

L'avis consultatif de la CIJ sur la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires* et la fonction judiciaire

Marcelo G. Kohen*

Introduction

A des intervalles plus ou moins réguliers, la Cour internationale de Justice rend des décisions sur des questions très controversées qui suscitent d'importants débats doctrinaux, souvent aussi passionnés que houleux. A trente ans de l'arrêt sur le *Sud-Ouest africain* et à dix ans de l'arrêt *Nicaragua*, l'avis consultatif du 8 juillet 1996 sur la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires* s'ajoute à la liste de la jurisprudence qui fera couler beaucoup d'encre.

Dans certaines circonstances, la jurisprudence a indiscutablement contribué à éclaircir des pans entiers du droit international qui restaient auparavant dans des zones d'ombre. Dans d'autres circonstances, les décisions arbitrales ou judiciaires, fruit de pénibles tentatives d'arriver à un minimum de consensus, aboutissent au résultat inverse. L'avis consultatif du 8 juillet 1996 contient tous les ingrédients pour s'inscrire dans la droite ligne de ces dernières. En effet, à la question de l'Assemblée générale sur le point de savoir «s'il est permis en droit international de recourir à la menace ou à l'emploi d'armes nucléaires en toute circonstance»¹, la Cour a réagi par un laconisme extrême dont elle fait déjà preuve depuis un certain temps, par l'emploi du conditionnel, de même que par l'aveu qu'elle n'est pas capable de donner une réponse définitive dans le cas spécifique «d'une circonstance extrême de légitime défense dans laquelle la survie même d'un Etat serait en cause». A cela s'ajoute que le point fondamental du dispositif, le paragraphe E, a été adopté par la voix prépondérante du Président². Rien d'étonnant donc à ce que *tous* les juges qui ont participé au délibéré se soient crus obligés de joindre des déclarations ou des

* Chargé de cours à l'Université de Genève et chargé d'enseignement et de recherche à l'Institut universitaire de hautes études internationales de Genève. Institut universitaire de hautes études internationales, 132, Rue de Lausanne, CH-1211, Genève 21.

1 Résolution 49/75 K du 15 décembre 1994.

2 Une telle situation s'est également produite dans l'affaire du *Lotus* (arrêt n° 9 du 7 septembre 1927, CPII Série A N° 10), la Cour permanente étant présidée par M. Max Huber, et dans celle du *Sud-Ouest africain (deuxième phase)* (Rec. 1966, 6), le Président de la Cour étant Sir Percy Spender.

opinions individuelles ou dissidentes, fait exceptionnel dans les annales de la jurisprudence de la Cour³.

Nous ne nous proposons pas de faire un commentaire global de l'avis consultatif, encore moins d'analyser chacun des points extrêmement importants abordés de manière directe ou implicite par la Cour. Notre but est d'examiner si la Cour a rempli correctement sa fonction judiciaire en rendant un tel avis consultatif. Pour ce faire, nous examinerons d'abord la méthode suivie pour répondre à la question posée par l'Assemblée générale, en nous concentrant essentiellement sur le paragraphe E du dispositif et ses conditions d'adoption. Nous aborderons ensuite les raisons pour lesquelles la Cour n'est pas parvenue à une conclusion, en particulier si le droit positif ne fournit pas de réponse à la question et si les éléments de fait disponibles étaient ou non suffisants. En considérant la manière dont la Cour met en rapport le droit relatif à l'emploi de la force (*ius ad bellum*) et le droit des conflits armés (*ius in bello*) dans les deux alinéas du paragraphe E, nous nous arrêterons en particulier à l'analyse juridique de la politique de dissuasion car elle a joué un rôle décisif dans la réponse de la Cour. Nous nous attarderons également sur les hypothèses d'emploi d'armes nucléaires que la Cour a explicitement écartées de son analyse, pour arriver enfin à une conclusion quant à la prononciation par le juge d'un *non liquet* et à la question de savoir si le paragraphe F constitue une affirmation *ultra petita*.

I. La méthode d'analyse de la Cour

La méthode que la Cour a suivie au début de son avis consultatif en vue de répondre à la question de l'Assemblée générale est irréprochable. Il s'agissait en effet d'établir d'abord le droit applicable, en tenant compte des caractéristiques des armes nucléaires, afin d'arriver à une conclusion. Comme le dit l'avis consultatif :

« ... pour appliquer correctement ... le droit applicable ... il est impératif que la Cour tienne compte des caractéristiques uniques de l'arme nucléaire, et en particulier de sa puissance destructrice, de sa capacité d'infliger des souffrances indicibles à l'homme, ainsi que de son pouvoir de causer des dommages aux générations à venir »⁴.

La Cour conclut que le droit le plus directement pertinent est celui relatif à l'emploi de la force, le droit des conflits armés et le droit conventionnel concernant spécifi-

3 Les arrêts portant sur les affaires de la *Compétence en matière de pêcheries (Royaume-Uni c. Islande et République fédérale d'Allemagne c. Islande)* et des *Essais nucléaires (Australie c. France et Nouvelle-Zélande c. France)* se sont vus étoffés respectivement de dix et neuf déclarations, opinions individuelles ou dissidentes, bien que certaines d'entre elles étaient collectives, que certains juges ont joint en même temps des déclarations et des opinions individuelles et que d'autres se sont abstenus d'en joindre. Dans l'affaire du *Sud-Ouest africain (deuxième phase)*, dix des quatorze juges présents ont joint à l'arrêt l'exposé des déclarations, opinions individuelles ou dissidentes. Dans l'arrêt sur les *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, dix juges sur quinze ont fait de même.

4 Avis consultatif du 8 juillet 1996 (ci-après «avis consultatif»), 36. Au moment de la mise sous presse de cet article, l'avis consultatif n'avait toujours pas été publié par la Cour dans son Recueil. En conséquence, les citations se réfèrent à la version mimeographiée distribuée par la Cour au moment de la lecture de l'avis en séance publique.

quement l'arme nucléaire, après avoir également considéré les règles relatives à la protection des droits de l'homme et celles ayant trait à la protection de l'environnement⁵. La Cour consacre l'essentiel de son analyse au droit conventionnel et coutumier dans les différents domaines qu'elle a retenus comme pertinents. Toutefois, à la fin de l'exposé des motifs et en dehors de sa réflexion sur le *ius ad bellum*, elle introduit *ex abrupto* de nouveaux éléments, tels qu'un soi-disant «droit fondamental de l'Etat à la survie», en insistant encore sur la politique de dissuasion, pour expliquer que finalement elle ne saurait conclure de façon définitive à la licéité ou à l'illicéité de l'emploi d'armes nucléaires⁶.

Dans le point 2 du dispositif, la Cour affirme que le droit international coutumier ou conventionnel n'autorise pas spécifiquement la menace ou l'emploi d'armes nucléaires (paragraphe A), ni ne comporte l'interdiction complète et universelle de la menace ou de l'emploi des armes nucléaires en tant que telles (paragraphe B). Elle affirme ensuite que toute menace ou tout emploi d'armes nucléaires contraire à l'article 2, paragraphe 4, de la Charte et qui ne satisferait pas à toutes les prescriptions de son article 51 est illicite (paragraphe C). Au stade suivant la Cour utilise le conditionnel pour affirmer que la menace ou l'emploi d'armes nucléaires *devrait* aussi être compatible avec les exigences du droit des conflits armés, ainsi qu'avec les obligations particulières en vertu des traités et autres engagements qui ont expressément trait aux armes nucléaires (paragraphe D). Vient ensuite le paragraphe E, qui mérite d'être cité *in extenso*:

«Il ressort des exigences susmentionnées 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. 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»⁷.

On peut soutenir que les paragraphes A, B, C et D constituent en quelque sorte la prémisse majeure du syllogisme: la Cour établit quel est le droit applicable en la matière. Ensuite, le paragraphe E tient lieu de conclusion du syllogisme. En l'espèce, la prémisse mineure est représentée par le fait même de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, compte tenu des caractéristiques de celles-ci⁸. Les deux premiers paragraphes du point 2 du dispositif se bornent à constater l'inexistence

5 Ibid., Par. 34. Si les règles relatives à la protection des droits de l'homme ne se sont pas avérées utiles pour répondre à la question posée à la Cour, celle-ci a en revanche trouvé que les règles ayant trait à l'environnement doivent être prises en compte dans le cadre de la mise en oeuvre du droit des conflits armés et afin de savoir si les conditions de nécessité et proportionnalité pour l'exercice de la légitime défense sont respectées (*ibid.*, par. 25 à 35).

6 En effet, trois paragraphes suffisent à la Cour pour simplement mentionner les raisons qui l'ont conduit à se dérober de la question que lui avait posée l'Assemblée générale, alors qu'elle avait consacré des analyses substantielles aux autres aspects couverts par le problème *sub iudice*.

7 *Ibid.*, Par. 105, point 2.

8 Cf. l'exposé oral du professeur Georges Abi-Saab, au nom de l'Egypte, du 1er novembre 1995, CR 95/23, 36-9.

d'une règle spécifique interdisant ou autorisant explicitement la menace ou l'emploi d'armes nucléaires; les paragraphes C et D consacrent le droit applicable à la matière au point de vue du *ius ad bellum* et du *ius in bello*. On pouvait s'attendre à ce que le paragraphe E réponde à la question de la licéité ou non de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires à la lumière des règles pertinentes de ces deux «branches» du droit international. Le premier alinéa du paragraphe E donne une réponse nuancée à la question du point de vue du droit des conflits armés («la menace ou l'emploi d'armes nucléaires serait généralement contraire» aux règles de ce droit), alors que le second alinéa a trait au *ius ad bellum*: la Cour constate qu'elle ne sait pas si dans un cas particulier de légitime défense, celui d'une «circonstance extrême dans laquelle la survie d'un Etat serait en cause», la menace ou l'emploi d'armes nucléaires serait licite ou illicite. Avant d'examiner le contenu de ce paragraphe, il convient de s'attarder sur quelques curiosités relatives à son adoption.

II. L'adoption du paragraphe E: une majorité apparente?

Il ressort de la lecture des déclarations et opinions individuelles ou dissidentes que les juges n'ont pas pu scinder leur vote sur les deux alinéas du paragraphe E: ils ont été appelés à choisir entre «tout ou rien»⁹. Ceci peut s'expliquer par un souci de modération ou par la quête d'un impossible compromis entre les juges, le premier alinéa étant destiné à satisfaire ceux qui considèrent illégal l'emploi des armes nucléaires, le second pour ceux qui, en revanche, sont d'avis que le droit international permet d'y recourir dans certaines circonstances. Comme il fallait s'y attendre, ce *package deal*, plus propre à la négociation interétatique qu'au délibéré judiciaire, n'a satisfait quasiment personne.

On le sait, ce qui compte pour l'adoption d'une décision juridictionnelle est le vote du juge ou arbitre et non ses motivations¹⁰. Il n'en demeure pas moins que c'est une bien étrange majorité celle qui a fait en sorte que sur quatorze juges, onze aient formulé des critiques de fond au paragraphe en cause, pour des raisons différentes et souvent contradictoires. Le fait d'avoir voté pour ou contre ledit paragraphe, ou d'avoir joint à l'avis consultatif une déclaration, une opinion individuelle ou dissidente, ne constitue pas en soit un indice quant aux vues véritables des juges sur la question de la légalité de l'emploi d'armes nucléaires.

