

## DISSENTING OPINION OF JUDGE HIGGINS

1. I agree with all that the Court has to say as to why it must render this Opinion and much that it has to say on the substance of the question put to it. I have also voted in favour of paragraphs 2A, 2B, 2C, 2D and 2F of the *dispositif*. The first four of these findings are in a sense stepping stones to the heart of the matter, which is to be found in paragraph 2E. I have, with regret, been unable to vote for what the Court there determines.

2. In the first part of its Opinion the Court has rejected suggestions that it should in its discretion decline to give the Opinion on the grounds that the question is not legal, or is too vague, or would require the Court to make scenarios, or would require it to “legislate”. But at paragraph 97 of its Opinion, and in paragraph 2E of its *dispositif*, the Court effectively pronounces a *non liquet* on the key issue on the grounds of uncertainty in the present state of the law, and of facts. I find this approach inconsistent.

3. I agree with most of the legal reasoning that sustains paragraphs 2A, 2B, 2C and 2D. Although paragraph 2C is negatively formulated, it is clear from the Court’s analysis that neither the Charter provisions, nor customary international law, nor treaty law, make the threat or use of nuclear weapons unlawful *per se*.

4. In its Judgment on *Military and Paramilitary Activities* the Court confirmed the existence of a rule of proportionality in the exercise of self-defence under customary international law. It there noted that the Charter “does not contain any specific rule whereby self-defence would warrant only measures which are proportional to the armed attack and necessary to respond to it” (*Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, I.C.J. Reports 1986, p. 94, para. 176). Importantly, in the present Opinion the Court makes clear (paras. 40-41) that notwithstanding the absence of specific mention of proportionality in Article 51, this requirement applies equally to the exercise of self-defence under the Charter.

5. In the *Military and Paramilitary Activities* case the terms used by the Court already made clear that the concept of proportionality in self-defence limits a response to what is needed to reply to an attack. This is consistent with the approach of Professor Ago (as he then was), who had made clear in the Addendum to his Eighth Report on State Responsibility that the concept of proportionality referred to was that which was proportionate to repelling the attack, and not a requirement of symmetry between the mode of the initial attack and the mode of response (A/CN.4/

OPINION DISSIDENTE DE M<sup>ME</sup> HIGGINS

[Traduction]

1. J'approuve tout ce que la Cour a dit sur les raisons pour lesquelles elle doit donner le présent avis et une grande partie de ce qu'elle a dit sur le fond de la question qui lui est posée. J'ai voté aussi pour les alinéas A, B, C, D, et F du paragraphe 2 du dispositif. Les quatre premiers alinéas annoncent en quelque sorte ce qui est au cœur même du problème et qui fait l'objet de l'alinéa E du paragraphe 2. Je regrette de n'avoir pu voter pour cet alinéa tel que la Cour l'a libellé.

2. Dans la première partie de son avis, la Cour a rejeté des suggestions tendant à ce qu'elle use de son pouvoir discrétionnaire pour refuser de donner l'avis demandé parce que la question ne serait pas juridique, qu'elle serait trop vague, qu'elle amènerait la Cour à écrire des scénarios ou encore l'obligerait à « légiférer ». Mais au paragraphe 97 de son avis et à l'alinéa E du paragraphe 2 du dispositif, la Cour prononce bel et bien, en ce qui concerne la question clé, un *non liquet* fondé sur le caractère incertain de l'état actuel du droit et sur les éléments de fait. Cette démarche me paraît illogique.

3. Je souscris pour l'essentiel à la motivation juridique des alinéas A, B, C et D du paragraphe 2. Bien que l'alinéa C soit formulé de façon négative, il résulte clairement de l'analyse de la Cour que ni les dispositions de la Charte, ni le droit international coutumier, ni le droit conventionnel ne rendent illicite en soi la menace ou l'emploi d'armes nucléaires.

4. Dans son arrêt sur les *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (*Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique*), la Cour a confirmé qu'il existait en droit international coutumier une règle de proportionnalité dans l'exercice de la légitime défense. Elle y a noté que la Charte « ne comporte pas la règle spécifique ... selon laquelle la légitime défense ne justifierait que des mesures proportionnelles à l'agression armée subie, et nécessaires pour y riposter » (*C.I.J. Recueil 1986*, p. 94, par. 176). Qui plus est, la Cour indique clairement, dans le présent avis (par. 40-41), que même si l'article 51 ne contient aucune mention spécifique de la proportionnalité, celle-ci ne s'en applique pas moins lorsque la légitime défense est exercée en vertu de la Charte.

5. Dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, il résulte nettement des termes employés par la Cour que la notion de proportionnalité en matière de légitime défense limite la riposte à ce qui est nécessaire pour repousser l'agression. Cela cadre bien avec la conception du professeur Ago (c'était alors son titre) qui avait précisé, dans l'additif à son huitième rapport sur la responsabilité des Etats, que la notion de proportionnalité visait le caractère proportionné des moyens mis en œuvre pour répondre à l'attaque et non pas une quel-

318/Add.5-7, para. 121, *Yearbook of the International Law Commission*, 1980, Vol. II, Part One, p. 69).

6. Paragraph 2 E states in its first part that the threat or use of nuclear weapons would generally be contrary to the rules of international law applicable in armed conflict, in particular the principles and rules of humanitarian law; and in its second part that the Court cannot conclude whether a threat or use of nuclear weapons *in extremis* in self-defence, where a State's very survival was at stake, would be lawful or unlawful.

7. I have not been able to vote for these findings for several reasons. It is an essential requirement of the judicial process that a court should show the steps by which it reaches its conclusions. I believe the Court has not done so in respect of the first part of paragraph 2 E. The findings in a judicial *dispositif* should be clear. I believe paragraph 2 E is unclear in its meaning (and one may suspect that this lack of clarity is perhaps regarded as a virtue). I greatly regret the *non liquet* offered in the second part of paragraph 2 E. And I believe that in that second sentence the Court is declining to answer a question that was in fact never put to it.

8. After finding that the threat or use of nuclear weapons is not prohibited *per se* by reference to the Charter or treaty law, the Court moves to see if it is prohibited *per se* by reference to the law of armed conflict (and especially humanitarian law).

9. It is not sufficient, to answer the question put to it, for the Court merely briefly to state the requirements of the law of armed conflict (including humanitarian law) and then simply to move to the conclusion that the threat or use of nuclear weapons is generally unlawful by reference to these principles and norms. The Court limits itself to affirming that the principles and rules of humanitarian law apply to nuclear weapons. It finds in paragraph 95, by reference to "the unique characteristics of nuclear weapons" that their use is "scarcely reconcilable" with the requirements of humanitarian law and "would generally be contrary" to humanitarian law (*dispositif*, para. 2 E). At no point in its Opinion does the Court engage in the task that is surely at the heart of the question asked: the systematic application of the relevant law to the use or threat of nuclear weapons. It reaches its conclusions without the benefit of detailed analysis. An essential step in the judicial process — that of legal reasoning — has been omitted.

