

OPINION DISSIDENTE DE SIR GEOFFREY PALMER

[Traduction]

TABLE DES MATIÈRES

	<i>Pages</i>
INTRODUCTION	382
LA NATURE DE L'INSTANCE	382
RAPPEL HISTORIQUE	385
Une opposition constante depuis des années	385
Les intervenants	388
LES PRINCIPAUX PROBLÈMES D'ORDRE JURIDIQUE	389
Le paragraphe 63	389
La thèse de la Nouvelle-Zélande	390
La thèse de la France	392
Le poids des thèses en présence	393
La solution de la question	397
Conformément aux dispositions du Statut	399
LES MOYENS DE FAIT RELATIFS À L'ENVIRONNEMENT	400
La norme <i>prima facie</i>	400
L'argumentation de la Nouvelle-Zélande quant aux faits	401
Le calcul du risque écologique	403
LES QUESTIONS TOUCHANT AU DROIT DE L'ENVIRONNEMENT	405
Le développement du droit international de l'environnement	406
Le droit international et les dangers de la radioactivité	409
L'évaluation de l'impact sur l'environnement	411
Le principe de précaution	412
Conclusion	412
LA NATURE DU CHOIX JUDICIAIRE	413
L'ordonnance de la Cour	413
Les questions plus générales	416
OBSERVATIONS FINALES	419

INTRODUCTION

1. La demande dont est saisie la Cour semble unique en son genre. Aucun précédent comparable sur le plan du droit ou sur celui des faits n'a été évoqué. Il n'est pas facile d'aborder une affaire qui est à la fois si nouvelle du point de vue juridique et d'une telle importance quant au fond. En fin de compte, l'issue de celle-ci dépend de l'interprétation juridique qui doit être donnée de l'arrêt rendu par la Cour dans cette même affaire en 1974. En l'absence des repères juridiques habituels qui guident la Cour dans sa fonction judiciaire, nous sommes renvoyés aux éléments fondamentaux du raisonnement juridique qui devraient s'appliquer en l'espèce. Mon analyse juridique différant de celle adoptée par la majorité de la Cour, je me permets d'exposer mon opinion dissidente concernant l'ordonnance de la Cour.

LA NATURE DE L'INSTANCE

2. Le 21 août 1995, le Gouvernement de la Nouvelle-Zélande a déposé deux documents au Greffe de la Cour :

- a) une demande d'examen de la situation au titre du paragraphe 63 de l'arrêt rendu par la Cour en 1974 dans l'affaire des *Essais nucléaires (Nouvelle-Zélande c. France)* ;
- b) une nouvelle demande en indication de mesures conservatoires.

3. Le texte intégral du paragraphe 63 de l'arrêt de 1974 se lit comme suit :

« Dès lors que la Cour a constaté qu'un Etat a pris un engagement quant à son comportement futur, il n'entre pas dans sa fonction d'envisager que cet Etat ne le respecte pas. La Cour fait observer que, si le fondement du présent arrêt était remis en cause, le requérant pourrait demander un examen de la situation conformément aux dispositions du Statut ; la dénonciation par la France, dans une lettre du 2 janvier 1974, de l'Acte général pour le règlement pacifique des différends internationaux, qui est invoqué comme l'un des fondements de la compétence de la Cour en l'espèce, ne saurait en soi faire obstacle à la présentation d'une telle demande. » (*C.I.J. Recueil 1974*, p. 477.)

4. Le 9 mai 1973 le Gouvernement néo-zélandais a introduit contre la France une instance dont l'objet était une décision de la Cour aux termes de laquelle les essais nucléaires provoquant des retombées radioactives effectués par le Gouvernement français dans la région du Pacifique Sud constituaient une violation des droits de la Nouvelle-Zélande au regard du droit international et que ces droits seraient enfreints par tout nouvel essai (*C.I.J. Mémoires, Essais nucléaires*, vol. II, p. 3).

5. En 1973 la compétence de la Cour était invoquée sur une double base :

- a) le paragraphe 1 de l'article 36 et l'article 37 du Statut de la Cour internationale de Justice et l'article 17 de l'Acte général pour le règlement pacifique des différends internationaux auquel la Nouvelle-Zélande et la France avaient toutes deux adhéré;
- b) les paragraphes 2 et 5 de l'article 36 du Statut de la Cour.

La France a cessé ses essais atmosphériques dans le Pacifique Sud en 1974 alors que la Cour était saisie de l'affaire et ce dans des conditions qui seront analysées plus loin dans la présente opinion.

6. En 1995, la Cour a organisé des séances publiques pour permettre à la Nouvelle-Zélande et à la France de lui faire connaître leurs vues sur la question suivante posée par la Cour :

«Les demandes présentées à la Cour par le Gouvernement néo-zélandais le 21 août 1995 entrent-elles dans les prévisions du paragraphe 63 de l'arrêt de la Cour du 20 décembre 1974 en l'affaire des *Essais nucléaires (Nouvelle-Zélande c. France)*?»

Il s'agit là d'une question de procédure très éloignée du fond de l'affaire. Existe-t-il entre l'affaire telle qu'elle a été plaidée et tranchée en 1974 et les effets des essais nucléaires français qui se poursuivent sous terre dans la région du Pacifique Sud un lien suffisant pour que l'examen de la demande de la Nouvelle-Zélande puisse se poursuivre plus avant? Dans les plaidoiries de la France, cette question a été qualifiée de question préalable à toute exception préliminaire éventuelle. La Nouvelle-Zélande a déclaré qu'il s'agissait de déterminer si la Nouvelle-Zélande pouvait en l'espèce exercer le droit qui lui avait été réservé en 1974 de revenir devant la Cour et de reprendre l'instance de 1973. Etant donné le caractère particulier de la compétence de la Cour, les affaires dont elle est saisie peuvent passer par trois phases, dont chacune fait l'objet d'une procédure distincte: exceptions préliminaires à la compétence de la Cour, exceptions préliminaires à la recevabilité de la requête et examen quant au fond. Mais la procédure de 1995 en l'espèce ne relevait d'aucune de ces catégories. Il s'agissait d'une catégorie de procédure inédite et sa nouveauté même a pu donner lieu à des malentendus. Elle a, entre autres, amené la Cour à éluder la nouvelle demande en indication de mesures conservatoires présentée par la Nouvelle-Zélande et à examiner de façon quelque peu sommaire la demande principale elle-même. L'affaire présente certes un caractère inédit en ce qui concerne tant la procédure que le fond, mais la nouveauté ne saurait justifier que la Cour écarte une affaire ou qu'elle l'examine incomplètement.

7. Il convient de noter que la France n'a présenté aucune pièce de procédure dans l'affaire de 1974, qu'elle n'était pas représentée lors de la procédure orale et qu'elle a constamment maintenu l'attitude exposée dans une lettre de l'ambassadeur de France aux Pays-Bas datée du 16 mai 1973 dont la Cour était saisie. Dans cette lettre, la France exposait que, selon elle, la Cour n'avait manifestement pas compétence en l'espèce, que le Gouver-

nement français ne pouvait accepter sa juridiction, et qu'en conséquence il n'avait pas l'intention de désigner un agent et demandait à la Cour d'ordonner que l'affaire soit rayée du rôle (*C.I.J. Recueil 1974*, p. 458).