9 Le juge Shahabuddeen le dit explicitement dans son opinion dissidente (p. 2). Cf. également l'opinion individuelle de M. Ranjeva (p. 8)

10 La Cour l'a rappelé dans l'affaire relatif à la *Sentence arbitrale du 31 juillet 1989*: «Comme le montre la pratique des juridictions internationales, il arrive parfois qu'un membre d'un tribunal vote en faveur de la décision de ce tribunal, même si, personnellement, il aurait été enclin à préférer une autre solution. La validité d'un tel vote n'est pas affectée par des divergences de ce genre exprimées dans une déclaration ou dans une opinion individuelle du membre concerné, qui sont dès lors sans conséquence sur la décision du tribunal» (Rec. 1991, 65, par. 33). Voir à ce propos Caflisch, «Valeur et effet des déclarations faites par des juges ou arbitres internationaux» in Rama-Montaldo, *Le droit international dans un monde en mutation. Liber Amicorum en hommage au Professeur Eduardo Jiménez de Aréchaga* (1994) 1159–80.

Un examen attentif des déclarations et autres opinions individuelles ou dissidentes donne des résultats assez surprenants. Il ne s'agit pas d'entrer dans des spéculations subjectives à propos de ce que chacun des juges pense, du type de celles que les parties font avant toute décision pour mesurer leurs chances de succès ou d'échec. Il suffit simplement de partir du point de vue explicité par chacun des juges pour affirmer que seulement trois juges sont d'accord avec l'affirmation de la Cour contenue dans les deux alinéas du paragraphe E. Il s'agit du Président Bedjaoui et du juge Vereshchetin, pour qui l'avis consultatif ne fait qu'exprimer «les imperfections du droit international»¹¹, ainsi que du juge Shi, qui se borne dans sa déclaration à critiquer la référence de la Cour à la politique de dissuasion¹². On reste ainsi perplexe quant à la manière de constituer les majorités au sein de la Cour. Comme nous le verrons plus loin, les autres juges sont d'avis que le droit international donne une réponse à la question soulevée par le second alinéa du paragraphe en cause, ou bien que la question ne méritait pas d'être posée. En effet, si on lève le voile – ce qui peut parfaitement se faire en lisant les cinq déclarations, les trois opinions individuelles et les six opinions dissidentes – on constate que, si les juges avaient pu voter séparément sur les deux alinéas, on aurait trouvé le tableau suivant:

1) A l'égard du premier alinéa du paragraphe E:

- Huit juges considèrent que l'emploi d'armes nucléaires est contraire aux règles du droit humanitaire: MM. Bedjaoui, Herczegh, Ferrari Bravo, Ranjeva, Fleischhauer (ayant voté pour le paragraphe E), MM. Shahabuddeen, Weeramantry, Koroma (ayant voté contre).
- Trois juges considèrent que l'emploi d'armes nucléaires peut être conforme aux exigences du droit humanitaire: MM. Guillaume, Schwebel, Mme Higgins (ayant voté contre le paragraphe E).
- Trois juges ne se prononcent pas explicitement sur la question: MM. Shi, Vereshchetin (ayant voté pour le paragraphe E) et M. Oda (ayant voté contre).

2) A l'égard du second alinéa du paragraphe E:

- Cinq juges sont d'avis que l'emploi de l'arme nucléaire n'est pas licite du seul fait d'être en présence de la circonstance décrite à cet alinéa: MM. Ranjeva, Herczegh (ayant voté pour ledit paragraphe), et MM. Shahabudeen, Weeramantry et Koroma (ayant voté contre celui-ci).
- Trois juges estiment que l'emploi de l'arme nucléaire est licite dans la circonstance décrite au deuxième alinéa du paragraphe E: M. Fleischhauer (ayant voté pour le paragraphe E), MM. Schwebel, Guillaume (ayant voté contre celui-ci).

Mme Higgins, qui vota contre le paragraphe en cause, considère qu'il existe des situations où l'emploi d'armes nucléaires serait licite, à savoir si l'on respecte aussi bien les conditions exigées par le *ius ad bellum* que par le *ius in bello*. Par conséquent, si l'on suit le raisonnement de Mme Higgins, le second alinéa du paragraphe

11 Déclarations, P. 2, par. 8, et p. 1

12 Déclaration, P. 1

L'avis consultatif de la CIJ sur la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*

E serait superflu. M. Oda, quant à lui, est d'avis que le régime même du TNP entérine la politique de dissuasion et présuppose que l'emploi d'armes nucléaires ne peut être exclu dans certaines circonstances particulières¹³. La position du juge Ferrari Bravo, pour sa part, est inclassable. En effet, il ne ressort pas clairement, de la lecture de sa déclaration, quel est l'effet de l'absence d'un accord interdisant explicitement l'emploi d'armes nucléaires; l'interdiction «toute nue» qui existerait selon M. Ferrari Bravo produirait ses effets à l'égard du fardeau de la preuve, ce qui signifie que les puissances nucléaires pourraient prouver que dans certaines circonstances l'emploi d'armes nucléaires serait licite.

L'analyse précédente témoigne de l'existence d'une majorité considérant l'emploi d'armes nucléaires comme étant contraire au droit humanitaire, et que seulement trois juges considèrent que la circonstance extrême de légitime défense rend licite l'emploi d'armes nucléaires. Si on additionne, toutefois, d'une part, les juges qui considèrent que, sous certaines conditions, l'emploi d'armes nucléaires est respectueux du droit humanitaire, d'autre part, ceux qui considèrent admissible l'exception de la circonstance extrême de légitime défense ainsi que la position du juge Oda, on obtient alors le nombre de juges disposés à voter nettement par la négative à la question de savoir si l'emploi d'armes nucléaires est interdit en toute circonstance (MM. Guillaume, Schwebel, Fleischhauer, Mme Higgins, M. Oda). Il n'est pas difficile de conclure qu'une autre manière de procéder, par exemple en soumettant directement au vote la question posée par l'Assemblée générale¹⁴, obligeant ainsi les trois ou quatre juges qui ne se sont pas prononcés catégoriquement sur la question à voter soit par l'affirmative soit par la négative, aurait abouti à un net clivage entre les juges ayant la nationalité des Etats dotés d'armes nucléaires ou celle de certains de leurs alliés, et les autres. Dans une telle circonstance, la voix du Président aurait pu, soit constituer une majorité de huit (ou neuf) juges affirmant que l'emploi d'armes nucléaires n'est pas illicite en toute circonstance, soit devenir prépondérante pour affirmer le contraire. Ce n'est donc pas la position des juges par rapport à la question de la licéité de l'emploi d'armes nucléaires qui explique que la répartition des voix n'a pas obéi à un clivage «géographique», mais le fait que, pour éviter de répondre à la question posée dans un sens ou dans l'autre, on a préféré de formuler le paragraphe E de manière confuse¹⁵.

Nous tâcherons d'abord d'interpréter les raisons pour lesquelles la Cour n'est pas parvenue à une conclusion, pour examiner ensuite l'objet et l'économie du paragraphe E.

13 Opinion dissidente, pp. 29 et 33-4, par. 41 et 45

14 Ou plutôt, en la reformulant correctement, comme la Cour l'a fait dans l'avis consultatif, c'est-à-dire «déterminer ce qu'il en est de la licéité ou de l'illicéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires» (par. 20)

15 Cf. cependant la déclaration du Président Bedjaoui, par. 18.

III. Les raisons pour lesquelles la Cour n'est pas parvenue à une conclusion

Le juge peut expliquer son incapacité à répondre soit parce qu'il considère que le droit international lui-même ne règle pas la question, soit parce que les éléments de fait dont il dispose ne sont pas suffisants pour affirmer qu'en toute circonstance l'emploi d'armes nucléaires est illicite. La Cour s'abrite derrière les deux raisons à la fois («Au vu de l'état actuel du droit international, *ainsi que* des éléments de fait dont elle dispose»). Le premier motif amène au problème de l'existence de lacunes en droit international; le second se rattache à la possibilité (ou l'impossibilité) matérielle d'envisager toutes les circonstances de menace ou d'emploi d'armes nucléaires.

A. Absence de réponse en droit positif?

Comme nous l'avons relevé plus haut, le Président Bedjaoui et le juge Vereshchetin ont fait référence aux «imperfections» du droit international, laissant entendre que le système juridique international ne donne pas de réponse à la question posée dans la circonstance imaginée par la Cour¹⁶. Cela veut dire qu'ils admettent soit l'existence d'un vide juridique, c'est-à-dire le fait qu'il n'y ait pas de règles régissant la question ou à tout le moins permettant de donner une réponse à la question *sub iudice*; soit que les règles de droit international susceptibles d'être appliquées aboutissent à des résultats contradictoires. On pourrait aussi songer à une autre possibilité dans laquelle les règles pertinentes se trouvent en mutation ou *in statu nascendi*. La Cour s'est déjà trouvée confrontée à une telle situation, sans que cela ne l'ait empêché de décider conformément au droit international¹⁷. La cas du juge se trouvant face à une règle qui ne lui paraît pas satisfaisante est à exclure; on sait que sa mission est de dire le droit tel qu'il est. Nous excluons également l'hypothèse selon laquelle la question ne serait pas du ressort du droit international: le fait même de décider de donner une réponse à la demande de l'Assemblée générale témoigne de la conviction des juges que la question tombe sous le coup des règles et principes du droit des gens¹⁸.

16 Le juge Guillaume s'inscrit dans cette même optique lorsqu'il affirme que si l'avis souffre de nombreuses imperfections, cela «trouve son origine moins dans les errements du juge que dans le droit applicable» (opinion individuelle par. 1). Néanmoins, le juge Guillaume est d'avis que «si le droit est muet en ce cas [celui décrit au paragraphe E], les Etats demeurent libres d'agir comme ils entendent» (*ibid.*, par. 9).

17 Il s'agit des affaires de la *Compétence en matière de pêcheries*. La Cour a tranché ces différends en appliquant le droit en vigueur concernant l'extension de la compétence de l'Etat riverain en matière de pêche, au moment où les décisions furent rendues, tout en sachant que des modifications aux règles en vigueur étaient en cours, dues notamment aux travaux de la Troisième Conférence des Nations Unies sur le droit de la mer. «[L]a Cour, en tant que tribunal, ne saurait rendre de décision *sub specie legis ferendae*, ni énoncer le droit avant que le législateur l'ait édicté» (Rec. 1974, 23-4, par. 53, et 192, par. 45)

18 Avis consultatif, par. 13.

La doctrine adopte souvent une vision très large des lacunes pour en tirer des exemples¹⁹. Quelle que soit la position que l'on adopte à cet égard, on s'accorde à dire qu'il existe des domaines des relations internationales qui ne sont pas régis par le droit international, dans lesquels prévaut l'autonomie de la volonté des Etats. Un exemple est le niveau d'armements dont un Etat peut disposer. Aucune règle de droit international général n'établit une limite à ne pas dépasser et toute restriction dans ce domaine est le fruit de la volonté des Etats, manifestée par la voie conventionnelle ou celle de déclarations unilatérales²⁰. Ainsi, si deux Etats ne parviennent pas à un accord lors d'une négociation relative à la limitation mutuelle d'armements, leurs divergences ne pourront pas être tranchées par le juge, à moins d'autoriser celui-ci à décider *ex aequo et bono*. Il ne s'agit pas, dans ces hypothèses, d'«imperfections» du droit international, mais tout simplement de questions ne tombant pas sous le coup de la réglementation juridique²¹.