10. What in my view the Court should have done is to explain, elaborate and apply the key elements of humanitarian law that it identifies. I agree with the Court that certain general principles emanating from the treaties on the law of armed conflict and on humanitarian law are binding, either as continuing treaty obligations or as prescriptions of customary international law. These principles stem from a variety of uncontested sources (by which I mean they are in no way dependent upon the provisions of Additional Protocol I to the Geneva Conventions of 1949

conque symétrie entre les modalités de l'agression initiale et les modalités de la riposte (A/CN.4/318/Add.5-7, par. 121, *Annuaire de la Commission du droit international*, 1980, vol. II, première partie, p. 67).

6. Le paragraphe 2 E du dispositif énonce dans sa première partie 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 et, dans sa deuxième partie, que la Cour ne peut conclure que la menace ou l'emploi d'armes nucléaires serait licite ou illicite dans une circonstance extrême de légitime défense dans laquelle la survie même d'un Etat serait en cause.

7. Je n'ai pas été en mesure de voter pour ces conclusions pour plusieurs raisons. Une exigence essentielle du processus judiciaire est que le tribunal indique comment il est parvenu à sa conclusion. Or, je crois que la Cour ne l'a pas fait en ce qui concerne la première partie du paragraphe 2 E. Dans tout dispositif judiciaire, les conclusions doivent être claires. Il me semble que le sens du paragraphe 2 E ne l'est pas (et peut-être cette absence de clarté est-elle considérée comme une qualité). Je regrette vivement le *non liquet* que constitue la deuxième partie du paragraphe 2 E. Je crois que, dans cette deuxième phrase, la Cour refuse de répondre à une question qui, en fait, ne lui a jamais été posée.

8. Après avoir dit, en se référant à la Charte et au droit conventionnel, que la menace ou l'emploi d'armes nucléaires n'est pas interdit en soi, la Cour examine si une interdiction en soi résulte du droit applicable dans les conflits armés (et spécialement du droit humanitaire).

9. Pour répondre à la question qui lui est posée, il ne suffit pas que la Cour mentionne brièvement les exigences du droit applicable dans les conflits armés (y compris le droit humanitaire) puis se contente de conclure que la menace ou l'emploi d'armes nucléaires est généralement illicite par rapport à ces principes et à ces normes. La Cour se borne à affirmer que les principes et règles du droit humanitaire s'appliquent aux armes nucléaires. Au paragraphe 95, se référant aux «caractéristiques uniques des armes nucléaires», elle dit que leur utilisation «n'apparaît guère conciliable» avec les exigences du droit humanitaire et «serait généralement contraire» à ce droit (paragraphe 2 E du dispositif). A aucun moment la Cour ne s'attelle, dans son avis, à la tâche que lui imposait certainement la question posée, à savoir appliquer systématiquement le droit approprié à la menace ou à l'emploi d'armes nucléaires. Elle conclut sans avoir procédé à une analyse détaillée. Une phase essentielle du processus judiciaire — celle de la motivation juridique — a été omise.

10. Ce que la Cour aurait dû faire, d'après moi, c'est expliquer, préciser et appliquer les éléments clés du droit humanitaire identifiés par elle. Comme la Cour, je pense que certains principes généraux résultant des traités sur le droit applicable dans les conflits armés et sur le droit humanitaire sont obligatoires soit à titre d'obligations conventionnelles permanentes soit à titre de prescriptions de droit international coutumier. Ces principes ont pour origine toute une série de sources incontestées (je veux dire par là qu'ils ne relèvent en rien des dispositions du protocole addi-

nor upon any views held as to the application of those provisions to nuclear weapons). Particular reference may be made to the St. Petersburg Declaration of 11 December 1868 and to the Regulations, annexed to the Hague Convention IV, 1907, Articles 22 and 23 (*e*). The Court recalls that the Regulations annexed to Hague Convention IV were in 1946 held by the Nuremberg Military Tribunal to have become part of customary international law by 1939. (Opinion, para. 80.)

11. The legal principle by which parties to an armed conflict do not have an unlimited choice of weapons or of methods of warfare cannot of itself give the answer to the question before the Court. Its purpose is to ensure that weapons, both in the context of their use, and in the methods of warfare, must comply with the other substantive rules.

12. It is not permitted in the choice of weapons to cause unnecessary suffering to enemy combatants, nor to render their death inevitable, nor to aggravate their sufferings when disabled. Equally, the Report of the International Military Commission in St. Petersburg of 1868 made clear that harm to civilians as a means of securing victory over the enemy was not a legitimate right of war; and that even in seeking to disable the military not every method was lawful. There has been, in many of the written and oral submissions made to the Court, a conflation of these two elements. But the Court itself makes clear, in paragraph 78 of its Opinion, that the prohibitions against means of conflict that cause unnecessary suffering is directed towards the fulfilment of the second, progressive, limb — namely, that even in seeking to disable the military forces of the enemy, there is a limitation upon the means that may be employed. These provisions are not directed at the protection of civilians — other provisions serve that purpose. It is in any event absolutely prohibited to attack civilians, whether by nuclear or other weapons. Attack upon civilians does not depend for its illegality upon a prohibition against “superfluous injury” or aggravating the sufferings of men already disabled.

13. If then the “unnecessary suffering” provision does not operate as a generalized prohibition, but is rather directed at the protection of combatants, we must ask whether it still does not follow that the appalling primary effects of a nuclear weapon — blast waves, fires, radiation or radioactive fallout — cause extensive unnecessary suffering? These effects indeed cause horrendous suffering. But that is not necessarily “unnecessary suffering” as this term is to be understood within the context of the 1868 and 1907 law, which is directed at the limitation of means against a legitimate target, military personnel.

14. The background to Article 23 (*a*) of the Hague Regulations was the celebrated provision in Article 22 (which opens a Chapter on the means of injuring the enemy) that the means of injuring the enemy is not unlimited. A certain level of violence is necessarily permissible in the exercise of self-defence; humanitarian law attempts to contain that force

tionnel I aux conventions de Genève de 1949 et sont indépendants des opinions formulées quant à l'application de ces dispositions aux armes nucléaires). On peut se référer en particulier à la déclaration de Saint-Petersbourg du 11 décembre 1868 et au règlement annexé à la convention IV de La Haye de 1907, articles 22 et 23 *e*). La Cour rappelle que le Tribunal militaire de Nuremberg a jugé en 1946 que le règlement annexé à la convention IV de La Haye faisait partie en 1939 du droit international coutumier (avis consultatif, par. 80).

11. Le principe juridique selon lequel les parties à un conflit armé n'ont pas un choix illimité quant aux armes et aux méthodes qu'elles emploient ne permet pas, à lui seul, de répondre à la question dont la Cour est saisie. Son but est de faire en sorte que l'emploi des armes et les méthodes de guerre utilisées soient conformes aux autres règles de fond.

