

DÉCLARATION DE M. FERRARI BRAVO

J'ai voté en faveur du présent avis consultatif sur la licéité des armes nucléaires parce que je pense qu'il est du devoir de la Cour internationale de Justice de n'épargner aucun effort pour répondre au mieux aux questions que lui posent les organes principaux des Nations Unies habilités à la saisir, surtout lorsqu'une telle réponse peut augmenter les possibilités de sortir d'une impasse qui, dans le cas actuel, perdure depuis plus de cinquante ans en faisant peser une ombre triste et menaçante sur l'humanité tout entière.

Dans sa fonction d'organe judiciaire principal des Nations Unies (article 92 de la Charte), la Cour a été, entre autres, créée justement pour cela et elle ne doit pas se demander si sa réponse, au mieux de ce qu'elle peut faire, pourra contribuer à l'évolution de la situation. Elle n'a pas non plus à se justifier si sa réponse n'est pas exhaustive. Je souscris par conséquent pleinement aux motifs qui étayent la décision prise par la Cour de faire droit à la demande de l'Assemblée générale.

A ce propos, il est toutefois nécessaire de dire que la question se présente sous un angle tout à fait différent lorsque la saisine provient d'une institution spécialisée des Nations Unies, dont la compétence pour s'adresser à la Cour est, pour des raisons de principe, bien délimitée. J'ai, partant, voté aussi en faveur de l'avis, donné ce même jour, par lequel la Cour décide de ne pas répondre à la demande de l'Organisation mondiale de la Santé et je trouve qu'il y a de la logique dans ce comportement (*Licéité de l'utilisation des armes nucléaires par un Etat dans un conflit armé, C.I.J. Recueil 1996, p. 87*). La Cour, en effet, est l'organe judiciaire principal des Nations Unies, mais elle ne l'est pas d'autres organisations internationales dont le droit de la saisir demande à être soigneusement limité si l'on veut conserver un partage correct de compétences — et, donc, d'efficacité — entre organismes internationaux, en évitant que des fonctions politiques, que la logique du système a confiées *seulement* aux Nations Unies, soient usurpées par d'autres organisations qui, pour ne rien dire d'autre, n'ont ni la compétence, ni la structure pour ce faire.

* * *

Cela dit, je reste toutefois fort insatisfait quant à certains passages cruciaux de la décision car elle me semble, pour dire la vérité, peu courageuse et parfois de lecture difficile.

Notamment, je regrette que la Cour ait arbitrairement réparti en deux catégories la longue ligne des résolutions de l'Assemblée générale qui commence par la résolution 1 (I) du 24 janvier 1946 et qui, au moins jus-

DECLARATION OF JUDGE FERRARI BRAVO

[Translation]

I have voted in favour of the present Advisory Opinion on the legality of nuclear weapons because I think it is incumbent upon the International Court of Justice to spare no pains in answering, to the best of its ability, the questions put to it by such principal organs of the United Nations as are entitled to seise the Court, particularly when such an answer may increase the likelihood of resolving a deadlock which, in the present case, has been perpetuated for over 50 years, casting a sombre, threatening shadow over the whole of mankind.

The Court, functioning as the principal judicial organ of the United Nations (Article 92 of the Charter), was set up to do just that — among other things — and does not have to ask itself whether its reply, given to the best of its ability, can contribute to the development of the situation. Neither does it have to justify itself if that reply is less than exhaustive. I accordingly subscribe fully to the reasons given in support of the Court's decision to allow the question put by the General Assembly.

In that regard, it is however necessary to point out that the matter appears in a quite different light when the Court is seised by a specialized agency of the United Nations, whose competence to make application to the Court is, for reasons of principle, clearly defined. I accordingly also voted in favour of the Opinion, given this same day, whereby the Court decided not to answer the question put to it by the World Health Organization (*Legality of the Use by a State of Nuclear Weapons in Armed Conflict, I.C.J. Reports 1996*, p. 87), and consider my conduct to have been consistent. The Court is the principal judicial organ of the United Nations, but it is not the judicial organ of other international bodies whose right to seise the Court needs to be carefully restricted if the intention is to maintain a correct division of powers — and hence of effectiveness — among the international organizations, in a bid to prevent those political functions that the logic of the system has entrusted *only* to the United Nations from being usurped by other organizations which, to say the least, have neither the power nor the structure to assume them.

* * *

Having said this, I am however deeply dissatisfied with certain crucial passages of the decision as, to tell the truth, it strikes me as not very courageous and at times rather difficult to read.

