

## OPINION INDIVIDUELLE DE M. FLEISCHHAUER

[Traduction]

J'ai voté pour toutes les conclusions de la Cour énoncées au paragraphe 105 de l'avis consultatif bien qu'elles n'apportent pas une réponse complète et tranchée à la question posée à la Cour par l'Assemblée générale. Incomplètes et vagues comme elles le sont, les conclusions de la Cour — et spécialement le paragraphe 2 E qui est le passage critique — reflètent le terrible dilemme auquel sont confrontées les personnes et les institutions qui ont à traiter de la question de la licéité ou de l'illicéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires en droit international. A l'heure actuelle, le droit international est toujours aux prises avec, et n'a pas encore surmonté, la dichotomie qui existe entre, d'une part, le droit international applicable dans les conflits armés, en particulier les règles et principes du droit humanitaire avec lesquels l'utilisation des armes nucléaires n'apparaît guère conciliable — comme la Cour le dit au paragraphe 95 de son avis — et, d'autre part, le droit naturel de légitime défense que chaque Etat possède dans le cadre de l'égalité souveraine des Etats. Il serait gravement porté atteinte à ce droit fondamental si, s'agissant d'un Etat victime d'une attaque menée avec des armes nucléaires, chimiques et biologiques ou de toute autre manière constituant une menace mortelle pour sa survie, les armes nucléaires étaient totalement exclues comme moyen légal ultime dans l'exercice d'une légitime défense individuelle ou collective.

1. Exposant maintenant mes vues de façon plus détaillée, je voudrais tout d'abord indiquer qu'à mon sens la Cour a raison de considérer que les règles et les principes humanitaires s'appliquent aux armes nucléaires (par. 86) et de conclure ainsi :

« La menace ou l'emploi d'armes nucléaires devrait aussi être compatible avec les exigences du droit international applicable dans les conflits armés, spécialement celles des principes et règles du droit international humanitaire... » (Paragraphe 2 D du dispositif.)

S'il en est ainsi, c'est en raison du caractère intrinsèquement humanitaire de ces règles et principes et en dépit du fait qu'elles ont été pour l'essentiel élaborées bien avant l'invention des armes nucléaires. Cette conclusion reste vraie bien que les Conférences de Genève qui se sont tenues après l'apparition des armes nucléaires sur la scène internationale et qui ont adopté les quatre conventions de Genève du 12 août 1949 relatives à la protection des victimes de la guerre ainsi que le protocole additionnel I à ces conventions du 8 juin 1977 n'aient fait aucune mention spécifique des armes nucléaires. Il en va de même pour les autres principes du droit

applicable dans les conflits armés comme le principe de neutralité qui est né lui aussi bien avant l'apparition des armes nucléaires.

2. Les règles et principes du droit humanitaire applicable dans les conflits armés traduisent, comme le dit la Cour (par. 95), le «principe primordial d'humanité» qui est à la base du droit international et que celui-ci est appelé à soutenir et à défendre. Les règles et principes humanitaires rappellent aux Etats que, quel que soit l'armement employé, et bien que les pertes civiles soient malheureusement inévitables en période de guerre, les civils ne peuvent jamais faire l'objet d'une attaque. En ce qui concerne les combattants, on ne doit pas utiliser d'armes causant des maux superflus. De même le respect de la neutralité des Etats ne participant pas à un conflit armé est un élément clé des relations harmonieuses entre les Etats. L'arme nucléaire est, à bien des égards, la négation des considérations humanitaires qui inspirent le droit applicable dans les conflits armés et le principe de neutralité. L'arme nucléaire ne peut faire la distinction entre objectifs civils et objectifs militaires. Elle cause d'immenses souffrances. Les rayonnements qu'elle émet ne peuvent pas respecter l'intégrité territoriale d'un Etat neutre.

J'approuve donc la conclusion de la Cour figurant au premier alinéa du paragraphe 2 E du dispositif, à savoir 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».

3. La Cour a raison de considérer que la réponse à la question que l'Assemblée générale lui a posée ne consiste pas simplement à dire que la menace ou l'emploi d'armes nucléaires serait contraire aux règles du droit international applicable dans les conflits armés, et spécialement aux principes et règles du droit humanitaire. En utilisant le mot «généralement» au premier alinéa du paragraphe 2 E du dispositif et en ajoutant un second alinéa, la Cour indique que ce qu'elle dit au sujet de l'impossibilité de concilier l'emploi d'armes nucléaires et le droit humanitaire est soumis ou peut être soumis à des réserves. Le mot «généralement» limite la portée de la conclusion en tant que telle et, selon le second alinéa :

«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.»

