

## OPINION INDIVIDUELLE DE M. GUILLAUME

1. L'avis consultatif donné par la Cour dans la présente affaire a fait l'objet de sérieuses réserves de la part de nombre de mes collègues et sera probablement accueilli par un concert de critiques. Je partage certaines de ces réserves, mais ne me joindrai pas à ce concert.

Certes l'avis souffre de nombreuses imperfections. Il traite de manière trop rapide de questions complexes qui auraient dû faire l'objet de développements plus complets et plus équilibrés, en ce qui concerne par exemple le droit de l'environnement, le droit des repréailles, le droit humanitaire ou celui de la neutralité. Dans ces divers domaines, la Cour, en recherchant quelle était la coutume en vigueur, n'a, quoi qu'elle en dise, guère tenu compte de la pratique et de l'*opinio juris* des Etats et s'est trop souvent laissé guider par des considérations qui relèvent plus du droit naturel que du droit positif, de la *lex ferenda* que de la *lex lata*. Elle a en outre accordé une portée excessive aux résolutions de l'Assemblée générale des Nations Unies. Cette confusion, aggravée par le paragraphe 104 de l'avis, n'a pas été sans conséquence sur les formulations retenues dans le dispositif. Bien plus, ce dernier, tout en statuant *ultra petita* en ce qui concerne le désarmement nucléaire, ne répond sur certains points que de manière implicite à la question posée. Il serait aisé en pareilles circonstances d'accabler la Cour. Je ne le ferai pas, car cette situation peu satisfaisante trouve son origine profonde moins dans les errements du juge que dans le droit applicable.

2. La Cour aurait pu songer dans ces conditions à ne pas donner suite à la demande d'avis dont elle était saisie. Cette solution aurait trouvé quelque justification dans les circonstances mêmes de la saisine. En effet, l'avis sollicité par l'Assemblée générale des Nations Unies (comme d'ailleurs celui demandé par l'Assemblée mondiale de la Santé) a trouvé son origine dans l'action menée par une association dénommée «International Association of Lawyers Against Nuclear Arms» (IALANA) qui, de concert avec divers autres groupements, a lancé en 1992 un projet intitulé «World Court Project» afin de faire proclamer par la Cour l'illicéité de la menace ou de l'emploi des armes nucléaires. Ces associations ont fait preuve d'une intense activité en vue de faire voter les résolutions saisissant la Cour et de provoquer l'intervention devant cette dernière d'Etats hostiles aux armes nucléaires. Bien plus, la Cour et les juges ont reçu des milliers de lettres inspirées par ces groupements et faisant appel tant à leur conscience qu'à la conscience publique.

Je suis certain que les pressions ainsi exercées ont été sans influence sur les délibérations de la Cour, mais je me suis interrogé sur la question de savoir si, dans ces conditions, on pouvait encore regarder les demandes

d'avis comme émanant des assemblées qui les avaient adoptées, ou si, appliquant la théorie de l'apparence, la Cour ne devait pas les écarter comme irrecevables. J'ose cependant espérer que les gouvernements et les institutions intergouvernementales conservent encore une autonomie de décision suffisante par rapport aux puissants groupes de pression qui les investissent aujourd'hui avec le concours des moyens de communication de masse. Je constate en outre qu'aucun des Etats qui se sont présentés devant la Cour n'a soulevé une telle exception. Dans ces conditions, je n'ai pas cru devoir la retenir d'office.

3. Au fond, je partage l'opinion de la Cour telle qu'exprimée au paragraphe 2 B du dispositif, selon laquelle il n'existe ni en droit coutumier, ni en droit conventionnel, d'interdiction complète et universelle de recours aux armes nucléaires en tant que telles. Par contre, je comprends mal qu'au paragraphe 2 A du même dispositif la Cour ait cru nécessaire de préciser que «ni le droit international coutumier ni le droit international conventionnel n'autorisent spécifiquement la menace ou l'emploi d'armes nucléaires». Cette constatation n'est pas en soi inexacte, mais elle ne présente aucun intérêt pour l'Assemblée générale des Nations Unies puisqu'il résulte de l'avis même de la Cour que «l'illicéité de l'emploi de certaines armes en tant que telles ne résulte pas d'une absence d'autorisation, mais se trouve au contraire formulée en termes de prohibition» (par. 52).

4. En revanche, je souscris entièrement au paragraphe 2 C du dispositif, car les Etats ne peuvent à l'évidence recourir aux armes nucléaires, comme d'ailleurs à toute arme, que dans les conditions fixées par la Charte des Nations Unies et en particulier par son article 51 relatif au droit de légitime défense individuel ou collectif. Ils sont en outre tenus de respecter les normes conventionnelles régissant spécifiquement le recours aux armes nucléaires telles qu'elles sont résumées aux paragraphes 58 et 59 de l'avis.

