

DÉCLARATION DE M. BEDJAOUI

1. Les déclarations et autres opinions individuelles ou dissidentes n'ont jamais bénéficié de ma part d'une grande faveur. J'y ai donc très rarement recouru. Toutefois, l'adoption par la Cour du paragraphe 2 E du dispositif du présent avis grâce à la voix prépondérante dont je dispose en ma qualité de président, conformément à l'article 55 du Statut, est en soi un événement suffisamment exceptionnel pour m'inciter à me départir de ma réserve habituelle en la matière. Au demeurant, je considère le recours à cette déclaration moins comme l'exercice d'une simple faculté que comme l'accomplissement d'un véritable devoir, et ce tant en raison de la responsabilité que j'ai ainsi été amené à assumer dans l'exercice normal de mes fonctions de Président, que des enjeux du paragraphe susmentionné.

* * *

2. Avec l'arme nucléaire, l'humanité est comme en sursis. Ce terrifiant moyen de destruction massive fait partie, depuis un demi-siècle, de la *condition humaine*. L'arme nucléaire est entrée dans tous les calculs, dans tous les scénarios, dans tous les schémas. Depuis Hiroshima, un matin du 6 août 1945, la peur est peu à peu devenue la première nature de l'homme. Le parcours terrestre de celui-ci a pris l'aspect de ce que le Coran appelle «un long voyage nocturne», comme un cauchemar dont l'humanité ne parvient pas, à ce jour, à entrevoir la fin.

3. La Charte de l'Atlantique avait pourtant promis de «délivrer l'homme de la peur» et celle de San Francisco de «préserver les générations futures du fléau de la guerre». Un long chemin reste encore à parcourir pour exorciser cette nouvelle terreur de l'homme qui l'a fait renouer avec celle de ses ancêtres qui craignaient jadis la chute sur leur tête d'un ciel d'orage chargé de foudre. Mais la situation de l'homme du XX^e siècle se distingue, à bien des égards, de celle de son ancêtre: il est armé de connaissance; il s'expose de son propre fait à l'autodestruction; ses inquiétudes sont plus fondées. Pourtant doué de raison, l'homme n'a jamais été aussi déraisonnable; son destin se brouille; sa conscience s'obscurcit; sa vision se trouble et ses coordonnées éthiques tombent, comme feuilles mortes, de l'arbre de vie.

4. On reconnaîtra toutefois que l'homme a fait quelques efforts pour sortir de sa nuit noire. Ainsi, l'humanité paraît, aujourd'hui du moins, plus soulagée que dans les années quatre-vingt où elle se menaçait elle-même de la «guerre des étoiles». Le vent mortel d'une guerre cosmique, totale et hautement sophistiquée, qui désintégrerait notre planète, ris-

DECLARATION OF PRESIDENT BEDJAOUI

[Translation]

1. I have never been much in favour of declarations and other separate or dissenting opinions. I have therefore very rarely had recourse to them. However, the adoption by the Court of operative paragraph 2 E of this Opinion by my casting vote as President, in accordance with Article 55 of the Statute, is in itself a sufficiently exceptional event to prompt me to abandon my usual reticence in this matter. Moreover, I regard my recourse to this declaration less as the exercise of a mere option than as the discharge of a real duty, both on account of the responsibility which I have thus been led to assume in the normal exercise of my functions as President and in the light of the implications of the aforementioned paragraph.

* * *

2. With nuclear weapons, humanity is living on a kind of suspended sentence. For half a century now these terrifying weapons of mass destruction have formed part of the *human condition*. Nuclear weapons have entered into all calculations, all scenarios, all plans. Since Hiroshima, on the morning of 6 August 1945, fear has gradually become man's first nature. His life on earth has taken on the aspect of what the Koran calls "a long nocturnal journey", like a nightmare whose end he can not yet foresee.

3. However the Atlantic Charter did promise to "deliver mankind from fear", and the San Francisco Charter to "save succeeding generations from the scourge of war". Much still remains to be done to exorcise this new terror hanging over man, reminiscent of the terror of his ancestors, who feared being struck by a thunderbolt from the leaden, storm-laden skies. But twentieth-century man's situation differs in many ways from that of his ancestors: he is armed with knowledge; he lays himself open to self-destruction by his own doing; and his fears are better founded. Although endowed with reason, man has never been so unreasonable; his destiny is uncertain; his conscience is confused; his vision is clouded and his ethical co-ordinates are being shed, like dead leaves from the tree of life.