Si l'on avait répondu à la question en disant simplement que le recours à l'arme nucléaire serait contraire aux règles du droit international applicable dans les conflits armés, et spécialement aux principes et règles du droit humanitaire, cela aurait signifié que le droit applicable dans les conflits armés, et spécialement le droit humanitaire, l'emporte sur le droit naturel de légitime défense individuelle ou collective que chaque Etat possède dans le cadre de l'égalité souveraine des Etats, droit qui est

expressément garanti à l'article 51 de la Charte. En effet, si un Etat est victime de la part d'un autre Etat d'une attaque massive qui menace son existence même, il se peut que le recours à la menace ou à l'emploi d'armes nucléaires au titre de la légitime défense individuelle (si l'Etat attaqué est doté d'armes nucléaires) ou collective (si l'Etat attaqué ne possède pas d'armes nucléaires mais est allié à un Etat qui en est doté) soit pour l'Etat attaqué l'ultime et la seule solution possible en dehors de la reddition. On se trouverait dans cette situation en particulier si l'attaque était menée au moyen d'armes nucléaires, bactériologiques ou chimiques. Certes, l'article 51 de la Charte qui consacre le droit de légitime défense ne mentionne pas d'armes particulières (paragraphe 39 de l'avis). Néanmoins en rejetant le recours à la menace ou à l'emploi d'armes nucléaires en tant que possibilité légale en toute circonstance, on risquerait de rejeter la légitime défense elle-même alors que ce recours serait l'ultime moyen disponible par lequel l'Etat attaqué pourrait exercer le droit que lui confère l'article 51.

Une conclusion qui équivaudrait à un tel rejet n'aurait pas été, à mon avis, un juste énoncé du droit; il n'y a pas en droit international de règle selon laquelle l'un des principes antagoniques doit l'emporter sur l'autre. Le fait que l'Etat auteur de l'attaque contreviendrait au droit international ne modifierait pas la situation. Le recours au Conseil de sécurité, qu'exige l'article 51, n'apporte non plus aucune garantie immédiate et efficace d'y remédier.

4. Il est vrai que les éléments restrictifs du paragraphe 2 E du dispositif se présentent sous une forme hésitante, vague et incertaine. Le premier alinéa du paragraphe 2 E n'explique pas ce que l'on doit entendre par «*généralement* contraire aux règles du droit international applicable dans les conflits armés» (les italiques sont de moi) et le second alinéa du paragraphe 2 E évite de prendre position lorsqu'il dit:

«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.»

Le raisonnement qu'a suivi la Cour dans l'exposé des motifs qui l'ont amenée à restreindre la portée de sa principale conclusion au paragraphe 2 E n'est pas très clair non plus. Pour ce qui est du terme «*généralement*» au premier alinéa du paragraphe 2 E du dispositif, les explications de la Cour au paragraphe 95 se bornent à ceci:

«elle [la Cour] ne dispose pas des éléments suffisants pour pouvoir 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.»

On trouve au paragraphe 96 les motifs qui expliquent le second alinéa du paragraphe 2 E du dispositif. Ils se réfèrent à l'article 51 de la Charte, à

la pratique des Etats dénommée «politique de dissuasion» et 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 (paragraphe 59 de l'avis). Les termes hésitants utilisés par la Cour pour restreindre la portée du paragraphe 2 E du dispositif témoignent, selon moi, des difficultés juridiques et morales rencontrées dans le domaine où la Cour a été entraînée par la question que lui a posée l'Assemblée générale.

5. Néanmoins, en admettant la possibilité d'introduire des éléments restrictifs aussi bien dans l'exposé des motifs de son avis qu'au paragraphe 2 E du dispositif, la Cour m'a permis de voter en faveur de ce paragraphe particulièrement important du dispositif. Elle aurait pu cependant et, selon moi, elle aurait dû aller plus loin. Mon opinion à cet égard est la suivante :

Les principes et les règles de droit humanitaire et les autres principes de droit applicables dans les conflits armés, comme le principe de neutralité, d'une part, et le droit naturel de légitime défense, d'autre part — qui sont en raison même de l'existence de l'arme nucléaire en complète opposition — sont tous des principes et des règles de droit. Aucun de ces principes et aucune de ces règles n'est au-dessus du droit, ils se situent sur un plan d'égalité en droit et ils peuvent être modifiés par le droit. Ils sont justiciables. Pourtant le droit international ne possède pas encore de norme, conventionnelle ou coutumière, qui régit la manière dont ces principes peuvent être conciliés face à l'arme nucléaire. Comme je l'ai dit plus haut (paragraphe 3 de la présente opinion), il n'y a pas de règle donnant la primauté à l'un de ces principes ou à l'une de ces règles par rapport aux autres. La politique internationale n'a pas encore donné naissance à un système de sécurité collective assez parfait pour résoudre le dilemme de façon rapide et efficace.

Dès lors que les principes et les règles antagoniques se situent sur un plan d'égalité, il faut trouver entre eux, le cas échéant, le plus petit commun dénominateur. Il en résulte donc que, même si l'emploi d'armes nucléaires n'est guère conciliable avec le droit humanitaire applicable dans les conflits armés et avec le principe de neutralité, leur utilisation peut rester une possibilité légale dans une circonstance extrême de légitime défense individuelle ou collective où la menace ou l'emploi d'armes nucléaires serait l'ultime recours contre une attaque menée au moyen d'armes nucléaires, chimiques ou biologiques ou de toute autre manière menaçant l'existence même de l'Etat attaqué.

