

## OPINION INDIVIDUELLE DE M. GUILLAUME

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

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

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

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

## SEPARATE OPINION OF JUDGE GUILLAUME

[Translation]

1. The Advisory Opinion given by the Court in the present case was the subject of serious reservations by a number of my colleagues and will probably be received with a chorus of criticism. I share some of the reservations but will not join in the chorus.

Of course the Opinion has many imperfections. It deals too quickly with complex questions which should have received fuller and more balanced treatment, for example with respect to environmental law, the law of reprisals, humanitarian law and the law of neutrality. In these various areas, the Court, seeking to identify the custom in force, has taken hardly any account, whatever it may say on the matter, of practice and of the *opinio juris* of States, and too often it allowed itself to be guided by considerations falling more within the sphere of natural law than of positive law, of *lex ferenda* rather than of *lex lata*. It also accorded excessive import to the resolutions of the General Assembly of the United Nations. This confusion, aggravated by paragraph 104 of the Opinion, was not without consequence for the wording adopted in the operative part. Indeed, this operative part, while ruling *ultra petita* with regard to nuclear disarmament, gives, on certain points, only an implicit answer to the question posed. In these circumstances it would be easy to condemn the Court. I will not do so, for this unsatisfactory situation ultimately stems less from the erring ways of the judge than from the applicable law.

2. This being the case, the Court could have considered declining to respond to the request for an advisory opinion. This solution would have found some justification in the very circumstances of the seisin. The opinion requested by the General Assembly of the United Nations (like indeed the one requested by the World Health Assembly) originated in a campaign conducted by an association called International Association of Lawyers Against Nuclear Arms (IALANA), which in conjunction with various other groups launched in 1992 a project entitled "World Court Project" in order to obtain from the Court a proclamation of the illegality of the threat or use of nuclear weapons. These associations worked very intensively to secure the adoption of the resolutions referring the question to the Court and to induce States hostile to nuclear weapons to appear before the Court. Indeed, the Court and the judges received thousands of letters inspired by these groups, appealing both to the Members' conscience and to the public conscience.

I am sure that the pressure brought to bear in this way did not influence the Court's deliberations, but I wondered whether, in such circumstances, the requests for opinions could still be regarded as coming from

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

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

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

\*

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

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

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

the Assemblies which had adopted them or whether, piercing the veil, the Court should not have dismissed them as inadmissible. However, I dare to hope that Governments and intergovernmental institutions still retain sufficient independence of decision to resist the powerful pressure groups which besiege them today with the support of the mass media. I also note that none of the States which appeared before the Court raised such an objection. In the circumstances I did not believe that the Court should uphold it *proprio motu*.

3. Basically, I share the Court's opinion as stated in operative paragraph 2B, to the effect that there is in neither customary nor conventional international law any comprehensive and universal prohibition of the recourse to nuclear weapons as such. On the other hand, I find it hard to understand why, in operative paragraph 2A, the Court saw fit to state that "there is in neither customary nor conventional international law any specific authorization of the threat or use of nuclear weapons". This statement is not incorrect in itself, but it is of no interest to the General Assembly of the United Nations since it stems from the view of the Court itself that "the illegality of the use of certain weapons as such does not result from an absence of authorization but, on the contrary, is formulated in terms of prohibition" (para. 52).

4. In contrast, I fully endorse operative paragraph 2C, since States can obviously have recourse to nuclear weapons, or indeed to any weapons, only under the conditions established by the Charter of the United Nations and in particular by its Article 51, concerning the right of individual or collective self-defence. States are moreover bound to respect the conventional rules specifically governing recourse to nuclear weapons which are summarized in paragraphs 58 and 59 of the Opinion.

\*

5. The application of customary humanitarian law to nuclear weapons raised much more difficult questions.

As the Court noted, customary law concerning the conduct of military operations derives mainly from the Annex to the Hague Convention IV respecting the Laws and Customs of War on Land of 18 October 1907. In view of the nature and age of these provisions, it could be asked whether they were applicable to the use, and especially to the threat of use, of nuclear weapons. It seemed legitimate to have the gravest doubts on this latter point. But no nuclear-weapon State contested before the Court that this was the case, and the immense majority, if not all, of the other States was in agreement. The Court could only take note of this consensus in paragraph 22 of its Opinion.

These customary rules were summarized by the Court in three categories in paragraph 78 of the Opinion: States do not have unlimited free-

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

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

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

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

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

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

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

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

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

dom of choice in the weapons they use; they must never use weapons which are incapable of distinguishing between civilian and military targets; and they are prohibited to use weapons likely to cause unnecessary suffering to combatants.

