. Sandoz, C. Swinarski et B. Zimmermann), Genève, CICR/Nijhoff, 1987, p. 389-420 et 597-600.

204. L'absence de règle conventionnelle interdisant expressément l'emploi d'armes nucléaires en toutes circonstances ne signifie nullement qu'il soit autorisé dans telle ou telle situation particulière. Lors de la procédure orale qui, vers la fin de 1995, a précédé le prononcé par la Cour de son avis consultatif de 1996 sur la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, certains des Etats qui se sont exprimés ont appelé l'attention sur la pertinence de la clause de Martens dans le domaine considéré<sup>234</sup>. Il a été souligné que l'argument selon lequel les instruments internationaux n'interdisaient pas expressément et spécifiquement l'emploi d'armes nucléaires semblait faire abstraction de la clause de Martens<sup>235</sup>.

205. Pour réfuter cet argument — illustration parfaite de la vaine recherche de règles expresses qui caractérise le positivisme juridique —, il a été observé aussi que les «lois de l'humanité» et les «exigences de la conscience publique» invoquées dans la clause de Martens valaient non seulement pour le droit des conflits armés, mais aussi pour «le droit international dans son ensemble»; ces lois et ces exigences ont un caractère essentiellement dynamique en ce qu'elles évoluent à mesure qu'apparaissent des comportements jugés inhumains par la communauté internationale<sup>236</sup>, tels que la menace ou l'emploi d'armes nucléaires. Il a été déclaré aussi que, à la lumière de la clause de Martens, «la menace ou l'emploi d'armes nucléaires [était] contraire au droit international coutumier aussi bien qu'aux exigences de la conscience publique»<sup>237</sup>.

206. La clause de Martens sauvegarde l'intégrité du droit (menacée si une juridiction choisit indûment l'échappatoire d'un *non liquet*) en permettant d'invoquer les principes du droit des nations, les «lois de l'humanité» et les «exigences de la conscience publique». L'absence de règles conventionnelles n'est donc pas déterminante, et on ne saurait s'y arrêter en faisant abstraction du droit international coutumier. L'absence de règles conventionnelles les interdisant expressément ne signifie aucunement que les armes nucléaires soient licites ou légitimes<sup>238</sup>. De nos jours, l'évolution du droit international<sup>239</sup> tend selon moi vers l'édification d'un

<sup>234</sup> Voir CR 1995/31, p. 45-46 (exposé du Samoa); CR 1995/25, p. 55 (exposé du Mexique); CR 1995/27, p. 60 (exposé de la Malaisie).

<sup>235</sup> Voir CR 1995/26, p. 32 (exposé de l'Iran).

<sup>236</sup> CR 1995/22, p. 39 (exposé de l'Australie).

<sup>237</sup> CR 1995/35, p. 33 (exposé du Zimbabwe).

<sup>238</sup> Stefan Glaser, *L'arme nucléaire à la lumière du droit international*, Paris, Pedone, 1964, p. 15, 21, 24-27, 32, 36-37, 41, 43-44 et 62-63; voir également les pages 18 et 53.

<sup>239</sup> Si, à d'autres époques, la Cour s'était de même bornée à constater une «incertitude juridique» (laquelle n'existe d'ailleurs pas dans le contexte de l'affaire considérée ici), elle n'aurait très probablement pas émis ses célèbres avis consultatifs sur la *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies* (1949), les *Réserves à la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide* (1951) et les *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* (1971), qui ont beaucoup contribué à l'évolution du droit.

«droit international pour l'humanité»<sup>240</sup> faisant de l'interdiction de toutes les armes de destruction massive une règle de droit international général.

207. Si, dans l'élaboration de son avis consultatif de 1996, la Cour avait vraiment voulu recourir à la clause de Martens après en avoir examiné en profondeur les ressources, elle ne se serait pas lancée dans une entreprise stérile, empreinte d'un positivisme éculé, consistant à chercher vainement des règles conventionnelles, recherche au terme de laquelle elle a constaté à regret que, selon son analyse, il n'en existait pas qui vise spécifiquement les armes nucléaires. L'existence des arsenaux actuels d'armes nucléaires et autres armes de destruction massive doit être qualifiée de ce qu'elle est véritablement : un défi patent et la suprême insulte à la raison humaine, et un affront à la conscience juridique de l'humanité.

208. Cette évolution du droit international, dont la clause de Martens est une importante manifestation, lui a progressivement conféré une dimension universelle plutôt que simplement internationale, procédant des valeurs fondamentales et de la recherche d'une *justice objective*<sup>241</sup>, thème récurrent de la pensée jusnaturaliste. Comme je l'ai déjà dit, la conscience humaine prime la «volonté» des Etats pris individuellement. A mon avis, cette évolution a notablement contribué à la formation au cours des dernières décennies d'une *opinio juris communis* condamnant les armes nucléaires.

209. Il est manifeste que cette *opinio juris communis* est maintenant bien établie : l'écrasante majorité des Etats Membres de l'ONU que sont les Etats non dotés d'armes nucléaires soutiennent depuis des années les résolutions par lesquelles l'Assemblée générale des Nations Unies a réaffirmé qu'elle condamnait l'emploi d'armes nucléaires comme étant illicites en droit international général. A quoi on peut ajouter d'autres manifestations de changement dont je traite plus loin (voir sect. XVII-XIX), dont les travaux des conférences d'examen du TNP, la création dans certaines régions de zones exemptes d'armes nucléaires et l'organisation de conférences sur l'impact humanitaire des armes nucléaires.

#### XV. LE DÉSARMEMENT NUCLÉAIRE, LE JUSNATURALISME, LA CONCEPTION HUMANISTE ET L'UNIVERSALITÉ DU DROIT INTERNATIONAL

210. L'existence des armes nucléaires — entretenue par la doctrine remontant à la guerre froide de la «dissuasion», qui est fondée sur la

<sup>240</sup> Voir A. A. Cançado Trindade, *International Law for Humankind — Towards a New Jus Gentium*, *op. cit. supra* note 132, p. 1-726.

<sup>241</sup> A. A. Cançado Trindade, *Los Tribunales Internacionales Contemporáneos y la Humanización del Derecho Internacional*, Buenos Aires, Ed. Ad-Hoc, 2013, p. 166-167; voir également C. Husson-Rochcongar, *Droit international des droits de l'homme et valeurs — Le recours aux valeurs dans la jurisprudence des organes spécialisés*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 309-311, 451-452, 578-580, 744-745 et 771-772.

menace d'une « destruction mutuelle assurée » — est au cœur de la tragédie mondiale de l'ère nucléaire. Chacun, partout dans le monde, est hanté par la menace de mort que fait peser la folie autodestructrice des êtres humains. Ceux-ci, aujourd'hui plus que jamais, ont besoin d'être protégés d'eux-mêmes<sup>242</sup>, triste constatation qui nous amène à étendre notre réflexion à d'autres domaines de la connaissance humaine que le droit. Le droit, en effet, ne saurait à lui seul apporter les réponses qu'appelle ce défi planétaire.

211. La manière dont est traitée actuellement la question du désarmement nucléaire sous l'angle juridique fait apparaître les insuffisances et les anomalies inexplicables, voire les absurdités, que comporte l'univers conceptuel du droit international. Par exemple, s'il y a lieu de se féliciter de l'existence de conventions (adoptées en 1972 et 1993) interdisant les armes biologiques et les armes chimiques, il n'en existe toujours pas qui interdise les armes nucléaires, alors qu'elles ont un pouvoir destructeur bien supérieur. Cette interdiction se fait toujours attendre alors que les armes nucléaires sont manifestement contraires au droit international, au droit international humanitaire, au droit international des droits de l'homme et au droit des Nations Unies.

212. Pareille situation a-t-elle un sens? L'éthique est-elle étrangère au droit international? La réponse à ces deux questions est pour moi un « non » catégorique. De même que droit et éthique vont de pair (selon la pensée jusnaturaliste), la science ne saurait être dissociée de l'éthique. Or, la fabrication d'armes nucléaires illustre le divorce entre le progrès scientifique et technique et les valeurs de l'éthique. S'il n'en allait pas ainsi, jamais n'aurait été inventées des armes capables d'anéantir des millions de civils innocents, voire l'humanité tout entière.

213. Les principes de la *recta ratio* qui guident la *lex praeceptiva* émanent de la conscience humaine, affirmant le rapport obligé entre droit et éthique. Les débats sur les armes nucléaires doivent être guidés par des considérations morales. Les armes nucléaires, capables d'anéantir l'humanité, portent en elles le mal. Elles ne peuvent être employées qu'au mépris du sort des civils et des principes de nécessité, de distinction entre objectifs civils et militaires et de proportionnalité. Ces armes font fi du principe d'humanité et du droit fondamental à la vie. Elles sont irrévocablement illicites et illégitimes, rejetées par la *recta ratio* dont a procédé l'évolution d'un *jus gentium* à vocation universelle reposant sur des valeurs morales.

214. Par exemple, dès 1984, le Comité des droits de l'homme (créé en application du Pacte relatif aux droits civils et politiques), dans son obser-

<sup>242</sup> Alors que j'étais membre de la Cour interaméricaine des droits de l'homme, j'ai consacré une partie de mon opinion dissidente sur l'arrêt rendu par cette Cour le 1<sup>er</sup> juillet 2006 en l'affaire des *Massacres d'Ituango c. Colombie*, portée devant elle par la commission interaméricaine des droits de l'homme contre la Colombie, à l'exposé de mes réflexions sur « les différentes manifestations de la cruauté humaine dans l'exécution de la politique de l'Etat » (sect. II, par. 9-13).



vation générale n° 14 sur le droit à la vie, constatait d'abord que la guerre et la violence collective continuaient d'être «un fléau pour l'humanité» privant de leur vie des milliers d'êtres humains innocents chaque année (par. 2). Il notait que, pendant plusieurs sessions de l'Assemblée générale des Nations Unies, des représentants de pays de toutes les régions du monde avaient exprimé leur inquiétude croissante devant la mise au point et la prolifération d'«armes de destruction massive de plus en plus terrifiantes» (par. 3). Après avoir dit qu'il partageait cette inquiétude, le Comité poursuivait en ces termes :

«Il est évident que la conception, la mise à l'essai, la fabrication, la possession et le déploiement d'armes nucléaires constituent l'une des plus graves menaces contre le droit à la vie qui pèsent aujourd'hui sur l'humanité. Cette menace est aggravée par le risque d'une utilisation effective de ces armes non seulement en cas de guerre, mais également par suite d'une erreur ou d'une défaillance humaine ou mécanique.

Qui plus est, l'existence même et la gravité de cette menace engendrent un climat de suspicion et de crainte entre les Etats qui, en soi, s'oppose à la promotion du respect universel et effectif des droits de l'homme et des libertés fondamentales, conformément à la Charte des Nations Unies et aux pactes internationaux relatifs aux droits de l'homme.

La fabrication, la mise à l'essai, la possession, le déploiement et l'utilisation d'armes nucléaires devraient être interdits et qualifiés de crimes contre l'humanité.

En conséquence, dans l'intérêt de l'humanité, le comité adresse un appel à tous les Etats ... afin qu'ils prennent des mesures d'urgence ... pour délivrer le monde de cette menace.» (Par. 4-7.)<sup>243</sup>

215. Il est incompréhensible que, aujourd'hui encore, le droit international conventionnel ne comporte aucun instrument imposant l'interdiction totale des armes nucléaires. Contrairement à ce que pensent les tenants du positivisme juridique, le droit n'est pas une discipline autonome et a besoin des apports d'autres branches de la connaissance humaine pour faire de la justice une réalité. Règles et valeurs vont de pair, et les premières ne sauraient faire abstraction des secondes. Je me permets d'ajouter que, à la différence du positivisme juridique, le jusnaturalisme,

<sup>243</sup> Nations Unies, *Récapitulation des observations générales ou recommandations générales adoptées par les organes créés en vertu d'instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme*, observation générale n° 14 du Comité des droits de l'homme, 1984, doc. HRI/GEN/1/Rev.3, 15 août 1997, p. 21. Soulignant que le droit à la vie est un droit fondamental qui ne peut souffrir aucune dérogation, même en cas de danger public exceptionnel, le Comité des droits de l'homme a invoqué également, à propos de la prolifération des armes de destruction massive, «le devoir suprême de prévenir les guerres». Voir également *Rapport du comité des droits de l'homme, Assemblée générale, documents officiels, quarantième session, 1985, supplément n° 40 (A/40/40)*, p. 175.

en ce qu'il prend en considération les valeurs morales, tend à l'universalisme et considère que l'humanité a le droit d'être protégée<sup>244</sup>.

216. Dans l'optique du nouveau *jus gentium*, l'humanité est un sujet de droit<sup>245</sup>. Cette réalité ne pouvant pas être perçue si on considère exclusivement les Etats, le droit international contemporain en est venu à adopter une conception qui embrasse, par-delà les Etats, l'humanité tout entière. Les jusnaturalistes ont toujours porté attention à la justice, qui implique le dépassement du droit positif. C'est devant la Cour internationale de Justice, et non une cour internationale de droit positif, qu'a été portée l'affaire dont je traite ici, qui portait sur des *Obligations relatives à des négociations concernant la cessation de la course aux armes nucléaires et le désarmement nucléaire*. La tragédie actuelle des armes nucléaires ne saurait être abordée uniquement sous l'angle beaucoup trop étroit du positivisme juridique.

217. Les armes nucléaires et les autres armes de destruction massive ont été introduites au mépris de toute morale et de toutes les règles de droit des nations (droit des gens); l'existence de ces armes est une violation flagrante des principes fondamentaux de droit international, du droit international humanitaire, du droit international des droits de l'homme et du droit des Nations Unies. Ces armes sont la manifestation contemporaine du mal, dont la Genèse annonçait le perpétuel retour (voir plus haut, sect. VIII). Les jusnaturalistes, toujours attentifs aux considérations éthiques, ont répertorié et dénoncé les effets pernicieux de la doctrine de la «dissuasion», dont le principe consiste à inspirer et exploiter la terreur<sup>246</sup> (voir plus haut, sect. XII). La victime de tout cela, c'est l'humanité.

<sup>244</sup> A. A. Cançado Trindade, *International Law for Humankind — Towards a New Jus Gentium*, op. cit. supra note 132, p. 1-726. La notion de *recta ratio* et l'universalisme, qui inspirent la conception jusnaturaliste des «pères fondateurs» du droit international (F. de Vitoria, F. Suárez, H. Grotius, notamment), remontent à l'Antiquité et à l'origine même du *jus gentium*: c'est à Cicéron que l'on doit la définition de la *recta ratio*, et à saint Thomas d'Aquin l'idée que la *syndérèse*, partie la plus élevée de l'âme, porte la raison humaine à suivre des principes dans la recherche du bien commun; *ibid.*, p. 10-14.

<sup>245</sup> *Ibid.*, chap. XI, p. 275-288; A. A. Cançado Trindade, «Quelques réflexions sur l'humanité comme sujet du droit international», *Unité et diversité du droit international — Ecrits en l'honneur du professeur Pierre-Marie Dupuy* (ouvrage collectif publié sous la dir. de D. Alland, V. Chetail, O. de Frouville et J. E. Viñuales), Leyde, Nijhoff, 2014, p. 157-173.

<sup>246</sup> Voir à ce sujet C. A. J. Coady, «Natural Law and Weapons of Mass Destruction», *Ethics and Weapons of Mass Destruction — Religious and Secular Perspectives* (ouvrage collectif publié sous la dir. de S. H. Hashmi et S. P. Lee), Cambridge University Press, 2004, p. 122; voir également p. 113; voir aussi J. Finnis, J. M. Boyle Jr. et G. Grisez, *Nuclear Deterrence, Morality and Realism*, Oxford, Clarendon Press, 1987, p. 77-103, 207-237, 275-319 et 367-390. Les experts contemporains en sont enfin venus à critiquer très vivement la «stratégie viciée» de la «dissuasion»: voir, par exemple, *At the Nuclear Precipice — Catastrophe or Transformation?* (ouvrage collectif publié sous la dir. de R. Falk et D. Krieger), Londres, Palgrave/MacMillan, 2008, p. 162, 209, 218 et 229; A. C. Alves Pereira, *Os Impérios Nucleares e Seus Refêns: Relações Internacionais Contemporâneas*, Rio de Janeiro, Ed. Graal, 1984, p. 87-88; voir également p. 154, 209 et 217.

218. De fait, l'humanité est depuis longtemps la *victime potentielle* de l'emploi d'armes nucléaires. Il ne faut pas attendre que l'extinction de toute vie sur terre vienne le confirmer. Depuis des dizaines d'années, l'existence même des arsenaux nucléaires cause à l'humanité un dommage psychologique. Et certains peuples et certaines populations ont déjà été *effectivement victimes* des vastes effets délétères des essais nucléaires. La jurisprudence des tribunaux qui ont eu à connaître d'affaires portant sur le respect du droit international des droits de l'homme montre que l'existence de *victimes potentielles* aussi bien que de *victimes actuelles* est maintenant reconnue<sup>247</sup>. Vouloir dissiper ce danger en s'en tenant à une perspective strictement interétatique procède d'un aveuglement à la vraie question. Les Etats se sont créés et existent pour les êtres humains, et on ne saurait prétendre l'inverse.