More particularly, I regret that the Court should have arbitrarily divided into two categories the long succession of General Assembly resolutions which begins with resolution 1 (I) of 24 January 1946 and

qu'à la résolution 808 (IX), se présente sous la forme d'une série de résolutions adoptées à l'unanimité. Je pense que ces résolutions sont fondamentales; tel est le cas surtout de la première, dont le libellé avait déjà été arrêté à Moscou avant la création des Nations Unies (pour l'histoire de la résolution ainsi que pour les démarches entreprises à Moscou en vue de confier aux Nations Unies le contrôle de l'énergie atomique dont, à ce moment là, seuls les Etats-Unis d'Amérique possédaient les clés, voir *The United Nations in World Affairs, 1945-1947*, 1947, p. 391 et suiv.), et qui pourrait, à la rigueur, être assimilée aux stipulations de la Charte. Elle démontre en effet, et à mon avis clairement, l'existence d'un véritable engagement solennel d'éliminer toute arme atomique dont la présence dans les arsenaux militaires était jugée illicite. La résolution disait ceci:

«5. ... En particulier, la Commission [établie par la résolution] présente des propositions déterminées en vue:

.....
 c) *d'éliminer, des armements nationaux, les armes atomiques et toutes autres armes importantes permettant des destructions massives.*» (Les italiques sont de moi.)

Ces idées ont été répétées à plusieurs reprises dans d'autres résolutions de l'Assemblée générale immédiatement après la création des Nations Unies (voir par exemple la résolution 41 (I) ou la résolution 191 (III)).

Je sais très bien que la guerre froide intervenue peu après (et dont il ne m'appartient pas de désigner les responsables, tout en soulignant qu'ils ne se trouvent pas dans un seul camp) a empêché le développement de cette notion d'illicéité (abandonnée par la suite par les Etats-Unis, qui en avaient été les promoteurs), en suscitant l'apparition de toute une série d'argumentations tournant autour du concept de dissuasion nucléaire qui n'a (et c'est important, comme on le verra ci-après) aucune valeur juridique.

Mais, à mon avis, il reste que l'illicéité existait déjà et que toute production d'armes nucléaires devait, par conséquent, se justifier au vu de cette tache noire d'illicéité que l'on ne pouvait pas effacer. On doit par conséquent déplorer qu'une telle conclusion ne ressorte pas clairement du raisonnement de la Cour qui, au contraire, est souvent d'une lecture compliquée, sinieuse, et finalement peu efficace.

Cela mis à part, il reste à dire qu'un certain nombre de conclusions auxquelles la Cour est arrivée ne sont pas reflétées dans les résultats dont il est fait état dans le dispositif. Ce sont des lacunes graves, mais elles s'expliquent par la difficulté de former, sur certaines composantes du présent avis consultatif, des majorités cohérentes.

Il est toutefois important de reconnaître qu'il reste le paragraphe 104 de l'avis, introductif au dispositif, dont l'importance est vraiment cruciale. Il suggère en effet au lecteur attentif d'évaluer dans son ensemble le

which, at least down to resolution 808 (IX), takes the form of a series of unanimously adopted resolutions. In my view these resolutions are fundamental, particularly the first of them, whose wording had already been determined in Moscow before the United Nations was created (for the history of the resolution and for the steps taken in Moscow with a view to entrusting the United Nations with the supervision of atomic energy to which, at that time, only the United States had the key see *The United Nations in World Affairs, 1945-1947*, 1947, pp. 391 *et seq.*), and which could, at a pinch, be placed on the same footing as the provisions of the Charter. As a matter of fact that resolution establishes — and in my view clearly establishes — the existence of an *actual undertaking* of a solemn nature to eliminate all atomic weapons whose presence in military arsenals was considered illegal. The resolution was worded as follows:

“5. . . . In particular, the Commission [established by the resolution] shall make specific proposals:

.
 (c) *for the elimination from national armaments of atomic weapons and of all other major weapons adaptable to mass destruction.*”
 (Emphasis added.)

These ideas were repeated on several occasions in other General Assembly resolutions immediately after the founding of the United Nations (see for example resolution 41 (I) or resolution 191 (III)).

I am very well aware that the cold war which broke out shortly afterwards (and it is not for me to say who was responsible, although I would stress that responsibility did not lie with just one side), prevented the *development* of that concept of illegality (which was subsequently abandoned by the United States which had been its promoter), while giving rise to a whole series of arguments focusing on the concept of nuclear deterrence which (and this is important, as we shall see) has *no legal force*.