12. En ce qui concerne le choix des armes, il n'est pas permis de causer des souffrances inutiles aux combattants ennemis ni de rendre leur mort inévitable ni d'aggraver les souffrances de ceux qui sont mis hors de combat. Le rapport de la commission militaire internationale de Saint-Petersbourg (1868) a de même précisé qu'il n'était pas légitime de s'en prendre aux civils pour s'assurer de la victoire sur l'ennemi et que, s'agissant même de mettre hors de combat des militaires, toute méthode n'était pas licite. Dans nombre d'exposés écrits ou oraux présentés à la Cour, ces deux éléments vont de pair. Mais la Cour indique clairement, au paragraphe 78 de son avis, que les interdictions visant des méthodes susceptibles de causer des maux superflus concernant le second élément, autrement dit, même quand il s'agit de mettre hors de combat des forces militaires de l'ennemi, il existe une limitation quant aux moyens dont on peut se servir. Ces dispositions ne visent pas la protection des civils — il y en a d'autres à cet effet. Il est de toute façon absolument interdit d'attaquer des civils, que ce soit au moyen d'armes nucléaires ou avec d'autres armes. L'illicéité des attaques dirigées contre des civils est indépendante de toute disposition interdisant d'infliger des «maux superflus» ou d'aggraver les souffrances de ceux qui sont déjà hors de combat.

13. Si donc la clause relative aux «maux superflus» ne constitue pas une interdiction générale mais vise la protection des combattants, nous devons nous demander si les conséquences primaires effrayantes de l'arme nucléaire — effet de souffle, incendies, rayonnements, retombées radioactives — ne causent pas des maux superflus considérables. Ces effets entraînent certes des souffrances abominables. Mais ce ne sont pas nécessairement des «maux superflus» au sens où cette expression doit être comprise dans le contexte du droit de 1868 et de 1907, lequel est orienté vers la limitation des moyens utilisés contre la cible légitime qu'est le personnel militaire.

14. L'article 23 *a*) du règlement de La Haye avait pour arrière-plan la disposition de l'article 22 (par lequel commence un chapitre sur les moyens de nuire à l'ennemi) selon lequel le choix des moyens de nuire à l'ennemi n'est pas illimité. Un certain niveau de violence est nécessairement autorisé dans l'exercice de la légitime défense; le droit humani-

(and illegal uses of force too), by providing a “balancing” set of norms. It is thus unlawful to cause suffering and devastation which is in excess of what is required to achieve these legitimate aims. Application of this proposition requires a balancing of necessity and humanity. This approach to the proper understanding of “unnecessary suffering” has been supported, *inter alia*, by the Netherlands (Advisory Opinion on the *Legality of the Use by a State of Nuclear Weapons in Armed Conflict*, Written Statement, para. 27), the United Kingdom (*ibid.*, Written Statement, paras. 36 ff. and oral statement (CR 95/34)); the United States (*ibid.*, Written Statement, para. 25) and New Zealand (Written Statement, para. 69, submitted in connection with the present request for advisory opinion).

15. Subsequent diplomatic practice confirms this understanding of “unnecessary suffering” as established in the 1907 Regulations. In the Lucerne Conference of Governmental Experts on the Use of Certain Conventional Weapons of 1974, the Experts were agreed both what was meant by “suffering” and by “unnecessary”. As to the latter:

“This involved some sort of equation between, on the one hand, the degree of injury or suffering inflicted (the humanitarian aspect) and, on the other, the degree of necessity underlying the choice of a particular weapon (the military aspect).” (Conference Report, published by the International Committee of the Red Cross (ICRC), 1975, para. 23.)

They were in accord that the concept entailed a “balancing” or “equation” rather than a prohibition against a significant degree or even a vast amount of suffering. Any disagreement rather lay in whether, on the military necessity side of the equation, all that was permitted was to put enemy personnel *hors de combat*, or whether it was permitted also to attack enemy material, lines of communication and resources (*ibid.*, para. 25).

16. It is this understanding of the principle that explains why States have been able to move to a specific prohibition of dum-dum bullets, whereas certain weapons that cause vastly greater suffering have neither been the subject of specific prohibitions, nor, in general State practice, been regarded as clearly prohibited by application of the “unnecessary suffering” principle. The status of incendiary projectiles, flamethrowers, napalm, high velocity weapons — all especially repugnant means of conducting hostilities — have thus remained contested.

17. The prohibition against unnecessary suffering and superfluous injury is a protection for the benefit of military personnel that is to be assessed by reference to the necessity of attacking the particular military

taire cherche à contenir cette force (ainsi que ses utilisations illicites) en prescrivant une série «équilibrée» de normes. C'est ainsi qu'il est illicite de causer des souffrances et des dévastations allant au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre ces buts légitimes. La mise en œuvre de ce précepte exige que soit réalisé un équilibre entre la nécessité et l'humanité. Cette façon de parvenir à une bonne interprétation de la notion de «maux superflus» a été approuvée entre autres par les Pays-Bas (avis consultatif sur la *Licéité de l'utilisation des armes nucléaires par un Etat dans un conflit armé*, exposé écrit, par. 27), par le Royaume-Uni (*ibid.*, exposé écrit, par. 36 et suiv., et exposé oral, CR95/34), par les Etats-Unis (*ibid.*, exposé écrit, par. 25) et par la Nouvelle-Zélande (exposé écrit dans le cadre de la présente demande d'avis consultatif, par. 69).

15. La pratique diplomatique ultérieure confirme cette interprétation des «maux superflus» visés par le règlement de 1907. Lors de la conférence d'experts gouvernementaux sur l'emploi de certaines armes conventionnelles, tenue à Lucerne en 1974, les experts sont tombés d'accord sur ce qu'il fallait entendre par «maux» et par «superflus». A cet égard, ils ont dit :

«Ce problème présuppose une sorte de relation entre l'importance de la blessure ou des souffrances infligées (aspects humanitaires) d'une part et la nécessité plus ou moins grande de choisir telle ou telle arme (aspect militaire) d'autre part.» (Rapport de la conférence, publié par le Comité international de la Croix-Rouge en 1975, par. 23.)

Ils se sont accordés à reconnaître que la notion de «maux superflus» impliquait un «équilibre» ou une «relation» et non l'interdiction d'infliger des souffrances graves, voire très graves. Dans la mesure où il y a eu désaccord, celui-ci a porté plutôt sur le point de savoir si l'élément de la nécessité militaire se limitait à exiger qu'une arme soit capable de mettre un ennemi hors de combat ou s'il permettait que l'on s'en prenne au matériel, aux lignes de communication et aux ressources de l'adversaire (*ibid.*, par. 25).

