

OPINION DISSIDENTE DE SIR GARFIELD BARWICK

[Traduction]

Par son ordonnance du 22 juin 1973, la Cour a séparé deux questions, celle de sa compétence pour connaître de la requête et celle de la recevabilité de cette dernière, de toutes les autres qui se posent en l'espèce. Elle a décidé que «les pièces écrites [porteraient] d'abord» sur ces questions. Elles seules devaient donc retenir l'attention des Parties. Chacune d'elles devait être appréciée par rapport à la situation qui existait à la date où la requête a été présentée à la Cour, c'est-à-dire le 9 mai 1973. Se conformant à l'ordonnance de la Cour, le demandeur a consacré son mémoire et ses plaidoiries exclusivement à ces questions. Ni le mémoire ni les plaidoiries n'ont traité d'autre chose.

Ayant lu le mémoire et entendu ces plaidoiries, la Cour a examiné lesdites questions mais, alors que les Parties attendent une décision à leur sujet, la Cour, de sa propre initiative et sans en informer les Parties, a statué que la requête était devenue sans objet en raison d'événements postérieurs au dépôt de la requête. Elle a pris en considération des indications relatives à des faits qui se seraient produits depuis la clôture de la procédure orale et elle les a traitées comme des éléments de preuve en l'espèce, et cela sans en aviser les Parties. Elle a tiré de ces indications une conclusion de fait. Elle a aussi donné de la requête une interprétation particulière. C'est en partant de cette conclusion et de cette interprétation que la Cour a apprécié si la requête était devenue sans objet, point qui, à mon avis, ne se rattache à aucune des deux questions sur lesquelles les plaidoiries ont porté. Il s'agit d'un problème tout à fait différent et nouveau. Les Parties n'ont donc pas eu la possibilité de développer devant la Cour leurs arguments sur les conclusions à tirer des événements survenus depuis le dépôt de la requête ou sur la bonne interprétation de la requête elle-même, soit pour traiter la question que la Cour a tranchée soit pour se demander s'il convenait de la trancher comme la Cour l'a fait ou de la trancher à ce stade de l'instance: on aurait pu en effet soutenir que cette question, si elle se posait, n'avait pas un caractère exclusivement préliminaire dans les circonstances de l'espèce. La conclusion de fait et l'interprétation de la requête peuvent de toute évidence prêter à discussion. De plus, les motifs de l'arrêt font intervenir d'importantes considérations de droit international. Il aurait donc été hautement indiqué d'entendre les arguments des conseils et d'obtenir leur assistance. De toute manière le demandeur aurait dû pouvoir s'exprimer sur toutes les questions que soulevait la décision de la Cour.

Au lieu de cela, sans informer les Parties de l'objet de son examen et sans les entendre, la Cour, par un arrêt dans lequel elle décide de ne pas poursuivre l'affaire, évite de statuer sur les deux questions dont elle était saisie et qui avaient été débattues.

Cette manière d'agir est à mon sens injustifiable et contraire à ce qu'on peut attendre d'un tribunal. La procédure suivie est selon moi injuste parce qu'elle ne respecte pas une obligation essentielle qui s'impose à la Cour dans son activité juridictionnelle. En tant que juge, je ne saurais la cautionner et, pour cette raison déjà, je ne puis m'associer à l'arrêt de la Cour. Il m'est en outre impossible d'y souscrire parce que je ne puis en accepter les motifs et parce qu'à mon avis les éléments sur lesquels repose la décision ne justifient pas la conclusion à laquelle la Cour a abouti. Je regrette donc de devoir exprimer mon dissentiment.

Il paraît parfaitement raisonnable de penser que, si la France était disposée à s'engager à l'égard de l'Australie par la promesse sans réserve de ne plus effectuer d'essais nucléaires atmosphériques dans le Pacifique Sud et si l'Australie s'estimait de ce fait suffisamment protégée, il serait opportun d'arriver à un compromis et de retirer la requête. Mais c'est là une décision qui ne relève que des Etats souverains. Elle n'est pas du ressort de la Cour. Le Règlement de la Cour fournit les moyens de mettre fin à l'instance si les parties en décident ainsi (voir art. 73 et 74). Il n'entre pas dans les attributions de la Cour de forcer un Etat à accepter un compromis ni d'imposer elle-même un compromis.

Il se peut qu'un profane, qui n'est pas tenu par le droit, soit raisonnablement fondé à estimer qu'une décision politique prise par la France, de ne plus exercer ce qu'elle prétend être son droit d'effectuer des essais nucléaires dans l'atmosphère, puisse être considérée lorsqu'elle est rendue publique comme mettant fin au litige entre l'Australie et la France. Mais la Cour est un organe judiciaire chargé de dire le droit et de l'administrer. Elle ne saurait adopter le point de vue du non-initié et doit s'en tenir aux principes juridiques et à leur application.

La Cour a décidé que la requête était devenue «sans objet» et qu'elle n'appelait en conséquence aucune décision de sa part. Dans le domaine qui nous intéresse les mots «sans objet», appliqués à une requête ou à une demande, impliquent à mon sens, dans les circonstances de l'espèce, soit qu'il n'existe entre les Patries aucun différend susceptible d'être résolu par la Cour en application des normes juridiques auxquelles elle peut faire appel, soit que la Cour ne puisse accorder la satisfaction demandée, soit que, dans les conditions qui existent ou qui existeraient au moment où la Cour est appelée à accorder cette satisfaction, la Cour, dans l'exercice de sa fonction judiciaire, ne puisse rendre une décision produisant effet pour les Parties ou pour leurs droits.

Employer l'expression «est devenue sans objet» dans les circonstances actuelles revient à dire selon moi que l'arrêt ne peut se justifier que si le différend entre la France et l'Australie au sujet de leurs droits réciproques a été résolu, a cessé d'exister, ou si la Cour, dans les circonstances de

l'espèce, n'est pas à même, dans l'exercice de sa fonction judiciaire, de faire une déclaration ou de prononcer une injonction ayant effet entre les Parties.

On notera que j'ai dit du différend qui oppose la France à l'Australie que c'était un différend portant sur leurs droits réciproques. J'expliquerai par la suite les raisons pour lesquelles j'estime que telle est la nature de leur différend. Mais il convient de faire observer dès maintenant que si le différend opposant les Parties ne portait pas sur leurs droits réciproques, la requête aurait été « sans objet » au moment de son dépôt et que la question de savoir si elle est *désormais* sans objet n'aurait pas pu se poser. En revanche s'il existait entre les Parties un différend portant sur leurs droits réciproques, c'est par rapport à ce différend qu'il faut déterminer si la requête est désormais sans objet.

Il va de soi que, si la Cour n'était pas compétente ou si la requête était irrecevable parce qu'il n'y a jamais eu entre les Parties de différend au sujet de leurs droits juridiquement protégés, la Cour ne devrait pas poursuivre l'instance. Mais la Cour ne s'est pas prononcée sur ces questions. L'arrêt n'est fondé ni sur un défaut de juridiction ni sur l'irrecevabilité de la requête à la date à laquelle elle a été présentée, encore qu'il semble en résulter implicitement que la requête était recevable à la date de son dépôt.

Pour m'expliquer aussi clairement que possible à ce sujet, il me faudra tout d'abord examiner les deux seules questions au sujet desquelles des arguments ont été présentés à la Cour. J'indiquerai ensuite les raisons pour lesquelles je ne puis souscrire à l'arrêt (voir p. 439 ci-après). Je présenterai d'abord mes conclusions et je développerai ensuite les motifs sur lesquels elles reposent.

A mon avis, la Cour est compétente pour connaître d'un différend au sujet duquel la France et l'Australie se contestent réciproquement un droit en vertu de l'article 36, paragraphe 1, et de l'article 37 du Statut de la Cour et de l'article 17 de l'Acte général de Genève du 26 septembre 1928. J'estime en outre qu'à la date où la requête a été déposée il existait, et il existe encore selon moi, un différend entre la France et l'Australie au sujet de leurs droits réciproques et des conséquences pour le territoire et l'environnement de l'Australie des explosions d'engins nucléaires auxquelles la France a procédé dans le Pacifique Sud.

En outre les Parties s'opposaient et continuent de s'opposer sur le point de savoir si, d'après le droit international, les essais d'armes nucléaires dans l'atmosphère sont licites ou non. Sous réserve d'un plus ample examen de l'intérêt juridique du demandeur par rapport à ce dernier différend, je suis d'avis que les Parties, à la date de la requête et à l'heure actuelle, se contestent réciproquement un droit au sujet des essais d'armes nucléaires en atmosphère.

S'il faut y voir une question à part en la présente espèce, j'estime que la demande du requérant est recevable pour tous les chefs qu'elle comporte à l'exception de celui qui a trait à l'illicéité des essais d'armes nucléaires dans l'atmosphère. A mon sens, la question de savoir si le

requérant a un intérêt juridique à faire valoir cette dernière réclamation n'a pas un caractère exclusivement préliminaire et ne peut être tranchée à ce stade de l'instance.

Les distinctions qui ressortent implicitement des conclusions ainsi exposées seront précisées dans la suite de la présente opinion.

Mon attitude à l'égard de l'arrêt de la Cour est donc que celle-ci est actuellement saisie d'une requête qui est recevable dans les limites que j'ai indiquées et dont la Cour est compétente pour connaître. Il me paraît que, conformément à l'article 38 du Statut, la Cour aurait dû trancher la question de sa compétence et, s'il s'agit d'une question distincte, celle de la recevabilité de la requête.

J'estime que le différend entre les Parties au sujet de leurs droits juridiquement protégés n'a pas été résolu et n'a pas non plus disparu en raison du communiqué et des déclarations cités dans l'arrêt et qu'il existait toujours à la date de la requête un différend opposant les Parties au sujet de ces droits. Il en va ainsi, selon moi, même si, contrairement à l'opinion que j'ai exprimée, le communiqué et les déclarations en question constituent de la part de la France une assurance selon laquelle elle ne procédera plus à des essais nucléaires dans l'atmosphère. Cette assurance, pour autant qu'elle ait été donnée, ne confère à l'Australie aucun droit au sujet des explosions nucléaires et des essais d'armes nucléaires: en fait elle confirme implicitement le droit de la France de continuer à procéder à ces explosions ou à ces essais. A mon avis, une assurance semblable ne saurait, en elle-même, résoudre un différend portant sur des droits juridiquement protégés.

J'estime en outre que l'arrêt ne peut se fonder sur les éléments et sur les motifs qui y figurent.

J'exposerai maintenant les raisons pour lesquelles j'ai abouti à ces différentes conclusions.

INDICATION DE MESURES CONSERVATOIRES

Le 22 juin 1973, à la majorité des voix, la Cour a indiqué, en attendant son arrêt définitif dans l'instance, des mesures conservatoires tendant à ce que:

«Le Gouvernement australien et le Gouvernement français veillent l'un et l'autre à éviter tout acte qui risquerait d'aggraver ou d'étendre le différend dont la Cour est saisie ou de porter atteinte au droit de l'autre Partie à obtenir l'exécution de tout arrêt que la Cour pourrait rendre en l'affaire; et en particulier le Gouvernement français s'abstienne de procéder à des essais nucléaires provoquant le dépôt de retombées radioactives sur le territoire australien.»

L'un des considérants de l'ordonnance est ainsi rédigé:

«Considérant que, lorsqu'elle est saisie d'une demande en indication de mesures conservatoires, la Cour n'a pas besoin, avant d'indiquer ces mesures, de s'assurer de façon concluante de sa compétence

quant au fond de l'affaire, mais qu'elle ne doit cependant pas indiquer de telles mesures si les dispositions invoquées par le demandeur ne se présentent pas comme constituant, *prima facie*, une base sur laquelle la compétence de la Cour pourrait être fondée... »

Après avoir indiqué au paragraphe 14 de l'ordonnance que le Gouvernement australien (le demandeur) fondait la compétence de la Cour pour connaître de sa requête 1) sur l'article 17 de l'Acte général de Genève du 26 septembre 1928, rapproché de l'article 36, paragraphe 1, et de l'article 37 du Statut de la Cour, et 2) subsidiairement, sur l'article 36, paragraphe 2, du Statut de la Cour et les déclarations déposées en vertu de cet article par l'Australie et la France, la Cour a conclu :

« Considérant que les éléments soumis à la Cour l'amènent à conclure, au stade actuel de la procédure, que les dispositions invoquées par le demandeur se présentent comme constituant, *prima facie*, une base sur laquelle la compétence de la Cour pourrait être fondée; et qu'en conséquence la Cour se propose d'examiner la demande en indication de mesures conservatoires présentée par le demandeur... »

Exposant sommairement dans ma déclaration du 22 juin 1973 les raisons pour lesquelles j'ai voté avec la majorité en faveur de l'indication de mesures conservatoires, j'ai écrit :

« J'ai voté en faveur de l'indication de mesures conservatoires et de l'ordonnance de la Cour sur la suite de la procédure, convaincu par les discussions très approfondies auxquelles la Cour a procédé ces dernières semaines et par mes propres recherches que l'Acte général de 1928 et la déclaration du Gouvernement français acceptant, avec réserve, la juridiction obligatoire de la Cour constituent l'un et l'autre, *prima facie*, une base possible de compétence de la Cour pour connaître des demandes formulées par l'Australie dans sa requête du 9 mai 1973 et se prononcer à leur sujet. »

J'entendais ainsi souligner que la Cour avait à l'époque examiné la question de sa compétence d'une manière très approfondie et qu'elle n'avait pas pris sa décision sur la base de simples présomptions ou de considérations superficielles. Conformément à la jurisprudence de la Cour, cet examen avait permis de dire qu'il semblait exister, *prima facie*, une base sur laquelle la compétence de la Cour pourrait être fondée.

Pour ma part j'estimais probable, à l'époque, qu'à la date de la requête l'Acte général de Genève du 26 septembre 1928 (l'Acte général) conservait sa validité en tant que traité en vigueur entre l'Australie et la France et que le différend entre ces Etats, comme en témoignaient les documents déposés en même temps que la requête, relevait de l'article 17 de l'Acte général.

La prise en considération comme base juridictionnelle des déclarations par lesquelles la France et l'Australie ont accepté la juridiction obligatoire

de la Cour en vertu de l'article 36, paragraphe 2, du Statut avec certaines réserves, notamment celle de la France en date du 20 mai 1966, soulève d'autres questions sur lesquelles je n'avais pas alors à me prononcer mais qui n'excluaient pas nécessairement à première vue, selon moi, la possibilité que la Cour soit compétente sur cette base.

Afin de régler aussi rapidement que possible la question de la compétence de la Cour et celle de la recevabilité de la requête, la Cour a décidé que les pièces écrites porteraient d'abord sur ces questions.

FAUT-IL TRANCHER D'ABORD LA QUESTION DE LA COMPÉTENCE OU CELLE DE LA RECEVABILITÉ?

Je n'ai pas découvert dans les décisions adoptées par la Cour, dans les opinions des juges, ni dans les ouvrages de droit international de définition de la recevabilité qui soit universellement applicable. Dans l'opinion dissidente qu'il a émise en la présente espèce (*C.I.J. Recueil 1973*, p. 126), M. Petrén a donné une définition très large de la recevabilité et, dans la sienne, M. Gros a fait valoir que l'absence d'un différend justiciable, c'est-à-dire d'un différend que la Cour puisse résoudre en appliquant des normes juridiques, rend la requête « sans objet » et donc irrecevable *ab initio*. Dans la déclaration qu'il a faite à l'époque, M. Jiménez de Aréchaga a considéré qu'au paragraphe 23 de son ordonnance la Cour a entendu indiquer que l'existence d'un intérêt juridique du demandeur à soutenir ses prétentions constituait un aspect de la recevabilité.

Dans le mémoire et dans les plaidoiries qu'il a consacrés à la question de la recevabilité, le demandeur s'est borné en substance à examiner la question de savoir s'il avait un intérêt juridique à présenter sa requête. Mais la Cour elle-même n'a fait sienne aucune conception particulière de la recevabilité. Le Président a souligné au cours des audiences que la Cour déciderait elle-même de la portée de la question de la recevabilité, et qu'en particulier elle ne s'en tiendrait pas forcément à la conception que semblaient avoir adoptée les conseils. Je reviendrai plus tard sur la question de la recevabilité, sujet qui appelle un examen dans la mesure où, dans la présente affaire, il se distingue de la compétence.

Au stade préliminaire d'une affaire, il peut y avoir à déterminer s'il convient de se prononcer sur la recevabilité d'une requête avant de statuer sur tout problème de compétence. Il semble que les opinions soient partagées quant à savoir si, dans un cas concret, il y a lieu d'établir la compétence avant de passer à la recevabilité de la requête, témoin d'une part les vues exprimées dans l'opinion individuelle de sir Percy Spender et dans les opinions dissidentes du Président (M. Klaestad), de M. Armand-Ugon et de sir Hersch Lauterpacht en l'affaire de l'*Interhandel* (*C.I.J. Recueil 1959*, p. 6), et d'autre part les thèses de sir Gerald Fitzmaurice dans son opinion individuelle en l'affaire du *Cameroun septentrional* (*C.I.J. Recueil 1963*, p. 15). On ne discerne aucune règle universelle nettement consacrée par la Cour et qui voudrait que dans une affaire quelconque l'une des deux questions soit résolue avant l'autre.

Mais en admettant même que dans certains cas la Cour doive se prononcer sur la recevabilité d'une affaire avant de s'assurer de sa propre compétence ou de l'étendue de celle-ci, j'estime qu'en l'occurrence la Cour devait tout d'abord établir sa juridiction. J'aboutis à cette conclusion pour deux raisons. Premièrement, il y a, a-t-on dit, une question de recevabilité à régler dans la présente instance qui, même si elle existe en tant que question distincte, me paraît liée au problème de la compétence et qui, étant donné la source de juridiction invoquée — l'article 17 de l'Acte général — se prêterait difficilement à un examen tout à fait séparé. Deuxièmement, la Cour a déjà indiqué des mesures conservatoires et souligné la nécessité d'aboutir rapidement à une décision définitive au sujet de sa compétence pour connaître de la requête. A mon avis, il ne serait pas *judiciairement approprié d'éluder maintenant une décision sur la compétence de la Cour en s'attachant à examiner préalablement la recevabilité de la requête*, ce qui impliquerait que les deux notions s'excluent mutuellement en l'espèce.

CARACTÈRE EXCLUSIVEMENT PRÉLIMINAIRE DES QUESTIONS

Je dois présenter ici quelques observations générales au sujet du caractère qu'aurait dû revêtir un examen de la compétence et de la recevabilité effectué en vertu de l'ordonnance du 22 juin 1973. Bien que l'ordonnance ne le dise pas expressément, il m'a paru que ces questions ont été conçues comme étant préliminaires et devant être plaidées et tranchées comme telles. Il ne convient de les traiter au présent stade de l'instance que dans la mesure où chacune d'elles a «un caractère exclusivement préliminaire»; si ce n'est pas le cas leur examen doit être renvoyé au stade du fond.

Dans le Règlement amendé le 10 mai 1972, où figure le texte actuel de l'article 67, paragraphe 7, la Cour a prévu qu'une affaire pourrait être examinée en deux temps et que les questions de compétence et de recevabilité, et toute autre question préjudicielle, pourraient être résolues dans une première phase s'il était possible de les considérer comme ayant un caractère exclusivement préliminaire. L'article 67, d'après son texte, ne peut s'appliquer que si une partie défenderesse élève régulièrement une exception contre la compétence de la Cour ou contre la recevabilité de la requête. En l'espèce, le défendeur n'a présenté aucune exception d'incompétence ou d'irrecevabilité dans les conditions prévues à l'article 67. On peut donc dire que, techniquement, l'article 67, paragraphe 7, ne régit pas la procédure dans la présente phase. Toutefois, même s'il n'est pas applicable à ce stade, par sa simple présence dans le Règlement, ce paragraphe ne peut manquer d'influer sur l'examen des questions. Il en ressort en effet très nettement que lorsque des questions comme celles de la compétence ou de la recevabilité sont détachées du fond, elles ne peuvent être tranchées indépendamment de celui-ci que si elles ont un caractère exclusivement préliminaire, autrement dit, si on peut statuer à leur sujet sans se prononcer sur le fond. La division de l'affaire en phases,

décidée par l'ordonnance de la Cour du 22 juin 1973, doit donc être adaptée à l'esprit du Règlement, de sorte que les seules questions qui puissent être résolues pour le moment sont celles qui revêtent un caractère exclusivement préliminaire. La teneur du mémoire et le déroulement des plaidoiries montrent que le demandeur a compris qu'il ne serait statué sur chaque question que si elle avait ce caractère. Aucun dissentiment ne s'est manifesté à cet égard.

LE RÔLE DE L'ARTICLE 53

L'article 53 du Statut dispose :

« 1. Lorsqu'une des parties ne se présente pas, ou s'abstient de faire valoir ses moyens, l'autre partie peut demander à la Cour de lui adjuger ses conclusions.

2. La Cour, avant d'y faire droit, doit s'assurer non seulement qu'elle a compétence aux termes des articles 36 et 37, mais que les conclusions sont fondées en fait et en droit. »

Une partie peut demander l'application de ces dispositions quand son adversaire fait défaut faute de comparaître ou de conclure. Lorsqu'elle est priée par une partie de se prononcer sur sa demande malgré le défaut de l'autre, la Cour, avant de statuer, doit s'assurer de sa compétence et du bien-fondé de la demande en fait et en droit. Si l'article ne figurait pas dans le Statut, il n'est pas douteux que, une fois convaincue de sa propre compétence et du bien-fondé des conclusions de l'Etat demandeur, la Cour serait habilitée à donner gain de cause à celui-ci, malgré le défaut faute de comparaître ou de conclure de la partie défenderesse. L'article confirme ce pouvoir et son inclusion dans le Statut s'explique sans doute par le fait que les parties devant la Cour sont des Etats souverains et qu'il permet de présumer le consentement à la procédure par défaut.

Compte tenu de sa rédaction, l'article s'applique exclusivement selon moi à la phase de la procédure où la demande est examinée et tranchée au fond. Aussi, et étant donné la nature même de ces mesures et les circonstances dans lesquelles elles sont indiquées, l'article 53 ne joue à mon avis aucun rôle au stade des mesures conservatoires. C'est d'ailleurs ainsi que la Cour a traité l'article lorsqu'elle a, dans le passé, examiné l'indication de mesures conservatoires; je renvoie notamment au paragraphe 15 de l'ordonnance rendue dans l'affaire de la *Compétence en matière de pêcheries (Royaume-Uni c. Islande)*, mesures conservatoires (C.I.J. Recueil 1972, p. 15) et au paragraphe 13 de l'ordonnance du 22 juin 1973 en la présente affaire (C.I.J. Recueil 1973, p. 101). A ces deux occasions, les observations de la Cour au sujet du point jusqu'où elle doit aller pour s'assurer de sa propre compétence démentent absolument l'idée que

l'article 53 régissait la phase de l'examen des mesures conservatoires. Ces observations de la Cour ne contredisent pas non plus à mon avis les thèses exprimées par sir Hersch Lauterpacht dans l'affaire de l'*Interhandel, mesures conservatoires* (C.I.J. Recueil 1957, p. 118); en revanche, la Cour ne s'est pas montrée disposée à faire sienne l'interprétation plus restrictive donnée par M. Winiarski et Badawi Pacha dans l'affaire de l'*Anglo-Iranian Oil Co.* (C.I.J. Recueil 1951, p. 96-98) et reprise par M. Padilla Nervo dans l'affaire de la *Compétence en matière de pêcheries* (C.I.J. Recueil 1972, p. 21).

