

## DISSENTING OPINION OF JUDGE KOROMA

It is a matter of profound regret to me that I have been compelled to append this dissenting opinion to the Advisory Opinion rendered by the Court, as I fundamentally disagree with its finding — secured by the President's casting vote — that:

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

This finding, in my considered opinion, is not only unsustainable on the basis of existing international law, but, as I shall demonstrate later, is totally at variance with the weight and abundance of material presented to the Court. The finding is all the more regrettable in view of the fact that the Court had itself reached a conclusion that:

“the threat or use of nuclear weapons would generally be contrary to the rules of international law applicable in armed conflict, and in particular the principles and rules of humanitarian law” (*ibid.*, first sentence).

A finding with which I concur, save for the word “generally”. It is my considered opinion based on the existing law and the available evidence that the use of nuclear weapons in any circumstance would be unlawful under international law. That use would at the very least result in the violation of the principles and rules of international humanitarian law, and would therefore be contrary to that law.

I am also unable to agree with various aspects of the reasoning which motivates the Advisory Opinion. Some of it, in my view, is not only untenable in law, but may even have the effect of potentially destabilizing the existing international legal order.

According to the material before the Court, it is estimated that more than 40,000 nuclear warheads exist in the world today with a total destructive capacity around a million times greater than that of the bomb which devastated Hiroshima. A single nuclear bomb detonated over a large city is said to be capable of killing more than 1 million people. These weapons, if used massively, could result in the annihilation of the human race and the extinction of human civilization. Nuclear weapons

## OPINION DISSIDENTE DE M. KOROMA

[Traduction]

Je regrette vivement d'être dans l'obligation de joindre cette opinion dissidente à l'avis consultatif donné par la Cour car je suis fondamentalement en désaccord avec la conclusion à laquelle la Cour est parvenue — grâce à la voix prépondérante du Président — et aux termes de laquelle :

«Au vu de l'état actuel du droit international, ainsi que des éléments de fait dont elle dispose, la Cour ne peut cependant conclure de façon définitive que *la menace ou l'emploi d'armes nucléaires serait licite ou illicite dans une circonstance extrême de légitime défense dans laquelle la survie même d'un Etat serait en cause.*» (Paragraphe 2 du dispositif, alinéa E, deuxième phrase; les italiques sont de moi.)

Après avoir mûrement réfléchi, j'estime que non seulement cette conclusion est insoutenable eu égard au droit international existant, mais qu'elle est aussi, comme je le démontrerai plus loin, en complète contradiction avec les nombreux éléments faisant autorité qui ont été présentés à la Cour. Cette déclaration est d'autant plus regrettable que la Cour était elle-même parvenue à la conclusion 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» (*ibid.*, première phrase).

J'approuve cette conclusion, sauf le mot «généralement». Tout bien considéré, mon opinion, fondée sur le droit existant et les éléments de preuve dont on dispose, est que l'emploi d'armes nucléaires serait illicite en toute circonstance au regard du droit international. Cet emploi constituerait à tout le moins une violation des principes et règles du droit international humanitaire et serait donc contraire à ce droit.

Je ne peux non plus souscrire à divers aspects des motifs sur lesquels s'appuie l'avis consultatif. Certains, d'après moi, sont indéfendables en droit et risquent même de déstabiliser l'ordre juridique international existant.

Selon la documentation dont la Cour a été saisie, on estime qu'il y a aujourd'hui dans le monde plus de quarante mille ogives nucléaires et que leur capacité totale de destruction est environ un million de fois plus forte que celle de la bombe qui a ravagé Hiroshima. On dit qu'une seule bombe atomique explosant au-dessus d'une grande ville pourrait tuer plus de un million de personnes. Utilisées massivement, ces armes pourraient entraîner l'anéantissement de la race humaine et l'extinction de la civilisation.

are thus not just another kind of weapon, they are considered the absolute weapon and are far more pervasive in terms of their destructive effects than any conventional weapon. A request for an advisory opinion asking for a determination about the lawfulness or otherwise of the use of such weapons is a matter which, in my considered opinion, this Court as a court of law and the guardian of legality in the United Nations system should be capable of making.

While it is admitted that the views of States are divided on the question of nuclear weapons, as well as about their possible consequences, views are also divided as to whether the Court should have been asked to render an opinion on the matter at all. However, the Court, having found that the General Assembly was competent to ask the question and in the absence of any "compelling reason" relating to propriety or to any issue that would compromise its judicial character, should have performed its judicial function in accordance with Article 38 of its Statute and determined the question, "in accordance with international law", by simultaneously applying international conventions, international custom as established rules recognized by States or as evidence of general practice accepted as law or the general principles of law recognized by all States, the judicial decisions of the Court and resolutions of international organizations, at a minimum as evidence of the law.

In my view, the prevention of war, by the use of nuclear weapons, is a matter for international law and, if the Court is requested to determine such an issue, it falls within its competence to do so. Its decision can contribute to the prevention of war by ensuring respect for the law. The Court in the *Corfu Channel* case described as its function the need to "ensure respect for international law, of which it is the organ" (*I.C.J. Reports 1949*, p. 35). The late Judge Nagendra Singh, a former Member and President of this Court, commenting on that statement, observed that it was made by the Court without reference to the United Nations Charter or to its own Statute. He observed that "the Court has thus to be conscious of this fact, as something inherent to its existence in relation to the law which it administers" (*The Role and Record of the International Court of Justice*, p. 173). Today a system of war prevention exists in international law, and comprises the prohibition of the use of force, the collective security provisions of the United Nations Charter for the maintenance of international peace, the obligation to resort to peaceful means for the settlement of international disputes and the regulations on weapons prohibition, arms limitation and disarmament. The Court's Advisory Opinion in this case could have strengthened this régime by serving as a shield of humanity.

In my view, it is wholly incoherent in the light of the material before the Court to say that it cannot rule definitively on the matter now before it in view of the current state of the law and because of the elements of facts at its disposal, for neither the law nor the facts are so imprecise or

Les armes nucléaires ne sont pas simplement des armes d'un autre genre; elles sont considérées comme l'arme absolue et leurs effets destructeurs sont beaucoup plus étendus que ceux de toute arme classique. La demande d'avis consultatif sur la question de savoir si l'emploi de telles armes est licite ou non est une question à laquelle, selon moi, tout bien réfléchi, la Cour en tant que tribunal et en tant que garante du droit dans le système des Nations Unies devrait être capable de répondre.

Si les Etats ont des positions divergentes sur la question des armes nucléaires, tout comme sur leurs conséquences éventuelles, ils ont aussi des positions divergentes sur le point de savoir si la Cour aurait dû être saisie d'une demande d'avis consultatif en la matière. Quoi qu'il en soit, ayant décidé que l'Assemblée générale avait compétence pour poser la question et qu'il n'y avait aucune «raison décisive», tenant à l'opportunité ou à un risque de compromettre son caractère judiciaire, de ne pas donner cet avis, la Cour aurait dû s'acquitter de sa fonction judiciaire conformément à l'article 38 de son Statut et trancher la question «conformément au droit international», en appliquant simultanément les conventions internationales et la coutume internationale en tant que règles établies, reconnues par les Etats, ou comme preuve d'une pratique générale acceptée comme étant le droit, ou bien les principes généraux de droit reconnus par tous les Etats, les décisions judiciaires de la Cour et les résolutions d'organisations internationales, au moins comme preuves du droit.

A mon avis, la prévention de la guerre, par l'emploi d'armes nucléaires, relève du droit international et, si la Cour est invitée à trancher une question de ce genre, elle a compétence pour le faire. En assurant le respect du droit, sa décision peut contribuer à prévenir une guerre. Dans l'affaire du *Détroit de Corfou*, la Cour a dit qu'elle avait pour fonction d'«assurer l'intégrité du droit international dont elle est l'organe» (*C.I.J. Recueil 1949*, p. 35). Commentant cette formule, M. Nagendra Singh, ancien membre et ancien Président de la Cour, aujourd'hui décédé, a fait observer, à propos de cette déclaration, que la Cour ne s'était pas référée à la Charte des Nations Unies ou à son propre Statut. Il a ajouté que «la Cour doit ainsi avoir conscience de ce fait, comme de quelque chose d'inhérent à son existence, lié au droit qu'elle applique». (*The Role and Record of the International Court of Justice*, p. 173). Aujourd'hui il existe un système de prévention de la guerre en droit international dont les éléments sont l'interdiction du recours à la force, les dispositions de la Charte des Nations Unies relatives à la sécurité collective et visant au maintien de la paix internationale, l'obligation de recourir à des moyens pacifiques pour régler les différends internationaux et les réglementations touchant l'interdiction des armes, à la limitation des armements et au désarmement. L'avis consultatif de la Cour en l'espèce aurait pu renforcer ce régime en offrant une protection à l'humanité.

Compte tenu des données dont la Cour était saisie, il est parfaitement illogique, selon moi, qu'elle dise ne pas pouvoir se prononcer de façon définitive sur la question posée au vu de l'état actuel du droit ainsi que des éléments de fait dont elle dispose, car ni le droit ni les faits ne sont

inadequate as to prevent the Court from reaching a definitive conclusion on the matter. On the other hand, the Court's findings could be construed as suggesting either that there is a gap, a lacuna, in the existing law or that the Court is unable to reach a definitive conclusion on the matter because the law is imprecise or its content insufficient or that it simply does not exist. It does not appear to me any new principles are needed for a determination of the matter to be made. All that was requested of the Court was to apply the existing law. A finding of *non liquet* is wholly unfounded in the present case. The Court has always taken the view that the burden of establishing the law is on the Court and not on the Parties. The Court has stated that:

“there is no incompatibility with its judicial function in making a pronouncement on the rights and duties of the Parties under existing international law which would clearly be capable of having a forward reach . . . The possibility of the law changing is ever present: but that cannot relieve the Court from its obligation to render a judgment on the basis of the law as it exists at the time of its decision . . .”  
(*Fisheries Jurisdiction, Merits, I.C.J. Reports 1974*, p. 19, para. 40.)

The *corpus juris* on the matter is not only considerable, but is sufficiently clear and precise for the Court to have been able to make a definitive finding. If the Court had applied the whole spectrum of the law, including international conventions, rules of customary international law, general principles of international law, judicial decisions, as well as resolutions of international organizations, there would have been no room for a purported finding of *non liquet*.

Furthermore, all States — both the nuclear-weapon and non-nuclear-weapon States — are agreed that the rules of international law applicable in armed conflict, particularly international humanitarian law, apply to the use of nuclear weapons. This law, which has been formulated and codified to restrict the use of various weapons and methods of warfare, is intended to limit the terrible effects of war. Central to it is the principle of humanity which above all aims to mitigate the effects of war on civilians and combatants alike. It is this law which also establishes a régime on the basis of which the methods and means of warfare are to be judged. Accordingly, it would seem apposite and justifiable for the effects of a conflict involving nuclear weapons — regarded as the ultimate weapon of mass destruction — to be judged against the standards of such a régime.

Despite its findings, the Court has itself recognized that the law of armed conflict, and in particular the principles and rules of humanitarian law — would apply to a conflict involving the use of nuclear weapons. It follows that the Court's finding that it cannot conclude definitively

imprécis ou insuffisants au point de l'empêcher de parvenir à une conclusion définitive en la matière. On pourrait aussi interpréter la déclaration de la Cour comme donnant à entendre soit qu'il y a un vide, ou une lacune, dans le droit existant soit que la Cour n'est pas en mesure de parvenir à une conclusion définitive en la matière parce que le droit est imprécis, que son contenu est insuffisant ou que simplement il n'existe pas. Il ne me semble pas que l'on ait besoin de principes nouveaux pour statuer sur cette question. Tout ce que l'on demandait à la Cour était d'appliquer le droit existant. Une déclaration de *non liquet* est dépourvue de tout fondement en l'espèce. La Cour a toujours été d'avis que c'est à elle et non aux parties qu'il incombe d'établir ce qu'est le droit. La Cour a déclaré :

«qu'il n'est nullement incompatible avec sa fonction judiciaire de statuer sur les droits et les devoirs des Parties au regard du droit international existant d'une manière qui pourrait avoir manifestement un effet dans l'avenir ... La possibilité d'une modification du droit existe toujours mais cela ne saurait décharger la Cour de son obligation de statuer sur la base du droit tel qu'il existe au moment où elle rend sa décision.» (*Compétence en matière de pêcheries, fond, C.I.J. Recueil 1974, p. 19, par. 40.*)

Non seulement le *corpus juris* en la matière est considérable mais encore il est suffisamment clair et précis pour permettre à la Cour de se prononcer de façon définitive. Si la Cour avait appliqué le droit dans son intégralité — y compris les conventions internationales, les règles de droit international coutumier, les principes généraux de droit international, les décisions judiciaires ainsi que les résolutions des organisations internationales — il n'y aurait pas eu lieu de prononcer ce qui revient à un *non liquet*.

En outre, tous les Etats — aussi bien les Etats dotés de l'arme nucléaire que ceux qui ne la possèdent pas — reconnaissent que les règles de droit international applicable dans les conflits armés, spécialement le droit international humanitaire, s'appliquent à l'emploi d'armes nucléaires. Ce droit, qui a été formulé et codifié pour restreindre le recours à certaines armes et à certaines méthodes de guerre, vise à limiter les terribles effets de la guerre. Il repose principalement sur le principe d'humanité qui tend avant tout à atténuer les conséquences des hostilités pour les civils comme pour les combattants. Ce droit établit aussi un régime sur la base duquel doivent être jugés les moyens et les méthodes de guerre. En conséquence, il semblerait approprié et justifiable que les effets d'un conflit où seraient employées des armes nucléaires — considérées comme les armes ultimes de destruction massive — soient jugés selon les normes régissant un tel régime.

En dépit de ses conclusions, la Cour considère elle-même que le droit des conflits armés et en particulier les principes et les règles du droit humanitaire s'appliqueraient dans un conflit où l'arme nucléaire serait employée. Il s'ensuit que la déclaration de la Cour selon laquelle elle ne

whether the threat or use of nuclear weapons would be lawful or unlawful in an extreme circumstance of self-defence, in which the very survival of a State would be at stake, is a contradiction and can at best be described as the identification of two principles, namely, the obligation to comply with the principles and rules of international law applicable in armed conflict and the right of a State to self-defence including when it considers its very survival to be at stake. These principles are not mutually exclusive and are recognized in international law. However, it has been argued that when the Court is faced with two competing principles or rights, it should jurisprudentially assign a priority to one of them and cause it to prevail. In the opinion of Sir Hersch Lauterpacht, even though the margin of preference for giving a priority to one principle over another may be small, yet, however tenuous, that margin must be decisive. He admits that judicial action along this line may in some respects be indistinguishable from judicial legislation. However, he argues, the Court “may have to effect a compromise — which is not a diplomatic but a legitimate judicial compromise — between competing principles of law”, and concludes that:

“there is no decisive reason why the Court should avoid at all cost some such outcome. It is in accordance with the true function of the Court that the dispute submitted to it should be determined by its own decision and not by the contingent operation of an attitude of accommodation on the part of the disputants. There is an embarrassing anticlimax, which is not legally irrelevant, in a situation in which the Court, after prolonged written and oral pleadings, is impelled to leave the settlement of the actual issue to . . . the parties.” (*The Development of International Law by the International Court*, p. 146.)