4. However, it must be acknowledged that man has made some attempts to emerge from the darkness of his night. Mankind therefore seems, today at any rate, more at ease than in the 1980s, when it subjected itself to the threat of "star wars". In those years the mortal blast of a space war, a war which would be total, highly sophisticated and

quait plus que jamais de souffler sur l'humanité ces années-là. Des engins en orbite dans la banlieue de la Terre pouvaient diriger leur gueule d'enfer nucléaire sur notre globe, pendant que des satellites militaires, de reconnaissance, d'observation, de surveillance ou de communication pouvaient se multiplier. Le *système mortifère* allait se mettre en place. Le «gouvernement universel de la mort», la «thanatocratie», comme l'avait appelée un spécialiste de l'histoire et de la philosophie des sciences, le Français Michel Serres, se disait prêt à installer ses batteries à toutes les périphéries de la planète. Mais heureusement la détente, puis la fin de la guerre froide, mirent un terme à ces préparatifs terrifiants.

5. Néanmoins, la prolifération du feu nucléaire n'est pas pour autant maîtrisée, et ce malgré l'existence du traité de non-prolifération. La peur et la folie peuvent encore à tout moment s'enlacer pour exécuter une danse macabre finale. L'humanité est d'autant plus vulnérable de nos jours, qu'elle est capable de produire des missiles nucléaires en grande quantité.

* * *

6. L'homme se fait à lui-même un chantage nucléaire pervers et permanent. Il faut savoir l'en délivrer. La Cour avait le devoir de prendre sa part, si minime soit-elle, de cette œuvre salvatrice pour l'humanité; elle l'a fait en toute conscience et en toute humilité, compte tenu des limites que lui imposent d'une part son Statut et d'autre part le droit international applicable.

7. Jamais, en effet, la Cour n'aura sans doute autant scruté les éléments les plus complexes d'un problème qu'à l'occasion de l'examen de celui des armes nucléaires. Dans l'élaboration du présent avis, la Cour a été guidée par le sens des responsabilités particulières qui sont les siennes et par sa volonté de dire le droit tel qu'il est, en ne cherchant ni à le noircir ni à l'embellir. Elle a entendu éviter toute tentation de le créer et elle n'est assurément pas sortie de son rôle en pressant les Etats de légiférer au plus vite pour parachever l'œuvre entreprise par eux jusqu'ici.

8. Cette très importante question des armes nucléaires s'est malheureusement révélée être un domaine où la Cour a dû constater qu'il n'existe pas de réponse immédiate et claire à la question qui lui était posée. Il faut espérer que la communauté internationale saura rendre justice à la Cour d'avoir rempli sa mission — même si sa réponse peut paraître insatisfaisante — et qu'elle s'attache au plus vite à corriger les imperfections d'un droit international qui n'est en définitive que la création des Etats eux-mêmes. Ces imperfections, la Cour aura eu au moins le mérite de les signaler et d'appeler la société internationale à y remédier.

9. Comme son avis consultatif l'atteste, la Cour n'a à aucun moment perdu de vue que l'arme nucléaire constitue un moyen potentiel de des-

would rend our planet asunder, was more likely than ever before to unfurl itself upon humanity. Missiles orbiting close to the Earth could point their infernal nuclear snouts at our globe, while military satellites — for reconnaissance, observation, surveillance or communication — proliferated. The *lethal system* was about to be established. The “universal government of death”, the “thanatocracy”, as the French historian and philosopher of science Michel Serres once called it, said it was ready to set up its batteries in the furthest reaches of the planet. But luckily détente, followed by the ending of the cold war, put a stop to these terrifying preparations.

5. Nevertheless, the proliferation of nuclear firepower has still not been brought under control, despite the existence of the Non-Proliferation Treaty. Fear and folly may still link hands at any moment to perform a final dance of death. Humanity is all the more vulnerable today for being capable of mass producing nuclear missiles.