8. Le Gouvernement français a adopté en 1995 une attitude légèrement différente à l'égard de la demande néo-zélandaise. Dans la lettre en date du 28 août 1995 adressée au Greffier de la Cour par l'ambassadeur de la République française aux Pays-Bas, la France a pris la même position qu'en 1973 en soutenant que, selon elle, «il n'existe aucune base qui pourrait fonder, ne fût-ce que *prima facie*, la compétence de la Cour pour connaître des demandes néo-zélandaises». Cependant, en 1995, le Gouvernement français était représenté par le directeur des affaires juridiques au ministère des affaires étrangères à la réunion organisée par le Président de la Cour le 30 août 1995. A la suite de cette réunion, la France a déposé à la Cour un aide-mémoire comportant quatorze pages de raisonnement juridique serré tendant à démontrer pourquoi la Cour ne pouvait connaître de la demande de la Nouvelle-Zélande. En 1995, la France a été représentée par des conseils devant la Cour. Elle a pleinement participé aux audiences des 11 et 12 septembre 1995.

9. Pour traiter la demande néo-zélandaise, il faut déterminer exactement ce qui a été décidé par la Cour en 1974 et ce qui ne l'a pas été. Par un communiqué du président de la République française en date du 8 juin 1974 et par d'autres déclarations officielles, la France a annoncé que les essais atmosphériques prendraient fin et qu'ils seraient remplacés par des essais souterrains. Dans son arrêt de 1974, la Cour a décidé que l'affaire dont elle était saisie était devenue sans objet puisque la Nouvelle-Zélande avait obtenu ce qu'elle souhaitait. La Cour a ajouté que les déclarations de la France selon lesquelles les essais atmosphériques prendraient fin étaient des déclarations sur l'effectivité desquelles d'autres Etats devaient compter, et elle a estimé que ces déclarations «constitu[ai]ent un engagement comportant des effets juridiques» (*C.I.J. Recueil 1974*, p. 474, par. 53). La Cour a donc conclu que «le différend ayant disparu, la demande présentée par la Nouvelle-Zélande ne comport[ait] plus d'objet» (*ibid.*, p. 476, par. 59).

10. Dans sa demande du 14 mai 1973, la Nouvelle-Zélande ne se préoccupait pas uniquement des essais nucléaires atmosphériques. Elle indiquait dans sa conclusion que les droits que la Cour devait protéger étaient :

- (i) le droit de tous les membres de la communauté internationale, y compris la Nouvelle-Zélande, à ce qu'aucune expérience nucléaire provoquant des retombées radioactives n'ait lieu ;
- ii) le droit de tous les membres de la communauté internationale, y compris la Nouvelle-Zélande, à ce que le milieu terrestre, maritime et aérien soit protégé contre une contamination injustifiée résultant d'une radioactivité artificielle et notamment à ce qu'il en soit ainsi de la région où les essais ont lieu et où sont situées la Nouvelle-Zélande, les îles Cook, les îles Nioué et Tokélaou ;

- iii) le droit de la Nouvelle-Zélande à ce qu'aucun déchet radioactif ne pénètre sur son territoire, y compris son espace aérien et ses eaux territoriales, ou ceux des îles Cook, des îles Nioué et Tokélaou, à la suite d'essais nucléaires;
- iv) le droit de la Nouvelle-Zélande à ce qu'aucun déchet radioactif ayant pénétré sur son territoire, y compris son espace aérien et ses eaux territoriales ou ceux des îles Cook, des îles Nioué et Tokélaou, à la suite d'expérimentations nucléaires, ne cause un préjudice, notamment des appréhensions, de l'anxiété et de l'inquiétude, aux habitants et aux Gouvernements de la Nouvelle-Zélande, des îles Cook, des îles Nioué et Tokélaou;
- v) le droit de la Nouvelle-Zélande à la liberté de la haute mer, y compris la liberté de navigation et de survol, et la liberté d'explorer et d'exploiter les ressources de la mer et du fond des mers, sans subir de gêne ou de préjudice en raison des essais nucléaires» (*C.I.J. Mémoires, Essais nucléaires*, vol. II, demande en indication de mesures conservatoires, p. 49, comparer avec la requête, *ibid.*, p. 8).

11. Les éléments de cette demande pertinents quant à la demande actuelle sont les suivants :

- le milieu maritime,
- le milieu terrestre,
- une contamination injustifiée résultant d'une radioactive artificielle,
- les effets sur l'environnement de la région,
- la liberté d'explorer et d'exploiter les ressources des fonds marins sans subir de préjudice en raison des essais nucléaires,
- les dangers pour les eaux territoriales.

12. C'est dans ce contexte qu'il convient d'envisager le paragraphe 63 de l'arrêt de la Cour. Dans le cadre de la procédure écrite et au cours des audiences devant la Cour, ce paragraphe a fait l'objet d'un nombre étonnant d'interprétations et il n'est pas dénué d'ambiguïtés. Il plane de manière obsédante sur toute l'affaire.

13. Ce paragraphe figure de façon isolée dans l'arrêt, nettement séparé des passages qui le précèdent et de ceux qui le suivent. A quelle fin a-t-il été inséré? Quelle en est la juste interprétation? Telles sont les questions dont dépend l'issue de l'affaire. Mais avant de les aborder il convient d'en rappeler le contexte pour pouvoir les soumettre à une plus ample analyse.

RAPPEL HISTORIQUE

Une opposition constante depuis des années

14. La présente affaire concernant les essais nucléaires français dans le Pacifique Sud a une longue histoire qui a commencé devant la Cour en 1973. La correspondance diplomatique échangée entre la Nouvelle-

Zélande et la France pendant les dix années précédentes révélait déjà une grave préoccupation à ce sujet de la part de la Nouvelle-Zélande (*C.I.J. Recueil 1974*, p. 464, par. 26). Auparavant, la France avait procédé à des essais d'engins nucléaires en Algérie. Le changement de site pour les essais a été favorisé par deux facteurs, l'un étant le fait que l'Algérie est devenue indépendante de la France en 1963 et l'autre tenant à la crainte de voir les vents sahariens apporter des résidus radioactifs en Europe (voir, en général, «Note, French Testing and International Law», *Rutgers Law Review*, 1969, vol. 24, p. 144). Il est vrai que la zone du Pacifique offrirait peut-être un espace plus vaste, mais la façon dont les essais d'abord atmosphériques, puis souterrains, y ont été accueillis a confirmé le vieil adage du droit en matière d'environnement: pas devant ma porte.

15. Il serait cependant erroné d'attribuer l'opposition de la Nouvelle-Zélande aux essais nucléaires au fait que la France a transféré ses essais dans le Pacifique. La France a effectué dix-neuf essais nucléaires en Algérie entre février 1960 et février 1966. Lorsque la décision officielle a été prise de procéder aux essais en 1958, l'Assemblée générale a adopté une résolution qui condamnait expressément les essais français non seulement en raison de la menace qu'ils faisaient planer sur le moratoire alors en vigueur mais aussi à cause de «l'anxiété causée chez tous les peuples, et plus particulièrement chez les peuples d'Afrique». La Nouvelle-Zélande a voté pour cette résolution à l'Assemblée générale (résolution 1379 (XIV) du 20 novembre 1959).