I fully subscribe to this analysis but I think that it should have been completed by a reference to the rules concerning the collateral damage which attacks on legitimate military objectives can cause to civilian populations. These rules originated in Articles 23 (*g*), 25 and 27 of the Annex to the Hague Convention IV. They were the subject of new formulations in the draft convention on the rules of aerial warfare of 1923 and in the resolution adopted by the Assembly of the League of Nations on 30 September 1938. They were clarified by the United States Nuremberg Military Tribunal in case No. 47. They were further clarified by the General Assembly of the United Nations in its resolution 2444 (XXIII) of 19 December 1968 concerning respect for human rights in armed conflicts, which was adopted unanimously and states:

“it is prohibited to launch attacks against the civilian populations as such; . . . distinction must be made at all times between persons taking part in the hostilities and members of the civilian population to the effect that the latter be spared as much as possible”.

Lastly, they were further developed by Article 51 of Additional Protocol I of 1977 to the Geneva Conventions, which condemns attacks on military objectives which may be expected to cause “excessive” incidental damage to the civilian population.

Customary humanitarian law thus contains only one absolute prohibition: the prohibition of so-called “blind” weapons which are incapable of distinguishing between civilian targets and military targets. But nuclear weapons obviously do not necessarily fall into this category.

Furthermore, this law implies comparisons. The collateral damage caused to civilian populations must not be “excessive” in relation to “the military advantage anticipated”. The suffering caused to combatants must not be “unnecessary”, i.e. it must not cause, in the words of the Court itself, “a harm greater than that unavoidable to achieve legitimate military objectives” (para. 78).

Hence nuclear weapons could not be regarded as illegal by the sole reason of the suffering which they are likely to cause. Such suffering must still be compared with the “military advantage anticipated” or with the “military objectives” pursued.

With regard to nuclear weapons of mass destruction, it is clear however that the damage which they are likely to cause is such that their use could not be envisaged except in extreme cases.

6. The same reasoning holds good with respect to the law of neutrality since, on many occasions, it has been maintained or recognized that the legality of actions carried out by belligerents in neutral territory depends

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

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

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

«Au vu de l'état actuel du droit international, ainsi que des éléments de fait dont elle dispose, la Cour ne peut cependant pas conclure de façon définitive que la menace ou l'emploi d'armes nucléaires serait licite ou illicite dans une circonstance extrême de légitime défense dans laquelle la survie même d'un Etat serait en cause.»

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

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

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

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

on the "military necessities", as the late Judge Ago noted in the light of a widespread practice described in the addendum to his Eighth Report to the International Law Commission on the Responsibility of States (para. 50 and note 101).

7. In short, the Court should therefore, in my view, have replied on this point to the question put by stating that the threat or use of nuclear weapons is compatible with the law applicable in armed conflict only in certain extreme cases. The Court preferred, in operative paragraph 2 E, to use a negative formula when it stated that such threat or use were "generally prohibited". This wording is vague but it nevertheless implies that the threat or use of nuclear weapons are not prohibited "in any circumstance" by the law applicable in armed conflict, as indeed the Court pointed out in paragraph 95 of the Opinion.

8. The Court added in operative paragraph 2 E:

"However, in view of the current state of international law, and of the elements of fact at its disposal, the Court cannot conclude definitively whether the threat or use of nuclear weapons would be lawful or unlawful in an extreme circumstance of self-defence, in which the very survival of a State would be at stake."

Once again, this wording is not entirely satisfactory, and I therefore believe that it needs some clarification.

None of the States which appeared before the Court raised the question of the relations between the right of self-defence recognized by Article 51 of the Charter and the principles and rules of the law applicable in armed conflict. All of them argued as if these two types of prescription were independent, in other words as if the *jus ad bellum* and the *jus in bello* constituted two entities having no relation with each other. In some parts of its Opinion the Court even seemed to be tempted by such a construction. It may be wondered whether that is indeed the case or whether, on the contrary, the rules of the *jus ad bellum* may not provide some clarification of the rules of the *jus in bello*.

The right of self-defence proclaimed by the Charter of the United Nations is characterized by the Charter as natural law. But Article 51 adds that nothing in the Charter shall impair this right. The same applies *a fortiori* to customary law or treaty law. This conclusion is easily explained, for no system of law, whatever it may be, could deprive one of its subjects of the right to defend its own existence and safeguard its vital interests. Accordingly, international law cannot deprive a State of the right to resort to nuclear weapons if such action constitutes the ultimate means by which it can guarantee its survival. In such a case the State enjoys a kind of "absolute defence" ("*excuse absolutoire*") similar to the one which exists in all systems of criminal law.

The Court did indeed identify this problem when, in paragraph 96 of the Opinion, it stated that it cannot



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

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

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

Elle a, par ailleurs, pris note des

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

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

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

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

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

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

“lose sight of the fundamental right of every State to survival, and thus its right to resort to self-defence, in accordance with Article 51 of the Charter, when its survival is at stake”.

With this in mind, it pointed out in the same paragraph that “an appreciable section of the international community adhered for many years” to “the practice referred to as ‘policy of deterrence’”. It also stressed that States which adhered to this doctrine and this practice

“have always, in concert with certain other States, reserved the right to use those weapons in the exercise of the right to self-defence against an armed attack threatening their vital security interests” (para. 66).