219. Le TNP a une vocation universelle et fait fond sur la coopération de tous les Etats, comme il ressort des trois grands principes sur lesquels il repose. Dès son adoption en 1968, le traité a été considéré comme ayant été conçu et conclu pour donner effet à ces trois principes fondamentaux : la non-prolifération des armes nucléaires (préambule et art. I-III), l'utilisation pacifique de l'énergie nucléaire (préambule et art. IV-V) et le désarmement nucléaire (préambule et art. VI)<sup>248</sup>. Les antécédents du TNP remontent aux travaux entrepris par l'Assemblée générale des Nations Unies en 1953<sup>249</sup>. Les trois principes fondamentaux du TNP ont d'abord été vus comme l'expression d'un « compromis historique » entre les Etats parties dotés de l'arme nucléaire et ceux qui ne la possédaient pas. Cependant, peu après l'adoption du traité, une divergence persistante s'est manifestée entre les Etats parties dotés d'armes nucléaires et les autres, dont certains considéraient que le « compromis historique » était en fait « asymétrique »<sup>250</sup> ; les Etats parties non dotés d'armes nucléaires ont commencé à se plaindre de l'extrême lenteur des travaux censés conduire au désarmement nucléaire qui, je le rappelle, constitue l'un des trois grands principes du TNP (art. VI)<sup>251</sup>.

<sup>247</sup> Pour une étude déjà ancienne de cette question, voir A. A. Cançado Trindade, « Coexistence and Coordination of Mechanisms of International Protection of Human Rights (At Global and Regional Levels) », *RCADI*, vol. 202, 1987, chap. XI, p. 271-283. Au sujet du développement plus récent de la notion de *victime potentielle*, voir A. A. Cançado Trindade, *The Access of Individuals to International Justice*, Oxford University Press, 2012 (réimpr.), chap. VII, p. 125-131.

<sup>248</sup> Les articles VIII-XI sont d'ordre procédural.

<sup>249</sup> Il y a lieu de mentionner en particulier le discours prononcé en 1953 devant l'Assemblée générale par le président Eisenhower, qui a présenté un plan intitulé « L'atome pour la paix » ; voir, entre autres, I. Chernus, *Eisenhower's Atoms for Peace*, Austin, Texas A&M University Press, 2002, p. 3-154.

<sup>250</sup> J. Burroughs, *The Legal Framework for Non-Use and Elimination of Nuclear Weapons*, New York, Greenpeace International, 2006, p. 13.

<sup>251</sup> H. Williams, P. Lewis et S. Aghlani, *The Humanitarian Impacts of Nuclear Weapons Initiative: The "Big Tent" in Disarmament*, Londres, Chatam House, 2015, p. 7 ; D. H. Joyner, « The Legal Meaning and Implications of Article VI of the Non-Proliferation Treaty », *Nuclear Weapons and International Law* (ouvrage collectif publié sous la dir. de G. Nystuen, S. Casey-Maslen et A. G. Bersagel), Cambridge University Press, 2014, p. 397, 404 et 417, voir également p. 398-399 et 408 ; voir aussi D. H. Joyner, *Interpreting the Nuclear Non-Proliferation Treaty*, Oxford University Press, 2013 (réimpr.), p. 2, 104 et 126 ; voir également p. 20, 26-29, 31, 97 et 124.

220. Pour que le TNP fonctionne et ne devienne pas lettre morte, il faut que chaque Etat remplisse ses obligations, et cela vaut pour les Etats dotés d'armes nucléaires. Atteindre les trois objectifs interdépendants du traité (non-prolifération des armes nucléaires, utilisation pacifique de l'énergie nucléaire et désarmement nucléaire) constitue pour chaque Etat un devoir envers l'humanité. A l'ère nucléaire, il s'agit là d'un devoir universel dicté par le droit international tant conventionnel que coutumier. Il existe une *opinio juris communis* à cet effet, qui s'est formée progressivement au cours des dernières décennies et a trouvé son expression dans la création, sur plusieurs continents, de zones exemptes d'armes nucléaires et, tout récemment, dans une série de conférences sur l'impact humanitaire des armes nucléaires (voir plus loin, sect. XVIII et XIX).

XVI. LE PRINCIPE D'HUMANITÉ ET LA CONCEPTION UNIVERSALISTE  
DU DROIT: LE *JUS NECESSARIUM* TRANSCENDE LES LIMITES  
DU *JUS VOLUNTARIUM*

221. A mon avis, il n'y a aucune raison de s'accrocher à une conception interétatique dépassée et réductrice du droit international, d'autant qu'on assiste actuellement au renouveau d'une conception du droit des nations (droit des gens) englobant l'humanité tout entière, inspirée du modèle proposé par les «pères fondateurs» du droit international<sup>252</sup> (aux XVI<sup>e</sup> et XVII<sup>e</sup> siècles). Lorsqu'une affaire concerne non seulement les parties elles-mêmes, mais tous les Etats, tous les peuples et l'humanité entière, il est insensé de s'en tenir à une conception interétatique réductrice du règlement judiciaire des différends internationaux.

222. Le règlement des différends ne saurait se ramener à un processus artificiel, voire fossilisé, axé strictement sur les rapports entre Etats et supposé impliquer ou nécessiter que soit adopté un mode de raisonnement lui aussi inadéquat en ce qu'il écarte arbitrairement tout ce qui déborde la perspective étroitement interétatique. Le droit des nations ne peut pas être interprété et appliqué mécaniquement selon un paradigme exclusivement interétatique. D'abord, on ne saurait faire abstraction des fins d'humanité de l'existence des Etats. Lorsqu'il s'agit des armes nucléaires, les *victimes potentielles* sont les êtres humains et les peuples, de quelque Etat qu'ils relèvent, et il faut se souvenir que c'est pour eux que les Etats existent.

223. Comme j'ai eu l'occasion de le faire observer devant une autre juridiction internationale que cette Cour, le droit des nations (droit des gens), dès son origine au XVI<sup>e</sup> siècle, a été considéré comme ayant pour sujets non seulement les Etats (alors naissants), mais aussi les peuples, les

<sup>252</sup> A. A. Cançado Trindade, *Evolution du droit international au droit des gens — L'accès des particuliers à la justice internationale: le regard d'un juge*, Paris, Pedone, 2008, p. 1-187.

êtres humains (individus et groupes d'individus) et l'humanité tout entière<sup>253</sup>. La conception strictement étatique, qui est apparue beaucoup plus tard, sous l'influence du réductionnisme de Vattel (au milieu du XVIII<sup>e</sup> siècle), est devenue en vogue à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle et au début du XX<sup>e</sup>, avec les conséquences désastreuses que l'on sait — une succession d'atrocités, tout au long du XX<sup>e</sup> siècle, dont ont été victimes les êtres humains et les peuples de plusieurs régions du monde<sup>254</sup>. Depuis l'avènement de l'ère nucléaire il y a soixante-dix ans, c'est l'humanité tout entière qui est menacée.

224. En tant que juge à la Cour internationale de Justice, j'ai eu également l'occasion de souligner la nécessité de dépasser la perspective inter-étatique. Par exemple, dans l'exposé de mon opinion dissidente que j'ai joint à l'arrêt du 3 février 2015 en l'affaire de l'*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Croatie c. Serbie)*, j'ai fait observer notamment que la convention de 1948 contre le génocide était non pas centrée sur les Etats, mais orientée vers des groupes de personnes, vers les victimes qu'elle a pour objet de protéger (*C.I.J. Recueil 2015 (I)*, p. 226 et 376, par. 59 et 529). La conception humaniste de l'ordre juridique internationale se veut axée sur les peuples, et tient compte des fins d'humanité de l'existence des Etats.

225. J'ai souligné également que le *principe d'humanité* s'inscrivait dans le droit fil de la pensée jusnaturaliste (*ibid.*, p. 229, par. 69).

«Les qualités d'humanité ont pris une importance encore plus grande lorsqu'il s'est agi du traitement à accorder aux personnes *vulnérables*, ou même *sans défense*, comme celles qui sont privées de liberté pour quelque raison que ce soit. Le *jus gentium*, lorsqu'il a commencé à correspondre au droit des nations, en est venu à être considéré par ses «pères fondateurs» (F. de Vitoria, A. Gentili, F. Suárez, H. Grotius, S. Pufendorf, C. Wolff) comme régissant une communauté internationale constituée par les humains organisés socialement en Etats (qui émergeaient alors) et coïncidant avec l'humanité tout entière, devenant ainsi le droit *nécessaire* de la *societas gentium*.

Le *jus gentium* ainsi conçu était inspiré par le principe d'humanité *lato sensu*. La conscience humaine prime sur la volonté des Etats pris individuellement. La personne humaine doit être respectée dans l'intérêt du bien public. Cette conception humaniste de l'ordre juridique international s'inscrivait alors — comme elle le fait aujourd'hui — dans une *perspective axée sur la personne* et privilégiant *les fins d'humanité de l'Etat*. Le précieux legs du droit naturel, qui évoque un droit fondé sur la raison humaine juste (*recta ratio*), ne s'est jamais évanoui...» (*Ibid.*, p. 231, par. 73-74.)

<sup>253</sup> Cour interaméricaine des droits de l'homme, affaire de la *Communauté Moiwana c. Suriname* (arrêt du 15 juin 2005), opinion individuelle du juge Cançado Trindade, par. 6-7.

<sup>254</sup> *Ibid.*

Le précieux legs de la pensée jusnaturaliste demeure, malgré l'indifférence et le pragmatisme des tenants des *droits-étatistes*, qui se veulent des stratèges (si nombreux aujourd'hui dans notre profession); le *principe d'humanité* s'est affirmé et est resté présent dans la réflexion sur le droit international en tant qu'expression de la *raison d'humanité* qui impose des limites à la *raison d'Etat* (*C.I.J. Recueil 2015 (I)*, p. 231, par. 74).

226. Telle est la position qui a toujours été la mienne en tant que membre de cette Cour et, auparavant, de la Cour interaméricaine des droits de l'homme. Dans l'opinion individuelle dont j'ai joint l'exposé à l'avis consultatif rendu par la Cour le 1<sup>er</sup> février 2012 sur le *Jugement n° 2867 du Tribunal administratif de l'Organisation internationale du Travail sur requête contre le Fonds international de développement agricole*, j'ai consacré toute une section (la section XI) à ce je vois comme l'obsolescence de la conception interétatique des affaires portées devant la Cour (*C.I.J. Recueil 2012 (I)*, p. 79-81, par. 76-81). J'ai fait de même (aux paragraphes 21 et 23) dans l'exposé de mon opinion individuelle que j'ai joint à l'ordonnance du 6 février 2013 sur la requête à fin d'intervention de la Nouvelle-Zélande en l'affaire de la *Chasse à la baleine dans l'Antarctique (Australie c. Japon)* (*C.I.J. Recueil 2013*), ainsi qu'aux paragraphes 16-21 (p. 49-51) et 28-41 (p. 54-58) de l'exposé de mon opinion individuelle joint à l'arrêt sur les exceptions préliminaires du 17 mars 2016 en l'affaire des *Violations alléguées de droits souverains et d'espaces maritimes dans la mer des Caraïbes (Nicaragua c. Colombie)* (*C.I.J. Recueil 2016 (I)*).

227. Auparavant, alors que j'étais juge à la Cour interaméricaine des droits de l'homme, j'ai adopté la même position: par exemple, dans les exposés de mes opinions concordantes sur l'avis consultatif n° 16, relatif au *Droit à l'information sur l'assistance consulaire dans le cadre des garanties d'une procédure régulière* (1<sup>er</sup> octobre 1999) et l'avis consultatif n° 18 du 17 septembre 2003 (*Condition juridique et les droits des migrants sans papiers*), j'ai jugé utile, dépassant la dimension strictement interétatique, de relever que l'inobservation des dispositions de l'alinéa *b*) du paragraphe 1 de l'article 36 de la convention de Vienne sur les relations consulaires de 1963 portait préjudice non seulement à l'Etat partie concerné, mais également aux êtres humains qui en étaient victimes. J'ai ajouté que la Cour interaméricaine, faisant œuvre de pionnier par sa jurisprudence d'inspiration jusnaturaliste, attentive à l'évolution des concepts de *jus cogens* et d'obligations *erga omnes* de protéger<sup>255</sup>.

228. La *recta ratio* prime de beaucoup la «volonté» des Etats. La conscience humaine — la *recta ratio* chère aux jusnaturalistes — prime incontestablement la «volonté» et les stratégies des Etats pris individuellement. Cette primauté justifie l'adoption d'une conception universaliste du *droit des gens* (la *lex praeceptiva* pour le *totus orbis*), applicable à tous les sujets de droit (les Etats aussi bien que les peuples et les individus), qui

<sup>255</sup> Voir A. A. Cançado Trindade, *Os Tribunais Internacionais e a Realização da Justiça*, Rio de Janeiro, Edit. Renovar, 2015, p. 463-468.

insiste sur l'unité du genre humain. Le positivisme juridique, qui privilégie le pouvoir et la «volonté» de l'Etat, n'a jamais réussi à se placer dans cette perspective universaliste, pourtant essentielle et nécessaire lorsqu'il s'agit de régler des questions intéressant l'humanité tout entière, comme celle de la nécessité de procéder au désarmement nucléaire. La conscience juridique universelle, je le répète, l'emporte sur la «volonté» des Etats considérés individuellement.

229. Les «pères fondateurs» du droit des nations (dont F. de Vitoria, F. Suárez et H. Grotius) voyaient l'humanité comme un tout. Ils ont conçu un *jus gentium* universel pour le *totus orbis*, garantissant l'unité de la *societas gentium*; fondé sur une *lex praeceptiva*, le *jus gentium* procède de la *recta ratio* et constitue un véritable *jus necessarium* dépassant largement les limites du *jus voluntarium*. En dernière analyse, le droit émane de la conscience collective de ce qui est juridiquement nécessaire (*opinio juris communis necessitatis*)<sup>256</sup>. L'œuvre des «pères fondateurs» du *jus gentium* s'inspirait largement de la philosophie scolastique du droit naturel (en particulier de la conception stoïcienne et thomiste de la *recta ratio* et de la justice), qui considérait l'être humain comme ayant une dignité inhérente.

230. De plus, considérant l'unité du genre humain, ils ont conçu un droit des nations véritablement *universel*, applicable à tous — aux Etats comme aux peuples et aux individus — où que ce soit (*totus orbis*). Des auteurs comme F. de Vitoria et D. de Soto ont contribué à l'émergence du *jus humanae societatis*, imprégnés qu'ils étaient de la pensée humaniste de leurs prédécesseurs. Après quatre siècles et demi, leurs enseignements sont toujours d'actualité, conservant toute leur pertinence et leur utilité lorsqu'il s'agit, par exemple, de trouver une solution au dangereux problème des arsenaux nucléaires. Ces penseurs, dont la vision s'étendait bien au-delà de la «volonté» des Etats, ont eu la sagesse de fonder leur doctrine sur la conscience humaine (*recta ratio* et justice).

231. La question de l'obligation de droit international conventionnel et coutumier de procéder au désarmement nucléaire m'a amené à réfléchir à ce qui fonde la *validité* des règles de droit international, et à conclure que ce fondement est nécessairement métajuridique. Le droit international ne peut en effet rester simplement indifférent aux valeurs fondamentales, aux principes généraux de droit et aux considérations morales; il doit en premier lieu définir ce qui est *nécessaire* — en l'occurrence débarrasser le monde des armes nucléaires — pour garantir la survie de l'humanité. Il s'agit là d'une idée du droit qui a précédé l'essor du positivisme juridique et s'inscrit dans le droit fil de la pensée jusnaturaliste.

232. L'*opinio juris communis necessitatis* veut qu'il existe une obligation de droit international de garantir la survie de l'humanité. Devant cette nécessité, le droit conventionnel et le droit coutumier se rejoignent.

<sup>256</sup> A. A. Cançado Trindade, *International Law for Humankind — Towards a New Jus Gentium*, *op. cit.* *supra* note 132, p. 137-138.

Tout comme les règles de droit international coutumier peuvent trouver place dans une convention, les clauses d'un traité peuvent finir par être intégrées au *corpus* du droit international général. La formation d'obligations de droit coutumier peut précéder ou suivre l'introduction d'obligations conventionnelles. Ces deux types d'obligations évoluent *pari passu*. Cela étant, la recherche d'une règle de droit interdisant expressément les armes nucléaires, y compris celle entreprise par la Cour pour étayer son avis consultatif de 1996 sur la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, ne peut qu'apparaître comme procédant d'un acharnement positiviste que je qualifierai de stérile, pour ne pas dire insensé.

233. La conscience humaine perçoit clairement que les armes nucléaires, capables d'anéantir l'humanité, sont illicites et interdites. L'existence de ces armes est une violation flagrante du *jus cogens*. Or, le *jus cogens* s'est imposé à la conscience universelle bien avant de trouver sa place dans les deux conventions de Vienne sur le droit des traités (celle de 1969 et celle de 1986). Comme j'ai eu l'occasion de le dire voici trente ans lors de la conférence des Nations Unies de 1986 sur le droit des traités entre Etats et organisations internationales ou entre organisations internationales, le *jus cogens* est « incompatible avec la conception volontariste du droit international, parce que cette conception est impuissante à expliquer la formation des règles de droit international général »<sup>257</sup>.

## XVII. LES CONFÉRENCES D'EXAMEN DU TNP

234. Dans les affaires sur lesquelles la Cour vient de se déclarer incompétente, les Iles Marshall<sup>258</sup> et le Royaume-Uni<sup>259</sup> ont tous deux fait référence aux conférences d'examen du TNP dans leurs écritures. L'Inde s'y est également référée<sup>260</sup>, en particulier pour consigner dans ses écritures un rappel de sa position sur la question, exposée dans une déclaration du 9 mai 2000.