Sans perdre de vue cette considération fondamentale que la Cour n'a qu'une compétence limitée qui dépend en dernière analyse du consentement des Etats, il est essentiel de rappeler que l'article 41 du Statut de la Cour l'habilite expressément à indiquer des mesures conservatoires si elle estime que les circonstances l'exigent — et, à la différence de l'article 53, l'article 41 ne restreint pas ce pouvoir expressément ou, dirai-je, implicitement, par des considérations relatives à la compétence ou au fond de l'affaire. Les premiers mots du paragraphe 2 de l'article 41: «En attendant l'arrêt définitif», apportent à mon avis la preuve que l'article 53 ne vise pas l'indication de mesures conservatoires et n'en conditionne pas l'examen. Je dois donc dire, respectueusement, que je ne saurais souscrire à la thèse contraire. Mais bien que l'article 41 ne vise pas les questions de compétence ou de fond, la Cour examinera sa compétence dans les limites déjà évoquées avant d'indiquer des mesures conservatoires, et un mal-fondé manifeste au fond influera certainement sur sa décision de prescrire ou de ne pas prescrire de semblables mesures.

Le demandeur n'a pas encore prié la Cour de lui adjuger ses conclusions. Je dirai même qu'il en a été empêché par l'ordonnance du 22 juin séparant du fond les deux aspects de la compétence et de la recevabilité. L'article 53 n'entre donc pas en jeu au présent stade de l'instance. Par son ordonnance, la Cour a décidé de faire porter l'examen sur sa compétence. Si par la suite la Cour confirme qu'elle est compétente, cette conclusion satisfera bien entendu pour une part aux prescriptions de l'article 53 au moment où celui-ci devra s'appliquer. A la vérité, après avoir rendu son ordonnance du 22 juin, et abstraction faite des dispositions de l'article 53, la Cour ne pouvait pas pousser plus loin son examen de l'affaire à moins soit de s'être assurée de sa compétence et de la recevabilité de la requête, soit d'avoir conclu que dans les circonstances de l'espèce l'une ou l'autre de ces questions n'avait pas un caractère exclusivement préliminaire. Dans cette dernière hypothèse, ladite question pouvait être tranchée au stade du fond, et c'est ce que l'article 53 paraît envisager. Ni l'article 53 ni aucune autre disposition du Statut ne traite de la recevabilité de la requête.

COMPÉTENCE

J'en viens à la question de la compétence de la Cour pour connaître de la requête, laquelle a été dûment déposée le 9 mai 1973. C'est donc à

cette date qu'il convient de se placer pour apprécier les questions de compétence et de recevabilité. La requête conclut en ces termes :

« En conséquence, le Gouvernement australien prie la Cour dire et juger que, pour l'un quelconque ou l'ensemble des motifs exposés ci-dessus ou pour tout autre motif jugé pertinent par la Cour, la poursuite des essais atmosphériques d'armes nucléaires dans l'océan Pacifique Sud n'est pas compatible avec les règles applicables du droit international et

Ordonner

à la République française de ne plus faire de tels essais. »

Il importe de souligner d'emblée que la requête vise à obtenir à la fois une déclaration et une injonction. Selon moi la demande de déclaration a manifestement pour objet d'obtenir des mesures correctives au fond et ne constitue pas simplement un considérant ou un motif invoqué pour justifier l'injonction sollicitée. On pourrait à vrai dire concevoir que, si les circonstances s'y prêtaient, la déclaration suffise. L'importance de cette observation fondamentale par rapport à la nature de la décision sollicitée apparaîtra pleinement par la suite.

La Cour a dûment notifié à la France, par télégramme, le dépôt de la requête. Une copie de cette dernière a été dûment transmise en temps voulu au Gouvernement français.

L'article 38, paragraphe 3, du Règlement prévoit qu'en accusant réception d'une telle notification de la Cour la partie contre laquelle la requête est présentée et qui est ainsi avisée doit, au moment de l'accusé de réception, ou sinon le plus tôt possible, faire connaître à la Cour le nom de son agent.

Par lettre en date du 16 mai 1973, la France, par l'intermédiaire de son ambassadeur aux Pays-Bas, a accusé réception de la notification du dépôt de la requête, mais elle n'a pas désigné d'agent. La France a fait connaître à la Cour qu'à son avis, c'est-à-dire à l'avis de la France, la Cour n'avait manifestement pas compétence pour se prononcer sur la requête et que la France n'avait pas l'intention de participer à l'instance. Effectivement, elle n'y a pas pris part en accomplissant l'un des actes formellement prévus par le Règlement. La France a demandé que la Cour raye purement et simplement l'affaire du rôle, ce qui fut refusé en juin 1973 — attitude confirmée par la décision finale rendue en l'espèce.

Un point fondamental est que la Cour seule est habilitée à déterminer si elle est ou non compétente pour connaître d'une matière quelconque. Cela résulte de l'article 36, paragraphe 6, de son Statut. Aucun Etat ne peut trancher cette question. Dans son Règlement (art. 67), la Cour a défini la procédure qui lui permet d'examiner les conclusions d'un Etat qui conteste sa compétence dans un cas particulier. La France ne s'est pas prévaluée de ces dispositions. L'affaire s'est poursuivie sans qu'une

exception d'incompétence ait été dûment présentée de la manière envisagée par le Règlement.

La lettre de l'ambassadeur du 16 mai 1973 était accompagnée d'une annexe comptant quelque onze pages de texte dactylographié sur papier grand format, où étaient exposés les motifs que la France avait de conclure à l'incompétence manifeste de la Cour pour connaître de la requête. Ce document, qui a été dénommé dans la suite de la procédure l'«annexe française» a joué tout au long de l'instance un rôle assez ambigu mais pour finir on en est venu à le traiter comme une conclusion présentée dans une pièce de procédure, ce qu'il n'est évidemment pas. Etant simplement juge *ad hoc*, je m'abstiendrai de me prononcer sur l'opportunité ou l'inopportunité d'admettre une communication telle que l'annexe française. Je note cependant qu'une situation assez semblable s'est présentée dans l'affaire de la *Compétence en matière de pêcheries (C.I.J. Recueil 1973, p. 1)*, mais la question de savoir si la Cour permet, à titre de pratique régulière, que des «conclusions» de ce genre soient soumises en dehors du cadre du Règlement ne me concerne naturellement pas.

Bien entendu, en l'absence de l'une des parties, tout tribunal aura à cœur de rechercher, de sa propre initiative, les motifs qu'aurait pu légitimement invoquer contre la requête la partie qui ne s'est pas présentée. On ne saurait donc dire que la Cour ait eu tort de considérer la teneur de l'annexe française, au moment où elle l'a reçue, comme fournissant une indication de certains de ces motifs. En fait le contenu de l'annexe et celui du *Livre blanc* français sur les expériences nucléaires, qui a été publié, mais non communiqué à la Cour, durant l'instance, ont été pris pleinement en considération.

J'en arrive aux raisons qui m'amènent à conclure que l'Acte général de Genève du 26 septembre 1928 était un traité en vigueur entre l'Australie et la France à la date du dépôt de la requête, ce qui établit la compétence de la Cour en vertu de l'article 36, paragraphe 1, pour statuer sur un différend à propos duquel les Parties se contestent réciproquement un droit.

Le demandeur cherche à fonder la compétence de la Cour sur deux bases alternatives et n'essaie pas de les cumuler comme l'a fait la Belgique en l'affaire de la *Compagnie d'électricité de Sofia et de Bulgarie (C.P.J.I. série C, 1938, p. 64)* pour les deux fondements de la juridiction de la Cour qu'elle invoquait en l'espèce. Le demandeur n'essaie pas d'utiliser l'une des bases de compétence pour renforcer ou compléter l'autre. Il les prend, ainsi que le fait le Statut de la Cour selon moi, comme deux sources de juridiction indépendantes ou, pourrait-on dire d'une façon plus imagée, deux voies d'accès indépendantes à la Cour. Le demandeur se prévaut en principe de la compétence conférée à la Cour par l'article 36, paragraphe 1, du Statut et, pour justifier qu'il s'agit bien, conformément aux termes de cet article, d'un «cas spécialement prévu dans les traités et conventions en vigueur» il fait état de l'application combinée de l'article 17 de l'Acte général et de l'article 37 du Statut de la Cour, ainsi que de son différend avec la France.

L'article 36, paragraphe 2, du Statut de la Cour est invoqué comme autre source de compétence, la France et l'Australie ayant, conformément à cet article, déclaré qu'elles acceptaient la juridiction obligatoire de la Cour, chacune avec des réserves, en particulier, dans le cas de la France, celle du 20 mai 1966.

Etant parvenu à la ferme conclusion que la Cour est compétente en l'espèce en vertu de l'article 36, paragraphe 1, du Statut, et les deux sources de compétence invoquées étant placées sur le même pied en l'occurrence, il me paraît superflu de prendre position sur l'autre base de la juridiction: l'article 36, paragraphe 2, qui, dans ces conditions, cesse à mon avis d'être pertinente. J'aurai cependant à évoquer la thèse suivant laquelle une déclaration d'acceptation de la clause facultative de l'article 36, paragraphe 2, est inconciliable avec le maintien en vigueur des obligations prévues par l'Acte général et en fait s'y substitue. J'examinerai aussi la seconde thèse, qui voudrait que la réserve dont la France a assorti le 20 mai 1966 sa déclaration d'acceptation de la juridiction obligatoire vaille aussi, dans la limite définie par ses propres termes, pour les obligations en vertu de l'Acte général, à supposer que ces dernières existent. Je crois cependant pouvoir dire ici que je ne serais pas disposé à accepter en totalité les thèses du demandeur sur le sens et la portée de la réserve apportée par la France, le 20 mai 1966, à sa déclaration d'acceptation de la juridiction obligatoire de la Cour.

C'est un lieu commun de dire que la compétence de la Cour dépend fondamentalement du consentement des Etats mais que ce consentement peut être donné à titre général dans un traité, aussi bien que sur une base *ad hoc*. Qu'elle soit donnée dans un traité multilatéral ou dans une clause compromissoire d'un traité bilatéral l'acceptation de la compétence ne peut être révoquée ou modifiée que dans les conditions prévues dans l'instrument où elle figure, aussi longtemps que celui-ci reste en vigueur conformément au droit des traités. Le consentement ainsi donné subsiste conformément aux termes convenus et n'a besoin d'être réaffirmé à aucun moment pour conserver son efficacité. Quand un instrument stipule les conditions dans lesquelles les obligations qu'il prévoit peuvent prendre fin ou être modifiées, on ne peut y mettre fin ou les modifier que de la manière prescrite tant que le traité demeure en vigueur. Ainsi, le consentement donné en souscrivant au traité ne peut être retiré ou transformé par l'action unilatérale de l'une ou l'autre des parties, si ce n'est conformément aux termes du traité lui-même. Des traités peuvent pourtant prendre valablement fin par l'effet de l'une des circonstances envisagées dans la Convention de Vienne sur le droit des traités: impossibilité d'exécution ultérieure, changement fondamental des circonstances ou conclusion d'un traité postérieur entre les mêmes parties, aussi bien que par consentement mutuel ou conformément à leurs stipulations.

Il semble que l'Acte général appartienne à la catégorie des traités multilatéraux mais que l'adhésion créait des obligations bilatérales. En vertu de son article 44 l'Acte devait entrer en vigueur le quatre-vingt-dixième jour suivant l'adhésion d'au moins deux Etats. Jusque-là, et pour

reprendre une expression utilisée au cours des travaux préparatoires, il constituait «une convention *in spe*» (*Documents officiels de la neuvième session ordinaire de l'Assemblée, procès-verbaux de la Première Commission*, p. 70). En fait, conformément à l'article susvisé, l'Acte est entré en vigueur le 16 août 1929. C'était un instrument remarquable, représentant un très grand pas en avant pour la cause du règlement pacifique des différends. Sa durée initiale était de cinq ans, et il était renouvelé automatiquement tous les cinq ans à partir de sa première entrée en vigueur s'il n'avait été dénoncé six mois au moins avant l'expiration de la période quinquennale en cours (art. 45, par. 1). La dénonciation pouvait être partielle et consister en la notification de réserves qui n'avaient pas été faites antérieurement (art. 45, par. 5). La dénonciation devait prendre la forme d'une notification écrite adressée au Secrétaire général de la SdN, qui devait aviser tous les Etats ayant adhéré à l'Acte (art. 45, par. 3). L'Acte prévoyait la conciliation des différends de toute nature qui n'avaient pu être réglés par la voie diplomatique (chapitre premier), le règlement judiciaire de tous les différends portant sur des droits juridiquement protégés (chap. II) et l'arbitrage lorsque le litige ne concernait pas de tels droits (chap. III). Les adhésions pouvaient porter sur l'Acte tout entier ou sur certaines de ses parties, par exemple sur les chapitres premier et II, complétés par les éléments appropriés des dispositions générales du chapitre IV, ou bien sur le chapitre premier seulement avec les éléments nécessaires du chapitre IV (art. 38). Les derniers mots de l'article 38 introduisaient le principe de la réciprocité des obligations.

La France et l'Australie ont adhéré à l'Acte général dans sa totalité le 21 mai 1931. Dans chaque cas l'adhésion s'accompagnait de certaines conditions, sur lesquelles j'aurai à revenir brièvement par la suite. A la date de la requête ni la France ni l'Australie n'avaient dénoncé l'Acte général. Le 10 janvier 1974, la France a adressé au Secrétaire général des Nations Unies une notification représentant une dénonciation conforme à l'article 45 de l'Acte général, mais qui est sans pertinence pour la présente affaire. Il est prévu à l'article 45, paragraphe 5, de l'Acte que toutes les procédures engagées au moment de l'expiration du terme de l'Acte général continueront jusqu'à leur achèvement normal. De plus, la jurisprudence de la Cour exclut que la dénonciation d'un traité puisse mettre fin à sa juridiction après l'ouverture d'une instance devant la Cour (voir l'affaire *Nottebohm*, C.I.J. Recueil 1953, p. 122).

L'article 17 figurant au chapitre II de l'Acte général dispose :

«Tous différends au sujet desquels les parties se contesteraient réciproquement un droit seront, sauf les réserves éventuelles prévues à l'article 39, soumis pour jugement à la Cour permanente de Justice internationale, à moins que les parties ne tombent d'accord, dans les termes prévus ci-après, pour recourir à un tribunal arbitral. Il est entendu que les différends ci-dessus visés comprennent notamment ceux que mentionne l'article 36 du Statut de la Cour permanente de Justice internationale.»

La France et l'Australie sont devenues Membres de l'Organisation des Nations Unies dès sa création, et du même coup parties au Statut de la Cour (voir art. 93 de la Charte). Chacune est donc liée par l'article 37 du Statut qui a pour effet de remplacer la Cour permanente de Justice internationale par la Cour actuelle lorsqu'un traité ou une convention en vigueur prévoit le renvoi à la première nommée. Il est clair que l'article 17 de l'Acte général prévoit le renvoi à la Cour de tous les différends au sujet desquels les parties se contesteraient réciproquement un droit. Ainsi, pour ce qui concerne la France et l'Australie, on peut considérer que les dispositions de l'article 17 visent la Cour internationale de Justice et non pas la Cour permanente de Justice internationale.

Quels que soient les doutes que l'on ait pu éprouver antérieurement au sujet de l'efficacité totale de l'article 37 pour substituer la Cour actuelle à la Cour permanente de Justice internationale entre Membres des Nations Unies, ces doutes ont été dissipés par l'arrêt de la Cour en l'affaire de la *Barcelona Traction (C.I.J. Recueil 1964, p. 39 et 40)*. Ainsi, à moins que les obligations contractuelles du chapitre II de l'Acte général, qui comprend l'article 17, n'aient pris fin ou n'aient été remplacées conformément au droit des traités, il paraît évident que la France avait consenti à la compétence de la Cour pour connaître d'un différend opposant la France et l'Australie au sujet de leurs droits respectifs, compte étant tenu des réserves qui pouvaient avoir été valablement formulées en vertu de l'article 39 de l'Acte général.

J'ai déjà dit qu'aucune des Parties n'avait dénoncé l'Acte à la date de la requête. L'argumentation de l'annexe française, sur laquelle j'aurai à revenir, est essentiellement que, pour des raisons indiquées dans l'annexe, l'Acte général a perdu sa validité mais que, même si ce n'est pas le cas, le consentement de la France à la compétence de la Cour, résultant de l'article 17 de l'Acte général, a été retiré ou redéfini conformément aux termes de sa réserve du 20 mai 1966 à sa déclaration d'acceptation de la juridiction obligatoire de la Cour en vertu de l'article 36, paragraphe 2, du Statut. Il convient donc d'évoquer brièvement ici les conditions dans lesquelles il peut être mis fin à un traité.

La Convention de Vienne sur le droit des traités peut être considérée en général comme consacrant le droit international coutumier relatif aux traités. Aussi, bien que la France n'ait pas ratifié cette convention, les dispositions de sa partie V concernant la nullité, l'extinction et la suspension de l'application des traités peuvent être mises en œuvre pour déterminer si l'Acte général a pris fin autrement que par dénonciation avant le commencement de la présente instance.

Si l'on prend successivement les motifs d'extinction énumérés dans la section 3 de la partie V de la convention qui pourraient éventuellement s'appliquer, on voit que ni la France ni l'Australie n'ont consenti à l'extinction de leurs obligations réciproques en vertu de l'Acte général. Je soulignerai plus loin, à propos de la thèse selon laquelle l'Acte général serait tombé en désuétude, que rien, dans les éléments soumis à la Cour,

ne permet de dire que l'Acte général avait pris fin, d'entente entre les deux Parties, à la date de la requête (art. 54 de la convention). Aucun traité postérieur portant sur la même matière que l'Acte général n'a été conclu entre la France et l'Australie (art. 59 de la convention). Ni l'une ni l'autre n'ont adhéré à l'Acte général révisé de 1949 dont je reparlerai le moment venu. Aucune violation substantielle de l'Acte général, que l'Australie aurait commise, n'a été invoquée comme motif pour mettre fin à l'Acte général entre la France et l'Australie. Je reviendrai brièvement sur la thèse qui voudrait qu'une réserve présentée par l'Australie en 1939 en dehors des délais normaux ait entraîné l'extinction de l'Acte général entre la France et l'Australie (art. 60 de la convention). Il n'est survenu aucune situation rendant l'exécution impossible, due à la disparition définitive d'un objet indispensable à l'exécution de l'Acte, et la France n'a jamais invoqué un tel motif d'extinction avant le dépôt de la requête (art. 61 de la convention). L'effondrement de la Société des Nations n'a pas entraîné la disparition d'un objet indispensable à l'exécution de l'Acte général, et je le démontrerai ultérieurement. Il n'y a pas eu de changement fondamental des circonstances qui constituaient une base essentielle du consentement des Parties à être liées par le traité et aucun changement de cette nature n'a transformé radicalement la portée des obligations souscrites en vertu de l'Acte (art. 62 de la convention). Aucune obligation prévue par l'Acte général ne contrevient au *jus cogens* (art. 64 de la convention). Enfin il ressort de l'article 65 de la convention de Vienne qu'une notification s'impose si l'on invoque l'un de ces motifs d'extinction. En l'espèce, aucune notification n'a été faite.

Dans ces conditions, il serait véritablement difficile de ne pas conclure que l'Acte général était un traité en vigueur entre la France et l'Australie à la date de la requête et que, par le jeu de l'article 17 de l'Acte général et de l'article 37 du Statut, les Parties ont consenti à la compétence de la Cour pour résoudre entre elles les différends au sujet desquels elles se contesteraient réciproquement un droit.

L'annexe française n'en affirme pas moins hardiment que l'Acte général ne peut être invoqué comme source de la compétence de la Cour pour connaître de la requête: selon elle l'Acte serait à présent dépourvu de validité. J'aurai donc à examiner les arguments à l'appui de cette conclusion qui figurent dans l'annexe française.

Avant d'en venir là, cependant, il convient de souligner qu'aucun juriste, aucun spécialiste du droit international, n'a émis l'idée que l'Acte général avait cessé d'être en vigueur à un moment quelconque antérieurement au dépôt de la requête. En fait, nombre d'éminents auteurs ont exprimé l'avis contraire. Toutefois, dans une note en bas de la page 1071 du second volume de la deuxième édition de son traité de droit international, M. O'Connell écrit, à propos de l'Acte général: « Il est lié à tel point aux rouages de la Société des Nations que sa situation est indécise. » M. O'Connell a été le seul à formuler cette observation et il suffira de

souligner que l'argumentation très serrée qu'il a présentée au nom du demandeur dans la présente instance paraît exclure qu'une note semblable continue à figurer dans les éditions ultérieures de son ouvrage.

Dans les arrêts de la Cour on ne trouve aucune mention, aucune analyse de l'Acte général qui laisse planer le moindre doute sur son maintien en vigueur. En fait, dans l'affaire relative à *Certains emprunts norvégiens* (C.I.J. Recueil 1957, p. 74), M. Basdevant mentionne l'Acte général comme étant un traité ou convention alors en vigueur entre la France et la Norvège. Il souligne que l'Acte a été visé dans les observations du Gouvernement français et expressément invoqué par l'agent de ce gouvernement au cours des plaidoiries. L'éminent juge déclare : « A aucun moment il n'a été mis en doute que cet Acte fût droit entre la France et la Norvège » (*loc. cit.*). Aucun autre juge n'a contesté cette manière de voir et, à la vérité, la Cour, dans son arrêt, n'a rien dit qui permît de conclure qu'elle doutait du maintien en vigueur de l'Acte général. Dans son arrêt, elle s'est exprimée ainsi :

« Le Gouvernement français a mentionné également ... l'Acte général de Genève du 26 septembre 1928 [auquel] la France et la Norvège ont adhéré en vue de montrer que les deux gouvernements sont convenus de soumettre leurs différends à l'arbitrage ou au règlement judiciaire dans certaines conditions qu'il n'est pas nécessaire de rapporter ici. » (C.I.J. Recueil 1957, p. 24.) (Les italiques sont de nous.)

Non sans raison (vu par exemple l'applicabilité de l'article 31 de l'Acte général en l'occurrence) la France n'a pas essayé de fonder la compétence de la Cour sur l'Acte général dans cette affaire, de sorte que la Cour n'a pas recherché non plus si l'Acte général lui donnait compétence. Le passage pertinent de l'arrêt de la Cour figure aux pages 24 et 25 du *Recueil*, où l'on peut lire :

« Le Gouvernement français a mentionné également la Convention franco-norvégienne d'arbitrage de 1904 et l'Acte général de Genève du 26 septembre 1928 auxquels la France et la Norvège ont adhéré en vue de montrer que les deux gouvernements sont convenus de soumettre leurs différends à l'arbitrage ou au règlement judiciaire dans certaines conditions qu'il n'est pas nécessaire de rapporter ici.

Ces engagements ont été mentionnés dans les Observations et conclusions du Gouvernement français sur les exceptions préliminaires puis, d'une manière plus explicite, dans la plaidoirie de l'agent français. Ni l'une ni l'autre de ces deux mentions ne saurait toutefois être considérée comme suffisante pour établir que la requête du Gouvernement français se fondait, pour autant qu'il s'agît de la question de compétence, sur la convention ou l'Acte général. Si le Gouvernement français avait voulu procéder sur cette base, il l'aurait expressément déclaré.