The suggestion that it should be left to individual States to determine whether or not it may be lawful to have recourse to nuclear weapons is not only an option fraught with serious danger, both for the States that may be directly involved in conflict, and for those nations not involved, but may also suggest that such an option is not legally reprehensible. Accordingly, the Court, instead of leaving it to each State to decide whether or not it would be lawful or unlawful to use nuclear weapons in an extreme circumstance of “State survival”, should have determined whether or not it is permissible to use nuclear weapons even in a case involving the survival of the State. The question put to the Court is whether it is lawful to use nuclear weapons and is not about the survival of the State, which is what the Court’s reply turned on. If the Court had correctly interpreted the question this would not only have had the effect of declaring the law regarding the use of nuclear weapons but could well have deterred the use of such weapons. Regrettably, the Court refrained not only from performing its judicial function, but, by its “non-finding”, appears to have made serious inroads into the present legal

peut conclure de façon définitive que la menace ou l'emploi d'armes nucléaires serait licite ou illicite dans une circonstance extrême de légitime défense dans laquelle la survie même d'un Etat serait en cause comporte une contradiction et que l'on peut y voir au mieux l'exposé de deux principes, à savoir l'obligation de respecter les principes et les règles du droit international applicable dans les conflits armés et le droit de légitime défense des Etats notamment quand ils estiment que leur survie même est en jeu. Ces principes ne s'excluent pas mutuellement et sont reconnus en droit international. On a soutenu néanmoins que, lorsque la Cour se trouve en présence de deux principes ou droits antagoniques, elle devrait en s'appuyant sur la doctrine attribuer la priorité à l'un des deux et reconnaître sa primauté. De l'avis de sir Hersch Lauterpacht, même si la primauté d'un principe sur l'autre résulte d'une légère préférence pour l'un des deux principes, cette préférence, si faible soit-elle, est décisive. Il admet qu'une action du juge en ce sens peut être à certains égards impossible à distinguer d'une législation judiciaire. Toutefois, soutient-il, la Cour «peut avoir à réaliser un compromis — non pas un compromis diplomatique mais un compromis judiciaire légitime — entre des principes de droit antagoniques» et il conclut :

«il n'y a pas de raison décisive pour que la Cour évite à tout prix une telle issue. Il est conforme à la véritable fonction de la Cour que le différend qui lui est soumis soit tranché par sa propre décision et non par l'action aléatoire de parties désirant un accommodement. Lorsque, après une longue procédure écrite et orale, la Cour est obligée de laisser le règlement du problème ... aux parties, il en résulte une déception embarrassante, qui juridiquement n'est pas sans pertinence.» (*The Development of International Law by the International Court*, p. 146.)

L'idée selon laquelle il faudrait que chaque Etat détermine lui-même s'il peut être licite ou non de recourir à l'arme nucléaire ne correspond pas seulement à une option lourde de graves dangers pour les Etats qui pourraient être directement engagés dans un conflit comme pour les Etats qui ne le seraient pas, mais peut amener à penser que cette option n'est pas répréhensible en droit. Par conséquent, au lieu de laisser à chaque Etat le soin de décider s'il serait licite ou illicite d'employer des armes nucléaires dans une circonstance extrême mettant en jeu sa «survie», la Cour aurait dû dire s'il est permis d'utiliser des armes nucléaires même dans un cas où la survie de l'Etat serait en cause. La question posée à la Cour est de savoir s'il est licite d'utiliser des armes nucléaires et non celle de la survie de l'Etat, sur laquelle repose la réponse donnée par la Cour. Si celle-ci avait bien interprété la question, non seulement elle aurait été amenée à dire le droit en ce qui concerne l'emploi d'armes nucléaires, mais elle aurait fort bien pu dissuader les Etats d'employer de telles armes. Malheureusement la Cour ne s'est pas seulement abstenue d'exercer sa fonction judiciaire; mais en ne prenant pas position, elle semble réduire gra-



restraints relating to the use of nuclear weapons, while throwing the régime of self-defence into doubt by creating a new category called the “survival of the State”, seen as constituting an exception to Articles 2, paragraph 4, and 51 of the United Nations Charter and to the principles and rules of humanitarian law. In effect, this kind of restraint would seem to be tantamount to judicial legislation at a time when the Court has itself — rightly in my view — recognized that it “cannot legislate”, and, that

“in the circumstances of the present case, *it is not* called upon to *do so*. Rather its task is to engage in its normal judicial function of ascertaining the existence or otherwise of legal principles and rules applicable to the threat or use of nuclear weapons.” (Advisory Opinion, para. 18; emphasis added.)

However, just after reaffirming this self-denying ordinance, the Court went on to do just that by proclaiming that it cannot conclude definitively whether or not the threat or use of nuclear weapons would be “lawful or unlawful in an extreme circumstance of self-defence, in which the very *survival of a State* would be at stake”, given the current state of international law and the elements of fact at its disposal (paragraph 2E of the *dispositif*; emphasis added). This finding, with respect, is not only untenable in law but legally superfluous. The right of self-defence is inherent and fundamental to all States. It exists within and not outside or above the law. To suggest that it exists outside or above the law is to render it probable that force may be used unilaterally by a State when it by itself considers its survival to be at stake. The right of self-defence is not a licence to use force; it is regulated by law and was never intended to threaten the security of other States.

Thus the Court’s finding does not only appear tantamount to judicial legislation which undermines the régime of the non-use of force as enshrined in Article 2, paragraph 4, of the Charter, and that of self-defence as embodied in Article 51, but the doctrine of the survival of the State represents a throwback to the law before the adoption of the United Nations Charter and is even redolent of a period long before that. Grotius, writing in the seventeenth century, stated that: “[t]he right of self-defence . . . has its origin directly, and chiefly, in the fact that nature commits to each his own protection” (*De Jure Belli Ac Pacis*, Book II, Chap. I, Part III, at p. 172 (Carnegie Endowment trans. 1925) (1646)). Thus, the Court’s finding would appear to be tantamount to according to each State the exclusive right to decide for itself to use nuclear weapons when its survival is at stake as that State perceives it — a decision subjected neither to the law nor to third party adjudication. When Lauterpacht had to consider a similar situation following the conclusion of the

vement la portée des restrictions juridiques auxquelles est soumise actuellement l'utilisation des armes nucléaires, tout en jetant le doute sur le régime de la légitime défense en créant une catégorie nouvelle de circonstance dénommée la «survie de l'Etat», qui constituerait une exception à l'article 2, paragraphe 4, et à l'article 51 de la Charte des Nations Unies ainsi qu'aux principes et aux règles du droit humanitaire. En fait, une position aussi retenue pourrait bien être assimilée à une législation judiciaire alors que la Cour elle-même a indiqué, à juste titre selon moi, qu'elle ne saurait «légiférer» et que

«dans les circonstances de l'espèce, elle *n'est nullement* appelée à *le faire*. Il lui appartient seulement de s'acquitter de sa fonction judiciaire normale en s'assurant de l'existence ou de la non-existence de principes et de règles juridiques applicables à la menace ou à l'emploi d'armes nucléaires.» (Avis consultatif, par. 18; les italiques sont de moi.)

Néanmoins, juste après avoir réaffirmé cette position, la Cour donne son avis en proclamant qu'elle ne peut conclure de façon définitive que la menace ou l'emploi d'armes nucléaires serait «licite ou illicite dans une circonstance extrême de légitime défense dans laquelle *la survie* même *d'un Etat* serait en cause», vu l'état actuel du droit international et des éléments de fait dont elle disposait (paragraphe 2 du dispositif, alinéa E; les italiques sont de moi). Qu'il me soit permis de dire que cette déclaration n'est pas seulement insoutenable en droit, elle est aussi juridiquement superflue. Le droit de légitime défense est un droit inhérent et fondamental que possèdent tous les Etats. Il existe dans le droit et non en dehors ou au-dessus du droit. Dire qu'il est en dehors ou au-dessus du droit, c'est rendre probable l'utilisation unilatérale de la force par un Etat quand lui-même et lui seul considère que sa survie est en jeu. Le droit de légitime défense n'est pas une simple autorisation de recourir à la force, il est réglementé par le droit et il n'a jamais eu pour objet de menacer la sécurité d'autres Etats.

Ainsi non seulement la conclusion de la Cour semble pouvoir être assimilée à une législation judiciaire, sapant ainsi le régime du non-recours à la force tel qu'il est énoncé à l'article 2, paragraphe 4, de la Charte et celui de la légitime défense que consacre l'article 51, mais encore la doctrine de la survie de l'Etat représente un recul par rapport au droit qui a précédé l'adoption de la Charte des Nations Unies et rappelle une période bien antérieure. Grotius, qui écrivait au XVII<sup>e</sup> siècle, a dit: «le droit de légitime défense ... tire son origine directement et principalement du fait que la nature confie à chacun le soin de sa propre protection» (*De jure belli ac pacis*, 1646, livre II, chap. I, partie III). La conclusion de la Cour revient, semble-t-il, à attribuer à chaque Etat le droit exclusif de décider seul de l'emploi de l'arme nucléaire quand sa survie, telle qu'il la perçoit, est en cause et cette décision n'est soumise ni au droit ni au jugement d'un tiers. Quand, après la conclusion du pacte Briand-Kellogg de 1928, Lauterpacht a eu à examiner une situation similaire où les Etats en

Briand-Kellogg Pact of 1928, according to which the participating States declared that a State claiming the right of self-defence "alone is competent to decide whether circumstances require recourse to war in self-defence", he found such a claim to be "self-contradictory in as much as it purports to be based on legal right and at the same time, it dissociates itself from regulations and evaluation of the law". While he acknowledged the right of self-defence as "absolute" in the sense that no law could disregard it, Lauterpacht however maintained that the right is "relative" in as much as it is presumably regulated by law. "It is regulated to the extent that it is the business of the Courts to determine whether, how far, and for how long, there was a necessity to have recourse to it." (*The Function of Law in the International Community*, pp. 179-180.)

As already stated, the Court's present finding represents a challenge to some of the fundamental precepts of existing international law including the proscription of the use of force in international relations and the exercise of the right of self-defence. That the Court cannot decide definitively whether the use of nuclear weapons would be lawful or unlawful when the survival of the State is at stake is a confirmation of the assertion that the survival of that State is not only not a matter for the law but that a State, in order to ensure its survival, can wipe out the rest of humanity by having recourse to nuclear weapons. In its historical garb "of the fundamental right of self-preservation", such a right was used in the past as a pretext for the violation of the sovereignty of other States. Such acts are now considered unlawful under contemporary international law. The International Military Tribunal at Nuremberg in 1946 rejected the argument that the State involved had acted in self-defence and that every State must be the judge of whether, in a given case, it is entitled to decide whether to exercise the right of self-defence. The Tribunal held that "whether action taken under the claim of self-defence was in fact aggressive or defensive must ultimately be subject to investigation or adjudication if international law is ever to be enforced" (Judgment of the International Military Tribunal at Nuremberg, 1946, *Trial of German Major War Criminals before the International Military Tribunal*, 1947, Vol. I, p. 208).

Similarly, this Court, in the *Nicaragua* case, rejected the assertion that the right of self-defence is not subject to international law. While noting that Article 51 of the United Nations Charter recognizes a "natural" or "inherent" right of self-defence, it stated that "it is hard to see how this can be other than of a customary nature, even if its present content has been confirmed by the Charter" (*Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, I.C.J. Reports 1986, p. 94). By its present findings, the Court would appear to be departing from its own jurisprudence by saying that it cannot determine conclusively whether or not it would be lawful for a State to use nuclear weapons.

Be that as it may, it is not as if the Court was compelled to reach such

cause alléguaient qu'un Etat invoquant la légitime défense avait seul compétence pour décider si les circonstances exigeaient le recours à la guerre au titre de la légitime défense, il a estimé qu'une telle «allégation renferme une contradiction car elle prétend se fonder sur un droit tout en s'écartant d'une réglementation et d'une évaluation juridiques». Tout en considérant le droit de légitime défense comme «absolu» en ce sens qu'il ne peut être juridiquement méconnu, Lauterpacht a soutenu qu'il était «relatif» puisqu'il est présumé relever du droit. «Il est réglementé au point qu'il appartient aux tribunaux de dire si le recours à la légitime défense était nécessaire, jusqu'à quel point et jusqu'à quand.» (*The Function of Law in the International Community*, p. 179-180.)

Comme on l'a déjà indiqué, cette déclaration de la Cour met en cause certains des principes fondamentaux du droit international existant, y compris l'interdiction du recours à la force dans les relations internationales et l'exercice du droit de légitime défense. Que la Cour ne puisse décider de façon définitive si l'emploi d'armes nucléaires est licite ou illicite quand la survie d'un Etat est en cause confirme l'assertion selon laquelle non seulement la survie de cet Etat est une question qui ne relève pas du droit mais encore qu'un Etat peut, pour assurer sa survie, annihiler le reste de l'humanité en recourant à l'arme nucléaire. Sous sa forme historique «du droit fondamental à l'autopréservation», on a pris par le passé prétexte de ce droit pour violer la souveraineté d'autres Etats. De tels actes sont maintenant considérés comme illicites par le droit international contemporain. Le Tribunal militaire international de Nuremberg a rejeté en 1946 l'argument selon lequel l'Etat en cause avait agi dans le cadre de la légitime défense et que tout Etat devait décider lui-même, si dans une circonstance donnée, il avait le droit d'exercer sa légitime défense. Le tribunal a estimé que «si le droit international doit jamais devenir une réalité, la question de savoir si une action entreprise sous le prétexte de la légitime défense était de caractère agressif ou défensif devra faire l'objet d'une enquête appropriée et d'un arbitrage» (jugement du Tribunal militaire international de Nuremberg, 1946, *Procès des grands criminels de guerre devant le Tribunal militaire international*, 1947, vol. I, p. 219).

De même, dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (*Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique*), la Cour a rejeté l'argument selon lequel le droit de légitime défense ne relève pas du droit international. Tout en notant que l'article 51 de la Charte reconnaît qu'il existe un droit «naturel» ou «inhérent» de légitime défense, elle a déclaré qu'«on voit mal comment il ne serait pas de nature coutumière, même si son contenu est désormais confirmé par la Charte» (*C.I.J. Recueil 1986*, p. 94, par. 176). La Cour, dans ses conclusions en l'espèce, semble s'écarter de sa propre jurisprudence puisqu'elle dit ne pas pouvoir conclure de façon définitive s'il serait ou non licite qu'un Etat utilise des armes nucléaires.

Quoi qu'il en soit, la Cour n'était nullement tenue d'aboutir à une telle

a conclusion, for the law is clear. The use of force is firmly and peremptorily prohibited by Article 2, paragraph 4, of the United Nations Charter. The régime of self-defence or the doctrine of “self-survival”, as the Court would prefer to have it, is likewise regulated and subjected to that law. The right of self-defence by a State is clearly stipulated in Article 51 of the Charter, as follows:

“Nothing in the present Charter shall impair the inherent right of individual or collective self-defence if an armed attack occurs against a Member of the United Nations, until the Security Council has taken measures necessary to maintain international peace and security. Measures taken by Members in the exercise of this right of self-defence shall be immediately reported to the Security Council and shall not in any way affect the authority and responsibility of the Security Council under the present Charter to take at any time such action as it deems necessary in order to maintain or restore international peace and security.”

Thus, the Article permits the exercise of that right subject to the conditions stipulated therein. Firstly, in order to exercise the right, a State must have been the victim of an armed attack and, while exercising such a right, it must observe the principle of proportionality. Secondly, the measure or measures taken in exercise of such a right must be reported to the Security Council and are to be discontinued as soon as the Security Council itself has taken measures necessary for the maintenance of international peace. Article 51 therefore envisages the ability of a State *lawfully* to defend itself against armed attack. The Court emphasized this when it stated that the right of self-defence under Article 51 is conditioned by necessity and proportionality and that these conditions would apply whatever the means of force employed. Moreover, self-defence must also meet the requirements of the law applicable in armed conflict, particularly the principles and rules of international humanitarian law.

The question therefore is not whether a State is entitled to exercise its right of self-defence in an extreme circumstance in which the very survival of that State would be at stake, but rather whether the use of nuclear weapons would be lawful or unlawful under any circumstance including an extreme circumstance in which its very survival was at stake — or, in other words, whether it is possible to conceive of consequences of the use of such weapons which do not entail an infringement of international law applicable in armed conflict, particularly international humanitarian law. As stated above, in terms of the law, the right of self-defence is restricted to the repulse of an armed attack and does not permit of retaliatory or punitive action. Nor is it an exception to the *jus in bello* (conduct of hostilities). Since, in the light of the law and the facts, it is inconceivable that the use of nuclear weapons would not entail an infringement of, at the very least, the law applicable in armed conflict,

conclusion car le droit est clair. Le recours à la force est fermement et impérativement interdit par l'article 2, paragraphe 4, de la Charte des Nations Unies. Le régime de la légitime défense que la Cour préfère dénommer la doctrine de la «survie» de l'Etat est réglementé lui aussi et relève de ce droit. Le droit de légitime défense d'un Etat est clairement énoncé à l'article 51 de la Charte dans les termes suivants :

«Aucune disposition de la présente Charte ne porte atteinte au droit naturel de légitime défense, individuelle ou collective, dans le cas où un Membre des Nations Unies est l'objet d'une agression armée, jusqu'à ce que le Conseil de sécurité ait pris les mesures nécessaires pour maintenir la paix et la sécurité internationales. Les mesures prises par des Membres dans l'exercice de ce droit de légitime défense sont immédiatement portées à la connaissance du Conseil de sécurité et n'affectent en rien le pouvoir et le devoir qu'a le Conseil, en vertu de la présente Charte, d'agir à tout moment de la manière qu'il juge nécessaire pour maintenir ou rétablir la paix et la sécurité internationales.»