16. L'histoire de l'opposition de la Nouvelle-Zélande aux essais nucléaires est méticuleusement examinée dans un article de doctrine de J. Stephen Kós («Interim Relief in the International Court of Justice: New Zealand and the Nuclear Test Cases», *Victoria University of Wellington Law Review*, 1984, vol. 14, p. 357). L'auteur constate que, contrairement à l'Australie, la Nouvelle-Zélande a «toujours eu une attitude cohérente et nette à l'égard de tous les essais atmosphériques depuis 1958» (p. 370). Sir Kenneth Keith, Q.C., qui a été l'un des conseils de la Nouvelle-Zélande dans l'affaire de 1973 et qui l'a de nouveau été en cette occasion devant la Cour, a écrit dans un article de doctrine que:

«Les actes diplomatiques réunis dans la documentation soumise à la Cour indiquent que la Nouvelle-Zélande a adopté une position cohérente et de plus en plus nette depuis 1958, année où elle a appuyé une résolution concernant les essais au Sahara.» (K. J. Keith, «The Nuclear Tests Cases after Ten Years», *Victoria University of Wellington Law Review*, 1984, vol. 14, p. 350.)

17. En vérité, l'opposition de la Nouvelle-Zélande aux essais nucléaires procède d'une triple préoccupation: le souci du désarmement et l'opposition à la prolifération des armes nucléaires et de leurs essais; la crainte des répercussions des essais nucléaires sur l'environnement, et la défense des intérêts de la région. On constate en fait une grande cohé-

rence dans l'attitude néo-zélandaise à l'égard des essais nucléaires de tous types, ce qui permet de comprendre pourquoi les écritures de la Nouvelle-Zélande dans l'affaire de 1974 avaient une portée sensiblement plus large que celle de l'Australie dans l'affaire parallèle. Comme on l'a déjà indiqué, il est manifeste que, dans ses pièces écrites, la Nouvelle-Zélande ne visait pas uniquement le problème des essais nucléaires dans l'atmosphère. Les questions écologiques jouaient un rôle essentiel.

18. Il est également significatif que la Nouvelle-Zélande ait réagi officiellement par un refus aux promesses faites par la France, alors que l'affaire était pendante devant la Cour, de mettre fin aux essais dans l'atmosphère et de les remplacer par des essais souterrains. La France avait en effet publié le 8 juin 1974 un communiqué indiquant son intention de mettre fin aux essais atmosphériques. Dans une note diplomatique dont la Cour disposait également en 1974, la Nouvelle-Zélande déclarait son «opposition fondamentale ... à toute expérimentation nucléaire» (*C.I.J. Recueil 1974*, p. 470, par. 37).

19. Il faut noter ensuite la réaction officielle du Gouvernement néo-zélandais à l'arrêt de la Cour. M. W. E. Rowling, premier ministre de Nouvelle-Zélande, a fait le 21 décembre 1974 une déclaration officielle dont le texte a été produit devant la Cour le 11 septembre 1995, qui se terminait comme suit :

«M. Rowling a conclu en rappelant que les inquiétudes de la Nouvelle-Zélande à propos des essais nucléaires ne se sont jamais limitées au cas particulier des essais effectués par la France, ni d'ailleurs aux essais dans l'atmosphère. Le Gouvernement néo-zélandais garde pour objectif de mettre un terme à toutes les formes d'essais d'armes nucléaires, par quelque pays que ce soit.»

20. Il est d'ailleurs notoire que la Nouvelle-Zélande a eu un grave différend diplomatique avec les États-Unis d'Amérique au sujet de la possibilité pour les navires américains d'entrer, chargés d'armes nucléaires, dans les ports néo-zélandais, différend qui a entraîné la rupture du pacte Anzus qui unissait les États-Unis, l'Australie et la Nouvelle-Zélande en application du traité Anzus de 1951 (*Nations Unies, Recueil des traités*, vol. 131, p. 83). A la suite de ce différend, les États-Unis ont suspendu leurs obligations conventionnelles envers la Nouvelle-Zélande car ce pays refusait de laisser entrer dans ses ports des navires à propulsion nucléaire ou munis d'armes nucléaires. La Nouvelle-Zélande a adopté une loi, intitulée *New Zealand Nuclear Free Zone, Disarmament and Arms Control Act 1987*, qui consacre toujours cette politique.

21. Depuis 1983, La Nouvelle-Zélande a systématiquement réagi par des déclarations officielles aux essais nucléaires souterrains effectués par la France dans le Pacifique. La demande présentée par la Nouvelle-Zélande en 1995 indique que ce pays a fait connaître publiquement son opposition aux essais en cinquante occasions au moins.

22. En outre, la Nouvelle-Zélande n'a cessé de demander à la France des informations ou des éléments d'appréciation dans un cadre bilatéral, régional ou multilatéral. On peut notamment citer les démarches suivantes :

3 décembre 1979 : demande du ministre des affaires étrangères de Nouvelle-Zélande lors de sa rencontre avec le ministre français des affaires étrangères à Paris ;

22 avril 1980 : demande adressée à la France pour qu'elle autorise une visite de scientifiques néo-zélandais sur le site d'essais de Mururoa ;

9 décembre 1981 : nouvelle demande d'informations ;

24 mars 1982 : demande présentée par la Nouvelle-Zélande tendant à ce qu'il soit procédé à une vérification, par des experts indépendants, des mesures de sécurité prises par la France ;

23 août 1982 : demande réitérée de la Nouvelle-Zélande tendant à obtenir l'accès au site pour des scientifiques néo-zélandais (mission Atkinson autorisée en octobre-novembre 1983) ;

25 novembre 1986 : signature de la convention de Nouméa après plusieurs années de négociations entre la Nouvelle-Zélande, la France et d'autres Etats du Pacifique Sud.

Aucun essai n'a eu lieu entre juillet 1991 et septembre 1995 (réponse à la question posée par M. Schwebel).

23. Pour répondre à la demande dont elle était saisie en 1995, la Cour devait examiner de près le contexte de ce différend particulier. En 1973, la Nouvelle-Zélande avait principalement fait valoir qu'elle avait le droit de ne pas être exposée aux risques d'une augmentation des radiations nucléaires due aux essais français dans le Pacifique Sud. Comme il est indiqué par ailleurs dans la présente opinion, la Cour, ayant attribué « un effet juridique » à l'engagement public pris par la France de mettre fin aux essais atmosphériques, n'a pas jugé nécessaire en 1974 de traiter cette question centrale. Malheureusement, cette décision rendue en l'espèce n'a manifestement pas eu pour effet de régler le différend entre les Parties. L'état du droit international sur les questions centrales n'a pas été clarifié. En réalité, les essais nucléaires de tout type effectués par la France dans le Pacifique Sud ont été à l'origine de toute une série de différends juridiques internationaux qui ont opposé les deux Etats depuis 1974 (règlement opéré par le Secrétaire général des Nations Unies suite à l'incident du *Rainbow Warrior* entre la France et la Nouvelle-Zélande, reproduit dans la *Revue générale de droit international public (RGDIP)*, 1987, p. 1054 ; *Rainbow Warrior (Nouvelle-Zélande c. France)*, sentence arbitrale, 30 avril 1990 (Eduardo Jiménez de Aréchaga, M. Bredin et sir Kenneth Keith), *RGDIP*, 1990, p. 838).

Les intervenants

24. Pour mesurer l'inquiétude générale manifestement ressentie au sujet des problèmes écologiques liés aux essais français, il suffit de rap-

peler non seulement l'importance que les médias ont accordée à ces problèmes au moment même des audiences, mais aussi le fait qu'un certain nombre de pays ont soumis à la Cour des requêtes à fin d'intervention en vertu de l'article 62 du Statut et ont déposé les documents nécessaires à cet effet. Ces pays sont :

l'Australie,
le Samoa,
les Iles Salomon,
les Iles Marshall,
les Etats fédérés de Micronésie.