Ainsi qu'on l'a déjà montré, la requête du Gouvernement français se fonde clairement et précisément sur les déclarations de la Norvège et de la France aux termes de l'article 36, paragraphe 2, du Statut. Dans ces conditions, la Cour ne saurait rechercher, pour établir sa compétence, un fondement autre que celui que le Gouvernement français a lui-même énoncé dans sa requête et sur lequel l'affaire a été plaidée devant la Cour par les deux Parties. »

Au paragraphe 3A de l'annexe française il est dit que la Cour avait « l'occasion de trancher » ce point à propos de l'affaire de *Certains emprunts norvégiens*, c'est-à-dire de se prononcer sur l'applicabilité, à cette époque, de l'Acte général entre la Norvège et la France. Il ressort toutefois très clairement de l'arrêt de la Cour en l'espèce que la Cour n'avait pas à trancher ce point mais qu'elle a néanmoins admis que l'Acte général était un traité en vigueur à l'époque entre la Norvège et la France. Il n'est pas, contrairement à ce qu'affirme l'annexe française, « difficile de croire que la Cour aurait écarté aussi sommairement ce fondement de sa compétence s'il avait fourni à celle-ci une base manifeste ». Le passage de l'arrêt que je viens de citer explique très clairement pourquoi la Cour n'a pas cherché à fonder sa juridiction sur l'Acte général.

L'Acte a été aussi considéré comme étant en vigueur dans la procédure arbitrale et au cours de l'instance devant la Cour en l'affaire du *Temple de Préah Vihear, exceptions préliminaires, arrêt* (voir par exemple *C.I.J. Recueil 1961*, p. 19 et 23). La possibilité d'invoquer l'Acte général en l'espèce a été contestée par la Thaïlande mais la Cour n'a pas eu l'occasion de se prononcer sur la question.

L'Acte général figure comme traité en vigueur dans de nombreuses listes officielles et non officielles de traités et un certain nombre de gouvernements, parties à cet Acte, en font état comme d'un instrument en vigueur. En 1964, le ministre des affaires étrangères de France, expliquant dans une réponse écrite à un député à l'Assemblée nationale pourquoi la France n'avait pas adhéré à la Convention européenne pour le règlement pacifique des différends, a mentionné l'existence, entre autres instruments, de l'Acte général auquel la France était partie, bien que ce ministre l'ait par erreur qualifié d'Acte général révisé.

Il reste que ces questions n'ont, en réalité, qu'un intérêt marginal en l'espèce. L'élément fondamental et déterminant est qu'à la date de la requête ni la France ni l'Australie n'avaient dénoncé le traité conformément à ses dispositions et qu'il ne s'était produit aucun autre événement qui, conformément au droit des traités, aurait mis fin à l'Acte général entre les parties.

Il convient maintenant d'examiner les divers arguments présentés dans l'annexe française en vue de dénier à la Cour compétence pour connaître de la requête. Il est dit que l'Acte général a disparu avec la Société des Nations parce que « l'Acte de Genève était une partie intégrante du système de la Société des Nations dans la mesure où le règlement pacifique des différends internationaux devait nécessairement, dans ce

système, accompagner la sécurité collective et le désarmement». Si l'expression «partie intégrante du système de la Société des Nations» devait signifier que l'Acte était constitutionnellement ou organiquement un élément du Pacte ou de l'un des organes de la SdN, il est bien évident que cette affirmation est inexacte. Le texte de l'Acte général n'indique pas que celui-ci soit tributaire du Pacte et la mention de certains fonctionnaires de la Société n'a aucun caractère organique et ne fait qu'évoquer incidemment l'accomplissement de certains actes administratifs. Les expressions utilisées à l'époque par ceux qui ont concouru à l'élaboration de l'Acte général confirment d'après moi que l'Acte général n'a été ni conçu, ni voulu, comme une partie intégrante ou comme une partie quelconque du «système» de la SdN, quel que soit le sens précis du mot «système» dans ce contexte. Voir, par exemple: *Actes de la neuvième session ordinaire de l'Assemblée, procès-verbaux de la Première Commission (questions juridictionnelles et juridiques)*, 10^e séance, pages 68-69, et 11^e séance, pages 71 et 74. Le débat, rapporté à la page 71, porte sur le lien qui existe entre l'Acte et la Société des Nations ou, comme il est dit, sur le «rôle que cet Acte constitutionnel allait jouer au sein de la Société des Nations». Certains membres de la sous-commission, responsables du projet, ont fait observer que l'Acte avait été «jugé utile pour l'œuvre générale de la SdN, mais qu'il [n'avait] aucun rapport administratif ou constitutionnel avec elle». Le projet a été modifié pour faire ressortir que l'Acte n'était pas «un élément interne au sein de la Société des Nations». On a dit:

«Aujourd'hui, les Etats n'entendent pas créer un organe de la Société des Nations. Celle-ci va simplement donner à ceux qui le désirent des facilités de compléter et d'étendre leurs engagements concernant l'arbitrage.»

Si l'expression «une partie intégrante» signifie que l'existence de la Société des Nations était une condition expresse du maintien en vigueur de l'Acte, là encore à mon avis il s'agit d'une assertion manifestement erronée et que rien dans le texte ne vient justifier. L'expression «intégration idéologique» que l'on trouve aussi dans l'annexe semble laisser supposer que, parce que le désir de maintenir la paix grâce au Pacte et à l'aide de la sécurité collective, du désarmement et du règlement politique des différends internationaux était idéologiquement à l'origine de l'Acte général, toutes les manifestations de cette philosophie, quelle que soit la forme sous laquelle elles s'exprimaient, devaient nécessairement survivre ou disparaître ensemble.

Il est vrai que l'Acte général a été établi sous les auspices de la SdN et que son élaboration a été liée à l'époque aux efforts déployés dans le domaine de la sécurité collective ou du désarmement. Il est exact qu'on espérait promouvoir la cause de la paix par une action persistante dans chacun de ces domaines. Mais il n'en est pas moins évident, selon moi, que l'Acte avait été conçu comme un traité-modèle extérieur au Pacte,

ouvert aux Etats non membres de la SdN et que l'adhésion d'au moins deux Etats suffisait à faire jouer.

Il convient peut-être de relever ici qu'à l'époque le Statut de la Cour permanente de Justice internationale, qui n'était pas un organe de la SdN, prévoyait son propre système de règlement pacifique des différends juridiques, par le jeu de la clause facultative d'acceptation de la juridiction obligatoire figurant à l'article 36, paragraphe 2. Il ne fait aucun doute que l'élaboration de l'Acte général, comme celle du Pacte lui-même, devait beaucoup au désir très répandu dans la période qui a suivi la première guerre mondiale de prévenir, s'il était possible, le retour d'une pareille calamité. Bien que ces moyens — les activités du Conseil de la SdN, le désarmement, la sécurité collective et le règlement pacifique des différends — aient été conçus à peu près à la même époque et qu'ils procèdent tous d'un désir fondamental de préserver la paix internationale, il s'agissait en réalité de voies séparées, considérées certes comme menant au même but et ainsi, dans un certain sens, complémentaires, mais l'Acte général ne dépendait pas de l'existence ou de la survivance de l'un quelconque des autres moyens.

L'annexe française insiste sur les renvois aux organes de la SdN qui figurent dans certains articles de l'Acte général.

Ce que la Cour a dit dans l'affaire de la *Barcelona Traction* à propos du traité hispano-belge de 1927, traité comparable à l'Acte général, me paraît tout à fait applicable au rapport qui existe entre les mentions des fonctionnaires de la SdN dans l'Acte général et la validité de cet Acte :

« Il est vrai qu'une obligation de recourir au règlement judiciaire est normalement exprimée sous la forme du recours à un tribunal donné. Mais il ne s'ensuit pas que ce soit là l'essence de l'obligation. C'est cette erreur qu'inspire la thèse soutenue au cours de la procédure orale selon laquelle la prétendue caducité de l'article 17 (4) était due à la disparition de l'objet de cette clause, à savoir la Cour permanente. Mais la Cour permanente n'a jamais été l'objet véritable de la clause. L'objet véritable en était le règlement judiciaire obligatoire et la Cour permanente était simplement un moyen d'atteindre cet objet. Le but premier de la clause n'était pas de désigner tel tribunal plutôt que tel autre, mais de créer une obligation de règlement judiciaire. Cette obligation impliquait naturellement la désignation d'une juridiction, mais il ne s'agissait là que d'une conséquence.

Si l'obligation existe indépendamment d'un tribunal donné, ce qui a été implicitement reconnu au cours de la procédure dans la mesure où la prétendue extinction a été invoquée par rapport à l'article 17 (4) plus que par rapport à l'article 2 ou à l'article 17 (1) et s'il arrive ensuite que ce tribunal disparaisse et qu'aucune disposition ne soit adoptée par les parties, ou prise de toute autre manière, pour remédier à cette lacune, il en résulte que la clause contenant l'obli-

gation devient inapplicable à l'époque considérée et peut-être indéfiniment, c'est-à-dire qu'elle est dépourvue de toute possibilité d'application effective. Mais si cette obligation survit en substance, bien qu'elle ne puisse être exécutée fonctionnellement, elle peut toujours redevenir applicable si, par exemple, les parties conviennent d'un autre tribunal ou si un autre tribunal est fourni par le jeu automatique d'un autre instrument liant les deux parties. Le Statut est un instrument de ce genre et son article 37 a précisément un tel effet. » (*C.I.J. Recueil 1964*, p. 38.)

Je cite ici tout ce passage parce que, selon moi, le problème qui nous occupe est celui du maintien en vigueur du chapitre II de l'Acte général. La seule référence à la Société des Nations ou à l'un quelconque de ses organes ou fonctionnaires que l'on trouve dans ce chapitre est la mention qui y est faite de la Cour permanente de Justice internationale, qui n'était pas elle-même un organe de la SdN. Il est toutefois fait mention aussi de fonctionnaires de la SdN dans d'autres chapitres de l'Acte général. Mais à mon avis c'est simplement à propos de fonctions administratives accessoires et en aucune façon de questions qui seraient fondamentales pour la validité de l'Acte général lui-même. Les articles 6 et 9 sont les seuls articles du chapitre premier où il soit question de la SdN ou de ses fonctionnaires. La référence au président en exercice du Conseil de la Société des Nations que l'on trouve à l'article 6 constitue seulement une variante. Le paragraphe 2 du même article prévoit d'autres moyens de nomination des commissaires. Le lieu de réunion des commissions dépendait des parties; il n'était ni obligatoire ni indispensable que ce soit le Siège de la SdN. Ainsi ce n'est pas à cause des articles 6 et 9 que le chapitre premier aurait pu devenir inopérant après la disparition de la SdN. Il convient également de noter que pour les Etats qui adhéraient aux chapitres premier et II, l'article 20 empêchait l'application du chapitre premier aux différends portant sur des droits juridiquement protégés.

Pour ce qui est du chapitre IV de l'Acte général, le renvoi à la Cour permanente de Justice internationale qui figure aux articles 31, 33, 34 *b*), 37 et 41 ne poserait pas de difficulté entre la France et l'Australie grâce à l'article 37 du Statut de la Cour; en ce qui concerne la mention du Greffier de la Cour permanente, la question est réglée par la résolution 24 (I) des Nations Unies en date du 12 février 1946 et par la résolution de la Société des Nations en date du 18 avril 1946. Les articles 43 et 44 de l'Acte général ont été appliqués et la dénonciation en vertu de l'article 45 peut toujours s'effectuer par une communication directe entre les parties ou par l'intervention du Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies, agissant en vertu des résolutions que je viens de mentionner. La France et le Royaume-Uni n'ont d'ailleurs éprouvé aucune difficulté à dénoncer l'Acte en adressant cette année des communications à cette fin au Secrétaire général.

Il est cependant juste de dire que, sans le personnel de la SdN, il n'était peut-être pas possible de donner pleinement effet au chapitre III relatif au règlement arbitral après la disparition de la SdN. Cependant cette im-

possibilité d'appliquer un chapitre de l'Acte général n'avait pas pour conséquence, à mon avis, de priver même ce chapitre de sa validité.

D'après l'Acte général lui-même, certains éléments ou combinaisons d'éléments de l'Acte étaient conçus pour pouvoir être disjoints, et pouvaient conserver leur validité et s'appliquer indépendamment des autres éléments ou combinaisons d'éléments. Les Etats adhérant à l'Acte général n'avaient pas à souscrire à l'Acte dans sa totalité; ils pouvaient se contenter d'adhérer à certaines de ses parties (voir art. 38).

Rien ne justifie à mon sens l'idée qu'en adhérant à l'Acte général les Etats subordonnaient leur consentement au maintien en existence de la SdN, ou de l'un quelconque de ses organes ou fonctionnaires, bien que, pour donner suite à l'accord principal concernant le règlement pacifique des différends, on ait pu juger commode d'utiliser les fonctionnaires ou les organes de la SdN à des fins secondaires.

Pour reprendre les termes utilisés par la Cour dans l'affaire de la *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, exceptions préliminaires*, arrêt (C.I.J. Recueil 1964, p. 38) «la fin» recherchée par les Parties en ce qui concerne le chapitre II de l'Acte général était le «règlement judiciaire obligatoire»; tout le reste n'était que moyens d'atteindre cet objectif principal.

Le chapitre II ne dépend donc aucunement de la possibilité de pouvoir continuer à s'adresser à la Cour permanente de Justice internationale ou au Secrétaire général ou à tout autre fonctionnaire de la SdN. Entre les Membres de l'Organisation des Nations Unies, les résolutions de l'ONU et de la SdN que j'ai précédemment évoquées permettent d'avoir recours au Secrétaire général de l'ONU.

J'en viens maintenant à la thèse qui voudrait qu'en quelque manière la résolution de l'Assemblée générale du 28 avril 1949 (résolution 268A (III)), par laquelle le Secrétaire général était chargé d'établir un texte révisé de l'Acte général en tenant compte des amendements spécifiés dans la résolution et de le tenir ouvert à l'adhésion des Etats sous le titre «Acte général révisé pour le règlement pacifique des différends internationaux», consacrait la disparition de l'Acte général à cette date ou mettait fin à sa validité à partir de ce moment.

Il me paraît important de dire quel a été l'effet réel de la disparition de la SdN sur l'Acte général. En premier lieu, l'Acte général était alors devenu un traité fermé en ce sens qu'il a été désormais réservé à l'adhésion des Membres de la SdN et des Etats Membres auxquels le Conseil de la SdN avait communiqué une copie de l'Acte. Même si l'on admet qu'un Etat qui avait fait partie de la SdN aurait pu adhérer à l'Acte général après la disparition de cette organisation, l'Acte général pouvait néanmoins être considéré comme un traité fermé. De nombreux Etats qui étaient alors ou pouvaient vraisemblablement devenir membres de l'Organisation des Nations Unies n'étaient pas en mesure d'adhérer à l'Acte général. De ce point de vue, la possibilité d'atteindre à l'universalité — mais non à l'exclusivité — qui avait été l'un de ses avantages à l'époque de son adoption n'existait plus désormais. En outre certains des quelque

vingt Etats parties à l'Acte n'étaient pas membres de l'Organisation des Nations Unies et ne pouvaient donc pas se prévaloir de l'article 37 du Statut de la Cour. Enfin, comme je l'ai déjà souligné, le chapitre III (relatif au règlement arbitral) ne pouvait pas jouer pleinement sans le concours des fonctionnaires de la SdN. Compte tenu de la séparabilité, que j'ai déjà évoquée, des diverses parties de l'Acte général, des termes précis de ses chapitres premier, II et IV et de l'effet de l'article 37 du Statut de la Cour, parfaitement précisé par la décision de la Cour en l'affaire de la *Barcelona Traction (supra)*, l'effondrement de la SdN n'empêchait pas les dispositions concernant le règlement judiciaire des différends juridiques de jouer pleinement entre les Etats qui avaient adhéré à l'Acte général et qui étaient Membres de l'Organisation des Nations Unies, mais ces Etats n'avaient peut-être plus la possibilité de régler leurs différends par l'arbitrage en vertu de ses dispositions.

Cette situation est décrite avec précision et exactitude dans le considérant suivant de la résolution de l'Assemblée générale du 28 avril 1949:

« L'efficacité de l'Acte général pour le règlement pacifique des différends internationaux, du 26 septembre 1928, se trouve diminuée du fait que les organes de la Société des Nations et la Cour permanente de Justice internationale, auxquels il se réfère, ont aujourd'hui disparu. »

Il n'est fait aucune différence entre le règlement par le moyen de la conciliation, du recours à la justice internationale et de l'arbitrage. Le mot « efficacité », qui s'oppose à « validité », et le qualificatif « diminuée » dépeignent de façon précise les conséquences de la disparition de la SdN pour l'Acte général. Les termes de ce considérant sont très voisins de ceux qui ont été employés par la Cour dans le passage de l'arrêt en l'affaire de la *Barcelona Traction* que j'ai cité précédemment dans la présente opinion.

C'est pour donner aux dispositions de fond de l'Acte général leur pleine efficacité que l'on a proposé la rédaction d'un Acte général révisé. L'Assemblée générale n'aurait pas pu faire disparaître l'Acte général: elle n'avait pas le pouvoir de le faire. Il s'agissait là d'une question réservée exclusivement aux parties au traité. Il y avait d'ailleurs peu de chances que l'Assemblée générale agisse ainsi, puisque l'Acte général comptait plus de vingt parties et qu'on n'avait aucune idée de l'accueil que rencontrerait un nouveau traité. Le problème qui se posait à l'Assemblée était donc double à mon avis. Tout d'abord, l'Assemblée souhaitait disposer d'un acte général comprenant des dispositions sensiblement analogues à celles de l'Acte de 1928, dont tous les éléments puissent jouer sans obstacle. En second lieu, elle souhaitait que des adhésions plus nombreuses soient possibles. Elle désirait lui rendre son universalité éventuelle, tout en ne faisant pas de cet instrument un moyen exclusif de règlement des différends (voir art. 29). L'élargissement des possibilités d'adhésion à un traité multilatéral avait posé des difficultés; et la seule voie qui s'ouvrait, en dehors des initiatives des parties, n'intéressait qu'un

groupe restreint de traités à caractère non politique. En mettant au point un nouveau traité, comportant sa propre clause d'adhésion, l'Assemblée était en mesure d'ouvrir l'Acte général à tous les Membres des Nations Unies ou aux autres Etats non membres des Nations Unies à qui une copie de l'Acte général serait communiquée. En outre, ceux qui avaient adhéré à l'Acte général pouvaient, s'ils le désiraient, élargir leurs obligations en adhérant à l'Acte révisé, ce qui leur permettait de se prévaloir d'une disposition relative à l'arbitrage qui soit pleinement applicable. Dans le cas où ils n'adhéreraient pas à l'Acte révisé, ils pouvaient se contenter de l'Acte de 1928 dont l'efficacité (limitée au chapitre III) se trouvait diminuée mais qui conservait néanmoins sa validité.

L'Acte révisé était un traité nouveau et indépendant, bien que sa rédaction reprenne les dispositions de l'Acte de 1928 avec les amendements qui avaient été spécifiés. Ces amendements comprenaient une disposition expresse prévoyant le remplacement de la Cour permanente de Justice internationale par la Cour internationale de Justice. Cela montre que certains éprouaient peut-être des doutes à l'époque au sujet de la pleine efficacité de l'article 37 du Statut de la Cour, et que l'Assemblée avait conscience de ce que tous les signataires de l'Acte général n'étaient pas membres de l'Organisation des Nations Unies et qu'ils ne pouvaient donc se prévaloir de l'article 37.

A mon avis la résolution de l'Assemblée générale du 28 avril 1949 confirme la validité de l'Acte général de 1928 et ne laisse subsister aucun doute à ce sujet, bien qu'elle reconnaisse que certaines parties du traité ne sont peut-être pas pleinement applicables. Elle admet que les parties à l'Acte général de 1928 pouvaient encore s'en prévaloir dans la mesure où il pourrait encore jouer. Si, compte tenu de ces termes, on analyse l'Acte général de 1928 il est manifeste que le chapitre II était l'un des domaines où l'Acte général pouvait encore pleinement jouer à l'égard des Membres des Nations Unies étant donné l'article 37 du Statut de la Cour et les résolutions de la Société des Nations et de l'Organisation des Nations Unies de 1946.

Pourquoi, a-t-on demandé, les Etats qui avaient adhéré à l'Acte général ont-ils été si peu nombreux à adhérer à l'Acte général révisé? Bien entendu, la question n'affecte en rien la validité de l'Acte général, mais il est intéressant de s'y arrêter. Deux facteurs me semblent fournir une explication adéquate sans jeter le moindre doute sur la validité de l'Acte général. Comme je l'ai souligné, après la disparition de la SdN l'Acte général de 1928 était devenu un traité fermé; en d'autres termes, chaque Etat qui y avait adhéré savait alors avec précision à l'égard de qui il était lié. La possibilité assez éloignée qu'un ancien Membre de la SdN puisse encore adhérer à l'Acte général ne change pas vraiment cette situation. L'adhésion à l'Acte général révisé permettait d'assumer des obligations à l'égard d'un nombre beaucoup plus grand et d'ailleurs croissant d'Etats, ainsi qu'on l'a souligné durant les travaux préparatoires (voir p. 67 des procès-verbaux auxquels je me suis référé précédemment).

Le deuxième facteur est le suivant: tout Etat partie à l'Acte général mais qui n'avait pas adhéré à l'Acte révisé était, dans une certaine mesure, libéré des astreintes de la procédure d'arbitrage. Etre tenu de soumettre des différends juridiques à la Cour est une chose; c'en est une autre, toute différente, que de devoir soumettre à l'arbitrage d'autres litiges sur la base relativement floue, *ex aequo et bono*, qui était celle de l'arbitrage dans le système de l'Acte général.

En 1949, l'état d'esprit de la communauté internationale n'était plus du tout le même qu'immédiatement après la première guerre mondiale, en ce qui concerne le règlement pacifique des différends. On misait probablement plus sur les Nations Unies elles-mêmes et sur la clause facultative, avec les dispositions très souples qu'elle comportait en ce qui concerne les réserves. Certains y voyaient sans aucun doute un avantage par rapport aux formules plus rigides d'un traité comme l'Acte général.

Je conclus donc que, loin de rendre douteux le maintien en vigueur de l'Acte général de 1928, la résolution de l'Assemblée générale du 28 avril 1949 l'a confirmé. Contrairement à ce qu'affirme l'annexe française, ce n'était pas en vertu de la résolution «que l'Acte pourrait éventuellement jouer si les parties entendaient s'en prévaloir». La résolution de 1949 n'appelait pas une nouvelle confirmation du traité. D'après moi, il ressort tout à fait clairement de la résolution elle-même qu'elle était sans effet sur l'Acte général de 1928, mais qu'en prévoyant l'élaboration d'un nouveau traité elle offrait à des Etats plus nombreux une possibilité plus générale de se lier par les obligations de fond qui constituaient l'essence de l'Acte de 1928.

L'annexe contient également certaines observations au sujet des réserves dont l'Australie avait accompagné son adhésion à l'Acte général. Parmi ces réserves, l'annexe française retient tout d'abord celle qui a trait à la «non-application ou suspension» du chapitre II de l'Acte général pour tout différend soumis au Conseil de la Société des Nations ou en cours d'examen devant ce dernier. Elle affirme qu'une fois la SdN disparue cette réserve introduit une telle incertitude en ce qui concerne l'étendue des obligations de l'Australie en vertu de l'Acte que l'Australie bénéficierait ainsi d'un avantage que n'auraient pas les autres adhérents. Or, en premier lieu, il me semble que s'il n'est plus possible qu'une question soit en instance devant le Conseil de la SdN cela ne saurait avoir aucun effet sur la validité de l'adhésion australienne ni sur l'étendue des obligations de tout autre adhérent. Le jeu des réserves est réciproque et la seule conséquence de la disparition du Conseil de la SdN est que la réserve n'aurait jamais l'occasion d'être appliquée. Le fait de formuler la réserve soulignait plutôt l'indépendance de l'Acte général par rapport à la SdN, puisque ce n'est que par le jeu de cette réserve qu'on pouvait se soumettre à l'intervention de cette dernière: et cela uniquement dans les limites fixées par la réserve.