Un autre problème connexe est celui de l'étendue de la règle juridique. En d'autres termes, il s'agit de déterminer jusqu'où va la réglementation d'une situation donnée prévue par le droit. La jurisprudence de la Cour a certainement laissé croire que dans certaines hypothèses régies par le droit, celui-ci ne fournit pas de réponses. L'avis consultatif sur la *Réparation de dommages subis au service des Nations Unies* et l'arrêt dans l'affaire *Haya de La Torre* en constituent des exemples²². Nous sommes d'avis que, même dans de telles situations, le juge ou l'arbitre pourra recourir aux règles connexes et en dernier ressort à l'équité *infra legem* pour régler le différend que les parties elles-mêmes lui auront soumis.

Quoi qu'il en soit, la question posée par l'Assemblée générale à la Cour ne rentre pas, de toute évidence, dans ces différents cas de figure. Ce à quoi la Cour devait répondre n'était ni une question n'entrant pas dans le domaine de ce qui est régi par le droit, ni une décision à propos d'une situation concrète dans laquelle il n'y aurait pas de règles réglementant la matière. En effet, il sera sans doute très difficile de trouver une question plus juridique que celle de savoir si un comportement donné est ou non licite selon le droit en vigueur. Par ailleurs, on n'a pas demandé à la Cour s'il existe une règle précise interdisant la menace ou l'emploi d'armes nucléaires. La

19 Cf. L. Siorat, *Le problème de lacunes en droit international* (1958); Stone, «Non Liqueur and the Function of Law in the International Community» XXXV *B.Y.B.I.L.* (1959) 124-61; Salmon, «Quelques observations sur les lacunes du droit international public» 2 *R.B.D.I.* (1967) 440-58; U. Fastenrath, *Lücken im Völkerrecht* (1991); Weil, «Le droit international en quête de son identité. Cours général de droit international public» 237 *R.C.A.D.I.* (1992) 203-12.

20 Cf. l'arrêt de la Cour dans l'affaire *Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique* (Rec. 1986, 135, par. 269), maintes fois cité dans les pièces écrites, exposés oraux et dans certaines déclarations ou opinions jointes par les juges à l'avis consultatif.

21 Telle l'interprétation que l'on peut faire de la décision de la CPJI dans la seconde phase de l'*Affaire des zones franches de la Haute-Savoie et du pays de Gex*. Les parties ayant demandé à la Cour d'établir le régime desdites zones, celle-ci s'est abstenue de le faire car il s'agissait d'une tâche «mal adaptée au rôle d'une Cour de justice» (CPJI Série A/B n° 46, 1932, 152).

22 Selon la Cour, il n'y avait pas de solutions pré-établies au problème d'un exercice concomitant de la protection fonctionnelle par les Nations Unies et de la protection diplomatique par l'Etat dont le personnel de l'ONU est ressortissant (Rec. 1949, 184-5). Il en irait de même, toujours selon la Cour, pour ce qui est des modalités visant à mettre fin à l'asile (Rec. 1951, 83). Dans les deux cas, il appartient aux intéressés de régler, par voie d'accord, la question.

question était de savoir si la menace ou l'emploi d'armes nucléaires est licite ou illicite en toute circonstance. *Le juge pourra toujours définir un fait, acte ou situation par rapport au droit international et à un moment donné, en affirmant soit son caractère licite, soit son caractère illicite.* Pour reprendre un exemple mentionné ci-dessus, lorsque le juge affirme que le droit international n'impose pas de limites au niveau d'armement d'un Etat, il ne fait que déclarer en même temps que le comportement de l'Etat qui choisit un niveau d'armement démesuré par rapport à ses besoins éventuels de défense n'enfreint aucune obligation imposée par le droit international. Dans la mesure où l'on trouvera toujours des règles ou principes qui permettront au juge de déclarer la licéité ou l'illicéité d'un fait, acte ou situation, on peut affirmer que le droit international ne comporte pas de lacunes²³.

Cela nous amène à ce que certains appellent le «principe de liberté». Plusieurs Etats et certains juges ont fait référence au principe selon lequel tout ce qui n'est pas prohibé par le droit international est autorisé. Le *dictum* célèbre de la CPJI dans l'affaire du *Lotus* fut ainsi maintes fois cité²⁴. Le but était de démontrer que, puisqu'il n'existe aucune règle interdisant *explicitement* l'emploi d'armes nucléaires, cet emploi est permis. S'il n'y a rien à ajouter quant au principe lui-même²⁵, la conclusion que l'on en tire en l'espèce nous paraît bien hâtive car le droit international n'est pas constitué par des règles éparses régissant chacune une sphère donnée des rapports internationaux, tout le reste constituant une sorte de vide dans lequel les Etats jouissent d'une entière liberté. Comme le disait la Cour dans un autre avis consultatif:

«une règle de droit international, coutumier ou conventionnel, ne s'applique pas dans le vide; elle s'applique par rapport à des faits et dans le cadre d'un ensemble plus large de règles juridiques dont elle n'est qu'une partie»²⁶.

Si l'on conçoit le droit international comme un système juridique, les règles particulières qui régissent un domaine donné des relations internationales n'existent pas

23 Cf. Lauterpacht, «Some Observations on the Prohibition of *Non Liquet* and the Completeness of the Law» *Symbolae Verzijl* (1958) 199; Tunkin «Droit international et modèle généralement reconnu du système international», in *Le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes. Méthodes d'analyse du droit international. Mélanges offerts à Charles Chaumont* (1984) 546-7.

24 Comme la Cour permanente n'a trouvé aucune règle de droit international limitant la liberté des Etats d'étendre la juridiction pénale de leurs tribunaux à des actes commis en la haute mer, elle a constaté que le comportement de la Turquie était licite «en vertu de la liberté que le droit international laisse à tout Etat souverain» CPJI Série A n° 10, 31 et aussi *ibid.*, 18-9.

25 Le Président Bedjaoui a cependant interprété la position de la CPJI en l'affaire du *Lotus* comme signifiant «qu'un comportement non expressément interdit par le droit international se trouve autorisé de ce seul fait» (déclaration, par. 14), pour affirmer que dans certains cas, comme celui envisagé par l'avis du 8 juillet 1996, on ne trouve dans le droit international d'aujourd'hui ni des raisons d'actionner «le feu rouge de l'interdiction» ni «le feu vert de l'autorisation». La Cour permanente n'avait pas pourtant affirmé la liberté d'action au cas où une règle *explicite* ne contiendrait pas une prohibition. Elle a recherché dans l'ensemble du droit international «une règle de droit international limitant la liberté des Etats» dans le domaine en cause, pour affirmer «qu'aucun principe de droit international (...) ne s'oppose» à l'action entreprise par la Turquie (CPJI Série A n° 10, 31, cité dans la déclaration du Président Bedjaoui, p. 3, note 2). C'est cet attachement à la seule règle explicite qui permet à des auteurs comme Fastenrath d'invoquer l'existence de lacunes en droit international (cf. *supra* note 19, 240, 243-4, 246-8 et 251-2).

26 *Interprétation de l'accord du 25 mars 1951 entre l'OMS et l'Egypte*, Rec. 1980, 76, par. 10.

isolément; elles font partie d'un ensemble qui est inspiré par les valeurs qui sont à la base de la société internationale à un moment donné. Ce n'est qu'en faisant la lecture des règles particulières à la lumière de ces valeurs – qui s'expriment à travers des principes fondamentaux – et dans le cadre du système auquel elles appartiennent que l'on parviendra à une conclusion quant à la perception d'un problème donné par le droit international. *Et il en va de même – on dirait surtout- lorsque des règles particulières n'existent pas.* Un comportement qui n'est pas explicitement prohibé par une règle de droit international peut l'être par d'autres règles de portée plus générale. C'est une banalité de dire que le droit international – comme n'importe quel autre système juridique – ne comporte pas des règles particulières pour régir chacune des circonstances infinies qui peuvent se présenter dans les relations entre ses sujets. Les règles juridiques sont censées être construites de manière abstraite et il s'agira tout simplement de classer un fait, acte ou situation dans telle catégorie juridique ou telle autre. C'est là en fait l'«art» de la fonction juridictionnelle. En bref, ce qui n'est pas explicitement prohibé par une règle spécifique peut l'être en fonction d'autres règles plus générales, applicables à la situation en cause.

En fait, plusieurs possibilités sont envisageables à cet égard. Parfois la règle existe sans que l'on sache quel est son contenu exact. Telle était la situation en matière de délimitation de certains espaces maritimes, comme le plateau continental ou la zone économique exclusive. Les Etats qui avaient soumis leurs différends au juge ou à l'arbitre ne prétendaient pas se trouver face à une situation dans laquelle le droit restait muet. Dans une telle circonstance, il appartient au juge ou arbitre de déceler la règle, sans que cela signifie une quelconque attribution législative. Souvent la règle explicite est conçue de manière très abstraite ou très vague, laissant à l'interprète une marge discrétionnaire considérable, comme c'est le cas – pour continuer dans le domaine de l'exemple antérieur – des articles 74 et 83 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer. Dans d'autres circonstances, il n'existe pas de règle particulière et la question doit être résolue en faisant appel à d'autres règles qui sont pertinentes dans le même domaine, afin de trouver une solution cohérente avec l'ensemble du droit en vigueur dans la matière considérée. Tel fut le cas de la question, restée sans réponse pendant des décennies, de l'exigence d'une base de compétence pour le tiers souhaitant intervenir en vertu de l'article 62 du Statut de la Cour dans une affaire portée devant celle-ci²⁷.

Ainsi, dans le domaine de la question posée à la Cour, comme il ressort de l'avis lui-même, il faudra trouver la réponse non pas dans une règle explicite permissive ou prohibitive, mais en appliquant des règles pertinentes qu'un éventuel emploi d'armes nucléaires pourrait faire entrer en ligne de compte, à savoir le *ius ad bellum*, le *ius in bello*, les droits de l'homme, et/ou les règles relatives à la protection de l'environnement. En ce qui concerne le droit des conflits armés en particulier, le

27 Cf. Kohen, «La requête à fin d'intervention du Nicaragua dans l'affaire du Différend frontalier terrestre, insulaire et maritime (El Salvador/Honduras). L'ordonnance de la Cour du 28 février 1990 et l'arrêt de la Chambre du 13 septembre 1990» XXXVI *AFDI* (1990) 341-67.

droit conventionnel lui-même – conscient de l'impossibilité de prévoir toutes les circonstances dans lesquelles le droit humanitaire devrait être appliqué – affirme que, dans les cas ne tombant pas précisément sous le coup de dispositions conventionnelles, «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»²⁸. Cette clause est un exemple frappant de l'impossibilité d'invoquer l'absence de réglementation juridique afin de s'abstenir de se prononcer sur des questions non explicitement prévues par le droit des conflits armés. Son inclusion dans des textes conventionnels²⁹ n'a qu'une portée déclaratoire: elle est implicite dans l'application même du droit humanitaire.