235. Lors de la procédure orale, les Iles Marshall ont également fait mention des conférences d'examen dans deux des trois affaires, celles les

<sup>257</sup> *Conférence des Nations Unies sur le droit des traités entre Etats et organisations internationales ou entre organisations internationales, actes officiels*, vol. I (déclaration de A. A. Cançado Trindade, représentant du Brésil, 12 mars 1986), p. 187-188, par. 18.

<sup>258</sup> Requête des Iles Marshall, p. 39, par. 66; mémoire des Iles Marshall, p. 29, 59-60, 61, 63, 68-69, par. 50, 123-128, 130, 136, 150, 153, 154, 161-162 et 168; exposé contenant les observations des Iles Marshall sur les exceptions préliminaires soulevées par le Royaume-Uni, p. 15 et 47, par. 32 et 126.

<sup>259</sup> Exceptions préliminaires du Royaume-Uni, p. 1-2, 10 et 23, par. 2-3, 21 et 50.

<sup>260</sup> Contre-mémoire de l'Inde, p. 15, par. 23 (note 49), et annexe 23.



opposant respectivement à l'Inde<sup>261</sup> et au Royaume-Uni<sup>262</sup>; les deux défendeurs qui ont pris part à la procédure orale, l'Inde<sup>263</sup> et le Royaume-Uni<sup>264</sup>, ont également fait référence à ces conférences. Celles-ci font partie du contexte factuel des trois affaires et méritent qu'on s'y arrête. Je vais donc les passer brièvement en revue.

236. La série des conférences d'examen du TNP, qui ont lieu tous les cinq ans, a débuté en 1975. Les trois conférences qui ont suivi se sont tenues en 1980, 1985 et 1990<sup>265</sup>. La cinquième conférence s'est réunie en 1995, année où les Iles Marshall sont devenues partie au TNP (le 30 janvier). Dans l'une de ses décisions, la conférence de 1995 a souligné que le traité avait un rôle essentiel à jouer pour empêcher la prolifération des armes nucléaires, et relevé que cette prolifération aggravait sensiblement le risque d'une guerre nucléaire<sup>266</sup>. A la même conférence, les Etats dotés d'armes nucléaires ont réaffirmé l'engagement qu'ils avaient pris aux termes de l'article VI du TNP de poursuivre de bonne foi des négociations sur des mesures efficaces relatives au désarmement nucléaire.

237. Toujours lors de la conférence de 1995, les Etats parties ont décidé de proroger le traité pour une durée indéfinie et adopté les « principes et objectifs de la non-prolifération et du désarmement nucléaires ». Toutefois, dans son rapport, la Grande Commission I, chargée d'examiner la mise en œuvre des dispositions du traité, a constaté avec regret que, pendant la période considérée, les dispositions de l'article VI et des huitième à douzième alinéas du préambule n'avaient pas été parfaitement appliquées<sup>267</sup>, et que le nombre des armes nucléaires avait augmenté depuis l'entrée en vigueur du TNP; elle a également exprimé son regret de constater qu'il « rest[ait] beaucoup à faire » dans les domaines relevant de la compétence de la conférence du désarmement, et s'est prononcée pour un engagement, de la part des Etats dotés de l'arme nucléaire, à « ne pas utiliser celle-ci en premier et ... ne pas y recourir, avec effet immédiat »<sup>268</sup>.

238. Entre les cinquième et sixième conférences d'examen, en 1998, l'Inde et le Pakistan ont procédé à des essais nucléaires. Le Mouvement

<sup>261</sup> CR 2016/1, p. 21, par. 9, et p. 50, par. 17 (Iles Marshall); CR 2016/6, p. 32, par. 10 (Iles Marshall).

<sup>262</sup> CR 2016/5, p. 47, par. 8 (Iles Marshall).

<sup>263</sup> CR 2016/4, p. 14, par. 3 (Inde).

<sup>264</sup> CR 2016/7, p. 14-16 et 18-19, par. 20, 22, 24, 32 et 37 (Royaume-Uni).

<sup>265</sup> Pour une analyse critique de ces premières conférences d'examen, voir H. Müller, D. Fischer et W. Kötter, *Nuclear Non-Proliferation and Global Order*, Stockholm-Solna/Oxford, SIPRI/Oxford University Press, 1994, p. 31-108.

<sup>266</sup> Document final, première partie, annexe, décision 2 (NPT/CONF.1995/32 (Part I)), p. 9.

<sup>267</sup> *Ibid.*, deuxième partie (NPT/CONF.1995/32 (Part II), p. 247, par. 3-3ter.; voir également p. 247 et 249, par. 4 et 9.

<sup>268</sup> *Ibid.*, p. 260-261, par. 36-39.

des pays non alignés a lancé plusieurs appels pour que soient prises «d'urgence» des mesures de désarmement nucléaire<sup>269</sup>. Dans ce sens, la conférence d'examen de 2000 a convenu de «treize mesures concrètes» visant l'exécution des engagements pris par les Etats parties aux termes de l'article VI du traité<sup>270</sup>. Dans l'énoncé de ces mesures, la conférence soulignait l'importance et l'urgence de poursuivre le processus de ratification du traité d'interdiction complète des essais nucléaires, afin que cet instrument puisse entrer en vigueur dans les meilleurs délais, et préconisait l'imposition d'un moratoire des explosions expérimentales d'armes nucléaires en attendant son entrée en vigueur. Elle faisait également état de la nécessité de mener des négociations sur la conclusion d'un traité interdisant la production de matières fissiles destinées à la fabrication d'armes nucléaires, et demandait aux Etats dotés d'armes nucléaires de s'engager à parvenir à l'élimination complète de l'ensemble de leurs armes nucléaires<sup>271</sup>.

239. La conférence d'examen de 2005 n'a pris aucune décision importante; les participants se sont montrés déçus de l'absence persistante de progrès dans la mise en œuvre de l'article VI du TNP, alors que «treize mesures concrètes» avaient été convenues à la conférence de 2000. Des préoccupations ont été exprimées quant au risque que ces attermolements favorisent la mise au point de nouveaux systèmes d'armes nucléaires et l'adoption de doctrines stratégiques abaissant le seuil de recours aux armes nucléaires; des participants ont dit regretter que les Etats devant ratifier le traité d'interdiction complète des essais nucléaires pour permettre son entrée en vigueur ne l'aient toujours pas fait<sup>272</sup>.

240. Entre la conférence de 2005 et celle de 2010, des voix se sont élevées pour avertir que le TNP était «menacé» et «en difficulté», du fait que le désarmement était «au point mort» et avait besoin d'être «relancé» pour empêcher la dissémination des armes de destruction massive. Ces préoccupations étaient suscitées plus précisément par l'impasse dans laquelle se trouvaient toujours, à Genève, les travaux de la conférence du désarmement, qui s'était révélée «incapable, depuis près de dix ans, d'adopter un programme de travail» sur l'examen des questions de fond devant faire l'objet de négociations<sup>273</sup>.

<sup>269</sup> NPT/CONF.2000/4, par. 12-13.

<sup>270</sup> Document final, vol. I, première partie (NPT/CONF.2000/28), p. 14-15.

<sup>271</sup> Les «treize mesures concrètes» comprenaient aussi la réaffirmation du principe de l'irréversibilité du désarmement nucléaire et des mesures de contrôle et de réduction des armements nucléaires. De plus, parmi ces treize mesures concrètes, figuraient la réaffirmation de l'objectif du désarmement général et complet sous un contrôle international efficace, l'établissement par tous les Etats parties au TNP de rapports réguliers sur la mise en œuvre de l'article VI et le développement des capacités de vérification.

<sup>272</sup> Document final, première partie (NPT/CONF.2005/57 (Part I)); voir également le compte rendu des travaux de la conférence d'examen de 2005 dans l'*Annuaire des Nations Unies sur le désarmement* (2005), chap. I, p. 24.

<sup>273</sup> Hans Blix, *Why Disarmament Matters*, Cambridge, Massachusetts/Londres, Boston Review/MIT, 2008, p. 6 et 63.

241. Le 24 octobre 2008, Ban Ki-moon, Secrétaire général de l'ONU, a présenté une «proposition en cinq points sur le désarmement nucléaire»<sup>274</sup>. Cette proposition était introduite par un appel engageant tous les Etats parties au TNP, en particulier ceux dotés de l'arme nucléaire, à remplir les obligations leur incombant aux termes du traité, notamment en ouvrant «des négociations sur des mesures efficaces menant au désarmement nucléaire» (par. 1)<sup>275</sup>. Venait ensuite un appel adressé aux membres permanents du Conseil de sécurité pour qu'ils ouvrent un débat sur les aspects sécuritaires du processus de désarmement nucléaire et garantissent aux Etats non dotés d'armes nucléaires qu'ils n'utiliseraient pas de telles armes (par. 5). Le Secrétaire général poursuivait en soulignant que «de nouveaux efforts [devaient] être déployés pour faire entrer en vigueur le traité sur l'interdiction complète et générale des essais d'armes nucléaires» et engageait les Etats dotés de telles armes à ratifier tous les protocoles aux traités portant création de zones exemptes d'armes nucléaires (par. 6). Il insistait aussi sur «le besoin d'une plus grande transparence» quant à la composition des arsenaux nucléaires et aux mesures déjà prises dans le sens du désarmement nucléaire (par. 7). Il appelait également à l'élimination de tous les types d'armes de destruction massive (par. 8).

242. Dans les trois années qui ont suivi, le Secrétaire général a repris deux fois sa proposition en cinq points<sup>276</sup>. Devant le Conseil de sécurité, le 24 septembre 2009, il a souligné qu'il fallait que le traité d'interdiction complète des essais nucléaires «entre en vigueur à bref délai». Il a fait observer que «le désarmement et la non-prolifération [devaient] aller de pair», a engagé «une communauté internationale divisée» à agir enfin pour que se concrétise l'objectif d'un «monde exempt d'armes nucléaires» et a exprimé l'espoir que la conférence d'examen de 2010 produirait des résultats tangibles<sup>277</sup>.

243. Les conférences d'examen de 2000 et 2010 ont l'une et l'autre interprété le désarmement nucléaire visé à l'article VI du TNP comme relevant d'une «obligation positive», suivant en cela le *dictum* prononcé par la Cour dans son avis consultatif de 1996, dont il ressort que l'obligation de négo-

<sup>274</sup> «Les Nations Unies et la sécurité dans un monde exempt d'armes nucléaires», discours prononcé par M. Ban Ki-moon, Secrétaire général de l'ONU, lors d'une conférence organisée par l'East-West Institute, Centre d'actualités des Nations Unies, 24 octobre 2008, p. 1-3.

<sup>275</sup> Le Secrétaire général ajoutait que cet objectif pouvait être poursuivi en convenant d'un «cadre englobant des instruments séparés qui se renforcent mutuellement» ou par la négociation d'«une convention relative aux armes nucléaires, appuyée par un solide système de vérification, comme proposé depuis longtemps aux Nations Unies», par. 2.

<sup>276</sup> Le 24 septembre 2009, lors d'une réunion au sommet du Conseil de sécurité consacré à la non-prolifération des armes nucléaires et, le 24 octobre 2011, lors d'une conférence organisée par l'East-West Institute.

<sup>277</sup> «Exposé liminaire du Secrétaire général Ban Ki-moon lors de la réunion au sommet du Conseil de sécurité sur la non-prolifération et le désarmement nucléaires», Centre d'actualités des Nations Unies, 24 septembre 2009, p. 1-2.

cier de bonne foi en vue du désarmement est une obligation de résultat<sup>278</sup>. A la conférence de 2010, les Etats parties se sont déclarés vivement préoccupés par la persistance du risque que l'arme nucléaire soit un jour employée et par les conséquences humanitaires catastrophiques qui en résulteraient.

244. Lors de cette conférence, les Etats parties au TNP, gardant à l'esprit leur décision de 1995 sur les « principes et objectifs de la non-prolifération et du désarmement nucléaires » et leur approbation en 2000 des « treize mesures concrètes », ont également souligné l'importance cruciale de l'adhésion universelle au traité<sup>279</sup> et ont pris note de la « proposition de désarmement nucléaire en cinq points » formulée en 2008 par le Secrétaire général de l'ONU. La conférence d'examen de 2010 a été la première de la série à reconnaître « les conséquences humanitaires catastrophiques qu'entraînerait ... [l'emploi d'armes nucléaires] »<sup>280</sup>.

245. Dans le document final de cette conférence, les Etats parties se sont félicités de la création de plusieurs zones exemptes d'armes nucléaires<sup>281</sup>; dans leurs conclusions, ils ont affirmé qu'il était « de l'intérêt légitime » des Etats non dotés d'armes nucléaires de « recevoir des Etats qui en ont des garanties inconditionnelles de sécurité juridiquement contraignantes »; ils ont réaffirmé que l'élimination totale des armes nucléaires était « la seule garantie absolue contre l'emploi ou la menace de ces armes »<sup>282</sup>. Toujours dans le document final, la conférence s'est dite « profondément inquiète » des « conséquences humanitaires catastrophiques qu'aurait ... [l'emploi d'armes nucléaires] »<sup>283</sup> et réaffirmé « la nécessité que tous les Etats respectent en tout temps le droit international applicable, y compris le droit international humanitaire ». Ce message essentiel de la conférence d'examen de 2010 a inspiré l'initiative prise trois ans plus tard d'organiser une série de conférences sur l'impact humanitaire des armes nucléaires (voir plus loin).

246. La « reconnaissance historique » des « conséquences humanitaires catastrophiques » qu'aurait toute utilisation d'armes nucléaires a été saluée par le Comité international de la Croix-Rouge (CICR) lors de la conférence d'examen de 2015<sup>284</sup>; il a fait observer que la série de conférences sur l'impact humanitaire des armes nucléaires (tenues en 2013 et 2014 à Oslo, Nayarit et Vienne) avait permis à la communauté internationale de « se rendre beaucoup mieux compte des effets que l'explosion d'engins nucléaires pouvait avoir sur les peuples du monde entier ». Il a

<sup>278</sup> D. H. Joyner, « The Legal Meaning and Implications of Article VI of the Non-Proliferation Treaty », *Nuclear Weapons and International Law* (ouvrage collectif publié sous la dir. de G. Nystuen, S. Casey-Maslen et A. G. Bersagel), Cambridge University Press, 2014, p. 413 et 417.

<sup>279</sup> Document final, vol. I, première partie (NPT/CONF.2010/50), p. 13-15 et 21-22.

<sup>280</sup> *Ibid.*, p. 13, par. 80.

<sup>281</sup> *Ibid.*, p. 15-16, par. 99.

<sup>282</sup> *Ibid.*, p. 22, point i).

<sup>283</sup> *Ibid.*, p. 20, point v).

<sup>284</sup> CICR, « Eliminer les armes nucléaires », déclaration faite le 1<sup>er</sup> mai 2015 lors de la conférence des Etats parties au TNP, p. 1.

ensuite constaté que, quarante-cinq ans après l'entrée en vigueur du TNP, les progrès concrets accomplis sur la voie de l'élimination des armes nucléaires restaient « nuls ou au mieux très modestes ». Le CICR a ajouté que les armes nucléaires étant les seules armes de destruction massive à n'avoir pas encore été interdites par un traité, « un impératif humanitaire command[ait] de combler cette lacune », vu que « les risques de déclenchement intentionnel ou accidentel d'une explosion nucléaire [étaient] trop réels et trop graves » pour que l'inaction continue d'être tolérée<sup>285</sup>.

247. Les participants à la conférence de 2015 se sont montrés déçus de l'extrême lenteur avec laquelle progressaient les travaux sur le désarmement nucléaire et ont constaté avec inquiétude que la modernisation des arsenaux nucléaires se poursuivait et que les stratégies nucléaires dangereuses avaient été réaffirmées, apparemment au mépris de l'impact humanitaire catastrophique de l'emploi d'armes nucléaires. La grande commission I de la conférence, chargée d'examiner l'application de l'article VI du TNP, a souligné l'importance du « but ultime » que constitue l'élimination des armes nucléaires, objectif qu'il fallait atteindre pour réaliser « le désarmement général et complet sous un contrôle international efficace »<sup>286</sup>.

248. La conférence de 2015 a aussi réaffirmé « que l'élimination totale des armes nucléaires [était] la seule garantie absolue contre l'emploi ou la menace de ces armes, y compris contre le risque d'une explosion non autorisée, involontaire ou accidentelle »<sup>287</sup>. Elle s'est déclarée « vivement préoccupée » de constater que, pendant la période 2010-2015, la conférence du désarmement n'avait pas entamé de négociations sur un instrument relatif aux armes nucléaires<sup>288</sup>, et a affirmé que « la Conférence du désarmement [devait] de toute urgence mettre en place des arrangements » en vue de l'adoption d'« un instrument international juridiquement contraignant » afin de « protéger » les Etats non dotés d'armes nucléaires contre l'emploi ou la menace de l'emploi de telles armes par tous les Etats en possédant<sup>289</sup>.

249. Après avoir relevé avec satisfaction « l'intensification des échanges constructifs avec la société civile » pendant le cycle d'examen, la conférence a déclaré ce qui suit :

« les préoccupations relatives aux conséquences humanitaires catastrophiques qu'entraînerait l'explosion d'une arme nucléaire devraient pousser tous les Etats à œuvrer de toute urgence à l'avènement d'un monde exempt d'armes nucléaires, et devraient sous-tendre leurs

<sup>285</sup> CICR, *op. cit. supra* note 284, p. 2-3.

<sup>286</sup> Document de travail soumis par le président de la grande commission I (NPT/CONF.2015/MC.I/WP.1), 18 mai 2015, p. 3, par. 17.

<sup>287</sup> *Ibid.*, p. 5, par. 27.

<sup>288</sup> *Ibid.*, p. 6, par. 35.