L'autre réserve australienne à laquelle l'annexe française fait un sort concerne l'exclusion de différends avec les parties à l'Acte général qui ne

sont pas membres de la Société des Nations. Cette réserve, nous dit-on, a pris une valeur fort ambiguë parce qu'aucun pays ne peut être dit « Membre de la SdN » à présent, mais la décision de la Cour dans les affaires du *Sud-Ouest africain, exceptions préliminaires, arrêt* (C.I.J. Recueil 1962) établit nettement que les termes « Membre de la Société des Nations » peuvent s'appliquer à un Etat qui a été membre de la SdN. Là encore, le fait même que certains adhérents aient formulé ces réserves à l'Acte général souligne l'indépendance de cet instrument par rapport à la Société des Nations et à son « système ». Aucune incertitude n'est possible vu que la Cour existe et que, par sa décision, elle serait à même de dissiper tout doute éventuel, bien que je n'en aperçoive pour ma part aucun.

Je ne vois pas en quoi le maintien en vigueur de l'Acte général entraînerait un « avantage inacceptable » pour l'Australie, et de toute façon je ne serais pas disposé à admettre que la validité de l'Acte général s'en trouverait aucunement affectée.

On affirme ensuite que l'Australie a violé de manière flagrante l'Acte général en essayant, en 1939, de modifier ses réserves en dehors de l'application de l'article 45. Cette objection repose sur le fait que, le 7 septembre 1939, l'Australie a avisé le Secrétaire général de la Société des Nations qu'elle « ne considérera pas son adhésion à l'Acte général comme s'appliquant ou se rattachant à tout différend occasionné par les événements venant à se produire dans la crise actuelle ». Cette notification ne pouvait pas avoir effet immédiatement parce qu'elle n'était pas faite en temps opportun : la période de validité en cours venait à expiration en août 1940. La notification australienne n'avait donc pas effet sur-le-champ. Elle ne pouvait à la rigueur en avoir qu'au terme de la période quinquennale suivant la date de la notification. Certains Etats parties à l'Acte général ont formulé des observations à l'époque au sujet de ce qu'ils considéraient comme une irrégularité, mais aucun d'entre eux, pas même la France, n'a saisi cette occasion pour chercher à dénoncer l'Acte. Toutefois, l'absence d'effet immédiat de la notification est sans conséquence, et que l'Australie ait agi ainsi en 1939 me paraît sans pertinence par rapport au problème qui se pose actuellement à la Cour.

L'annexe française affirme d'autre part que la conduite des deux Etats depuis l'effondrement du système de la SdN confirme la caducité de l'Acte général. Ni la France ni l'Australie n'ont eu recours à cet instrument. Mais, en premier lieu, il n'est pas établi que jusqu'à la date du présent différend l'occasion se soit jamais présentée, entre la France et l'Australie, de recourir aux dispositions de l'Acte général. Ce n'est donc pas comme si des Etats ayant des raisons d'invoquer les dispositions du traité les avaient éludées ou ignorées de commun accord ou dans des circonstances permettant de conclure que le traité avait pris fin par consentement mutuel. Un traité comme l'Acte général n'a pas besoin d'être confirmé ou appliqué pour conserver sa validité. C'est la dénonciation qui est l'élément décisif. En plus il n'est pas vrai que les Etats qui avaient adhéré à l'Acte général aient observé un silence total depuis l'effondre-

ment de la SdN. J'ai déjà rappelé les propos du représentant de la France. Les éléments présentés en l'espèce ne permettent aucunement de dire que, par leur inactivité, la France et l'Australie soient tacitement convenues à un moment quelconque de mettre fin à l'Acte général entre elles.

J'en viens maintenant à un autre sujet évoqué dans l'annexe française. On y laisse entendre soit que la réserve du 20 mai 1966 à la déclaration française d'acceptation de la juridiction obligatoire au titre de la clause facultative (art. 36, par. 2) a en elle-même l'effet d'une réserve à l'Acte général, soit que, n'ayant pas cet effet, elle n'en a pas moins remplacé et annulé les obligations souscrites par la France en vertu de l'Acte général. Il semble que ce soit là d'autres façons de présenter la thèse principale développée dans l'annexe qui est que, en raison de son non-usage et, comme on l'a dit, de sa désuétude, l'Acte général ne pouvait prévaloir sur la volonté française exprimée par la réserve du 20 mai 1966.

Pour ce qui est de l'argument de désuétude, je dirai simplement qu'à mon avis aucun principe ne prévoit qu'un traité peut perdre sa validité par « désuétude », bien que le comportement des parties par rapport à un traité, y compris leur inactivité dans des cas où l'on s'attendrait à des actes positifs, puisse éventuellement justifier la conclusion que le traité a pris fin par le consentement mutuel des parties. Mais, comme je l'ai déjà dit, dans le dossier dont la Cour dispose en l'espèce, on ne trouve aucun élément qui, à mon sens, autorise à conclure que la France et l'Australie se sont tacitement mises d'accord pour renoncer au traité. L'annexe française concède qu'en lui-même le passage du temps ne met pas fin à un traité car on y peut lire : « l'ancienneté d'un texte n'était visiblement pas considérée, en elle-même, comme un obstacle à son invocation... ». J'ai également rappelé dans quelle mesure le traité avait en fait été invoqué par d'autres parties, y compris la France, et j'ai dit qu'on ne discerne aucune occasion où le traité aurait pu être appliqué entre la France et l'Australie et ne l'a pas été.

Je voudrais dire un mot de l'effet que la France prétend attacher à la réserve du 20 mai 1966. Pour commencer, il ne fait aucun doute dans mon esprit que le système de la déclaration d'acceptation de la clause facultative du Statut de la Cour permanente de Justice internationale, et depuis de la présente Cour, a toujours été considéré comme une voie d'accès à la Cour, en vue du règlement de différends juridiques, complètement indépendante de celle que peut ouvrir un traité bilatéral ou multilatéral. La juridiction en vertu du paragraphe 1 de l'article 36, qui vise les obligations conventionnelles d'accepter la compétence de la Cour, et celle qui découle du paragraphe 2 de l'article 36 sont distinctes et autonomes. En fait, la SdN a entrepris de promouvoir l'Acte général à un moment où l'article 36, paragraphe 2, du Statut de la Cour permanente était en vigueur. On voit donc que le système de l'acceptation de la clause facultative est considéré comme tout à fait distinct et indépendant des dispositions de l'Acte général de 1928.

Il existe des différences notables entre les deux méthodes de règlement pacifique des différends juridiques : et il ne faut pas perdre de vue que

l'Acte général ne concernait pas seulement le règlement de ces différends par la Cour. Les obligations de l'Acte général étaient souscrites pour un terme ou plutôt pour des termes renouvelables exprimés en années. Faute de dénonciation le traité était prorogé automatiquement: il était tacitement reconduit. Les réserves ne pouvaient être formulées qu'au moment de l'adhésion. Si des réserves supplémentaires étaient notifiées par la suite, elles pouvaient être considérées comme des dénonciations ou acceptées par les autres Etats parties à l'Acte. Elles étaient alors fondées sur le consentement mutuel. Les réserves autorisées étaient exhaustivement énumérées et s'inscrivaient dans certaines limites précises. Elles pouvaient être abandonnées en tout ou en partie. En cas de litige, c'était à la Cour qu'il appartenait de déterminer la portée des réserves (voir art. 39, 40 et 41 de l'Acte général).

Par un contraste marqué, une déclaration au titre de l'article 36, paragraphe 2, du Statut de la Cour (le texte de l'article et l'énumération qui y figure sont les mêmes que dans le Statut de la Cour permanente) n'a pas à être faite pour un nombre d'années déterminé. Le Statut n'assigne aucune limite à la nature et à l'étendue des réserves qui peuvent être formulées, bien que la jurisprudence de la Cour paraisse exiger qu'elles soient objectives et non pas subjectives dans leur teneur. Des réserves peuvent être faites à tout moment et entrer en vigueur immédiatement avant même d'être notifiées aux Etats qui ont accepté la juridiction de la Cour en vertu de l'article (voir l'affaire du *Droit de passage en territoire indien, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1957*, p. 125). En outre, bien que, en déclarant qu'ils acceptent la juridiction obligatoire conformément à l'article, des Etats puissent nouer une relation consensuelle, ces déclarations ne donnent pas naissance à un traité. Tout Etat déclarant est tenu par là même d'accepter la compétence de la Cour si elle est invoquée par un autre Etat déclarant dans une affaire relevant de l'article 36, paragraphe 2, et qui n'a pas été exclue par une réserve.

La compétence en vertu de l'article 36, paragraphe 2, ne peut être invoquée que par un Membre des Nations Unies, alors que l'Acte général était ouvert aux Etats qui n'étaient pas membres de la Société des Nations.

Compte tenu de ces différences notables entre les deux méthodes visant à assurer le règlement judiciaire des différends juridiques internationaux, l'idée qu'une déclaration d'acceptation de la clause facultative, accompagnée de réserves, puisse modifier les obligations contractuelles d'Etats parties à l'Acte général me semble se heurter à de nombreuses objections. Vu la soudaineté avec laquelle on peut ajouter, retirer ou modifier des réserves à la déclaration d'acceptation de la juridiction obligatoire en vertu de l'article 36, paragraphe 2, dire que cette réserve peut modifier les obligations conventionnelles ou y mettre fin reviendrait à dire qu'entre Membres des Nations Unies il serait impossible d'attacher beaucoup de prix à un traité qui pourrait être modifié ou dénoncé au gré de l'une des parties par la simple méthode consistant à ajouter une réserve destructrice et immédiatement applicable à sa déclaration d'acceptation de la juri-

diction obligatoire de la Cour. Ce serait un bouleversement complet des idées consacrées par le droit des traités, qui ne permet ni de dénoncer ni de modifier unilatéralement un traité autrement que de la manière qui y est prévue. L'abrogation du fait d'événements qui affectent le consentement mutuel des parties, y compris ceux où les parties considèrent que leur volonté commune a été de mettre fin au traité, souligne le caractère essentiellement consensuel de l'extinction ou de l'amendement.

En outre, si on examine de près les différences entre les dispositions de l'article 36 et celles de l'Acte général au sujet des réserves, on constate que, si le même terme de « réserve » est employé, les réserves que prévoit l'Acte général ne paraissent pas être du même ordre que celles qu'autorise l'article 36. Il me semble que dans l'un et l'autre cas l'objet recherché en autorisant les réserves n'est pas le même.

Les réserves à un traité sont essentiellement fondées sur le consentement, soit parce qu'elles figurent dans les dispositions du traité au nombre des réserves autorisées, comme par exemple dans l'article 39 de l'Acte général, soit parce qu'elles sont acceptées par l'autre partie au traité — voir d'une façon générale la partie II, section 2, de la Convention de Vienne sur le droit des traités. Dans le cas de l'Acte général, une réserve, entrant dans l'une des catégories énumérées à l'article 39, qui n'a pas été faite au moment de l'adhésion et que l'on cherche à introduire par voie de dénonciation partielle en vertu de l'article 45, paragraphe 4, ne peut avoir effet à l'égard de tout Etat ayant adhéré à l'Acte général que si elle est acceptée par cet Etat. Elle ne sera en tout cas applicable qu'à l'expiration d'un délai minimum de six mois à dater de sa notification (voir art. 45, par. 2).

En net contraste encore une fois, une réserve au titre de la clause facultative est un acte unilatéral; elle peut être faite à tout moment, entrer en vigueur immédiatement avant même d'être notifiée aux autres Etats ayant accepté la juridiction obligatoire et, aux termes du Statut, porter sur n'importe quel sujet, sans doute parce qu'on est ici dans le cadre d'une option entièrement volontaire. L'Etat peut s'abstenir totalement d'accepter la juridiction ou ne l'accepter que dans la mesure ou pour le délai qui lui convient. Cette «souplesse» du système de la juridiction obligatoire peut à la longue faire peser un discrédit grandissant sur ce système si on le compare au régime plus précis et plus sûr des traités. Quoi qu'il en soit, la brève comparaison que je viens de faire et qui ne prétend pas épuiser le sujet souligne le manque de pertinence, par rapport à un traité, des réserves accompagnant une déclaration d'acceptation de la juridiction obligatoire.

Je dois aussi faire observer que la réserve du 20 mai 1966 ne satisfait en aucune façon aux conditions posées par l'Acte général. Il y a lieu de noter que l'article 17 de l'Acte général oblige à soumettre à la Cour tous les différends, *sauf ceux qu'excluraient les réserves éventuelles prévues à l'article 39*. La réserve du 20 mai 1966 n'a pas été faite au titre de cet article; elle n'a pas été formulée à un moment où une réserve aurait pu être faite. Elle était censée s'appliquer immédiatement. On n'envisageait

pas de la notifier aux parties à l'Acte général. Je doute que cette réserve particulière entre dans l'une quelconque des catégories énumérées à l'article 39, paragraphe 2, de l'Acte général. Il est clair qu'elle n'aurait pas pu relever des alinéas *a)* ou *b)* de ce paragraphe et il ne semble pas non plus que l'alinéa *c)* s'y applique. Etant donné l'indépendance complète des deux méthodes de règlement des différends juridiques internationaux, je ne vois aucune raison pour qu'une réserve accompagnant une déclaration d'acceptation de la juridiction obligatoire en vertu de l'article 36, paragraphe 2, puisse avoir l'effet de modifier les obligations conventionnelles souscrites en vertu d'un traité comme l'Acte général.

Il semble que la France, se rendant compte des conséquences inacceptables de la théorie selon laquelle les obligations d'un traité pourraient être annulées par une réserve en vertu de la clause facultative, cherche dans son annexe à en limiter l'application à l'Acte général qui est d'après elle :

« non pas ... une convention comportant, pour les litiges relatifs à l'application de ces dispositions, une clause conférant compétence à la Cour, mais ... un texte dont l'objet exclusif est le règlement pacifique des différends et notamment [leur] règlement judiciaire ».

Cette déclaration ne semble pas tenir compte des dispositions de l'article 41 de l'Acte général et je ne vois, en tout cas, aucun élément permettant d'attribuer cette application limitée à une réserve à une déclaration d'acceptation de la clause facultative.

Il est dit également que la déclaration d'acceptation de la juridiction obligatoire au titre de l'article 36, paragraphe 2, est un acte ayant la nature d'un accord portant sur le même objet que l'Acte général. Comme je l'ai déjà dit, une déclaration d'acceptation de la juridiction obligatoire n'est pas un accord, bien qu'elle puisse créer des liens consensuels. De toute façon l'objet de l'Acte général et celui de la déclaration d'acceptation de la clause facultative ne sont pas identiques.

A en croire l'annexe française, du fait que les Etats liés par l'Acte général qui ont aussi accepté la juridiction obligatoire de la Cour ont de temps à autre maintenu la correspondance entre les textes de leurs réserves respectives en vertu de l'Acte et en vertu de la clause facultative, la rupture de ce « parallélisme » indiquerait soit que l'Acte général est tombé dans le non-usage, soit qu'une réserve comparable doit être réputée avoir été formulée à l'égard de l'Acte général. Mais en fait ce prétendu parallélisme n'existe pas ainsi que le démontre le mémoire australien (voir par. 259-277). De plus, il est impossible d'admettre que la France, qui n'a formulé aucune dénonciation partielle de l'Acte général dans sa réserve à sa déclaration d'acceptation de la juridiction obligatoire, devrait, en raison du parallélisme susmentionné, être considérée comme l'ayant fait.

En somme, je ne peux pas souscrire à l'idée que la déclaration française du 20 mai 1966 ait eu un effet quelconque sur les obligations de la France en vertu de l'Acte général de 1928. Le consentement à la compé-

tence de la Cour donné par la France en adhérant à l'Acte général n'est pas affecté par la volonté qu'elle a exprimée par la suite au sujet de la clause facultative. La réserve française au titre de l'article 36, paragraphe 2, n'est pas plus pertinente en ce qui concerne la compétence de la Cour aux termes de l'article 36, paragraphe 1, que ne l'était une réserve semblable dans l'affaire de l'*Appel concernant la compétence du Conseil de l'OACI (C.I.J. Recueil 1972, p. 46)*. Là aussi on avait essayé de rejeter la compétence tirée d'un traité en invoquant une réserve formulée en vertu de la clause facultative. Cette tentative a échoué. La Cour a fondé sa juridiction exclusivement sur le traité et considéré que la réserve en vertu de la clause facultative était sans pertinence. Voir l'arrêt de la Cour, *ibid.*, pages 53 et 60 du *Recueil*.

Il y a sans doute des raisons pour lesquelles ni la France ni auparavant le Royaume-Uni n'ont essayé de dénoncer l'Acte général à un moment où ils envisageaient de procéder à des essais nucléaires en atmosphère dans le Pacifique Sud, alors même qu'ils prenaient soin de formuler ce qui leur paraissait être une réserve appropriée dans leurs déclarations d'acceptation de la clause facultative. J'ai déjà fait observer que l'Acte général était devenu un traité fermé. L'identité des Etats auxquels la France et le Royaume-Uni étaient liés par l'Acte était donc connue. Il est certain qu'en 1966 l'attitude adoptée alors par ces Etats à l'égard des essais nucléaires en atmosphère dans le Pacifique Sud était connue ou du moins supposée être connue. En revanche, il y avait des Etats qui avaient fait des déclarations en vertu de la clause facultative et dont on pouvait appréhender l'opposition aux essais nucléaires dans l'atmosphère, d'une façon générale et dans le Pacifique en particulier. Toutefois, il est en réalité sans intérêt d'échafauder des hypothèses sur les raisons pour lesquelles la France n'a pas essayé de dénoncer l'Acte général en 1966. Du point de vue du droit international, il suffit qu'elle ne l'ait pas fait.

L'article 36, paragraphe 1, du Statut de la Cour prévoit que la Cour est compétente dans tous les cas spécialement prévus dans les traités et conventions en vigueur. Je suis parvenu à la conclusion que l'Acte général de 1928 était un traité ou convention en vigueur entre la France et l'Australie à la date de la requête australienne. J'ai déjà cité l'article 17 de l'Acte général, qui fait partie du chapitre II relatif au règlement judiciaire. La deuxième phrase de cet article revient à intégrer à l'article 17 la partie de l'article 36, paragraphe 2, du Statut de la Cour permanente où sont énumérés les cas dans lesquels la Cour est compétente. Ainsi, tous les «différends d'ordre juridique ayant pour objet: a) l'interprétation d'un traité; b) tout point de droit international; c) la réalité de tout fait qui, s'il était établi, constituerait la violation d'un engagement international; ...» rentrent dans le champ d'application de l'article 17.

La question qui se pose par conséquent à propos de l'article 36, paragraphe 1, est la suivante: quels sont les cas de renvoi à la Cour spécialement prévus dans l'Acte général? Ce sont, d'après moi, et pour autant que ce soit pertinent en l'espèce, tous les différends au sujet desquels les

parties se contestent réciproquement un droit et les différends d'ordre juridique ayant pour objet tout point de droit international ou la réalité de tout fait qui, s'il était établi, constituerait la violation d'un engagement international, sans préjudice en tout cas (et à mon avis exclusivement) de toute réserve qui aurait pu être formulée en vertu de l'article 39 de l'Acte général.

Il me semble qu'il n'y a que deux façons possibles de considérer les éléments de la juridiction de la Cour empruntés à l'article 36, paragraphe 1, du Statut et repris dans l'Acte général de 1928, en particulier par le jeu de son article 17 et de l'article 37 du Statut.

D'une part, on peut dire que la compétence est parfaite si l'Acte général de 1928 est un traité ou convention en vigueur entre la France et l'Australie à la date de la requête. L'objet de la compétence ainsi établie serait alors un des cas pour lesquels l'Acte général de 1928 prévoit le renvoi à la Cour, c'est-à-dire un différend au sujet duquel des Etats liés par l'Acte se contesteraient réciproquement un droit, etc. Dans cette optique ces différends seraient sur le même pied que la catégorie générale d'affaires que la Cour est habilitée à résoudre judiciairement, en raison du maintien en vigueur de l'Acte général. Si l'on accepte cette manière de voir, la question de savoir si le différend qui, en fait, oppose la France et l'Australie à la date de la requête rentre dans cette catégorie est une question de recevabilité.

En revanche, on peut considérer que les éléments nécessaires de la compétence de la Cour ne sont pas réunis si l'on se borne à démontrer que l'Acte général de 1928 est un traité ou convention en vigueur entre la France et l'Australie, et qu'il faut en outre établir qu'il existe entre elles un différend au sujet duquel elles se contestent réciproquement un droit, etc. En d'autres termes, ce qu'envisage l'Acte général ce n'est pas une catégorie de différends mais un différend déterminé concernant les droits de deux Etats l'un par rapport à l'autre. Dans cette conception, les Etats sont considérés comme n'ayant consenti à la compétence que pour ce différend particulier. Pour reprendre les termes employés [par les juges dissidents] dans l'affaire *Ambatielos (fond)* (C.I.J. Recueil 1953, p. 29), ces différends constituent «la catégorie de ceux» pour lesquels on a consenti à la juridiction de la Cour. Selon cette analyse, il ne se pose aucune question de recevabilité distincte; il n'y a qu'un seul et unique problème de compétence, l'existence en fait et en droit du différend entre les deux Etats au sujet de leurs droits respectifs constituant une condition *sine qua non* de la juridiction de la Cour. C'est ce différend que la Cour a compétence pour trancher.

C'est à cette thèse que va ma préférence. Toutefois, l'ordonnance de la Cour du 22 juin 1973 me semble partir du postulat qu'une question de recevabilité distincte se pose ou, tout au moins, qu'on pourrait soutenir qu'elle se pose. C'est pourquoi, malgré ce que je viens de dire, je suis prêt, dans le cadre de la présente opinion, à examiner la question de savoir si le différend entre la France et l'Australie était un différend au sujet duquel les parties se contestent réciproquement un droit comme s'il

s'agissait d'une question de recevabilité. Je soulignerai cependant que, quelle que soit la façon dont on la considère, comme élément nécessaire de la juridiction de la Cour ou comme un problème de recevabilité, la question est selon moi la même, et la conséquence au fond de la réponse qui lui sera donnée sera la même, que l'on parte de l'une ou l'autre des deux conceptions que j'ai mentionnées au sujet des éléments nécessaires de la juridiction de la Cour. Il s'agit de savoir si les Parties se contestent réciproquement un droit, au sens juridique.

Selon moi, la Cour a donc compétence pour connaître d'un différend au sujet duquel les parties liées par l'Acte général se contestent réciproquement des droits au sens juridique. Comme je l'ai déjà dit, je traiterai la question de la recevabilité comme s'il s'agissait d'une question à part.