Le juge pouvait donc, et *devait* même répondre à la question posée, dans le sens de la licéité ou de l'illicéité, en se servant du seul droit en vigueur. Il ne l'a pas fait et a prononcé, pour la première fois dans l'histoire des deux Cours, un *non liquet*³⁰.

B. Un cas de *non liquet*

L'indécision de la Cour est une conséquence logique de l'idée selon laquelle le droit international serait «imparfait», incapable de conclure en toute circonstance au caractère licite ou illicite d'un acte comme celui de l'emploi d'armes nucléaires. Le raisonnement, explicité sans ambages par le juge Vereshchetin, est simple: la question posée se trouvant dans une «zone grise» du droit international, le juge ne doit pas suppléer aux Etats dans leur fonction de créateurs de normes. Dans cette circonstance, il doit s'abstenir de juger. Affirmant explicitement qu'on est en présence d'un *non liquet*, le juge Vereshchetin est d'avis qu'il n'existe pour cela aucune interdiction en droit international. Ce point de vue est en effet défendu par une partie non négligeable de la doctrine qui s'est penchée sur cette question, laquelle se rattache bien évidemment à celle de l'existence de lacunes³¹. Compte

28 Il s'agit de la célèbre clause de Martens, maintes fois citée au cours des plaidoiries et mentionnée aussi par la Cour (avis consultatif, par. 78)

29 Cf. les préambules de la Convention II de La Haye de 1899 et de la Convention IV de La Haye de 1907, respectivement les articles 63, 62, 142 et 158 des quatre Conventions de Genève de 1949, l'article premier du Protocole additionnel I de 1977 et les préambules du Protocole additionnel II de 1977 et de la Convention sur l'interdiction ou la limitation de l'emploi de certaines armes classiques du 10 octobre 1980.

30 Dans le sens d'affirmer l'existence d'un *non liquet* dans l'avis consultatif du 8 juillet 1996, la déclaration du juge Vereshchetin et les opinions dissidentes de M. Schwebel et Mme Higgins (pp. 2, 8-9 et 1). Le juge Shahabudeen considère que l'une des interprétations possibles du paragraphe E est celle selon laquelle il comporte un *non liquet*. Il paraît indiquer que dans certaines hypothèses la Cour pourrait se trouver dans la situation d'absence de règles applicables. Si tel serait l'interprétation suivie, le juge Shahabudeen affirme sa dissidence par rapport à la position de la Cour, affirmant que le droit international fournit une réponse à la question de la licéité ou de l'illicéité de l'emploi d'armes nucléaires (opinion dissidente pp. 10-11, par. 6) Dans le même sens, l'opinion dissidente du juge Koroma (*ibid.*, 2-3). Dans la doctrine, Bothe «Nuklearstrategie nach dem IGH-Gutachten?» 3 *Die Friedens-Warte* (1996) 254-5.

31 Cf. les auteurs cités *supra*, note 19.

tenu de la réponse donnée par la Cour, on peut inférer qu'elle se considère en droit d'affirmer que, dans certaines circonstances, elle ne peut pas conclure à la licéité ou à l'illicéité d'un acte.

Pour les tenants de cette position, ni le droit conventionnel (en l'occurrence le Statut de la Cour), ni le droit coutumier, ni les principes généraux de droit ne consacrent l'obligation pour le juge de statuer en toute circonstance. S'il est vrai que le Statut ne contient pas explicitement cette règle, on peut toutefois l'inférer de l'article 38, selon lequel la mission de la Cour est de «régler conformément au droit international les différends qui lui sont soumis». Certes, on nous dira que le juge doit régler lesdits différends *conformément au droit international* et que si le droit international ne fournit pas de réponse, alors le juge ne pourra pas régler le différend en question. On sait toutefois que l'économie de l'article 38, telle que mise en évidence par le Comité de juristes chargé d'élaborer le Statut de la Cour permanente, visait – moyennant la référence aux principes généraux de droit – à éviter les situations de *non liquet*³². Il est d'ailleurs inutile de chercher une règle coutumière établissant l'interdiction pour le juge d'un *non liquet*. Une telle règle ne saurait exister. Il s'avère en effet impossible de trouver des règles coutumières là où la pratique est inexistante. Mais il en va de même pour de nombreuses règles de procédure appliquées par des tribunaux arbitraux ou par la Cour elle-même. Un seul exemple suffit: lors de la demande d'intervention du Nicaragua dans l'affaire du *Différend frontalier terrestre, insulaire et maritime*, soumis par le Salvador et le Honduras à une Chambre de la CIJ, il fallait trancher la question de savoir qui de la Cour plénière ou de la Chambre devait décider de la requête à fin d'intervention. Le Statut reste muet à ce propos et prétendre trouver une règle coutumière en la matière n'est pas possible (la situation se présentant pour la première fois dans l'histoire de la juridiction internationale). La Cour n'a eu aucune difficulté à appliquer le principe selon lequel *le juge du principal est juge de l'accessoire*³³, malgré l'absence de toute règle conventionnelle ou coutumière en la matière.

Il est intéressant de relever que dans un domaine comme celui de la protection des investissements étrangers, caractérisé par le flou du droit coutumier en vigueur – au point que certains n'ont pas hésité à parler d'un troisième ordre juridique entre les droits internes et le droit international – la Convention CIRDI prévoit que le Tribunal arbitral qui peut être constitué pour régler un différend entre un Etat et un investisseur étranger «ne peut refuser de juger sous prétexte de silence ou de l'obscurité du droit»³⁴. L'article 11 du *Modèle de règles sur la procédure arbitrale*, élaboré par la Commission du droit international, affirme lui aussi que «[l]e tribunal ne peut

32 Cour permanente de Justice internationale. Comité consultatif de juristes. *Procès verbaux des séances du Comité, 16 juin–24 juillet 1920 avec annexes* (1920), 296, 332, 344. Cité aussi dans l'opinion dissidente du juge Schwebel (p. 9.)

33 Ordonnance du 28 février 1990, Rec. 1990, 4.

34 Article 42, paragraphe 2, de la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats, Washington, 18 mars 1965. Pour d'autres exemples dans lesquels on exclut explicitement la possibilité de prononcer un *non liquet*, voir Salmon, *supra* note 19, 453–4.

prononcer le *non liquet* sous prétexte du silence ou de l'obscurité du droit à appliquer». ³⁵

En somme, il existe dans tout système juridique un mécanisme destiné à empêcher un *non liquet*. Certains l'appelleront principes généraux de droit, d'autres auront recours à l'analogie, d'autres encore feront appel à l'équité, d'autres enfin se référeront aux règles de la raison. L'idée qui veut que le juge ne puisse arguer du silence, de l'obscurité ou – ajouterons nous – des «imperfections» de la loi pour s'abstenir de trancher est inhérente à la fonction judiciaire. En effet, des raisons de sécurité juridique militent en faveur d'une telle conclusion. L'ambition de tout système juridique est d'être un régulateur de comportements et la fonction du juge est de «dire le droit» là où les intéressés ne sont pas capables de discerner son contenu ou son application au cas concret. Les justiciables assument comme axiome l'adage *iura novit curia* (que, soit dit en passant, l'on ne trouvera ni dans le droit conventionnel ni dans le droit coutumier). Davantage encore, le juge est censé connaître le droit mieux que quiconque; il ne lui sera pas loisible d'exprimer des doutes quant à l'état du droit ni de ressortir ses états d'âme quant aux besoins de l'améliorer afin de mieux répondre aux nécessités sociales. Il devra toujours déceler ce que le droit en vigueur établit pour la situation concrète qui lui est soumise. C'est au fond sa raison d'être: on a recours à lui parce que l'on sait qu'il apportera la solution juridique au différend.

Cela est vrai aussi dans des situations où les parties ne fournissent pas aux juges la preuve nécessaire pour appliquer la règle pertinente. Placée devant une telle situation, la Chambre constituée dans l'affaire du *Différend frontalier* (Burkina Faso/Mali) s'est servie de l'équité *infra legem*. La Chambre présidée par M. Bedjaoui justifia son choix en affirmant qu'elle

«ne peut perdre de vue ni la mission confiée à la Cour – le règlement des différends qui lui sont soumis – ni le fait que dans leur compromis les Parties lui ont demandé non pas de donner des indications susceptibles de les éclairer quant à la détermination de leur frontière commune mais bien de tracer une ligne, et une ligne précise»³⁶.

Cela ne signifie nullement que le juge doit toujours répondre à toutes les questions qu'on lui pose. Au contraire, il existe des circonstances où il aura plutôt l'obligation de s'abstenir de juger, même s'il existe une base de compétence. Il s'agit notamment des cas d'irrecevabilité de la requête³⁷. Une autre situation serait celle du «*non licet*», invoqué par Israël dans l'affaire de *Taba*. Ce serait le cas où les parties limitent les pouvoirs du tribunal dans leur compromis, sans lui fournir par la suite les éléments nécessaires pour parvenir à une décision³⁸. En bref, le *non liquet* se produit

35 *Annuaire de la Commission du droit international* (1958) II, 88.

36 *Rec.* 1986, 633, par. 148.

37 La Cour devra aussi décliner sa compétence si un compromis lui demande une décision juridiquement impossible, comme par exemple la délimitation de zones de la haute mer entre deux Etats.

38 En l'espèce, le tribunal n'était pas autorisé à déterminer d'autres bornes frontières que celles énumérées explicitement par les parties dans le compromis. Quant à la dernière borne, elle était définie comme se trouvant «à la pointe de Ras Taba sur la rive occidentale du golfe d'Aqaba». Du moment que, selon la thèse subsidiaire israélienne, aucun des emplacements suggérés par Israël ou l'Égypte ne remplissait ces conditions, le tribunal devait s'abstenir de juger. La sentence arbitrale

lorsque le juge s'abstient de répondre *sous couleur d'insuffisance, silence ou obscurité du droit*.

Peut-on reprocher au juge d'avoir prononcé un *non liquet* dans le cadre de la procédure consultative? Il appartient à la Cour de décider de l'opportunité de donner un avis consultatif. On pourrait songer alors qu'elle a aussi le pouvoir de répondre partiellement à la question posée. A notre avis, si la Cour a décidé de donner suite à une demande d'avis consultatif, c'est parce qu'elle considère que les questions posées revêtent un caractère juridique. Le juge ne pourra par conséquent se dérober à la question sous prétexte d'insuffisance ou d'«imperfection» du droit. Comme la Cour l'a rappelé dans son avis consultatif sur le *Sahara occidental*,

«en tant que corps judiciaire, elle doit rester fidèle aux exigences de son caractère judiciaire, même lorsqu'elle rend des avis consultatifs»³⁹.

