

SEPARATE OPINION OF JUDGE FLEISCHHAUER

I have voted in favour of all of the Court's Conclusions as contained in paragraph 105 of the Advisory Opinion, although these Conclusions do not give a complete and clear-cut answer to the question asked of the Court by the General Assembly. In their incompleteness and vagueness the Court's Conclusions — and in particular their critical point 2 E — rather reflect the terrible dilemma that confronts persons and institutions alike which have to deal with the question of the legality or otherwise of the threat or use of nuclear weapons in international law. At present, international law is still grappling with, and has not yet overcome, the dichotomy that exists between the international law applicable in armed conflict and, in particular, the rules and principles of humanitarian law, on the one side, with which principles and rules the use of nuclear weapons — as the Court says in paragraph 95 of its Opinion — seems scarcely reconcilable; and, on the other side, the inherent right of self-defence which every State possesses as a matter of sovereign equality. That basic right would be severely curtailed if for a State, victim of an attack with nuclear, chemical or bacteriological weapons or otherwise constituting a deadly menace for its very survival, nuclear weapons were totally ruled out as an ultimate legal option in collective or individual self-defence.

1. In explaining my views more in detail, I would like to begin by stating that, in my view, the Court is right in its reasoning that the humanitarian rules and principles apply to nuclear weapons (para. 86) and in its conclusion that

“A threat or use of nuclear weapons should also be compatible with the requirements of the international law applicable in armed conflict particularly those of the principles and rules of international humanitarian law . . .” (Point 2 D of the Conclusions.)

This is so, because of the intrinsically humanitarian character of those rules and principles and in spite of the fact that they essentially evolved much before nuclear weapons were invented. This finding is also not altered by the fact that the Geneva Conferences, which were held after the appearance on the international scene of nuclear weapons and which adopted the four Geneva Conventions of 12 August 1949 on the Protection of War Victims as well as the Protocol I of 8 June 1977 to those Conventions, did not address nuclear weapons specifically. The same is true for other principles of the law applicable in armed conflict, such as

OPINION INDIVIDUELLE DE M. FLEISCHHAUER

[Traduction]

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

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

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

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

the principle of neutrality which likewise evolved much before the advent of nuclear weapons.

2. The rules and principles of humanitarian law applicable in armed conflict are expression of the — as the Court puts it (para. 95) — “overriding consideration of humanity” which is at the basis of international law and which international law is expected to uphold and defend. The humanitarian rules and principles remind States that whatever the weaponry used, notwithstanding the regrettable inevitability of civilian losses in times of war, civilians might never be the object of an attack. So far as combatants are concerned, weapons may not be used that cause unnecessary suffering. Similarly, the respect for the neutrality of States not participating in an armed conflict is a key element of orderly relations between States. The nuclear weapon is, in many ways, the negation of the humanitarian considerations underlying the law applicable in armed conflict and of the principle of neutrality. The nuclear weapon cannot distinguish between civilian and military targets. It causes immeasurable suffering. The radiation released by it is unable to respect the territorial integrity of a neutral State.

I therefore agree with the Court’s finding in the first paragraph of point 2 E of the Conclusions, to the effect that

“the threat or use of nuclear weapons would generally be contrary to the rules of international law applicable in armed conflict, and in particular the principles and rules of humanitarian law”.

3. As the Court rightly sees it, the answer to the question asked of it by the General Assembly does not lie alone in a finding that the threat or use of nuclear weapons would be contrary to the rules of international law applicable in armed conflict, and in particular the principles and rules of humanitarian law. Through the use of the word “generally” in the first paragraph of point 2 E of the Conclusions and through the addition of the second paragraph to that point, the Court points to qualifications that apply or may apply to its findings regarding irreconcilability between the use of nuclear weapons and humanitarian law. The word “generally” limits the finding as such; and according to the second paragraph,

“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”.

To end the matter with the simple statement that recourse to nuclear weapons would be contrary to international law applicable in armed conflict, and in particular the principles and rules of humanitarian law, would have meant that the law applicable in armed conflict, and in particular the humanitarian law, was given precedence over the inherent right of individual or collective self-defence which every State possesses as a matter of sovereign equality and which is expressly preserved in

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

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

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

«la menace ou l'emploi d'armes nucléaires serait généralement contraire aux règles du droit international applicable dans les conflits armés, et spécialement aux principes et règles du droit humanitaire».