* * *

6. Man is subjecting himself to a perverse and unremitting nuclear blackmail. The question is how to deliver him from it. The Court had a duty to play its part, however small, in this rescue operation for humanity; it did so in all conscience and all humility, bearing in mind the limits imposed upon it by both its Statute and the applicable international law.

7. Indeed, the Court has probably never subjected the most complex elements of a problem to such close scrutiny as it did when considering the problem of nuclear weapons. In the drafting of this Opinion the Court was guided by a sense of its own particular responsibilities and by its wish to state the law as it is, seeking neither to denigrate nor embellish it. It sought to avoid any temptation to create new law and it certainly did not overplay its role by urging States to legislate as quickly as possible to complete the work which they have done so far.

8. This very important question of nuclear weapons proved alas to be an area in which the Court had to acknowledge that there is no immediate and clear answer to the question put to it. It is to be hoped that the international community will give the Court credit for having carried out its mission — even if its reply may seem unsatisfactory — and will endeavour as quickly as possible to correct the imperfections of an international law which is ultimately no more than the creation of the States themselves. The Court will at least have had the merit of pointing out these imperfections and calling upon international society to correct them.

9. As its Advisory Opinion shows, at no time did the Court lose sight of the fact that nuclear weapons constitute a potential means of destruc-

truction de l'humanité tout entière. Pas un instant, elle n'a omis de prendre en compte cet enjeu éminemment vital pour la survie de l'humanité. Le drame de conscience auquel les uns et les autres ont été confrontés se reflète à bien des égards dans le présent avis. Mais la Cour ne pouvait à l'évidence pas aller au-delà de ce que dit le droit. Elle ne pouvait pas dire ce que celui-ci ne dit pas.

10. Au terme de son avis, la Cour s'est ainsi bornée à un constat, tout en se trouvant dans l'incapacité d'aller au-delà. Certains ne manqueront pas d'interpréter le paragraphe 2 E du dispositif comme envisageant la possibilité pour les Etats de recourir à l'arme nucléaire dans des circonstances exceptionnelles. Pour ma part, et eu égard à ce qui précède, je me sens en conscience obligé de faire une lecture différente de ce paragraphe, qui m'a permis d'apporter mon soutien à ce texte. Je m'en explique ci-après.

* * *

11. Je ne saurais assez insister sur le fait que l'incapacité de la Cour de dépasser le constat auquel elle est parvenue ne peut en aucune manière être interprétée comme une porte entrouverte par celle-ci à la reconnaissance de la licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires.

12. La jurisprudence de l'affaire du *Lotus*, que certains ne manqueront pas de ressusciter, mérite d'être très fortement relativisée dans le contexte particulier de la question faisant l'objet du présent avis consultatif. On exagérerait l'importance et on déformerait la portée de cette décision de la Cour permanente si on l'isolait du contexte particulier, à la fois judiciaire et temporel, dans lequel elle est intervenue. La décision en question exprimait sans aucun doute *l'air du temps*, celui d'une société internationale encore très peu institutionnalisée et régie par un droit international de stricte coexistence, lui-même reflet de la vigueur du principe de la souveraineté de l'Etat.

13. Il est à peine besoin de souligner que la physionomie de la société internationale contemporaine est sensiblement différente. En dépit de la percée encore limitée du «supranationalisme», on ne saurait nier les progrès enregistrés au niveau de l'institutionnalisation, voire de l'intégration et de la «mondialisation», de la société internationale. On en verra pour preuve la multiplication des organisations internationales, la substitution progressive d'un droit international de coopération au droit international classique de la coexistence, l'émergence du concept de «communauté internationale» et les tentatives parfois couronnées de succès de subjectivisation de cette dernière. De tout cela, on peut trouver le témoignage dans la place que le droit international accorde désormais à des concepts tels que celui d'obligations *erga omnes*, de règles de *jus cogens* ou de patrimoine commun de l'humanité. A l'approche résolument positiviste,

tion of all mankind. Not for a moment did it fail to take into account this eminently crucial factor for the survival of mankind. The moral dilemma which confronted individual consciences finds many a reflection in this Opinion. But the Court could obviously not go beyond what the law says. It could not say what the law does not say.