Ainsi l'article 51 de la Charte autorise l'exercice du droit de légitime défense aux conditions qu'il stipule. En premier lieu, pour pouvoir exercer ce droit, un Etat doit avoir été l'objet d'une agression armée et, quand il l'exerce, il doit respecter le principe de la proportionnalité. En second lieu, la ou les mesures prises dans l'exercice de ce droit doivent être portées à la connaissance du Conseil de sécurité et rapportées dès que le Conseil lui-même a pris les dispositions nécessaires pour maintenir la paix internationale. L'article 51 envisage donc la capacité d'un Etat de se défendre *licitement* contre une agression armée. La Cour a souligné ce point quand elle a indiqué que le droit de légitime défense prévu à l'article 51 est subordonné aux conditions de nécessité et de proportionnalité et que cette double condition s'applique quels que soient les moyens mis en œuvre. En outre, la légitime défense doit également satisfaire aux exigences du droit applicable dans les conflits armés, en particulier aux principes et règles du droit international humanitaire.

La question n'est donc pas de savoir si un Etat est habilité à exercer son droit de légitime défense dans une circonstance extrême dans laquelle la survie même de cet Etat serait en cause, elle est plutôt de savoir si l'emploi d'armes nucléaires serait licite ou illicite en toute circonstance, y compris une circonstance extrême dans laquelle sa survie même serait en jeu — ou, en d'autres termes, si l'on peut concevoir que l'utilisation de telles armes ait des conséquences n'entraînant pas une violation du droit international applicable dans les conflits armés, en particulier une violation du droit international humanitaire. Comme il est dit plus haut, selon le droit, le droit de légitime défense consiste uniquement à repousser une attaque armée et n'autorise ni représailles ni action punitive. Il n'est pas non plus une exception au *jus in bello* (conduite des hostilités). Dès lors que, compte tenu des éléments de droit et de fait, il est inconcevable que l'emploi d'armes nucléaires n'entraîne pas une violation, au moins, du

particularly humanitarian law, it follows that the use of such weapons would be unlawful. Nuclear weapons do not constitute an exception to humanitarian law.

Given these considerations, it is not legally sustainable to find, as the Court has done, that, in view of the present state of the law, it cannot conclude definitively whether the threat or use of nuclear weapons would be lawful or unlawful in an extreme circumstance of self-survival, for as it stated in the *Nicaragua* case:

“the conduct of States should, in general, be consistent with . . . rules, and that instances of State conduct inconsistent with a given rule should generally have been treated as breaches of that rule, not as indications of the recognition of a new rule” (*Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, I.C.J. Reports 1986, p. 98, para. 186).

Judge Mosler, a former member of this Court has in another context, stated

“that law cannot recognise any act either of one member or of several members in concert, as being legally valid if it is directed against the very foundation of law” (H. Mosler, *The International Society as a Legal Community*, 1980, p. 18).

The Court’s finding is also untenable, for, and as already mentioned, the *corpus juris* on which it should have reached its conclusion does indeed exist, and in an ample and substantial form. The Court had itself taken cognizance of this when it noted that the “laws and customs of war” applicable to the matter before it had been codified in the Hague Conventions of 1899 and 1907, based upon the 1868 Declaration of St. Petersburg as well as the results of the Brussels Conference of 1874. The Court also recognized that the “Hague Law” and, more particularly, the Regulations Respecting the Laws and Customs of War on Land, do regulate the rights and duties of belligerent States in the conduct of their hostilities and limit the choice of methods and means of injuring the enemy in wartime. It found that the “Geneva Law” (the Conventions of 1864, 1906, 1929 and 1949), which protects the victims of war and aims to provide safeguards for disabled armed forces personnel and persons not taking part in the hostilities, is equally applicable to the issue before it. It noted that these two branches of law today constitute international humanitarian law which was codified in the 1977 Additional Protocols to the Geneva Conventions of 1949.

It observed that, since the turn of the century, certain weapons, such as explosive projectiles under 400 g, dum-dum bullets and asphyxiating gases, have been specifically prohibited, and that chemical and bacteriological weapons were also prohibited by the 1925 Geneva Gas Protocol. More recently, the Court found, the use of weapons producing “non-

droit applicable dans les conflits armés, en particulier du droit humanitaire, il s'ensuit que leur utilisation serait illicite. Les armes nucléaires ne constituent pas une exception au droit humanitaire.

Cela étant, il n'est pas juridiquement défendable de soutenir, comme la Cour le fait, qu'au vu de l'état actuel du droit, elle ne peut conclure de façon définitive que la menace ou l'emploi d'armes nucléaires serait licite ou illicite dans une circonstance extrême mettant en jeu la survie de l'Etat car, comme elle l'a dit dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (*Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique*) :

« Il lui paraît suffisant, pour déduire l'existence de règles ..., que les Etats y conforment leur conduite d'une manière générale et qu'ils traitent eux-mêmes les comportements non conformes à la règle en question comme des violations de celle-ci et non pas comme des manifestations de la reconnaissance d'une règle nouvelle. » (*C.I.J. Recueil 1986*, p. 98, par. 186.)

Un ancien membre de la Cour, M. Mosler, a dit, dans un autre contexte :

« que le droit ne saurait reconnaître un acte accompli par un membre ou par plusieurs membres agissant de concert comme juridiquement valable si cet acte s'attaque au fondement même du droit » (H. Mosler, *The International Society as a Legal Community*, 1980, p. 18).

La constatation de la Cour n'est également pas défendable parce que, comme je l'ai déjà relevé, le *corpus juris* sur la base duquel elle aurait dû parvenir à sa conclusion existe bel et bien, et qu'il est abondant et substantiel. La Cour elle-même l'a reconnu quand elle a noté que les « lois et coutumes de la guerre » applicables en l'espèce avaient été codifiées dans les conventions de La Haye de 1899 et de 1907, qui se fondaient sur la déclaration de Saint-Petersbourg de 1868 ainsi que sur les résultats de la conférence de Bruxelles de 1874. La Cour a constaté aussi que le « droit de La Haye », et notamment le règlement concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre, fixe les droits et les devoirs des belligérants dans la conduite des hostilités et limite le choix des moyens de nuire à l'ennemi en temps de guerre. Elle a estimé que le « droit de Genève » (les conventions de 1864, de 1906, de 1929 et de 1949) qui protège les victimes de la guerre et vise à sauvegarder les membres des forces armées mis hors de combat ainsi que les personnes qui ne participent pas aux hostilités s'appliquait également à la question qui lui était posée. Elle a noté que ces deux branches du droit forment aujourd'hui le droit international humanitaire, lequel a été codifié dans les protocoles additionnels de 1977 aux conventions de Genève de 1949.

La Cour a fait observer que, dès le début du siècle, certaines armes telles que les projectiles explosifs d'un poids inférieur à 400 grammes, les balles dum-dum et les gaz asphyxiants ont été spécifiquement interdits et que les armes chimiques et bactériologiques ont également été prohibées par le protocole de Genève de 1925 sur les gaz. Plus récemment, comme



detectable fragments”, of other types of mines, booby traps and other devices, and of incendiary weapons, was either prohibited or limited depending on the case by the Convention of 10 October 1980 on Prohibitions or Restrictions on the Use of Certain Conventional Weapons Which May Be Deemed to Be Excessively Injurious or to Have Indiscriminate Effects. Such prohibition, it stated, was in line with the rule that “the right of belligerents to adopt means of injuring the enemy is not unlimited” as stated in Article 22 of the 1907 Hague Regulations Respecting the Laws and Customs of War on Land. The Court further noted that the St. Petersburg Declaration had already condemned the use of weapons “which uselessly aggravate the suffering of disabled men or make their death inevitable” and that the aforementioned Regulations annexed to the Hague Convention IV of 1907 prohibit the use of “arms, projectiles, or material calculated to cause unnecessary suffering” (Art. 23).

The Court also identified the cardinal principles constituting the fabric of international humanitarian law, the first of which is aimed at the protection of the civilian population and civilian objects and establishes the distinction between combatants and non-combatants. According to those principles, States are obliged not to make civilians the object of attack and must consequently not use weapons that are incapable of distinguishing between civilian and military targets. Secondly, it is prohibited to cause unnecessary suffering to combatants and, accordingly, it is prohibited to use weapons causing them needless harm or that uselessly aggravate their suffering. In this regard, the Court noted that States do not have unlimited freedom of choice in the weapons they can use.

The Court also considered applicable to the matter the Martens Clause, first enunciated in the Hague Convention of 1899 with respect to the laws and customs of war on land, a modern version of which has been codified in Article 1, paragraph 2, of Additional Protocol I of 1977, and reads as follows:

“In cases not covered by this Protocol or by other international agreements, civilians and combatants remain under the protection and authority of the principles of international law derived from established custom, from the principles of humanity and from the dictates of public conscience.”

The Court noted that the principles embodied in the Clause are principles and rules of humanitarian law and, together with the principle of neutrality, apply to nuclear weapons.

It was in the light of the foregoing that the Court recognized that humanitarian law does prohibit the use of certain types of weapons either because of their indiscriminate effect on combatants and civilians or because of the unnecessary and superfluous harm caused to combatants. The Court accordingly held that the principles and rules of international

la Cour l'a rappelé, l'emploi d'armes produisant des « éclats non localisables », de certains types de mines, pièges et autres dispositifs, ainsi que d'armes incendiaires a été, selon le cas, interdit ou limité par la convention du 10 octobre 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. Cette interdiction, a-t-elle dit, est conforme à la règle selon laquelle « les belligérants n'ont pas un droit illimité quant au choix des moyens de nuire à l'ennemi », pour reprendre les termes de l'article 22 du règlement de La Haye de 1907 concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre. La Cour a relevé en outre que la déclaration de Saint-Petersbourg avait déjà condamné l'« emploi d'armes qui aggraveraient inutilement les souffrances des hommes mis hors de combat, ou rendraient leur mort inévitable » et que le règlement évoqué plus haut, qui est annexé à la convention IV de La Haye de 1907, interdit « d'employer des armes, des projectiles ou des matières propres à causer des maux superflus » (art. 23).

La Cour a aussi précisé les principes cardinaux qui forment le tissu du droit humanitaire, dont le premier vise à protéger la population civile et les biens de caractère civil et établit la distinction entre combattants et non-combattants. Selon ce principe, les Etats ne doivent jamais prendre pour cible des civils, ni en conséquence utiliser des armes qui sont dans l'incapacité de distinguer entre cibles civiles et cibles militaires. Le second principe est qu'il ne faut pas causer des maux superflus aux combattants et qu'en conséquence il est interdit d'utiliser des armes leur causant de tels maux ou aggravant inutilement leurs souffrances. A cet égard, la Cour a indiqué que les Etats n'ont pas un choix illimité quant aux armes qu'ils emploient.

La Cour a également considéré comme applicable la clause de Martens énoncée pour la première fois dans la convention de La Haye de 1899 concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre et dont une version contemporaine a été codifiée à l'article premier, paragraphe 2, du protocole additionnel I de 1977. Elle se lit comme suit :

« Dans les cas non prévus par le présent protocole ou par d'autres accords internationaux, les personnes civiles et les combattants restent sous la sauvegarde et sous l'empire des principes du droit des gens, tels qu'ils résultent des usages établis, des principes de l'humanité et des exigences de la conscience publique. »

Selon la Cour, les principes consacrés dans cette clause sont les principes et les règles du droit humanitaire qui, avec le principe de neutralité, s'appliquent dans le cas des armes nucléaires.

C'est compte tenu de ce qui précède que la Cour a considéré que le droit humanitaire bannit l'emploi de certaines armes, soit parce qu'elles frappent de façon indiscriminée les combattants et les populations civiles, soit parce qu'elles causent aux combattants des souffrances inutiles. La Cour a conclu en conséquence que les principes et les règles du droit

humanitarian law are obligatory and binding on all States as they also constitute intransgressible principles of customary international law.

With regard to the applicability of Additional Protocol I of 1977 to nuclear weapons, the Court recalled that even if not all States are parties to the Protocol, they are nevertheless bound by those rules in the Protocol which, when adopted, constituted an expression of the pre-existing customary law, such as, in particular, the Martens Clause, which is enshrined in Article I of the Protocol.

The Court observed that the fact that certain types of weapons were not specifically mentioned in the Convention does not permit the drawing of any legal conclusions relating to the substantive issues raised by the use of such weapons. It took the view that there can be no doubt that the principles and rules of humanitarian law, which are enshrined in the Geneva Conventions of 1949 and the Additional Protocols of 1977, are applicable to nuclear weapons. Even when it observed that the Conferences of 1949 and 1977 did not specifically address the question of nuclear weapons, the Court stated that it cannot be concluded from this that the established principles and rules of humanitarian law applicable in armed conflict do not apply to nuclear weapons, as such a conclusion would be incompatible with the intrinsically humanitarian character of the legal principles in question which permeate the entire law of armed conflict and apply to all forms of warfare and to all kinds of weapons.

The Court agreed with the submission that:

“63. In general, international humanitarian law bears on the threat or use of nuclear weapons as it does of other weapons.

64. International humanitarian law has evolved to meet contemporary circumstances, and is not limited in its application to weaponry of an earlier time. The fundamental principles of this law endure: to mitigate and circumscribe the cruelty of war for humanitarian reasons.” (New Zealand, Written Statement, p. 15.)

The Court also observed that none of the States advocating the legality of the use of nuclear weapons under certain circumstances, including the “clean” use of smaller, low-yield, tactical nuclear weapons, had indicated that the principles of humanitarian law do not apply to nuclear weapons, noting that, for instance, the Russian Federation had recognized that “restrictions set by the rules applicable to armed conflicts in respect of means and methods of warfare definitely also extend to nuclear weapons”; that for the United States, “the United States has long shared the view that the law of armed conflict governs the use of nuclear weapons — just as it governs the use of conventional weapons”; while for the United Kingdom, “so far as the customary law of war is concerned, the United Kingdom has always accepted that the use of nuclear weapons is subject to the general principles of the *jus in bello*” (Advisory Opinion, para. 86).

international humanitaire sont obligatoires et lient les Etats parce qu'ils constituent aussi des principes du droit international coutumier auxquels on ne saurait déroger.

En ce qui concerne l'applicabilité aux armes nucléaires du protocole additionnel I de 1977, la Cour a rappelé que, même si tous les Etats ne sont pas parties au protocole, ils sont tous liés par celles des règles du protocole qui, au moment de leur adoption, représentaient l'expression du droit coutumier préexistant, comme c'est le cas en particulier de la clause de Martens, reprise à l'article premier de cet instrument.

La Cour a déclaré que le fait que certaines armes ne sont pas spécifiquement mentionnées dans la convention ne permet de tirer aucune conclusion juridique quant aux problèmes de fond que le recours à ces armes soulèverait. Il ne fait aucun doute, a-t-elle estimé, que les principes et les règles du droit humanitaire, énoncés dans les conventions de Genève de 1949 et dans les protocoles additionnels de 1977, s'appliquent aux armes nucléaires. Certes la Cour a relevé que les conférences de 1949 et de 1977 n'avaient pas spécifiquement traité de la question des armes nucléaires, mais elle n'en a pas moins déclaré que l'on ne peut en conclure que les principes et règles établis du droit humanitaire applicable dans les conflits armés ne s'appliquent pas aux armes nucléaires car une telle conclusion méconnaîtrait la nature intrinsèquement humanitaire des principes juridiques en jeu qui imprègnent l'ensemble du droit des conflits armés et s'appliquent à toutes les formes de guerre et à toutes les armes.

La Cour a accepté l'argument selon lequel :

«63. De manière générale, le droit international humanitaire s'applique à la menace ou à l'emploi d'armes nucléaires, comme il s'applique à d'autres armes.

64. Le droit international humanitaire a évolué pour tenir compte des circonstances et son application ne se limite pas aux armements du passé. Les principes fondamentaux de ce droit demeurent : atténuer et limiter la cruauté de la guerre pour des raisons humanitaires.» (Nouvelle-Zélande, exposé écrit, p. 15.)