RECEVABILITÉ

Une distinction est faite dans la jurisprudence de la Cour entre sa compétence dans un cas d'espèce et la recevabilité de l'acte par lequel l'instance a été introduite. Le Règlement maintient cette distinction entre les deux notions (voir art. 67) mais le Statut de la Cour ne dit rien de la recevabilité. Il n'en est pas question en particulier dans la disposition relative au défaut : l'article 53. Cela mérite peut-être d'être relevé dans une instance comme celle-ci où il n'y a pas eu d'exceptions préliminaires d'irrecevabilité spécifiant les motifs pour lesquels la requête ne serait pas recevable. En pareil cas, et s'il n'y avait pas eu d'ordonnance spéciale comme celle du 22 juin 1973, l'application stricte de l'article 53 pourrait avoir ce résultat qu'en l'absence du défendeur toute question de recevabilité qui se poserait serait traitée soit avec la compétence soit avec le fond. Quoi qu'il en soit, la Cour étant maîtresse de sa procédure peut, comme elle l'a fait en l'espèce, demander que la question de la recevabilité soit débattue à part mais, sans aucun doute, dans la stricte mesure où l'on est fondé à affirmer en l'occurrence que la recevabilité présente un caractère exclusivement préliminaire.

On peut dire que la compétence de la Cour concerne son aptitude à connaître des questions d'une certaine nature, par exemple, celles qu'énumère l'article 36, paragraphe 2, du Statut de la Cour, alors que la recevabilité consiste à se demander si l'acte introductif d'instance lui-même remplit les conditions prescrites, sur le plan de la juridiction ou sur celui de la saisine.

Dans la présente espèce, la compétence comprendrait le droit, pour la Cour, de déterminer si un différend du type voulu existe et, dans l'affirmative, de faire droit à la demande du requérant visant à obtenir une déclaration et une injonction. Si un tel différend existe, la demande est recevable. Examiner la recevabilité c'est déjà exercer une compétence, bien que la décision prise à ce sujet puisse elle-même servir de fondement à l'exercice d'une nouvelle compétence pour statuer sur la demande. Il est évident que les notions de compétence et de recevabilité se chevau-

chent, notamment dans les cas comme celui qui nous occupe, où l'existence d'un différend qui réponde aux conditions voulues peut être considérée comme une condition nécessaire du droit de statuer découlant de l'article 17 de l'Acte général.

J'ai dit plus haut qu'il n'y a pas de définition universellement applicable des conditions de la recevabilité. La demande peut n'être pas recevable parce que son objet n'est pas de ceux sur lesquels la Cour puisse statuer; ou parce que la Cour n'a pas le pouvoir d'envisager ni d'accorder la mesure sollicitée; ou encore parce que l'Etat requérant n'est pas habilité à introduire l'instance, n'ayant pas qualité pour agir en l'espèce; ou parce que le demandeur peut n'avoir aucun intérêt juridique par rapport à l'objet de la requête, ou bien il peut avoir agi trop tôt ou au mauvais moment; enfin toutes les conditions qui doivent précéder la présentation de l'acte introductif d'instance ou la saisine n'ont peut-être pas été respectées, par exemple si tous les recours internes n'ont pas été épuisés. Bien entendu, il peut y avoir encore d'autres cas dans lesquels l'acte introductif d'instance est irrecevable. L'irrecevabilité se manifeste ainsi sous diverses formes.

Certes, tous ces éléments relatifs à la recevabilité ou à la validité de l'acte introductif d'instance ne valent pas nécessairement dans tous les cas. Quel est le problème particulier de recevabilité qui se pose dans une espèce donnée? Cela dépend dans une large mesure de la source invoquée pour fonder la compétence de la Cour et des termes dans lesquels cette compétence est exprimée. Telle est à mon avis la situation en l'espèce.

LES PARTIES SE CONTESTENT-ELLES RÉCIPROQUEMENT UN DROIT?

La Cour est gênée par le fait qu'elle n'est en présence d'aucune exception formelle d'irrecevabilité, précisant de quel point de vue la requête peut être considérée comme irrecevable. L'annexe à la lettre de l'ambassadeur du 16 mai 1973 contestait la compétence de la Cour au titre de l'article 36, paragraphe 1, du Statut, en prenant argument de la caducité de l'Acte général ou des réserves dont il avait fait l'objet et non de l'inexistence d'un différend visé par l'article 17 de l'Acte. Au surplus, il n'était pas fait expressément référence à la recevabilité de la requête.

On peut toutefois interpréter le *Livre blanc* comme aboutissant à soutenir que la requête est « sans objet » en ce sens qu'aucune norme juridique ne permet de résoudre le différend opposant en fait les Parties; en d'autres termes, et bien que ce ne soit pas dit expressément, les Parties ne se contesteraient pas réciproquement un droit (voir art. 17 de l'Acte général). C'est ce qui me paraît se dégager du *Livre blanc* à propos de l'argument selon lequel les essais d'armes nucléaires sont devenus illicites d'après le droit international coutumier. Il n'a pas été dit, et à mon avis on ne peut pas dire, qu'il n'existe pas de norme juridique permettant de décider si la souveraineté d'un Etat sur son territoire et son pouvoir de

décision ont été violés, bien que des considérations juridiques importantes et difficiles interviennent à cet égard, comme en témoigne ce que contient l'annexe française au sujet du seuil de contamination radioactive qui ne doit pas être franchi. En ce qui concerne la violation de la liberté de la haute mer et de l'espace aérien surjacent, le *Livre blanc* français invoque la pratique internationale pour justifier les mesures envisagées dans la zone entourant son site d'expérimentations en atmosphère, mais cet argument ne concerne pas la recevabilité.

Un des éléments de la recevabilité est l'intérêt juridique que possède l'Etat demandeur en ce qui concerne l'objet de sa requête. Selon moi, c'est l'existence d'un différend au sujet duquel les parties se contestent réciproquement un droit au sens juridique qui doit constituer l'objet de la requête en l'espèce pour répondre aux conditions de l'article 17; je crois qu'une fois prouvée l'existence du différend on peut considérer que chacune des parties à ce différend possède forcément un intérêt juridique à ce qu'il soit réglé. Pour moi, la question de la recevabilité est résolue à partir du moment où l'on décide que la France et l'Australie se contestent réciproquement un droit au sens juridique; en d'autres termes, qu'il existe un différend au sujet du droit que l'Australie revendique ou de l'obligation de la France envers l'Australie qui, d'après l'Australie, aurait été violée. Dans le texte anglais de l'article 17 l'emploi du mot *their* est important; il doit s'agir nécessairement d'un différend au sujet duquel chacune des parties conteste le droit de l'autre. L'adjectif possessif fait ressortir à mon avis la nécessité de posséder un intérêt juridique quant à l'objet du différend.

Ainsi, il me paraît que la question à trancher à ce stade de l'affaire est de savoir si les Parties, à la date de la requête, s'opposaient dans un différend au sujet duquel elles se contestaient réciproquement un droit.

Il ne fait pas de doute selon moi qu'un différend oppose les Parties. Il est évident que le demandeur s'est contenté pendant un certain temps de démarches politiques ou purement diplomatiques et que les sujets traités dans la correspondance où se précise le différend comportent des aspects politiques. Mais cela ne veut pas dire que les Parties ne se contestent pas réciproquement un droit. Ce qui compte à cet égard, c'est ce qui les oppose au fond.

Les éléments sur lesquels on peut se fonder pour se faire une opinion à ce sujet sont fournis par la correspondance entre la France et l'Australie, reproduite aux annexes 2 à 14 incluse de la requête introductive d'instance, et expliquée et développée dans l'argumentation soumise à la Cour. La teneur de l'annexe française (ainsi d'ailleurs que ses omissions), où l'on trouve des arguments de droit opposés aux thèses juridiques des notes australiennes, est également à prendre en considération à cet égard. Il n'est dit nulle part dans l'annexe que le différend entre la France et l'Australie n'est qu'une divergence politique, une opposition d'intérêts ne se prêtant pas au règlement judiciaire, et c'est là un fait qui n'est peut-être pas dépourvu d'importance en lui-même.

En examinant les notes échangées entre la France et l'Australie, j'ai

estimé qu'il importait de noter la différence entre le langage conciliant employé pour essayer d'obtenir que la France renonce à ses plans et les termes utilisés quand des droits sont invoqués. Jusqu'à ce que le ton change, le litige entre les gouvernements pourrait à la rigueur être considéré comme principalement politique, car on cherchait à atteindre le but souhaité par le seul moyen de la diplomatie, mais il n'en a évidemment plus été de même par la suite. Le ton nouveau des notes australiennes est frappant dans la note du 3 janvier 1973, où l'on peut lire :

«Le Gouvernement australien, qui a jusqu'ici fait preuve d'une très grande retenue en la matière, tient à ne laisser aucun doute sur sa position à l'égard des essais nucléaires en atmosphère auxquels le Gouvernement français envisage de procéder dans le Pacifique. La poursuite de ces essais serait non seulement indésirable, mais contraire au droit, d'autant qu'elle implique une modification des conditions physiques sur le territoire australien et au-dessus de ce territoire, la pollution de l'atmosphère et des ressources de la mer, l'ingérence dans la liberté de navigation tant en haute mer que dans l'espace aérien surjacent et une infraction aux normes juridiques régissant les essais d'armes nucléaires dans l'atmosphère.»

Après quoi, ayant demandé au Gouvernement français de s'abstenir de tous nouveaux essais nucléaires, la note australienne poursuit en ces termes :

«Cependant, le Gouvernement australien se voit obligé de dire qu'à défaut d'assurances pleines et entières dans ce domaine, qui affecte la prospérité et la tranquillité d'esprit non seulement de l'Australie, mais de la communauté du Pacifique tout entière, il n'aura d'autre recours que de mettre en œuvre les voies de droit international appropriées.»

La revendication du demandeur portait donc sur un droit juridiquement protégé.

Dans la note envoyée à l'Australie en réponse, le Gouvernement français s'est efforcé tout d'abord de justifier sa décision d'effectuer des essais nucléaires et il ajoute :

«Par ailleurs, le Gouvernement français, qui a étudié avec la plus grande attention les problèmes soulevés par la note australienne, est convaincu que ses expériences nucléaires n'ont violé aucune règle du droit international. C'est ce qu'il souhaite faire ressortir à propos des «infractions» à ce droit alléguées par le Gouvernement australien dans sa note citée en référence.

Les premières se rapporteraient à la pollution et aux modifications physiques que ces expériences entraîneraient pour le territoire australien, la mer, l'espace aérien surjacent.

Tout d'abord, le Gouvernement français croit comprendre que le

Gouvernement australien ne prétend pas faire état de dommages déjà constatés, qui seraient dus aux expériences françaises.

Si elle ne se fonde pas sur des dommages actuels, l'« infraction » au droit pourrait alors venir d'une violation par la France d'une norme juridique internationale portant sur le seuil de pollution atomique qui ne devrait pas être dépassé.

Mais le Gouvernement français voit mal quelle est la règle précise dont l'existence serait invoquée par l'Australie. Celle-ci pourrait peut-être l'éclairer sur ce point.

En vérité, il semble bien au Gouvernement français que ce grief de violation du droit international du fait de la pollution atomique revient à soutenir que les expériences nucléaires en atmosphère sont automatiquement illicites. De son point de vue il n'en est pas ainsi. Mais, ici encore, le Gouvernement français apprécierait les précisions qui pourraient lui être apportées à l'appui de l'opinion inverse.

Enfin, le Gouvernement français entend répondre à l'affirmation selon laquelle ses expériences restreindraient d'une manière illégale la liberté de navigation en haute mer et dans l'espace aérien surjacent.

A cet égard il lui suffira d'observer qu'il est courant que des zones de haute mer soient déclarées dangereuses à la navigation en raison de tirs qui s'y déroulent, y compris des tirs de fusées. S'agissant d'expériences nucléaires, le Gouvernement australien n'ignore pas qu'une telle zone dangereuse empiétant sur la haute mer a pu être licitement établie lors d'expériences antérieures.»

Cette note conteste le bien-fondé des revendications portant sur un droit juridiquement protégé.

Dans la note australienne du 13 février 1973, on trouve les passages suivants:

« Le Gouvernement australien assure le Gouvernement français que la situation actuelle, causée par une activité que ce gouvernement a entreprise et poursuivie et que le Gouvernement australien considère non seulement comme illégitime mais aussi comme gravement préjudiciable aux conditions de vie futures de ce pays et des autres peuples du Pacifique... »

et:

« Il convient de rappeler que, dans sa note du 3 janvier 1973, le Gouvernement australien émettait l'avis que la poursuite d'essais nucléaires en atmosphère par le Gouvernement français dans le Pacifique serait non seulement indésirable mais contraire au droit. Dans la note de votre ambassadeur du 7 février 1973, il est dit que le Gouvernement français, qui a étudié avec la plus grande attention les problèmes soulevés par la note australienne, est convaincu que ces expériences nucléaires n'ont violé aucune règle du droit international.

Le Gouvernement australien regrette de ne pouvoir partager le point de vue du Gouvernement français, car il est au contraire convaincu que la poursuite des essais viole des règles du droit international. Il est clair qu'à cet égard il existe entre nos deux gouvernements un différend juridique important.»

La conclusion ainsi exprimée par le Gouvernement australien était-elle fondée et, dans l'affirmative, permet-elle de résoudre la question de la recevabilité de la requête, qui vise en substance à obtenir, en guise de règlement du différend, une déclaration selon quoi les droits revendiqués existent effectivement et ont été violés ou enfreints?

La correspondance fait ressortir nettement qu'au départ le Gouvernement australien espérait que la France pourrait être découragée de réaliser ou de poursuivre ses expériences nucléaires dans le Pacifique Sud, étant donné la pression de l'opinion internationale et l'importance qu'il y avait à ne pas s'aliéner la bonne volonté et la coopération économique de l'Australie. Dans la période sur laquelle porte cette partie de la correspondance, que je place entre le 6 septembre 1963 et le 29 mars 1972, on s'efforce de persuader en insistant surtout sur les conséquences du Traité d'interdiction partielle des essais nucléaires de 1963, sur le fait que l'opinion publique internationale est généralement opposée aux essais nucléaires dans l'atmosphère, et sur l'importance de relations harmonieuses entre l'Australie et la France.

Mais en janvier 1973, quand il apparaît que tous ces efforts ont été et seront probablement vains et quand on acquiert la certitude que la France procédera à une nouvelle série d'essais vers le milieu de l'année, c'est-à-dire pendant l'hiver austral, nous en arrivons aux passages que j'ai cités de la note du 3 janvier 1973, où le requérant fait valoir que ses droits seront violés par de nouveaux essais d'engins nucléaires dans le Pacifique Sud et à la réponse du Gouvernement français du 7 février 1973 contestant ces droits.

Les quatre bases de la demande

Il ressort des passages cités de la note du 3 janvier 1973 que les divers faits illicites dont le Gouvernement australien a fait état dans sa requête ont été alors précisés. On peut les reprendre et les énumérer comme suit. Sont illicites:

- 1) la modification des conditions physiques du territoire australien et de son environnement;
- 2) la pollution de l'atmosphère de l'Australie et de ses ressources marines adjacentes;
- 3) les entraves apportées à la liberté de navigation maritime et aérienne et
- 4) la violation de normes juridiques concernant les essais d'armes nucléaires dans l'atmosphère.

La France n'a rien admis et en fait elle conteste ces affirmations.

On notera qu'il existe une différence radicale entre, d'une part, l'idée que la violation de la souveraineté d'un Etat en ce qui concerne son territoire et son pouvoir de décision à la suite de l'intrusion et du dépôt de radioéléments et de la pollution de la mer et de ses ressources sont illicites en droit international et, d'autre part, la thèse suivant laquelle les essais d'armes nucléaires sont devenus illicites d'après le droit international coutumier ou, selon la note australienne du 3 janvier 1973, d'après les «normes juridiques régissant les essais d'armes nucléaires dans l'atmosphère».

En ce qui concerne la première idée, c'est l'intrusion des particules radioactives dans l'air, dans les eaux et sur les terres de l'Australie qui, affirme-t-on, viole les droits reconnus par la communauté internationale. Il n'est pas d'une importance fondamentale à cet égard que les explosions atomiques qui ont produit les particules dispersées dans l'environnement australien aient eu pour objet de mettre au point des armes nucléaires, bien que ce soit en fait le cas.

Mais, en ce qui concerne la deuxième thèse mentionnée, on soutient maintenant que le droit coutumier comporte une prohibition des essais d'armes nucléaires. L'objet même des explosions auxquelles a fait procéder la France constituerait donc l'élément essentiel de la prohibition en question. Certes, comme je l'indiquerai plus tard, le demandeur insiste surtout sur les retombées que ces explosions ont provoquées en Australie, mais ces conséquences ne sont pas la raison essentielle de l'illicéité alléguée: ce sont les essais eux-mêmes qui sont considérés comme illicites.

On observera que les objections élevées contre les essais d'armes nucléaires dans les débats internationaux reposent sur deux bases: il y a le danger pour la santé de la présente génération et des générations futures, résultant de la dispersion des retombées radioactives, mais il y a aussi l'hostilité de la communauté internationale à ce que le pouvoir destructeur des armes nucléaires se répande davantage et à ce que des Etats plus nombreux en disposent. Ce ne sont donc pas seulement sur les explosions nucléaires en tant que telles que porte la prohibition, mais aussi sur l'expérimentation d'armes nucléaires qui provoque un accroissement des stocks d'armements nucléaires.

L'ordre dans lequel le demandeur a présenté les quatre bases de sa réclamation et l'étendue qu'il a donnée à chacune d'elles ont contribué à masquer l'importance qu'il accorde dans son argumentation à la violation de sa compétence territoriale et de son pouvoir souverain de décision. En raison de cette présentation et de ses implications émotionnelles, on est peut-être enclin à penser que la dernière des bases que je viens de mentionner, qui, je peux le dire, soulève des difficultés particulières, est au centre de la demande australienne. Mais comme je comprends la question, c'est l'inverse qui est vrai. C'est l'atteinte à la souveraineté territoriale en raison de l'intrusion et du dépôt de radioéléments qui constitue la base essentielle de la demande australienne.

Un différend au sujet duquel les parties se contestent réciproquement un droit peut porter sur l'existence même de ce droit ou bien sur l'étendue

d'un droit déjà reconnu; ce peut être aussi un différend sur le point de savoir si un droit reconnu a été violé, ou encore, bien entendu, tous ces aspects ou certains d'entre eux peuvent se combiner en un différend unique. Les prétentions et dénégations relatives à l'existence d'un droit ou les controverses sur son étendue ou sur sa violation constituent, selon moi, un différend juridique. Si les parties se contestent réciproquement un droit, le différend répondra, à mon avis, aux conditions de l'article 17 de l'Acte général qui est la pierre de touche de la compétence en l'espèce ou, si l'on admet la conception contraire de la compétence, la pierre de touche de la recevabilité.

Si le différend ne porte pas sur l'existence d'un droit juridiquement protégé, il ne répond pas aux conditions de l'article 17 et peut être dit «sans objet» pour la raison que, s'il ne s'agit pas d'un différend sur l'existence d'un droit au sens strict, la Cour ne sera pas en mesure de le résoudre par l'application de normes juridiques: le différend ne sera pas justiciable.

Mais il ne suffit pas pour cela que la demande ou le droit invoqué aient un caractère inédit ou qu'il s'agisse d'un droit qui n'a pas encore été confirmé par des décisions de la Cour ou par l'opinion d'éminents auteurs, ou qui nécessite des recherches et un examen prolongé pour que sa validité soit établie.

Dans son opinion individuelle en l'affaire du *Cameroun septentrional*, sir Gerald Fitzmaurice a adopté comme définition du différend sans lequel la Cour n'est pas habilitée à se prononcer celle que M. Morelli avait donnée dans son opinion dissidente en l'affaire du *Sud-Ouest africain, exceptions préliminaires, arrêt (C.I.J. Recueil 1962, p. 566 à 588)*, en y ajoutant un élément tiré de l'argumentation du défendeur dans l'affaire du *Cameroun septentrional* (voir *C.I.J. Recueil 1963, p. 109-110*).

Sir Gerald était d'avis qu'il n'y avait pas de différend en l'espèce, contrairement à la Cour et à M. Morelli, parce que selon lui la Cour n'était pas en mesure de prendre une décision pouvant produire des effets au sujet de la question qui opposait les Parties. A la page 111 du *Recueil*, sir Gerald s'exprime en ces termes:

«Bref une décision de la Cour n'aurait ni ne pourrait avoir aucun effet sur les droits, obligations, intérêts ou rapports juridiques des Parties; cette situation découle — et témoigne — du fait qu'il n'existe pas entre les Parties un différend auquel pourrait se rapporter un arrêt de la Cour sous une forme concrète ou même éventuellement susceptible de réalisation. On doit en conclure qu'il peut y avoir désaccord, opposition de thèses ou controverse, mais qu'il n'y a, à proprement parler, sur le terrain du droit, aucun différend.

Autrement dit, le fait qu'une décision de la Cour en faveur de l'Etat demandeur ne pourrait en l'espèce avoir aucune application juridique effective (et par conséquent qu'il serait incompatible avec

sa fonction judiciaire que la Cour connaisse de l'affaire) est le revers d'une médaille dont l'avvers est l'absence d'un véritable différend.

Puisque, s'agissant d'une décision judiciaire visant à trancher un prétendu différend entre les Parties, le différend doit se rattacher essentiellement à ce que doit être la décision, il s'ensuit que, si la décision (quelle qu'elle puisse être) doit être manifestement insusceptible d'application juridique réelle, le différend se trouve dépourvu de tout contenu et n'est plus qu'une enveloppe vide. »

Ces observations revenaient en somme à dire que, l'accord de tutelle ayant pris fin, aucune décision de la Cour ne pouvait conférer ni imposer de droit ou d'obligation à l'une ou l'autre des Parties en ce qui concernait cet accord. Or le demandeur sollicitait précisément une telle interprétation ou application de l'accord. Les éléments constitutifs d'un différend au sens de la définition de sir Gerald ressortent, selon moi, de la manière même dont l'article 17 envisage la nature du différend considéré, qui doit être un différend au sujet duquel les Parties se contestent réciproquement un droit. Si le différend présente ce caractère, il me semble que la Cour doit pouvoir d'une part le résoudre par l'application de normes juridiques, parce que des droits juridiquement protégés des Parties sont en jeu, et d'autre part adopter à tout le moins une déclaration sur l'existence ou l'inexistence du droit ou de l'obligation contestée.

Je crois essentiel de souligner ici que l'existence d'un différend sur des droits au sens juridique ne dépend pas du bien-fondé de la prétention contestée, laquelle voudrait qu'un droit existe et soit de telle nature ou de telle étendue. Pour établir l'existence d'un différend, point n'est besoin de démontrer que le droit invoqué existe. Par exemple, la partie qui perd son procès devant un tribunal au motif qu'elle ne possédait pas le droit qu'elle prétendait faire valoir contre l'autre partie n'en était pas moins au début en litige avec cette autre partie au sujet de leurs droits réciproques, c'est-à-dire du droit existant d'un côté et de l'obligation correspondante de l'autre. Le règlement du différend par le tribunal n'a pas établi que les parties ne se contestaient pas réciproquement un droit, bien qu'il en ressorte que le droit invoqué par le plaignant était mal fondé. Se prononcer sur la validité de prétentions contestées, c'est statuer sur la requête au fond.

On peut concevoir qu'une personne invoque un droit et que, celui-ci étant contesté, on se trouve apparemment en présence d'un différend, mais que, la prétention apparaissant sans doute possible et dès l'abord sans fondement, on soit justifié à dire qu'en vérité il n'y avait pas de différend parce qu'il n'y avait manifestement rien sur quoi on puisse s'opposer, ou encore que la prétention contestée était de toute évidence absurde ou frivole. Mais à mon avis on ne saurait rien affirmer de semblable au sujet des bases des demandes présentées dans la requête et que l'on retrouve dans la correspondance qui a précédé cette dernière.