<sup>289</sup> *Ibid.*, p. 7, par. 43.

efforts en ce sens. [La conférence] affirme que, en attendant la réalisation de cet objectif, il est dans l'intérêt de la survie même de l'humanité que les armes nucléaires ne soient plus jamais utilisées.»<sup>290</sup>

#### XVIII. LA CRÉATION DE ZONES EXEMPTES D'ARMES NUCLÉAIRES

250. L'*opinio juris communis* sur l'illicéité des armes nucléaires s'est exprimée non seulement dans les débats des conférences d'examen du TNP, mais aussi par la création, au cours des cinquante dernières années, de plusieurs zones exemptes d'armes nucléaires, motivée par la volonté de répondre aux besoins et aspirations de l'humanité en débarrassant le monde de ces armes. La création de ces zones est en fait l'expression de la réprobation grandissante que manifeste l'humanité à l'égard des armes nucléaires. Il est question de ces zones dans les pièces de procédure écrite déposées par les Iles Marshall<sup>291</sup> et le Royaume-Uni<sup>292</sup> en l'affaire les opposant sur laquelle la Cour vient de rendre son arrêt.

251. Je suis originaire de l'Amérique latine qui, avec les Caraïbes, est la première région du monde à avoir interdit les armes nucléaires et s'être proclamée zone exempte d'armes nucléaires. L'Amérique latine et les Caraïbes ont joué le rôle de pionniers en prenant une initiative<sup>293</sup> qui a abouti à l'adoption du traité visant l'interdiction des armes nucléaires en Amérique latine et dans les Caraïbes (1967), et de ses deux protocoles additionnels. La portée de ce traité s'étend au-delà de la région, par l'effet de ses deux protocoles<sup>294</sup>, et le régime juridique qu'il a établi prévoit des obligations qui ont un large champ d'application :

«Le régime consacré dans le Traité n'est pas simplement celui de non-prolifération : c'est un régime d'absence totale d'armes nucléaires, ce qui veut dire que ces armes seront interdites à perpétuité dans les territoires auxquels s'applique le Traité, quel que soit l'Etat sous le contrôle duquel pourraient se trouver ces terribles instruments de destruction massive.»<sup>295</sup>

<sup>290</sup> Document de travail soumis par le président de la grande commission I (NPT/CONF.2015/MC.I/WP.1), 18 mai 2015, p. 7, par. 45-46 1).

<sup>291</sup> Requête des Iles Marshall, p. 27, par. 73; mémoire des Iles Marshall, p. 40, 53 et 56, par. 84, 117 et 122.

<sup>292</sup> Exceptions préliminaires du Royaume-Uni, p. 2, par. 4.

<sup>293</sup> Au sujet des initiatives prises en ce sens aux Nations Unies, d'abord par le Brésil (en 1962), puis par le Mexique (qui à partir de 1963 a pris la direction du processus), voir Nations Unies, *Las Zonas Libres de Armas Nucleares en el Siglo XXI*, op. cit. infra note 298, p. 116, 120 et 139.

<sup>294</sup> Le premier protocole concerne les Etats internationalement responsables de territoires compris dans les limites de la zone d'application du traité, et le second concerne les Etats dotés d'armes nucléaires.

<sup>295</sup> A. García Robles, «Mesures de désarmement dans des zones particulières: le traité visant l'interdiction des armes nucléaires en Amérique latine», *RCADI*, vol. 133, 1971, p. 103; voir également p. 71.

252. Lorsque cette première zone exempte d'armes nucléaires a été créée par le traité de Tlatelolco de 1967, on a fait observer qu'il s'agissait là d'une réponse aux inquiétudes éprouvées par l'humanité, devant la menace des armes nucléaires, quant à son avenir et à «la survie de la race humaine»<sup>296</sup>. Cette initiative<sup>297</sup> a été suivie de quatre autres, qui ont abouti à la création de zones exemptes d'armes nucléaires dans le Pacifique sud, par le traité de Rarotonga de 1985, en Asie du Sud-Est, par le traité de Bangkok de 1995, en Afrique, par le traité de Pelindaba de 1996<sup>298</sup>, et en Asie centrale, par le traité de Semipalatinsk de 2006. Des considérations élémentaires d'humanité ont certainement inspiré la création de ces zones.

253. Comme le traité de Tlatelolco, les traités de Rarotonga, Bangkok, Pelindaba et Semipalatinsk ont été conçus dans l'intention d'étendre le champ d'application des obligations qui y sont stipulées, intention qui s'est concrétisée par l'adoption de protocoles additionnels les rendant applicables non seulement aux Etats des régions considérées, mais aussi aux Etats dotés d'armes nucléaires<sup>299</sup> et aux Etats internationalement responsables *de jure* ou *de facto* de territoires compris dans les limites des dites zones. L'AIEA participe régulièrement à la vérification du respect des obligations prévues par les traités et les protocoles<sup>300</sup>. Les cinq traités susmentionnés diffèrent par la nature et l'étendue des obligations qu'ils imposent et les méthodes de vérification qu'ils prévoient<sup>301</sup>, mais ils ont tous le même but, qui est de préserver l'humanité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires.

254. La création de la deuxième zone exempte d'armes nucléaires par le traité de Rarotonga de 1985, assorti de trois protocoles, répondait aux aspirations de longue date des habitants de la région<sup>302</sup>, qui étaient de moins en moins enclins à tolérer les incursions d'Etats dotés d'armes nucléaires<sup>303</sup>. La conclusion du traité de Rarotonga a incité les Etats

<sup>296</sup> *Op. cit. supra* note 295, p. 99; voir également p. 102.

<sup>297</sup> Prise à la suite de la crise des missiles cubains de 1962.

<sup>298</sup> Nations Unies, *Las Zonas Libres de Armas Nucleares en el Siglo XXI*, New York/Genève, ONU-OPANAL/UNIDIR, 1997, p. 9, 25, 39 et 153.

<sup>299</sup> Les signataires de ces protocoles se sont engagés non seulement à ne pas employer d'armes nucléaires dans la région considérée, mais à ne pas non plus y recourir à la menace de ces armes; voir M. Roscini, *op. cit. infra* note 307, p. 617-618.

<sup>300</sup> La vérification de l'application du traité de Tlatelolco relève également d'un organisme créé par lui, l'Organisation pour l'interdiction des armes nucléaires en Amérique latine et dans les Caraïbes (OPANAL).

<sup>301</sup> Voir M. Roscini, *Le Zone Denuclearizzate*, Turin, Giappichelli Ed., 2003, p. 1-410; J. Goldblat, «Zones exemptes d'armes nucléaires: une vue d'ensemble», *Le droit international des armes nucléaires* (journée d'études, ouvrage collectif publié sous la dir. de S. Sur), Paris, Pedone, 1998, p. 35-55.

<sup>302</sup> Le traité a été conclu à l'initiative de l'Australie.

<sup>303</sup> M. Hamel-Green, «The South Pacific — The Treaty of Rarotonga», *Nuclear Weapons-Free Zones* (ouvrage collectif publié sous la dir. de R. Thakur), Londres/New York, MacMillan/St. Martin's Press, 1998, p. 59; voir également la page 62.

d'une autre région, l'Asie du Sud-Est, à créer une zone exempte d'armes nucléaires, ce qu'ils ont fait en concluant le traité de Bangkok en 1995, montrant ainsi que «les initiatives régionales continuaient de contribuer» à la réalisation de l'objectif du désarmement et de la protection de l'humanité du danger des armes nucléaires<sup>304</sup>.

255. Le traité de Bangkok (assorti d'un protocole) a été conclu à l'initiative de l'Association des nations de l'Asie du Sud-Est (ASEAN) pour isoler la région des politiques et rivalités des puissances nucléaires. Ce traité, troisième du genre, est le premier à couvrir non seulement le territoire terrestre des dix Etats signataires, mais également leur mer territoriale, leur zone économique exclusive et leur plateau continental<sup>305</sup>. La conclusion du traité de Pelindaba de 1996, quatrième de la série, avait lui aussi pour origine la réaction des Etats d'un continent à des essais nucléaires (ceux effectués par la France en 1961 au Sahara), et répondait à l'aspiration, profondément ancrée dans la pensée politique africaine, à empêcher l'implantation d'armes nucléaires dans la région<sup>306</sup>. Ce traité (avec ses trois protocoles) semble avoir atteint son objectif.

256. Comme les quatre traités du même genre qui l'ont précédé, le traité de Semipalatinsk de 2006 renferme des dispositions fondamentales qui interdisent aux Etats parties de fabriquer, acquérir, posséder ou déployer des engins nucléaires explosifs ou d'en disposer<sup>307</sup>. Les cinq traités, même s'ils ont des lacunes (concernant par exemple le transport en transit d'armes nucléaires)<sup>308</sup>, ont en commun qu'ils témoignent de l'utilité concrète d'arrangements qui vont plus loin que des accords sur le principe de la non-prolifération des armes nucléaires<sup>309</sup>.

257. Chacun des cinq traités reflète les caractéristiques de la région sur laquelle il porte, mais tous servent la même cause. La création de zones exemptes d'armes nucléaires répond aux besoins et aux aspirations des peuples, qui vivent dans la crainte d'être victimes de l'emploi de telles

<sup>304</sup> *Op. cit. supra* note 303, p. 71 et 77.

<sup>305</sup> L'étendue de la portée territoriale du traité a dissuadé les Etats dotés d'armes nucléaires de l'accepter tel quel; voir A. Acharya et S. Ogunbanwo, «The Nuclear-Weapon-Free Zones in South-East Asia and Africa», *Armaments, Disarmament and International Security — SIPRI Yearbook*, 1998, p. 444 et 448.

<sup>306</sup> Nations Unies, *Las Zonas Libres de Armas Nucleares en el Siglo XXI*, *op. cit. supra* note 298, p. 60-61; voir également J. O. Ihonvbere, «Africa — The Treaty of Pelindaba», *Nuclear Weapons-Free Zones*, *op. cit. supra* note 303, p. 98-99 et 109. Pour une étude générale de la question, voir O. Adeniji, *The Treaty of Pelindaba on the African Nuclear-Weapon-Free Zone*, Genève, UNIDIR, 2002, p. 1-169.

<sup>307</sup> M. Roscini, «Something Old, Something New: The 2006 Semipalatinsk Treaty on a Nuclear Weapon-Free Zone in Central Asia», *Chinese Journal of International Law*, vol. 7, 2008, p. 597.

<sup>308</sup> Au sujet des lacunes de ces traités, voir, par exemple, J. Goldblat, «The Nuclear Non-Proliferation Régime: Assessment and Prospects», *RCADI*, vol. 256, 1995, p. 137-138; M. Roscini, *op. cit. supra* note 307, p. 603-604.

<sup>309</sup> J. Enkhsaikhan, «Nuclear-Weapon-Free Zones: Prospects and Problems», *Disarmament — Periodic Review by the United Nations*, vol. 20, 1997, note 1, p. 74.



armes<sup>310</sup>. Ces traités sont utiles également en ce qu'ils incitent les Etats à renoncer ou mettre un frein à leurs ambitions nucléaires, pour le bien de l'humanité tout entière.

258. Les cinq zones exemptes d'armes nucléaires, fermement établies dans des régions très peuplées, couvrent la quasi-totalité des terres émergées de l'hémisphère Sud (mais la majeure partie des zones maritimes en reste exclue)<sup>311</sup>. L'adoption du traité de Tlatelolco de 1967, du traité de Rarotonga de 1985, du traité de Bangkok de 1995, du traité de Pelindaba de 1996 et du traité de Semipalatinsk de 2006 a mis en évidence les insuffisances et le caractère artificiel du prétendu «réalisme politique»<sup>312</sup>, qui fait le jeu des plus puissants en défendant la doctrine suicidaire de la dissuasion nucléaire.

259. Dans son important rapport final de 1999, la Commission du désarmement des Nations Unies soulignait l'utilité des zones exemptes d'armes nucléaires et leur contribution à la réalisation de l'objectif du désarmement nucléaire<sup>313</sup>, les traités par lesquels ces zones ont été créées étant «un moyen d'exprimer et de promouvoir des valeurs communes» et «d'importants instruments» qui venaient «compléter» le TNP et le «régime international d'interdiction des explosions ... d'armes nucléaires»<sup>314</sup>. Appelant l'attention sur le rôle central joué par les Nations Unies dans le domaine du désarmement<sup>315</sup>, la Commission poursuivait en ces termes :

«Les zones exemptes d'armes nucléaires ne sont plus exceptionnelles dans l'environnement stratégique mondial. A ce jour, 107 Etats ont signé des traités portant création de telles zones ou en sont devenus parties. Si l'on ajoute l'Antarctique, qui a été démilitarisé en vertu du Traité sur l'Antarctique, les zones exemptes d'armes nucléaires représentent maintenant plus de 50% des terres émergées du globe

.....

En créant une zone exempte d'armes nucléaires, les Etats qui en font partie réaffirment ainsi l'engagement auquel ils ont souscrit d'honorer les obligations juridiques découlant d'autres instruments

<sup>310</sup> Voir, notamment, H. Fujita, «The Changing Role of International Law in the Nuclear Age: from Freedom of the High Seas to Nuclear-Free Zones», *Humanitarian Law of Armed Conflict: Challenges Ahead — Essays in Honour of F. Kalshoven* (ouvrage collectif publié sous la dir. de A. J. M. Delissen et G. J. Tanja), Dordrecht, Nijhoff, 1991, p. 350; voir également p. 327-349.

<sup>311</sup> J. Prawitz, «Nuclear-Weapon-Free Zones: Their Added Value in a Strengthened International Safeguards System», *Tightening the Reins — Towards a Strengthened International Nuclear Safeguards System* (ouvrage collectif publié sous la dir. de E. Häckel et G. Stein), Berlin/Heidelberg, Springer-Verlag, 2000, p. 166.

<sup>312</sup> Voir Nations Unies, *Las Zonas Libres de Armas Nucleares en el Siglo XXI*, op. cit. supra note 298, p. 27, 33-38 et 134.

<sup>313</sup> Nations Unies, Rapport de la Commission du désarmement — Assemblée générale, documents officiels (cinquante-quatrième session, supplément n° 42), document A/54/42, daté du 6 mai 1999, annexe I, p. 7, par. 1, 6 et 9.

<sup>314</sup> *Ibid.*, p. 7, par. 10-11 et 13.

<sup>315</sup> *Ibid.*, annexe II, p. 11, troisième alinéa du préambule.

internationaux auxquels ils sont parties dans le domaine de la non-prolifération nucléaire et du désarmement.»<sup>316</sup>

260. Dans le même rapport, la Commission rappelait que les Etats dotés d'armes nucléaires devaient remplir pleinement les obligations qu'ils avaient assumées en ratifiant les protocoles aux traités portant création zones exemptes d'armes nucléaires, notamment leur obligation de ne pas employer ou menacer d'employer l'arme nucléaire<sup>317</sup>. Elle engageait les Etats faisant partie d'une zone exempte d'armes nucléaires à «échanger des données d'expérience» avec les Etats d'autres régions afin de les aider à «créer des zones similaires»<sup>318</sup>. Dans sa conclusion, la Commission engageait la communauté internationale «à promouvoir la création de zones exemptes d'armes nucléaires sur l'ensemble du globe» en vue de réaliser «le désarmement général et complet sous un contrôle international strict et efficace, de manière que les générations futures puissent vivre dans un climat plus stable et plus pacifique»<sup>319</sup>.

261. En dehors de la création des cinq zones précitées, il y a lieu de mentionner la conclusion du traité sur l'Antarctique (1959), ainsi que du traité sur l'espace (1967) et du traité interdisant de placer des armes nucléaires et d'autres armes de destruction massive sur le fond des mers et des océans ainsi que dans leur sous-sol (1971), qui ont «dénucléarisé» l'espace extra-atmosphérique et les fonds marins et leur sous-sol au-delà des limites des eaux territoriales, interdisant d'y placer des armes nucléaires ou d'autres armes de destruction massive; à ces traités, on peut ajouter l'accord régissant les activités des Etats sur la lune et les autres corps célestes (1979), qui en prévoit la dénucléarisation complète<sup>320</sup>.

262. L'existence des cinq zones exemptes d'armes nucléaires, envers lesquelles les Etats possédant de telles armes ont une responsabilité particulière, est le signe que la raison, la *recta ratio*, tient indéniablement une place de plus en plus grande dans la formation du droit international contemporain. Il est de plus manifeste qu'il existe un mouvement en faveur de l'extension de ces zones. Des propositions de création d'autres zones dénucléarisées<sup>321</sup> et des projets de dénucléarisation unilatérale (à l'exemple de ce qu'a fait la Mongolie)<sup>322</sup> sont à l'étude.

<sup>316</sup> *Op. cit. supra* note 313, annexe I, p. 7, par. 5; et p. 9, par. 28.

<sup>317</sup> *Ibid.*, p. 9, par. 36.

<sup>318</sup> *Ibid.*, p. 10, par. 41.

<sup>319</sup> *Ibid.*, par. 45.

<sup>320</sup> Voir G. Venturini, «Control and Verification of Multilateral Treaties on Disarmament and Non-Proliferation of Weapons of Mass Destruction», *University of California Davis Journal of International Law and Policy*, vol. 17, 2011, p. 359-360.

<sup>321</sup> Il est question de créer de telles zones en Europe orientale, au Moyen-Orient, en Asie centrale, en Asie du Nord-Est, en Asie du Sud ainsi que dans tout l'hémisphère Sud.