La Cour a rappelé aussi qu'aucun des Etats partisans de la licéité de l'emploi d'armes nucléaires dans certaines circonstances, y compris l'emploi «propre» d'armes nucléaires tactiques, plus petites et de faible puissance, n'avait indiqué que les principes du droit humanitaire ne s'appliquaient pas aux armes nucléaires; elle a noté par exemple que, pour la Fédération de Russie: «Les restrictions imposées par les règles applicables aux conflits armés en ce qui concerne les moyens et méthodes de guerre s'étendent assurément aux armes nucléaires»; que, pour les Etats-Unis: «Cela fait longtemps que les Etats-Unis pensent que le droit des conflits armés régit l'emploi d'armes nucléaires comme il régit d'ailleurs celui d'armes classiques», et que, pour le Royaume-Uni: «En ce qui concerne le droit coutumier de la guerre, le Royaume-Uni a toujours admis que l'emploi d'armes nucléaires est assujéti aux principes généraux du *jus in bello*» (avis consultatif, par. 86).

With regard to the elements of fact advanced in its findings, the Court noted the definitions of nuclear weapons contained in various treaties and instruments, including those according to which nuclear explosions are “capable of causing massive destruction, generalized damage or massive poisoning” (Paris Accords of 1954), or the preamble of the Tlatelolco Treaty of 1967 which described nuclear weapons

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

It also took note of the fact that nuclear weapons release not only immense quantities of heat and energy, but also powerful and prolonged radiation; that the first two causes of damage are vastly more powerful than such causes of damage in other weapons of mass destruction, and that the phenomenon of radiation is said to be peculiar to nuclear weapons. These characteristics, the Court concluded, render nuclear weapons potentially catastrophic; their destructive power cannot be contained in either space or time, and they have the potential to destroy all civilization and the entire ecosystem of the planet.

With regard to the elements of fact, the Court noted that the radiation released by a nuclear explosion would affect health, agriculture, natural resources and demography over a wide area and that such weapons would be a serious danger to future generations. It further noted that ionizing radiation has the potential to damage the future environment, food and marine ecosystems, and to cause genetic defects and illness in future generations.

Also in this regard, the Government of Japan told the Court that the yields of the atomic bombs detonated in Hiroshima on 6 August 1945 and in Nagasaki on 9 August 1945 were the equivalent of 15 kilotons and 22 kilotons of TNT respectively. The bomb blast produced a big fireball, followed by extremely high temperatures of some several million degrees centigrade, and extremely high pressures of several hundred thousand atmospheres. It also emitted a great deal of radiation. According to the delegation, the fireball, which lasted for about 10 seconds, raised the ground temperature at the hypocentre to somewhere between 3,000°C and 4,000°C, and the heat caused the scorching of wood buildings over a radius of approximately 3 kilometres from the hypocentre. The number of houses damaged by the atomic bombs was 70,147 in Hiroshima and 18,409 in Nagasaki. People who were within 1,000 metres of the hypocentre were exposed to the initial radiation of more than 3.93 Grays. It is estimated that 50 per cent of people who were exposed to more than 3 Grays die of marrow disorder within two months. Induced radiation

S'agissant des éléments de fait qu'elle mentionne dans ses conclusions, la Cour a noté les définitions qui ont été données des armes nucléaires dans divers traités et instruments, y compris celles selon lesquelles les explosions nucléaires sont «capables de causer des destructions massives, des dommages généralisés ou un empoisonnement massif» (accords de Paris, 1954) ou encore le préambule du traité de Tlatelolco de 1967 qui décrit les armes nucléaires comme des armes

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

Elle a noté aussi que les armes nucléaires libèrent non seulement d'énormes quantités de chaleur et d'énergie mais aussi un rayonnement puissant et prolongé, que les deux premières sources de dommages sont bien plus puissantes qu'elles ne le sont dans le cas d'autres armes de destruction massive et que le phénomène du rayonnement est considéré comme particulier aux armes nucléaires. Vu ces caractéristiques, conclut la Cour, l'arme nucléaire est potentiellement d'une nature catastrophique, son pouvoir destructeur ne peut être endigué ni dans l'espace ni dans le temps et elle a le pouvoir de détruire toute civilisation ainsi que l'écosystème tout entier de la planète.

S'agissant des éléments de fait, la Cour a relevé que le rayonnement libéré par une explosion nucléaire aurait des effets préjudiciables sur la santé, l'agriculture, les ressources naturelles et la démographie, et cela sur des espaces considérables, et que l'emploi d'armes nucléaires ferait courir les plus graves dangers aux générations futures. Le rayonnement ionisant était en outre susceptible de porter atteinte à l'environnement, à la chaîne alimentaire et à l'écosystème marin dans l'avenir, et de provoquer des tares et des maladies chez les générations futures.

A cet égard également, le Gouvernement japonais a dit à la Cour que les bombes atomiques larguées sur Hiroshima le 6 août 1945 et sur Nagasaki le 9 août 1945 avaient une puissance équivalant respectivement à 15 et à 22 kilotonnes de TNT. L'explosion a produit une énorme boule de feu et s'est accompagnée de températures extrêmement élevées, de l'ordre de quelques millions de degrés centigrades, ainsi que de pressions extrêmement élevées aussi, de l'ordre de plusieurs centaines de milliers d'atmosphères. Elle a dégagé aussi un rayonnement considérable. Selon la délégation, la boule de feu qui a duré environ dix secondes a porté la température au sol, à l'hypocentre, à quelque 3000 à 4000 degrés centigrades et la chaleur a provoqué l'incendie des bâtiments de bois dans un rayon de 3 kilomètres environ à partir de l'hypocentre. Le nombre des maisons endommagées a été de 70 147 à Hiroshima et de 18 409 à Nagasaki. Les personnes qui se trouvaient à moins de 1000 mètres de l'hypocentre ont été exposées à des rayonnements initiaux de 3,93 grays. On estime que cinquante pour cent des personnes ayant été exposées à des rayonne-

was emitted from the ground and buildings charged with radioactivity. In addition, soot and dust contaminated by induced radiation was dispersed into the air and whirled up into the stratosphere by the force of the explosion, and this caused radioactive fallout back to the ground over several months.

According to the delegation, the exact number of fatalities was not known, since documents were scarce. It was estimated, however, that the number of people who had died by the end of 1945 amounted to approximately 140,000 in Hiroshima and 74,000 in Nagasaki. The population of the cities at that time was estimated at 350,000 in Hiroshima and 240,000 in Nagasaki. The number of people who died of thermal radiation immediately after the bomb blast, on the same day or within a few days, was not clear. However, 90 to 100 per cent of the people who were exposed to thermal radiation without any shield within 1 kilometre of the hypocentre, died within a week. The early mortality rates for the people who were within 1.5 kilometre to 2 kilometres of the hypocentre were 14 per cent for people with a shield and 83 per cent for the people without a shield. In addition to direct injury from the bomb blast, death was caused by several interrelated factors such as being crushed or buried under buildings, injuries caused by splinters of glass, radiation damage, food shortages or a shortage of doctors and medicines.

Over 320,000 people who survived but were affected by radiation still suffer from various malignant tumours caused by radiation, including leukaemia, thyroid cancer, breast cancer, lung cancer, gastric cancer, cataracts and a variety of other after-effects. More than half a century after the disaster, they are still said to be undergoing medical examinations and treatment.

According to the Mayor of Hiroshima who made a statement before the Court, the atomic bomb which was detonated in Hiroshima produced an enormous destructive power and reduced innocent civilian populations to ashes. Women, the elderly and the newborn were said to have been bathed in deadly radiation. The Court was told that the dropping of the bomb unleashed a mushroom cloud and human skin was burned raw while other victims died in desperate agony. The Mayor further told the Court that when the bomb exploded, enormous pillars of flame leaped up towards the sky and a majority of the buildings crumbled, causing a large number of casualties, many of them fatal.

Later in his statement he described the unique characteristic of the atomic bombing as one whose enormous destruction was instantaneous and universal. Old, young, male, female, soldiers, civilians were all killed *indiscriminately*. The entire city of Hiroshima, he said, had been exposed to thermal rays, shock-wave blast and radiation. The bomb purportedly generated heat that reached several million degrees centigrade. The fire-

ments de plus de 3 grays sont décédées des suites de lésions médullaires dans les deux mois. Le sol et les bâtiments touchés par la radioactivité ont eux-mêmes émis des rayonnements. En outre la suie et la poussière contaminées par radio-induction se sont dispersées dans l'air et ont tourbillonné jusqu'à la stratosphère sous l'effet de l'explosion, ce qui a provoqué des retombées radioactives sur le sol pendant plusieurs mois.

Selon la délégation, la rareté des documents ne permet pas de connaître le nombre exact des victimes. On a estimé cependant le nombre des personnes décédées avant la fin de 1945 à environ 140 000 pour Hiroshima et 74 000 pour Nagasaki, la population de ces deux villes étant évaluée à l'époque respectivement à 350 000 et 240 000 habitants. Le nombre des personnes décédées des suites des rayonnements thermiques immédiatement après l'explosion, le même jour ou dans les quelques jours qui ont suivi est incertain. Néanmoins 90 à 100 % des personnes exposées à des rayonnements thermiques sans aucune protection à moins d'un kilomètre de l'hypocentre sont décédées en moins d'une semaine. Peu après l'explosion, le taux de mortalité des personnes qui s'étaient trouvées à une distance d'un kilomètre et demi à deux kilomètres de l'hypocentre était de 14 % pour celles qui avaient disposé d'une protection et de 83 % pour celles qui n'en avaient pas eu. Indépendamment des personnes décédées des suites directes de l'explosion, d'autres sont décédées par l'effet combiné de plusieurs facteurs: écrasées ou enterrées sous des bâtiments, blessées par des éclats de verre, exposées à des rayonnements ou encore en raison de la pénurie alimentaire ou du manque de médecins ou de médicaments.

Plus de trois cent vingt mille personnes parmi les survivants irradiés continuent à souffrir de tumeurs malignes dues aux rayonnements, et notamment de leucémie, de cancer de la thyroïde, de cancer du sein, de cancer du poumon, de cancer de l'estomac, de cataracte et de diverses autres séquelles. Plus d'un demi-siècle après la catastrophe, elles continuent, nous dit-on, à subir des examens médicaux et à suivre un traitement.

D'après le maire d'Hiroshima, qui a fait une déclaration devant la Cour, la bombe atomique qui a explosé à Hiroshima avait une puissance de destruction énorme et a réduit en cendres des populations civiles innocentes. Femmes, vieillards et nouveau-nés baignaient, a-t-il dit, dans des rayonnements mortels. Le largage de la bombe, a-t-il ajouté, a provoqué un nuage en forme de champignon, la peau d'êtres humains a brûlé vive et d'autres victimes ont connu une atroce agonie. Le maire a dit encore à la Cour qu'au moment de l'explosion d'énormes colonnes de feu s'étaient élevées vers le ciel et que la majorité des bâtiments s'était effondrée, causant de nombreuses victimes dont beaucoup sont mortes.

Dans un autre passage de son exposé, le maire a dit que ce qui caractérisait le bombardement atomique et en faisait quelque chose d'unique tenait à ce que l'énorme destruction qu'il provoquait était instantanée et universelle. Les vieux, les jeunes, les hommes, les femmes, les soldats, les civils, tous sont tués *sans distinction*. Toute la ville d'Hiroshima a été exposée à des rayons thermiques, à l'onde de choc de l'explosion et aux



ball was about 280 metres in diameter, the thermal rays emanating from it were thought to have instantly charred any human being who was outdoors near the hypocentre. The witness further disclosed that according to documented cases, clothing had burst into flames at a distance of 2 kilometres from the hypocentre of the bomb; many fires were ignited simultaneously throughout the city; the entire city was carbonized and reduced to ashes. Yet another phenomenon was a shock-wave which inflicted even greater damage when it ricocheted off the ground and buildings. The blast wind which resulted had, he said, lifted and carried people through the air. All wooden buildings within a radius of 2 kilometres collapsed, while many well beyond that distance were damaged.

The blast and thermal rays combined to burn to ashes or cause the collapse of approximately 70 per cent of the 76,327 dwellings in Hiroshima at the time. The rest were partially destroyed, half-bombed or damaged. The entire city was said to have been instantly devastated by the dropping of the bomb.

On the day the bomb was dropped, the witness further disclosed that there were approximately 350,000 people in Hiroshima, but it was later estimated that some 140,000 had died by the end of December 1945. Hospitals were said to be in ruins with medical staff dead or injured and with no medicines or equipment, and an incredible number of victims died, unable to receive sufficient treatment. Survivors developed fever, diarrhoea, haemorrhaging, and extreme fatigue, many died abruptly. Such was said to be the pattern of the acute symptoms of the atomic bomb disease. Other consequences were a widespread destruction of cells, loss of blood-producing tissue, and organ damage. The immune systems of survivors were weakened and such symptoms as hair loss were conspicuous. Other experiences recorded were an increase in leukaemia, cataracts, thyroid cancer, breast cancer, lung cancer and other cancers. As a result of the bombing, children exposed to radiation suffered mental and physical retardation. Nothing could be done for these children medically and even unborn babies, the Mayor stated, had been affected. He concluded by saying that exposure to high levels of radiation continues in Hiroshima to this day.

The Mayor of Nagasaki, in his testimony, described effects on his city that were similar to those experienced by Hiroshima as a result of the atomic bombing which had taken place during the war. According to the witness,

“The explosion of the atomic bomb generated an enormous fireball, 200 metres in radius, almost as though a small sun had appeared in the sky. The next instant, a ferocious blast and wave of heat

rayonnements. La bombe a semble-t-il dégagé une chaleur qui a atteint plusieurs millions de degrés centigrades. La boule de feu avait environ 280 mètres de diamètre et l'on pense que les rayons thermiques qui en émanaient ont brûlé instantanément tout être humain qui se trouvait à l'extérieur près de l'hypocentre. Le témoin a révélé en outre, sur la base de cas avérés, que des vêtements avaient pris feu à 2 kilomètres de l'hypocentre et que de nombreux feux s'étaient allumés simultanément un peu partout; toute la ville a été carbonisée et réduite en cendres. Un autre phénomène a été l'onde de choc qui a infligé des dommages encore plus grands en ricochant sur le sol et sur des bâtiments. La déflagration qui a suivi a soulevé et porté les gens en l'air. Tous les édifices en bois dans un rayon de deux kilomètres se sont effondrés et beaucoup, bien plus éloignés encore, ont été endommagés.

La déflagration et les rayons thermiques se sont combinés pour réduire en cendres ou faire écrouler soixante-dix pour cent des soixante-seize mille trois cent vingt-sept habitations qu'Hiroshima comptait à l'époque. Les autres ont été partiellement détruites, à demi sinistrées ou endommagées. On a dit que la ville avait été dévastée instantanément par le largage de la bombe.

Le témoin a indiqué que le jour de l'explosion de la bombe, il y avait trois cent cinquante mille habitants à Hiroshima, mais on a estimé plus tard que cent quarante mille environ étaient morts avant la fin décembre 1945. Les hôpitaux étaient en ruine, leur personnel médical mort ou blessé, sans médicaments et sans équipement; un nombre incroyable de victimes étaient mortes faute d'avoir pu recevoir le traitement dont elles avaient besoin. Les survivants souffraient de fièvre, de diarrhée, d'hémorragies et d'une extrême fatigue et beaucoup décédaient brusquement. C'est ainsi, a-t-on dit, que se présentaient les symptômes aigus de la maladie de la bombe atomique dont d'autres conséquences étaient une destruction généralisée des cellules, une perte des tissus hématopoïétiques et une détérioration organique. Le système immunitaire des survivants était affaibli et l'on voyait se manifester des symptômes très apparents comme l'alopecie. On a enregistré également une multiplication des cas de leucémie, de cataractes, de cancers et entre autres de cancers de la thyroïde, du sein et des poumons. A la suite du bombardement, des enfants exposés aux rayonnements ont souffert d'un retard mental et physique. On n'a rien pu faire pour eux sur le plan médical et même des bébés à naître ont été atteints. Le maire a conclu en disant qu'aujourd'hui encore des habitants d'Hiroshima sont exposés à des niveaux élevés de rayonnement.