Examen des bases de la demande

J'en viens maintenant à la question de savoir si les différentes bases de la demande que j'ai énumérées plus haut correspondent à des prétentions relatives à des droits juridiquement protégés que posséderait l'Australie; en d'autres termes, ces chefs de demande étant contestés, est-il possible de trouver une solution en appliquant des normes juridiques et le demandeur a-t-il un intérêt juridique à faire valoir ses droits?

Lorsqu'on examine ces questions, il convient de ne pas oublier que, pour qu'on puisse les trancher dès maintenant, elles doivent présenter un caractère exclusivement préliminaire. Si, pour résoudre l'un quelconque des points évoqués, il est indispensable d'aborder le fond, c'est que ces points n'ont pas un caractère préliminaire.

Il n'est pas contesté en l'espèce que le dépôt de particules radioactives (radioéléments) sur le territoire australien et leur intrusion dans l'espace aérien et maritime de l'Australie se produit peu de temps après qu'une explosion nucléaire a lieu dans le territoire français de Mururoa dans le Pacifique Sud, en raison de la nature même de telles explosions, des conséquences inhérentes à celles-ci et des déplacements d'air qui se produisent dans l'hémisphère Sud. On peut donc admettre que ces dépôts et cette intrusion sont causés, et que l'on sait qu'ils seront causés, par ces explosions.

Première et deuxième bases

J'examinerai ensemble les premier et deuxième motifs. Chacun d'eux concerne l'intégrité du territoire et son environnement. Le demandeur soutient que le dépôt et l'intrusion de radioéléments constituent une violation de sa souveraineté sur son territoire et, comme il le dit, de son pouvoir souverain de décision. Sa revendication porte notamment sur le fait que le dépôt et l'intrusion des particules en question, qui peuvent présenter un danger physique, est une violation du droit souverain et indiscutable de l'Australie à son intégrité territoriale, droit qui est de toute évidence protégé par le droit international.

La France soutient pour sa part — c'est du moins ainsi que je comprends l'annexe française — que le droit à l'intégrité territoriale, dans ses aspects pertinents, n'est qu'un droit à ne pas subir un dommage réel et démontrable à la suite de l'intrusion de matières dans le territoire et le milieu ambiant. D'où la référence à un seuil de pollution nucléaire. Autrement dit, la France aurait le droit d'agir comme elle l'entend sur son propre territoire dans l'exercice de ses propres droits souverains et sa seule obligation serait de ne pas causer de ce fait un préjudice à un autre Etat, en d'autres termes, et si je comprends bien le point de vue français, de ne pas causer un dommage réel, pouvant être prouvé dès maintenant, au territoire ou au milieu terrestre et maritime de l'Australie. Si l'on retient cette formulation, la France paraîtrait ainsi prétendre que, bien que les radioéléments soient intrinsèquement dangereux, leur dépôt et

leur intrusion sur le territoire et dans l'environnement australien ne causent pas de dommage appréciable à l'Australie ou à ses habitants à l'intérieur du territoire australien. D'après la France, il ne saurait y avoir de préjudice que dans la mesure où les biens ou les personnes auraient subi un dommage actuellement démontrable du fait des retombées nucléaires.

Cette thèse peut se comprendre, mais c'est une thèse juridique. Elle est combattue par l'Australie et constitue elle-même un argument destiné à réfuter la position australienne quant à l'état du droit applicable. Dans la mesure où la responsabilité de la France à l'égard de l'Australie peut être fonction du dommage qu'aurait éventuellement causé en Australie la réception involontaire de retombées radioactives, il convient de faire observer que la question de savoir s'il y a eu en réalité dommage n'a pas jusqu'ici fait l'objet d'un examen approfondi. Il est évident que cette question fait partie du fond. De même, si l'on ne peut établir d'ores et déjà un dommage effectif, il reste à savoir si, dans l'avenir, il est probable ou simplement possible que les radioéléments causent des lésions physiques aux personnes vivant en territoire australien; de toute façon, il s'agirait de déterminer si le degré de probabilité ou de possibilité, compte tenu de la nature des lésions que les radioéléments peuvent causer, est tel qu'on puisse conclure à un préjudice, à supposer que l'on accepte les thèses juridiques avancées dans l'annexe française. La réponse à ces questions, qui sont selon moi des questions juridiques, relève également du fond.

Le *Livre blanc* français me paraît attribuer au demandeur, ainsi qu'à la Nouvelle-Zélande, l'idée que :

«elles ont le droit de refuser les risques que leur feraient courir des expériences nucléaires dans l'atmosphère qui ne seraient pas compensés par des avantages jugés par elles suffisants, et qu'en passant outre à leur refus, un Etat porterait atteinte à leur souveraineté et violerait ainsi le droit international».

Je ne vois pas que le demandeur ait avancé cette thèse juridique — et, telle que le *Livre blanc* français la présente, il s'agit bien d'une thèse juridique. Je comprends ainsi l'argument du demandeur : celui-ci affirme que dans l'exercice de sa souveraineté sur son territoire il lui faut examiner en notre ère technique, s'il entend permettre l'introduction et l'utilisation dans le pays de matières radioactives. C'est à lui qu'il appartient de décider. Divers emplois de ces matières pouvant être bénéfiques pour certaines personnes, l'Australie s'est donné pour règle — a-t-on dit — de n'autoriser l'introduction ou l'utilisation de matières radioactives en Australie que si l'on y trouvait un avantage compensant les effets nuisibles qui pourraient en résulter par ailleurs. Pour peser les avantages et les risques il faut tenir compte du niveau de radioactivité naturelle et artificielle qui existe à tout moment dans l'environnement. L'argument m'a paru signifier que la réception involontaire sur le territoire et dans le milieu ambiant de matières radioactives enfreint la souveraineté de

l'Australie et sa capacité à décider par elle-même du niveau de radio-activité qu'elle autoriserait dans le territoire placé sous sa souveraineté et que, l'introduction ne dépendant pas de sa volonté, elle n'a pas eu la possibilité d'examiner si elle comporte des avantages compensatoires. C'est en cela qu'il y a infraction à ce que le demandeur a appelé son pouvoir souverain de décision. Si toutefois je me trompe dans mon interprétation de la position australienne à cet égard, et si la thèse française est juste, les Parties sont en opposition au sujet d'un autre aspect du droit international intéressant leurs relations mutuelles.

Il existe donc selon moi un différend entre la France et l'Australie au sujet de l'état du droit international régissant leurs droits et leurs obligations en ce qui concerne les conséquences, pour le territoire et l'environnement australiens, d'explosions nucléaires effectuées en territoire français. Pour emprunter au droit interne, je dirai qu'un aspect du différend — mais pas le seul — est de savoir si l'existence d'un préjudice certain et démontrable est une condition essentielle par rapport au droit à l'intégrité territoriale ou si l'intrusion de radioéléments dans l'environnement constitue en elle-même une violation de ce droit.

Pour déterminer si un préjudice est essentiel par rapport au droit à l'intégrité territoriale, s'agissant de l'intrusion de certaines matières physiques dans le territoire, on peut avoir à se poser la très vaste question de la classification des substances qu'un Etat ne saurait introduire impunément dans le territoire et dans l'environnement d'un autre. Y a-t-il par ailleurs des limites ou des atténuations au droit à l'intégrité du territoire et de l'environnement tenant à la nature même de l'activité génératrice de la substance qui se dépose ou pénètre dans le territoire et l'environnement de l'Etat? Dans certains cas sans doute l'utilisation qu'un Etat fait de son territoire est de nature telle que les conséquences pour un autre Etat, son territoire et son environnement doivent être acceptées par celui-ci. Il se peut fort bien qu'on ait à distinguer entre les dépôts et intrusions licites devant être supportés et les autres. En revanche, il n'est pas exclu qu'étant donné la nature particulière des radioéléments et le fait que l'activité qui provoque leur dispersion est inutile et sans profit pour la communauté internationale, la seule question consisterait à déterminer si l'intrusion de tels radioéléments est illicite.

A mon sens, il importe de ne jamais perdre de vue que nous traitons ici de l'émission et du dépôt de substances radioactives qui sont en elles-mêmes dangereuses. Les avis peuvent différer sur l'importance du danger, mais on ne saurait contester que ces substances sont intrinsèquement nuisibles et que leurs effets nuisibles ne peuvent être ni prévenus, ni même déterminés avec quelque degré de certitude. Si j'évoque ces questions, c'est pour donner une idée de l'ampleur des considérations juridiques que soulève le différend entre les Parties au sujet de la souveraineté territoriale.

D'après moi, on ne peut prétendre, et il ne me semble d'ailleurs pas que

l'annexe française prétende, que cette divergence entre la France et l'Australie quant à savoir s'il y a eu ou non violation de la souveraineté australienne soit autre chose qu'un différend juridique, un différend sur le droit et sur les droits juridiquement protégés des Parties, qui peut donc être résolu par application de normes juridiques et par la voie juridictionnelle. De toute évidence, le demandeur a un intérêt juridique à insister sur la validité de ses prétentions dans ce domaine.

La troisième base de la demande

La troisième base de la thèse australienne est que son droit de naviguer et de pêcher en haute mer, et de survoler les océans, sera violé par les actes du Gouvernement français, qui ne consistent pas simplement à publier des NOTAMS et des AVROMARS à l'occasion des essais nucléaires effectués en atmosphère dans le Pacifique Sud. Ici aussi, selon moi, l'Australie revendique un droit. Elle affirme d'autre part qu'une certaine situation entraînera la violation de ce droit. Elle semble également soutenir que la pollution de la haute mer, avec les effets qui en découlent pour la pêche et le poisson, constitue une atteinte à ses droits maritimes.

La France conteste que ces actes constituent une violation des droits de l'Australie sur la haute mer et l'espace aérien surjacent au regard de la pratique internationale établie. Sont donc en cause l'étendue du droit à la libre utilisation de la haute mer et de l'air surjacent, et la nature et les effets de la pratique internationale en matière de création de zones dangereuses, lorsque les espaces maritimes et aériens sont utilisés pour les besoins d'une telle expérimentation comportant des risques.

Je crois donc pouvoir dire que cette troisième base de réclamation fait apparaître aussi un différend au sujet de l'existence et de la violation de droits consacrés par le droit international : autrement dit un différend au sujet duquel les parties se contestent réciproquement un droit. Dans cette perspective, l'intérêt du demandeur à présenter sa requête est à mon sens évident.

La quatrième base de la demande

La thèse relative aux essais d'armes nucléaires dans l'atmosphère se présente tout autrement à mon avis. Selon cette thèse, les droits de l'Australie sont enfreints par les essais d'armes nucléaires en atmosphère auxquels se livre la France dans le Pacifique Sud. J'adopte cette formule, qui souligne que ce sont les droits de l'Australie qui seraient enfreints, encore que je doive reconnaître que ce n'est pas ainsi que la demande est présentée dans la note australienne du 3 janvier 1973. Toutefois, le texte du paragraphe 49 de la requête se prête à cette interprétation. Dans la partie qui nous importe ici, ce paragraphe se lit ainsi :

« Le Gouvernement australien soutient que les essais qui ont été réalisés comme il a été dit plus haut ont violé et, s'ils se poursuivent,

violeront encore le droit international et la Charte des Nations Unies, en particulier les droits de l'Australie, sur les points suivants :

- i) le droit de l'Australie et de ses habitants, ainsi que celui d'autres Etats et de leurs habitants, à ne pas être exposés aux essais d'armes nucléaires effectués dans l'atmosphère par un pays quelconque, est et sera violé. »

Il apparaît assez clairement, à mon avis, que la thèse du demandeur est que le droit international interdit *maintenant* à tout Etat de procéder à des essais nucléaires, du moins dans l'atmosphère. En effet, l'Australie n'aurait en l'espèce aucun intérêt à se plaindre de toute autre forme d'essais, ceux de la France étant effectués dans l'atmosphère. Le demandeur ne prétend pas qu'il faille changer le droit pour des motifs moraux ou politiques mais il assure que le droit est maintenant tel qu'il le dit. La France nie l'existence de l'interdiction. On est donc fondé, me semble-t-il, à affirmer qu'il s'agit d'un différend portant sur l'état actuel du droit international. Le demandeur ne prétend pas que le droit a toujours été tel ; il soutient qu'il l'est désormais.

Le demandeur déclare que l'opinion générale des nations a évolué, ainsi qu'il ressort des traités, des résolutions et des prises de positions, à tel point que la prohibition des essais d'armes nucléaires fait désormais partie du droit international coutumier.

Il n'est pas douteux que le droit coutumier subit un processus de croissance et d'apports successifs à mesure que l'opinion internationale évolue et se cristallise en normes juridiques. Il paraît certain que la Cour a un rôle à jouer, qui consiste à constater cette croissance et à déclarer avec toute son autorité qu'en droit elle revêt l'ampleur requise et qu'il y a déjà en fait consécration par le droit coutumier. La Cour se bornera bien entendu à dire à quel stade le droit est déjà parvenu et ce faisant elle ne modifiera pas le droit et ne décidera pas non plus qu'il devrait être différent de ce qu'il est.

Je crois qu'il faut considérer comme une possibilité juridique qu'à un certain moment le droit international coutumier interdise, ou ait déjà interdit, les essais d'armes nucléaires. Les traités, résolutions, prises de positions et la pratique internationale peuvent se conjuguer pour faire naître ce droit coutumier. Le moment de son émergence ne sera pas forcément retardé jusqu'à ce que tous les Etats aient adhéré à un traité d'interdiction des essais ou jusqu'à ce que l'opinion des nations soit devenue unanime. Le droit coutumier ne dépend pas à mon avis d'une adhésion universelle. Le droit conventionnel, dont l'application est limitée aux parties à la convention, peut se transformer dans certains cas appropriés en droit coutumier. En revanche, il se peut que même un traité d'interdiction des essais largement accepté ne crée pas ou n'établisse pas un état du droit international coutumier dans lequel les essais d'armes nucléaires seraient illicites et que les résolutions des Nations Unies et autres expressions de l'opinion internationale, quelque fréquentes, nom-

breuses et vigoureuses qu'elles puissent être, soient insuffisantes pour justifier la thèse que le droit coutumier interdit dès maintenant les essais d'armes nucléaires.

La question que soulèvent les affirmations du demandeur concernant les essais d'armes nucléaires et les dénégations de la France est celle de savoir si l'on en est au point où l'on peut dire que, sur le plan juridique, il existe d'ores et déjà une prohibition des essais d'armes nucléaires, en particulier dans l'atmosphère. Si je puis respectueusement emprunter les termes employés par M. Petrén dans son opinion dissidente lors d'une étape antérieure de l'affaire, il s'agit d'établir :

« si, d'une manière générale, les essais atmosphériques d'armes nucléaires sont déjà régis par des normes de droit international, ou s'ils n'appartiennent pas à un domaine hautement politique où les normes concernant leur légalité ou illégalité internationale sont encore en gestation » (*C.I.J. Recueil 1973*, p. 126),

ce qui évoque selon moi une question de droit.

Les difficultés que soulève la constatation d'un tel changement dans le droit coutumier des nations sont bien évidentes, et elles sont considérables. Mais, comme je l'ai déjà dit, ce n'est pas la validité de la thèse avancée qui est en cause à ce stade. Le problème est de savoir s'il existe un différend portant sur le droit. Aussi conscient soit-on des difficultés que vient soulever l'affirmation suivant laquelle le droit international coutumier est déjà parvenu au point où la prohibition des essais nucléaires est admise, je ne crois pas que l'on puisse la considérer comme absurde ou frivole, ou tellement insoutenable dès l'abord qu'on soit fondé à affirmer que cette thèse et la thèse inverse ne constituent pas un différend sur des droits au sens juridique. A mon sens, il serait injustifié de rejeter d'emblée cette base de l'argumentation du demandeur concernant l'état actuel du droit international, en particulier à un stade où la Cour ne peut se pencher que sur des questions de caractère exclusivement préliminaire. On ne peut pas dire non plus qu'il soit impossible de déterminer l'état du droit coutumier en faisant appel à des considérations juridiques.

Il reste cependant une question difficile, celle de savoir si l'Australie a intérêt à vouloir faire déclarer que le droit coutumier comporte déjà une prohibition des essais d'armes nucléaires.

On remarquera que, dans sa demande, l'Australie présente ce droit comme un droit qu'elle possède en commun avec tous les autres Etats. Elle ne prétend pas qu'il s'agisse d'un droit individuel dont elle aurait la jouissance exclusive. Dans son mémoire, elle décrit l'obligation de ne pas effectuer d'essais nucléaires comme une obligation de tout Etat envers tout autre Etat de la communauté internationale; elle soutient donc que tout Etat peut être considéré comme ayant un intérêt juridique à ce que la prohibition des essais d'armes nucléaires soit appliquée. A l'appui de cette conclusion, le demandeur invoque l'*obiter dictum* dans l'affaire de la *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, deuxième phase, arrêt, *C.I.J. Recueil 1970*, page 32 :

«Dès lors qu'un Etat admet sur son territoire des investissements étrangers ou des ressortissants étrangers, personnes physiques ou morales, il est tenu de leur accorder la protection de la loi et assume certaines obligations quant à leur traitement. Ces obligations ne sont toutefois ni absolues ni sans réserve. Une distinction essentielle doit en particulier être établie entre les obligations des Etats envers la communauté internationale dans son ensemble et celles qui naissent vis-à-vis d'un autre Etat dans le cadre de la protection diplomatique. Par leur nature même, les premières concernent tous les Etats. Vu l'importance des droits en cause, tous les Etats peuvent être considérés comme ayant un intérêt juridique à ce que ces droits soient protégés ; les obligations dont il s'agit sont des obligations *erga omnes*.

Ces obligations découlent par exemple, dans le droit international contemporain, de la mise hors la loi des actes d'agression et du génocide mais aussi des principes et des règles concernant les droits fondamentaux de la personne humaine, y compris la protection contre la pratique de l'esclavage et la discrimination raciale. Certains droits de protection correspondants se sont intégrés au droit international général (*Réserves à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1951, p. 23*); d'autres sont conférés par des instruments internationaux de caractère universel ou quasi universel.»

Le demandeur soutient que l'interdiction des essais d'armes nucléaires qu'imposerait maintenant selon lui le droit international coutumier est de même nature que les exemples relatifs aux droits fondamentaux de la personne humaine donnés au paragraphe 34 de l'arrêt de la Cour en l'affaire de la *Barcelona Traction*, et que l'obligation de respecter la prohibition est donc une obligation *erga omnes*. Il affirme qu'en conséquence le droit à ce que la prohibition soit observée est un droit que possède chaque Etat et qui a pour contrepartie l'obligation de chaque Etat de respecter la prohibition, obligation qui, d'après le demandeur, est due par chaque Etat à tous les autres.

Si l'on admet cette thèse, le demandeur posséderait, d'après moi, l'intérêt juridique requis, la qualité pour faire valoir cette base de sa demande. Le droit qu'il prétend posséder en ce qui concerne son différend avec la France serait *son* droit : l'obligation qui incombe selon lui à la France, à savoir une obligation de s'abstenir de procéder à des essais d'armes nucléaires dans l'atmosphère, serait une obligation envers l'Australie. Les Parties se contesteraient réciproquement un droit.

Mais à mon avis la question que cette argumentation soulève ne devrait pas être tranchée comme une question de caractère exclusivement préliminaire. D'une part divers problèmes importants sont en jeu mais, en outre, si l'on concluait qu'une prohibition comme celle qu'évoque le demandeur fait partie du droit international coutumier, il se pourrait bien que la formulation précise et peut-être les limites de cette prohibition influent sur

la question du droit des divers Etats à en obtenir le respect. De ce point de vue une décision sur la recevabilité de cette demande du requérant risquerait d'empiéter sur le fond.

L'intérêt juridique que doit posséder le requérant pour soutenir cette base de sa demande comporte aussi un autre aspect. Le demandeur prétend que la violation de l'interdiction des essais atmosphériques lui a causé un préjudice particulier. Conformément aux autres bases de sa demande il affirme que des retombées nocives se sont produites sur son territoire et dans son environnement à la suite de ce qu'il considère comme l'expérimentation illicite d'armes nucléaires dans l'atmosphère. Il est possible que, lorsqu'on examinera les faits en détail, ce fondement d'un intérêt juridique à l'égard de la requête, relativement aux essais d'armes nucléaires, puisse être établi en fait et en droit mais, selon moi, il ne s'agit pas là non plus d'une question exclusivement préliminaire.

Tout compte fait, j'estime que la demande du requérant est recevable en ce qui concerne les trois premières des quatre bases que j'ai énumérées plus haut. Mais je ne suis pas en mesure de dire avec certitude, à ce stade, que la requête est recevable en ce qui concerne le quatrième chef de demande. A mon avis, savoir si la requête est à cet égard recevable n'est pas une question de caractère exclusivement préliminaire, et c'est pour cette raison qu'elle ne peut être tranchée à ce stade de la procédure.

J'ajoute que si l'on concluait, contrairement à mon opinion, que la question de la recevabilité appelle dans une certaine mesure un examen de la validité des prétentions concernant le droit en cause dans le différend entre les Parties, je serais d'avis que la question de la recevabilité, ainsi comprise, ne saurait être tranchée comme une question de caractère exclusivement préliminaire.

Pour résumer mon opinion sur ce point, je pense qu'à la date du dépôt de la requête la Cour avait compétence et qu'elle a toujours compétence pour se prononcer sur le différend entre la France et l'Australie qui existait à cette époque au sujet du caractère illicite, aux points de vue spécifiés dans les trois premières bases de la demande que j'ai énumérées précédemment, du dépôt et de l'intrusion de substances radioactives sur le sol, l'espace aérien de l'Australie et les eaux adjacentes à la suite de la mise à feu d'engins nucléaires par la France, dans son territoire de Mururoa situé dans le Pacifique Sud, et en ce qui concerne le caractère illicite des mesures que la France envisage de prendre en haute mer et dans l'espace aérien surjacent. Je suis d'avis que les Parties se contestent réciproquement un droit au sens juridique au sujet de l'expérimentation par la France d'armes nucléaires dans l'atmosphère du Pacifique Sud. Si l'on devait conclure que le demandeur possède un droit juridiquement protégé de se plaindre des essais et par conséquent un intérêt juridique à présenter sa requête y relative, la Cour a compétence, selon moi, pour se prononcer sur le différend entre les Parties au sujet du caractère illicite de l'expérimentation par la France d'armes nucléaires dans l'atmosphère du

Pacifique Sud. Il s'agira dans ce cas, en ce qui concerne également cette base de la demande australienne, d'un différend au sujet duquel les parties se contestent réciproquement un droit comme le prévoit l'article 17 de l'Acte général.

Dans la mesure où la recevabilité de la requête peut être considérée comme une question distincte de celle de la compétence en l'espèce, j'estime que la requête est recevable en ce qui concerne toutes les bases de la demande à l'exception de celle où le demandeur soutient que le droit international coutumier comporte maintenant une interdiction des essais d'armes nucléaires. Selon moi, on ne peut dire, à titre exclusivement préliminaire, que la requête présentée de ce chef soit irrecevable; en d'autres termes, on ne peut dire d'ores et déjà que le demandeur ne possède certainement pas d'intérêt juridique à présenter cette demande particulière. A mon avis, la question de la recevabilité en ce qui concerne cette base de la demande n'a pas un caractère exclusivement préliminaire et devrait être tranchée à un stade ultérieur de la procédure.

Dissentiment sur l'arrêt

J'ai déjà dit que je considère la procédure adoptée par la Cour comme injuste. Je regrette de ne pouvoir souscrire au fond de l'arrêt, que je commenterai donc en indiquant les motifs de mon dissentiment.