<sup>322</sup> Voir A. Acharya and S. Ogunbanwo, *op. cit. supra* note 305, p. 443; J. Enkhsaikhan, *op. cit. supra* note 309, p. 79-80. La Mongolie, après avoir déclaré son territoire zone exempte d'armes nucléaires en 1992, a adopté en 2000 une loi définissant son statut d'Etat exempt d'armes nucléaires. L'Assemblée générale des Nations Unies a salué cette mesure dans sa résolution 55/33S du 20 novembre 2000.

Cette tendance est aussi le signe de la réprobation grandissante que les armes nucléaires inspirent à la communauté internationale dans son ensemble, qui, sachant leur énorme capacité de destruction, y voit un affront à la *recta ratio*.

XIX. LES CONFÉRENCES SUR L'IMPACT HUMANITAIRE  
DES ARMES NUCLÉAIRES (2013-2014)

263. Dans les trois affaires sur lesquelles la Cour vient de se déclarer incompétente, il a été fait plusieurs fois référence à la série récente de conférences consacrées à l'impact humanitaire des armes nucléaires (2013-2014), en particulier à la déclaration de la délégation des Iles Marshall à la deuxième de ces conférences, dans laquelle elles affirmaient qu'il était «grand temps» que les Etats dotés d'armes nucléaires remplissent leur obligation de négocier en vue de parvenir au désarmement nucléaire complet (voir plus loin). En l'affaire les opposant à l'Inde, les Iles Marshall ont invoqué tant dans leur mémoire que dans leurs plaidoiries cette déclaration faite en 2014 lors de la conférence de Nayarit.

264. Les conférences sur l'impact humanitaire des armes nucléaires, dont la première a eu lieu en 2013, n'étaient pas censées se substituer aux négociations bilatérales et multilatérales sur le désarmement ; elles ont été organisées dans le but d'ouvrir un débat et d'approfondir les connaissances sur les effets de l'emploi d'armes nucléaires sur les êtres humains, les sociétés et l'environnement. C'est dans cet esprit qu'ont été convoquées les trois conférences qui ont eu lieu jusqu'à présent, celle d'Oslo (mars 2013), celle de Nayarit (février 2014) et celle de Vienne (décembre 2014).

265. Cette série de conférences a appelé l'attention sur l'impact humanitaire des armes nucléaires en redonnant aux êtres humains et aux peuples la place centrale qui leur revient. Elles ont mis l'accent sur la dimension humaine de la question des armes nucléaires et cherché à y éveiller la conscience de l'ensemble de la communauté internationale et à renforcer l'indispensable coordination de la défense de la cause humanitaire qui inspire la volonté d'éliminer les armes nucléaires. Je vais maintenant passer en revue les travaux et les résultats de chacune des trois conférences.

*1. La première conférence*

266. La première conférence sur l'impact humanitaire des armes nucléaires a eu lieu à Oslo les 4 et 5 mars 2013 ; y étaient représentés 127 Etats, des institutions des Nations Unies, le CICR, la Croix-Rouge, le Croissant-Rouge, diverses organisations internationales et des organisations de la société civile. Il est à noter que deux seulement des Etats dotés de l'arme nucléaire, l'Inde et le Pakistan, étaient présents à la

conférence (et que seule l'Inde a fait une déclaration)<sup>323</sup>. Ni les Iles Marshall, ni les cinq membres permanents du Conseil de sécurité n'y ont participé.

267. La conférence d'Oslo s'est intéressée à trois questions principales : *a)* l'impact humanitaire immédiat de l'explosion d'un engin nucléaire ; *b)* les conséquences plus larges qu'une telle explosion aurait sur l'activité économique, le développement et l'environnement ; *c)* le degré de préparation des Etats, des organisations internationales, de la société civile et du public aux suites humanitaires prévisibles de l'explosion d'un engin nucléaire. Des experts de diverses disciplines ont fait des exposés.

268. La conférence a notamment appelé l'attention sur l'impact humanitaire des essais nucléaires réalisés durant la guerre froide, en particulier les 456 explosions expérimentales qui ont eu lieu en l'espace de quarante ans (de 1949 à 1989) sur le site de Semipalatinsk, dans l'est du Kazakhstan. Le représentant du Programme des Nations Unies pour le développement a indiqué que, selon les autorités kazakhes, jusqu'à un million et demi de personnes avaient été exposées aux retombées de ces explosions ; le site d'essais de Semipalatinsk est désaffecté depuis 1991. D'autres aspects de la question ont été examinés, toujours du point de vue humanitaire<sup>324</sup>. Il a été fait mention de résolutions de l'Assemblée générale, notamment la résolution A/RES/63/279 du 24 avril 2009, relative aux aspects humanitaires du relèvement de la région de Semipalatinsk. La conférence a considéré qu'il « importait d'autant plus d'examiner la question des armes nucléaires sous l'angle humanitaire que l'expérience de l'emploi et des essais d'armes nucléaires avait révélé l'ampleur des effets dévastateurs non seulement immédiats, mais aussi à long terme, de ces armes »<sup>325</sup>.

269. Je résume ci-après les principales conclusions de la conférence d'Oslo, présentées par le ministre norvégien des affaires étrangères dans sa déclaration de clôture<sup>326</sup>. Premièrement, il est improbable qu'un Etat, quel qu'il soit, ou un organisme international (un organisme de secours des Nations Unies ou le CICR, par exemple) ait les moyens de gérer convenablement l'urgence humanitaire qui suivrait immédiatement l'explosion d'une arme nucléaire, en fournissant une assistance suffisante aux victimes. Cette constatation a amené le représentant du CICR à lancer un appel à l'élimination des armes nucléaires, seule mesure préventive efficace, et plusieurs Etats ont souligné que l'élimination de ces armes était le seul moyen d'en empêcher l'emploi ; certains Etats ont demandé leur interdiction.

<sup>323</sup> Voir [https://www.regjeringen.no/globalassets/upload/ud/vedlegg/hum/hum\\_india.pdf](https://www.regjeringen.no/globalassets/upload/ud/vedlegg/hum/hum_india.pdf).

<sup>324</sup> Au sujet des travaux de la conférence d'Oslo, voir, par exemple, *Viewing Nuclear Weapons through a Humanitarian Lens* (ouvrage collectif publié sous la dir. de J. Borrie et T. Caughley), Genève/New York, ONU/UNIDIR, 2013, p. 81-82, 87, 90-91, 93-96, 99, 105-108 et 115-116.

<sup>325</sup> Ministère norvégien des affaires étrangères, *Chair's Summary — The Humanitarian Impact of Nuclear Weapons*, Oslo, 5 mars 2013, p. 2.

<sup>326</sup> Voir [https://www.regjeringen.no/en/aktuelt/nuclear\\_summary/id716343/](https://www.regjeringen.no/en/aktuelt/nuclear_summary/id716343/).

270. Deuxièmement, l'expérience de l'emploi et des essais d'armes nucléaires a montré l'ampleur des effets dévastateurs qui en résultaient immédiatement et à long terme. Même si les pièces de l'échiquier international dont elles font partie ont été déplacés, ces armes conservent leur énorme potentiel de destruction. Enfin, troisièmement, l'explosion d'une arme nucléaire, quelle qu'en soit la cause, entraînerait par-delà les frontières de graves conséquences pour les Etats et les peuples, à l'échelle régionale, voire mondiale.

## 2. La deuxième conférence

271. La deuxième conférence sur l'impact humanitaire des armes nucléaires, à laquelle 146 Etats étaient représentés, a eu lieu à Nayarit (Mexique) les 13 et 14 février 2014. Les Iles Marshall, l'Inde et le Pakistan y ont participé, mais non le Royaume-Uni. En dehors des Etats, ont également pris part à la conférence des représentants du CICR, de la Croix-Rouge, du Croissant-Rouge, de diverses organisations internationales et d'organisation de la société civile. Le représentant des Iles Marshall a déclaré que les Etats dotés d'armes nucléaires manquaient à l'obligation que leur imposaient l'article VI du TNP et le droit international coutumier d'engager et de mener à terme des négociations multilatérales sur le désarmement ; je cite :

«les Iles Marshall sont convaincues que les négociations multilatérales visant à créer un monde à jamais dépourvu d'armes nucléaires auraient dû être engagées depuis longtemps. Nous estimons en effet que les Etats possédant un arsenal nucléaire ne respectent pas leurs obligations à cet égard. L'obligation d'œuvrer au désarmement nucléaire qui incombe à chaque Etat en vertu de l'article VI du traité de non-prolifération nucléaire et du droit international coutumier impose l'ouverture immédiate et l'aboutissement de telles négociations. Celles-ci permettraient également d'atteindre l'objectif de désarmement nucléaire établi depuis longtemps et réaffirmé sans relâche par les Nations Unies, et d'honorer nos responsabilités envers les générations présentes et futures, tout en rendant hommage aux générations passées.»<sup>327</sup>

272. Auparavant, lors de la réunion de haut niveau de l'Assemblée générale des Nations Unies tenue le 26 septembre 2013, le ministre marshallais des affaires étrangères avait déclaré que son pays avait «une raison unique et impérieuse» d'exhorter au désarmement nucléaire ; je le cite :

«Les Iles Marshall, alors qu'elles relevaient du régime de tutelle des Nations Unies, ont connu 67 explosions expérimentales d'engins

<sup>327</sup> Déclaration des Iles Marshall, deuxième conférence sur l'impact humanitaire des armes nucléaires tenue à Nayarit (Mexique) les 13 et 14 février 2014 (voir <http://www.reachingcriticalwill.org/images/documents/Disarmament-fora/nayarit-2014/statements/MarshallIslands.pdf>). Le texte de cette déclaration est également reproduit à l'annexe 72 du mémoire des Iles Marshall en l'affaire les opposant au Royaume-Uni.

nucléaires de forte puissance. A l'époque de ces essais et depuis, elles n'ont pas cessé d'appeler l'attention des Etats Membres de l'ONU sur leurs effets dévastateurs; les habitants de mon pays, ayant servi malgré eux de cobayes pour des expériences scientifiques, ont vu leur santé se détériorer, développant des troubles qui persistent de génération en génération, ont été forcés de s'exiler, ont été réinstallés sur des sites dangereux, puis de nouveau déplacés. Aujourd'hui encore, des incertitudes scientifiques persistent sur les conséquences de ces essais, et nos exilés continuent d'éprouver des difficultés d'adaptation

.....  
 Nous (les Marshallais) avons peut-être plus que quiconque une expérience qui atteste de la nécessité d'exclure l'emploi d'armes nucléaires, une expérience qui commande de redoubler d'efforts pour parvenir au désarmement nucléaire.» (P. 1-2.)<sup>328</sup>

273. Ce qu'a dit leur représentant à la conférence de Nayarit était l'une de plusieurs déclarations dans lesquelles les Iles Marshall avaient exprimé leurs griefs, déclarations sur lesquelles elles se sont notamment fondées, dans les trois affaires ici considérées, pour montrer qu'un différend les opposait aux Etats défendeurs, y compris le Royaume-Uni, qui n'était pas représenté à la conférence<sup>329</sup>. Les participants à la conférence de Nayarit ont également entendu les témoignages poignants de cinq *Hibakusha*, survivants des bombardements atomiques d'Hiroshima et de Nagasaki, qui ont décrit la gigantesque dévastation qui s'est abattue sur ces deux villes et leurs habitants (dont certains ont été brûlés vifs, carbonisés ou vaporisés, tandis que les survivants allaient subir pendant les soixante-dix années suivantes les effets mortels différés de l'exposition aux radiations).

274. Ces témoins ont souligné que l'élimination des armes nucléaires était un «impératif moral», la présence de ces armes étant incompatible avec la survie de l'humanité. Un groupe de délégations représentant au moins vingt Etats a demandé expressément que les armes nucléaires soient enfin interdites, pour que cette épée de Damoclès cesse d'être suspendue au-dessus de la tête de chaque être humain. Il a été dit que, «en soi»,

<sup>328</sup> Voir [http://www.un.org/en/ga/68/meetings/nuclear disarmament/pdf/MH\\_en.pdf](http://www.un.org/en/ga/68/meetings/nuclear disarmament/pdf/MH_en.pdf). Le ministre marshallais des affaires étrangères a ajouté ceci :

«Aux Nations Unies, notre but commun devrait être non seulement de faire cesser la prolifération des armes nucléaires, mais aussi de rechercher la paix et la sécurité dans un monde exempt de ces armes. La République des Iles Marshall a ratifié récemment le traité d'interdiction complète des essais nucléaires et exhorte les autres Etats Membres à faire le nécessaire pour que cet important traité puisse entrer en vigueur.

Les Iles Marshall ne sont pas le seul Etat du Pacifique à avoir subi les conséquences dévastatrices des essais nucléaires... Une fois encore, je rappelle que mon pays aspire à joindre ses efforts à ceux de ses voisins en vue de la création dans la région du Pacifique d'une zone exempte d'armes nucléaires selon des modalités répondant aux exigences de la sécurité internationale.» (P. 1-2.)

<sup>329</sup> Mémoire des Iles Marshall, par. 99.

l'existence des armes nucléaires ne pouvait qu'être considérée comme «une absurdité»; des participants ont également appelé l'attention sur la réunion de haut niveau sur le désarmement nucléaire tenue en 2013 par l'Assemblée générale des Nations Unies et sur les obligations de droit international en la matière, y compris celles découlant du TNP et celles énoncées à l'article I commun aux quatre conventions de Genève de 1949 relatives au droit international humanitaire<sup>330</sup>.

275. De plus, une association représentant plus de 60 organisations de la société civile de plus de 50 pays a déclaré<sup>331</sup> qu'un rôle essentiel revenait à la société civile, dès lors que chaque individu avait la responsabilité de contribuer à empêcher l'emploi d'armes nucléaires; cette association a fait valoir que, pour empêcher l'emploi des armes nucléaires, il fallait qu'elles soient interdites comme l'étaient les armes chimiques et biologiques, les mines terrestres et les armes à dispersion. Cette association et les *Hibakusha* ont condamné la dangereuse doctrine de la «dissuasion» nucléaire.

276. Je vais maintenant résumer les conclusions de la conférence de Nayarit, qui s'inspiraient de celles de la conférence d'Oslo. Premièrement, les effets immédiats et à long terme de l'explosion d'une seule arme nucléaire, sans parler de ceux d'un échange nucléaire, seraient catastrophiques. L'existence des armes nucléaires présente en soi des risques considérables parce que les doctrines de défense des Etats qui en possèdent prévoient des préparatifs en vue de leur emploi délibéré. La conférence a répété que l'explosion d'une arme nucléaire pouvait être déclenchée accidentellement, à la suite d'une erreur de calcul ou délibérément.

277. Les délégations de plus de 50 Etats de toutes les régions du monde ont fait des déclarations dans lesquelles elles demandaient expressément l'élimination totale des armes nucléaires et l'instauration d'un monde exempt d'armes nucléaires. Au moins vingt délégations (voir plus haut) ont exprimé l'avis que la seule voie d'avenir était l'interdiction pure et simple des armes nucléaires. D'autres délégations ont lancé un appel tout aussi clair à l'adoption d'une convention sur l'élimination des armes nucléaires ou d'un autre instrument juridiquement contraignant au même effet<sup>332</sup>.

278. Deuxièmement, certaines délégations ont dit qu'il fallait considérer les armes nucléaires sous l'angle de la sécurité internationale, ou ont exprimé des doutes quant à la possibilité d'interdire purement et simplement ces armes. Certains participants se sont montrés favorables au pro-

<sup>330</sup> Mexico/Gobierno de la República, *Chair's Summary — Second Conference on the Humanitarian Impact of Nuclear Weapons*, Mexique, 14 février 2014, p. 2-3.

<sup>331</sup> Au nom de la Campagne internationale pour abolir les armes nucléaires (ICAN), coalition de plus de 350 entités de la société civile de 90 pays.

<sup>332</sup> L'Inde, par exemple, s'est déclarée favorable à un processus échelonné d'élimination des armes nucléaires, qui aboutirait à la conclusion d'une «convention universelle et non discriminatoire sur l'interdiction et l'élimination des armes nucléaires»; voir [www.reachingcriticalwill.org/images/documents/Disarmament-fora/nayarit-2014/statements/India.pdf](http://www.reachingcriticalwill.org/images/documents/Disarmament-fora/nayarit-2014/statements/India.pdf).

cessus «échelonné» de désarmement nucléaire (s'inscrivant dans le cadre du plan d'action des Etats parties au TNP), et ont engagé les Etats dotés d'armes nucléaires à prendre part à ce processus. Cependant, la majorité des Etats non dotés d'armes nucléaires, estimant que la formule du désarmement nucléaire échelonné s'était révélée inefficace, ont déclaré qu'il fallait procéder autrement.

279. Troisièmement, le président de la conférence a déclaré que la première étape sur la voie de l'élimination des armes nucléaires serait de les interdire; cette interdiction remédierait à l'anomalie qui tient à ce que les armes nucléaires sont les seules armes de destruction massive à ne pas être expressément interdites en droit. Le président a ajouté que, en cherchant à atteindre l'objectif d'un monde exempt d'armes nucléaires, les Etats agiraient conformément à leurs obligations de droit international, y compris celles que leur imposent le TNP et l'article I commun aux conventions de Genève relatives au droit international humanitaire; il a engagé les Etats à définir de nouvelles règles juridiques applicables aux armes nucléaires, notamment en adoptant un instrument juridiquement contraignant à l'occasion du 70<sup>e</sup> anniversaire des bombardements atomiques d'Hiroshima et de Nagasaki<sup>333</sup>.