10. Accordingly, at the end of its Opinion, the Court confined itself to stating the situation, finding itself unable to do any more than this. There are some who will inevitably interpret operative paragraph 2 E as contemplating the possibility of States using nuclear weapons in exceptional circumstances. For my part, and in the light of the foregoing, I feel obliged in all honesty to construe that paragraph differently, a fact which has enabled me to support the text. My reasons are set out below.

* * *

11. I cannot sufficiently emphasize that the Court's inability to go beyond this statement of the situation can in no way be interpreted to mean that it is leaving the door ajar to recognition of the legality of the threat or use of nuclear weapons.

12. The Court's decision in the "*Lotus*" case, which some people will inevitably resurrect, should be understood to be of very limited application in the particular context of the question which is the subject of this Advisory Opinion. It would be to exaggerate the importance of that decision of the Permanent Court and to distort its scope were it to be divorced from the particular context, both judicial and temporal, in which it was taken. No doubt this decision expressed *the spirit of the times*, the spirit of an international society which as yet had few institutions and was governed by an international law of strict co-existence, itself a reflection of the vigour of the principle of State sovereignty.

13. It scarcely needs to be said that the face of contemporary international society is markedly altered. Despite the still modest breakthrough of "supra-nationalism", the progress made in terms of the institutionalization, not to say integration and "globalization", of international society is undeniable. Witness the proliferation of international organizations, the gradual substitution of an international law of co-operation for the traditional international law of co-existence, the emergence of the concept of "international community" and its sometimes successful attempts at subjectivization. A token of all these developments is the place which international law now accords to concepts such as obligations *erga omnes*, rules of *jus cogens*, or the common heritage of mankind. The resolutely positivist, voluntarist approach of international law still current at the beginning of the century — and which the Permanent

volontariste du droit international qui prévalait encore au début du siècle — et à laquelle la Cour permanente n'a d'ailleurs pas manqué d'apporter son soutien dans l'arrêt susmentionné¹ — s'est substituée une conception objective du droit international, ce dernier se voulant plus volontiers le reflet d'un état de conscience juridique collective et une réponse aux nécessités sociales des Etats organisés en communauté. A l'évolution de la société internationale elle-même, il convient d'ajouter les progrès enregistrés dans le domaine technologique, qui rendent désormais possible une éradication totale et pratiquement instantanée du genre humain.

14. Par ailleurs, au-delà des éléments de temps et de contexte, tout distingue la décision de la Cour permanente de l'avis de la présente Cour : la nature du problème posé, les enjeux du prononcé et la philosophie sous-jacente aux conclusions retenues. En 1927, la Cour permanente, dans le cadre de l'examen d'une question d'importance beaucoup plus modeste, était en effet arrivée à la conclusion qu'un comportement non expressément interdit par le droit international se trouve autorisé de ce seul fait². Dans le présent avis, au contraire, la Cour ne conclut ni à la licéité ni à l'illicéité de la menace ou de l'emploi de l'arme nucléaire ; des incertitudes quant au droit et aux faits, elle n'infère aucune liberté en la matière. Elle ne suggère pas davantage qu'une telle licence pourrait de quelque manière que ce soit en être déduite. Alors que la Cour permanente avait actionné le seul feu vert de l'autorisation, n'ayant trouvé dans le droit international aucune raison d'actionner le feu rouge de l'interdiction, la Cour actuelle ne s'estime en mesure de n'actionner ni l'un ni l'autre de ces signaux.

15. Ainsi, la Cour, dans le présent avis, fait preuve de beaucoup plus de circonspection que sa devancière dans l'affaire du *Lotus*, quand elle affirme aujourd'hui que ce qui n'est pas expressément prohibé par le droit international n'est pas pour autant autorisé.

¹ « Le droit international régit les rapports entre des Etats indépendants. Les règles de droit liant les Etats procèdent donc de la volonté de ceux-ci, volonté manifestée dans des conventions ou dans des usages acceptés généralement comme consacrant des principes de droit et établis en vue de régler la co-existence de ces communautés indépendantes ou en vue de la poursuite de buts communs. » (Affaire du « *Lotus* », arrêt n° 9, 1927, C.P.J.I. série A n° 10, p. 18.)