However, in my view that illegality nevertheless already existed and any production of nuclear weapons had, as a consequence, to be *justified* in the light of that stigma of illegality which could not be effaced. It is, then, to be regretted that such a conclusion is not clear from the reasoning followed by the Court — a reasoning which, on the contrary, is often difficult to read, tortuous and ultimately rather inadequate.

This apart, it remains to be said that a number of conclusions reached by the Court are not reflected in the results set forth in the operative part. These are serious lacunae, but can be explained by the difficulty of obtaining consistent majorities with respect to certain components of the Advisory Opinion.

It is however important to acknowledge that there is still paragraph 104 of the Advisory Opinion, which introduces the operative part and whose importance is really crucial. It in fact suggests that the atten-

raisonnement fait par la Cour, de tenir compte de ces parties du raisonnement qui ne sont pas reflétées dans des passages du dispositif et, qui plus est, de se rendre compte des inévitables lacunes du raisonnement. Que les lecteurs, et pas seulement les universitaires, en profitent en gardant à l'esprit qu'un avis consultatif, malgré les similitudes procédurales, n'est pas un arrêt. Et celui-ci surtout.

* * *

Certes, il n'existe pas une règle précise et spécifique qui interdise l'arme atomique et qui tire toutes les conséquences de cette interdiction. La théorie de la dissuasion, à laquelle l'avis consultatif ne réserve qu'une rapide mention (surtout au paragraphe 96), aurait mérité quelques considérations supplémentaires. J'ai déjà dit qu'à mon avis l'idée de dissuasion nucléaire n'a aucune valeur juridique et j'ajoute que la théorie de la dissuasion, tout en créant une pratique des Etats nucléaires et de leurs alliés, n'est pas en mesure de créer une pratique juridique sur laquelle fonder le début de création d'une coutume internationale. On pourrait arriver à dire que l'on est en présence d'un *anti-droit*, si on pense aux effets qu'elle a eus sur la Charte des Nations Unies.

Je ne vais pas jusque-là, mais je ne peux m'empêcher de constater que c'est grâce à la doctrine de la dissuasion que la portée révolutionnaire de l'article 2, paragraphe 4, de la Charte s'est réduite, alors que parallèlement la portée de l'article 51, qui en était le contrepoint selon une logique traditionnelle, s'est étendue avec la formation autour de cette norme de toute une série de constructions conventionnelles, comme le montrent les deux systèmes régissant respectivement l'Alliance atlantique d'une part et, pendant sa durée d'existence, le pacte de Varsovie. Ce sont des systèmes qui sans doute sont régis par des règles juridiques mais qui procèdent d'une idée qui relève *essentiellement* d'un constat politique, donc non juridique, qui consiste à prendre acte du fait que le Conseil de sécurité ne peut pas fonctionner face à un conflit majeur, comme le serait le cas échéant celui qui fait l'objet du présent avis consultatif.

Voici comment la rivière qui sépare l'article 2, paragraphe 4, de l'article 51 s'est élargie grâce aussi à l'énorme caillou de la dissuasion qu'on a jeté dedans. Et cela a entraîné la nécessité pour enjamber la rivière de jeter un pont et, pour ce faire, d'utiliser les matériaux dont nous disposons maintenant, à savoir l'article VI du traité sur la non-prolifération nucléaire.

J'ai de forts doutes sur le point de savoir si ces développements sont réellement partagés par la Cour, car la manière très ramassée que la Cour a choisie pour traiter de la dissuasion ne permet pas de bien comprendre si tel est réellement l'avis de la Cour. Mais elle ne permet pas non plus de l'exclure. En tout cas les opinions individuelles ou dissidentes jointes à l'avis (je ne vois pas une grande différence entre les unes et les autres) contribueront à éclairer ce point (ainsi que d'autres, bien entendu).

tive reader should evaluate the whole of the reasoning given by the Court, take account of those parts of the reasoning which are not reflected in the various paragraphs of the operative part and, what is more, take account of the inevitable gaps in that reasoning. May its readers — and not only academics — take heed of this advice while bearing in mind that an advisory opinion, in spite of the procedural similarities, is not a judgment of the Court. And this one above all.