La Cour n'a pas donné suite à ces demandes à fin d'intervention ; en ma qualité de juge, je considère cette omission comme regrettable. Les plus petits de ces pays démocratiques, qui conjuguent les intérêts des peuples polynésien, mélanésien et micronésien, avaient accompli un geste important en demandant à comparaître devant la Cour et ils avaient droit à une réponse. Il ne leur a pas été permis d'être entendus lors de la procédure orale alors qu'ils auraient sans doute pu apporter certains éléments utiles propres à faciliter l'examen de la Cour. Le différend dont était saisie la Cour méritait d'être envisagé dans son contexte régional aussi bien que dans son contexte factuel et juridique. Comme l'a déclaré devant la Cour M. Paul East, Q.C., l'*Attorney-General* de Nouvelle-Zélande, les quinze pays du Forum du Pacifique Sud voient dans les essais nucléaires français une source de « grave préoccupation pour les pays et les peuples de la région » (CR 95/19, p. 20, par. 13). Cette préoccupation des pays de la région trouve son expression dans les dispositions du traité sur la zone dénucléarisée du Pacifique Sud conclu à Rarotonga le 6 août 1985 et entré en vigueur le 11 décembre 1986 (Agence internationale de l'énergie atomique, INFCIRC/331, février 1986).

LES PRINCIPAUX PROBLÈMES D'ORDRE JURIDIQUE

Le paragraphe 63

25. Le problème juridique central qui se pose en l'espèce est celui de l'interprétation à donner au paragraphe 63 de l'arrêt rendu par la Cour en 1974, paragraphe dont, pour des raisons de commodité, je rappelle de nouveau le libellé :

« Dès lors que la Cour a constaté qu'un Etat a pris un engagement quant à son comportement futur, il n'entre pas dans sa fonction d'envisager que cet Etat ne le respecte pas. La Cour fait observer que, si le fondement du présent arrêt était remis en cause, le requérant pourrait demander un examen de la situation conformément aux dispositions du Statut ; la dénonciation par la France, dans une lettre du 2 janvier 1974, de l'Acte général pour le règlement pacifique des différends internationaux, qui est invoqué comme l'un des fon-

dements de la compétence de la Cour en l'espèce, ne saurait en soi faire obstacle à la présentation d'une telle demande.» (*C.I.J. Recueil 1974*, p. 477.)

La thèse de la Nouvelle-Zélande

26. L'interprétation que la Nouvelle-Zélande donne de ce paragraphe s'appuie sur sa requête de 1973 qui ne visait pas uniquement les essais atmosphériques et qui concernait fondamentalement un différend sur la contamination radioactive. La préoccupation première était la contamination, la source de celle-ci étant d'importance accessoire ou secondaire (demande de la Nouvelle-Zélande, 1995, par. 64). Selon la Nouvelle-Zélande, son interprétation se trouve corroborée par le fait qu'elle priait la Cour de dire et juger que les essais nucléaires effectués dans la région du Pacifique Sud constituaient une violation des droits de la Nouvelle-Zélande au regard du droit international. La Nouvelle-Zélande excipe en outre du fait que, dans le dispositif de l'ordonnance du 22 juin 1973, la Cour mentionnait la nécessité de ne pas procéder à des «essais nucléaires» et qu'elle ne visait donc pas uniquement les essais atmosphériques (demande de la Nouvelle-Zélande, 1995, par. 65). Elle fait de plus remarquer que le champ de la requête de 1973 s'étendait aux effets des essais sur les ressources vivantes de la mer.

27. La Nouvelle-Zélande développe ensuite son argumentation de la façon suivante:

«Il est vrai que dans ses déclarations la France avait dit qu'en renonçant aux essais atmosphériques elle serait en mesure de passer au stade des essais souterrains. Ainsi, même si la Cour songeait à la perspective d'essais souterrains, elle n'a pas dit expressément que des essais souterrains mettraient fin une fois pour toutes au différend. Le point crucial à rappeler est que nul n'imaginait à l'époque que les essais souterrains qui devaient être ultérieurement effectués à Mururoa ou à Fangataufa pourraient aboutir, ou aboutiraient à la longue, à certains des résultats dont on pensait qu'ils seraient évités grâce à l'arrêt des essais atmosphériques, à savoir la contamination radioactive du milieu marin. Sinon, la Cour aurait pu difficilement dire que la renonciation par la France aux essais atmosphériques pouvait en soi avoir mis fin au «différend» — car, évidemment, tel n'aurait pas été le cas.» (*Ibid.*, par. 67.)

28. Ainsi la Nouvelle-Zélande soutient que la portée de l'arrêt rendu par la Cour en 1974 doit être appréciée non pas par référence aux essais atmosphériques en tant que tels, mais plutôt par rapport à l'objet déclaré de la requête, à savoir l'interdiction des essais susceptibles de provoquer une contamination du milieu marin de l'océan Pacifique par quelque radioactivité artificielle que ce soit. La Nouvelle-Zélande a été incitée à agir lorsque le président de la République française a annoncé le 13 juin 1995 que la France allait procéder à une série d'essais après y avoir

mis fin en juillet 1991. L'argument que la Nouvelle-Zélande défend aujourd'hui est que, selon des éléments de preuves scientifiques, les essais nucléaires souterrains à Mururoa et à Fangataufa ont déjà provoqué une certaine contamination du milieu marin et que, semble-t-il, ils risquent réellement de donner lieu à une nouvelle contamination potentiellement importante. La Nouvelle-Zélande conclut son argumentation sur ce point en soutenant que la correspondance établie par la Cour en 1974 entre les essais atmosphériques et le champ du différend entre la Nouvelle-Zélande et la France reposait sur un postulat qui n'est plus valable. A la date de la procédure orale, il avait été effectué au total cent trente-cinq explosions nucléaires souterraines dans le Pacifique Sud et c'est dans ce contexte qu'il convient d'examiner les dispositions du paragraphe 63 de l'arrêt. Ainsi la Nouvelle-Zélande demande maintenant la reprise de l'instance introduite devant la Cour en 1973 au motif que le fondement de l'arrêt de 1974 a été remis en cause par des faits nouveaux et par l'accumulation de grandes quantités de matières radioactives dangereuses qui constitueront une grave menace si elles sont libérées.

29. Au sujet de l'élément crucial autour duquel s'articule le point de vue de la majorité, M. J. J. McGrath, Q.C., *Solicitor-General* de Nouvelle-Zélande, a présenté la conclusion orale suivante :

« Si l'intention de la Cour avait été de limiter une reprise de l'instance au cas où la France aurait repris des essais atmosphériques, elle l'aurait indiqué. Elle ne l'a pas fait. Au contraire, la Cour a défini le critère en des termes généraux qui obligent à rechercher si les considérations sous-jacentes à l'arrêt de 1974 continuent d'être applicables. La France soutient que le droit de revenir devant la Cour concerne seulement une reprise des essais atmosphériques. Cette affirmation, Madame et Messieurs de la Cour, est contredite par la généralité même et la portée étendue du membre de phrase « si le fondement de l'arrêt était remis en cause ». A la vérité, si l'on envisage le paragraphe 63 dans son ensemble, il est impossible de considérer que l'engagement unilatéral de la France de mettre fin aux essais atmosphériques est le seul événement susceptible de remettre en cause le fondement de l'arrêt. La première phrase du paragraphe 63 dit expressément que la Cour n'envisage pas une violation par la France de son engagement. Comment peut-on alors prétendre que la deuxième phrase n'envisageait que cette possibilité? » (CR 95/19, p. 50, par. 38.)