C. Eléments de fait à la disposition de la Cour

On peut considérer que si la Cour devait répondre de manière précise à la question posée par l'Assemblée générale, elle devrait aussi envisager toutes les circonstances dans lesquelles l'emploi d'armes nucléaires serait possible, afin de savoir si, dans certaines hypothèses il est permis d'y recourir. Une telle tâche peut s'avérer téméraire, tant les hypothèses paraissent infinies, ce qui permettrait de conclure à l'absence d'éléments de fait pour répondre à la question posée⁴⁰. La Cour cependant invoque les éléments de fait pour s'excuser de conclure de manière définitive sur le caractère licite ou illicite de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires dans une circonstance extrême de légitime défense dans laquelle la survie même de l'Etat serait en cause. Cela signifie que pour la Cour une telle situation est la seule dans laquelle les éléments de fait disponibles ne lui permettent pas de donner une réponse concluante à la question posée par l'Assemblée générale. Cette affirmation impose avant tout l'examen de cette circonstance extrême du point de vue juridique, afin de savoir si elle mérite un traitement spécial. Pour ce faire, il convient d'étudier la place qu'elle occupe dans l'analyse faite par la Cour.

n'a pas suivi la thèse israélienne, interprétant que l'emplacement proposé par l'Egypte pouvait être considéré comme se trouvant «à la pointe de Ras Taba sur la rive occidentale du golfe d'Aqaba» (XXVI *ILM* (1988), 1491-2, par. 238-45. Cf. l'opinion dissidente de Mme Lapidot, *ibid.*, 1529, par. 162-5). Pour parer à une telle éventualité, le tsar Alexandre III, nommé arbitre dans l'affaire de la *Frontière entre les Guyanes française et néerlandaise*, demanda aux parties des pouvoirs plus larges de ceux initialement accordés, afin de pouvoir, le cas échéant, choisir une frontière autre que celle des deux fleuves nommément désignés par les parties dans le compromis original (Cf. la convention complémentaire conclue par les parties à Paris le 28 avril 1889 in H. Lafontaine, *1794-1900 Pasiricisie internationale. Histoire documentaire des arbitrages internationaux* (1902), 328).

39 Rec. 1975, 21, par. 23. Voir également Lauterpacht, *supra* note 23, 199, note 2.

40 Cf. l'exposé oral du professeur Alain Pellet. Audience du 1er novembre 1995, CR 95/23, 61-2.

IV. La «réponse» de la Cour

Il y a trois attitudes possibles par rapport au point soulevé par le dernier alinéa du paragraphe E: 1) celle de l'avis consultatif, à savoir qu'on ne peut pas conclure à la licéité ou l'illicéité de l'emploi d'armes nucléaires dans «la circonstance extrême de légitime défense»; 2) qu'un tel emploi est licite dans cette circonstance; 3) que la question ne se pose pas, une telle hypothèse n'étant pas une situation particulière imposant des solutions différentes de celles prescrites de manière générale et décrites par les paragraphes précédents⁴¹. On peut arriver à cette dernière constatation quelle que soit la réponse fournie à la question de savoir si l'emploi d'armes nucléaires est illicite en toute circonstance. L'on en veut pour preuve le point de vue des juges Ranjeva, Herczegh, Shahabudeen, Weeramantry et Koroma, qui répondent à cette question par l'affirmative, et celui de Mme Higgins, qui répond par la négative.

En témoignant de son incapacité de répondre à la question posée, la Cour laisse donc ouverte la porte aux deux autres options: ou bien la menace ou l'emploi d'armes nucléaires est licite dans la «circonstance extrême de légitime défense», ou bien cette circonstance ne constitue pas un cas particulier. Pour trancher, il faut établir tout d'abord le rapport qu'entretiennent le *ius in bello* et le *ius ad bellum* dans l'hypothèse de menace ou d'emploi d'armes nucléaires.

A. Le lien entre les deux alinéas du paragraphe E et le rôle de la «circonstance extrême»

Compte tenu de l'ordre établi par les deux alinéas ainsi que de leur rédaction, quatre possibilités surgissent quant au rôle que la «circonstance extrême de légitime défense» pourrait constituer selon la Cour; à savoir: 1) un cas où il n'y aurait pas de violation du droit des conflits armés; 2) une cause d'exonération à la violation des obligations émergeant du droit humanitaire; 3) un cas du *ius ad bellum* non régi par le *ius in bello*; 4) un cas où on serait en présence de deux règles contradictoires, l'une du *ius in bello*, l'autre du *ius ad bellum*, sans que le droit international ne tranche entre les deux.

La première hypothèse est à exclure. Le second alinéa du paragraphe E se réfère à une situation de *ius ad bellum* et le seul fait d'avoir utilisé la force conformément à celui-ci n'implique pas automatiquement qu'on a respecté les obligations émanant du *ius in bello*. Celui-ci est applicable à toutes les parties à un conflit armé, indépendamment de la licéité ou de l'illicéité du recours à la force de la part des belligérants. Il s'agit donc de deux corps de normes différents, qui prévoient des compor-

41 Il resterait apparemment une quatrième possibilité, à savoir que l'emploi d'armes nucléaires dans une telle circonstance est illicite. En réalité cette hypothèse n'est pas vraiment envisageable, car la proposition est faite à titre d'exception: si on considère qu'une telle circonstance n'est pas en mesure de justifier *per se* l'emploi de l'arme nucléaire, on retombe alors sur la situation générale, c'est-à-dire celle en vertu de laquelle l'emploi d'armes nucléaires doit respecter les prescriptions émanant aussi bien du *ius ad bellum* que du *ius in bello*.

tements différents et qui exigent deux analyses différentes⁴². Le juge Guillaume est d'un autre avis, estimant que les règles du *ius ad bellum* peuvent éclairer celles du *ius in bello*⁴³. Il s'agirait d'interpréter les références aux «objectifs militaires», aux «nécessités militaires» et à l'«avantage militaire attendu» contenues dans les règles pertinentes du droit des conflits armés en tenant compte de la nature des armes nucléaires et du but poursuivi par leur emploi. Le juge Higgins suit un raisonnement similaire, à la différence près que, pour M. Guillaume, on serait en présence d'une «excuse absolutoire» et que, pour Mme Higgins, il n'y aurait pas, dans ces circonstances, une violation aux obligations découlant du droit humanitaire⁴⁴. La Commission du droit international s'est penchée sur la question des «nécessités militaires», affirmant que faire appel à cette idée «pour se dérober au devoir de se conformer à des obligations conçues précisément pour éviter que les nécessités de guerre engendrent des souffrances que l'on veut définitivement proscrire serait absurde»⁴⁵. Et, ajoutons-nous, ce serait la fin même de tout le droit humanitaire.

La deuxième option laissée ouverte par la Cour pose le problème de la nature des règles du droit humanitaire en cause. En effet, si l'on veut que la «circonstance extrême de légitime défense» constitue une circonstance excluant l'illicéité, ces règles ne peuvent pas revêtir un caractère de *ius cogens*. C'est la raison pour laquelle la Cour n'a pas voulu examiner si les règles en question font ou non partie du *ius cogens*, se contentant de mentionner qu'elles constituent des principes «intransgressibles» du droit international coutumier, introduisant ainsi une catégorie de normes en droit international jusqu'alors inconnue⁴⁶. Elle prétend que la demande de l'Assemblée générale «ne soulève pas la question de savoir quelle serait la nature du droit humanitaire qui s'appliquerait à l'emploi des armes nucléaires. La Cour n'a donc pas à se prononcer sur ce point»⁴⁷. Au contraire, il est évident que ce point revêt une importance fondamentale pour répondre à la question posée: si ces règles font partie du *ius cogens*, alors aucune dérogation ne serait permise ni aucune circonstance excluant l'illicéité ne saurait valablement être invoquée⁴⁸.

On pourrait d'ailleurs se demander quelles seraient les causes d'exonération auxquelles les juges ont pu songer. S'agit-il d'une nouvelle catégorie de circonstance excluant l'illicéité, proche de la détresse mais applicable à la «survie» de l'Etat et pas à celle de l'agent ou des personnes confiées à sa garde⁴⁹? D'une légitime défense qualifiée, échappant aux conditions strictes imposées normalement à celles-ci?

42 Avis consultatif, par. 42, et l'opinion dissidente de Mme Higgins (par. 27).

43 Opinion individuelle, par. 8.

44 Opinion dissidente, par. 14-21.

45 *Annuaire de la Commission du droit international* (1980), II, 2e partie, 45.

46 Il faut noter que le Président Bedjaoui avait auparavant utilisé l'expression «normes impératives et intransgressibles du droit international» in *Nouvel ordre mondial et contrôle de la légalité des actes du Conseil de sécurité* (1994) 46.

47 Avis consultatif, par. 83.

48 Cf. l'opinion dissidente du juge Koroma (13), ainsi que Condorelli «La CIJ sous le poids des armes nucléaires: *jura non novit curia?*» *Revue Internationale de la Croix-Rouge* (sous presse).

49 Cf. l'article 32 du projet de la Commission du droit international sur la responsabilité de l'Etat

De la notion très controversée d'état de nécessité⁵⁰? Autant de questions qui mériteraient une analyse particulière et qui dépassent le cadre du présent travail. Quoi qu'il en soit, en évitant de se prononcer sur cette question capitale, la Cour renonce à faire une analyse juridique intégrale de la question de la licéité ou de l'illicéité de l'emploi d'armes nucléaires et permet donc d'envisager une circonstance dans laquelle on pourrait passer outre au droit humanitaire. Cela peut se faire au titre de circonstance excluant l'illicéité, si l'on croit que les règles pertinentes du droit humanitaire ne revêtent pas un caractère de *ius cogens*, ou en invoquant les autres options.

Ainsi, la troisième voie d'interprétation laissée ouverte par la Cour est celle selon laquelle les règles du *ius in bello* ne seraient pas applicables dans la circonstance extrême dépeinte par la Cour. Cette thèse avait en effet été soutenue par certaines puissances nucléaires notamment lors de la Conférence de Genève qui aboutit à l'adoption des deux protocoles additionnels de 1977, mais elle ne fut pas soutenue devant la Cour, où partisans et adversaires de la licéité reconnurent que le droit humanitaire est applicable aux armes nucléaires⁵¹. Cela va dans le sens de l'obligation contenue dans l'article premier commun aux quatre Conventions de Genève de 1949 de respecter et faire respecter *en toutes circonstances* le droit humanitaire⁵².

Pour expliquer la position de la Cour, il reste donc la quatrième option, à savoir la possibilité d'existence de deux corps de règles ayant le même rang hiérarchique et qui seraient contradictoires. Il s'agirait des règles du droit des conflits armés d'une part, et de celles qui se seraient forgées par la pratique des puissances nucléaires avec le consentement des Etats non dotés d'armes nucléaires, d'autre part. Or on ne saurait parler de l'existence concomitante de deux règles contradictoires portant sur un même comportement. Comme le dit Georges Abi-Saab:

«il ne saurait y avoir qu'une seule norme, ou «prescription de comportement exigible», sur un même objet en droit international général. D'autres normes divergentes *ratione materiae* peuvent éventuellement exister, mais seulement en tant que régimes particuliers ou droit spécial (à condition que la norme générale ne relève pas du *jus cogens*), ou bien en tant qu'exceptions ou limites admises à la règle et qui, en tant que telles, font partie de la règle ou du régime général»⁵³.