* * *

To be sure, there is no precise and specific rule that prohibits nuclear weapons and draws the fullest conclusions from that prohibition. The theory of deterrence, to which the Advisory Opinion makes no more than passing reference (para. 96), would have merited further consideration. I have already said that, in my view, the idea of nuclear deterrence has no legal validity and I would add that the theory of deterrence, while creating a practice of nuclear-weapon States and their allies, is not able to create a legal practice which could serve as the basis for the creation of an international custom. One might even say that it is *contrary to the law*, if one thinks of the effect it has had upon the Charter of the United Nations.

I will not go so far myself, but feel bound to note that it is thanks to the doctrine of deterrence that the revolutionary scope of Article 2, paragraph 4, of the Charter has been reduced, while at the same time the scope of Article 51, which was traditionally considered as its counterpoint, has been extended as a whole series of conventional constructions have taken shape around that norm, as can be seen from the two systems governing respectively the Atlantic Alliance on the one hand and on the other the Warsaw Pact, while it was in existence. These are systems which are doubtless governed by legal rules but which proceed from an idea derived *essentially* from the political — and hence not legal — conclusion that the Security Council cannot function in the face of a major conflict as would probably be the type which is the subject of the present Advisory Opinion.

It is in this way that the gulf separating Article 2, paragraph 4, from Article 51 has widened, as a result also of the great obstacle of deterrence which has been cast into it. To overcome this gulf a bridge has therefore had to be built over it, using the materials currently available to us to do so, namely, Article VI of the Nuclear Non-Proliferation Treaty.

I very much doubt whether these arguments are really endorsed by the Court, as the very condensed manner in which the Court has chosen to deal with deterrence does not enable one clearly to understand whether this is really its view. However, it does not allow the exclusion of that possibility either. In any case, the separate or dissenting opinions appended to the Advisory Opinion (and I do not see any great difference between them) will help to shed light upon this point (and upon others, of course).

De toute façon, telle est à mes yeux la raison fondamentale pour laquelle l'avis de la Cour est obligé de contenir, dans sa partie finale, des développements fondés sur une clause d'un traité qui, n'étant pas universel, ne devrait pas en bonne logique y figurer. Mais ces développements sont tout à fait justifiés par la situation dans laquelle nous nous trouvons, où le traité sur la non-prolifération des armes nucléaires se présente comme le seul moyen pour arriver rapidement à une solution qui puisse prévenir des conséquences catastrophiques.

* * *

En conclusion, je pense qu'une règle précise et spécifique qui interdise l'arme atomique et qui tire toutes les conséquences de cette interdiction n'existe pas encore.

Il est évident que dans la situation politique des années qui vont de 1945 à 1985 une telle règle n'aurait pas pu se former. Mais, dirais-je, l'ensemble de la production normative des dernières cinquante années, surtout en matière du droit humanitaire de la guerre, est quand même inconciliable avec le développement technologique de la construction d'armes nucléaires. Peut-on, par exemple, s'imaginer qu'au moment où le droit humanitaire, partie essentielle et toujours plus importante du droit de la guerre et (depuis peu) aussi de la paix, engendre toute une série de principes pour la protection de la population civile ou pour la sauvegarde de l'environnement, ce même droit international continue d'abriter en son sein la licéité par exemple de l'usage de la bombe à neutrons qui laisse intact l'environnement mais... seulement avec la «petite» conséquence de l'anéantissement de la population! Si tel est le cas, peu importe de trouver une norme spécifique sur la bombe à neutrons car elle devient *automatiquement* illicite par contraste avec la majorité des règles du droit international.

Ce phénomène n'est pas nouveau, car à toute époque de son développement, dès le début de l'ère moderne, le droit international qui est essentiellement un droit coutumier, *donc de formation spontanée*, a connu des situations où la force de certaines règles empêchait les règles contraires de s'établir ou de se maintenir.

Tout cela a été malheureusement obscurci dans l'avis de la Cour par la crainte d'analyser courageusement l'évolution dans le temps des résolutions de l'Assemblée générale qui, seulement à partir d'une certaine époque (aux alentours des années soixante), ont provoqué l'apparition de clivages nets entre Etats nucléaires (et leurs alliés) et Etats menacés par la bombe.

Je répète: le fait qu'une règle interdisant l'arme nucléaire ait commencé à se former au début de la vie des Nations Unies n'empêche pas que le développement de cette formation et, par conséquent, le développement de sa force propulsive aient été arrêtés au moment où les deux principales puissances, toutes les deux dotées de l'arme nucléaire, sont entrées dans la guerre froide et ont développé tout un instrumentaire, même conven-

In any case, this is in my view the fundamental reason why the Opinion of the Court is bound to include, in its final part, certain arguments based upon a clause of a treaty which should not logically be given a place there as it is not of a universal character. These arguments are, however, fully justified by the circumstances in which we now find ourselves, in which the Non-Proliferation Treaty would seem to be the only means of arriving rapidly at a solution capable of averting catastrophic consequences.