### 3. La troisième conférence

280. La troisième conférence sur l'impact humanitaire des armes nucléaires, organisée dans le prolongement de celle de Mexico, a eu lieu à Vienne les 8 et 9 décembre 2014. Y étaient représentés 158 Etats, l'ONU, le CICR, la Croix-Rouge et le Croissant-Rouge, des organisations de la société civile et des universitaires. Parmi les Etats dotés de l'arme nucléaire qui étaient représentés figuraient l'Inde et le Pakistan, qui avaient participé aux deux conférences précédentes, et, pour la première fois, le Royaume-Uni; les Iles Marshall étaient également représentées.

281. Des *Hibakusha*, survivants des bombardements atomiques d'Hiroshima et de Nagasaki, sont une fois encore venus témoigner. Ils ont décrit l'«enfer sur terre» créé par les bombardements, ont dit que, «semant la mort sans discrimination, l'explosion des deux bombes» avait mis en évidence «le caractère illicite de ces armes» et montré que leur emploi était «en définitive l'expression du mal»<sup>334</sup>. Le représentant des Iles Marshall a évoqué les soixante-sept essais de bombes atomiques et de bombes à hydrogène réalisés dans la région du Pacifique sud entre 1946 et 1958, faisant observer que le plus puissant de ces engins, une bombe à hydrogène dont l'explosion avait été déclenchée lors de l'opération

<sup>333</sup> Voir <http://www.reachingcriticalwill.org/images/documents/Disarmament-fora/nayarit-2014/chairs-summary.pdf>.

<sup>334</sup> Voir Vienna Conference on the Humanitarian Impact of Nuclear Weapons (8-9 December 2014), Vienne, Austria's Federal Ministry for Europe, Integration and Foreign Affairs, 2015, p. 19.



«Bravo» le 1<sup>er</sup> mars 1954, avait une capacité de destruction mille fois supérieure à celle de la bombe d'Hiroshima; il a décrit les impacts de ces essais, dont des malformations congénitales «monstrueuses», et les souffrances à vie que les habitants de la région avaient dû continuer d'endurer des suites de «cancers de la thyroïde, cancers du foie et autres lésions cancéreuses provoquées par les radiations»<sup>335</sup>.

282. Le représentant du CICR a déclaré que les armes nucléaires ne pouvaient être employées qu'au mépris du principe de proportionnalité et en violation du droit international humanitaire (tant conventionnel que coutumier), du fait des maux superflus qu'elles infligent aux civils; il s'est dit très vivement préoccupé par le fait que les radiations se propageaient dans les zones habitées et par la contamination radioactive de l'environnement «et de tous les êtres humains se trouvant dans les parages»<sup>336</sup>. Le représentant du CICR a également fait observer que les armes nucléaires, «après avoir été pendant des décennies considérées essentiellement d'un point de vue technico-militaire en tant que symboles de puissance», donnaient lieu à des débats centrés de plus en plus sur les conséquences qu'aurait leur emploi «pour les individus, l'environnement et l'humanité tout entière»<sup>337</sup>, en quoi il voyait une évolution fondamentale et salutaire de l'attitude à l'égard de ces armes.

283. Dans une déclaration dont il a été donné lecture devant la conférence, Ban Ki-moon, Secrétaire général de l'ONU, s'est élevé contre les dépenses consacrées par les Etats à la modernisation de leurs arsenaux d'armes de destruction massive (au détriment de la lutte contre la pauvreté et le changement climatique). Rappelant que le droit international, tant conventionnel que coutumier, imposait aux Etats l'obligation de procéder au désarmement nucléaire, il a également condamné la doctrine de la «dissuasion nucléaire», dans les termes suivants :

«Les doctrines fondées sur la dissuasion nucléaire, loin de mettre un frein à la prolifération des armes nucléaires, en rendent la possession plus attrayante. L'augmentation du nombre des Etats dotés d'armes nucléaires compromet la stabilité mondiale... Plus on en sait sur l'impact humanitaire de ces armes, plus il devient évident que le désarmement est un impératif auquel il faut de toute urgence obéir.»<sup>338</sup>

284. La conférence de Vienne a permis de mieux mesurer les conséquences et les dangers de l'explosion d'engins nucléaires, au cours de débats consacrés dans une large mesure au cadre juridique dans lequel la question des armes nucléaires doit être considérée (et à ses lacunes)<sup>339</sup>. Il

<sup>335</sup> Voir Vienna Conference on the Humanitarian Impact of Nuclear Weapons (8-9 December 2014), Vienne, Austria's Federal Ministry for Europe, Integration and Foreign Affairs, 2015, p. 34.

<sup>336</sup> *Ibid.*, p. 58.

<sup>337</sup> *Ibid.*, p. 17.

<sup>338</sup> *Ibid.*, p. 16.

<sup>339</sup> *Ibid.*, p. 1-88.

a été rappelé que l'explosion d'une arme nucléaire, quelle qu'en soit la cause, entraînerait des effets qui seraient ressentis par-delà les frontières et pourraient s'étendre à l'échelle régionale, voire mondiale. Une telle explosion sèmerait dans une très vaste zone la destruction, la mort, la maladie, entraînerait des déplacements massifs de population et causerait des dommages graves qui auraient des répercussions à long terme sur l'environnement, le climat, la santé publique et le bien-être des populations, ainsi que sur le développement socio-économique et l'ordre social. Bref, les conséquences d'une telle explosion pourraient compromettre la survie même de l'humanité. Les participants à la conférence ont reconnu que les effets d'une explosion nucléaire, vu leur ampleur, leur multiplicité et leur enchaînement, seraient catastrophiques, et ont averti que ces effets, plus complexes qu'on ne le croyait généralement, pourraient se manifester à grande échelle et se révéler irréversibles.

285. Les Etats représentés à la conférence ont exprimé des opinions diverses sur les moyens de faire avancer le désarmement nucléaire. Les délégations de 29 d'entre eux ont demandé que soit négocié un instrument juridiquement contraignant qui interdirait les armes nucléaires. Plusieurs délégations ont estimé que l'impuissance à progresser vers l'adoption de telle ou telle mesure de désarmement ne devait pas empêcher de poursuivre de bonne foi des négociations sur d'autres moyens efficaces de parvenir à l'avènement d'un monde à jamais exempt d'armes nucléaires. Elles ont fait observer que les décisions prises en ce sens à l'échelle régionale, comme la création de zones exemptes d'armes nucléaires, s'étaient avérées très efficaces,

286. Comme il est relevé dans le rapport sur les travaux de la conférence de Vienne, celle-ci, comme celles d'Oslo et de Nayarit, a contribué à «faire mieux comprendre» la nature des «risques concrets» que présentent les armes nucléaires, et permis de mieux mesurer «les indicibles souffrances» qu'elles peuvent infliger, ainsi que les dévastations et les «conséquences humanitaires catastrophiques» qui résulteraient de leur emploi. La conférence a également fait la constatation suivante: «vu que la doctrine de la dissuasion nucléaire implique que les Etats se préparent à la guerre nucléaire, le risque d'une explosion nucléaire est bien réel»... «L'élimination totale des armes nucléaires est la seule vraie garantie contre le risque d'une explosion nucléaire»... «Cette interdiction s'impose parce qu'il en va de la survie même de l'humanité.» Cette constatation a amené la conférence à souligner l'importance de l'article VI du TNP et la nécessité de l'entrée en vigueur du traité d'interdiction complète des essais nucléaires<sup>340</sup>.

287. Je vais maintenant résumer les conclusions de la conférence de Vienne. Premièrement, il est établi que l'emploi et l'essai d'armes nucléaires ont des effets dévastateurs immédiats, à moyen terme et à long

<sup>340</sup> Voir Vienna Conference on the Humanitarian Impact of Nuclear Weapons (8-9 December 2014), Vienne, Austria's Federal Ministry for Europe, Integration and Foreign Affairs, 2015, p. 5-7.

terme. Dans plusieurs régions du monde, l'essai d'armes nucléaires a ainsi eu des conséquences graves sur la santé et l'environnement. La contamination radioactive qui a suivi les essais et l'emploi de ces armes a altéré de façon disproportionnée la santé des femmes et des enfants. Cette contamination s'est étendue à la chaîne alimentaire, et elle reste aujourd'hui encore mesurable dans l'atmosphère.

288. Deuxièmement, le risque d'une explosion nucléaire persistera tant qu'il y aura des armes nucléaires. Le risque qu'une telle explosion soit déclenchée accidentellement, par erreur, sans l'accord de l'autorité compétente ou délibérément est manifeste, vu la vulnérabilité des réseaux de contrôle aux erreurs humaines et aux cyberattaques, le maintien des arsenaux nucléaires à des niveaux d'alerte élevés, la pratique du déploiement avancé et la modernisation constante des armes nucléaires. De plus, il existe toujours un risque de voir des acteurs non étatiques, en particulier des groupes terroristes, s'emparer d'armes nucléaires ou de matières radioactives. Tous ces risques, qui s'aggravent avec le temps, sont inacceptables.

289. Troisièmement, du fait que la doctrine de la dissuasion nucléaire implique que les Etats se préparent à la guerre nucléaire, le risque de l'emploi d'armes nucléaires est bien réel. Il faut donc saisir sans plus tarder les chances qui s'offrent actuellement de réduire ce risque, notamment en adoptant des doctrines de défense abaissant le niveau d'alerte des arsenaux nucléaires et assignant un moindre rôle aux armes nucléaires. Cependant, même si le rôle assigné aux armes nucléaires se limite à la dissuasion, la possibilité qu'elles soient employées délibérément ou accidentellement demeure. L'interdiction totale des armes nucléaires est donc la seule garantie absolue contre le risque de leur utilisation.

290. Quatrièmement, il importe de garder à l'esprit que l'existence des armes nucléaires soulève en elle-même de graves problèmes moraux, qui dépassent largement le champ des débats et des interprétations juridiques. Plusieurs délégations ont affirmé que, pour assurer la survie de l'humanité, il fallait que les armes nucléaires ne puissent plus jamais être employées en aucune circonstance. Cinquièmement, aucun Etat ni aucune organisation internationale ne pourrait gérer convenablement l'urgence humanitaire qui suivrait immédiatement l'emploi d'une arme nucléaire ou remédier efficacement aux conséquences à long terme qui en résulteraient dans une zone habitée. Il faut donc bien voir que la seule garantie contre les conséquences humanitaires de l'emploi d'armes nucléaires consiste à obéir à l'impératif de prévention. Sixièmement, l'entrée en vigueur du traité d'interdiction complète des essais nucléaires est une condition essentielle des progrès du désarmement nucléaire et de l'instauration d'un régime de non-prolifération.

291. Septièmement, il est clair qu'il n'existe pas de règle de droit interdisant complètement et universellement la possession, le transfert, la fabrication et l'emploi d'armes nucléaires, autrement dit que le droit international, aujourd'hui encore, ne traite pas les armes nucléaires comme il traite les armes biologiques et chimiques. Cette situation est

non pas simplement une anomalie, comme on le dit souvent, mais une aberration, étant donné que les armes nucléaires sont beaucoup plus destructrices que celles des deux autres catégories. De toute manière, le droit international de l'environnement reste applicable en période de conflit armé, y compris à l'emploi d'armes nucléaires, même s'il ne comprend pas de règle visant spécifiquement ces armes. De même, les règles internationales en matière de santé publique s'appliqueraient aux effets de l'emploi d'armes nucléaires. Au vu des nouveaux éléments de preuve présentés lors des trois conférences sur l'impact humanitaire des armes nucléaires (2013-2014), il est extrêmement douteux que ces armes puissent jamais être employées dans le respect du droit international humanitaire.

#### 4. Les suites des trois conférences: l'« engagement humanitaire »

292. Lors de la conférence de Vienne de 2014, bien que quelques délégations se soient montrées sceptiques quant à l'efficacité d'une interdiction des armes nucléaires, l'écrasante majorité des Etats parties au TNP qui y étaient représentés ont dit qu'ils comptaient que la conférence d'examen du traité prévue pour 2015 prendrait acte des avancées enregistrées depuis la précédente conférence d'examen, y compris les conclusions des trois conférences sur l'impact humanitaire des armes nucléaires, et qu'elle définirait les étapes à franchir pour débarrasser définitivement le monde des armes nucléaires. A l'issue de la conférence, l'Autriche, en tant que pays hôte, a proposé l'adoption d'un « engagement » par lequel les Etats parties au TNP réaffirmeraient leur volonté de remplir pleinement et sans tarder leurs obligations aux termes de l'article VI du traité, et définiraient et promettaient de prendre des mesures efficaces en vue de combler les lacunes du droit international quant à l'interdiction et l'élimination des armes nucléaires<sup>341</sup>.

293. Ce texte comprenait également un appel adressé aux Etats dotés d'armes nucléaires pour qu'ils prennent, dans un premier temps, des mesures concrètes de nature à réduire le risque de déclenchement d'une explosion nucléaire, consistant notamment à adopter des doctrines de défense assignant un moindre rôle aux armes nucléaires. En souscrivant à l'« engagement », les Etats reconnaîtraient: *a)* que la question des droits et des besoins des victimes de l'emploi ou de l'essai d'armes nucléaires n'avait pas encore été convenablement traitée; *b)* que tous les Etats partageaient la responsabilité d'empêcher tout emploi d'armes nucléaires; et *c)* que les conséquences de l'emploi d'armes nucléaires soulevaient de très graves questions de morale et d'éthique qui débordaient le champ des débats sur la licéité de ces armes.

<sup>341</sup> Voir [http://www.bmeia.gv.at/fileadmin/user\\_upload/Zentrale/Aussenpolitik/Abruestung/-HINW14/HINW14Vienna\\_Pledge\\_Document.pdf](http://www.bmeia.gv.at/fileadmin/user_upload/Zentrale/Aussenpolitik/Abruestung/-HINW14/HINW14Vienna_Pledge_Document.pdf). Le texte de l'« engagement » ne renvoie qu'aux obligations que le TNP impose aux Etats. Il ne fait aucune mention des obligations de droit international coutumier.

294. Peu avant l'ouverture de la conférence, soixante-six Etats avaient déjà signifié qu'ils souscriraient à l'«engagement»; à la fin de la conférence, cent sept Etats avaient souscrit à ce texte (rebaptisé «engagement humanitaire»), lui conférant une autorité véritablement internationale<sup>342</sup>. Le 7 décembre 2015, l'Assemblée générale des Nations Unies a repris dans sa résolution 70/48 l'essentiel de la teneur de l'engagement humanitaire. En avril 2016, le nombre des Etats ayant souscrit à l'engagement humanitaire atteignait cent vingt-sept; comme il fallait s'y attendre, aucun des Etats dotés d'armes nucléaires ne figurait parmi eux.

295. Des initiatives récentes, dont l'organisation des conférences sur l'impact humanitaire des armes nucléaires, ont dûment mis en avant les conséquences humanitaires des explosions d'armes nucléaires. Je vois dans le recentrage sur les peuples de la perspective dans laquelle est abordée l'ensemble de la question le signe d'un effort salutaire de lucidité, devant l'inconsistance de la stratégie dite de «dissuasion» et la menace des conséquences catastrophiques de l'emploi d'armes nucléaires. Les Etats dotés de telles armes, quant à eux, en choisissant de procéder «par étapes» pour remplir les obligations leur incombant aux termes de l'article VI du TNP, semblent avoir marqué leur préférence pour une démarche privilégiant les rapports interétatiques, qui les a conduits à un blocage, une impasse.

296. Les obligations concernant le désarmement nucléaire étant des obligations de résultat, un processus «échelonné» ne saurait se prolonger indéfiniment, cependant que les Etats qui y sont engagés entretiennent la menace de l'épée de Damoclès nucléaire. La démarche «échelonnée», qui jusqu'à présent n'a produit aucun résultat concret notable, semble faire abstraction de ce que les Nations Unies ont maintes fois réaffirmé l'obligation de procéder au désarmement nucléaire (voir plus haut). Après tout, l'interdiction absolue des armes nucléaires, sous ses multiples aspects<sup>343</sup>, relève d'une obligation de *jus cogens* (voir plus haut). Comme l'ont montré les conférences sur l'impact humanitaire des armes nucléaires, ces armes sont par nature inhumaines, constatation qui confirme que la stratégie dite de «dissuasion» est inconsistante et n'est pas viable (voir plus haut).

297. Depuis la dernière de ces trois conférences (2013 et 2014), le nombre des ogives nucléaires a légèrement diminué (pendant la période 2014-2016)<sup>344</sup>, mais les Etats dotés d'armes nucléaires ont néanmoins continué de moderniser leurs programmes d'armement nucléaire, ce qui

<sup>342</sup> Voir [http://www.bmeia.gv.at/fileadmin/user\\_upload/Zentrale/Aussenpolitik/Abruestung/-HINW14/HINW14](http://www.bmeia.gv.at/fileadmin/user_upload/Zentrale/Aussenpolitik/Abruestung/-HINW14/HINW14).

<sup>343</sup> Cette interdiction implique que soient prises des mesures couvrant sans aucune exception l'emploi, la menace de l'emploi, la mise au point, la fabrication, l'acquisition, la possession, le stockage et le transfert d'armes nucléaires.

<sup>344</sup> Le nombre des ogives nucléaires, qui était de 16 300 en 2014, a été ramené à 15 850 en 2015 et 15 395 au début de 2016.

signifie qu'il ne faut pas compter que les armes nucléaires soient abandonnées dans l'avenir prévisible<sup>345</sup>. Néanmoins, la conscience grandissante des conséquences humanitaires de l'emploi d'armes nucléaires laisse poindre la possibilité d'élaborer un «cadre déontologique qui, eu égard à la capacité inégalée des armes nucléaires d'infliger des souffrances inhumaines, établirait que l'emploi de telles armes est illicite en soi»<sup>346</sup>.