Ainsi, du moment que les puissances nucléaires envisagent comme licite l'éventuel emploi d'armes nucléaires dans une circonstance extrême de légitime défense, et si

50 Cf. l'article 33 du même projet d'articles, qui prévoit au paragraphe 2: «En tout état de cause, l'état de nécessité ne peut pas être invoqué par un Etat comme une cause d'exclusion de l'illicéité a) si l'obligation internationale à laquelle le fait de l'Etat n'est pas conforme découle d'une norme impérative de droit international général». Sur le caractère controversé de l'existence de l'état de nécessité en droit international; Cf. la sentence arbitrale du 30 avril 1990 dans l'affaire *Nouvelle-Zélande/France*, R.S.A., XX, 254, par. 78.

51 Avis consultatif, par. 22.

52 Condorelli et Boisson de Chazourmes, «Quelques remarques à propos de l'obligation des Etats de «respecter et faire respecter» le droit international humanitaire «en toutes circonstances» in Swinarski (éd.) *Etudes et essais sur le droit international humanitaire et sur les principes de la Croix-Rouge en l'honneur de Jean Pictet* (1984) 20-4.

53 «Cours général de droit international public» 207 RCADI (1987) 201.

les autres Etats se sont accommodés d'une manière ou d'une autre de cette réalité⁵⁴, on pourrait alors soutenir soit la naissance d'une règle coutumière consacrant la licéité de l'emploi de ces armes dans la circonstance décrite, soit que l'interprétation faite par les puissances nucléaires, dans le sens qu'une telle éventualité n'est pas en contradiction avec le droit en vigueur, s'avère correcte. Cette quatrième option explique aussi la différence de rédaction des paragraphes C et D. Le premier affirme de manière catégorique le caractère illicite de la menace ou emploi d'armes nucléaires qui ne serait pas en conformité au *ius ad bellum*. En revanche, le second utilise le conditionnel pour affirmer qu'une telle menace ou emploi «devrait aussi être compatible avec les exigences du droit international applicable dans les conflits armés». La Cour, sans entériner le point de vue des puissances nucléaires, leur a donc laissé la possibilité de maintenir une telle analyse juridique.

L'examen des dernières options imposait de se pencher sur l'appréhension juridique de la politique de dissuasion, car celle-ci serait à la base de la pratique aboutissant à l'admission de l'«exception nucléaire» pour passer outre au droit humanitaire.

B. Le problème-clé: l'analyse juridique de la dissuasion

Le souci fondamental de certaines puissances nucléaires est de justifier du point de vue juridique leur politique de dissuasion. Pour ce faire, elles affirment le caractère licite de l'emploi d'armes nucléaires dans certaines circonstances, ce qui implique que la menace d'emploi en pareilles circonstances devient elle aussi licite. Partisans et adversaires de la licéité sont tous partis de cette prémisse, ce qui entraîne comme conséquence que si l'on affirme l'illicéité de l'emploi d'armes nucléaires en toute circonstance, on affirmera en même temps le caractère illicite de la dissuasion. La Cour a été sensible à cette manière de voir les choses, lorsqu'elle analyse le problème de la menace de l'emploi de la force est qu'elle affirme que si l'emploi de la force envisagé est illicite, se déclarer prêt à y recourir constitue une menace interdite en vertu de l'article 2, paragraphe 4, de la Charte⁵⁵.

Le problème de la menace exige cependant une analyse autonome plus approfondie que la simple constatation selon laquelle si on menace d'employer la force dans les cas où cet emploi est permis on ne serait pas en présence d'une menace interdite. Quand peut-on alors parler de *menace*? Le seul fait d'affirmer qu'on utilisera l'arme nucléaire, si un autre Etat fait de même, ou encore, si l'on reprend l'exemple du juge Schwebel, si on menace de recourir à l'arme nucléaire au cas où un autre Etat utiliserait des armes chimiques, constituent-elles des menaces au sens de l'article 2, paragraphe 4, de la Charte? Faut-il, pour répondre à la question, chercher à établir a

54 En devenant partie aux traités qui distinguent entre Etats dotés d'armes nucléaires ou non, en acceptant les déclarations formulées par les puissances nucléaires dans le sens de se réserver le droit de recourir à ces armes dans certaines circonstances. Tel est le point de vue des juges Guillaume (opinion individuelle, par. 8-9), Schwebel (op. dissidente, 1-6) et Oda (op. dissidente, par. 41, 45 et 55).

55 Avis consultatif, par. 47.

priori si un tel emploi serait ou non licite, auquel cas la menace suivrait le même sort? Nous sommes d'avis qu'il y a une distinction à faire entre menace d'emploi et emploi effectif. La menace comporte une possibilité formelle, l'emploi est une situation réelle, ils ne peuvent pas recevoir un traitement identique. La première exige une analyse de l'intention de l'auteur, pour l'emploi une analyse du comportement matériel ou objectif suffit. Il ne faut pas perdre de vue que la menace qui est interdite par l'article 2, paragraphe 4, renferme l'idée de coercition et a pour but l'obtention d'un résultat⁵⁶.

Au fond – et cela nous paraît fondamental, – il convient de distinguer la possession, la dissuasion, la menace et l'emploi d'armes nucléaires. Il est généralement admis que la première ne soulève pas des difficultés du point de vue juridique. A moins d'un engagement contraire, la simple possession d'armes nucléaires n'est pas interdite. La dissuasion, quant à elle, ne comporte pas nécessairement une menace, dans le sens que nous venons d'exposer. La dissuasion repose sur la simple possibilité factuelle de recourir à l'arme nucléaire, indépendamment de son caractère licite ou illicite⁵⁷. Elle se rattache à la notion même de défense. De la même manière, le seul fait d'ériger une armée extrêmement puissante ou de stocker un arsenal impressionnant d'armes conventionnelles ne peut constituer en soi une menace au sens du droit de la Charte, et ce même si l'on sait que l'éventuel emploi massif de ces armes pourrait dépasser toute idée de proportionnalité ou de nécessité. Ce qui compte afin d'établir le caractère illicite d'une menace est le but envisagé par l'emploi éventuel de la force et non la nature de l'arme que l'on envisage d'utiliser. En effet, même si l'on considère que l'emploi d'armes nucléaires ne peut trouver aucune justification juridique, on ne peut en déduire que la possession d'armes nucléaires en vue de prévenir la guerre, ou que la déclaration en vertu de laquelle on y aura recours si cela s'avère nécessaire pour riposter à une agression, constituent des menaces interdites par l'article 2, paragraphe 4, de la Charte, pas davantage que par le droit coutumier⁵⁸. On peut faire un parallèle avec le droit pénal: le fait de brandir une arme face à un voleur et de menacer de le tuer s'il ne renonce pas à son acte n'a rien d'illicite, même si l'accomplissement de cette menace pourrait l'être. De la sorte, la

56 Comme l'a dit M. Perrin de Brichambaut, Directeur des affaires juridiques du Quai d'Orsay, «un élément de coercition en vue d'amener un Etat à une conduite ou à des actes différents de ceux qu'il pourrait librement choisir». Audience du 1er novembre 1995, CR 95/23, p. 80.

57 Les Etats ont les moyens de commettre des faits internationalement illicites. Davantage encore, ils peuvent choisir de se comporter conformément au droit international ou en violation de celui-ci. Le droit international tient compte de la possibilité de voir les Etats ne pas s'acquitter de leurs obligations internationales, et ce non seulement dans le domaine de la responsabilité internationale. C'est la seule raison qui explique que dans un système juridique qui consacre l'interdiction de la menace ou de l'emploi de la force, il existe en même temps un corpus qui règle même dans ses détails la conduite des Etats en cas de conflit armé. Certes, on nous rappellera avec la Cour que «[p]our être efficace, la politique de dissuasion (...) nécessite que l'intention d'employer des armes nucléaires soit crédible» (avis consultatif, par. 67). On se place là dans un domaine qui n'est pas juridique. La crédibilité de l'emploi d'une telle arme ne dépendra pas de son adéquation ou non aux prescriptions du droit international, et notamment dans une circonstance où il en irait de la «survie» des Etats en cause.

58 Une autre chose serait si, au lieu d'une politique de dissuasion, la menace d'emploi d'armes nucléaires a pour but une stratégie de domination et se place dans une logique de contrainte.

politique de dissuasion correctement comprise n'est pas en soi contraire au droit international. Il ne fallait pas pour arriver à cette conclusion, saper l'échafaudage du droit humanitaire, accuser le droit international d'être imparfait ou inventer de nouvelles catégories juridiques.

Au fond, la «pratique» de la dissuasion n'ajoute ni ne retranche rien à la question de la licéité ou l'illicéité de l'emploi d'armes nucléaires. Le fait d'accepter que certains Etats soient dotés d'armes nucléaires et qu'ils s'engagent à ne pas les utiliser dans certaines régions ou à l'égard de certains Etats n'implique pas nécessairement que l'on accepte que leur emploi soit licite dans d'autres circonstances. La Cour, résumant le point de vue des Etats qui soutiennent le contraire, mentionne l'interprétation que ces derniers font du TNP et d'autres instruments internationaux comme signifiant la reconnaissance «que cette arme *peut* être employé dans certaines circonstances»⁵⁹. C'est constater l'évidence, en lui donnant un sens qu'elle n'a pas nécessairement. Considérer la possibilité factuelle d'emploi de l'arme nucléaire ne veut pas dire que cet emploi sera forcément licite. Comme la Cour l'a laissé entendre, aucune *opinio iuris* ne peut ressortir ni en faveur ni à l'encontre des thèses en présence du fait de la politique de dissuasion⁶⁰. Malheureusement, elle n'a pas ultérieurement été cohérente avec ce constat, laissant entendre que «la pratique dénommée «politique de dissuasion»» pourrait ouvrir la voie à l'exception envisagée au second alinéa du paragraphe E.

Ainsi, étant données les profondes divergences au sein de la communauté internationale en la matière, on ne saurait affirmer l'existence d'une règle coutumière spécifique relative à l'arme nucléaire. Ce qui revient à dire que dans la situation hypothétique de son emploi, on devra appliquer les règles générales du *ius ad bellum* et du *ius in bello*.

La conclusion selon laquelle l'emploi d'armes nucléaires serait illicite, alors que la politique de dissuasion est licite est la seule qui permet de concilier les différentes données de la réalité et du droit en vigueur: d'une part, l'existence d'Etats qui possèdent des armes nucléaires en vue d'affirmer leur suprématie militaire et de persuader des ennemis potentiels de l'inutilité du recours à la guerre contre eux ou leurs alliés⁶¹; et d'autre part, un droit humanitaire imposant une conduite des hostilités que les armes nucléaires, telles qu'elles sont conçues et en l'état actuel du développement technique, ne peuvent pas de toute évidence respecter.

59 Itاليques ajoutés. Avis consultatif, par. 61.

60 Ibid., par. 67. On comprend ainsi l'affirmation des juges Ferrari Bravo et Shi, pour lesquels la dissuasion relève du domaine politique et n'a pas une valeur juridique (déclarations, 2 et 1 respectivement).