30. Selon la Nouvelle-Zélande, deux postulats constituaient le fondement de l'arrêt de 1974. L'un était que la France respecterait son engagement de mettre fin aux essais atmosphériques pour se limiter désormais à des essais souterrains. Le deuxième postulat était que l'arrêt des essais atmosphériques répondait et correspondait aux allégations et aux préoccupations de la Nouvelle-Zélande au sujet de la contamination nucléaire telles qu'elles existaient en 1974. La Nouvelle-Zélande a développé une longue argumentation afin de démontrer pourquoi le deuxième postulat

n'était plus valable. Ainsi, si la préoccupation de caractère général exprimée dans ses écritures redevenait d'actualité à l'avenir, il était loisible à la Nouvelle-Zélande de reprendre l'affaire sur la base du paragraphe 63. La Nouvelle-Zélande a soutenu que la Cour s'était délibérément abstenue de définir les mots «fondement de l'arrêt». Ensuite, elle a amplement exposé ce qui avait changé. En résumé, ce qui a changé, c'est d'une part la situation de fait et d'autre part le droit.

31. M. Elihu Lauterpacht a présenté comme suit les arguments de la Nouvelle-Zélande. Il a dit à la Cour que si on avait demandé en 1974 à la Nouvelle-Zélande ce qui l'inquiétait le plus, des essais en atmosphère ou de la contamination nucléaire, elle aurait donné la réponse suivante:

«Il est ridicule de penser que nous nous contenterions de l'abandon des essais en atmosphère en laissant la pollution nucléaire se propager par d'autres voies. Ce ne sont ni les moyens expérimentaux ni le milieu dans lequel on procède qui nous importent. Ce sont les conséquences des essais. Le fait que ces essais soient effectués dans l'atmosphère est accessoire par rapport à leurs conséquences.» (CR 95/19, p. 64, par. 5.)

La thèse de la France

32. Les arguments présentés par la France s'opposent fermement à tous ceux avancés par la Nouvelle-Zélande. L'un des conseils de la France, sir Arthur Watts, a déclaré que la demande de la Nouvelle-Zélande avait un caractère «étonnant et inouï» (CR 95/21, p. 47). Cette thèse procède de l'idée que l'affaire n'existe plus et qu'en fait la possibilité d'une telle demande n'est prévue ni dans le Statut de la Cour ni dans son Règlement. Ainsi, pour l'essentiel, l'argument de la France était que l'affaire des *Essais nucléaires (Nouvelle-Zélande c. France)* n'existait plus. Elle a «pris fin en 1974, et elle est close» (*ibid.*, p. 52). Etant éteinte, elle ne peut revivre.

33. Dans l'aide-mémoire présenté à la Cour le 6 septembre 1995, la France soutient que la demande de la Nouvelle-Zélande ne porte sur aucune affaire et que, en conséquence, aucun acte de procédure ne peut être effectué. Elle prétend que l'affaire a été close par l'arrêt de la Cour du 20 décembre 1974. Elle fait valoir que, la Cour ayant dit que la demande de la Nouvelle-Zélande était désormais sans objet par suite des déclarations faites par la France, il n'y avait dès lors pas lieu à statuer. Selon la France, ce prononcé judiciaire auquel s'attache l'autorité de la chose jugée a définitivement mis fin à l'instance. Toute l'affaire portait sur les essais dans l'atmosphère et uniquement ceux-ci. La structure de l'arrêt de la Cour le démontre. En outre, la Cour et la Nouvelle-Zélande savaient que les essais allaient se poursuivre sous terre. Cela était indiqué dans les déclarations faites par la France et prises en compte par la Cour. La France cite des passages de l'arrêt où il est dit que la requête néo-zélandaise devait s'interpréter comme uniquement applicable aux essais

atmosphériques. Et elle souligne qu'aucun des juges dissidents n'a contesté la conclusion fondamentale selon laquelle l'objet de la requête néo-zélandaise portait sur les essais atmosphériques. La France cite ensuite un passage du mémoire de la Nouvelle-Zélande où il est précisé que, «au cœur du différend juridique», il y a un désaccord sur le point de savoir si les essais atmosphériques emportent violation du droit international (aide-mémoire présenté au nom de la France, par. 16). Ainsi, de l'avis de la France, le paragraphe 63 doit être analysé dans le contexte général de l'arrêt, à savoir que l'ensemble de l'affaire ne concernait et ne concerne que les essais atmosphériques. Sur la base de cette argumentation, la France conclut que la demande présentée par la Nouvelle-Zélande en 1995 a un caractère «totale-ment artificiel et inacceptable» (*ibid.*, par. 19).

34. Pris dans son ensemble, l'arrêt de la Cour établissait selon la France les trois points suivants. Premièrement, la Cour considérait expressément que la requête de la Nouvelle-Zélande concernait uniquement les essais atmosphériques et non pas d'autres types d'essais. Deuxièmement, la Cour estimait que la France s'était engagée par diverses déclarations unilatérales à ne plus mener d'essais dans l'atmosphère. Troisièmement, elle concluait que la demande de la Nouvelle-Zélande était devenue sans objet.

35. L'argumentation de la France a consisté ensuite à affirmer que l'engagement de ne plus procéder à des essais atmosphériques annoncé publiquement par la France en 1974 était indissociable de l'annonce faite également par la France de son intention de procéder à des essais souterrains. En outre, déclare la France, la Nouvelle-Zélande a compris cette décision de la même façon que la France. Elle s'est abstenue de protester contre les essais souterrains dans le Pacifique Sud pendant plusieurs années et, lorsqu'elle a dénoncé ces essais, elle n'a jamais invoqué à cet effet la décision de la Cour internationale de Justice.

36. La France a ensuite opposé à la demande de la Nouvelle-Zélande un autre argument, à savoir que cette demande ne relevait d'aucune disposition du Statut de la Cour internationale de Justice. Le paragraphe 63, a-t-elle souligné, prévoyait que toute demande que la Nouvelle-Zélande pourrait formuler en vertu dudit paragraphe devrait être faite «conformément aux dispositions du Statut». Or, la demande néo-zélandaise ne pouvait être rattachée à aucune disposition du Statut. Elle n'était ni une demande en interprétation au sens de l'article 60 ni une demande de révision au sens de l'article 61. Les conditions requises pour que ces articles s'appliquent n'étaient pas remplies en l'espèce. Ainsi, l'affaire visée par la demande de la Nouvelle-Zélande n'en était pas une et on ne pouvait y donner suite.

Le poids des thèses en présence

37. Lorsque l'on évalue ces deux thèses, on constate, me semble-t-il, qu'elles traduisent des conceptions juridiques largement divergentes. La démarche adoptée par la France traduit une conception juridique stricte

et formaliste. Plusieurs conseils français l'ont qualifiée de «rigoureuse». Je pense que le qualificatif «irréaliste» aurait été plus approprié. Cette approche stricte évite à la Cour d'avoir à traiter du fond des problèmes. Elle lui permet de ne pas aborder la question extrêmement controversée des essais nucléaires effectués par la France dans le Pacifique Sud en donnant une lecture restrictive des termes employés par la Cour au paragraphe 63 de son arrêt de 1974 et en limitant l'application à un aspect qui n'a plus la faveur de la France, à savoir les essais nucléaires dans l'atmosphère. La deuxième démarche requiert que la Cour s'attache au différend réel existant entre la France et la Nouvelle-Zélande quant aux obligations qu'impose le droit international à l'égard d'essais tels que ceux qui se poursuivent actuellement dans le Pacifique Sud pendant l'instance même.