Raisons pour lesquelles la Cour n'a pas avisé ni entendu les Parties

J'examinerai tout d'abord la partie de l'arrêt dans laquelle la Cour explique pourquoi elle n'a pas avisé les Parties et ne les a pas entendues (voir, par exemple, par. 33 de l'arrêt).

La Cour commence par indiquer que pendant les audiences sur les questions préliminaires le demandeur a appelé son attention sur un communiqué de la présidence de la République française en date du 8 juin 1974 qui lui avait été transmis. Puis elle fait état d'un certain nombre de déclarations qu'elle considère comme des actes de la France allant tous «dans le même sens» que le communiqué du 8 juin 1974 et dit qu'il convient de tenir compte de ces déclarations (par. 31 et 32 de l'arrêt). Je ferai observer en passant que la question n'est pas de savoir si la Cour était fondée à prendre ces déclarations en considération moyennant l'adoption de procédures appropriées, mais si elle pouvait les utiliser comme moyens de preuve sans en avoir d'abord avisé les Parties ni les avoir entendues. Dans son arrêt la Cour déclare:

«Si la Cour avait estimé que l'intérêt de la justice l'exigeait, elle aurait certes pu donner aux Parties la possibilité de lui présenter leurs observations sur les déclarations postérieures à la clôture de la

procédure orale, par exemple en rouvrant celle-ci. Cette façon de procéder n'aurait cependant été pleinement justifiée que si le sujet de ces déclarations avait été entièrement nouveau, n'avait pas été évoqué en cours d'instance, ou était inconnu des Parties. Manifestement, tel n'est pas le cas. Les éléments essentiels que la Cour doit examiner ont été introduits dans la procédure par le demandeur lui-même pendant les audiences, et d'une façon qui n'était pas seulement incidente, quand il a appelé l'attention de la Cour sur une déclaration antérieure des autorités françaises, produit les documents où elle figurait et présenté une interprétation de son caractère, en particulier sur le point de savoir si elle renfermait une assurance ferme. C'est donc à l'initiative du demandeur que la déclaration et l'interprétation qu'en donne l'Australie se trouvent soumises à la Cour. De plus, le demandeur a publiquement formulé des observations par la suite (paragraphe 28 ci-dessus) sur des déclarations faites par les autorités françaises après la clôture de la procédure orale. La Cour est donc en possession non seulement des déclarations des autorités françaises concernant la cessation des essais nucléaires dans l'atmosphère, mais aussi des vues exprimées par le demandeur à leur sujet. Bien que la Cour, en tant qu'organe judiciaire, ait conscience de l'importance du principe que traduit la maxime *audi alteram partem*, elle ne pense pas que ce principe l'empêche de prendre en considération des déclarations postérieures à la procédure orale et qui se bornent à compléter et à renforcer des points déjà discutés pendant cette procédure — déclarations que le demandeur ne peut pas ignorer. C'est pourquoi le demandeur, ayant présenté des observations sur les déclarations faites par les autorités françaises aussi bien avant qu'après la procédure orale, il pouvait raisonnablement escompter que la Cour traite de ce sujet et aboutisse à ses propres conclusions sur le sens et les effets de ces déclarations. La Cour, ayant pris note des observations du demandeur et ne s'estimant pas tenue de consulter les Parties sur la base de sa décision, considère qu'il ne servirait à rien de rouvrir la procédure orale. » (Par. 33.)

Il est exact que le demandeur a, pendant la procédure orale, porté à l'attention de la Cour le communiqué du 8 juin 1974 émanant de la présidence de la République française. Je ne vois guère comment il pouvait faire autrement. Mais il ne me paraît pas avoir fait état de ce communiqué à propos d'une question autre que les deux qui sont visées dans l'ordonnance du 22 juin 1973. Il est exact aussi qu'un des conseils du demandeur a présenté au sujet du communiqué des observations dont les termes sont cités dans l'arrêt. Mais, selon moi, on ne saurait vraiment prétendre que cette référence au communiqué avait pour objet d'amener et de développer la question sur laquelle la Cour s'est prononcée. Comme le montrent les comptes rendus d'audiences, lorsqu'il a formulé ces observations, le conseil passait en revue les faits nouveaux relatifs à

l'affaire survenus depuis son dernier exposé devant la Cour, c'est-à-dire depuis son intervention pendant la phase des mesures conservatoires. Il a déclaré que la France n'avait pas respecté les mesures conservatoires indiquées par la Cour ni certaines nouvelles résolutions de l'Assemblée générale et du Comité scientifique des Nations Unies pour l'étude des effets des rayonnements ionisants. Pour montrer que la France, aux yeux du demandeur, persistait dans son intransigeance, le conseil a évoqué le communiqué de la présidence de la République, en contestant son exactitude quant aux faits et en soulignant qu'il ne contenait aucune indication ferme que les essais en atmosphère allaient prendre fin. Il a fait valoir qu'une décision de passer aux essais souterrains ne voulait pas nécessairement dire qu'il n'y aurait plus d'essais dans l'atmosphère. Il a affirmé que, selon les avis scientifiques reçus par le demandeur, la possibilité d'une reprise des essais en atmosphère après le début des essais souterrains ne pouvait être exclue. Le communiqué, a dit le conseil, n'avait pas apporté au demandeur de satisfaction qui lui permette de se désister de son action. Il a indiqué qu'au contraire le demandeur souhaitait poursuivre l'instance — comme il l'a d'ailleurs fait — et il a continué à plaider sur les deux questions mentionnées dans l'ordonnance du 22 juin 1973. Je ferai remarquer à ce propos que le conseil a poursuivi sa plaidoirie sans que la Cour intervienne.

Selon moi le conseil ne se proposait nullement, en formulant les observations en question, de discuter du point de savoir si la demande était devenue « sans objet » soit parce que le différend juridique était résolu, soit parce qu'il n'était plus possible de rendre une injonction judiciaire sur la requête. Ses observations ne concernaient absolument pas cette question, non plus que celle de savoir si l'auteur du communiqué entendait assumer une obligation internationale. Elles ne constituaient pas une conclusion sur l'une ou l'autre de ces questions et ne pouvaient à mon avis servir de base à la décision de la Cour sans que les Parties aient été entendues. Elles ne justifient donc en rien la façon de faire de la Cour. Selon moi, on n'est pas fondé à dire, comme le fait l'arrêt, que le demandeur « pouvait raisonnablement escompter que la Cour ... aboutisse à ses propres conclusions » sur le document du 8 juin 1974 (voir par. 33), c'est-à-dire sur le point de savoir si la requête est ou non devenue « sans objet ». Indépendamment de toute autre considération, le demandeur ne devait pas savoir que la Cour prendrait en considération les déclarations ultérieures et s'en servirait pour rendre sa décision.

J'ai déjà dit qu'à mon avis la question de savoir si, en raison des événements qui se sont produits depuis que la requête a été déposée, celle-ci est devenue « sans objet » n'est en aucune manière comprise, directement ou indirectement, dans celles que mentionne l'ordonnance du 22 juin 1973 et qui visent exclusivement à mon avis la situation existant à la date du dépôt de la requête. Il serait inconcevable que ces questions pussent se rapporter à des faits ou des événements postérieurs au 22 juin 1973. Mais des événements survenant après le dépôt de la requête pouvaient bien entendu soulever des questions nouvelles que la Cour aurait

éventuellement à examiner selon la procédure appropriée et à trancher après audition des Parties.

A supposer qu'à ce stade de l'instance il y eût lieu de se demander si la requête n'était pas devenue «sans objet», soit que le différend porté devant la Cour fût résolu, soit qu'en raison des circonstances la Cour ne pût plus désormais, dans le cadre de sa fonction judiciaire, rendre une injonction produisant des effets entre les Parties, la Cour aurait dû, à mon avis, se prononcer d'abord sur les questions dont elle était saisie et fixer ensuite la date de nouvelles audiences pour examiner si la requête n'était pas devenue «sans objet». Lors de ces audiences publiques, les Parties auraient eu la possibilité de soumettre à la Cour toutes les preuves pertinentes qu'elles auraient souhaité la voir prendre en considération — car on ne saurait présumer que les éléments dont la Cour a tenu compte soient nécessairement les seuls qui intéressaient la question — et la Cour aurait pu entendre les conseils.

Le fait pour la Cour de se prononcer sur les questions de la compétence et de la recevabilité n'aurait certainement pas compromis l'examen de la question qu'elle vient de trancher ni sa décision à cet égard. Je pense même qu'en statuant sur la nature du différend entre les Parties, elle aurait sensiblement clarifié la question de savoir si un différend recevable était ou non résolu. Au surplus, le fait que la Cour ne se soit pas prononcée sur ces questions n'a représenté en réalité ni une économie de temps ni une économie d'efforts. Comme je l'ai dit plus haut, le demandeur a présenté son mémoire et ses plaidoiries et les questions ont été examinées par la Cour.

C'est bien entendu à la Cour de trancher toute question qui lui est soumise: la Cour n'est pas liée par les vues de l'une des parties. Mais est-ce là une raison suffisante, ou tout simplement une raison, pour ne pas aviser les parties qu'il se pose une question nouvelle que la Cour se propose d'examiner, et pour ne pas donner aux parties la possibilité de lui présenter leurs observations sur la décision qu'à leur avis cette question appelle, qu'il s'agisse d'une question de fait ou de droit? La procédure de la Cour repose essentiellement sur le principe que celle-ci entend les parties sur les questions dont elle est saisie et que ces questions font l'objet de ce qu'on appelle communément un débat contradictoire. Voir par exemple les articles 42, 43, 46, 48 et 54 du Statut de la Cour. Le Règlement de la Cour (*passim*) illustre abondamment ce fait. Certes il appartient à la Cour d'apprécier les éléments de fait et de droit, mais dire que pour se prononcer sur des questions de fait la Cour est fondée à écarter la participation des parties constitue pour le moins, selon moi, une innovation en matière judiciaire. Même sur les points de droit, la prétention à une omniscience judiciaire qui rendrait superflues les conclusions d'éminents conseils me paraît nouvelle et à vrai dire bizarre et peu convaincante.

Je ne trouve rien dans l'arrêt de la Cour qui, à mon avis, puisse justifier la procédure suivie. Selon moi, il est incompatible avec les principes fondamentaux qui régissent l'exercice de la fonction judiciaire de la Cour

de dire que l'audition des parties dans les circonstances de l'espèce « ne servirait à rien » (voir par. 33 de l'arrêt).

Eléments de l'arrêt

L'arrêt comporte plusieurs éléments dont le premier est une interprétation de la demande formulée dans la requête. La Cour conclut que, si l'on considère sa véritable nature, cette demande ne visait à rien d'autre qu'à faire cesser les essais d'armes nucléaires dans le Pacifique Sud. Le deuxième élément de l'arrêt est la conclusion que le demandeur, pour atteindre son but ou son objectif — la cessation des essais — se serait contenté de ce qui aurait été pour lui une assurance ferme, explicite et de caractère obligatoire donnée par la France de ne plus procéder à des essais d'armes nucléaires en atmosphère dans cette région. Le demandeur aurait accepté une telle assurance en considérant qu'elle répondait à son but ou objectif. Un troisième élément est la conclusion suivant laquelle la France, par son communiqué du 8 juin 1974 interprété à la lumière des déclarations ultérieures citées dans l'arrêt, a délibérément donné une assurance, ayant un caractère obligatoire sur le plan international et pouvant donc être présumée la lier vis-à-vis de l'Australie, comme quoi après la fin de la série d'expériences de 1974 la France ne procéderait plus à des essais d'armes nucléaires en atmosphère dans le Pacifique Sud. Le dernier élément enfin est la conclusion que cette assurance, qui n'a pourtant pas été jugée satisfaisante ni acceptée par l'Australie, a mis fin au différend entre l'Australie et la France porté devant la Cour, de sorte que la requête déposée le 9 mai 1973 n'a plus aucun objet, est désormais « sans objet ».

Chacun de ces éléments de l'arrêt me paraît discutable. Dans son arrêt, la Cour dit que l'« objectif » du demandeur était d'obtenir la cessation des essais en atmosphère : « le demandeur a eu pour objectif initial et conserve pour objectif ultime la cessation de ces essais » (par. 26 et 30 de l'arrêt). Le paragraphe 31 indique que l'« objet de la demande » est d'« empêcher de nouveaux essais ». Ainsi il est dit tantôt que cet objectif ou objet est celui que visait le demandeur, tantôt que c'était l'objectif de la requête ou de la demande.

En cherchant à déterminer ce que l'arrêt appelle la véritable nature de la demande, c'est sur la requête, qui doit d'après le Règlement de la Cour indiquer l'objet du différend, que la Cour aurait dû se fonder pour examiner la nature et l'étendue du différend porté devant elle (art. 35 du Règlement). A aucun moment, le demandeur ne s'est écarté de la requête ni des conclusions qu'il y énonce.

Dans sa requête le demandeur prie la Cour, premièrement, de déclarer illicites les nouveaux essais qui seraient faits et, deuxièmement, d'ordonner la cessation des essais. Ces demandes concernent l'avenir. Mais l'avenir pour lequel une déclaration d'illicéité est ainsi demandée commence le 9 mai

1973, date du dépôt de la requête, et non à la date de l'arrêt ou à quelque autre date en 1974. L'arrêt contredit à mon sens de façon flagrante les termes de la requête et l'intention qui y est clairement exprimée lorsqu'il conclut que la déclaration demandée dans la requête n'est autre chose que la base nécessaire à l'obtention d'une injonction de mettre fin aux essais en atmosphère. Il est dit en outre dans l'arrêt que la constatation que de nouveaux essais seraient contraires au droit international ne serait qu'un moyen utilisé en vue d'une fin et non une fin en soi (par. 30). L'arrêt ne tient pas compte du paragraphe 19 de la requête ou l'on peut lire notamment :

« Le Gouvernement australien demandera à la Cour de dire que les nouvelles expériences dans l'atmosphère auxquelles le Gouvernement français pourrait procéder dans l'océan Pacifique ne sont pas conformes au droit international et violent les droits de l'Australie. Le Gouvernement australien demandera aussi que, au cas où le Gouvernement français ne donnerait pas à la Cour l'assurance qu'il considérera toute déclaration qu'elle pourrait faire à l'effet indiqué ci-dessus comme une raison suffisante de mettre un terme à ses essais dans l'atmosphère, la Cour rende une ordonnance enjoignant à la République française de s'abstenir de tout nouvel essai en atmosphère. »

Je ferai remarquer à ce propos qu'on ne saurait dire selon moi qu'une déclaration qui constaterait à l'heure actuelle le caractère illicite des essais effectués en 1973 et 1974 (essais qui à la date du 9 mai 1973 étaient encore « futurs ») ne serait rien d'autre qu'un motif d'ordonner de s'abstenir de nouveaux essais en 1975. L'inexactitude évidente d'une telle interprétation illustre à mon sens le fait que la demande de déclaration formulée dans la requête constituait en elle-même une demande de mesure sur le fond. En dehors d'une demande de réparation — question sur laquelle je reviendrai — une déclaration d'illicéité est la seule mesure qui pouvait être prise à propos de ces essais. Il est évident qu'en l'occurrence aucune injonction n'était possible.

La conclusion que la requête n'avait d'autre nature que celle d'une demande tendant à la cessation des essais nucléaires procède de deux raisonnements liés entre eux, dont je ne peux accepter le bien-fondé. Tout d'abord, la Cour, dans son arrêt, assimile l'intention dans laquelle le litige a été porté devant elle, le but ou l'objectif qu'on s'efforçait ainsi d'atteindre, à la nature de la demande formulée dans la requête et à la satisfaction que l'on cherchait à obtenir. Or il me semble que ces deux choses ne sont pas identiques. Elles sont même tout à fait différentes. Les confondre mène nécessairement à une conclusion erronée, comme à mon sens cela s'est produit.

Il n'est pas douteux que le demandeur, en introduisant l'instance, se proposait d'empêcher que des essais d'armes nucléaires en atmosphère ne donnent lieu à de nouvelles explosions atomiques dans le Pacifique Sud à

partir de la date du dépôt de la requête. Apparemment, les deux raisons déclarées pour lesquelles il souhaitait aboutir à ce résultat étaient, premièrement, d'empêcher que des retombées nocives ne pénètrent dans l'environnement australien et, deuxièmement, d'empêcher la prolifération des armes nucléaires. J'ai déjà indiqué les différentes bases de la demande qui correspondent à ces deux raisons distinctes. Les démarches diplomatiques ayant échoué, le moyen de parvenir à ce but était de créer un différend concernant les droits juridiques des Parties et de porter ce différend devant la Cour en introduisant une instance dans laquelle deux satisfactions distinctes étaient demandées, dont la principale était en réalité selon moi la déclaration sur le point de droit, la demande d'injonction n'en étant que la conséquence. L'attitude exprimée par le demandeur au paragraphe 19 de sa requête est conforme à la pratique des tribunaux internationaux qui ont affaire à des Etats et à celle des tribunaux internes dans leurs rapports avec les gouvernements. On estime en général qu'il suffit à ces tribunaux de dire le droit, en comptant que les Etats et les gouvernements respecteront le jugement déclaratoire ainsi rendu et agiront en conséquence. J'ai bien l'impression que telle a toujours été la pratique de la Cour actuelle et de sa devancière. Aussi la demande visant à ce que les essais soient déclarés illicites au regard du droit international est-elle à mon sens non seulement le premier mais aussi le principal objet de la requête. Elle tend au règlement d'un différend sur des droits de nature juridique.

Le second raisonnement dont procède l'arrêt et qui n'est pas sans rapport avec le premier consiste à identifier le terme « objet » ou « objectif », au sens d'un but à atteindre ou d'une fin qu'on poursuit, avec le mot « objet » au sens qu'il a dans l'expression juridique « sans objet » employée dans la jurisprudence de la Cour. C'est là à mon avis confondre deux notions tout à fait distinctes. L'une concerne le mobile, l'autre le contenu juridique, le fond, d'une requête. Abstraction faite des cas où la demande ou le différend fait intervenir la notion de bonne foi, le mobile ne présente selon moi aucun intérêt pour la Cour lorsqu'elle est appelée à trancher un différend juridique portant sur un droit.

A mon avis, il ressort implicitement de l'arrêt qu'à la date du dépôt de la requête il existait entre les Parties un différend et que celui-ci, selon toute vraisemblance, portait sur leurs droits respectifs. Mais la Cour ne condescend pas à traiter expressément, dans son arrêt, de la nature du différend entre les Parties, qu'elle considère comme résolu et ayant cessé d'exister. J'ai déjà donné mon avis plus haut sur ce différend. Si la Cour avait abouti à la même conclusion que moi, je pense qu'il aurait sauté aux yeux que le but ou l'objectif poursuivi par le demandeur en introduisant l'instance ne pouvait être ramené à sa demande de règlement du différend relatif aux droits respectifs des Parties. Je pense qu'on aurait vu également que les mobiles, les buts ou les objectifs pour lesquels le demandeur a engagé la procédure sont sans pertinence pour le tribunal appelé à déterminer si le différend existe toujours. Il serait de même apparu que le fait de promettre spontanément, et sans admettre quoi que ce soit, de ne pas

procéder dans l'avenir à des essais atmosphériques, tout en s'estimant en droit de le faire, ne saurait résoudre un différend touchant le point de savoir si ces essais étaient ou seraient illicites. J'ajoute «étaient» car la série d'essais de 1973 avait déjà eu lieu lorsque le communiqué du 8 juin 1974 a été publié.

En revanche, si la Cour, en examinant ainsi la nature du différend, avait déclaré que celui-ci ne portait pas sur les droits respectifs des Parties, elle aurait décidé soit qu'elle n'était pas compétente pour connaître de la requête, soit que celle-ci était irrecevable au moment de son dépôt. Dans ce cas la question de savoir si le différend était résolu ne se serait pas posée.

Bien que l'arrêt ne traite pas expressément de la question et admette implicitement, selon moi, que les Parties étaient bien en litige lorsque la requête a été déposée, la Cour paraît considérer que le différend entre les Parties portait sur la question de savoir si la France devait ou non mettre fin à ses essais dans le Pacifique. Mais si le différend entre les Parties n'avait porté que sur ce point ou sur celui de savoir si la France devait donner une assurance en ce sens, le différend n'aurait pas été justiciable, auquel cas il n'aurait pu être question de se demander si la requête était *devenue* sans objet. Le point de savoir si, au moment où elle a été déposée, la requête était ou non justiciable faisait à mon avis partie des questions visées par l'ordonnance du 22 juin 1973 et c'est le point de vue que j'ai toujours adopté en cette affaire. Il me semble que pour certains le différend entre la France et l'Australie ne portait que sur la question de savoir si la France devait ou non, par courtoisie, cesser ses essais en atmosphère dans le Pacifique Sud. Si tel était le différend, la Cour n'aurait pu jouer aucun rôle dans son règlement: on eût été fondé à le considérer comme un différend exclusivement politique. On aurait aussi été fondé à dire que la requête était «sans objet» lorsqu'elle a été déposée. Il m'est, aujourd'hui comme alors, impossible de souscrire à cette opinion. Le différend qui a été porté devant la Cour par la requête du demandeur a été présenté par celui-ci comme un différend juridique relatif aux droits des Parties, ce qu'il est en effet selon moi, ainsi que je l'ai dit. Le différend entre les Parties dont la Cour a été saisie par la requête ne porte pas à mon avis sur la question de savoir si la France, de son plein gré, s'abstiendra de continuer à agir comme elle l'a fait jusqu'à présent à Mururoa avec les conséquences que l'on sait pour l'Australie, mais sur celle de savoir si elle peut licitement ne pas s'en abstenir. Il apparaît alors nettement qu'il importe que la Cour détermine d'abord si le différend entre les Parties concernait ou non leurs droits respectifs. Il me semble en tout cas que le but que visait le demandeur en introduisant l'instance n'a aucun rapport avec la question de savoir si la demande qu'il a présentée est de celles dont la Cour peut connaître et sur lesquelles elle peut statuer selon des normes juridiques et si les mesures sollicitées sont de celles que la Cour peut accorder dans l'exercice de sa fonction judiciaire.

La confusion faite entre les mobiles du demandeur et le contenu de la requête se reflète dans l'arrêt à propos de la nature de la demande formulée

dans celle-ci. L'arrêt se réfère aux déclarations faites par les conseils pendant la procédure orale et indique au paragraphe 27 :

« Il ressort de ces déclarations que, si le Gouvernement français avait pris ce que l'Australie aurait pu interpréter comme « un engagement ferme, explicite et de caractère obligatoire de s'abstenir de procéder à de nouveaux essais dans l'atmosphère » le Gouvernement demandeur aurait considéré qu'il avait atteint son objectif. »

Dans le passage précité, la Cour identifie à nouveau implicitement le but ultime que le demandeur cherchait à atteindre en introduisant l'instance avec la demande qu'il a formulée dans la requête soumise à la Cour. Même si l'on admet que le demandeur aurait bien considéré un engagement tel que celui que décrit la Cour comme répondant de façon suffisante au but qu'il poursuivait en introduisant l'instance, il n'aurait pu selon moi estimer que cet engagement résolvait la question de droit qui, à mon sens, était à la base de sa requête. Il n'aurait pu considérer le différend sur ses droits juridiques comme résolu. L'assurance qui selon la Cour a été donnée ne constitue nullement une reconnaissance du caractère illicite des expériences françaises et de leurs conséquences. La France a maintenu tout au long que ses essais nucléaires « ne contreviennent ... à aucune disposition du droit international en vigueur » (*Livre blanc* français). Tout ce que le demandeur aurait pu faire, c'est accepter de reconnaître à l'assurance donnée la nature d'une transaction mettant fin au litige et retirer sa requête conformément au Règlement de la Cour. A mon avis il ne l'aurait pas fait parce que le différend sur les droits respectifs des Parties aurait été réglé ni parce que la demande formulée dans sa requête aurait été satisfaite, mais parce qu'à titre de compromis, il eût été disposé à admettre que l'assurance en question répondait de façon suffisante au but qu'il poursuivait.