\*

5. L'application du droit coutumier humanitaire aux armes nucléaires soulevait des questions beaucoup plus délicates.

Comme la Cour l'a précisé, le droit coutumier concernant la conduite des opérations militaires résulte pour l'essentiel de l'annexe à la convention IV de La Haye du 18 octobre 1907 concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre. Compte tenu de la nature et de l'ancienneté de ces dispositions, on pouvait se demander si celles-ci étaient applicables à l'emploi et surtout à la menace d'emploi des armes nucléaires. Les plus grands doutes me paraissent permis sur ce dernier point. Mais aucun Etat doté d'armes nucléaires n'a contesté devant la Cour qu'il en était ainsi et l'immense majorité, sinon l'unanimité, des autres Etats en a été d'accord. La Cour n'a pu que prendre acte de ce consensus au paragraphe 22 de son avis.

Ces normes coutumières ont été résumées par la Cour en trois formules au paragraphe 78 de l'avis : les Etats n'ont pas un choix illimité quant aux

armes qu'ils emploient; ils ne peuvent utiliser des armes qui sont dans l'incapacité de distinguer entre cibles civiles et cibles militaires; il leur est interdit d'user d'armes propres à causer des maux superflus aux combattants.

J'adhère entièrement à cette analyse, mais estime que celle-ci aurait dû être complétée par le rappel des règles concernant les dommages collatéraux que l'attaque d'objectifs militaires légitimes peut causer aux populations civiles. Ces règles trouvent leur origine dans les articles 23 *g*), 25 et 27 de l'annexe à la convention IV de La Haye. Elles firent l'objet de formulations nouvelles dans le projet de convention sur la réglementation de la guerre aérienne de 1923 et dans la résolution adoptée par l'Assemblée de la Société des Nations le 30 septembre 1938. Elles furent explicitées par le Tribunal militaire américain de Nuremberg dans l'affaire n° 47. Elles le furent à nouveau par l'Assemblée des Nations Unies dans sa résolution 2444 (XXIII) du 19 décembre 1968 concernant le respect des droits de l'homme dans les conflits armés, adoptée à l'unanimité, selon laquelle:

«il est interdit de lancer des attaques contre les populations civiles en tant que telles; ... il faut en tout temps faire la distinction entre les personnes qui prennent part aux hostilités et les membres de la population civile, afin que ces derniers soient épargnés dans toute la mesure possible».

Elle fut enfin développée par l'article 51 du protocole additionnel n° 1 de 1977 aux conventions de Genève qui condamne les attaques contre les objectifs militaires dont on peut attendre qu'elles causeront incidemment des dommages «excessifs» à la population civile.

Ainsi le droit coutumier humanitaire comporte une seule interdiction absolue: celle des armes dites «aveugles» qui sont dans l'incapacité de distinguer entre cibles civiles et cibles militaires. Mais à l'évidence les armes nucléaires n'entrent pas nécessairement dans cette catégorie.

Pour le surplus, ce droit suppose des comparaisons. Les dommages collatéraux causés aux populations civiles ne doivent pas être «excessifs» par rapport à l'«avantage militaire attendu». Les souffrances causées aux combattants ne doivent pas être «superflues», c'est-à-dire, pour reprendre l'expression même de la Cour, «supérieures aux maux inévitables que suppose la réalisation d'objectifs militaires légitimes» (par. 78).

Dès lors l'arme nucléaire ne saurait être regardée comme illicite du seul fait des souffrances qu'elle est susceptible de causer. Encore faut-il comparer ces souffrances aux «avantages militaires attendus» ou aux «objectifs militaires» poursuivis.

S'agissant des armes nucléaires de destruction massive, il est clair cependant que les dommages qu'elles sont susceptibles de causer sont tels que leur utilisation ne saurait être envisagée que dans des cas extrêmes.

6. Le même raisonnement vaut en ce qui concerne le droit de la neutralité car, en de nombreuses occasions, il a été soutenu ou reconnu que la licéité d'actions menées par des belligérants en territoire neutre dépen-

daît des «nécessités militaires», ainsi que le regretté juge Ago le constatait au vu d'une abondante pratique rapportée dans l'additif à son huitième rapport à la Commission du droit international sur la responsabilité des Etats (par. 50 et note 101).

7. Au total, la Cour aurait donc, à mon sentiment, dû répondre sur ce point à la question posée en précisant que la menace ou l'emploi d'armes nucléaires n'est compatible avec le droit applicable dans les conflits armés que dans certains cas extrêmes. La Cour a préféré, au paragraphe 2 E du dispositif, user d'une formule négative en précisant que cette menace ou cet emploi était «généralement interdit». Cette formulation manque de précision, mais elle n'en implique pas moins que la menace ou l'emploi d'armes nucléaires ne sont pas interdits en «toute circonstance» par le droit applicable dans les conflits armés, ainsi que la Cour l'a d'ailleurs relevé au paragraphe 95 de l'avis.