38. La différence entre les deux démarches a des conséquences pratiques importantes. La première démarche aboutit à une décision aux termes de laquelle il n'existe aucune instance devant la Cour, aucun nouvel acte de procédure ne peut être effectué et l'ensemble de l'affaire est close. L'adoption de la deuxième démarche amène la Cour à entreprendre l'examen de nouvelles questions de compétence et peut-être par la suite à examiner les obligations de droit international qui existent en l'espèce. Il convient toutefois de souligner que, même si la deuxième conception prévalait par rapport à la question formulée par la Cour, il ne s'ensuivrait pas nécessairement que la France ait agi en violation du droit international. Cela signifierait simplement que l'affaire devrait être examinée et tranchée par la Cour. Un rejet de la thèse de la France au stade liminaire permettrait simplement la poursuite de l'affaire devant la Cour, en particulier l'examen de la demande en indication de mesures conservatoires présentée par la Nouvelle-Zélande.

39. En l'occurrence, la majorité de la Cour a décidé en 1995, sans pour autant retenir l'argument de la France selon lequel il n'y avait pas d'affaire, qu'il n'y avait pour elle nullement matière à examen. Etant donné que j'ai un point de vue différent de celui de la Cour, j'exposerai avec quelque détail mon raisonnement dans les paragraphes suivants.

40. Si l'on se borne pour l'instant à analyser ce que la Cour a effectivement dit au paragraphe 63 en 1974, force est d'admettre, quelle que soit l'interprétation retenue, que pour la Cour il y avait des circonstances dans lesquelles la Nouvelle-Zélande pouvait demander un examen de la situation. C'est ce que la Cour a dit et il faut considérer que c'est ce qu'elle voulait dire. Afin de souligner la portée juridictionnelle de cette affirmation, la Cour a souligné que la dénonciation par la France de l'Acte général pour le règlement pacifique des différends internationaux qui était invoqué comme l'un des fondements de la compétence de la Cour en l'espèce ne pouvait en soi faire obstacle à la présentation d'une telle demande. Pourquoi la Cour a-t-elle dit cela? Sans doute parce que, ayant décidé qu'il y avait des circonstances dans lesquelles la Nouvelle-Zélande pouvait demander un examen de la situation par la Cour à une date ultérieure, elle ne voulait pas que l'on oppose à une telle demande

une exception d'ordre juridictionnel en faisant valoir que les dispositions sur la base desquelles la Cour avait été saisie de l'affaire initiale étaient devenues caduques. Le fait que la Cour se soit donné tant de mal pour préserver le droit de la Nouvelle-Zélande de revenir devant elle montre incontestablement qu'elle considérait ce droit comme une garantie importante.

41. Peut-être ne faut-il pas chercher très loin les raisons pour lesquelles la Cour a adopté cette position. La Cour devait savoir que la Nouvelle-Zélande risquait de ne pas accepter l'idée qu'il n'y avait plus matière à statuer après les déclarations du Gouvernement français concernant la cessation des essais atmosphériques. D'ailleurs, les déclarations officielles concernant la position de la Nouvelle-Zélande à l'égard des promesses faites par la France étaient en possession de la Cour en 1974 et ces déclarations exprimaient le refus de toute forme d'essais, et pas seulement des essais atmosphériques. Cela est exposé clairement dans l'arrêt (*C.I.J. Recueil 1974*, p. 470, par. 37). La Cour ne pouvait pas prévoir ce qui se passerait à l'avenir. C'est pourquoi, par prudence, elle a laissé ouverte la possibilité d'un examen futur de la situation. Cela visait à la fois à rassurer la Nouvelle-Zélande et à garantir la reconnaissance et la continuation de l'autorité de la Cour en la matière.

42. Il se peut d'ailleurs que le fondement du paragraphe 63 trouve son origine dans l'opinion fortement dissidente de MM. Onyeama, Dillard, Jiménez de Aréchaga et de sir Humphrey Waldock. Ces juges ont déclaré ce qui suit :

«Conformément aux principes de base susmentionnés, il aurait fallu rechercher la véritable nature de la demande néo-zélandaise et des objectifs visés par le requérant en se fondant sur le sens clair et naturel du texte de sa conclusion formelle. Dans l'interprétation qu'elle en a donnée, la Cour, selon nous, n'a pas vraiment interprété mais révisé le texte, et éliminé pour finir ce qui constitue l'essentiel de cette conclusion, c'est-à-dire la demande tendant à ce que les essais nucléaires atmosphériques dans l'océan Pacifique Sud provoquant des retombées radioactives soient déclarés illicites. Il est grave de modifier radicalement la conclusion d'un plaideur, sous couleur d'interprétation, car on frustre ainsi son attente légitime que l'affaire dont il a saisi la Cour sera examinée et résolue. En l'occurrence les conséquences sont non seulement graves mais irrévocables, le demandeur ne pouvant plus représenter sa requête et saisir à nouveau la Cour puisque la France a dénoncé les instruments sur lesquels il prétendait fonder la compétence de la Cour en l'espèce.» (*C.I.J. Recueil 1974*, p. 499, par. 12.)

43. Lorsqu'on analyse la teneur de ce passage, on constate une correspondance étroite avec ce que dit la Cour au paragraphe 63. Dans ce paragraphe, la Cour a visé la dénonciation d'un instrument et a expressément protégé une éventuelle demande d'examen contre le sort que lui prédi-

saient les juges dissidents. Selon moi, le paragraphe 63 trouve peut-être son explication dans le fait que la Cour l'a adopté après avoir pris connaissance du projet d'opinion dissidente, afin d'atténuer la force de l'argument essentiel des juges dissidents et d'éviter qu'il ne soit retenu. De la sorte, la majorité a peut-être essayé d'obtenir un plus large soutien en faveur de l'arrêt au sein de la Cour et elle y a peut-être réussi.

44. Si ce raisonnement est correct, on peut semble-t-il en déduire que lorsqu'elle a rédigé le paragraphe 63 la Cour considérait que la Nouvelle-Zélande aurait le droit de présenter une demande dans les termes de ses écritures initiales. Comme on l'a vu plus haut, ces écritures étaient rédigées de façon assez large. La majorité de la Cour admettait tacitement que la position qu'elle adoptait pourrait donner lieu à l'avenir à des difficultés; les assurances données par la France pourraient se révéler insuffisantes pour répondre à tous les objectifs du requérant. Par conséquent, la Cour n'a pas statué sur les questions de fond dont elle était saisie mais elle s'est réservé la possibilité de le faire plus tard. Comme l'ont fait remarquer les juges dissidents en 1974, la Nouvelle-Zélande ne s'est jamais désistée de l'instance à la suite des assurances données par la France. L'affaire était jugée sans objet en 1974, mais la situation pourrait changer si les faits qui l'avaient rendue sans objet étaient eux-mêmes modifiés.

45. Quelles étaient les circonstances dans lesquelles une telle demande d'examen envisagée par la Cour en 1974 pouvait être présentée? Selon la première phrase du paragraphe 63, dès lors que la Cour a constaté qu'un Etat a pris un engagement, il n'entre pas dans sa fonction d'envisager que cet Etat ne le respecte pas. Si l'on prend, comme il se doit, au pied de la lettre cette affirmation de la Cour, on constate que les préoccupations de celle-ci ne se limitaient pas au non-respect éventuel par la France de ses engagements mais qu'elles avaient une portée plus large. La phrase qui suit est déterminante: «La Cour fait observer que, si le fondement du présent arrêt était remis en cause, le requérant pourrait demander un examen de la situation conformément aux dispositions du Statut...» Les mots essentiels sont ici «si le fondement du présent arrêt était remis en cause». Bien des choses pouvaient remettre en cause le fondement de l'arrêt et en particulier les événements futurs que la Cour ne pouvait pas prévoir en 1974, mais dont elle savait qu'ils pourraient créer des circonstances rendant nécessaire un réexamen de son arrêt. Si les données fondamentales qui constituaient le fondement de l'arrêt devaient changer en raison du comportement futur de la France, la Cour pourrait réexaminer la question.