Le maire de Nagasaki a décrit dans son témoignage les effets qu'avait eus sur sa ville le bombardement atomique survenu pendant la guerre, qui étaient similaires à ceux qu'Hiroshima avait connus. Selon ce témoin :

«L'explosion de la bombe atomique a donné lieu à une énorme boule de feu, de 200 mètres de rayon, presque comme si un petit soleil était apparu dans le ciel. L'instant d'après, une déflagration fantastique et

assailed the ground with a thunderous roar. The surface temperature of the fireball was about 7,000° C, and the heat rays that reached the ground were over 3,000° C. The explosion instantly killed or injured people within a two-kilometre radius of the hypocentre, leaving innumerable corpses charred like clumps of charcoal and scattered in the ruins near the hypocentre. In some cases not even a trace of the person's remains could be found. The blast wind of over 300 metres per second slapped down trees and demolished most buildings. Even iron reinforced concrete structures were so badly damaged that they seemed to have been smashed by a giant hammer. The fierce flash of heat meanwhile melted glass and left metal objects contorted like strands of taffy, and the subsequent fires burned the ruins of the city to ashes. Nagasaki became a city of death where not even the sounds of insects could be heard. After a while, countless men, women and children began to gather for a drink of water at the banks of nearby Urakami River, their hair and clothing scorched and their burnt skin hanging off in sheets like rags. Begging for help, they died one after another in the water or in heaps on the banks. Then radiation began to take its toll, killing people like a scourge of death expanding in concentric circles from the hypocentre. Four months after the atomic bombing, 74,000 people were dead and 75,000 had suffered injuries, that is, two-thirds of the city population had fallen victim to this calamity that came upon Nagasaki like a preview of the Apocalypse." (CR 95/27, p. 38.)

The witness went on to state that even people who were lucky enough to survive continued to this day to suffer from the late effects unique to nuclear weapons. Nuclear weapons, he concluded, bring in their wake the indiscriminate devastation of civilian populations.

Testimony was also given by the delegation of the Marshall Islands which was the site of 67 nuclear weapons tests from 30 June to 18 August 1958, during the period of the United Nations Pacific Islands territories trusteeship. The total yield of those weapons was said to be equivalent to more than 7,000 bombs of the size of that which destroyed Hiroshima. Those nuclear weapon tests were said to have caused extensive radiation, induced illnesses, deaths and birth defects. Further on in the testimony, it was disclosed that human suffering and damage to the environment occurred at great distances, both in time and in geography, from the sites of detonations even when an effort was made to avoid or mitigate harm. The delegation went on to inform the Court that the unique characteristics of nuclear weapons are that they cause unnecessary suffering and include not only widespread, extensive, radioactive contamination with cumulative adverse effects, but also locally intense radiation with severe,

une vague de chaleur ont touché le sol dans un bruit de tonnerre. La température à la surface de la boule de feu était d'environ 7000 degrés centigrades et les rayons de chaleur qui ont atteint le sol dépassaient 3000 degrés. L'explosion a immédiatement tué ou blessé les personnes qui se trouvaient dans un rayon de 2 kilomètres à partir de l'hypocentre, laissant d'innombrables cadavres carbonisés comme des morceaux de bois au milieu des ruines. Dans certains cas, on n'a même pas pu retrouver la moindre trace des restes de cadavres. Le souffle qui dépassait 300 mètres à la seconde a aplati les arbres et démoli la plupart des bâtiments. Même les constructions en béton armé ont été si endommagées qu'elles semblaient avoir été écrasées par un gigantesque marteau. Le violent éclair de chaleur avait en même temps fait fondre le verre, déformé les objets métalliques comme de la guimauve et les incendies qui se sont ensuite allumés ont réduit en cendres les ruines de la ville. Nagasaki est devenue une ville morte où l'on n'entendait même pas de bruits d'insectes. Peu après, d'innombrables hommes, femmes et enfants ont commencé à se grouper sur les rives de l'Urakami tout proche pour y boire; leurs cheveux et leurs vêtements étaient brûlés, leur peau brûlée pendait en lambeaux comme des guenilles. Implorant de l'aide, ils sont morts l'un après l'autre dans l'eau ou par monceaux sur les rives. Puis les radiations ont commencé leurs ravages, tuant les gens comme un fléau mortel qui se répandait en cercles concentriques à partir de l'hypocentre. Quatre mois après le bombardement atomique, soixante-quatorze mille personnes étaient mortes et soixante-quinze mille blessées, autrement dit, les deux tiers de la population de la ville avait été victime de cette calamité qui s'est abattue sur Nagasaki comme une prémisses de l'Apocalypse.» (CR 95/27, p. 38.)

Le témoin a poursuivi en disant que même ceux qui avaient eu la chance de survivre continuaient jusqu'à maintenant à souffrir des séquelles qui caractérisent les armes nucléaires. Les armes nucléaires, a-t-il conclu, apportent avec elles la destruction sans distinction des populations civiles.

La Cour a aussi entendu le témoignage de la délégation des Iles Marshall où avaient eu lieu soixante-sept essais nucléaires entre le 30 juin et le 18 août 1958, à l'époque où elles faisaient partie du territoire des Iles du Pacifique placé sous la tutelle des Nations Unies. On a dit que la puissance totale de ces armes équivalait à plus de sept mille bombes de la taille de celle qui avait anéanti Hiroshima. Ces essais avaient causé des maladies radio-induites, des décès et des malformations congénitales. On a indiqué plus tard que, même quand les explosions avaient lieu à de grandes distances, dans le temps et l'espace, elles pouvaient entraîner des souffrances pour l'homme et causer des dommages à l'environnement, même si l'on s'efforçait de les éviter ou de les atténuer. Poursuivant son témoignage, la délégation a informé la Cour que les armes nucléaires ont des caractéristiques qui leur sont propres — elles causent des maux superflus, elles ne se bornent pas à une contamination radioactive très vaste et très étendue ayant des

immediate and long-term adverse effects, far-reaching blasts, heat, and light resulting in acute injuries and chronic ailments. Permanent, as well as temporary, blindness from intense light and reduced immunity from radiation exposures were said to be common and unavoidable consequences of the use of nuclear weapons, but which were uncommon or absent from the use of other destructive devices.

The delegation further disclosed that birth defects and extraordinarily prolonged and painful illnesses caused by the radioactive fallout inevitably and profoundly affected the civilian population long after the nuclear weapons tests had been carried out. Such suffering had affected generations born long after the testing of such weapons. It went on to say that, apart from the immediate damage at and near ground zero (where the detonation took place), the area experienced contamination of animals and plants and the poisoning of soil and water. As a consequence, some of the islands were still abandoned and in those that had recently been resettled, the presence of caesium in plants from the radioactive fallout rendered them inedible. Women on some of the other atolls in the islands who had been assured that their atolls were not affected by radiation were said to have given birth to "monster babies". A young girl on one of these atolls was said to have no knees, three toes on each foot and a missing arm; her mother had not been born by 1954 when the tests started but had been raised on a contaminated atoll.

In the light of the foregoing the Court, as well as taking cognizance of the unique characteristics of nuclear weapons when used, reached the following conclusions; that nuclear weapons have a destructive capacity unmatched by any conventional weapon; that a single nuclear weapon has the capacity to kill thousands if not millions of human beings; that such weapons cause unnecessary suffering and superfluous injury to combatants and non-combatants alike; and that they are unable to distinguish between civilians and combatants. When recourse is had to such weapons, it can cause damage to generations unborn and produce widespread and long-term effects on the environment, particularly in respect of resources necessary for human survival. In this connection, it should be noted that the radioactive effects of such weapons are not only similar to the effects produced by the use of poison gas which would be in violation of the 1925 Geneva Gas Protocol, but are considered even more harmful.

The above findings by the Court should have led it inexorably to conclude that any use of nuclear weapons is unlawful under international law, in particular the law applicable in armed conflict including humanitarian law. However, instead of this, the Court found that:

conséquences néfastes cumulatives mais elles génèrent aussi localement des rayonnements intenses ayant des effets nocifs graves, immédiats et à long terme, des déflagrations de grande ampleur, de la chaleur et de la lumière, ce qui provoque des lésions importantes et des maladies chroniques. La cécité permanente ou temporaire résultant de l'exposition à la lumière intense et l'affaiblissement de l'immunité face aux rayonnements étaient les conséquences courantes et inévitables de l'emploi d'armes nucléaires, conséquences rares ou inexistantes si l'on utilisait d'autres engins de destruction.

La délégation des Iles Marshall a indiqué aussi que des malformations congénitales et des maladies extrêmement douloureuses et de très longue durée dues aux retombées radioactives avaient profondément affecté la population civile, ce qui était inévitable, longtemps après le moment où les essais nucléaires avaient eu lieu. Ces maux avaient frappé des générations d'insulaires nées bien après les essais. En dehors des dommages immédiats causés au point zéro (où l'explosion s'était produite) ou dans son voisinage, c'est dans toute la zone que la flore et la faune ont été contaminées, et le sol et l'eau empoisonnés. En conséquence, certaines des îles étaient toujours abandonnées et dans celles où la population s'était récemment réinstallée, la présence de césium provenant des retombées radioactives dans les plantes rendait celles-ci impropres à la consommation. On a signalé que des femmes habitant certains atolls et à qui l'on avait donné l'assurance que leur atoll ne serait pas touché par les rayonnements avaient donné naissance à des «monstres». On a dit qu'une fillette de l'un de ces atolls n'avait pas de genoux, qu'elle avait trois doigts à chaque pied et qu'il lui manquait un bras. Sa mère n'était pas encore née en 1954 quand les essais ont débuté mais elle avait été élevée sur un atoll contaminé.

Eu égard à ce qui précède et tenant compte des caractéristiques propres à l'arme nucléaire quand elle est utilisée, la Cour a abouti aux conclusions suivantes: l'arme nucléaire possède une puissance destructrice bien supérieure à celle de n'importe quelle arme classique; une arme nucléaire est capable de tuer à elle seule des milliers, voire des millions d'êtres humains; elle cause des souffrances inutiles et des maux superflus aux combattants comme aux non-combattants; elle est incapable de faire la distinction entre civils et combattants. L'emploi de l'arme nucléaire peut causer des dommages aux générations futures, et avoir des incidences généralisées et à long terme sur l'environnement, en particulier sur les ressources nécessaires à la survie de l'homme. A cet égard, on doit noter que les effets de cette arme ne sont pas seulement similaires à ceux qui résultent de l'usage de gaz toxiques, qui violeraient le protocole de Genève de 1925 sur les gaz, ils sont considérés comme encore plus nuisibles en raison de leur radioactivité.

Les constatations qui précèdent auraient dû nécessairement amener la Cour à conclure que tout emploi d'armes nucléaires est illicite en droit international et contraire en particulier au droit applicable dans les conflits armés, y compris au droit humanitaire. Au lieu de cela, la Cour a dit:

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

This finding that would appear to suggest that nuclear weapons when used in circumstances of a threat to “State survival” — a concept invented by the Court — would constitute an exception to the corpus of humanitarian law which applies in all armed conflicts and makes no exception for nuclear weapons. In my considered opinion, the unlawfulness of the use of nuclear weapons is not predicated on the circumstances in which the use takes place, but rather on the unique and established characteristics of those weapons which under any circumstance would violate international law by their use. It is therefore most inappropriate for the Court’s finding to have turned on the question of State survival when what is in issue is the lawfulness of nuclear weapons. Such a misconception of the question deprives the Court’s finding of any legal basis.

On the other hand, if the Court had properly perceived the question and intended to give an appropriate reply, it would have found that an overwhelming justification exists on the basis of the law and the facts, which would have enabled it to reach a finding that the use of nuclear weapons in any circumstance would be unlawful. The Court’s failure to reach this inevitable conclusion has compelled me to enter a vigorous dissent to its main finding.

I am likewise constrained to mention various other, more general, misgivings with regard to the Advisory Opinion on the whole. While the purpose of the Court’s advisory jurisdiction is to provide an authoritative legal opinion and to enlighten the requesting body on certain legal aspects of an issue with which it has to deal when discharging its functions, the device has also been used to secure authoritative interpretations of the provisions of the Charter or the constitutive instruments of specialized agencies, or to provide guidance to various organs of the United Nations in relation to their functions. Furthermore, although the advisory opinions of the Court are not legally binding and impose no legal obligations either upon the requesting body or upon States, such opinions are nonetheless not devoid of effect as they remain the law “recognized by the United Nations” (*Admissibility of Hearings of Petitioners by the Committee on South West Africa, I.C.J. Reports 1956*, separate opinion of Judge Lauterpacht, p. 46). Accordingly, this Court has, on various occasions, used its advisory jurisdiction as a medium of participation in the work of the United Nations, helping the Organization to achieve its objectives. Advisory opinions have enabled the Court to contribute meaningfully to the development and crystallization of the law. For example, in the *Namibia* Advisory Opinion, the Court referred to the

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

Cette conclusion paraît laisser entendre que, quand des armes nucléaires sont utilisées dans un cas où la «survie de l'Etat» est menacée — concept inventé par la Cour — cet emploi constituerait une exception au corpus de règles du droit humanitaire qui s'applique dans tous les conflits armés et n'admet aucune exception dans le cas des armes nucléaires. Après avoir mûrement réfléchi, j'estime que l'illicéité de l'utilisation d'armes nucléaires ne dépend pas des circonstances de cette utilisation mais résulte des caractéristiques uniques et bien connues de ces armes dont l'emploi violerait le droit international quelles que soient les circonstances. Il est donc tout à fait inopportun que la conclusion de la Cour soit axée sur la question de la survie de l'Etat alors que la question qui se pose est celle de la licéité des armes nucléaires. Cette interprétation erronée de la question prive la conclusion de la Cour de toute base juridique.

Si en revanche la Cour avait bien perçu la question et voulu y apporter une réponse appropriée, elle aurait constaté que, sur la base du droit et des faits, elle pouvait très légitimement conclure à l'illicéité de l'emploi d'armes nucléaires en toute circonstance. Le fait que la Cour ne soit pas parvenue à cette constatation inévitable m'oblige à me dissocier fermement de sa conclusion principale.

Je me sens également tenu de mentionner certains doutes, plus généraux, que j'éprouve au sujet de l'avis consultatif dans son ensemble. Alors que l'objet des attributions consultatives de la Cour est de donner un avis juridique faisant autorité à l'organe qui le lui demande sur certains aspects d'une question dont il a à connaître dans l'exercice de ses fonctions, on a aussi utilisé ce mécanisme soit pour obtenir une interprétation autorisée des dispositions de la Charte ou des instruments constitutifs des institutions spécialisées soit pour donner des orientations à divers organes des Nations Unies concernant leurs fonctions. De plus, bien que les avis consultatifs de la Cour ne soient pas juridiquement contraignants et n'imposent aucune obligation en droit ni à l'organe demandeur ni aux Etats, ils ne sont pas pour autant privés d'effets car ils restent la loi «reconnue par les Nations Unies» (*Admissibilité de l'audition de pétitionnaires par le Comité du Sud-Ouest africain, C.I.J. Recueil 1956*, opinion individuelle de sir Hersch Lauterpacht, p. 46). Il en résulte que la Cour actuelle a à diverses reprises eu recours à sa compétence consultative comme moyen de participer aux travaux de l'Organisation des Nations Unies, aidant celle-ci à atteindre ses objectifs. Les avis consultatifs ont mis la Cour en mesure de contribuer utilement au développement et à la cristallisation du droit. C'est ainsi que, dans son avis consultatif sur la



development "of international law in regard to non-self-governing territories, as enshrined in the Charter of the United Nations" (*Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, *I.C.J. Reports 1971*, p. 31), which made the principle of self-determination applicable to such territories.

In its Advisory Opinion on the *Western Sahara*, the Court, citing the *Namibia* Opinion in relation to the principle of self-determination, stated that when questions are asked with reference to that principle, the Court

"must take into consideration the changes which have occurred in the supervening half-century, and its interpretation cannot remain unaffected by the subsequent development of law, through the Charter of the United Nations and by way of customary law".

.....  
 "In this domain, as elsewhere, the *corpus iuris gentium* has been considerably enriched, and this the Court, if it is faithfully to discharge its functions, may not ignore." (*I.C.J. Reports 1975*, p. 32, para. 56.)

The Court's Opinion in the case accordingly referred to Article 1 of the United Nations Charter and to the Declaration on the Granting of Independence to Colonial Countries and Peoples which, it said, "confirm and emphasize that the application of the right of self-determination requires a free and genuine expression of the will of the peoples concerned" (*I.C.J. Reports 1975*, p. 32, para. 55). Moreover, the Court insisted that

"The validity of the principle of self-determination, defined as the need to pay regard to the freely expressed will of peoples is not affected by the fact that in certain cases the General Assembly has dispensed with the requirement of consulting the inhabitants of a given territory." (*Ibid.*, p. 33, para. 59.)

It can therefore be observed that through the medium of its advisory opinions, the Court has rendered normative decisions which have enabled the United Nations to achieve its objectives, in some cases even leading to the peaceful settlement of disputes, and has either contributed to the crystallization and development of the law or, with its imprimatur, affirmed the emergence of the law.