61 Il convient de mentionner à cet égard ce que M. Perrin de Brichambaut, a affirmé au cours de son exposé oral du 1^{er} novembre 1995: «L'arme nucléaire est pour la France une arme destinée à prévenir la guerre en la privant de toute rationalité» (CR 95/23, 45)

V. Circonstances non considérées

La Cour a explicitement refusé d'examiner les problèmes juridiques soulevés par les trois hypothèses suivantes: l'emploi d'armes nucléaires à titre de représailles en période de conflits armés, son utilisation en vertu d'une décision du Conseil de sécurité ou encore l'emploi de ces armes au plan interne⁶².

En ce qui concerne les représailles avec emploi d'armes nucléaires, la Cour s'est bornée à rappeler qu'il faudrait remplir aussi dans cette circonstance la condition de proportionnalité. Elle n'analyse pas les règles pertinentes du droit humanitaire, et le fait que celui-ci exclut la possibilité de représailles dans certains cas, notamment contre la population civile⁶³. Reste à savoir comment on pourrait imaginer rationnellement que les règles impératives du droit humanitaire puissent être respectées en pareille circonstance. En effet, prétendre qu'un conflit armé dans lequel les différentes parties utilisent leur arsenal nucléaire puisse se dérouler conformément aux prescriptions du droit humanitaire paraît de toute évidence un contresens.

Quant à l'hypothèse de l'emploi d'armes nucléaires en vertu d'une décision fondée sur l'article 42 de la Charte, la Cour s'est bornée ici à rappeler que cet article envisage un recours licite à la force⁶⁴, pour ajouter enfin qu'«[a]u vu des exposés qui lui ont été présentés, la Cour n'estime pas nécessaire de traiter des questions que pourrait soulever, dans un cas donné, l'application du chapitre VII»⁶⁵. La question avait été analysée par le Président Singh dans son étude sur les armes nucléaires et le droit international déjà en 1959. En effet, lorsque le Conseil de sécurité finit par désigner l'agresseur, cela présuppose que les cinq puissances nucléaires sont parvenues à un accord (ou du moins qu'aucune d'entre elles n'envisage de s'opposer à une telle désignation). Dans une telle circonstance, les forces qui pourraient être mises au service des Nations Unies seraient tellement irrésistibles, qu'on ne voit pas pourquoi le recours à l'arme nucléaire serait nécessaire⁶⁶. En témoigne «la circonstance extrême» dans laquelle «la survie» d'un Etat était en jeu, comme ce fut le cas au Koweït, où les forces coalisées utilisant l'armement conventionnel n'ont pas

62 Avis consultatif, par. 46, 49 et 50.

63 Pour ce qui est du droit de Genève de 1949, cf. l'article 46 de la Convention I, l'article 47 de la Convention II, l'article 13 de la Convention III et l'article 33 de la Convention IV. Le Protocole additionnel I de 1977 interdit les attaques dirigées à titre de représailles contre la population civile et les biens civils (articles 51, paragraphe 6, et 52, paragraphe 1). On sait que ces articles ont été critiqués par certaines puissances nucléaires, qui y voient un obstacle à leur politique de dissuasion, et que celles-ci ont explicitement indiqué d'une manière générale qu'elles considéraient les travaux de la Conférence diplomatique pour le développement du droit humanitaire comme concernant exclusivement l'armement conventionnel (cf. les déclarations des représentants de la France, des Etats-Unis d'Amérique et du Royaume-Uni in *Actes de la Conférence diplomatique sur la réaffirmation et le développement du droit humanitaire applicable dans les conflits armés*, 1974-1977, vol. VII, 199-200, 301 et 309-10 respectivement).

64 Avis consultatif, par. 38.

65 *Ibid.*, par. 49. Comme si la Cour serait limitée quant à l'examen des points de droit pertinents par les exposés présentés par les Etats ou le Secrétaire général de l'Organisation!

66 N. Singh, *Nuclear Weapons and International Law* (1959), 213.

éprouvé de difficultés majeures pour accomplir leur objectif de libérer le Koweït. Les Etats dotés d'armes nucléaires ont envisagé une autre possibilité: celle d'une agression avec emploi d'armes nucléaires contre un Etat non doté de telles armes. Ils se sont engagés à porter la question immédiatement à l'attention du Conseil de sécurité, pour que celui-ci fournisse l'assistance nécessaire à l'Etat victime⁶⁷. Cela ne veut pas dire que le Conseil décidera nécessairement dans cette circonstance de l'emploi d'armes nucléaires contre l'agresseur. Par ailleurs, si celui-ci s'avère être l'un des membres permanents, aucune décision ne pourra être adoptée du fait de son veto prévisible. La seule hypothèse possible pour que le Conseil puisse adopter une décision serait celle de l'emploi d'une telle arme par un Etat «du seuil». Et encore faudrait-il que l'Etat officiellement non doté d'armes nucléaires, mais qui en dispose et en utilise, ne soit pas un allié de l'un des cinq membres permanents prêt à exercer son veto.

On comprend aisément que la Cour n'ait pas considéré ces éventualités, qui échappent à la fonction judiciaire. On pouvait espérer cependant une affirmation de la Cour dans le sens que toute décision du Conseil de sécurité impliquant l'emploi de la force doit se justifier par la nécessité de maintenir ou rétablir la paix et la sécurité internationales et être conforme aux autres règles pertinentes du droit international, tout particulièrement celles faisant partie du *ius cogens*⁶⁸. De toute évidence, la Cour n'a pas voulu analyser une situation où elle aurait dû se placer en juge de la légalité des décisions du Conseil de sécurité. Le problème, comme on le sait, n'est pas nouveau et la question reste ouverte dans les affaires de *Lockerbie*⁶⁹.

Le fait que personne dans les pièces écrites ou lors des audiences n'ait soulevé la question de l'emploi d'armes nucléaires à l'intérieur des frontières d'un Etat et que la Cour n'ait pas estimé nécessaire de se prononcer sur cette question, ne laisse pas d'être étonnant. En effet, nul ne saurait affirmer que la question ne tombe pas sous le coup du droit international. Celui-ci contient indubitablement des règles applicables à une pareille situation. Nous songeons naturellement aux règles de droit humani-

67 Cf. la Résolution 984 (1995) du 11 avril 1995.

68 Cf. Bedjaoui, *supra* note 46, 46-7, ainsi que «Du contrôle de légalité des actes du Conseil de sécurité». *Nouveaux itinéraires en droit. Hommage à François Rigaux* (1993) 79 et 92-3 et ses opinions dissidentes dans les affaires de *Lockerbie* (Rec. 1992, 45, par. 25 et 155); l'opinion individuelle du juge *ad hoc* E. Lauterpacht jointe à l'ordonnance de la Cour du 13 septembre 1993 dans l'affaire de l'application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, Rec. 1993, 439-41, par. 99-104; Bowett, «The Impact of Security Council Decisions on Dispute Settlement Procedures» 5 *JEDI*, (1994) 95-6; Condorelli, «La Corte internazionale di Giustizia e gli organi politici delle Nazioni Unite» *LXXVII Rivista di diritto internazionale* (1994) 912-3; Dominici, «Le Conseil de sécurité et le droit international» 43 *Jugoslovenska revija za medunarodno pravo* (1996) 197-210.

69 Gowland-Debas, «The Relationship between the International Court of Justice and the Security Council in the Light of the *Lockerbie* case» 88 *AJIL* (1994) 643-77. Pour un point de vue plutôt contraire à la révision par la CIJ des résolutions du Conseil de sécurité adoptées en vertu du chapitre VII, voir Caflisch, «Is the International Court Entitled to Review Security Council Resolutions Adopted under Chapter VII of the United Nations Charter?», in N. Al-Nauimi et R. Meese (eds) *International Legal Issues Arising under the United Nations Decade of International Law* (1995) 633-62.

taire relatives aux conflits armés n'ayant pas un caractère international, mais aussi aux règles relatives à la protection des droits de l'homme. Peut-on imaginer un Etat utilisant l'arme nucléaire au plan interne sans que cela soulève de question du point de vue du droit international? Imagine-t-on une pareille situation en Tchétchénie, par exemple? Le parallèle avec l'emploi d'armes chimiques contre la population kurde n'est pas difficile à établir. Supposons même que des groupes sécessionnistes soient sur le point d'atteindre leurs fins, le gouvernement central serait-il autorisé à utiliser l'arme nucléaire du fait qu'il se trouve dans des circonstances où la survie même de l'Etat est en cause? Pourrait-il, dès lors, invoquer une situation qui relève de son domaine réservé? Il nous paraît même inutile de démontrer que dans de pareilles circonstances l'emploi d'armes nucléaires est illicite du point de vue du droit international⁷⁰. L'affirmation contenue dans la décision du 2 octobre 1995 de la Chambre d'appel du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie dans l'affaire *Dusko Tadic* nous paraît extrêmement pertinente ici:

«Indeed, elementary considerations of humanity and common sense make it preposterous that the use by States of weapons prohibited in armed conflicts between themselves be allowed when States try to put down rebellion by their own nationals on their own territory. What is inhumane, and consequently proscribed in international wars, cannot but be inhumane and inadmissible in civil strife»⁷¹.

La Cour ne s'est pas prononcée non plus sur certains exemples donnés par des Etats d'utilisations possibles de l'arme nucléaire contre des effectifs militaires se trouvant dans une zone désertique ou dans d'autres cas bien circonscrits, tels qu'à l'égard des sous-marins⁷². De telles hypothèses, qui tendent à détourner l'attention sur la nature intrinsèque des armes nucléaires, comme étant des armes de destruction massive ayant des effets indiscriminés et susceptibles de causer des dommages aux générations à venir⁷³, seraient tout au plus l'exception confirmant la règle. La Cour avait peut-être en vue de tels cas lorsqu'elle affirma l'impossibilité de

«conclure avec certitude que l'emploi d'armes nucléaires serait nécessairement contraire aux principes et règles du droit applicable dans les conflits armés en toute circonstance».⁷⁴

En supposant même que dans ces cas marginaux (pour lesquels les armes nucléaires telles qu'on les connaît aujourd'hui n'ont pas été conçues) un tel emploi serait conforme au droit des conflits armés, il resterait encore à vérifier le respect des règles relatives à la protection de l'environnement.

70 Le juge Weeramantry, le seul à avoir évoqué cette situation, ajoute les retombées à l'extérieur, comme en témoigne l'accident de la centrale nucléaire de Tchernobyl (opinion dissidente, p. 81)

71 *IT-94-IAR 72*, 64, par. 119.

72 Cf. l'exposé écrit du Royaume-Uni du mois de juin 1995, 53, para. 3.70. Voir aussi l'opinion dissidente de Mme Higgins (par. 30)

73 Abi-Saab cité *supra* note 8, 42-3.

74 Avis consultatif, par. 95.

VI. Le paragraphe F: décision *ultra petita*?

Enfin, la Cour estima de son devoir d'interpréter la portée juridique de l'article VI du TNP, pour affirmer à l'unanimité au paragraphe F qu'«[i]l existe une obligation de poursuivre de bonne foi et de mener à terme des négociations conduisant au désarmement nucléaire dans tous ses aspects, sous un contrôle international strict et efficace». Certains juges ont vu dans cette affirmation une situation dans laquelle la Cour a statué *ultra petita*⁷⁵. Pour le Président Bedjaoui, en revanche, on est en présence d'une obligation coutumière étroitement liée au problème de la licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires. Qui plus est, la notion d'*ultra petita* est, pour l'ancien Président de la Cour, étrangère à la procédure consultative⁷⁶.