16. C'est cette interprétation du principe qui explique que les Etats aient pu interdire spécifiquement l'emploi des balles dum-dum alors que certaines armes qui provoquent des maux beaucoup plus considérables n'ont jamais fait l'objet d'interdictions spécifiques ni, dans la pratique générale des Etats, été considérées comme manifestation interdites en application du principe qui prohibe les «maux superflus». C'est ainsi que le statut des projectiles incendiaires, des lance-flammes, du napalm, des armes à grande vitesse — tous moyens particulièrement odieux de faire la guerre — est resté contesté.

17. L'interdiction d'infliger des souffrances inutiles et des maux superflus est, pour le personnel militaire, une protection qui doit être appréciée par rapport à la nécessité d'une attaque contre la cible militaire qu'il

target. The principle does not stipulate that a legitimate target is not to be attacked if it would cause great suffering.

18. There remains unanswered the crucial question: *what* military necessity is so great that the sort of suffering that would be inflicted on military personnel by the use of nuclear weapons would ever be justified? That question, in turn, requires knowing the dimensions of the suffering of which we speak and the circumstances which occasion it. It has been suggested that suffering could be relatively limited in the tactical theatre of war. The Court rightly regards that evidence as uncertain. If the suffering is of the sort traditionally associated with the use of nuclear weapons — blast, radiation, shock, together with risk of escalation, risk of spread through space and time — then only the most extreme circumstances (defence against untold suffering or the obliteration of a State or peoples) could conceivably “balance” the equation between necessity and humanity.

19. To show how it reached its findings in paragraph 2 E of the *dispositif*, the Court should, after analysing the provisions of humanitarian law concerning the protection of combatants, then systematically have applied the humanitarian rules and principles as they apply to the protection of civilians. The major legal issues in this context which it might have been expected the Court would address are these: does the prohibition against civilians being the object of attack preclude attack upon a military target if it is realized that collateral civilian casualties will be unavoidable? And in the light of the answer to the above question, what then is meant by the requirements that a weapon must be able to discriminate between civilian and military targets and how will this apply to nuclear weapons?

20. For some States making submissions to the Court, the large number of civilian victims was said *itself to show* that the collateral damage is excessive. But the law of armed conflict has been articulated in terms of a broad prohibition — that civilians may not be the object of armed attack — and the question of numbers or suffering (provided always that this primary obligation is met) falls to be considered as part of the “balancing” or “equation” between the necessities of war and the requirements of humanity. Articles 23 (*g*), 25 and 27 of the Annex to the Fourth Hague Convention have relevance here. The principle of proportionality, even if finding no specific mention, is reflected in many provisions of Additional Protocol I to the Geneva Conventions of 1949. Thus even a legitimate target may not be attacked if the collateral civilian casualties would be disproportionate to the specific military gain from the attack. One is inevitably led to the question of whether, if a target is legitimate and the use of a nuclear weapon is the only way of destroying that target, any need can ever be so necessary as to occasion massive collateral damage upon civilians.

visé. Le principe ne stipule pas qu'une cible légitime ne doit pas être attaquée parce qu'il pourrait en résulter de grandes souffrances.

18. Une question cruciale demeure cependant sans réponse : *quelle* nécessité militaire est assez grande pour jamais justifier le genre de souffrance que l'emploi d'armes nucléaires infligerait au personnel militaire ? Cette question exige elle-même que l'on connaisse l'ampleur des souffrances dont on parle et les circonstances qui les occasionnent. On a dit que les souffrances pourraient être relativement limitées sur un théâtre d'opérations où seraient utilisées des armes tactiques. La Cour considère à juste titre que cela n'est pas certain. Si les souffrances ressemblent à celles que l'on associe habituellement à l'emploi des armes nucléaires — du fait du souffle, du rayonnement, du choc, du risque d'escalade, du risque de propagation dans l'espace et le temps — on peut concevoir que seules les circonstances les plus extrêmes (défense contre d'indicibles souffrances ou contre la disparition d'un Etat ou de populations) pourraient justifier qu'on établisse une « relation » équilibrée entre la nécessité militaire et les exigences de l'humanité.

19. Pour montrer comment elle est parvenue à la conclusion énoncée au paragraphe 2 E du dispositif, la Cour aurait dû, après avoir analysé les dispositions du droit humanitaire relatives à la protection des combattants, appliquer systématiquement à la protection des civils les règles et principes humanitaires. On aurait pu s'attendre que, dans ce contexte, la Cour examine les principales questions juridiques suivantes : l'interdiction de s'attaquer à des civils empêche-t-elle l'attaque d'un objectif militaire dès lors que des pertes civiles collatérales sont inévitables ? Compte tenu de la réponse à cette question, que veut-on dire quand on exige qu'une arme soit capable de distinguer entre cibles civiles et cibles militaires et comment cela s'applique-t-il aux armes nucléaires ?

20. Pour certains des Etats qui se sont exprimés devant la Cour, le fait qu'il y ait beaucoup de victimes civiles *suffit à montrer* que le dommage collatéral est excessif. Mais le droit applicable dans les conflits armés se présente sous la forme d'une interdiction générale — les civils ne peuvent faire l'objet d'une attaque armée — et la question du nombre de victimes ou de la souffrance subie (à condition que cette obligation fondamentale soit respectée) doit être envisagée dans le cadre de l'« équilibre » ou de la « relation » entre les nécessités de la guerre et les exigences de l'humanité. Les articles 23 g), 25 et 27 de l'annexe à la convention IV de La Haye sont à cet égard pertinents. Même s'il n'est pas spécifiquement mentionné, le principe de proportionnalité est exprimé dans de nombreuses dispositions du protocole additionnel I aux conventions de Genève de 1949. C'est ainsi que l'on ne peut attaquer même un objectif légitime si les pertes civiles collatérales doivent être disproportionnées à l'avantage militaire que l'on attend de cette attaque. On est inévitablement amené à se poser la question de savoir si, au cas où une cible serait légitime et où l'emploi d'armes nucléaires serait le seul moyen de la détruire, cette destruction pourrait jamais être indispensable au point que l'on inflige aux civils des dommages collatéraux massifs.

21. It must be that, in order to meet the legal requirement that a military target may not be attacked if collateral civilian casualties would be excessive in relation to the military advantage, the "military advantage" must indeed be one related to the very survival of a State or the avoidance of infliction (whether by nuclear or other weapons of mass destruction) of vast and severe suffering on its own population; and that no other method of eliminating this military target be available.

22. It is said that collateral damage to civilians, even if proportionate to the importance of the military target, must never be intended. "One's intent is defined by what one chooses to do, or seeks to achieve through what one chooses to do." (Finnis, Boyle and Grisez, *Nuclear Deterrence, Morality and Idealism*, 1987, pp. 92-93.) This closely approximates to the legal doctrine of foreseeability, by which one is assumed to intend the consequences of one's actions. Does it follow that knowledge that in concrete circumstances civilians will be killed by the use of a nuclear weapon is tantamount to an intention to attack civilians? In law, analysis must always be contextual and the philosophical question here put is no different for nuclear weapons than for other weapons. The duty not to attack civilians as such applies to conventional weapons also. Collateral injury in respect of these weapons has always been accepted as not constituting "intent", provided always that the requirements of proportionality are met.