It is therefore to be regretted that, on this occasion, the Court would seem not only to have retreated from this practice of making its contribution to the development of the law on a matter of such vital importance to the General Assembly and to the international community as a whole but may, albeit unintentionally, have cast doubt on established or emerging rules of international law. Indeed, much of the approach of the Court in this Opinion is indicative of this attitude. When not looking for specific treaties or customary law rules supposed to regulate or prohibit the use of nuclear weapons, the Court has tended to declare either that it is

*Namibie*, la Cour a évoqué l'évolution du «droit international à l'égard des territoires non autonomes, tel qu'il est consacré par la Charte des Nations Unies» (*Conséquences juridiques pour les Etats de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité, C.I.J. Recueil 1971, p. 31*), qui a fait de l'autodétermination un principe applicable à tous ces territoires.

Dans son avis consultatif sur le *Sahara occidental*, la Cour, citant l'avis relatif à la *Namibie* à propos du principe de l'autodétermination, a dit que, si on lui pose des questions au sujet de ce principe, elle

«doit prendre en considération les transformations survenues dans le demi-siècle qui a suivi et son interprétation ne peut manquer de tenir compte de l'évolution que le droit a ultérieurement connue grâce à la Charte des Nations Unies et à la coutume».

.....

Dans ce domaine comme dans les autres, le *corpus juris gentium* s'est beaucoup enrichi et, pour pouvoir s'acquitter fidèlement de ses fonctions, la Cour ne peut l'ignorer.» (*C.I.J. Recueil 1975, p. 32, par. 56.*)

L'avis de la Cour dans cette affaire a donc renvoyé à l'article 1 de la Charte ainsi qu'à la déclaration sur l'octroi de l'indépendance aux pays et aux peuples coloniaux qui, a-t-elle dit, «confirment et soulignent ... que l'application du droit à l'autodétermination suppose l'expression libre et authentique de la volonté des peuples intéressés» (*C.I.J. Recueil 1975, p. 32, par. 55*). La Cour a souligné en outre que

«La validité du principe d'autodétermination, défini comme répondant à la nécessité de respecter la volonté librement exprimée des peuples, n'est pas diminuée par le fait que dans certains cas l'Assemblée générale n'a pas cru devoir exiger la consultation des habitants de tel ou tel territoire.» (*Ibid.*, p. 33, par. 59.)

On peut donc relever que la Cour a rendu, au moyen de ses avis consultatifs, des décisions normatives qui ont permis aux Nations Unies d'atteindre leurs objectifs, et dans quelques cas ont abouti à un règlement pacifique de différends, et qu'elle a soit contribué à la cristallisation et au développement du droit soit, en donnant son imprimatur, consacré l'émergence du droit.

Il faut cependant regretter en l'espèce que non seulement la Cour soit revenue sur la pratique consistant à apporter sa contribution au développement du droit dans un domaine d'une si grande importance pour l'Assemblée générale et la communauté internationale dans son ensemble, mais encore qu'elle ait jeté, peut-être sans le vouloir, un doute sur des règles établies ou émergentes du droit international. Cette attitude explique en grande partie la démarche suivie par la Cour dans son avis consultatif. Lorsqu'elle ne recherchait pas des règles coutumières ou conventionnelles spécifiques censées réglementer ou interdire l'emploi d'armes nucléaires, la Cour a eu

not called upon to make a finding on the matter or that it is not necessary for it to take a position. For instance, regarding the matter of whether the principles and rules of humanitarian law are part of *jus cogens* as defined in Article 53 of the Vienna Convention on the Law of Treaties of 1969, the Court stated that there is no need for it to pronounce on the matter even though there is almost universal adherence to the fact that the Geneva Conventions of 1949 are declaratory of customary international law, and there is community interest and consensus in the observance of and respect for their provisions. A pronouncement of the Court emphasizing their humanitarian underpinnings and the fact that they are deeply rooted in the traditions and values of member States of the international community and deserve universal respect and protection, and not to be derogated from by States would assist in strengthening their legal observance especially in an era which has so often witnessed the most serious and egregious violation of humanitarian principles and rules and whose very *raison d'être* is irreconcilable with the use of nuclear weapons. This has been part of the judicial function of the Court — the establishment of international legal standards for the community of States and, in particular, for those that appear before it or are parties to its Statute. In the establishment of such legal standards, the Court, in the *Reservations* case, referred to the principles underlying the Convention on the Prohibition of Genocide as principles which are recognized by civilized nations “as binding on States, even without any conventional obligation” (*Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, I.C.J. Reports 1951*, p. 23). It also recognized the co-operation required by the Convention “in order to liberate mankind from such an odious scourge . . .” (*ibid.*). The Court noted that the Convention was adopted for a purely humanitarian and civilizing purpose, “to safeguard the very existence of certain human groups and . . . to confirm and endorse the most elementary principles of morality” (*ibid.*). In the *Corfu Channel* case, the Court referred to “certain general and well-recognized principles, namely: elementary considerations of humanity, even more exacting in peace than in war” (*I.C.J. Reports 1949*, p. 22). Such pronouncements would undoubtedly have helped to foster a proper sense of restraint within the international community. In the *Barcelona Traction* case, the Court in discussing the obligations of States towards the international community stated that such obligations are *ergo omnes* and

“derive, for example, in contemporary international law, from the outlawing of acts of aggression, and of genocide, as also from the principles and rules concerning the basic rights of the human person, including protection from slavery and racial discrimination. Some of the corresponding rights of protection have entered into the body of general international law . . .” (*Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, I.C.J. Reports 1970*, p. 32, para. 34).

tendance à dire soit qu'elle n'était pas appelée à se prononcer en la matière soit qu'il n'était pas nécessaire qu'elle prenne position. Ainsi sur la question de savoir si les principes et règles du droit humanitaire font partie du *jus cogens* tel qu'il a été défini à l'article 53 de la convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités, la Cour a déclaré ne pas avoir à se prononcer sur ce point bien que l'on admette quasi universellement que les conventions de Genève de 1949 sont déclaratoires du droit international coutumier et que l'observation et le respect de leurs dispositions répondent à l'intérêt collectif et bénéficient d'un consensus de la part de la communauté. Une conclusion de la Cour soulignant les fondements humanitaires de ces dispositions, le fait qu'elles sont profondément enracinées dans les traditions et les valeurs des États membres de la communauté internationale et qu'elles méritent d'être respectées et protégées universellement sans que les États puissent y déroger contribuerait à renforcer l'application juridique de ces dispositions, tout spécialement à une époque qui a été si souvent le témoin des violations les plus graves et les plus flagrantes des principes et des règles du droit humanitaire — dont la raison d'être est inconciliable avec l'emploi d'armes nucléaires. Il relève de la fonction judiciaire de la Cour de fixer des normes juridiques internationales pour la communauté des États et en particulier pour ceux qui se présentent devant elle ou sont parties à son Statut. Pour établir de telles normes, la Cour a dit, dans l'affaire des *Réserves à la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, que les principes qui sont la base de cette convention sont des principes reconnus par les nations civilisées «comme obligeant les États même en dehors de tout lien conventionnel» (*C.I.J. Recueil 1951*, p. 23). Elle a mentionné aussi la coopération nécessaire qu'exigeait la convention «pour libérer l'humanité d'un fléau aussi odieux» (*ibid.*). La Cour a noté que la convention avait été adoptée dans un but purement humanitaire et civilisateur «pour sauvegarder l'existence même de certains groupes humains, ... confirmer et ... sanctionner les principes de morale les plus élémentaires» (*ibid.*). Dans l'affaire du *Détroit de Corfou*, la Cour s'est référée à «certains principes généraux et bien reconnus, tels que des considérations élémentaires d'humanité, plus absolues encore en temps de paix qu'en temps de guerre» (*C.I.J. Recueil 1949*, p. 22). De telles constatations auraient sans aucun doute contribué à encourager la communauté internationale à faire preuve de modération. Dans l'affaire de la *Barcelona Traction*, la Cour a dit, à propos des obligations des États envers la communauté internationale, qu'il s'agissait d'obligations *erga omnes* qui

«découlent par exemple, dans le droit international contemporain, de la mise hors la loi des actes d'agression et de génocide mais aussi des principes et des règles concernant les droits fondamentaux de la personne humaine, y compris la protection contre la pratique de l'esclavage et la discrimination raciale. Certains droits de protection correspondants se sont intégrés au droit international général...» (*Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, C.I.J. Recueil 1970*, p. 32, par. 34.)

In the case under consideration, the Court would appear to have been all too reluctant to take a position of principle on a question involving what the late Judge Nagendra Singh has described as the most important aspect of international law facing humanity today (*Nuclear Weapons and International Law*, p. 17). Instead, the Court would seem to have attempted to overcome this fundamental issue about the *jus cogens* character of some of the principles and rules of humanitarian law by saying that the request transmitted to it “does not raise the question of the character of the humanitarian law which would apply to the use of nuclear weapons”. With respect they do. A pronouncement by the Court regarding the character and application of such rules, while not a guarantee of their observance at all times, would nevertheless be considered as a reaffirmation of those rules as they relate to human values which are already protected by positive legal principles and, when taken together, reveal certain criteria of public policy. (See I. Brownlie, *Principles of Public International Law*, 1990, p. 28.) H. Lauterpacht has also stated that, among other reasons, many of the provisions of the Geneva Conventions following as they do from “compelling considerations of humanity, are declaratory of universally binding international custom” (E. Lauterpacht (ed.), *International Law, Being the Collected Papers of Hersch Lauterpacht*, 1970, p. 115). The International Law Commission pointed out in its commentary on Article 50 (now 53) of the Vienna Convention on the Law of Treaties, that “it is not the form of a general rule of international law, but the particular nature of the subject-matter with which it deals that may . . . give it a character of *jus cogens*”. Already in 1980, the Commission observed that “some of the rules of humanitarian law are, in the opinion of the Commission, rules which impose obligations of *jus cogens*”.

The Court also adopted the judicial policy of “non-pronouncement” on the question of belligerent reprisals — an issue most pertinent to the question before it — “save to observe that in any case any right of recourse to such reprisals would, like self-defence, be governed *inter alia* by the principle of proportionality” (para. 46). It is to say the least strange that the Court should refrain from pronouncing on the lawfulness or otherwise of belligerent reprisals, particularly if it would involve the use of nuclear weapons. Under contemporary international law, belligerent reprisals, if carried out with nuclear weapons, would grossly violate humanitarian law in any circumstance and international law in general. More specifically the Geneva Conventions prohibit such reprisals against a range of protected persons and objects as reaffirmed in Additional Protocol I of 1977. According to the Protocol, all belligerent parties are prohibited from carrying out belligerent reprisals. If nuclear weapons were used and given the characteristics of those weapons, their inability to discriminate between civilians and combatants and between civilian and military objectives, together with the likelihood of violations of the prohibition of unnecessary suffering and superfluous injuries to

Dans l'affaire qui nous concerne, il semble que la Cour se soit montrée trop hésitante à prendre une position de principe sur une question portant sur ce que M. Nagendra Singh, aujourd'hui décédé, décrivait comme l'aspect le plus important du droit international que l'humanité doit affronter aujourd'hui (*Nuclear Weapons and International Law*, p. 17). Au lieu de cela, il semblerait que la Cour se soit efforcée de venir à bout de la question fondamentale de savoir si certains des principes et règles du droit humanitaire relevaient du *jus cogens* en disant que la demande qui lui avait été adressée « ne soulève pas la question de savoir quelle serait la nature du droit humanitaire qui s'appliquerait à l'emploi des armes nucléaires ». Je me permets de dire qu'elle la soulève. Si la Cour se prononçait sur la nature et l'application de ces règles, cela ne garantirait peut-être pas leur respect en toutes circonstances, mais cela serait néanmoins considéré comme une réaffirmation de ces règles dans la mesure où elles se rattachent à des valeurs humaines déjà protégées par des principes de droit positif qui, pris dans leur ensemble, attestent l'existence de certains critères d'ordre public (voir I. Brownlie, *Principles of Public International Law*, 1990, p. 28). H. Lauterpacht a dit aussi qu'entre autres raisons nombre des dispositions des conventions de Genève résultant effectivement de « considérations impérieuses d'humanité sont déclaratoires d'une coutume internationale obligatoire sur le plan universel » (E. Lauterpacht, dir. publ., *International Law, Being the Collected Papers of Hersch Lauterpacht*, 1970, p. 115). La Commission du droit international a souligné dans son commentaire sur l'article 50 (devenu aujourd'hui l'article 53) de la convention de Vienne sur le droit des traités que « ce n'est pas la forme d'une règle générale de droit international mais la nature particulière du sujet dont elle traite qui peut lui donner le caractère de *jus cogens* ». En 1980 déjà, la Commission a fait observer que « certaines règles de droit humanitaire sont, selon elle, des règles qui imposent des obligations relevant du *jus cogens* ».

La Cour a également adopté une ligne d'action consistant à ne pas se prononcer sur le problème des représailles en temps de guerre — problème particulièrement pertinent au regard de la question qui lui était posée — « sinon pour observer qu'en tout état de cause tout droit de recourir à de telles représailles serait, comme le droit de légitime défense, régi, notamment, par le principe de proportionnalité » (par. 46). Il est pour le moins étrange que la Cour s'abstienne de statuer sur la licéité ou l'illicéité des représailles en temps de guerre, en particulier si cela devait donner lieu à l'emploi d'armes nucléaires. Dans le droit international contemporain, des représailles en temps de guerre exercées au moyen d'armes nucléaires constitueraient une violation flagrante du droit humanitaire en toute circonstance et, plus généralement, du droit international. Plus précisément, les conventions de Genève interdisent de telles représailles contre un certain nombre de personnes et de biens protégés, comme cela a été réaffirmé dans le protocole additionnel I de 1977. Selon le protocole, il est interdit aux belligérants d'exercer des représailles en temps de guerre. Si, étant donné les caractéristiques des armes nucléaires, leur incapacité à faire une distinction entre civils et combattants et entre objectifs civils et objectifs militaires, de telles armes étaient employées

belligerents, such reprisals would at a minimum be contrary to established humanitarian law and would therefore be unlawful. The Court's "judicial restraint" on an issue of such crucial importance to the question before it contributes neither to the clarification of the law, let alone to its observance.

The Court's reluctance to take a legal position on some of the important issues which pertain to the question before it could also be discerned from what may be described as a "judicial odyssey" in search of a specific conventional or customary rule specifically authorizing or prohibiting the use of nuclear weapons, which only led to the discovery that no such specific rule exists. Indeed, if such a specific rule did exist, it is more than unlikely that the question would have been brought before the Court in its present form, if at all. On the other hand, the absence of a specific convention prohibiting the use of nuclear weapons should not have suggested to the Court that the use of such weapons might be lawful, as it is generally recognized by States that customary international law embodies principles which are applicable to the use of such weapons. Hence the futile quest for specific legal prohibition can only be attributable to an extreme form of positivism, which is out of keeping with the international jurisprudence — including that of this Court. The futility of such an enterprise was recognized by the British-American Claims Arbitral Tribunal in the *Eastern Extension, Australia and China Telegraph Company* case, where it was held that even if there were no specific rule of international law applicable to a case, it could not be said that there was no rule of international law to which resort might be had:

"International law, as well as domestic law, may not contain, and generally does not contain, express rules decisive of particular cases; but the function of jurisprudence is to resolve the conflict of opposing rights and interests by applying, in default of any specific provision of law, the corollaries of general principles, and so to find — exactly as in the mathematical sciences — the solution of the problem. This is the method of jurisprudence; it is the method by which the law has been gradually evolved in every country, resulting in the definition and settlement of legal relations as well between States as between private individuals." (United Nations, *Reports of International Arbitral Awards*, Vol. VI, pp. 114-115.)

Such then has been the jurisprudential approach to issues before the Court. The Court has applied legal principles and rules to resolve the conflict of opposing rights and interests where no specific provision of the law exists, and has relied on the corollaries of general principles in order to find a solution to the problem. The Court's approach has not been restricted to a search for a specific treaty or rule of customary law specifically regulating or applying to a matter before it and, in the absence of

pour exercer des représailles, outre qu'elles violeraient l'interdiction de causer des souffrances inutiles ou des maux superflus aux belligérants, celles-ci seraient à tout le moins contraires au droit humanitaire établi et, partant, illicites. La «réserve judiciaire» de la Cour sur un point d'une importance aussi cruciale pour la question qui lui est posée ne contribue pas à la clarification du droit, sans parler de son observation.