298. *Tempus fugit*. Il reste un long chemin à parcourir pour débarrasser le monde des armes nucléaires. Les Nations Unies ont appelé l'attention sur l'urgence du désarmement nucléaire. Elles l'ont fait à maintes reprises et, tout récemment, à l'occasion de la création en décembre 2015 d'un groupe de travail à composition non limitée de l'Assemblée générale chargé d'étudier les mesures juridiques concrètes et efficaces nécessaires à l'instauration d'un monde exempt à jamais d'armes nucléaires<sup>347</sup>. Dans sa résolution portant création du groupe de travail, l'Assemblée générale a souligné l'importance du multilatéralisme, de l'adoption d'une «démarche inclusive» (impliquant la participation de tous les Etats Membres de l'ONU), et de la contribution, complétant celle des Etats, des organisations internationales, de la société civile et du monde universitaire<sup>348</sup>. Elle a également réaffirmé qu'il était «urgent de progresser sur le fond dans les négociations multilatérales sur le désarmement nucléaire» pour permettre «l'avènement définitif d'un monde sans armes nucléaires»<sup>349</sup>.

299. Il est à noter que toutes les activités et initiatives que je viens de passer en revue (conférences d'examen du TNP, création de zones exemptes d'armes nucléaires, conférences sur l'impact humanitaire des armes nucléaires), auxquelles ont fait référence les Parties aux trois affaires sur lesquelles la Cour vient de se prononcer (*Obligations relatives à des négociations concernant la cessation de la course aux armes nucléaires et le désarmement nucléaire*), sortaient du cadre strictement interétatique. Il est à mon sens indispensable, dans le domaine considéré ici, d'adopter une perspective qui, outre les Etats, englobe les peuples et l'humanité, qui ont lieu de craindre pour leur survie.

XX. CONSIDÉRATIONS FINALES: L'EXISTENCE D'UNE *OPINIO JURIS*  
*COMMUNIS* INSPIRÉE PAR LA CONSCIENCE (*RECTA RATIO*), QUI PRIME  
DE BEAUCOUP LA «VOLONTÉ»

300. Les armes nucléaires ont dès leur conception été associées à la perspective de destructions inouïes. Il faut se souvenir que les premières bombes atomiques ont été fabriquées à une époque — le deuxième conflit

<sup>345</sup> Voir *SIPRI Yearbook 2016: Armaments, Disarmament and International Security*, Stockholm-Solna, SIPRI, 2016, chap. 16, p. 609-667.

<sup>346</sup> ILPI, *Evidence of Catastrophe — A Summary of the Facts Presented at the Three Conferences on the Humanitarian Impact of Nuclear Weapons*, Oslo, ILPI, 2015, p. 15.

<sup>347</sup> Résolution 33/70 de l'Assemblée générale, adoptée le 7 décembre 2015.

<sup>348</sup> *Ibid.*, préambule, al. 8 et 14-15.

<sup>349</sup> *Ibid.*, dispositif, par. 2.

mondial — où la « guerre totale », cette abomination, semait la destruction et la dévastation en violation flagrante du droit international humanitaire et du droit international des droits de l'homme<sup>350</sup>. Les armes nucléaires ont été fabriquées, puis employées, au mépris total des principes fondamentaux de droit international, à l'ère nucléaire, celle d'un monde sans loi. La stratégie de « dissuasion » procède d'une « dialectique de la défiance » qui, à un moment imprévisible, précipitera le monde dans le néant. D'où l'importance capitale de négociations propres à conduire au désarmement général qui, comme le relevait Raymond Aron au début des années 1960, n'a « jamais été pris au sérieux » par les superpuissances<sup>351</sup>.

301. Enfin, je voudrais revenir à un point essentiel dont j'ai traité plus haut (voir sect. XVI), à savoir la formation d'une *opinio juris communis* quant à l'obligation de procéder au désarmement nucléaire. Les considérations fondamentales d'humanité ont un rôle important à jouer dans le développement du droit des nations. Lorsqu'une question met en jeu bien plus que les intérêts des Etats pris individuellement, ce sont ces considérations qui inspirent l'*opinio juris* qui se forme à son sujet. A plus d'une occasion, la Cour (dans différents contextes) a tenu compte de résolutions de l'Assemblée générale des Nations Unies dans lesquelles elle voyait l'expression du droit international.

302. Par exemple, dans son célèbre avis consultatif du 21 juin 1971 sur la *Namibie*, elle a considéré en particulier deux résolutions de l'Assemblée générale qui avaient à son avis contribué à la formation d'une *opinio juris*<sup>352</sup>. De même, dans son avis consultatif du 16 octobre 1975 sur le *Sahara occidental*, la Cour a pris en considération et analysé en détail plusieurs résolutions de l'Assemblée générale<sup>353</sup>. Autres exemples : l'avis consultatif du 9 juillet 2004 sur les *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*<sup>354</sup>, ou encore celui du 22 juillet 2010 sur la *Déclaration unilatérale d'indépendance relative au Kosovo*<sup>355</sup>.

<sup>350</sup> Voir, entre autres, J. Lukacs, *L'héritage de la Seconde Guerre mondiale*, Paris, Ed. F.-X. de Guibert, 2011, p. 38-39, 55, 111 et 125-148; I. Kershaw, *To Hell and Back — Europe 1914-1949*, Londres, Penguin, 2016, p. 7, 356, 407, 418, 518 et 521.

<sup>351</sup> R. Aron, *Paz e Guerra entre as Nações*, 1962, Brasília, Ed. Universidade de Brasília, 1979, p. 413, 415, 421-422 et 610. Raymond Aron expose dans cet ouvrage ses réflexions sur l'ère nucléaire dans le contexte des tensions de la guerre froide, et sur les nouveaux défis et dangers qui menaçaient et menacent encore l'avenir de l'humanité; voir R. Aron, *Paix et guerre entre les nations*, 8<sup>e</sup> éd., Paris, Ed. Calmann-Lévy, 2015, p. 13-770.

<sup>352</sup> Il s'agit des résolutions A/RES/1514 (XV) du 14 décembre 1960 et A/RES/2145 (XXI) du 27 octobre 1966, toutes deux relatives au droit des peuples à disposer d'eux-mêmes; voir *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, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1971*, p. 31, 45 et 49-51.

<sup>353</sup> *C.I.J. Recueil 1975*, p. 20, 23, 26-37, 40, 57 et 67-68.

<sup>354</sup> *C.I.J. Recueil 2004 (I)*, p. 171-172, par. 86-88.

<sup>355</sup> *C.I.J. Recueil 2010 (II)*, p. 437, par. 80 (la Cour y fait référence à une résolution de l'Assemblée générale « qui reflète le droit international coutumier »).

Dans son avis consultatif de 1996 sur la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, la Cour a retenu, encore qu'en des termes assez restrictifs, une série de résolutions de l'Assemblée générale comme reflétant l'émergence et l'évolution d'une *opinio juris* (C.I.J. *Recueil 1996 (I)*, p. 254-255, par. 70). Elle aurait pu aller beaucoup plus loin.

303. L'idée qu'une *opinio juris* contribue à la formation du droit international est loin d'être neuve, et elle est maintenant largement admise. Dès le XIX<sup>e</sup> siècle, les théoriciens du droit de l'école dite « historique » (F. K. von Savigny et G. F. Puchta) et la jurisprudence inspirée par cette école, s'écartant de la conception volontariste, ont progressivement dévalué la « volonté » des Etats, et accrédité la thèse selon laquelle une *opinio juris*, lorsqu'elle est l'expression de la « conscience juridique » des nations et des peuples, fait qu'une pratique peut devenir le droit. Au fil du temps, l'idée que la conscience juridique collective prime la « volonté » des Etats s'est affirmée en réaction au comportement de certains Etats peu disposés à se plier aux règles régissant des questions mettant en jeu les intérêts communs à tous les membres de la communauté internationale.

304. Cette évolution a influé sur le mode de formation des règles de droit international coutumier, processus qui est loin de se limiter à l'intégration des apports de l'une ou l'autre des « sources » formelles du droit. L'*opinio juris communis* en est ainsi venue « à prendre une dimension beaucoup plus vaste que si elle était simplement considérée comme l'élément psychologique nécessaire pour qu'une coutume devienne le droit »<sup>356</sup>. L'*opinio juris* est devenue un élément essentiel de la *formation* du droit international, tendant à faire de celui-ci un *droit de la conscience*. Cette tendance a eu pour effet de réduire l'influence exercée unilatéralement par les Etats les plus puissants, et de favoriser le développement d'un droit international se voulant en adéquation avec l'intérêt général, conçu pour le bien de l'ensemble de la communauté internationale.

305. On en est venu à considérer que les fondements de l'ordre juridique international étaient indépendants de la « volonté » des Etats pris individuellement et la transcendaient, l'*opinio juris communis* étant désormais vue comme l'expression de la « conscience juridique » non seulement des nations et des peuples, comme l'avaient en leur temps soutenu les juristes de l'« école historique », mais de la communauté internationale tout entière, ce qui va dans le sens de l'universalisation du droit interna-

<sup>356</sup> A. A. Cançado Trindade, *International Law for Humankind — Towards a New Jus Gentium*, *op. cit. supra* note 132, p. 137; voir également p. 138; voir R. Huesa Vinaixa, *El Nuevo Alcance de la «Opinio Juris» en el Derecho Internacional Contemporáneo*, Valence, Tirant lo Blanch, 1991, p. 30-31 et 36-38; voir également p. 76-77, 173, 192, 194, 199 et 204-205; R. E. Piza Escalante, «La «Opinio Juris» como Fuente Autónoma del Derecho Internacional («Opinio Juris» y «Jus Cogens»)», *Relaciones Internacionales — Heredia/C.R.*, vol. 39, 1992, p. 61-74; J. I. Charney, «International Lawmaking — Article 38 of the ICJ Statute Reconsidered», dans *New Trends in International Lawmaking — International «Legislation» in the Public Interest* (actes du symposium de Kiel, mars 1996), Berlin, Duncker & Humboldt, 1997, p. 180-183 et 189-190.



tional. Selon moi, cette conception du droit international comme étant l'expression de la conscience collective convient tout particulièrement à l'examen d'une question telle que le désarmement nucléaire, dont l'enjeu est la survie de l'humanité.

306. Dans un ouvrage publié en 1983, Wang Tieya écrivait qu'il ne fallait pas minimiser l'importance des résolutions de l'Assemblée générale des Nations Unies, en particulier de ses résolutions déclaratoires. Considérant que ces résolutions clarifiaient les règles et principes de droit international, il soutenait «qu'il [était] faux de prétendre qu'elles n'[avaient] aucune influence sur la formation du droit pour la seule raison qu'elles [n'étaient] pas *strictu sensu* contraignantes». Il ajoutait ceci : «étant l'expression des convictions de la majorité des Etats, les résolutions de l'Assemblée générale peuvent, à tout le moins, servir d'indicateurs de la direction générale dans laquelle se développe le droit international»<sup>357</sup>. Il poursuivait en disant que ces résolutions, reflétant la position de l'«écrasante majorité des Etats», avaient «accélééré le développement du droit international en contribuant au processus de cristallisation transformant les règles émergentes en «des normes clairement définies»<sup>358</sup>. Durant la même décennie, d'autres auteurs ont également fait observer que les résolutions de l'Assemblée générale avaient servi à exprimer, au fil des ans, «la conception d'un monde de justice et d'équité» et à illustrer «dans quel esprit et dans quels buts» les Nations Unies y adhéraient<sup>359</sup>.

307. Dans une série de cours que j'ai donnés en 1988 à l'Institut du droit international public et des relations internationales de Thessalonique, j'ai tout d'abord traité de l'interpénétration du droit international coutumier et du droit international conventionnel — reconnue par la Cour —<sup>360</sup>, et expliqué en quoi les résolutions de l'Assemblée générale pouvaient contribuer à l'émergence d'une *opinio juris communis*<sup>361</sup>. J'ai ensuite expliqué pourquoi je rejetais la «position strictement volonta-

<sup>357</sup> Wang Tieya, «The Third World and International Law», *The Structure and Process of International Law: Essays in Legal Philosophy Doctrine and Theory* (ouvrage collectif publié sous la dir. de R. St. J. Macdonald et D. M. Johnston), La Haye, M. Nijhoff, 1983, p. 964.

<sup>358</sup> *Ibid.*, p. 964-965.

<sup>359</sup> B. Sloan, «General Assembly Resolutions Revisited (Forty Years Later)», *British Year Book of International Law*, vol. 58, 1987, p. 80; voir également p. 116, 137 et 141.

<sup>360</sup> Par exemple, au cours des procédures relatives aux affaires des *Essais nucléaires* (1973-1974), l'un des Etats demandeurs (l'Australie), lors de l'audience du 8 juillet 1974, a rappelé que, dans les affaires du *Plateau continental de la mer du Nord* (C.I.J. Recueil 1969, p. 41), la Cour avait considéré qu'une règle conventionnelle pouvait venir s'ajouter au *corpus* du droit international général, et devenir ainsi également une règle de droit coutumier; voir C.I.J. *Mémoires*, affaires des *Essais nucléaires* (vol. I: *Australie c. France*, 1973-1974), p. 503. J'ajouterai qu'une règle de droit coutumier peut aussi se cristalliser en une règle conventionnelle. Le droit international n'est pas statique (contrairement à ce que pensent à tort les tenants du positivisme juridique; il est par nature dynamique).

<sup>361</sup> A. A. Cançado Trindade, «Contemporary International Law-Making: Customary International Law and the Systematization of the Practice of States», *Sources of International Law (Thesaurus Acroasium*, vol. XIX), Thessalonique, Institut du droit international public et des relations internationales, 1992, p. 68 et 71.

riste» dont procédait «la pratique inacceptable du «refus systématique»», ajoutant que le désaccord de «tel ou tel Etat ne saurait empêcher la création de nouvelles règles ou obligations de droit international coutumier» issues de l'*opinio juris communis* plutôt que de la *voluntas* des Etats<sup>362</sup>.

308. J'ai poursuivi en soutenant que, à mesure que le droit international évoluait, il était apparu de plus en plus évident que le positivisme volontariste était «totalement incapable» de rendre compte de l'élément consensuel de la formation des obligations de droit international coutumier; j'ai fait observer que, «contrairement à ce que prétend[ai]ent les tenants du positivisme volontariste», qui s'obstinaient à voir dans le consentement des Etats pris individuellement la condition essentielle du développement du droit, «les esprits libres [avaient] été les premiers à se rebeller» contre l'immobilisme et à chercher comment le droit international pouvait contribuer à la solution de problèmes nouveaux intéressant la communauté internationale tout entière, ce qui impliquait la reconnaissance d'obligations s'imposant à tous les Etats<sup>363</sup>.

309. En conclusion de ma réfutation du positivisme volontariste, j'affirmais que, pour établir les fondements consensuels d'un système juridique répondant aux besoins et aux aspirations de tous les peuples, il fallait que le développement progressif du droit international procède de la conscience collective, d'où la nécessité de prêter la plus grande attention au droit international coutumier. A mon sens, les principes généraux de droit (*prima principia*) confèrent à l'ordre juridique interne des Etats comme à l'ordre juridique international leur indispensable dimension axiologique<sup>364</sup>. Aujourd'hui, après près de vingt ans, je réaffirme sans hésiter ma position quant à l'existence en droit international tant coutumier que conventionnel de l'obligation d'éliminer les armes nucléaires afin de lever la menace inhumaine qu'elles font peser sur le monde.

310. Il me paraît utile, à ce stade de mon exposé, de relever que les résolutions adoptées par l'Assemblée générale ou le Conseil de sécurité des Nations Unies le sont au nom non pas des Etats qui les votent, mais de l'Organisation des Nations Unies elle-même, et que, en conséquence, *elles valent pour tous les Etats Membres* de l'ONU. Il en va ainsi des résolutions que j'ai passées en revue plus haut. L'Organisation des Nations Unies, ne l'oublions pas, est dotée de la personnalité juridique internationale, ce qui lui confère la capacité d'agir sur le plan international en tant qu'entité distincte des Etats Membres considérés individuellement; cette autonomie est conforme au principe de l'égalité juridique des Etats et atténue l'inquiétante vulnérabilité des Etats en position de fai-

<sup>362</sup> *Op. cit. supra* note 361, p. 78-79.

<sup>363</sup> *Ibid.*, p. 126-129.

<sup>364</sup> *Ibid.*, p. 128-129; A. A. Cançado Trindade, «The Contribution of Latin American Legal Doctrine to the Progressive Development of International Law», *RCADI*, vol. 376, 2014, p. 9-92, en particulier p. 75-76.

blesse, comme le sont les Etats non dotés d'armes nucléaires; par une action multilatérale soucieuse du bien commun de l'humanité, l'ONU cherche à atteindre des buts que partagent tous les membres de la communauté internationale<sup>365</sup>, dont le désarmement nucléaire.

311. Les Etats dotés d'armes nucléaires ne constituent qu'un petit groupe, et ne sauraient négliger ou sous-estimer des résolutions réaffirmées année après année, au prétexte qu'ils ont voté contre ou se sont abstenus lors de leur adoption. Une fois adoptées, ces résolutions valent pour tous les Etats Membres de l'ONU. Elles sont des résolutions de l'Organisation des Nations Unies elle-même, et pas seulement de la vaste majorité des Etats Membres qui les ont votées. Les résolutions dans lesquelles l'Assemblée générale revient avec insistance sur des questions intéressant l'humanité dans son ensemble (telles que l'existence des armes nucléaires) ont, selon moi, valeur normative. C'est faire fausse route que de les considérer dans la perspective étroite du positivisme volontariste.