² « La Cour doit donc, en tout état de cause, examiner s'il existe, oui ou non, une règle de droit international limitant la liberté des Etats d'étendre la juridiction pénale de leurs tribunaux à une situation réunissant les circonstances du cas d'espèce » (*ibid.*, p. 21) ;

et la Cour de conclure :

« Il y a donc lieu de constater qu'aucun principe de droit international, dans le sens de l'article 15 de la Convention de Lausanne du 24 juillet 1923, ne s'oppose à l'exercice des poursuites pénales dont il s'agit. En conséquence, la Turquie, en intentant, en vertu de la liberté que le droit international laisse à tout Etat souverain, les poursuites pénales en question, n'a pu, en l'absence de pareils principes, agir en contradiction des principes du droit international aux termes du compromis. » (*Ibid.*, p. 31.)

Court did not fail to endorse in the aforementioned Judgment¹ — has been replaced by an objective conception of international law, a law more readily seeking to reflect a collective juridical conscience and respond to the social necessities of States organized as a community. Added to the evolution of international society itself is progress in the technological sphere, which now makes possible the total and virtually instantaneous eradication of the human race.

14. Furthermore, apart from the time and context factors, there is everything to distinguish the decision of the Permanent Court from the Advisory Opinion of the present Court: the nature of the problem posed, the implications of the Court's pronouncement, and the underlying philosophy of the submissions upheld. In 1927, the Permanent Court, when considering a much less important question, in fact concluded that behaviour not expressly prohibited by international law was authorized by that fact alone². In the present Opinion, on the contrary, the Court does not find the threat or use of nuclear weapons to be either legal or illegal; from the uncertainties surrounding the law and the facts it does not infer any freedom to take a position. Nor does it suggest that such licence could in any way whatever be deduced therefrom. Whereas the Permanent Court gave the green light of authorization, having found in international law no reason for giving the red light of prohibition, the present Court does not feel able to give a signal either way.

15. Thus the Court, in this Opinion, is far more circumspect than its predecessor in the "*Lotus*" case in asserting today that what is not expressly prohibited by international law is not therefore authorized.

¹ "International law governs relations between independent States. The rules of law binding upon States therefore emanate from their own free will as expressed in conventions or by usages generally accepted as expressing principles of law and established in order to regulate the relations between these co-existing independent communities or with a view to the achievement of common aims." ("*Lotus*", Judgment No. 9, 1927, P.C.I.J., Series A, No. 10, p. 18.)

² "The Court therefore must, in any event, ascertain whether or not there exists a rule of international law limiting the freedom of States to extend the criminal jurisdiction of their courts to a situation uniting the circumstances of the present case" (*ibid.*, p. 21);

and the Court concluded:

"It must therefore be held that there is no principle of international law, within the meaning of Article 15 of the Convention of Lausanne of July 24th, 1923, which precludes the institution of the criminal proceedings under consideration. Consequently, Turkey, by instituting, in virtue of the discretion which international law leaves to every sovereign State, the criminal proceedings in question, has not, in the absence of such principles, acted in a manner contrary to the principles of international law within the meaning of the special agreement." (*Ibid.*, p. 31.)

16. Tout en ne se prononçant ni pour la licéité de la menace ou de l'emploi de l'arme nucléaire, ni pour leur illicéité, la Cour prend acte, dans son avis, de l'existence d'un processus très avancé de mutation du droit international en la matière, ou, en d'autres termes, d'une tendance actuelle à la substitution d'une norme de droit international à une autre, la première n'existant pas encore et la seconde n'existant déjà plus. Encore une fois, si la Cour, en tant qu'organe judiciaire, a estimé ne pas pouvoir aller au-delà d'un tel constat, les États ne sauraient y voir, à mon avis, une quelconque autorisation d'agir à leur guise.

17. La Cour est évidemment consciente du caractère à première vue insatisfaisant de sa réponse à l'Assemblée générale. Cependant, si la Cour peut laisser l'impression à certains qu'elle s'est arrêtée à mi-chemin de la tâche qui lui a été confiée, je suis au contraire d'avis qu'elle a rempli sa mission en allant, dans sa réponse à la question posée, jusqu'où les éléments à sa disposition lui permettaient d'aller.