It also noted

“the reservations which certain nuclear-weapon States have appended to the undertakings they have given, notably under the Protocols to the Treaties of Tlatelolco and Rarotonga, and also under the declarations made by them in connection with the extension of the Treaty on the Non-Proliferation of Nuclear Weapons, not to resort to such weapons” (para. 96).

Lastly, the Court observed that the reservations to these Protocols and the ones contained in the declarations had “met with no objection from the parties to the Tlatelolco or Rarotonga Treaties or from the Security Council” (para. 62). Indeed, it pointed out that the Security Council had noted with appreciation or welcomed the statements made in this connection (para. 45).

9. In these circumstances, the Court, in my view, ought to have carried its reasoning to its conclusion and explicitly recognized the legality of deterrence for defence of the vital interests of States. It did not do so explicitly, and that is why I was unable to support operative paragraph 2E. But it did so implicitly, and that is why I appended to the Advisory Opinion a separate opinion and not a dissenting one.

In operative paragraph 2E the Court decided in fact that it could not in those extreme circumstances conclude definitively whether the threat or use of nuclear weapons would be lawful or unlawful. In other words, it concluded that in such circumstances the law provided no guide for States. But if the law is silent in this case, States remain free to act as they intend.

10. International law rests on the principle of the sovereignty of States and thus originates from their consent. In other words, in the excellent language of the Permanent Court, “international law governs relations between independent States. The rules of law binding upon States therefore emanate from their own free will.” (“*Lotus*”, *Judgment No. 9, 1927, P.C.I.J., Series A, No. 10*, p. 18.)

The Court itself had occasion to draw the consequences of this principle in various forms in the case between Nicaragua and the United

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

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

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

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

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

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

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

J'approuve entièrement cette mention et souhaite ardemment que les

States of America. It pointed out that the principle of the sovereignty of States permits all States to decide freely on “the choice of a political, economic, social and cultural system, and the formulation of foreign policy” (*Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, *Merits*, *I.C.J. Reports 1986*, p. 108). It stated in particular that

“in international law there are no rules, other than such rules as may be accepted by the State concerned, by treaty or otherwise, whereby the level of armaments of a sovereign State can be limited, and this principle is valid for all States without exception” (*ibid.*, p. 135).

11. The constant practice of States is along these lines as far as the *jus in bello* is concerned. All the treaties concerning certain types of weapons are formulated in terms of prohibition. This is true, for example, of the 1967 Treaty for the Prohibition of Nuclear Weapons in Latin America, the 1975 Convention on the Prohibition of the Development, Production and Stockpiling of Bacteriological Weapons, the 1981 Convention on Prohibitions or Restrictions on the Use of Certain Conventional Weapons which may be Deemed to be Excessively Injurious, or the 1993 Convention on the Prohibition of the Development, Production, Stockpiling and Use of Chemical Weapons and their Destruction. Similarly, the draft convention annexed to resolutions 45/59 and 46/37 of the General Assembly of the United Nations is designed to achieve according to its own title “the prohibition of the use of nuclear weapons”.

It will also be noted that the only national judgment, to my knowledge, to have pronounced on this point did so along the same lines. The Tokyo District Court stated in its judgment of 7 December 1963: “Of course, it is right that the use of a new weapon is legal as long as international law does not prohibit it.” (*Japanese Annual of International Law*, 1964, No. 8, p. 235.)

Indeed, and as already pointed out, the Court itself recognized in this Opinion the customary nature of such a principle when it stated that “the illegality of the use of certain weapons as such does not result from an absence of authorization but, on the contrary, is formulated in terms of prohibition” (para. 52).

12. In these circumstances it follows implicitly but necessarily from operative paragraph 2 E of the Court’s Opinion that States can resort to “the threat or use of nuclear weapons . . . in an extreme circumstance of self-defence, in which the very survival of a State would be at stake”. This has always been the foundation of the policies of deterrence whose legality is thus recognized.

13. Nuclear weapons are nevertheless “potentially catastrophic”, and it is therefore understandable that the Court should have felt a need to stress in paragraph 99 of its Opinion the great importance of Article VI of the Treaty on the Non-Proliferation of Nuclear Weapons.

I fully approve of this reference and earnestly hope that the negotia-

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

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

(Signé) Gilbert GUILLAUME.

tions provided for by this text with regard both to nuclear disarmament and to conventional disarmament will be crowned with success. However, I would have preferred the Court to limit itself to dealing with this question in the reasons for its Opinion. For I fear that by adopting operative paragraph 2F, in a formulation which attempts to summarize the obligations of States parties to the Treaty on the Non-Proliferation of Nuclear Weapons, without however doing so clearly, the Court may have ruled *ultra petita*.

14. I should like solemnly to reaffirm in conclusion that it is not the role of the judge to take the place of the legislator. During the last two decades the international community has made considerable progress towards the prohibition of nuclear weapons. But this process has not been completed, and the Court must limit itself to recording the state of the law without being able to substitute its assessment for the will of sovereign States. It is the mark of the greatness of a judge to remain within his role in all humility, whatever religious, philosophical or moral debates he may conduct with himself.

(Signed) Gilbert GUILLAUME.