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

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

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

Article 51 of the Charter. That would be so because if a State is the victim of an all-out attack by another State, which threatens the very existence of the victimized State, recourse to the threat or use of nuclear weapons in individual (if the victimized State is a nuclear-weapon State) or collective (if the victim is a non-nuclear-weapon State allied to a nuclear-weapon State) self-defence could be for the victimized State the last and only alternative to giving itself up and surrender. That situation would in particular exist if the attack is made by nuclear, bacteriological or chemical weapons. It is true that the right of self-defence as protected by Article 51 of the Charter is not weapon-specific (paragraph 39 of the considerations of the Opinion). Nevertheless, the denial of the recourse to the threat or use of nuclear weapons as a legal option in any circumstance could amount to a denial of self-defence itself if such recourse was the last available means by way of which the victimized State could exercise its right under Article 51 of the Charter.

A finding that amounted to such a denial therefore would not, in my view, have been a correct statement of the law; there is no rule in international law according to which one of the conflicting principles would prevail over the other. The fact that the attacking State itself would act in contravention of international law, would not alter the situation. Nor would recourse to the Security Council, as mandated by Article 51, guarantee by itself an immediate and effective relief.

4. It is true that the qualifying elements in point 2 E of the Conclusions have been couched by the Court in hesitating, vague and halting terms. The first paragraph of point 2 E does not explain what is to be understood by “*generally* . . . contrary to the rules of international law applicable in armed conflict” (emphasis added), and the wording of the second paragraph of point 2 E avoids taking a position when it says that,

“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”.

Nor is the reasoning of the Court in the considerations of its Opinion leading up to the qualifications of the main finding in point 2 E very clear. As far as the term “generally” in the first paragraph of point 2 E of the Conclusions is concerned, the Court’s explanations in paragraph 95 of its Opinion are limited to the statement

“that it [i.e. the Court] does not have sufficient elements to enable it to conclude with certainty that the use of nuclear weapons would necessarily be at variance with the principles and rules of law applicable in armed conflict in any circumstance”.

The considerations leading to the second paragraph of point 2 E are contained in paragraph 96. They refer to Article 51 of the Charter, the State

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

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

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

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

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

«elle [la Cour] ne dispose pas des éléments suffisants pour pouvoir conclure avec certitude que l'emploi d'armes nucléaires serait nécessairement contraire aux principes et règles du droit applicable dans les conflits armés en toute circonstance».

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

practice referred to as “policy of deterrence” and 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 (paragraph 59 of the Opinion). The hesitating terms in which the Court has couched the qualifying elements in point 2E of the Conclusions witness, in my view, the legal and moral difficulties of the territory into which the Court has been led by the question asked of it by the General Assembly.

5. Nevertheless, the Court, by acknowledging in the considerations of its Opinion as well as in point 2E of the Conclusions the possibility of qualifying elements, made it possible for me to vote in favour of that particularly important point of its Conclusions. The Court could however — and in my view should — have gone further. My view on this is the following:

The principles and rules of the humanitarian law and the other principles of law applicable in armed conflict, such as the principle of neutrality on the one side and the inherent right of self-defence on the other, which are through the very existence of the nuclear weapon in sharp opposition to each other, are all principles and rules of law. None of these principles and rules is above the law, they are of equal rank in law and they can be altered by law. They are justiciable. Yet international law has so far not developed — neither in conventional nor in customary law — a norm on how these principles can be reconciled in the face of the nuclear weapon. As I stated above (paragraph 3 of this separate opinion), there is no rule giving prevalence of one over the other of these principles and rules. International politics has not yet produced a system of collective security of such perfection that it could take care of the dilemma, swiftly and efficiently.

In view of their equal ranking this means that, if the need arises, the smallest common denominator between the conflicting principles and rules has to be found. This means in turn that, although recourse to nuclear weapons is scarcely reconcilable with humanitarian law applicable in armed conflict as well as the principle of neutrality, recourse to such weapons could remain a justified legal option in an extreme situation of individual or collective self-defence in which the threat or use of nuclear weapons is the last resort against an attack with nuclear, chemical or bacteriological weapons or otherwise threatening the very existence of the victimized State.