La possibilité formelle de statuer *ultra petita* existe aussi bien dans la procédure contentieuse que dans la procédure consultative. Il s'agit dans les deux cas d'un excès de pouvoir du juge. On sait que la Cour dispose d'un pouvoir discrétionnaire quant à l'opportunité de rendre un avis consultatif et qu'elle peut décider de répondre partiellement à une question posée⁷⁷. Elle n'est pourtant pas habilitée par la Charte ou le Statut à rendre un avis consultatif de sa propre initiative. Cela comporte comme corollaire que la Cour peut répondre uniquement aux questions posées par les organes et institutions habilités et une fois qu'elle s'est assurée de sa compétence en la matière, comme elle l'a rappelé dans sa décision de ne pas rendre un avis consultatif à l'Organisation mondiale de la santé du 8 juillet 1996⁷⁸.

Si l'on suit le raisonnement de la Cour, on peut supposer avec une certaine logique qu'elle ne s'est pas départie de la question posée. En effet, comme le juge ne peut conclure de manière définitive s'il est licite ou non d'employer l'arme nucléaire en toute circonstance, il estime que le désarmement nucléaire est la meilleure manière de mettre fin à son incertitude, qui est pour le juge – comme on le sait – celle du droit international d'aujourd'hui.⁷⁹

Sans avoir l'intention d'entrer dans le vif du sujet, on ne peut s'empêcher de relever que ce serait un curieux droit coutumier que celui qui n'interdit pas l'emploi d'armes nucléaires, mais qui impose aux Etats l'obligation de s'en débarrasser.

Considérations finales

On pourrait trouver une certaine incohérence dans la décision de rendre un avis consultatif pour arriver ensuite à la conclusion du paragraphe E. En fondant «en

75 Les juges Guillaume et Schwebel respectivement op. individuelle, par. 13, et op. dissidente, p. 13.

76 Déclaration, par. 23.

77 Avis consultatif, par. 19.

78 *Licéité de l'utilisation des armes nucléaires par un Etat dans un conflit armé, avis consultatif* (sic) CF. Queneudec, «E.T. à la CIJ: méditations d'un extra-terrestre sur deux avis consultatifs» 100 *RGDIP* (1996) 908–10.

79 Avis consultatif, par 98.

l'état du droit international» son impossibilité de conclure sur la licéité ou l'illicéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires dans la «circonstance extrême de légitime défense», la Cour n'a pas rempli correctement sa fonction judiciaire. Elle aurait pu cependant s'abstenir de répondre à la question posée par l'Assemblée générale, si elle estimait que *les éléments de fait* mis à sa disposition n'étaient pas suffisants pour conclure à l'illicéité de l'emploi d'armes nucléaires «en toute circonstance». Cela aurait sans doute constitué une «raison décisive» pour l'amener à opposer un refus à la demande d'avis consultatif⁸⁰. Agissant comme elle l'a fait, la Cour introduit une nouvelle incertitude à la perception que les justiciables auront d'elle. Désormais, on ne saura plus si le juge s'estime dans certaines circonstances libre de ne pas se prononcer sur la question qui lui a été soumise, sous couleur de l'état insatisfaisant ou imprécis du droit international en la matière considérée. Par ailleurs, si les juges se plaignaient de ne pas être souvent consultés par les organes et organisations compétents pour demander des avis consultatifs⁸¹, il faut convenir que l'avis sur la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires* ne constitue pas un précédent qui les incitera à recourir à la Cour. Au contraire, cette expérience peut être perçue comme un sérieux coup de semonce. Dorénavant les organes et institutions concernés devront réfléchir plus d'une fois avant de poser à la Cour des questions «gênantes», fussent-elles juridiques.

En outre, depuis un certain temps, la Cour a pris l'habitude d'utiliser la politique judiciaire de l'économie de moyens poussée à l'extrême. Cette attitude a certes le mérite de ne pas plonger les juges dans des débats théoriques qui ne sont pas indispensables au règlement du différend et de permettre en même temps l'obtention de majorités claires⁸², même si des occasions de mettre à jour des points controversés sont ainsi perdues. Le risque est de dépasser l'économie de moyens pour tomber dans des situations où on ne prend pas en considération tous les éléments que le droit international met à la disposition des juges. Ou bien, stade ultérieur, de ne pas répondre à la question qui leur est soumise. Sous sa forme moins radicale, cette dégradation de l'économie de moyens peut aboutir à des jugements non conformes au droit international. Sous sa forme extrême, elle débouche sur une situation de *non liquet*, comme ce fut le cas de l'avis consultatif ici étudié.

Par ailleurs, on peut se demander si la politique de l'économie de moyens trouve une justification lorsqu'il s'agit de la procédure consultative. Le but de celle-ci est précisément d'éclaircir un point de droit et on pourrait s'attendre à de plus larges développements pour justifier la réponse à la question posée. En l'espèce, la Cour était consciente de la nature tout à fait exceptionnelle de sa réponse, sans précédent

80 *Ibid.*, par. 14 et la jurisprudence qui y est citée. Cf. également l'opinion dissidente du juge Schwebel (p. 8)

81 M. Bedjaoui, «Les ressources offertes par la fonction consultative de la Cour internationale de Justice: bilan et perspectives». New York, Congrès des Nations Unies sur le droit international, 14 mars 1995.

82 Guillaume, «La Cour internationale de Justice. Quelques propositions concrètes à l'occasion du Cinquantenaire» 100 *RGDIP* (1996) 328.

dans les annales des deux Cours de La Haye, et de l'introduction d'une notion pour le moins novatrice, celle de la circonstance extrême de légitime défense fondée sur un droit fondamental de l'Etat à sa survie, qu'elle a évoquée. On pouvait légitimement s'attendre à une analyse quant au besoin – et à sa faculté – de ne pas répondre de manière concluante à la question posée. De même, si elle recourt pour la première fois de son histoire à un «droit fondamental de l'Etat à sa survie» qu'on ne trouve nulle part ailleurs⁸³, il ne sera pas démesuré de prétendre obtenir au moins à une motivation de son affirmation.

Cette politique d'économie de moyens se rattache à la quête du plus grand consensus et de l'équilibre dans les décisions qui sont prises, afin de laisser satisfaits non seulement le plus grand nombre de juges, mais aussi tous les justiciables. Une manière de voir les choses serait d'affirmer que, comme il y a trois (ou quatre) juges qui sont d'avis que le droit international ne répond pas à la question d'une manière concluante, cinq (ou six) qui trouvent que l'emploi d'armes nucléaires est toujours interdit et cinq (ou six) autres qui estiment que dans certaines circonstances un tel emploi serait licite, on pourrait alors arriver à une synthèse par le chemin suivi par la Cour. Au fond, nous dira-t-on, cette attitude si partagée des juges serait la meilleure preuve de l'état d'indéfinition du droit en la matière. Ce serait un détournement grave de la fonction judiciaire si chaque fois qu'on est en présence d'un vote serré au sein de la Cour, on préfère trancher la question par le biais du constat de l'état «insatisfaisant» du droit international – c'est-à-dire en l'esquivant. La raison d'être de la fonction judiciaire est d'examiner les faits et de déterminer leur appréhension par le droit. S'il est certainement souhaitable d'aboutir à des majorités claires sinon à l'unanimité, cela ne peut toutefois s'obtenir au prix du sacrifice du droit international lui-même. De plus, en l'espèce on a sacrifié le droit sans pour autant aboutir à une majorité claire. On constate ainsi qu'avec l'avis consultatif du 8 juillet 1996 la tentative de rendre un jugement de Salomon a confondu l'essentiel et l'accessoire. En effet, on oublie souvent que le but ultime du roi des Juifs n'était pas de satisfaire les deux plaignantes, mais de déterminer laquelle des deux était véritablement la mère.

Face à l'absence de réponse de la Cour, partisans de la légalité et de l'illégalité de l'emploi de l'arme nucléaire tenteront certainement de faire la lecture de l'avis consultatif qui satisfasse au mieux leurs positions respectives⁸⁴. Les juges eux-mêmes – en particulier ceux qui ont joint des déclarations ou d'opinions individuelles – et qui

83 Pour le juge Koroma, il s'agit d'un «concept inventé par la Cour» (op. dissidente, 11).

84 Parmi ceux qui penchent pour l'illégalité, voir déjà Falk, «Nuclear Weapons, International Law, and the World Court: An Historic Encounter» 3 *Die Friedens-Warte* (1996) 235-48; ainsi que le dossier «World Court says mostly no to nuclear weapons», *The Bulletin of Atomic Scientists*, September-October 1996, 47. De l'autre côté, se reporter notamment à la réaction du Quai d'Orsay, qui interprète l'avis consultatif comme signifiant que la Cour «reconnait que l'emploi ou la menace d'emploi de l'arme nucléaire peuvent être licites dans des circonstances exceptionnelles qui relèvent de la légitime défense au sens de l'article 51 de la Charte des Nations Unies» (Communiqué du Ministère français des Affaires étrangères du 8 juillet 1996, 17 *Documents d'actualité internationale* (1996), 697).

penchent dans un sens ou dans l'autre, ont déjà donné l'exemple. Si l'on tient compte des vues exprimées au cours de la procédure écrite et orale qui précéda l'avis consultatif, et du fait que les uns et les autres restent maintenant sur leurs positions respectives en ajoutant à leur arsenal théorique des arguments puisés dans l'avis consultatif lui-même, on ne saurait affirmer que celui-ci ait constitué un pas décisif pour faire avancer le débat. Du reste, c'est un lieu commun d'affirmer que l'emploi d'armes nucléaires contraire à l'article 2, paragraphe 4, et qui ne satisfait pas aux conditions de l'article 51 de la Charte est illicite. Quant au besoin de se conformer aux prescriptions du droit humanitaire, les uns et les autres l'ont affirmé au cours de la procédure. La Cour est restée dans ce domaine en deçà même de ce que les Etats s'accordaient à dire. Quant au paragraphe E, il constitue l'exemple-type de ce que l'on ne devrait pas attendre d'une Cour de justice⁸⁵.

Indépendamment de la position que l'on adopte sur le fond du problème, cet avis consultatif laisse un goût amer, étant données les entorses infligées à la fonction judiciaire. Certes, d'aucuns penseront qu'il y a des questions qu'il vaut mieux ne pas poser. Pour d'autres, il y aura certainement des vérités dont il vaudrait mieux ne pas parler.

85 On ne peut que partager le voeu exprimé par le juge Ranjeva, qui, tout en votant pour, «forme le souhait que jamais une juridiction n'ait à devoir statuer dans les termes du seconde alinéa du paragraphe E» (op. individuelle, p. 8)