8. La Cour a ajouté au paragraphe 2 E que :

«Au vu de l'état actuel du droit international, ainsi que des éléments de fait dont elle dispose, la Cour ne peut cependant pas 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.»

Cette formulation n'est, là encore, pas complètement satisfaisante et je pense par suite nécessaire de l'éclairer quelque peu.

Aucun des Etats qui se sont présentés devant la Cour ne s'est interrogé sur les rapports entre le droit de légitime défense reconnu par l'article 51 de la Charte et les principes et règles du droit applicable dans les conflits armés. Tous ont raisonné comme si ces deux types de prescription étaient indépendants, en d'autres termes, comme si le *jus ad bellum* et le *jus in bello* constituaient deux entités n'entretenant aucun rapport l'un avec l'autre. La Cour, dans certaines parties de son avis, a même pu paraître tentée par une telle construction. Or, on peut se demander s'il en est bien ainsi ou si, au contraire, les règles du *jus ad bellum* ne permettent pas d'éclairer celles du *jus in bello*.

Le droit de légitime défense proclamé par la Charte des Nations Unies est qualifié par celle-ci de droit naturel. L'article 51 de la Charte ajoute qu'aucune disposition de la Charte ne porte atteinte à ce droit. Il en est de même à fortiori du droit coutumier ou du droit conventionnel. Cette solution s'explique aisément, car tout système de droit, quel qu'il soit, ne saurait priver l'un de ses sujets du droit de défendre sa propre existence en assurant la sauvegarde de ses intérêts vitaux. Dès lors, le droit international ne peut priver un Etat du droit de recourir à l'arme nucléaire si ce recours constitue l'ultime moyen par lequel il peut assurer sa survie. En pareille hypothèse, cet Etat bénéficie d'une sorte d'«excuse absolue» analogue à celle qui existe dans tous les systèmes de droit pénal.

La Cour a bien identifié ce problème lorsqu'au paragraphe 96 de l'avis elle a précisé qu'elle ne saurait :

«perdre de vue le droit fondamental qu'a tout Etat à la survie, et donc le droit qu'il a de recourir à la légitime défense, conformément à l'article 51 de la Charte, lorsque cette survie est en cause».

Dans cette perspective, elle a rappelé dans ce même paragraphe qu'une «partie appréciable de la communauté internationale a adhéré pendant des années» à «la pratique dénommée «politique de dissuasion». Elle a souligné par ailleurs que les Etats qui ont adhéré à cette doctrine et à cette pratique

«se sont toujours réservé, de concert avec certains autres Etats, le droit d'utiliser ces armes dans l'exercice du droit de légitime défense contre une agression armée mettant en danger leurs intérêts vitaux en matière de sécurité» (par. 66).

Elle a, par ailleurs, pris note des

«réserves que certains Etats dotés d'armes nucléaires ont apportées aux engagements qu'ils ont pris, en vertu, notamment, des protocoles aux traités de Tlatelolco et de Rarotonga, ainsi que des déclarations faites par eux dans le cadre de la prorogation du traité sur la non-prolifération des armes nucléaires, de ne pas recourir à ces armes» (par. 96).

La Cour a enfin observé que les réserves ainsi formulées à ces protocoles et celles contenues dans les déclarations n'avaient «suscité aucune objection de la part des parties aux traités de Tlatelolco ou de Rarotonga, ou de la part du Conseil de sécurité» (par. 62). Bien plus, elle a relevé que ce dernier avait pris acte avec satisfaction ou s'était félicité des déclarations ainsi faites (par. 45).

9. Dans ces conditions, la Cour aurait dû, à mon opinion, aller jusqu'au bout de son raisonnement et reconnaître de manière explicite la licéité de la dissuasion pour la défense des intérêts vitaux des Etats. Elle ne l'a pas fait explicitement et c'est pourquoi je n'ai pu souscrire au paragraphe 2 E du dispositif. Mais elle l'a fait implicitement et c'est pourquoi j'ai joint au présent avis une opinion individuelle et non une opinion dissidente.

Au paragraphe 2 E du dispositif, la Cour a en effet décidé qu'elle ne pouvait dans ces circonstances extrêmes conclure de façon définitive à la licéité ou à l'illicéité des armes nucléaires. Elle a estimé en d'autres termes qu'en pareilles circonstances le droit ne fournissait aucun guide aux Etats. Mais si le droit est muet en ce cas, les Etats demeurent libres d'agir comme ils l'entendent.