46. Il n'y a rien dans le texte du paragraphe 63 qui limite un tel réexamen à la question du respect par la France de son engagement de ne pas reprendre les essais nucléaires dans l'atmosphère. La France s'appuie sur le paragraphe 29 de l'arrêt, en particulier le passage dans lequel la Cour déclare qu'elle considère

«qu'aux fins de la requête la demande de la Nouvelle-Zélande doit s'interpréter comme uniquement applicable aux essais atmosphé-

riques, et non à des essais d'un autre type, et comme uniquement applicable à des essais en atmosphère réalisés de façon à provoquer des retombées radioactives sur le territoire néo-zélandais» (*C.I.J. Recueil 1974*, p. 466).

Il est vrai que c'est là la base sur laquelle la Cour a formulé son arrêt. Mais ce point de vue n'était pas partagé par la Nouvelle-Zélande et les termes de sa requête avaient incontestablement une portée plus large. Si l'on voit les choses de cette façon, il n'y a aucune incompatibilité entre le paragraphe 29 et le paragraphe 63. Par ce dernier, la Cour reconnaissait la réalité de la situation créée par son arrêt. Ainsi, si le «fondement du présent arrêt était remis en cause», le requérant pourrait demander un examen de la situation.

La solution de la question

47. Pour résoudre la première question que soulève le paragraphe 63, il faut partir des caractéristiques de l'arrêt de 1974 et déterminer quels en sont les éléments essentiels.

La *ratio decidendi* de l'affaire telle que la perçoivent respectivement la France et la Nouvelle-Zélande pourrait s'énoncer comme suit :

Pour la France : Lorsque la Nouvelle-Zélande a introduit une instance devant la Cour internationale de Justice en 1973 au sujet des essais nucléaires que la France effectuait alors dans le Pacifique, la Cour :

- 1) a décidé que la requête de la Nouvelle-Zélande visait uniquement les essais dans l'atmosphère nonobstant la portée plus large des griefs exposés dans les écritures de la Nouvelle-Zélande ;
- 2) a considéré, lorsque la France s'est engagée par une déclaration unilatérale à ne plus effectuer d'essais nucléaires dans l'atmosphère, que cet engagement était juridiquement obligatoire pour la France et que, partant, il rendait la demande néo-zélandaise sans objet et qu'il n'y avait pas lieu à statuer ;
- 3) a réservé le droit pour la Nouvelle-Zélande de lui présenter à l'avenir une demande d'examen de la situation si le fondement de l'arrêt était remis en cause, ce droit ne pouvant toutefois être exercé qu'en cas de violation par la France de l'engagement visé dans la deuxième conclusion ci-dessus, eu égard à la première conclusion de la Cour.

Pour la Nouvelle-Zélande : Lorsque la Nouvelle-Zélande a introduit une instance devant la Cour internationale de Justice en 1973 au sujet des essais nucléaires que la France effectuait alors dans le Pacifique, la Cour :

- 1) a décidé que la requête de la Nouvelle-Zélande visait uniquement les essais dans l'atmosphère nonobstant la portée plus large des griefs exposés dans les écritures de la Nouvelle-Zélande ;
- 2) a considéré, lorsque la France s'est engagée par une déclaration uni-

latérale à ne plus effectuer d'essais dans l'atmosphère, que cet engagement était juridiquement obligatoire pour la France, et que, partant, il rendait la demande néo-zélandaise sans objet et qu'il n'y avait pas lieu à statuer;

- 3) a réservé le droit pour la Nouvelle-Zélande de lui présenter une demande d'examen de la situation si le fondement de l'arrêt était remis en cause, cette conclusion n'étant pas limitée par les deux premières.

48. En énonçant ainsi le problème, il est manifeste qu'il repose entièrement sur la troisième conclusion, laquelle constitue, dans l'une ou l'autre thèse, une composante essentielle de l'arrêt pour les deux Parties. Mais cette troisième conclusion est-elle une variable dépendante ou autonome? Il n'y a rien dans le libellé employé par la Cour elle-même qui donne à penser que sa portée soit limitée par la première conclusion. Il n'y a rien non plus qui indique que la troisième conclusion doive être considérée comme une partie subordonnée et subsidiaire de l'arrêt. Il me semble qu'elle est mise sur le même pied que les deux autres conclusions de l'arrêt. En fait, elle a même potentiellement plus de force puisqu'elle peut vider de sa substance la première conclusion. Si des événements ultérieurs devaient remettre en cause la partie de l'arrêt correspondant à la première conclusion, celle-ci perdrait toute validité. En fait, la troisième conclusion pourrait être considérée comme un élément important de la *ratio decidendi*. Elle restreint singulièrement la portée du paragraphe 65 (le dispositif) dans lequel la Cour a dit par neuf voix contre six «que la demande de la Nouvelle-Zélande est désormais sans objet et qu'il n'y a dès lors pas lieu à statuer» (*C.I.J. Recueil 1974*, p. 478).

49. La pertinence de la troisième conclusion tient à ce que la Cour n'a pas tranché l'affaire dont elle était saisie en 1973-1974. Elle a éludé la question en s'appuyant pour ce faire sur l'annonce faite par la France. Afin de se réserver la faculté de statuer sur l'affaire si des faits ultérieurs le justifiaient, elle a formulé la troisième conclusion. Elle a ainsi délibérément introduit un élément d'atténuation du caractère définitif de l'arrêt. La Cour a prononcé un arrêt inhabituel en ce qu'il n'a pas, pourrait-on dire, définitivement clos la procédure. Si «le fondement de l'arrêt était remis en cause», l'instance pourrait être rouverte au cas où l'objet véritable du différend, l'objet et le but de la requête néo-zélandaise étaient mis en jeu.

Conformément aux dispositions du Statut

50. Je dois maintenant examiner le membre de phrase inséré par la Cour au paragraphe 63, selon lequel le requérant pourrait demander un examen de la situation «conformément aux dispositions du Statut». La France soutient résolument qu'il n'existe dans le Statut aucune disposition expresse à laquelle la demande de la Nouvelle-Zélande peut être rattachée car celle-ci n'est ni une demande en interprétation ni une

demande en revision de l'arrêt de 1974 conformément aux dispositions des articles 60 et 61, respectivement, du Statut de la Cour. La France a fait valoir ces arguments aux paragraphes 24 à 26 de son aide-mémoire du 6 septembre 1995 et dans ses plaidoiries. Je me permets respectueusement d'observer qu'ils ont une certaine valeur mais qu'ils ne règlent pas la question.