23. Very important also in the present context is the requirement of humanitarian law that weapons may not be used which are incapable of discriminating between civilian and military targets.

24. The requirement that a weapon be capable of differentiating between military and civilian targets is not a general principle of humanitarian law specified in the 1899, 1907 or 1949 law, but flows from the basic rule that civilians may not be the target of attack. There has been considerable debate, as yet unresolved, as to whether this principle refers to weapons which, because of the way they are commonly used, strike civilians and combatants indiscriminately (*Weapons That May Cause Unnecessary Suffering or Have Indiscriminate Effects*, Report of the Work of Experts, published by the ICRC, 1973) or whether it refers to whether a weapon "having regard to [its] effects in time and space" can "be employed with sufficient or with predictable accuracy against the chosen target" (Conference of Government Experts on the Use of Certain Conventional Weapons, Lucerne, 1974, Report published by the ICRC, 1975, pp. 10-11, para. 31; see also Kalshoven, "Arms, Armaments and International Law", *Receuil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, Vol. 191 (1985-II), p. 236). For this concept to have a separate existence, distinct from that of collateral harm (with which it overlaps to an extent), and whichever interpretation of the term is chosen, it may be concluded that a weapon will be unlawful *per se* if it is

21. Pour remplir la condition juridique d'après laquelle un objectif militaire ne doit pas être attaqué si les pertes civiles collatérales risquent d'être excessives par rapport à l'avantage militaire retiré de cette attaque, cet «avantage militaire» doit être lié à la survie même de l'Etat ou permettre d'écarter de grandes et cruelles souffrances (qu'elles soient causées par des armes nucléaires ou d'autres armes de destruction massive) et il ne doit pas y avoir d'autres moyens d'éliminer l'objectif militaire en question.

22. On dit que les dommages collatéraux causés aux civils, même s'ils sont proportionnels à l'importance de l'objectif militaire, ne doivent jamais être intentionnels. «L'intention se définit par ce que l'on décide de faire ou ce que l'on cherche à réaliser par les moyens que l'on décide d'employer.» (Finnis, Boyle et Grisez, *Nuclear Deterrence, Morality and Idealism*, 1987, p. 92-93.) Cela se rapproche beaucoup de la doctrine juridique de la prévisibilité, en vertu de laquelle chacun est censé vouloir les conséquences de ses actes. Est-ce que, pour autant, le fait de savoir que, dans des circonstances données, l'emploi de l'arme nucléaire entraînera la mort de civils équivaut à une intention de s'attaquer à des civils? En droit, l'analyse doit toujours tenir compte du contexte et la question philosophique posée ici n'est pas différente qu'il s'agisse d'armes nucléaires ou d'autres armes. L'obligation de ne pas s'attaquer aux civils vaut aussi pour les armes conventionnelles. Or, on a toujours admis que les dommages collatéraux provoqués par ces armes ne résultaient pas d'une «intention», à condition bien sûr que l'élément de proportionnalité soit respecté.

23. Dans le présent contexte, la condition posée par le droit humanitaire selon laquelle on ne doit pas utiliser d'armes incapables de distinguer entre cibles civiles et cibles militaires est très importante aussi.

24. La condition d'après laquelle une arme doit pouvoir faire la distinction entre cibles militaires et cibles civiles n'est pas un principe général de droit humanitaire énoncé dans le droit de 1899, de 1907 ou de 1949, mais elle résulte de la règle de base qui veut que l'on ne doit pas s'attaquer aux civils. On a beaucoup discuté, sans aboutir à un résultat, pour savoir si ce principe se réfère aux armes qui, vu la manière dont elles sont couramment utilisées, frappent indistinctement les civils et les combattants («Les armes de nature à causer des maux superflus ou à frapper sans discrimination», rapport sur les travaux d'experts, publié par le CICR en 1973) ou s'il se réfère aux armes qui, «du point de vue de leurs effets dans le temps et l'espace, ne pouvaient être employées avec une précision suffisante et prévisible pour atteindre la cible visée» («Conférence d'experts gouvernementaux sur l'emploi de certaines armes conventionnelles, Lucerne, 1974», rapport publié par le CICR en 1975, p. 10-11, par. 31, voir aussi Kalshoven, «Arms, Armaments and International Law», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, t. 191 (1985), p. 236). Si l'on admet que ce concept a une existence autonome, qu'il est distinct de celui de dommage collatéral (qu'il recouvre en partie), et quelle que soit l'interprétation retenue, on peut conclure qu'une arme

incapable of being targeted at a military objective only, even if collateral harm occurs. Notwithstanding the unique and profoundly destructive characteristics of all nuclear weapons, that very term covers a variety of weapons which are not monolithic in all their effects. To the extent that a specific nuclear weapon would be incapable of this distinction, its use would be unlawful.

25. I do not consider it juridically meaningful to say that the use of nuclear weapons is “generally . . . contrary to the rules of international law applicable in armed conflict, and in particular the principles and rules of humanitarian law” (*dispositif*, para. 2 E). What does the term “generally” mean? Is it a numerical allusion, or is it a reference to different types of nuclear weapons, or is it a suggestion that the rules of humanitarian law cannot be met save for exceptions? If so, where is the Court’s analysis of these rules, properly understood, and their application to nuclear weapons? And what are any exceptions to be read into the term “generally”? Are they to be linked to an exceptional ability to comply with humanitarian law? Or does the term “generally”, especially in the light of paragraph 96, suggest that if a use of nuclear weapons in extreme circumstances of self-defence were lawful, that might *of itself* exceptionally make such a use compatible with the humanitarian law? The phraseology of paragraph 2 E of the *dispositif* raises all these questions and answers none of them.

26. There is a further reason why I have been unable to vote for paragraph 2 E of the *dispositif*. It states a negative consequence of humanitarian law and (unspecified) possible exceptions. The role of humanitarian law (in contrast to treaties of specific weapon prohibition) is to prescribe legal requirements of conduct rather than to give “generalized” answers about particular weapons. I do not, however, exclude the possibility that such a weapon could be unlawful by reference to the humanitarian law, if its use could never comply with its requirements — no matter what specific type within that class of weapon was being used and no matter where it might be used. We may believe that, in the present stage of weapon development, there may be very limited prospects of a State being able to comply with the requirements of humanitarian law. But that is different from finding the use of nuclear weapons “generally unlawful”.

27. The meaning of the second sentence of paragraph 2 E of the *dispositif*, and thus what the two sentences of paragraph 2 E of the *dispositif* mean when taken together, is unclear. The second sentence is presumably not referring to self-defence in those exceptional circumstances, implied by the word “generally”, that might allow a threat or use of nuclear weapons to be compatible with humanitarian law. If, as the Court has indicated in paragraph 42 (and operative paragraph 2 C), the Charter law does not *per se* make a use of nuclear weapons illegal, and if a specific use

sera illicite en soi si elle ne peut pas être dirigée contre un objectif militaire et lui seul, indépendamment des dommages collatéraux qui peuvent se produire. Malgré les caractéristiques uniques et la nature profondément destructrice de toutes les armes nucléaires, cette expression s'applique à des armes diverses dont les effets ne sont pas tous les mêmes. Dans la mesure où une arme nucléaire donnée serait incapable de faire la distinction, son emploi serait illicite.