18. Dans la seconde phrase du paragraphe 2 E du dispositif de l'avis, la Cour indique qu'elle est parvenue à un point de son raisonnement qu'elle ne peut dépasser qu'en s'exposant au risque d'adopter une conclusion qui irait au-delà de ce qui lui paraît légitime. C'est là la position de la Cour en tant que corps judiciaire. Nombre de juges ont adhéré à cette position mais sans doute chacun avec une approche et une interprétation qui lui sont propres. On aura sûrement observé que la répartition des voix, tant en faveur que contre le paragraphe 2 E, n'a nullement obéi à un clivage géographique, ce qui est un signe d'indépendance des membres de la Cour, que je me plais à souligner. Ayant ainsi expliqué le sens qu'il y a lieu de reconnaître selon moi au prononcé de la Cour, je voudrais maintenant revenir brièvement sur les raisons de fond qui m'ont amené à y adhérer.

* * *

19. Le droit international humanitaire est un corpus de règles particulièrement exigeant et ces dernières ont vocation à s'appliquer en toutes circonstances. La Cour l'a pleinement reconnu.

20. Les armes nucléaires paraissent bien — du moins dans l'état actuel de la science — de nature à faire des victimes indiscriminées, confondant combattants et non-combattants et causant de surcroît des souffrances inutiles aux uns comme aux autres. *L'arme nucléaire, arme aveugle, déstabilise donc par nature le droit humanitaire, droit du discernement dans l'utilisation des armes. L'arme nucléaire, mal absolu, déstabilise le droit humanitaire en tant que droit du moindre mal. Ainsi l'existence même de l'arme nucléaire constitue un grand défi à l'existence même du droit humanitaire, sans compter les effets à long terme dommageables pour l'environnement humain dans le respect duquel le droit à la vie peut s'exercer. A moins que la science ne parvienne à découvrir l'arme nucléaire « propre » qui frapperait le combattant en épargnant le non-combattant, il est clair que l'arme nucléaire a des effets indiscriminés et constitue un défi*

16. While not finding either in favour of or against the legality of the threat or use of nuclear weapons, the Court takes note, in its Opinion, of the existence of a very advanced process of change in the relevant international law or, in other words, of a current trend towards the replacement of one rule of international law by another, where the first is already defunct and its successor does not yet exist. Once again, if the Court as a judicial body felt that it could do no more than register this fact, States should not, in my view, see in this any authorization whatever to act as they please.

17. The Court is obviously aware that, at first sight, its reply to the General Assembly is unsatisfactory. However, while the Court may leave some people with the impression that it has left the task assigned to it half completed, I am on the contrary persuaded that it has discharged its duty by going as far, in its reply to the question put to it, as the elements at its disposal would permit.

18. In the second sentence of operative paragraph 2 E of the Advisory Opinion, the Court indicates that it has reached a point in its reasoning beyond which it cannot proceed without running the risk of adopting a conclusion which would go beyond what seems to it to be legitimate. That is the position of the Court as a judicial body. Some of the Judges supported this position, though no doubt each with an approach and an interpretation of their own. It will certainly have been noted that the distribution of the votes, both for and against paragraph 2 E, was in no way consistent with any geographical split; this is a mark of the independence of the Members of the Court which I am happy to emphasize. Having thus explained the construction which I believe should be put on the Court's pronouncement, I would now like to revert briefly to the substantive reasons which prompted me to support it.

* * *

19. International humanitarian law is a particularly exacting corpus of rules, and these rules are meant to be applied in all circumstances. The Court has fully recognized this fact.

20. Nuclear weapons can be expected — in the present state of scientific development at least — to cause indiscriminate victims among combatants and non-combatants alike, as well as unnecessary suffering among both categories. *By its very nature the nuclear weapon, a blind weapon, therefore has a destabilizing effect on humanitarian law, the law of discrimination which regulates discernment in the use of weapons. Nuclear weapons, the ultimate evil, destabilize humanitarian law which is the law of the lesser evil. The existence of nuclear weapons is therefore a major challenge to the very existence of humanitarian law, not to mention their long-term harmful effects on the human environment, in respecting which the right to life may be exercised. Until scientists are able to develop a "clean" nuclear weapon which would distinguish between combatants and non-combatants, nuclear weapons will clearly have indiscriminate*

absolu au droit humanitaire. *Guerre nucléaire et droit humanitaire paraissent par conséquent deux antithèses qui s'excluent radicalement, l'existence de l'un supposant nécessairement l'inexistence de l'autre.*