312. Comme je l'ai déjà dit, la conscience est d'un ordre supérieur à celui de la «volonté». La conscience juridique universelle doit être placée bien au-dessus de la «volonté» des Etats pris individuellement, et c'est elle qui s'exprime dans les résolutions de l'Assemblée générale, inspirées par des principes généraux de droit international qui donnent corps aux valeurs et aux aspirations de l'ensemble de la communauté internationale et de l'humanité<sup>366</sup>. Cette observation vaut, je le répète, pour les résolutions que j'ai passées en revue plus haut. Les valeurs qui trouvent leur expression dans ces *prima principia* sont celles qui inspirent et fondent tout ordre juridique.

313. Les principes généraux de droit (*prima principia*) confèrent selon moi à l'ordre juridique interne des Etats et à l'ordre juridique international leur indispensable dimension axiologique. Néanmoins, les tenants du positivisme juridique et du «réalisme politique», toujours très attentifs aux intérêts des plus puissants, persistent dans leur erreur fondamentale, consistant à négliger l'importance de ces principes, qui, encore une fois, constituent les fondements de tout système juridique, et informent et conforment les règles à suivre dans la recherche de la justice. L'histoire nous enseigne que négliger ces principes entraîne des conséquences désastreuses<sup>367</sup>.

314. Au cours des dernières décennies, lesdits principes ont contribué à la formation d'un vaste *corpus juris* sur des questions intéressant la communauté internationale tout entière, telles que le désarmement nucléaire. Leur rôle grandissant dans le développement du droit est le signe que le

<sup>365</sup> Voir A. A. Cançado Trindade, *Direito das Organizações Internacionais*, 6<sup>e</sup> éd. rév., Ed. Belo Horizonte/Brésil, Ed. Del Rey, 2014, p. 51 et 530-531.

<sup>366</sup> A. A. Cançado Trindade, *International Law for Humankind — Towards a New Jus Gentium*, *op. cit. supra* note 132, p. 129-138.

<sup>367</sup> A. A. Cançado Trindade, *A Humanização do Direito Internacional*, 2<sup>e</sup> éd. rév., Belo Horizonte/Brésil, 2015, p. 6-24; A. A. Cançado Trindade, *Os Tribunais Internacionais e a Realização da Justiça*, *op. cit. supra* note 255, p. 410-418.

paradigme interétatique traditionnel de l'ordre juridique international est maintenant dépassé<sup>368</sup>. C'est là une réalité qu'on ne saurait continuer d'éluider. Le fait que les procédures contentieuses engagées devant elle opposent des Etats ne justifie aucunement que la Cour, dans ses raisonnements, doive s'en tenir à un point de vue interétatique. En sa qualité d'«organe judiciaire principal des Nations Unies», qu'elle tient de l'article 92 de la Charte des Nations Unies, elle doit considérer, outre les Etats, les peuples au nom desquels la Charte a été adoptée. Lorsqu'elle est appelée à se prononcer sur des affaires contentieuses telles que celle dont il est ici question, opposant les Iles Marshall à l'Inde au sujet d'*Obligations relatives à des négociations concernant la cessation de la course aux armes nucléaires et le désarmement nucléaire*, elle doit garder à l'esprit des considérations fondamentales d'humanité et tenir compte de leur incidence aussi bien sur les questions de recevabilité et de compétence que sur les questions de fond.

#### XXI. ÉPILOGUE: RÉCAPITULATION

315. Alors que je parviens au terme de l'exposé de mon opinion dissidente, j'ai le sentiment d'être en paix avec ma conscience; je ne doute pas que les considérations que j'ai cru bon de faire valoir montrent à l'évidence que ma position sur tous les points traités dans l'arrêt qui vient d'être prononcé est diamétralement opposée à celle adoptée par la majorité des membres de la Cour qui, considérant que l'existence d'un différend d'ordre juridique entre les Parties n'avait pas été établie, a conclu que celle-ci n'avait pas compétence pour connaître des demandes présentées par les Iles Marshall dans leur requête, et qu'elle ne pouvait donc pas procéder à l'examen de l'affaire au fond. Je suis en désaccord total avec ces conclusions: à mon avis, il y avait bien entre les Parties un différend relevant de la compétence de la Cour. Il existe une obligation de droit international tant conventionnel que coutumier de procéder au désarmement nucléaire, et il incombait à la Cour de procéder à l'examen de l'affaire au fond pour déterminer si le défendeur y avait effectivement manqué.

316. Ma position dissidente est fondée non seulement sur mon appréciation des moyens qu'ont fait valoir les Parties, mais aussi, et surtout, sur des considérations ayant trait à des principes et valeurs fondamentaux auxquels j'attache la plus grande importance. Etant en désaccord avec la majorité sur tous les points traités dans l'arrêt, que ce soit dans l'exposé du raisonnement de la Cour ou dans ses conclusions, j'ai estimé que mon souci de contribuer du mieux que je le peux à l'exercice de la fonction judiciaire internationale m'imposait le devoir de laisser une trace officielle des motifs de mon dissentiment, sous la forme du présent exposé de mon

<sup>368</sup> A. A. Cançado Trindade, *Direito das Organizações Internacionais*, op. cit. supra note 365, p. 530-537.

opinion dissidente. Il me paraît utile, alors que je touche à la fin de cet exposé, de récapituler tous les points que j'y ai soulevés, afin de les faire ressortir plus clairement et de mettre en évidence leur interdépendance.

317. *Primus*: selon la jurisprudence constante de la Cour, un différend est un désaccord sur un point de droit ou de fait, une contradiction, une opposition de thèses juridiques ou d'intérêts entre deux personnes. L'existence d'un différend (au moment du dépôt d'une requête) doit être établie objectivement par la Cour. Elle peut l'être par inférence. *Secundus*: la règle qui veut que l'existence d'un différend soit établie objectivement n'a pas pour objet de protéger les Etats défendeurs, mais de garantir le bon exercice par la Cour de sa fonction judiciaire. *Tertius*: pour que l'existence d'un différend puisse être établie, il n'est pas nécessaire que l'Etat demandeur ait informé l'Etat ou les Etats défendeurs de son intention de saisir la Cour, ni que les négociations diplomatiques aient été «épuisées», ni non plus que l'Etat demandeur, préalablement au dépôt de sa requête, ait informé l'Etat ou les Etats défendeurs de ses griefs; bref, c'est à la Cour elle-même qu'il appartient de déterminer objectivement s'il existe ou non un différend.

318. *Quartus*: les Iles Marshall, d'une part, et le Royaume-Uni, l'Inde et le Pakistan, d'autre part, ont pris des positions et adopté des comportements différents relativement à la question en cause, révélant une opposition de thèses juridiques dont la constatation aurait dû suffire à la Cour pour établir objectivement l'existence d'un différend. *Quintus*: rien ne justifie en droit que la Cour tente d'élever le seuil de détermination de l'existence d'un différend; selon sa jurisprudence constante, elle s'est expressément gardée de suivre en la matière une démarche formaliste de nature à restreindre l'accès à la justice internationale. Elle a au contraire constamment réservé sa prérogative de *déterminer objectivement* l'existence d'un différend, évitant de fonder son appréciation, comme elle l'a fait en l'espèce, sur un critère subjectif, à savoir la «connaissance» que les Etats défendeurs pouvaient avoir eue ou non, préalablement au dépôt de la requête, du différend qui y était allégué.

319. *Sextus*: les séries de résolutions adoptées au fil des années par l'Assemblée générale des Nations Unies (celles mettant en garde contre les dangers des armes nucléaires, adoptées de 1961 à 1981, celles demandant le gel des arsenaux nucléaires, adoptées de 1982 à 1992, celles condamnant les armes nucléaires, adoptées de 1982 à 2015, et celles relatives à la suite donnée à l'avis consultatif donné par la Cour en 1996, adoptées de 1996 à 2015) font autorité et ont une valeur juridique. *Septimus*: leur autorité et leur valeur juridique ont été dûment reconnues devant la Cour en 1995 lors de la procédure qui a abouti au prononcé de son avis consultatif de 1996. *Octavus*: comme l'Assemblée générale, le Conseil de sécurité s'est montré préoccupé par la question en cause dans les affaires sur lesquelles la Cour vient de se déclarer incompétente, ce dont témoignent ses débats et résolutions sur le désarmement nucléaire.

320. *Nonus*: l'adoption des résolutions susmentionnées et d'autres initiatives illustrent la longue saga de la condamnation par les Nations Unies des armes nucléaires. *Decimus*: le fait que d'autres armes de destruction

massive (les gaz toxiques, les armes biologiques et chimiques) ont été interdites alors que les armes nucléaires, pourtant beaucoup plus destructrices, ne le sont toujours pas, constitue une absurdité juridique. Après s'être formée progressivement, l'obligation de procéder au désarmement nucléaire s'est maintenant cristallisée en droit international aussi bien conventionnel que coutumier, évolution à laquelle les Nations Unies, au fil des décennies, ont apporté une contribution précieuse.

321. *Undecimus*: en l'espèce, les arguments et contre-arguments des Parties montrent que la question des résolutions des Nations Unies et de l'émergence d'une *opinio juris communis* quant à l'obligation de procéder au désarmement nucléaire a retenu leur attention. *Duodecimus*: le mal hante le destin de l'humanité depuis d'innombrables siècles. Après l'avènement de l'ère nucléaire en août 1945, certains des plus grands penseurs de notre temps en sont venus à se demander si l'humanité avait encore un avenir et ont appelé l'attention sur l'impératif du respect de la vie et sur l'importance des valeurs humanistes. *Tertius decimus*: certains théoriciens du droit international ont, pour leur part, insisté sur la prééminence qu'il est nécessaire d'accorder à la conscience humaine (la conscience juridique universelle) sur le volontarisme étatique.

322. *Quartus decimus*: la Charte des Nations Unies est attentive aux peuples; les conférences de la série récemment organisée par les Nations Unies avaient pour dénominateur commun la reconnaissance de la légitimité des préoccupations éprouvées par la communauté internationale tout entière quant aux conditions d'existence et au bien-être des peuples partout dans le monde. *Quintus decimus*: les principes généraux de droit (*prima principia*) sont le fondement de tout système juridique. Ils en informent et conforment les règles, dont ils guident l'application, et ils sont là pour rappeler la primauté du *jus necessarium* sur le *jus voluntarium*.

323. *Sextus decimus*: la nature d'une affaire portée devant la Cour peut exiger que celle-ci raisonne sans s'en tenir à un point de vue strictement interétatique; l'affaire ici considérée, portant sur l'obligation de procéder au désarmement nucléaire, exigeait que la Cour concentre son attention sur les peuples, en adoptant un point de vue humaniste, au lieu de chercher à ménager les susceptibilités qui se manifestent dans les relations interétatiques. *Septimus decimus*: le fait que les procédures contentieuses engagées devant elle opposent des Etats ne signifie aucunement que la Cour doive raisonner d'un point de vue strictement interétatique. La question du désarmement nucléaire intéresse l'humanité tout entière.

324. *Duodevicesimus*: l'affaire sur laquelle je m'exprime ici met en évidence la suprême importance des principes fondamentaux, dont le principe de l'égalité juridique des Etats, le principe d'humanité et l'idée d'une justice objective. *Undevicesimus*: les inégalités de fait et la stratégie dite de «dissuasion» ne sauraient entamer l'égalité juridique des Etats. *Vicesimus*: les tenants de la doctrine de la «dissuasion» ne sauraient continuer de traiter comme quantité négligeable les séries de résolutions par lesquelles l'Assemblée générale a exprimé une *opinio juris communis* condamnant les armes nucléaires. *Vicesimus primus*: il découle des principes

généraux de droit international comme de la doctrine du droit international que l'existence des armes nucléaires est contraire au droit international, au droit international humanitaire et au droit international des droits de l'homme, ainsi qu'à la Charte des Nations Unies.

325. *Vicesimus secundus*: il faut traiter la question du désarmement nucléaire du point de vue des peuples, en gardant à l'esprit le droit fondamental à la vie ; la *raison d'humanité* prime la *raison d'Etat*. Il importe que l'attention accordée aux conséquences dévastatrices et catastrophiques de l'emploi d'armes nucléaires ne se relâche pas. *Vicesimus tertius*: le désarmement nucléaire, auquel aspirent les peuples du monde entier, ne saurait être subordonné au consentement de tel ou tel Etat. La conscience juridique universelle prime de beaucoup la «volonté» de l'Etat. *Vicesimus quartus*: les interdits absolus frappant la privation arbitraire de la vie, l'infliction de traitements cruels, inhumains ou dégradants, ou l'infliction de maux superflus, sont des interdits de *jus cogens* qui ont une incidence sur le droit international des droits de l'homme, le droit international humanitaire et le droit international des réfugiés et participent du processus historique actuellement en cours d'humanisation du droit international.

326. *Vicesimus quintus*: les tenants du positivisme juridique font abstraction de l'existence d'une *opinio juris communis* sur l'illicéité en droit international contemporain de toutes les armes de destruction massive, y compris (et surtout) les armes nucléaires, et sur l'obligation de procéder au désarmement nucléaire. *Vicesimus sextus*: le droit international conventionnel et le droit international coutumier en matière de protection de la personne humaine se développent de pair, comme l'indique la clause de Martens, ce qui vaut pour l'interdiction des armes nucléaires. *Vicesimus septimus*: l'existence des armes nucléaires est la grande tragédie de l'ère nucléaire ; aujourd'hui plus que jamais, les êtres humains ont besoin d'être protégés d'eux-mêmes. L'existence de ces armes est un défi aux valeurs morales, lesquelles sont indissociables du droit, comme nous l'ont enseigné les penseurs jusnaturalistes.

327. *Vicesimus octavus*: l'humanité en tant que sujet de droit international est exposée depuis déjà longtemps au danger mortel des armes nucléaires. *Vicesimus nonus*: l'humanité tout entière est un sujet de droit des nations, comme l'ont montré les «pères fondateurs» du droit international. *Trigesimus*: la vision humaniste du droit international est centrée sur les peuples et tient compte des fins d'humanité de l'existence des Etats. *Trigesimus primus*: l'*opinio juris communis necessitatis* sur l'existence d'une obligation de droit international coutumier et conventionnel de procéder au désarmement nucléaire a trouvé son expression dans les travaux des conférences d'examen du TNP, la création de zones exemptes d'armes nucléaires et les actes de la série récente de conférences consacrées à l'impact humanitaire des armes nucléaires, servant la cause commune qu'est l'avènement d'un monde à jamais débarrassé de ces armes. *Trigesimus secundus*: ces initiatives ont débordé la perspective strictement inter-étatique et dûment pris en considération l'aspiration des peuples et de l'humanité à vivre dans un monde où leur survie ne sera plus menacée.

328. *Trigesimus tertius*: l'*opinio juris communis* qui s'est dégagée sous l'influence notamment, des résolutions de l'Assemblée générale des Nations Unies n'est pas simplement l'élément psychologique nécessaire pour qu'une coutume devienne le droit, mais a une dimension beaucoup plus vaste en ce qu'elle est un élément essentiel de la formation d'un droit issu de la conscience, tendant à libérer le monde de la menace inhumaine que font peser sur lui les armes nucléaires. *Trigesimus quartus*: les résolutions adoptées par l'Assemblée générale et le Conseil de sécurité le sont au nom de l'Organisation des Nations Unies elle-même (et pas seulement au nom des Etats qui les ont votées); elles valent donc pour *tous* les Etats Membres de l'ONU.

329. *Trigesimus quintus*: l'Organisation des Nations Unies, dotée de la personnalité juridique internationale, agit conformément au principe de l'égalité juridique des Etats lorsqu'elle s'efforce d'atteindre des buts communs tels que le désarmement nucléaire. *Trigesimus sextus*: deux des organes principaux des Nations Unies, l'Assemblée générale et le Conseil de sécurité, ainsi que le Secrétaire général de l'ONU, ont au fil des années apporté constamment une contribution remarquable à la cause du désarmement nucléaire.

330. *Trigesimus septimus*: les résolutions des Nations Unies relatives aux armes nucléaires portent sur une question qui, intéressant l'humanité tout entière, ne peut pas être convenablement traitée d'un point de vue privilégiant le volontarisme des Etats. La conscience juridique universelle prime de beaucoup la «volonté» des Etats pris individuellement. *Trigesimus octavus*: en sa qualité d'organe judiciaire principal des Nations Unies, la Cour internationale de Justice doit garder à l'esprit des considérations fondamentales d'humanité ayant une incidence sur les questions de droit qui entrent en jeu au stade d'une affaire consacrée à la compétence et la recevabilité aussi bien qu'au stade de l'examen au fond. *Trigesimus nonus*: en somme, la Cour avait compétence pour connaître du cas d'espèce, et il existe une obligation internationale conventionnelle et coutumière de désarmement nucléaire; le point de savoir s'il y a eu manquement à cette obligation n'aurait pu être tranché par la Cour qu'au stade de l'examen au fond.

331. *Quadragesimus*: un monde tel que le nôtre, où il existe des arsenaux nucléaires, est voué à détruire son passé, à vivre le présent dans une dangereuse précarité et à finalement renoncer à tout avenir. Les armes nucléaires ne promettent rien d'autre que l'anéantissement. A mon avis, la Cour internationale de Justice, organe judiciaire principal des Nations Unies, aurait dû montrer dans son arrêt qu'elle était sensible à cette menace et soucieuse d'apporter sa contribution au règlement d'une question qui est au cœur des préoccupations de la communauté internationale, consciente de sa vulnérabilité, et de l'humanité tout entière.

(Signé) Antônio Augusto CANÇADO TRINDADE.