25. Je ne crois pas qu'il soit juridiquement utile de dire que l'emploi d'armes nucléaires est «généralement contraire aux règles du droit international applicable dans les conflits armés, et spécialement aux principes et règles du droit humanitaire» (paragraphe 2 E du dispositif). Que veut dire «généralement»? Est-ce une allusion numérique, une référence aux différents types d'armes nucléaires ou veut-on donner à entendre que les règles du droit humanitaire ne peuvent s'appliquer sauf exception? S'il en est ainsi, dans quels cas la Cour a-t-elle analysé ces règles en en donnant la bonne interprétation, et dans quels cas a-t-elle analysé leur application aux armes nucléaires? Quelles sont les exceptions que recouvre le terme «généralement»? Faut-il les associer aux possibilités exceptionnelles de respecter le droit humanitaire? Ou bien le terme «généralement» indique-t-il, surtout compte tenu du paragraphe 96, que, si l'emploi d'armes nucléaires dans une circonstance extrême de légitime défense est licite, il en résulte exceptionnellement que cet emploi devient compatible avec le droit humanitaire? La terminologie du paragraphe 2 E du dispositif soulève toutes ces questions sans répondre à aucune d'entre elles.

26. Il y a une autre raison pour laquelle je n'ai pu voter en faveur du paragraphe 2 E du dispositif. C'est qu'il énonce une conséquence négative du droit humanitaire et des exceptions possibles (d'ailleurs non spécifiées). Le rôle du droit humanitaire, contrairement aux traités interdisant l'emploi d'une arme déterminée, est de prescrire des normes de conduite et non de donner des réponses d'un caractère général au sujet d'armes particulières. Je n'exclus cependant pas l'éventualité qu'une telle arme soit illicite au regard du droit humanitaire, s'il se révélait impossible qu'elle réponde un jour aux exigences de ce droit — quel que soit le type d'engin appartenant à cette catégorie d'armes et quel que soit le lieu de son utilisation. Nous pouvons penser que, dans l'état actuel du développement de l'armement, il y a très peu de chances pour qu'un Etat puisse se conformer aux exigences du droit humanitaire. Mais c'est autre chose que de considérer l'emploi d'armes nucléaires comme «généralement illicite».

27. Le sens de la deuxième phrase du paragraphe 2 E du dispositif — et partant le sens des deux phrases du paragraphe, rapprochées l'une de l'autre — n'est pas clair. La deuxième phrase ne se réfère probablement pas à la légitime défense s'exerçant dans les circonstances exceptionnelles — qu'implique le mot «généralement» — où l'on pourrait considérer la menace ou l'emploi d'armes nucléaires comme compatible avec le droit humanitaire. Si, comme la Cour l'a indiqué au paragraphe 42 (et au paragraphe 2 C du dispositif), la Charte ne rend pas par elle-même illicite

complied with the provisions of Article 51 *and* was also compatible with humanitarian law, the Court can hardly be saying in the second sentence of paragraph 2 E that it knows not whether such a use would be lawful or unlawful.

28. Therefore it seems the Court is addressing the “general” circumstances that it envisages — namely that a threat or use of nuclear weapons violates humanitarian law — and that it is addressing whether in *those* circumstances a use of force *in extremis* and in conformity with Article 51 of the Charter, might nonetheless be regarded as lawful, or not. The Court answers that it does not know.

29. What the Court has done is reach a conclusion of “incompatibility in general” with humanitarian law; and then effectively pronounce a *non liquet* on whether a use of nuclear weapons in self-defence when the survival of a State is at issue might still be lawful, even were the particular use to be contrary to humanitarian law. Through this formula of non-pronouncement the Court necessarily leaves open the possibility that a use of nuclear weapons contrary to humanitarian law might nonetheless be lawful. This goes beyond anything that was claimed by the nuclear-weapon States appearing before the Court, who fully accepted that any lawful threat or use of nuclear weapons would have to comply with both the *jus ad bellum* and the *jus in bello* (see Advisory Opinion, para. 86).

30. That the formula chosen is a *non liquet* cannot be doubted, because the Court does not restrict itself to the inadequacy of facts and argument concerning the so-called “clean” and “precise” weapons. I share the Court’s view that it has not been persuasively explained in what circumstances it might be essential to use any such weaponry. Nor indeed may it be assumed that such types of weapons (perhaps to be used against submarines, or in deserts) can suffice to represent for a nuclear-weapon State all that is required for an effective policy of deterrence.

31. The formula in the second part of paragraph 2 E refers also to “the current state of international law” as the basis for the Court’s *non liquet*. I find it very hard to understand this reference. Paragraph F of the *dispositif*, and the final paragraphs of the Court’s Opinion, indicate that the Court hopes for a negotiated and verified total disarmament, including nuclear disarmament. But it cannot be the absence of this goal which means that international law has no answer to give on the use of nuclear weapons in self-defence. International law does not simply consist of total prohibitions. Nor can it be that there is no substantive law of self-defence upon which the Court may offer advice — this, all said and done, is one of the most well-developed areas of international law.

32. Can the reference to “the current state of international law” possibly refer to humanitarian law? This is one of the many elements that is unclear. This aspect appears to have been disposed of already in the first

l'emploi des armes nucléaires et si, dans un cas donné, cet emploi est conforme aux dispositions de l'article 51 et est compatible avec le droit humanitaire, la Cour ne peut guère vouloir dire dans la deuxième phrase du paragraphe 2 E qu'elle ignore si cette utilisation serait licite ou illicite.

28. Il semble par conséquent que la Cour vise les circonstances «générales», à savoir celles où la menace ou l'emploi d'armes nucléaires viole le droit humanitaire, et qu'elle se demande si, *dans ces circonstances*, le recours à la force dans un cas extrême et conformément à l'article 51 de la Charte pourrait être néanmoins considéré comme licite ou non. La Cour répond qu'elle ne peut se prononcer à ce sujet.

29. La Cour s'est bornée à conclure à une «incompatibilité d'ordre général» avec le droit humanitaire, puis a prononcé un véritable *non liquet* sur le point de savoir si l'emploi d'armes nucléaires en cas de légitime défense lorsque la survie d'un Etat est en cause pourrait être licite, même si cet emploi était dans ce cas particulier contraire au droit humanitaire. En évitant ainsi de se prononcer, la Cour laisse nécessairement ouverte la possibilité qu'un recours à l'arme nucléaire, contraire au droit humanitaire, soit néanmoins considéré comme licite. Elle est donc allée beaucoup plus loin que ne l'ont fait les Etats dotés de l'arme nucléaire qui se sont exprimés devant la Cour et qui ont pleinement admis que pour être licite la menace ou l'emploi d'armes nucléaires devait respecter aussi bien le *jus ad bellum* que le *jus in bello* (voir avis consultatif, par. 86).