Il appartient essentiellement à la partie intéressée de décider si elle est disposée à se satisfaire de moins que ce qu'elle demandait lorsqu'elle a introduit l'instance. A mon sens, cette question ne dépend pas de la Cour, ni directement ni indirectement. En fait, il s'agit d'une question que la Cour, si elle se limite à l'exercice de sa fonction judiciaire, ne devrait même pas aborder. Même si l'on admet que le demandeur aurait accepté une assurance considérée par lui comme un engagement ferme, explicite et de caractère obligatoire de s'abstenir de procéder à de nouveaux essais en atmosphère, la Cour n'est pas fondée à dire dans son arrêt ce que le requérant devait accepter à la place de la décision judiciaire demandée. En agissant ainsi, la Cour compromet la cause du demandeur, elle ne règle pas le différend en droit. Il me paraît en tout cas incongru de considérer qu'une assurance donnée spontanément par un Etat sur son comportement futur sans qu'il reconnaisse qu'un droit quelconque lui est opposable puisse résoudre un différend portant sur l'existence d'un droit qui, si cette existence était confirmée, interdirait ce comportement.

En s'écartant des termes de la requête et en assimilant la demande formulée dans la requête à l'objet, à l'objectif ou au but que visait le

demandeur en la présentant, la Cour, à mon sens, a fait reposer l'arrêt sur une base erronée.

Au surplus, il me semble que l'arrêt ne tient pas compte du fait que chaque fois que le demandeur a parlé d'assurances dans sa correspondance et dans ses plaidoiries, il visait une assurance dont la nature et les termes lui donneraient satisfaction. A mon sens il ne pouvait s'agir d'une assurance qui serait jugée par d'autres que l'Australie elle-même comme répondant suffisamment à son but.

Dans son arrêt, la Cour estime que par le communiqué du 8 juin 1974, confirmé par les déclarations faites ensuite devant la presse par le président de la République et certains ministres, la France a pris envers la communauté internationale et donc envers l'Australie un engagement, la liant sur le plan international, de ne plus procéder après la fin de la série d'essais de 1974 à des essais d'armes nucléaires en atmosphère dans le Pacifique Sud.

Je ferai tout d'abord observer que cette conclusion porte sur un point de fait et non, selon moi, sur un point de droit. Je pense qu'on ne peut tirer de la publication du communiqué du 8 juin 1974 et de ses termes que des conséquences relatives aux faits, notamment au fait décisif de l'intention de la France en la matière. La même observation vaut, à mon avis, pour ce qui est de la signification à attribuer aux diverses déclarations mentionnées dans l'arrêt. Se prononcer sur ces conséquences et sur ces significations, ce n'est pas selon moi procéder à une interprétation juridique mais analyser des faits.

Mais que la Cour ait jugé en fait ou en droit, je reste convaincu, comme je l'ai déjà dit, qu'elle n'a pas suivi une procédure judiciaire régulière en statuant sans informer les Parties des questions qu'elle allait examiner ni leur donner la possibilité de présenter leurs propres conclusions.

La conclusion de la Cour qui tend à imposer à la France une obligation de grande portée la liant sur le plan international est d'une importance considérable. La durée de l'obligation n'est pas précisée, encore que l'arrêt ne donne nulle part à entendre qu'il s'agisse d'une obligation de caractère temporaire. Cette obligation n'est apparemment assortie d'aucune réserve concernant un éventuel changement de circonstances ou une évolution des besoins de sécurité de la France. On peut penser qu'elle se limite à la région du Pacifique Sud, cela ressortant implicitement du fait que la source de l'obligation est le communiqué du 8 juin 1974 publié peu avant le début de la série d'essais de 1974.

Le but et l'intention du communiqué et des diverses déclarations faites par la suite sont selon moi loin d'être clairs. La Cour considère, dans son arrêt, que la France a eu l'intention de prendre un engagement de caractère obligatoire, mais commence par rappeler que les déclarations limitant la liberté d'action d'un Etat doivent faire l'objet d'une interprétation restrictive. Elle semble déduire cette intention claire de la France des termes de ses déclarations. Je regrette de devoir dire que je n'aboutis pas à la même conclusion. Il me semble que ni les termes utilisés dans les déclarations ni les circonstances dans lesquelles elles ont été faites

n'autorisent, ni à plus forte raison n'obligent, à conclure que les auteurs de ces déclarations entendaient prendre un engagement solennel de grande portée sur le plan international, et non pas simplement faire connaître l'intention qui était alors celle du Gouvernement français. J'aurais quant à moi pensé qu'il était plus naturel de voir dans ces diverses déclarations des déclarations de politique générale, dont les auteurs n'entendaient pas prendre envers la communauté internationale un engagement de portée aussi étendue à la date considérée. L'arrêt n'explique pas, me semble-t-il, pour quels motifs on doit considérer que ces déclarations expriment de la part de la France l'intention d'assumer un engagement la liant sur le plan international plutôt que celle d'exposer la politique et les objectifs du Gouvernement français.

De plus, il me paraît pour le moins étrange que le Gouvernement français, à un moment où il n'avait pas encore mené à bien sa série d'essais de 1974 et ne savait pas si les conditions météorologiques de l'hiver austral allaient lui permettre de le faire, ait pu se priver de la possibilité de procéder à de nouveaux essais en atmosphère même pour le cas où la série de 1974, abstraction faite des conditions météorologiques, ne répondrait pas aux buts qu'il recherchait en faisant de tels essais. La conclusion selon laquelle la France aurait pris un tel engagement sans faire de réserve du genre de celles qui figurent par exemple dans le Traité de Moscou interdisant les essais d'armes nucléaires dans l'atmosphère, dans l'espace extra-atmosphérique et sous l'eau, auquel la France n'est pas partie, me paraît vraiment singulière et difficile à admettre.

Il est à noter que le texte du communiqué qui a été adressé à l'Australie ne mentionne pas expressément les essais en atmosphère. Le message envoyé au Gouvernement néo-zélandais par l'ambassade de France à Wellington au sujet de ce communiqué tire une conclusion qui n'est pas exprimée dans le communiqué lui-même. Prudemment, l'ambassade ajoute le mot «normalement», qui tend à affaiblir la conclusion que l'ambassade paraît tirer des termes du communiqué.

A cet égard, on peut faire observer qu'en répondant au communiqué du 8 juin 1974, le Gouvernement australien comme le Gouvernement néo-zélandais ont pratiquement mis la France au défi de prendre à leur égard l'engagement exprès de ne plus procéder à des essais dans le Pacifique Sud. Les occasions n'ont pas manqué à la France de faire une déclaration sans équivoque en ce sens: mais aucune déclaration expresse de ce genre n'a été communiquée à l'un ou l'autre des demandeurs. Sans vouloir me lancer à nouveau dans la critique détaillée d'une interprétation des faits qui ne me convainc pas personnellement, il me suffit de dire qu'à mon avis le bien-fondé de la conclusion à laquelle la Cour a abouti me semble sérieusement contestable. Cela montre bien qu'il était absolument nécessaire que la Cour entende les Parties avant d'aboutir à sa décision.

Il convient de mentionner à ce propos un autre point important. La Cour considérant dans son arrêt que la France a assumé une obligation internationale au profit de l'Australie, elle déduit de cette circonstance

que le différend opposant la France à l'Australie est résolu et a cessé d'exister. Mais la Cour ne s'est pas prononcée sur sa compétence à l'égard des Parties. La France a constamment soutenu que la Cour n'était pas compétente. En concluant que la France avait pris un engagement international, la Cour entendait que sa conclusion lie les Parties à l'instance, aussi bien la France que l'Australie. Or je vois mal comment la France peut être liée par cette conclusion si la Cour ne s'est pas déclarée compétente pour connaître de l'affaire.

La Cour paraît invoquer dans son arrêt ce qu'elle appelle un pouvoir inhérent l'autorisant à prendre les mesures voulues pour assurer le règlement régulier de tous les points en litige ainsi que le respect des limitations inhérentes à l'exercice de sa fonction judiciaire et pour conserver son caractère judiciaire. Je n'ai pas l'intention d'examiner cette thèse, très générale et qui selon moi va très loin, sur ce pouvoir qu'aurait la Cour. Admettons que ce prétendu pouvoir inhérent ou accessoire, comme certains auteurs l'ont appelé, autorise la Cour à se déclarer incompétente ou à déclarer une requête irrecevable lorsqu'elle peut aboutir à une telle conclusion sans avoir à se prononcer sur des points de fait, c'est-à-dire lorsque la question peut être tranchée sur la foi d'un document dont la validité est reconnue ou incontestée; en pareil cas, la Cour pourra conclure à son incompétence ou à l'irrecevabilité de la demande. Mais telle n'est pas la situation en l'espèce. Dans son arrêt, la Cour ne refuse pas simplement de connaître de la requête du demandeur parce que le grief qui motivait sa demande a disparu. La Cour tranche une question de fait en faisant assumer à la France une obligation internationale. A supposer — simple hypothèse — que le pouvoir qu'invoque la Cour au paragraphe 23 de l'arrêt existe, ce pouvoir ne saurait selon moi l'autoriser à lier la France, qui a vigoureusement et constamment contesté qu'elle eût consenti à la juridiction.

Il est possible que, même si la Cour se déclarait compétente en vertu de l'article 36, paragraphe 1, de son Statut et de l'Acte général pour trancher un différend entre l'Australie et la France concernant leurs droits respectifs relativement aux essais nucléaires, l'acceptation par la France de la juridiction de la Cour en vertu de l'article 17 de l'Acte général ne signifierait ou n'impliquerait pas nécessairement que cet Etat accepte la décision de la Cour selon laquelle il s'est engagé vis-à-vis de la communauté internationale à ne plus procéder à des essais en atmosphère; c'est là un point de fait qui n'a pas à intervenir dans le règlement du différend sur les droits respectifs des Parties. Mais point n'est besoin que j'examine cette question car la Cour ne s'est pas même déclarée compétente pour statuer sur le différend entre les Parties. Je ne saurais admettre que la France soit liée par la conclusion de fait à laquelle a abouti la Cour, à savoir que cet Etat a assumé l'obligation — qui le lie sur le plan international — de ne plus procéder à des essais en atmosphère dans le Pacifique Sud. C'est là une raison supplémentaire pour ne pas considérer comme résolu le différend entre l'Australie et la France.

Pour toutes ces raisons, je ne peux approuver la conclusion selon

laquelle, en raison du communiqué du 8 juin 1974 et des déclarations citées dans l'arrêt, le différend entre l'Australie et la France est résolu et a cessé d'exister.

La Cour pouvait-elle valablement rendre une décision?

J'examinerai maintenant l'autre motif pour lequel une affaire peut devenir « sans objet », à savoir lorsque les circonstances de l'espèce font qu'aucune décision susceptible d'avoir des effets entre les parties ne peut être rendue.

Depuis le dépôt de la requête, la France a fait procéder à deux séries d'essais nucléaires en atmosphère dans l'océan Pacifique Sud, l'une en 1973 et l'autre en 1974. Elle a agi ainsi en violation directe des mesures conservatoires indiquées par la Cour. Il me paraît incontestable qu'à la suite de ces essais, des substances radioactives (des « retombées ») ont pénétré sur le territoire et dans l'environnement de l'Australie. D'après les renseignements que le demandeur a portés à la connaissance de la Cour pendant les audiences, il semble que le demandeur ait effectué des contrôles sur son territoire et dans son atmosphère à la suite de ces essais nucléaires afin de déterminer s'ils avaient provoqué des retombées et d'essayer de connaître avec précision l'importance de ces retombées. J'ai déjà dit que les essais en question étaient des essais futurs au sens de la requête.

L'Australie n'a pas encore été invitée à présenter ses conclusions finales dans cette affaire. Ces deux séries d'essais et leurs conséquences n'étaient manifestement pas des événements dont le demandeur dût tenir compte dans sa requête. Il me semble donc que dans la situation actuelle rien de ce qui a été dit ou omis dans la requête elle-même ou dans les exposés par lesquels elle a été présentée à la Cour ne saurait empêcher le requérant de demander dans ses conclusions finales une certaine réparation compte tenu du fait que ces essais nucléaires, effectués en violation des mesures conservatoires indiquées par la Cour, ont causé un préjudice à l'Australie et à sa population et lui ont même occasionné des dépenses; car, même s'il s'agit là d'une question mineure, il n'est guère douteux que la mise en place d'un système de contrôle en vue de déterminer l'existence éventuelle de retombées et leur importance a provoqué des dépenses considérables, dépenses qui sont directement liées selon moi aux explosions auxquelles la France a fait procéder dans le cadre des séries d'essais de 1973 et de 1974.

Il est à noter que la requête ne vise pas à faire déclarer illicites les essais antérieurs au 9 mai 1973, encore que le fait de déclarer que de nouveaux essais effectués après le 9 mai 1973 seraient illicites dût nécessairement amener à conclure, en l'espèce, que ceux qui avaient eu lieu avant cette date l'étaient également. Pendant la procédure, le demandeur a dit qu'il ne cherchait pas « pour le moment » à obtenir de la Cour une décision ordonnant réparation du préjudice subi, sous la forme de dommages-intérêts. En vérité on aurait difficilement pu considérer une telle demande

de dommages-intérêts, si elle avait figuré dans la requête, comme compatible avec la nature des demandes qui y sont effectivement formulées. Comme je l'ai déjà fait observer, ces demandes visent à obtenir la déclaration d'un droit et l'injonction de ne pas procéder à de nouveaux essais après le 9 mai 1973; d'où la demande en indication de mesures conservatoires présentée par l'Australie juste après le dépôt de sa requête. Toute demande de dommages-intérêts qui aurait figuré dans la requête elle-même aurait nécessairement porté, étant donné les circonstances, sur les essais effectués antérieurement par la France, essais qui n'étaient pas directement visés par la requête. La demande de réparation aurait difficilement pu porter sur des essais qui, à la date du 9 mai 1973, restaient une simple éventualité. Si le requérant obtenait gain de cause ces essais n'auraient pas lieu, puisqu'il demandait précisément à la Cour d'ordonner la cessation des essais à partir de la date du dépôt de la requête. De plus, la présente instance n'était pas de celles où le requérant pouvait demander une réparation pécuniaire à titre subsidiaire, pour le cas où il obtiendrait de la Cour une déclaration mais non une injonction.

Dès lors une demande de réparation que formulerait le requérant dans ses conclusions finales pour les essais de 1973 et de 1974 ne serait pas en contradiction avec ce qui a été dit jusqu'ici. En réalité, une telle demande serait bien en rapport avec le différend qui a servi de base à la requête. Si l'on suppose fondées les thèses du demandeur, les essais de 1973 et de 1974 et leurs conséquences pour l'Australie constituent une atteinte aux droits de celle-ci. Aussi, comme je l'ai dit précédemment, n'est-on pas fondé à dire qu'une déclaration actuelle de la Cour allant dans le sens de la requête ne ferait rien d'autre qu'offrir la base nécessaire au prononcé d'une injonction. Une demande de réparation portant sur les événements survenus depuis le dépôt de la requête et sur les conséquences des essais de 1973 et de 1974 ne transformerait pas le différend qui existait à la date du dépôt de la requête en un autre différend dont le caractère ne serait pas le même: elle ne transformerait pas non plus profondément le caractère de l'affaire par voie de modifications apportées aux conclusions, pour reprendre l'expression utilisée par la Cour dans l'affaire de la *Société commerciale de Belgique* (C.P.J.I. série A/B n° 78, p. 173). Au contraire, elle répondrait à l'observation faite par la Cour en cette affaire, selon laquelle la faculté laissée aux Parties de modifier leurs conclusions jusqu'à la fin de la procédure orale doit être comprise d'une manière raisonnable et sans porter atteinte aux dispositions du Statut ou du Règlement de la Cour (*op. cit.*).

Cette faculté du demandeur de faire figurer dans ses conclusions finales une demande de réparation du genre de celle que j'ai indiquée montre qu'une déclaration de la Cour conforme à la requête, mais rendue plus précise par une référence aux essais nucléaires de 1973 et de 1974 et à leurs conséquences, pourrait avoir des effets sur les intérêts ou les relations juridiques des Parties. A mon avis, on ne saurait dire qu'une telle déclaration de la Cour sortirait du cadre de sa fonction judiciaire ou serait sans utilité. Elle porterait sur une question de fond. La Cour pourrait aussi

selon moi ordonner une réparation sous une forme ou une autre si elle était saisie d'une demande en ce sens. En fait, si le demandeur obtenait gain de cause sur le fond, on pourrait fort bien attendre de la Cour qu'elle ordonne quelque mesure corrective concernant les essais effectués en 1973 et en 1974 et leurs conséquences.

Quoi qu'il en soit, et indépendamment de toute demande nouvelle de réparation qui figurerait dans les conclusions finales du demandeur, si celui-ci réussissait à faire admettre la légitimité du fond de sa requête sur une ou plusieurs des trois premières bases invoquées, la Cour serait fondée à faire dans le cadre de sa fonction judiciaire, relativement à cette base ou ces bases de la demande, une déclaration comportant éventuellement une référence précise aux conséquences ayant résulté en Australie des séries d'essais effectuées par la France en 1973 et 1974. Mis à part le problème du préjudice éventuellement causé par ces séries d'essais de 1973 et de 1974, une telle déclaration pourrait servir à fonder une action ultérieure de l'Australie contre la France, relativement aux essais d'armes nucléaires effectués antérieurement dans le Pacifique Sud.

Dans l'affaire du *Cameroun septentrional* (*supra*) la Cour a déclaré :

« La fonction de la Cour est de dire le droit, mais elle ne peut rendre des arrêts qu'à l'occasion de cas concrets dans lesquels il existe, au moment du jugement, un litige réel impliquant un conflit d'intérêts juridiques entre les parties. L'arrêt de la Cour doit avoir des conséquences pratiques en ce sens qu'il doit pouvoir affecter les droits ou obligations juridiques existants des parties, dissipant ainsi toute incertitude dans leurs relations juridiques. » (*C.I.J. Recueil 1963*, p. 33-34.)

La Cour a aussi déclaré :

« Au surplus, la Cour observe que, si, dans un jugement déclaratoire, elle définit une règle de droit international coutumier ou interprète un traité restant en vigueur, l'arrêt qu'elle rend demeure applicable dans l'avenir. »

Si le demandeur réussissait à faire admettre le bien-fondé d'une ou plusieurs des trois premières bases de sa demande, il serait établi qu'il existait entre l'Australie et la France un différend dans lequel elles se contestaient réciproquement un droit, que l'Australie revendiquait valablement le droit ou les droits visés dans la déclaration de la Cour et que la France y a porté atteinte. En déclarant dans son arrêt que telle est la situation, j'estime que la Cour irait dans le sens des passages que j'ai cités. Dans cet arrêt, la Cour dirait le droit à l'occasion d'un cas concret, dans lequel les Parties demeurent en litige quant à leurs droits respectifs. La déclaration de la Cour affecterait les droits et obligations juridiques existants des Parties. En outre, la Cour définirait une règle de droit international coutumier concernant la souveraineté territoriale du demandeur en tant qu'Etat membre de la communauté internationale.

En rendant un arrêt par lequel elle se déclarerait compétente, la Cour

déciderait implicitement que l'Acte général est toujours en vigueur et qu'il existe entre les Parties un différend dans lequel elles se contestent réciproquement un droit au sens de l'article 17 de l'Acte général. Ainsi la Cour donnerait une interprétation de l'article 17. Dès lors la Cour pourrait valablement faire une déclaration qui produirait des effets juridiques.

Si la Cour admettait aussi le bien-fondé de la quatrième base de l'argumentation du demandeur, elle dirait là encore le droit à l'occasion d'un cas concret dans lequel les parties restent en litige et elle définirait une règle de droit international coutumier, et les autres observations que je viens de faire seraient applicables.

Je pense qu'on aboutirait à ces résultats même si la Cour, dans l'exercice de son pouvoir d'appréciation, s'abstenait de prononcer immédiatement une injonction. La Cour pourrait agir ainsi parce qu'elle aurait la certitude que la France ne ferait plus exploser d'engins nucléaires ni ne procéderait plus à des essais d'armes dans l'atmosphère du Pacifique Sud, certitude fondée sur la conviction que la France soit serait déjà décidée à ne plus le faire, soit respecterait la déclaration de droit faite par la Cour en la matière. Mais si elle le jugeait utile, je pense que la Cour serait néanmoins fondée en droit à prononcer une injonction. Un tribunal est seul juge de l'opportunité d'ordonner de ne pas faire quelque chose lorsqu'il a la certitude que même en l'absence d'une telle injonction l'action visée n'aura pas lieu.

Enfin, la voie que la Cour a suivie pour aboutir à son arrêt ne s'appuie sur aucun précédent. A mon sens l'affaire du *Cameroun septentrional* (*supra*) ne saurait être invoquée pour justifier l'arrêt. Dans cette affaire, la Cour a dit au moment où elle a rendu son arrêt qu'elle ne pouvait accorder au requérant ce qu'il demandait dans sa requête. La Cour était priée de déclarer qu'il y avait eu violation d'un accord de tutelle qui avait cessé d'être en vigueur un jour ou deux après le dépôt de la requête. La Cour a jugé qu'une déclaration énonçant que cet accord avait été violé pendant la période où il était en vigueur ne pouvait avoir aucun effet entre les Parties puisque aucune réparation n'était demandée.

Dans son opinion individuelle, sir Gerald Fitzmaurice a émis l'avis que dès le début de l'instance il n'existait pas de différend justiciable. Sir Gerald a soutenu qu'il ressortait clairement des termes de la requête que la Cour n'était pas en mesure de rendre en l'espèce une décision affectant les rapports juridiques des Parties; dès lors, selon la définition qu'il avait adoptée en l'affaire, il n'existait pas véritablement de différend. Sir Gerald s'est exprimé dans son opinion (*C.I.J. Recueil 1963*, p. 111) dans les termes que j'ai déjà cités.

La différence entre la situation existant dans la présente espèce et celle de l'affaire du *Cameroun septentrional* est évidente. Même ceux qui admettent le bien-fondé de la décision rendue par la Cour dans l'affaire du *Cameroun septentrional* ne sauraient trouver selon moi dans cette affaire une justification du présent arrêt.

A mon avis, il n'est pas loisible à la Cour de refuser de trancher un différend qui lui a été soumis lorsqu'elle a compétence pour en connaître.

L'article 38 de son Statut paraît lui faire obligation de se prononcer. L'affaire du *Cameroun septentrional* n'intéresse tout au plus qu'un domaine très restreint dans lequel la Cour ne peut valablement rendre aucune décision.

Bien entendu, si le différend pour lequel on cherche à établir la compétence de la Cour se trouve résolu, il ne peut plus faire l'objet d'aucun règlement judiciaire. L'arrêt rendu en la présente espèce ne saurait donc se justifier que si le différend juridique entre les Parties concernant leurs droits respectifs est résolu et a cessé d'exister.

Mais pour tous les motifs que j'ai exposés, rien ne permet de dire que le différend dans lequel les Parties se contestaient réciproquement un droit est résolu ou a cessé d'exister, ni que la Cour ne pouvait pas, dans les circonstances de l'espèce, rendre valablement une décision ayant effet entre les Parties. A mon avis, la requête n'est pas devenue « sans objet ».

(Signé) G. E. BARWICK.