21. Il ne fait pas de doute pour moi que la plupart des principes et règles du droit humanitaire et, en tout cas, les deux principes interdisant l'un l'emploi des armes à effets indiscriminés et l'autre celui des armes causant des maux superflus font partie du *jus cogens*. La Cour a évoqué cette question dans le présent avis; mais elle a toutefois déclaré qu'elle n'avait pas à se prononcer sur ce point dans la mesure où la question de la nature du droit humanitaire applicable aux armes nucléaires ne rentrait pas dans le cadre de la demande que lui a adressée l'Assemblée générale des Nations Unies. La Cour n'en a pas moins expressément considéré ces règles fondamentales comme «des règles intransgressibles du droit international coutumier»³.

22. Le droit à la survie de l'Etat est lui aussi un droit fondamental et s'apparente, à maints égards, à un droit «naturel». Cependant, la légitime défense — fût-elle exercée dans des conditions extrêmes mettant en cause la survie même d'un Etat — ne peut engendrer une situation dans laquelle un Etat s'exonérerait lui-même du respect des normes «intransgressibles» du droit international humanitaire. Il peut donc se produire, dans certaines circonstances, une opposition irréductible, une collision frontale de principes fondamentaux dont l'un ne saurait se réduire à l'autre. Il reste que l'emploi de l'arme nucléaire par un Etat dans des circonstances où sa survie est en jeu risque à son tour de mettre en danger la survie de l'humanité tout entière, précisément du fait de l'engrenage de la terreur et de l'escalade dans l'emploi de telles armes. On manquerait par conséquent de la plus élémentaire prudence si on plaçait sans hésitation la survie d'un Etat au-dessus de toutes autres considérations, et en particulier au-dessus de la survie de l'humanité elle-même.

* * *

23. Comme la Cour l'a reconnu, l'obligation de négocier de bonne foi un désarmement nucléaire concerne les quelque cent quatre-vingt-deux Etats parties au traité de non-prolifération. Il me paraît pour ma part possible d'aller au-delà de cette conclusion et d'affirmer qu'il existe en

³ Voir le paragraphe 79 de l'avis ainsi libellé :

«C'est sans doute parce qu'un grand nombre de règles du droit humanitaire applicable dans les conflits armés sont si fondamentales pour le respect de la personne humaine et pour des «considérations élémentaires d'humanité», selon l'expression utilisée par la Cour dans son arrêt du 9 avril 1949 rendu en l'affaire du *Détroit de Corfou* (C.I.J. Recueil 1949, p. 22), que la convention IV de La Haye et les conventions de Genève ont bénéficié d'une large adhésion des Etats. Ces règles fondamentales s'imposent d'ailleurs à tous les Etats, qu'ils aient ou non ratifié les instruments conventionnels qui les expriment, parce qu'elles constituent des principes intransgressibles du droit international coutumier.» (Les italiques sont de moi.)

effects and constitute an absolute challenge to humanitarian law. *Atomic warfare and humanitarian law therefore appear to be mutually exclusive, the existence of the one automatically implying the non-existence of the other.*

21. I have no doubt that most of the principles and rules of humanitarian law and, in any event, the two principles, one of which prohibits the use of weapons with indiscriminate effects and the other the use of arms causing unnecessary suffering, form part of *jus cogens*. The Court raised this question in the present Opinion; but it nevertheless stated that it did not have to make a finding on the point since the question of the nature of the humanitarian law applicable to nuclear weapons did not fall within the framework of the request addressed to it by the General Assembly of the United Nations. Nonetheless, the Court expressly stated the view that these fundamental rules constitute “intransgressible principles of international customary law”³.

22. A State’s right to survival is also a fundamental law, similar in many respects to a “natural” law. However, self-defence — if exercised in extreme circumstances in which the very survival of a State is in question — cannot produce a situation in which a State would exonerate itself from compliance with the “intransgressible” norms of international humanitarian law. In certain circumstances, therefore, a relentless opposition can arise, a head-on collision of fundamental principles, neither one of which can be reduced to the other. The fact remains that the use of nuclear weapons by a State in circumstances in which its survival is at stake risks in its turn endangering the survival of all mankind, precisely because of the inextricable link between terror and escalation in the use of such weapons. It would thus be quite foolhardy unhesitatingly to set the survival of a State above all other considerations, in particular above the survival of mankind itself.