* * *

In conclusion, I take the view that there is as yet no precise and specific rule prohibiting nuclear weapons and drawing the fullest consequences from that prohibition.

It is obvious that no such rule could have come into existence in the political situation that prevailed between 1945 and 1985. However, I would point out that all the rules produced over the last 50 years, particularly with regard to the humanitarian law of armed conflict, are irreconcilable with the technological development of the construction of nuclear weapons. Can one, for example, imagine that just as humanitarian law, an essential and increasingly significant part of the international law of warfare and (of late) of peace as well, is bringing into being a whole series of principles for the protection of the civilian population or the environment, that same international law should continue to accommodate the lawfulness of, for example, the use of the neutron bomb, which leaves the environment intact, albeit with the "slight" drawback that the people living in it are wiped out! If that is the case, it matters little whether a rule specific to the neutron bomb can be found, since it becomes *automatically* unlawful as being quite out of keeping with the majority of the rules of international law.

This phenomenon is not new, as at every period in its development, since the beginning of the modern era, international law which is essentially a customary law — *and hence has come into being spontaneously* — has encountered situations in which the force of certain rules prevented contrary rules from being established or maintained.

All these considerations are unfortunately obscured, in the Court's Advisory Opinion, by its fear of engaging in a courageous analysis of the development over time of the General Assembly resolutions which, only from a certain period (around the 1960s), occasioned certain clear-cut divisions between nuclear-weapon States (and their allies) and those States that were threatened by the bomb.

I would point out once again that the fact that a rule prohibiting nuclear weapons began to take shape right at the beginning of the life of the United Nations does not mean that the development of that tendency and, as a consequence, the development of its propulsive force, were not cut short at the time when the two principal Powers, both in possession of nuclear weapons, embarked on the cold war and developed a whole

tionnel, centré autour de l'idée de la dissuasion. Mais cela a seulement empêché *la mise en œuvre* de l'interdiction (qu'on est forcé d'obtenir par voie de négociation) alors que l'interdiction en tant que telle, l'interdiction «toute nue», si je peux m'exprimer ainsi, est demeurée en l'état et produit toujours ses effets, au moins au niveau du fardeau de la preuve, en rendant plus difficile aux puissances nucléaires de se justifier dans le cadre de maintes applications de la théorie de la dissuasion qui, je le répète, *n'est pas* une théorie juridique.

En d'autres termes, on doit, par un instrument juridique (l'accord) parer au danger d'une entité, l'arme nucléaire, qui, en soi, n'a rien de juridique sans qu'il soit possible, dans un cas d'espèce, de vérifier si les solutions esquissées tiennent ou ne tiennent pas. Une telle vérification demanderait l'explosion de la bombe. Mais, alors, la vérification aurait-elle encore un sens?

Cet élément de déséquilibre normatif entre les raisons des Etats nucléaires et celles des Etats non nucléaires devait et pouvait être soigneusement enregistré par la Cour et non pas de la façon parfois contradictoire sous laquelle il est perçu dans l'avis consultatif.

(Signé) L. FERRARI BRAVO.

body of instruments — even treaties and conventions — that were focused upon the idea of deterrence. However, this only prevented the *implementation* of the prohibition (that could only be achieved by means of negotiations), whereas the prohibition as such — the “naked” prohibition, if I may express myself thus — has remained the same and still operates, at least as regards the burden of proof, rendering it more difficult for the nuclear-weapon States to justify themselves by references to various applications of the theory of deterrence which, as I said before, *is not* a legal theory.

In other words, one must, by a legal instrument (the agreement) ward off the danger of an entity — the atomic weapon — which as such has nothing legal about it, without its being possible, in any given case, to verify whether the proposed solutions hold good or not. Such a verification would require the explosion of the bomb. But would that verification still be meaningful, in that event?

This element of normative imbalance between the reasons advanced by the nuclear-weapon States and those advanced by the non-nuclear-weapon States should and could have been placed on record by the Court carefully, rather than in the sometimes contradictory manner in which it is perceived in the Advisory Opinion.

(Signed) L. FERRARI BRAVO.