The same result is reached if, in the absence of a conventional or a customary rule for the conciliation of the conflicting legal principles and rules, it is accepted that the third category of law which the Court has to apply by virtue of Article 38 of its Statute, that is, the general principles of law recognized in all legal systems, contains a principle to the effect

la pratique des Etats dénommée « politique de dissuasion » et aux engagements qu'ils ont pris en vertu, notamment, des protocoles aux traités de Tlatelolco et de Rarotonga, ainsi que des déclarations faites par eux dans le cadre de la prorogation du traité sur la non-prolifération des armes nucléaires (paragraphe 59 de l'avis). Les termes hésitants utilisés par la Cour pour restreindre la portée du paragraphe 2 E du dispositif témoignent, selon moi, des difficultés juridiques et morales rencontrées dans le domaine où la Cour a été entraînée par la question que lui a posée l'Assemblée générale.

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

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

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

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

that no legal system is entitled to demand the self-abandonment, the suicide, of one of its subjects. Much can be said, in my view, in favour of the applicability of such a principle in all modern legal systems and consequently also in international law.

Whichever of the two lines of reasoning is followed, the result that the smallest common denominator, as I see it, is the guiding factor in the solution of the conflict created by the nuclear weapon between the law applicable in armed conflict and the right of self-defence, is confirmed by the important role played by the policy of deterrence during all the years of the Cold War in State practice of nuclear-weapon States as well as in the practice of non-nuclear-weapon States, supporting or tolerating that policy. Even after the end of the Cold War the policy of deterrence has not altogether been abandoned, if only in order to maintain the balance of power among nuclear-weapon States and in order to deter non-nuclear-weapon States from acquiring and threatening or using nuclear weapons. Nuclear-weapon States have found it necessary to continue beyond the end of the Cold War the reservations they have made to the undertakings they have given, notably to the Treaties of Tlatelolco and Rarotonga (paragraph 59 of the Opinion), and to add similar reservations under the declarations given by them in connection with the unlimited extension of the Non-Proliferation Treaty. These reservations are tolerated by the non-nuclear parties concerned as well as, in the case of the unlimited extension of the Non-Proliferation Treaty, by the Security Council. Of course, as the Court itself has stated (*North Sea Continental Shelf, Judgment, I.C.J. Reports 1969*, p. 44), not every act habitually performed or every attitude taken over a prolonged period of time by a plurality of States is a practice relevant for the determination of the state of the law. In the words of the Court:

“There are many international acts, e.g., in the field of ceremonial and protocol, which are performed almost invariably, but which are motivated only by considerations of courtesy, convenience or tradition, and not by any sense of legal duty.” (*Ibid.*, p. 44, para. 77.)

But the practice embodied in the policy of deterrence is based specifically on the right of individual or collective self-defence and so are the reservations to the guarantees of security. The States which support or which tolerate that policy and those reservations are aware of this. So was the Security Council when it adopted resolution 984 (1995). Therefore, the practice which finds expression in the policy of deterrence, in the reservations to the security guarantees and in their toleration, must be regarded as State practice in the legal sense.

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

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

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

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

6. For a recourse to nuclear weapons to be lawful, however, not only would the situation have to be an extreme one, but the conditions on which the lawfulness of the exercise of self-defence generally depends would also always have to be met. These conditions comprise, as the Opinion states *expressis verbis* (para. 41) that there must be proportionality. The need to comply with the proportionality principle must not *a priori* rule out recourse to nuclear weapons; as the Opinion states (para. 42): “The proportionality principle may thus not in itself exclude the use of nuclear weapons in all circumstances.” The margin that exists for considering that a particular threat or use of nuclear weapons could be lawful is therefore extremely narrow.

The present state of international law does not permit a more precise drawing of the border-line between unlawfulness and lawfulness of recourse to nuclear weapons.

7. In the long run the answer to the conflict which the invention of the nuclear weapon entailed between highest values and most basic needs of the community of States, can only lie in effective reduction and control of nuclear armaments and an improved system of collective security. This is why I have supported point 2 F of the Conclusions of the Opinion on the existence of a general obligation of States to pursue in good faith and bring to a conclusion negotiations leading to nuclear disarmament in all its aspects under strict and effective international control — although this pronouncement goes, strictly speaking, beyond the question asked of the Court.

(Signed) Carl-August FLEISCHHAUER.

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

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

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

(Signé) Carl-August FLEISCHHAUER.