On aboutit à la même conclusion si, en l'absence d'une règle conventionnelle ou coutumière régissant la conciliation des principes et règles antagoniques, on admet que la troisième catégorie de dispositions juridiques que la Cour doit appliquer en vertu de l'article 38 de son Statut, à savoir les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées,

contient un principe selon lequel aucun système juridique ne peut exiger de l'un de ses sujets qu'il accepte de succomber ou qu'il se suicide. Nombreux sont, selon moi, les arguments en faveur de l'applicabilité d'un tel principe dans tous les systèmes juridiques modernes et donc aussi dans le droit international.

Que l'on suive l'un ou l'autre de ces deux raisonnements, le résultat auquel on aboutit, à savoir que le plus petit commun dénominateur est à mon sens l'élément déterminant qui permet de résoudre l'opposition créée par l'arme nucléaire entre le droit applicable dans les conflits armés et le droit de légitime défense, trouve confirmation dans le fait que la politique de dissuasion a joué un rôle important pendant toutes les années de guerre froide dans la pratique étatique des Etats dotés d'armes nucléaires aussi bien que dans la pratique des Etats qui n'en possédaient pas et qui ont appuyé ou toléré cette politique. Même après la fin de la guerre froide, on n'a pas complètement abandonné la politique de dissuasion, ne serait-ce que pour maintenir un équilibre des forces entre les Etats détenteurs d'armes nucléaires et pour dissuader les Etats qui n'en possédaient pas d'acquérir, de menacer d'employer ou d'employer des armes nucléaires. Les Etats dotés d'armes nucléaires ont jugé nécessaire de maintenir après la guerre froide les réserves qu'ils avaient apportées aux engagements pris par eux en vertu notamment des traités de Tlatelolco et de Rarotonga (paragraphe 59 de l'avis) et d'assortir de réserves similaires les déclarations faites par eux dans le cadre de la prorogation pour une durée indéfinie du traité sur la non-prolifération des armes nucléaires. Ces réserves sont tolérées par les parties intéressées non dotées d'armes nucléaires et, dans le cas de la prorogation pour une durée indéfinie du traité sur la non-prolifération, par le Conseil de sécurité. Certes, comme la Cour elle-même l'a indiqué (*Plateau continental de la mer du Nord, arrêt, C.I.J. Recueil 1969, p. 44*), tout acte habituel accompli ou toute attitude prise pendant une période prolongée par un certain nombre d'Etats ne constitue pas une pratique qui permette de déterminer l'état du droit. Pour reprendre les termes de la Cour :

« Il existe nombre d'actes internationaux, dans le domaine du protocole par exemple, qui sont accomplis presque invariablement mais sont motivés par de simples considérations de courtoisie, d'opportunité ou de tradition et non par le sentiment d'une obligation juridique. » (*Ibid.*, p. 44, par. 77.)

Mais la pratique que constitue la politique de dissuasion est expressément fondée sur le droit de légitime défense individuelle ou collective et il en va de même des réserves portant sur les garanties de sécurité. Les Etats qui appuient ou tolèrent cette politique et ces réserves en sont conscients. Le Conseil de sécurité l'était également lorsqu'il a adopté sa résolution 984 (1995). En conséquence, la pratique que traduisent la politique de dissuasion, les réserves relatives aux garanties de sécurité et la tolérance manifestée à leur égard doit être considérée comme une pratique étatique au sens juridique.

6. Pour que le recours à l'arme nucléaire soit licite, il ne faut pas seulement que la situation soit extrême, il faut aussi que soient remplies les conditions auxquelles de façon générale l'exercice licite de la légitime défense est subordonné. Parmi ces conditions figure, comme le dit l'avis *expressis verbis* (par. 41), la condition de proportionnalité. La nécessité de respecter le principe de proportionnalité ne doit pas à priori exclure le recours aux armes nucléaires; ainsi que le précise l'avis «le principe de proportionnalité ne peut pas, par lui-même, exclure le recours aux armes nucléaires en légitime défense en toutes circonstances» (par. 42). La marge permettant de considérer une menace ou un emploi d'armes nucléaires comme éventuellement licite est donc extrêmement étroite.

L'état actuel du droit international ne permet pas de tracer une frontière plus précise entre le recours licite et le recours illicite aux armes nucléaires.

7. A long terme la réponse au conflit que l'invention de l'arme nucléaire a engendré entre les valeurs les plus élevées et les besoins les plus fondamentaux de la communauté des Etats ne peut résider qu'en une réduction et un contrôle efficaces des armements nucléaires et en un meilleur système de sécurité collective. C'est pour cette raison que j'ai appuyé le paragraphe 2 F du dispositif de l'avis qui concerne l'existence d'une obligation générale s'imposant aux Etats 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 — bien qu'à proprement parler cette constatation aille au-delà de la question posée à la Cour.

(Signé) Carl-August FLEISCHHAUER.