30. Il n'est pas douteux que la formule choisie est un *non liquet* car la Cour ne se borne pas à invoquer l'insuffisance des faits et des arguments concernant les armes dites «propres» et «précises». Je pense comme la Cour qu'on ne lui a pas expliqué de façon convaincante dans quelles circonstances il pourrait être essentiel d'utiliser ce genre d'armement. On ne saurait supposer que des armes de ce type (à utiliser peut-être contre des sous-marins ou dans des déserts) puissent représenter pour un Etat doté de l'arme nucléaire tout ce dont il a besoin pour mener une politique de dissuasion efficace.

31. La formule contenue dans la deuxième partie du paragraphe 2 E mentionne aussi «l'état actuel du droit international» comme la base du *non liquet* prononcé par la Cour. J'ai beaucoup de mal à comprendre cette mention. Le paragraphe 2 F du dispositif et les derniers paragraphes de l'avis montrent que la Cour espère qu'il sera possible de parvenir à un désarmement — y compris un désarmement nucléaire — complet, négocié et vérifié. Mais ce n'est pas parce que l'on n'a pas encore atteint ce but qu'aucune conclusion ne peut être tirée du droit international quant à l'emploi d'armes nucléaires en état de légitime défense. Le droit international ne consiste pas seulement en interdictions totales. On ne saurait dire non plus qu'il n'existe pas un droit positif de la légitime défense sur lequel la Cour puisse donner un avis — car c'est, tout compte fait, un des domaines du droit international les mieux développés.

32. La mention «l'état actuel du droit international» ne renverrait-elle pas au droit humanitaire? C'est l'un des nombreux éléments qui manquent de clarté. Cet aspect semble être déjà traité dans la première partie du para-

part of paragraph 2 E. In any event, humanitarian law too is very well developed. The fact that its principles are broadly stated and often raise further questions that require a response can be no ground for a *non liquet*. It is exactly the judicial function to take principles of general application, to elaborate their meaning and to apply them to specific situations. This is precisely the role of the International Court, whether in contentious proceedings or in its advisory function.

33. Perhaps the reference to “the current state of international law” is a reference to perceived tensions between the widespread acceptance of the possession of nuclear weapons (and thus, it may be presumed, of the legality of their use in certain circumstances) as mentioned by the Court in paragraphs 67 and 96 on the one hand, and the requirements of humanitarian law on the other. If so, I believe this to be a false dichotomy. The pursuit of deterrence, the shielding under the nuclear umbrella, the silent acceptance of reservations and declarations by the nuclear powers to treaties prohibiting the use of nuclear weapons in certain regions, the seeking of possible security assurances — all this points to a significant international practice which is surely relevant not only to the law of self-defence but also to humanitarian law. If a substantial number of States in the international community believe that the use of nuclear weapons might *in extremis* be compatible with their duties under the Charter (whether as nuclear powers or as beneficiaries of “the umbrella” or security assurances) they presumably *also* believe that they would not be violating their duties under humanitarian law.

34. Nothing in relevant statements made suggests that those States giving nuclear assurances or receiving them believed that they would be violating humanitarian law — but decided nonetheless to act in disregard of such violation. In sum, such weight as may be given to the State practice just referred to has a relevance for our understanding of the complex provisions of humanitarian law as much as for the provisions of the Charter law of self-defence.

35. For all of these reasons, I am unable to see why the Court resorts to the answer it does in the second part of paragraph 2 E of the *dispositif*.

36. It is also, I think, an important and well-established principle that the concept of *non liquet* — for that is what we have here — is no part of the Court’s jurisprudence.

37. The Court has, of course, on several occasions, declined to answer a question even after it has established its jurisdiction. Reasons of propriety (Article 65 of the Statute; and the *Monetary Gold Removed from Rome in 1943* and *Northern Cameroons* cases) or important defects in procedure (the *Asylum* case, the *Haya de la Torre* case) have been given. But “[in] none of these cases is the *non-liquet* due . . . to deficiencies in the law” (Rosenne, *The Law and Practice of the International Court*, 2nd rev. ed., p. 100).

graphe 2 E. Quoi qu'il en soit, le droit humanitaire est lui aussi déjà bien développé. Le fait qu'il énonce ses principes en termes généraux et que ceux-ci soulèvent souvent d'autres questions appelant une réponse ne saurait justifier un *non liquet*. C'est justement la fonction du juge de partir de principes d'application générale, d'explicitier leur sens et de les appliquer à des situations données. Tel est précisément le rôle de la Cour internationale de Justice tant en matière contentieuse qu'en matière consultative.

33. La référence à «l'état actuel du droit international» renvoie-t-elle à des conflits que l'on peut percevoir entre d'une part l'acceptation très répandue de la possession d'armes nucléaires (et par conséquent, on peut le présumer, de la licéité de leur emploi en certaines circonstances), acceptation mentionnée par la Cour aux paragraphes 67 et 96 de l'avis, et d'autre part les exigences du droit humanitaire. S'il en est ainsi, je crois qu'il s'agit là d'une fausse dichotomie. La recherche de la dissuasion, la protection qu'assure le «parapluie» nucléaire, l'acceptation tacite des réserves et des déclarations faites par les puissances nucléaires à l'égard de traités interdisant le recours à l'arme nucléaire dans certaines régions, la recherche d'éventuelles garanties de sécurité, sont tous des éléments qui mettent en évidence une pratique internationale importante intéressant non seulement le droit de la légitime défense mais aussi le droit humanitaire. Si un grand nombre des Etats de la communauté internationale estiment que l'emploi d'armes nucléaires peut être dans une circonstance extrême compatible avec les obligations que leur impose la Charte (soit comme puissances nucléaires soit comme bénéficiaires du «parapluie» nucléaire ou des garanties de sécurité), on peut supposer qu'ils estiment *aussi* ne violer en rien leurs obligations au regard du droit humanitaire.

34. Rien dans les exposés présentés n'indique que les Etats qui ont donné des garanties en matière nucléaire et ceux qui les ont reçues ont considéré qu'ils violaient le droit humanitaire mais ont néanmoins décidé d'agir en dépit d'une telle violation. En résumé, l'importance que l'on peut accorder à la pratique des Etats qui vient d'être mentionnée est utile non seulement pour comprendre ces dispositions complexes du droit humanitaire mais aussi celles concernant le droit de la légitime défense énoncé dans la Charte.

35. Pour tous ces motifs, je ne vois pas pourquoi la Cour a utilisé les termes figurant dans la deuxième partie du paragraphe 2 E du dispositif.