* * *

23. As the Court has acknowledged, the obligation to negotiate in good faith for nuclear disarmament concerns the 182 or so States parties to the Non-Proliferation Treaty. I think one can go beyond that conclusion and assert that there is in fact a twofold *general obligation*, oppos-

³ See paragraph 79 of the Advisory Opinion, which reads:

“It is undoubtedly because a great many rules of humanitarian law applicable in armed conflict are so fundamental to the respect of the human person and ‘elementary considerations of humanity’ as the Court put it in its Judgment of 9 April 1949 in the *Corfu Channel* case (*I.C.J. Reports 1949*, p. 22), that the Hague and Geneva Conventions have enjoyed a broad accession. Further these fundamental rules are to be observed by all States whether or not they have ratified the conventions that contain them, because *they constitute intransgressible principles of international customary law*.” (Emphasis added.)

réalité une double *obligation générale*, opposable *erga omnes*, de négocier de bonne foi et de parvenir au résultat recherché. Il n'est en effet pas déraisonnable de penser qu'eu égard à l'unanimité, au moins formelle, qui prévaut en ce domaine cette double obligation de négocier de bonne foi et de parvenir au résultat prévu a désormais revêtu, après cinquante ans, *un caractère coutumier*. Pour le reste, je partage entièrement l'opinion de la Cour quant à la portée juridique de cette obligation. Je me contenterai seulement de souligner une fois encore toute l'importance du but à atteindre compte tenu en particulier des incertitudes qui subsistent encore. La Cour devait à l'évidence le dire. Eu égard au lien très étroit que cette question entretient, par le fait des choses, avec celle de la licéité ou de l'illicéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, on ne saurait reprocher à la Cour d'avoir statué *ultra petita*. Cette dernière notion est en tout état de cause étrangère à la procédure consultative.

* * *

24. La solution dégagée par le présent avis consultatif fait le constat sans complaisance de la réalité juridique, tout en exprimant et traduisant fidèlement l'espoir, partagé par tous, peuples et Etats, que *le but ultime de toute action dans le domaine des armes nucléaires restera toujours le désarmement nucléaire, que ce but n'est plus utopique et qu'il est du devoir de tous de le rechercher plus activement que jamais*. De l'existence de cette volonté d'engagement dépend le destin de l'homme car, comme l'écrivait Albert Einstein, « *le sort de l'humanité sera celui qu'elle méritera* »⁴.

(Signé) Mohammed BEDJAOUÏ.

⁴ Albert Einstein, *Comment je vois le monde* (traduction du colonel Cros), Paris, Flammarion, p. 84.

able *erga omnes*, to negotiate in good faith and to achieve the desired result. Indeed, it is not unreasonable to think that, considering the at least formal unanimity in this field, this twofold obligation to negotiate in good faith and achieve the desired result has now, 50 years on, acquired *a customary character*. For the rest, I fully share the Court's opinion as to the legal scope of this obligation. I would merely stress once again the great importance of the goal to be attained, particularly in view of the uncertainties which still persist. The Court patently had to say this. Owing to the, by the nature of things, very close link between this question and the question of the legality or illegality of the threat or use of nuclear weapons, the Court cannot be reproached for having reached a finding *ultra petita*, a notion which in any event is alien to the advisory procedure.

* * *

24. The solution arrived at in this Advisory Opinion frankly states the legal reality, while faithfully expressing and reflecting the hope, shared by all, peoples and States alike, that *nuclear disarmament will always remain the ultimate goal of all action in the field of nuclear weapons, that the goal is no longer utopian and that it is the duty of all to seek to attain it more actively than ever*. The destiny of man depends on the will to enter into this commitment, for as Albert Einstein wrote, "*The fate of the world will be such as the world deserves.*"⁴

(Signed) Mohammed BEDJAOUI.

⁴ Albert Einstein, *The World as I See It* (trans. by Alan Harris), abridged ed., 1949, Philosophical Library, New York, p. 63.