La réticence manifestée par la Cour à prendre une position juridique sur certains des points importants intéressant la question dont elle est saisie ressort bien de ce que l'on peut appeler l'«odyssée judiciaire» de la Cour durant laquelle elle a cherché une règle conventionnelle ou coutumière spécifique autorisant ou interdisant expressément l'emploi d'armes nucléaires pour découvrir finalement qu'il n'en existe aucune. Si une telle règle existait, il est fort peu probable que la question aurait été posée à la Cour sous la forme où elle l'a été et peut-être même n'aurait-elle pas été posée du tout. Mais l'absence d'une convention interdisant expressément l'emploi d'armes nucléaires n'aurait pas dû l'amener à penser que cet emploi pourrait être licite dès lors que les Etats admettent en général que le droit international coutumier consacre des principes applicables à l'utilisation de ces armes. La vaine recherche d'une interdiction juridique expresse ne peut donc s'expliquer que par une forme extrême de positivisme qui n'est plus en accord avec la jurisprudence internationale — y compris celle de la Cour. La futilité d'une telle entreprise a été reconnue par le tribunal arbitral américano-britannique des réclamations dans l'affaire *Eastern Extension, Australia and China Telegraph Company* où le tribunal a dit que, même en l'absence d'une règle de droit international expressément applicable dans une affaire, on ne pouvait prétendre qu'aucune règle de droit international ne pouvait être appliquée :

«Il se peut que le droit international, comme le droit interne, ne contienne pas de règle expresse permettant de trancher une affaire déterminée et généralement il n'en contient pas mais la fonction de la jurisprudence est de résoudre le conflit entre droits et intérêts opposés en appliquant, à défaut de toute disposition spécifique de la loi, les corollaires des principes généraux et de trouver ainsi — exactement comme en mathématiques — la solution du problème. Telle est la méthode jurisprudentielle; c'est grâce à cette méthode que le droit s'est graduellement développé dans tous les pays, aboutissant à la définition et à l'aménagement des rapports juridiques aussi bien entre les Etats qu'entre les particuliers.» (Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. VI, p. 114.)

Telle a été la démarche jurisprudentielle de la Cour à l'égard des questions qu'elle avait à régler. Elle a appliqué des principes et des règles juridiques pour résoudre le conflit entre droits et intérêts opposés là où la loi ne contenait aucune disposition expresse et elle s'est appuyée sur les corollaires des principes généraux afin de trouver une solution au problème. La Cour ne s'est pas bornée à chercher un traité ou une règle de droit coutumier régissant spécifiquement le cas dont elle était saisie et, en l'absence



such a specific rule or treaty, it has not declared that it cannot definitively conclude or that it is unable to reach a decision or make a determination on that matter. The Court has in the past — rightly in my view — not imposed such restrictions upon itself when discharging its judicial function to decide disputes in accordance with international law, but has referred to the principles of international law, to equity and to its own jurisprudence in order to define and settle the legal issues referred to it.

On the other hand, the search for specific rules led the Court to overlook or not fully to apply the principles of the United Nations Charter when considering the question before it. One such principle that does not appear to have been given its due weight in the Judgment of the Court is Article 2, paragraph 1, of the Charter of the United Nations, which provides that “The Organization is based on the principle of sovereign equality of all its Members.” The principle of sovereign equality of States is of general application. It presupposes respect for the sovereignty and territorial integrity of all States. International law recognizes the sovereignty of each State over its territory as well as the physical integrity of the civilian population. By virtue of this principle, a State is prohibited from inflicting injury or harm on another State. The principle is bound to be violated if nuclear weapons are used in a given conflict, because of their established and well-known characteristics. The use of such weapons would not only result in the violation of the territorial integrity of non-belligerent States by radioactive contamination, but would involve the death of thousands, if not millions, of the inhabitants of territories not parties to the conflict. This would be in violation of the principle as enshrined in the Charter, an aspect of the matter that would appear not to have been taken fully into consideration by the Court when making its findings.

I am likewise constrained to express my apprehension over some of the other findings in the Advisory Opinion with regard to respect for human rights and genocide, the protection of the natural environment and the policy of deterrence. With regard to genocide, it is stated that genocide would be considered to have been committed if a recourse to nuclear weapons resulted from an intent to destroy, in whole or in part, a national, ethnical, racial or religious group, as such. This reflects the text of the Genocide Convention. However, one must be mindful of the special characteristics of the Convention, its object and purpose, to which the Court itself referred in the *Reservations* case as being to condemn and punish

“‘a crime under international law’ involving a denial of the right of existence of entire human groups, a denial which shocks the conscience of mankind and results in great losses to humanity, and which is contrary to moral law and to the spirit and aims of the United Nations” (*Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, I.C.J. Reports 1951, p. 23*);

d'un traité ou d'une règle de ce genre, elle n'a pas dit qu'elle ne pouvait pas aboutir à une conclusion définitive ou qu'elle n'était pas en mesure de parvenir à une décision ou de statuer en la matière. La Cour ne s'est pas — à juste titre, selon moi —, dans le passé, imposée de telles restrictions dans l'exercice de sa fonction judiciaire qui consiste à régler les différends conformément au droit international, mais elle s'est référée aux principes du droit international, à l'équité ou à sa propre jurisprudence afin de définir et de trancher les questions juridiques qui lui étaient soumises.

Or la recherche de règles spécifiques a amené la Cour à méconnaître ou à ne pas appliquer pleinement les principes de la Charte des Nations Unies dans l'examen de la question posée. Un principe auquel la Cour ne paraît pas avoir attaché toute l'importance voulue dans sa décision est le paragraphe 1 de l'article 2 de la Charte selon lequel : «L'Organisation est fondée sur l'égalité souveraine des Etats.» Le principe de l'égalité souveraine des Etats est d'application générale. Il présuppose le respect de la souveraineté et de l'intégrité territoriale de tous les Etats. Le droit international reconnaît la souveraineté de chaque Etat sur son territoire de même que l'intégrité physique de la population civile. En vertu de ce principe, il est interdit à un Etat d'infliger des dommages ou de porter préjudice à un autre Etat. Ce principe ne peut qu'être violé si des armes nucléaires sont employées dans un conflit donné, en raison des caractéristiques avérées et bien connues qu'elles présentent. L'utilisation de telles armes ne constituerait pas seulement une violation de l'intégrité territoriale d'Etats non belligérants due à une contamination radioactive, mais elle entraînerait la mort de milliers, voire de millions, de personnes habitant des territoires de pays non parties au conflit. Ce serait là violer le principe consacré dans la Charte, mais cet aspect de la question ne paraît pas avoir été pleinement pris en considération par la Cour quand elle a adopté ses conclusions.

Je me sens également tenu d'exprimer mes craintes au sujet de certaines autres déclarations figurant dans l'avis consultatif concernant les droits de l'homme et le génocide, la protection de l'environnement et la politique de dissuasion. S'agissant du génocide, il est dit que l'on considérerait qu'il y a génocide si le recours à l'arme nucléaire résultait d'une intention de détruire, en tout ou en partie, un groupe national, ethnique, racial ou religieux, comme tel. Cela reflète le texte de la convention sur le génocide. Il ne faut cependant pas oublier les traits particuliers de la convention, son objet et son but, dont la Cour elle-même a dit, dans l'affaire des *Réserves à la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide* qu'elle vise à condamner et à réprimer le génocide comme

«un crime de droit des gens» impliquant le refus du droit à l'existence de groupes humains entiers, refus qui bouleverse la conscience humaine, inflige de grandes pertes à l'humanité, et qui est contraire à la fois à la loi morale et à l'esprit et aux fins des Nations Unies» (C.I.J. Recueil 1951, p. 23).

while further pointing out

“that the principles underlying the Convention are principles which are recognized by civilized nations as binding on States, even without any conventional obligation” (*I.C.J. Reports 1951*, p. 23).

It further emphasized the co-operation required in order “to liberate mankind from such an odious scourge” and, given the humanitarian and civilizing purpose of the Convention, it referred to it as intended “to safeguard the very existence of certain human groups”, and “to confirm and endorse the most elementary principles of morality”. The Court cannot therefore view with equanimity the killing of thousands, if not millions, of innocent civilians which the use of nuclear weapons would make inevitable, and conclude that genocide has not been committed because the State using such weapons has not manifested any intent to kill so many thousands or millions of people. Indeed, under the Convention, the quantum of the people killed is comprehended as well. It does not appear to me that judicial detachment requires the Court from expressing itself on the abhorrent shocking consequences that a whole population could be wiped out by the use of nuclear weapons during an armed conflict, and the fact that this could tantamount to genocide, if the consequences of the act could have been foreseen. Such expression of concern may even have a preventive effect on the weapons being used at all.

As to whether recourse to nuclear weapons would violate human rights, in particular the right to human life, the Court found that it was never envisaged that the lawfulness or otherwise of such weapons would be regulated by the International Covenant on Civil and Political Rights. While this is accepted as a legal position, it does seem to me that too narrow a view has been taken of the matter. It should be recalled that both human rights law and international humanitarian law have as their *raison d'être* the protection of the individual as well as the worth and dignity of the human person, both during peacetime or in an armed conflict. It is for this reason, to my mind, that the United Nations Charter, which was adopted immediately after the end of the Second World War in the course of which serious and grave violations of human rights had occurred, undertook to protect the rights of individual human beings whatever their race, colour or creed, emphasizing that such rights were to be protected and respected even during an armed conflict. It should not be forgotten that the Second World War had witnessed the use of the atomic weapon in Hiroshima and Nagasaki, resulting in the deaths of thousands of human beings. The Second World War therefore came to be regarded as the period epitomizing gross violations of human rights. The possibility that the human rights of citizens, in particular their right to life, would be violated during a nuclear conflagration, is a matter which falls within the purview of the Charter and other relevant international legal instruments. Any activity which involves a terrible violation

La Cour a poursuivi en ces termes :

«les principes qui sont à la base de la convention sont des principes reconnus par les nations civilisées comme obligeant les Etats même en dehors de tout lien conventionnel» (*C.I.J. Recueil 1951*, p. 23).

Elle a souligné encore qu'une coopération était nécessaire «pour libérer l'humanité d'un fléau aussi odieux» et, vu l'objectif humanitaire et civilisateur de la convention, elle a dit que cette convention visait à «sauvegarder l'existence même de certains groupes humains» et à «confirmer et ... sanctionner les principes de morale les plus élémentaires». La Cour ne saurait donc envisager avec équanimité la mort de milliers, voire de millions, de civils innocents, qui résulterait inévitablement de l'emploi des armes nucléaires et conclure qu'il n'y a pas eu génocide car l'Etat qui s'est servi de ces armes n'avait pas manifesté l'intention de tuer tant de milliers ou de millions d'individus. Qui plus est, la Convention tient bel et bien compte de l'importance numérique des victimes. Il ne me semble pas que la réserve judiciaire oblige la Cour à s'abstenir de s'exprimer sur le fait que l'emploi d'armes nucléaires dans un conflit armé peut aboutir à cette conséquence atroce et abominable que constitue l'élimination d'une population tout entière et sur le fait que cela revient à un génocide dès lors que les conséquences de l'acte étaient prévisibles. Une telle expression d'inquiétude pourrait peut-être même avoir un effet préventif sur l'utilisation de ces armes.

Concernant le point de savoir si le recours aux armes nucléaires violerait les droits de l'homme, en particulier le droit à la vie, la Cour a estimé que l'on n'avait jamais envisagé que le pacte international relatif aux droits civils et politiques régisse la question de la licéité de ces armes. On peut admettre cette position juridique mais il me semble que la question a été envisagée de façon trop étroite. Il faut rappeler en effet que la raison d'être aussi bien des droits de l'homme que du droit international humanitaire est de protéger l'individu ainsi que la valeur et la dignité de la personne humaine, à la fois en temps de paix et pendant les conflits armés. C'est pour cela à mon avis que la Charte des Nations Unies, adoptée juste après la fin de la seconde guerre mondiale — pendant laquelle des violations graves des droits de l'homme s'étaient produites — s'est engagée à protéger les droits de l'être humain, sans distinction de race, de couleur ou de conviction, et a souligné que ces droits devaient être protégés et respectés même pendant un conflit armé. Il ne faut pas oublier que c'est durant la seconde guerre mondiale que l'arme atomique a été utilisée à Hiroshima et à Nagasaki, causant des milliers de morts. On en est donc venu à considérer cette période comme l'illustration même des violations flagrantes des droits de l'homme. La possibilité que les droits fondamentaux du citoyen, en particulier le droit à la vie, soient violés pendant une conflagration nucléaire est une question qui relève de la Charte et d'autres instruments juridiques internationaux pertinents. Toute activité entraînant une très grave violation des principes de la

of the principles of the Charter deserves to be considered in the context of both the Charter and the other applicable rules. It is evidently in this context that the Human Rights Committee under the International Covenant on Civil and Political Rights adopted, in November 1984, a "general comment" on Article 6 of the Covenant (Right to Life), according to which the production, testing, possession, deployment and use of nuclear weapons ought to be prohibited and recognized as crimes against humanity. It is to be recalled that Article 6 of the Charter of the Nuremberg Tribunal defined crimes against humanity as "murder, extermination . . . , and other inhumane acts committed against any civilian population, before or during war . . .". It follows that the Nuremberg principles are likewise pertinent to the matter just considered by the Court.

With regard to the protection and safeguarding of the natural environment, the Court reached the conclusion that existing international law does not prohibit the use of nuclear weapons, but that important environmental factors are to be taken into account in the context of the implementation of the principles and rules of law applicable in armed conflict. The Court also found that relevant treaties in relation to the protection of the natural environment could not have intended to deprive a State of the exercise of its right to self-defence under international law.

In my view, what is at issue is not whether a State might be denied its right to self-defence under the relevant treaties intended for the protection of the natural environment, but rather that, given the known qualities of nuclear weapons when exploded as well as their radioactive effects which not only contaminate human beings but the natural environment as well including agriculture, food, drinking water and the marine ecosystem over a wide area, it follows that the use of such weapons would not only cause severe and widespread damage to the natural environment, but would deprive human beings of drinking water and other resources needed for survival. In recognition of this, the First Additional Protocol of 1977 makes provision for the preservation of objects indispensable to the survival of the civilian population, such as foodstuffs, agricultural produce, drinking water installations, etc. The Advisory Opinion should have considered the question posed in relation to the protection of the natural environment from this perspective, rather than giving the impression that the argument advanced was about denying a State its legitimate right of self-defence.

The Advisory Opinion considered that the fact of nuclear weapons not having been used for 50 years cannot be regarded as an expression of an *opinio juris*. The legal basis for such a recognition was not elaborated; it was more in the nature of an assertion. However, the Court was unable to find that the conviction of the overwhelming majority of States that the fact that nuclear weapons have not been used for the last 50 years has established an *opinio juris* in favour of the prohibition of such use, was such as to have a bearing on its Opinion. In this connection, the Court

Charte doit être envisagée en tenant compte de la Charte et des autres règles applicables. C'est évidemment dans ce contexte que le Comité des droits de l'homme, constitué en application du pacte international relatif aux droits civils et politiques, a adopté en novembre 1984 une observation générale sur l'article 6 du pacte (droit à la vie) en vertu de laquelle 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. On doit rappeler que l'article 6 du statut du Tribunal de Nuremberg a défini comme crimes contre l'humanité: «l'assassinat, l'extermination ... et tout autre acte inhumain commis contre toutes populations civiles avant ou pendant la guerre...» Il s'ensuit que les principes de Nuremberg sont eux aussi pertinents au regard de la question que la Cour vient d'examiner.

En ce qui concerne la protection et la sauvegarde de l'environnement naturel, la Cour est parvenue à la conclusion que le droit international existant n'interdit pas l'emploi d'armes nucléaires mais que d'importantes considérations d'ordre écologique doivent être prises en compte dans le cadre de la mise en œuvre des principes et règles du droit applicable dans les conflits armés. La Cour a estimé aussi que les traités adoptés pour protéger l'environnement naturel n'ont pas entendu priver un Etat de l'exercice de son droit de légitime défense en vertu du droit international.