36. C'est aussi, je crois, un principe important et bien établi que la notion du *non liquet* — c'est bien la situation en l'espèce — ne fait pas partie de la jurisprudence de la Cour.

37. Certes, la Cour a plusieurs fois refusé de répondre à une question alors même qu'elle s'était déclarée compétente. Elle a invoqué des motifs d'opportunité (article 65 du Statut; *Or monétaire pris à Rome en 1943* et *Cameroun septentrional*) ou des graves vices de procédure (*Droit d'asile* et *Haya de la Torre*). Mais «dans aucune de ces affaires le *non liquet* ne résulte ... d'insuffisances du droit» (Rosenne, *The Law and Practice of the International Court*, 2<sup>e</sup> éd. révisée, p. 100).

38. This unwelcome formulation ignores 65 years of proud judicial history and also the convictions of those who went before us. Former President of the International Court, Judge Elias, reminds us that there are what he terms “useful devices” to assist if there are difficulties in applying the usual sources of international law. In his view these “preclude the Court from pleading *non liquet* in any given case” (Elias, *The International Court of Justice and Some Contemporary Problems*, 1983, p. 14).

39. The learned editors of the 9th edition of *Oppenheim’s International Law* remind us:

“there is [not] always a clear and specific legal rule readily applicable to every international situation, but that every international situation is capable of being determined *as a matter of law*” (Jennings and Watts, Vol. I, p. 13).

40. Nor is the situation changed by any suggestion that the problem is as much one as “antimony” or clashes between various elements in the law as much as alleged “vagueness” in the law. Even were there such an “antimony” (which, as I have indicated above, I doubt), the judge’s role is precisely to decide which of two or more competing norms is applicable in the particular circumstances. The corpus of international law is frequently made up of norms that, taken in isolation, appear to pull in different directions — for example, States may not use force/States may use force in self-defence; *pacta sunt servanda*/States may terminate or suspend treaties on specified grounds. It is the role of the judge to resolve, in context, and on grounds that should be articulated, why the application of one norm rather than another is to be preferred in the particular case. As these norms indubitably exist, and the difficulties that face the Court relate to their application, there can be no question of judicial legislation.

41. One cannot be unaffected by the knowledge of the unbearable suffering and vast destruction that nuclear weapons can cause. And one can well understand that it is expected of those who care about such suffering and devastation that they should declare its cause illegal. It may well be asked of a judge whether, in engaging in legal analysis of such concepts as “unnecessary suffering”, “collateral damage” and “entitlement to self-defence”, one has not lost sight of the real human circumstances involved. The judicial lodestar, whether in difficult questions of interpretation of humanitarian law, or in resolving claimed tensions between competing norms, must be those values that international law seeks to promote and protect. In the present case, it is the physical survival of peoples that we must constantly have in view. We live in a decentralized world order, in which some States are known to possess nuclear weapons but choose to remain outside of the non-proliferation treaty system; while other such non-parties have declared their intention to obtain nuclear weapons; and yet other States are believed clandestinely to possess, or to be working

38. Cette formulation regrettable fait abstraction de soixante-cinq années d'un noble passé judiciaire comme des convictions de nos prédécesseurs. L'ancien Président de la Cour, M. Elias, nous rappelle que ce qu'il dénomme des « instruments utiles » existent et peuvent nous aider si nous éprouvons des difficultés à utiliser les sources habituelles du droit international. A son avis, « ils interdisent à la Cour de prononcer un *non liquet* dans une affaire déterminée » (Elias, *The International Court of Justice and Some Contemporary Problems*, 1983, p. 14).

39. Les éminents rédacteurs de la neuvième édition de l'ouvrage *Oppenheim's International Law* nous rappellent ceci :

« il n'existe pas toujours une règle juridique claire et spécifique facilement applicable dans toute situation internationale, mais toute situation internationale peut être résolue *en droit* » (Jennings et Watts, vol. I, p. 13).

40. La situation ne change pas si l'on fait valoir que le problème tient autant à l'« antinomie » ou aux conflits des divers éléments du droit qu'au caractère prétendument vague de ce droit. A supposer qu'une telle antinomie existe (ce dont je doute, comme je l'ai dit ci-dessus), le rôle du juge est précisément de dire quelle est celle parmi deux ou plusieurs normes contraires qui est applicable dans les circonstances de l'espèce. Le corpus du droit international consiste souvent en des normes qui, prises isolément, paraissent s'orienter dans des directions différentes, par exemple : les Etats ne doivent pas recourir à la force/les Etats peuvent recourir à la force en cas de légitime défense; *pacta sunt servanda*/un Etat peut dénoncer un traité ou en suspendre l'application pour des raisons déterminées. Il appartient au juge de dire, dans le contexte et sur la base de motifs qu'il doit exposer, pourquoi il y a lieu de privilégier une norme par rapport à une autre dans le cas considéré. Comme ces normes existent indubitablement et que les difficultés rencontrées par la Cour concernent leur application, on ne saurait parler de législation judiciaire.

41. On ne peut rester insensible devant les insupportables souffrances et l'ampleur des destructions dont les armes nucléaires peuvent être la cause. Il est bien compréhensible que l'on attende de ceux que préoccupent ces souffrances et ces dévastations qu'ils déclarent cette cause illicite. On peut fort bien se demander si, quand un juge procède à une analyse juridique de notions comme celles de « maux superflus », de « dommage collatéral » ou de « droit à la légitime défense », il n'a pas perdu de vue l'aspect réellement humain de la situation. L'objectif judiciaire à atteindre, qu'il s'agisse de répondre à des questions difficiles d'interprétation du droit humanitaire ou de résoudre de prétendues tensions entre normes antagoniques, porte sur les valeurs que le droit international s'efforce de promouvoir et de protéger. En l'espèce, c'est la survie physique des populations que nous ne devons jamais perdre de vue. Nous vivons dans un ordre mondial décentralisé où l'on sait que certains Etats possédant l'arme nucléaire préfèrent rester en dehors du système créé par le traité sur la non-prolifération, tandis que d'autres Etats non parties ont déclaré

shortly to possess nuclear weapons (some of whom indeed may be party to the NPT). It is not clear to me that either a pronouncement of illegality in all circumstances of the use of nuclear weapons or the answers formulated by the Court in paragraph 2E best serve to protect mankind against that unimaginable suffering that we all fear.

*(Signed)* Rosalyn HIGGINS.

---

leur intention d'accéder à l'arme nucléaire et où l'on croit que d'autres encore possèdent clandestinement cette arme ou s'emploient à l'obtenir sous peu (certains d'entre eux pouvant d'ailleurs être parties au traité sur la non-prolifération). Il ne me semble pas que prononcer l'illicéité des armes nucléaires en toute circonstance ou donner les réponses que la Cour formule au paragraphe 2 E du dispositif soient les meilleurs moyens de protéger l'humanité contre ces souffrances indicibles que nous redoutons tous.

(Signé) Rosalyn HIGGINS.