10. Le droit international repose en effet sur le principe de la souveraineté des Etats et procède par suite du consentement de ces derniers. En d'autres termes, comme l'a dit excellemment la Cour permanente, «le droit international régit les rapports entre Etats indépendants. Les règles de droit liant les Etats procèdent donc de la volonté de ceux-ci.» (*Lotus, arrêt n° 9, 1927, C.P.J.I. série A, n° 10, p. 18.*)

La Cour elle-même a eu l'occasion de tirer sous diverses formes les conséquences de ce principe dans l'affaire opposant le Nicaragua aux

Etats-Unis d'Amérique. Elle a rappelé que «le principe de souveraineté des Etats permet à chacun d'entre eux de se décider librement» pour ce qui est «du choix du système politique, économique, social et culturel et de la formulation des relations extérieures» (*Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique)*, fond, C.I.J. Recueil 1986, p. 108). Elle a surtout précisé

«qu'il n'existe pas en droit international de règles, autres que celles que l'Etat intéressé peut accepter, par traité ou autrement, imposant la limitation de niveau d'armement d'un Etat souverain, ce principe étant valable pour tous les Etats sans distinction» (*ibid.*, p. 135).

11. La pratique constante des Etats est en ce sens pour ce qui est du *ius in bello*. Tous les traités concernant certains types d'armes procèdent par voie d'interdiction. Ainsi en est-il, par exemple, du traité visant l'interdiction des armes nucléaires en Amérique latine de 1967, de la convention sur l'interdiction de la mise au point, de la fabrication et du stockage des armes bactériologiques de 1975, de la convention sur l'interdiction ou la limitation de l'emploi de certaines armes classiques qui peuvent être considérées comme produisant des effets traumatiques excessifs de 1981, ou de la convention sur l'interdiction de la mise au point, de la fabrication, du stockage et de l'emploi des armes chimiques et sur leur destruction de 1993. De même le projet de convention annexé aux résolutions de l'Assemblée générale des Nations Unies 45/59 et 46/37 a-t-il pour objet, selon son titre même, «l'interdiction de l'utilisation des armes nucléaires».

En outre, on notera que le seul jugement national qui ait eu à se prononcer, à ma connaissance, sur ce point l'a fait dans le même sens. En effet, la cour de district de Tokyo, dans son jugement du 7 décembre 1963, a précisé que: «Bien entendu, il est exact que l'emploi d'une arme nucléaire est licite aussi longtemps que le droit international ne l'interdit pas» (*Japanese Annual of International Law*, 1964, n° 8, p. 235).

Bien plus, et comme il a déjà été rappelé, la Cour elle-même a, dans le présent avis, reconnu le caractère coutumier d'un tel principe en précisant que «l'illicéité de l'emploi de certaines armes en tant que telles ne résulte pas d'une absence d'autorisation, mais se trouve au contraire formulée en termes de prohibition» (par. 52).

12. Dans ces conditions, il résulte implicitement, mais nécessairement, du paragraphe 2 E de l'avis de la Cour que les Etats peuvent recourir à «la menace ou [à] l'emploi des armes nucléaires ... dans une circonstance extrême de légitime défense dans laquelle la survie même d'un Etat serait-en cause». Tel a toujours été le fondement des politiques de dissuasion dont la licéité est ainsi reconnue.

13. L'arme nucléaire n'en est pas moins «potentiellement de nature catastrophique» et l'on comprend par suite que la Cour ait éprouvé le besoin de souligner au paragraphe 99 de son avis toute l'importance de l'article VI du traité sur la non-prolifération des armes nucléaires.

J'approuve entièrement cette mention et souhaite ardemment que les

négociations prévues par ce texte en ce qui concerne tant le désarmement nucléaire que le désarmement conventionnel soient couronnées de succès. J'aurai préféré toutefois que la Cour se borne à traiter de cette question dans les motifs de son avis. En effet, je crains qu'en adoptant le paragraphe 2 F du dispositif, dans une formulation qui tente de résumer les obligations des Etats parties au traité sur la non-prolifération des armes nucléaires, sans d'ailleurs y parvenir clairement, la Cour n'ait statué *ultra petita*.

14. Pour conclure, je souhaiterais réaffirmer solennellement que le rôle du juge ne consiste pas à se substituer au législateur. Au cours des deux dernières décennies, la communauté internationale a fait des progrès sensibles vers l'interdiction des armes nucléaires. Mais ce processus n'est pas parvenu à son terme et la Cour doit se borner à constater l'état du droit sans pouvoir substituer son appréciation à la volonté des Etats souverains. C'est la grandeur du juge que de rester dans son rôle en toute humilité, quels que soient par ailleurs les débats intérieurs qui peuvent être les siens au plan religieux, philosophique ou moral.

(Signé) Gilbert GUILLAUME.