A mon sens, il s'agit non pas de savoir si un Etat peut être privé du droit de légitime défense en vertu de traités relatifs à la protection de l'environnement naturel mais de savoir si, étant donné les caractéristiques connues des explosions d'armes nucléaires et étant donné leur radioactivité qui a pour effet de contaminer sur de vastes superficies non seulement les êtres humains mais aussi l'environnement et notamment l'agriculture, l'alimentation, l'eau potable et l'écosystème marin, il en résulte que l'emploi de ces armes causerait des dommages graves et étendus à l'environnement et priverait les êtres humains de l'eau potable et des ressources nécessaires à leur survie. Tenant compte de cela, le premier protocole additionnel de 1977 prévoit la protection de ce qui est indispensable à la survie de la population civile — vivres, produits agricoles, installations d'eau potable, etc. L'avis consultatif aurait dû examiner la question posée par rapport à la protection de l'environnement naturel dans cette perspective au lieu de donner l'impression que l'argument avancé concernait le refus de reconnaître à l'Etat son droit de légitime défense.

L'avis consultatif considère que l'on ne peut voir dans la non-utilisation des armes nucléaires pendant cinquante ans l'expression d'une *opinio juris*. La base juridique de ce constat n'est pas expliquée; il s'agit plutôt d'une simple assertion. Quoi qu'il en soit, la Cour n'a pas estimé que la conviction partagée par une écrasante majorité d'Etats selon laquelle la non-utilisation des armes nucléaires pendant cinquante ans avait établi une *opinio juris* dans le sens d'une interdiction de leur emploi devait avoir une influence sur sa décision. A cet égard, la Cour aurait dû attacher plus

should have given due consideration and weight to the statements of the overwhelming majority of States together with the resolutions adopted by various international organizations on the use of nuclear weapons, as evidence of the emergence of an *opinio juris*.

In my view, it was injudicious for the Court to have appeared to give legal recognition to the doctrine of deterrence as a principle of international law. While it is legitimate that judicial notice should be taken of that policy, the Court should have realized that it has the potential of being declared illegal if implemented, as it would involve a nuclear conflict between belligerents with catastrophic consequences for the civilian population not only of the belligerent parties but those of States not involved in such a conflict, and could result in the violation of international law in general and humanitarian law in particular. It would therefore have been prudent for the Court to have refrained from taking a position on this matter, which is essentially non-legal.

Be that as it may, the Advisory Opinion cannot be considered as entirely without legal merit or significance. The positive findings it contains should be regarded as a step forward in the historic process of imposing legal restraints in armed conflicts. Some of those restraints as they relate to nuclear weapons have now found expression in the opinion of the Court. For the first time in its history, indeed in the history of any tribunal of similar standing, the Court has declared and confirmed that nuclear weapons are subject to international law; that a threat or use of force by means of nuclear weapons that is contrary to Article 2, paragraph 4, of the United Nations Charter, and that fails to meet the requirements of Article 51 is unlawful. The Court has also held that any threat or use of nuclear weapons that is incompatible with the requirements of international law applicable in armed conflict, particularly those of the principles of humanitarian law as well as specific obligations under the treaties or other undertakings, dealing expressly with nuclear weapons, would be unlawful. Inferentially, it is because recourse to nuclear weapons could not meet the aforementioned requirements that the Court has found

“that the threat or use of nuclear weapons would generally be contrary to the rules of international law applicable in armed conflict, and in particular the principles and rules of humanitarian law” (paragraph 2 E of the *dispositif*).

This finding, though qualified, should be regarded as of normative importance, when taken together with the other conclusions reached by the Court. Among other things, it is a rejection of the argument that since humanitarian law pre-dated the invention of nuclear weapons, it could not therefore be applicable to those weapons. On the contrary, the Court has found that given the intrinsic character of the established principles and rules of humanitarian law, it does apply to them.

de poids aux déclarations faites par l'écrasante majorité des Etats ainsi qu'aux résolutions adoptées par diverses organisations internationales sur l'usage des armes nucléaires, en tant que preuves de l'émergence d'une *opinio juris*.

A mon avis, il n'était pas judicieux que la Cour paraisse accorder une reconnaissance juridique à la doctrine de la dissuasion comme principe de droit international. S'il est légitime que la Cour constate l'existence de cette politique, elle aurait dû avoir conscience que, une fois mise en œuvre, la doctrine en question peut être déclarée illicite car son application suppose un conflit nucléaire lourd de conséquences catastrophiques non seulement pour la population civile des Etats belligérants mais aussi pour celle d'Etats étrangers au conflit et peut déboucher sur la violation du droit international en général et du droit humanitaire en particulier. Il aurait donc été plus sage que la Cour s'abstienne de prendre position en cette matière, essentiellement non juridique.

Quoi qu'il en soit, on ne saurait considérer que l'avis consultatif est entièrement dépourvu de valeur ou de portée juridique. Les constatations positives qu'il contient doivent être considérées comme des progrès dans le processus historique qui tend à imposer des restrictions juridiques dans les conflits armés. Certaines de ces limitations concernant les armes nucléaires sont maintenant mentionnées dans l'avis de la Cour. Pour la première fois dans son histoire — comme d'ailleurs dans l'histoire de tout autre tribunal du même rang — la Cour déclare et confirme que les armes nucléaires relèvent du droit international; que la menace ou l'emploi de la force au moyen d'armes nucléaires qui serait contraire à l'article 2, paragraphe 4, de la Charte des Nations Unies et qui ne satisferait pas à toutes les prescriptions de son article 51 est illicite. La Cour dit aussi que toute menace ou tout emploi d'armes nucléaires qui est incompatible avec les exigences du droit international applicable dans les conflits armés, spécialement celles des principes et règles du droit international humanitaire, ainsi qu'avec les obligations particulières en vertu des traités et autres engagements qui ont expressément trait aux armes nucléaires serait illicite. On peut en déduire que c'est parce que le recours aux armes nucléaires ne peut satisfaire aux exigences susmentionnées que la Cour conclut :

«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» (paragraphe 2, alinéa E, du dispositif).

Rapprochée des autres conclusions de la Cour, cette déclaration, si nuancée soit-elle, doit être considérée comme importante sur le plan normatif. En particulier, elle écarte l'argument selon lequel, le droit humanitaire ayant précédé l'invention de l'arme nucléaire, il ne saurait s'appliquer à elle. La Cour estime au contraire que, vu le caractère intrinsèque des règles et des principes établis du droit humanitaire, celui-ci s'applique bien à elle.



It is in the response to these juridical findings of both historic and normative importance that I have voted in favour of paragraphs 2 A, 2 C, 2 D and 2 F of the *dispositif*, but not without reservations with respect to paragraph 2 C.

However, I have voted against paragraph 2 B according to which the Court finds that there is in neither customary nor conventional international law any comprehensive and universal prohibition of the threat of nuclear weapons as such. Such a finding, in my view, is not in accordance with the law. At the very least, the use of nuclear weapons would violate the prohibition of the use of poison weapons as embodied in Article 23 (a) of the Hague Convention of 1899 and 1907 as well as the Geneva Gas Protocol of 1925 which prohibits the use of poison gas and/or bacteriological weapons. Because of its universal adherence, the Protocol is considered binding on the international community as a whole. Furthermore, the prohibition of the use of poison gas is now regarded as a part of customary international law binding on all States, and, the finding by the Court in paragraph 2 B cannot be sustained in the face of the Geneva Conventions of 1949 and the 1977 Additional Protocols thereto either. With regard to the Conventions, they are as of today binding on at least 186 States and their universal acceptance is said to be even greater than that of the United Nations Charter. Accordingly, those treaties are now recognized as a part of customary international law binding on all States. The Court in its Judgment in the *Nicaragua* case confirmed that the Conventions are a part of customary international law, when it stated that:

“there is an obligation . . . in the terms of Article 1 of the Geneva Conventions, to ‘respect’ the Conventions and even ‘to ensure respect’ for them ‘in all circumstances’, since such an obligation does not derive only from the Conventions themselves, but from the general principles of humanitarian law to which the Conventions merely give specific expression” (*Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, I.C.J. Reports 1986, p. 114, para. 220).

By reference to the humanitarian principles of international law, the Court recognized that the Conventions themselves are reflective of customary law and as such universally binding. The same reasoning applies to Additional Protocol I in particular, which constitutes a restatement and a reaffirmation of customary law rules based on the earlier Geneva and Hague Conventions. To date, 143 States have become parties to the Protocol, and the customary force of the provisions of the Protocol are not based on the formal status of the Protocol itself.

In the light of the foregoing conclusion, it cannot be maintained, as the Court has done, that there is in neither customary nor conventional international law any comprehensive and universal prohibition of the threat

C'est en réaction aux conclusions juridiques qui présentent une importance à la fois historique et normative que j'ai voté pour les alinéas A, C, D, et F du paragraphe 2 du dispositif, non sans formuler des réserves en ce qui concerne l'alinéa C.

En revanche j'ai voté contre le paragraphe 2 B où la Cour dit que ni le droit international coutumier ni le droit international conventionnel ne comportent d'interdiction complète et universelle de la menace ou de l'emploi des armes nucléaires en tant que telles. Cette conclusion n'est pas, selon moi, conforme au droit. Le recours aux armes nucléaires violerait à tout le moins l'interdiction d'employer des «armes toxiques» édictée à l'article 23 a) des conventions de La Haye de 1899 et de 1907 et le protocole de Genève de 1925 qui interdit l'usage de gaz toxiques et/ou d'armes bactériologiques. Ce protocole ayant recueilli une adhésion universelle, il est admis qu'il lie la communauté internationale dans son ensemble. En outre, l'interdiction de l'emploi de gaz toxiques est maintenant considérée comme faisant partie du droit international coutumier obligeant tous les Etats de sorte que la conclusion de la Cour au paragraphe 2 B du dispositif est indéfendable eu égard aux conventions de Genève de 1949 et des protocoles additionnels y relatifs de 1977. Pour ce qui est des conventions, elles lient aujourd'hui cent quatre-vingt-six Etats au moins, si bien que leur universalité paraît plus grande encore que celle de la Charte des Nations Unies. En conséquence, il est maintenant admis que ces traités font partie du droit international coutumier liant tous les Etats. Dans son arrêt dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique)*, la Cour a confirmé que les conventions faisaient partie du droit international coutumier lorsqu'elle a déclaré :

«les Etats-Unis ont l'obligation, selon les termes de l'article premier des ... conventions de Genève, de «respecter» et même de «faire respecter» ces conventions «en toute circonstance», car une telle obligation ne découle pas seulement des conventions elles-mêmes, mais des principes généraux du droit humanitaire dont les conventions ne sont que l'expression concrète» (*C.I.J. Recueil 1986*, p. 114, par. 220).

Se référant aux principes humanitaires du droit international, la Cour a constaté que les conventions elles-mêmes expriment le droit coutumier et de ce fait liaient tous les Etats. Le même raisonnement vaut en particulier pour le protocole additionnel I qui a reformulé et réaffirmé des règles de droit coutumier fondées sur les conventions antérieures de Genève et de La Haye. A ce jour, cent quarante-trois Etats sont parties au protocole et la force coutumière de ces dispositions ne résulte pas de leur incorporation formelle dans le protocole lui-même.

Compte tenu de ce qui précède, on ne peut soutenir, comme la Cour l'a fait, que ni le droit international coutumier ni le droit international conventionnel ne comportent d'interdiction complète et universelle de

or use of nuclear weapons as such. Such a finding is not consistent with its jurisprudence either as alluded to above.

I have however voted in favour of paragraph 2 F of the *dispositif* which stresses the obligation to pursue in good faith and bring to a conclusion negotiations leading to nuclear disarmament in all its aspects under strict and effective international control. I am of the view that the parties to the 1968 Treaty on the Non-Proliferation of Nuclear Weapons, realizing the danger posed to all States by the proliferation of nuclear weapons, entered into a binding commitment to end the nuclear arms race at an early date and to embark on nuclear disarmament. The dangers that those weapons posed for humanity in 1968 are still current today, as is evident from the decision taken in 1995 by the States parties to the Treaty, to make it permanent. The obligation to eliminate those weapons remains binding on those States so as to remove the threat such weapons pose to violate the Charter or the principles and rules of humanitarian law. There is accordingly a correlation between the obligation of nuclear disarmament assumed by those States parties to the Non-Proliferation Treaty and the obligations assumed by States under the United Nations Charter and under the law applicable in armed conflict, in particular international humanitarian law.

Despite this and some of the other normative conclusions reached by the Court in its Advisory Opinion, it is a matter of profound regret that on the actual question put to it, that is, whether it is permitted under international law to use nuclear weapons in any circumstances, the Court flinched and failed to reach the only and inescapable finding, namely, that in view of the established facts of the use of such weapons, it is inconceivable that there is any circumstance in which their use would not violate the principles and rules of international law applicable in armed conflict and, in particular, the principles and rules of humanitarian law. By not answering the question and leaving it to States to decide the matter, the Court declined the challenge to reaffirm the applicability of the rules of law and of humanitarian law in particular to nuclear weapons and to ensure the protection of human beings, of generations unborn and of the natural environment against the use of such weapons whose destructive power, we have seen, is unable to discriminate between combatants and non-combatants, cannot spare hospitals or prisoner-of-war camps and can cause suffering out of all proportion to military necessity leaving their victims to die as a result of burns after weeks of agony, or to be afflicted for life with painful infirmities. The request by the General Assembly was for the Court, as the guarantor of legality, to affirm that because of these consequences, the use of nuclear weapons is unlawful under international law. A determination that this Court as a court of law should have been able to make.

la menace ou de l'emploi des armes nucléaires en tant que telles. Une telle conclusion n'est pas non plus compatible avec la jurisprudence de la Cour qui a été rappelée ci-dessus.

J'ai voté cependant pour le paragraphe 2 F du dispositif qui souligne l'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. Je suis d'avis que les parties au traité de 1968 sur la non-prolifération des armes nucléaires, conscientes du danger que la prolifération fait courir à tous les Etats, ont pris l'engagement contraignant de mettre fin rapidement à la course aux armes nucléaires et d'entreprendre le désarmement nucléaire. Les risques que ces armes représentaient pour l'humanité en 1968 existent toujours, comme cela résulte de la décision prise en 1995 par les Etats parties au traité de donner à celui-ci un caractère permanent. L'obligation d'éliminer les armes nucléaires continue à s'imposer à ces Etats, l'objectif étant d'écartier la menace que ces armes peuvent présenter et d'où pourrait résulter la violation de la Charte ou des principes et règles du droit humanitaire. Il y a donc une corrélation entre l'obligation de désarmement nucléaire assumée par ces Etats parties au traité sur la non-prolifération et les obligations assumées par les Etats en vertu de la Charte des Nations Unies ainsi que du droit applicable dans les conflits armés, et spécialement du droit international humanitaire.

Malgré cela et en dépit de certaines autres conclusions normatives auxquelles la Cour est parvenue dans son avis consultatif, je regrette profondément que, sur la vraie question qui lui était posée, à savoir s'il est permis en droit international de recourir à la menace ou à l'emploi d'armes nucléaires en toute circonstance, la Cour ait hésité à prendre position et n'ait pas adopté la seule et inéluctable conclusion qui s'imposait, à savoir que, étant donné les faits établis concernant l'utilisation de ces armes, il est inconcevable qu'il puisse y avoir des circonstances où leur emploi ne violerait pas les principes et les règles du droit international applicable dans les conflits armés, et en particulier les principes et les règles du droit humanitaire. En ne répondant pas à la question et en laissant les Etats libres de la trancher, la Cour s'est abstenue d'accomplir sa tâche qui aurait dû être de réaffirmer l'applicabilité aux armes nucléaires des règles de droit, en particulier des règles du droit humanitaire, et d'assurer la protection des êtres humains, des générations à venir et de l'environnement naturel contre l'emploi de telles armes dont la puissance destructrice, nous l'avons vu, est incapable de distinguer entre combattants et non-combattants, d'épargner les hôpitaux et les camps de prisonniers de guerre et peut causer des souffrances hors de proportion avec les nécessités militaires, laissant les victimes mourir de leurs brûlures après des semaines d'agonie ou endurer toute leur vie de douloureuses infirmités. Ce que l'Assemblée générale demandait à la Cour, garante du droit, c'était de déclarer qu'en raison de ces conséquences l'utilisation des armes nucléaires est illicite en droit international. C'est une déclaration que notre Cour en tant que tribunal aurait dû pouvoir faire.

In the absence of such a categoric and inescapable finding, I am left with no alternative but with deep regret to dissent from the Advisory Opinion.

*(Signed)* Abdul G. KOROMA.

---

En l'absence d'une conclusion catégorique et inéluctable de ce genre, je n'ai pas d'autre choix que d'exprimer, à mon grand regret, mon désaccord avec l'avis consultatif.

*(Signé)* Abdul G. KOROMA.