

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-

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-

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-

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

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. 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

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

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-

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. 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

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.