51. A mon avis, le fondement juridictionnel de la demande présentée par la Nouvelle-Zélande est l'arrêt lui-même, en particulier le paragraphe 63. L'arrêt a été rendu conformément au Statut. D'ailleurs, la France en admet aujourd'hui la validité, même si elle a choisi de ne pas se présenter devant la Cour en 1973-1974 et si elle n'a pas respecté les mesures conservatoires indiquées par la Cour. La Cour a solennellement et clairement ouvert au paragraphe 63 la possibilité pour la Nouvelle-Zélande de demander un examen de la situation. En rendant son arrêt, la Cour connaissait les dispositions du Statut. Dans ces conditions, la référence au Statut doit être comprise comme signifiant en conformité avec le Statut, le Règlement de la Cour et l'arrêt de la Cour. Il ne s'agissait pas de viser telle ou telle procédure prévue dans le Statut. Ce que la Cour a voulu dire à mon avis c'est que, si le paragraphe 63 devait entrer en jeu, elle examinerait la demande en suivant la procédure normalement applicable à toute demande. Il s'agissait de l'engagement de suivre une procédure régulière à l'égard de toute demande d'examen de la situation. Donner à ce membre de phrase le sens que prétend lui donner la France reviendrait à priver le paragraphe de tout effet pratique. Ce ne pouvait être l'intention de la Cour d'empêcher la Nouvelle-Zélande de revenir devant elle si, par exemple, la France avait repris des essais atmosphériques douze ans après l'arrêt.

52. En libellant ainsi le paragraphe 63, la Cour a agi dans l'exercice du pouvoir inhérent qui procède de son existence même, de son propre Statut et de l'article 1 de celui-ci qui qualifie la Cour d'«organe judiciaire principal de l'Organisation [des Nations Unies]» ainsi que du pouvoir que lui confère l'article 48 du Statut de rendre des ordonnances pour la direction du procès. La Cour a, selon moi, le pouvoir de fixer sa propre procédure et de concevoir une procédure *sui generis*. C'est après tout une cour souveraine.

53. L'argumentation française s'appuie aussi sur le nombre d'années qui se sont écoulées depuis l'arrêt de la Cour, associé au fait que la Nouvelle-Zélande s'est abstenue de protester contre les essais souterrains que la France a effectués à plusieurs reprises. Mais à l'encontre de cet argument, je dois dire qu'il est courant dans l'ordre juridique interne de laisser aux parties à un différend la possibilité de revenir devant le tribunal en cas de changement de circonstances. Il ne serait pas inconcevable d'admettre cette possibilité en droit international, compte tenu des sources du droit international énumérées au paragraphe 1 de l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice. Dans ces conditions, le fait purement formel que l'affaire soit inscrite ou non au rôle officiel de la Cour est sans pertinence.

54. A mon avis, la Cour avait le pouvoir de maintenir ouverte la possibilité d'un examen de la situation en l'espèce et elle a exercé ce pouvoir. L'affaire n'est pas close car l'arrêt de 1974 la laisse subsister. Eu égard aux événements survenus ultérieurement dans le Pacifique Sud, on peut considérer comme providentiel que la Cour ait eu la clairvoyance d'agir comme elle l'a fait.

LES MOYENS DE FAIT RELATIFS À L'ENVIRONNEMENT

55. Ayant ainsi conclu que la Cour n'est pas empêchée de reprendre l'affaire par les termes de son arrêt de 1974, j'examinerai maintenant les arguments portant sur la question de savoir si elle doit, compte tenu des circonstances, exercer en 1995 la possibilité qu'elle a réservée en 1974. Une telle analyse passe nécessairement par un examen des faits.

La norme prima facie

56. La Nouvelle-Zélande a soutenu que la Cour doit appliquer en l'espèce une norme *prima facie* comme elle le fait dans le cas d'une demande en indication de mesures conservatoires, et qu'elle ne doit pas fixer une norme absolue. La Nouvelle-Zélande a affirmé qu'elle pouvait satisfaire à la norme plus exigeante quant aux faits, mais que ce n'était pas la norme pertinente. Cela tenait d'une part au caractère juridictionnel de la question et d'autre part au fait que la Nouvelle-Zélande avait déposé une demande en indication de mesures conservatoires dans le cadre de l'affaire.

57. A l'inverse, la France a prétendu que c'était à la Nouvelle-Zélande qu'incombait la charge de la preuve et que la norme pertinente était celle normalement applicable à tout Etat tenu de démontrer le bien-fondé de ses moyens. La France a nié l'existence d'une question juridictionnelle au sens allégué par la Nouvelle-Zélande, en faisant valoir que la question à trancher était celle de savoir si l'affaire existait encore.

58. J'ai traité dans la section précédente la question de savoir s'il existait encore une affaire. Puisque, selon moi, l'affaire reste ouverte et qu'elle permet de formuler une demande en vertu du paragraphe 63 de l'arrêt de 1974, je conclus que le critère proposé par la Nouvelle-Zélande est adéquat; et, pour rendre justice à la France, je dois dire qu'elle ne m'a pas paru soutenir le contraire avec beaucoup d'énergie. Il me semble donc que la Nouvelle-Zélande doit démontrer qu'elle est *prima facie* fondée à obtenir l'examen de l'arrêt. Elle a fait valoir à cette fin deux arguments:

- a) les faits pertinents ont changé, aggravant le risque de contamination nucléaire;
- b) le droit international a connu depuis 1974 un développement et une progression rapides, ce qui a permis de préciser les normes applicables au fond du différend.

L'un ou l'autre de ces deux changements, d'après la Nouvelle-Zélande, devrait suffire à déclencher la procédure d'examen par la Cour au titre du paragraphe 63. J'aborderai maintenant ces questions d'ordre factuel et juridique.

L'argumentation de la Nouvelle-Zélande quant aux faits

59. En ce qui concerne les problèmes d'environnement soulevés dans la demande de la Nouvelle-Zélande, cette dernière prie la Cour, au paragraphe 113, de

«dire et juger:

i) que la réalisation des essais nucléaires envisagés constituera une violation des droits de la Nouvelle-Zélande, ainsi que d'autres Etats, au regard du droit international;

en outre et subsidiairement:

ii) que la France n'a pas le droit d'effectuer de tels essais nucléaires avant d'avoir procédé à une évaluation de l'impact sur l'environnement conformément à des normes internationales reconnues. Les droits de la Nouvelle-Zélande, ainsi que d'autres Etats, au regard du droit international seront enfreints si cette évaluation ne démontre pas que les essais ne provoqueront, directement ou indirectement, aucune contamination radioactive du milieu marin.»

60. D'après l'argumentation de la Nouvelle-Zélande, la situation a évolué progressivement mais elle en est aujourd'hui à un stade où le fondement de l'arrêt de 1974 est remis en cause. C'est-à-dire que, depuis que l'arrêt a été rendu en 1974, il y a eu accumulation de données concernant le total des essais souterrains qui se monte désormais à cent trente-cinq. Les problèmes ont trait notamment à la nature géomorphologique des atolls où les essais sont effectués, la crainte quant à des fuites radioactives à long terme, le fait qu'il y a maintenant quelque cent vingt-six «sites de stockage» de déchets nucléaires à l'intérieur de la structure de l'atoll de Mururoa à des profondeurs comprises entre 500 et 1000 mètres, et huit grands dépôts de déchets à Fangataufa. Les déchets stockés sont des isotopes de strontium et de césium de période radioactive longue ainsi que des isotopes de plutonium. La demi-vie de certains types de césium peut atteindre trois millions d'années. Le plutonium produit par une arme nucléaire peut avoir une demi-vie de vingt-quatre mille ans.

61. Si la totalité ou la majeure partie de ces déchets nucléaires était libérée dans le milieu marin, la Nouvelle-Zélande soutient que l'effet sur les ressources naturelles vivantes de la mer, en particulier le poisson et le plancton, pourrait être important. Les radioéléments libérés dans l'eau se concentrent au fur et à mesure qu'ils cheminent vers les organismes supérieurs dans la chaîne alimentaire. Les effets se répartiraient dans l'écosystème marin en touchant les grands migrateurs, notamment les thonidés. La requête de la Nouvelle-Zélande en 1973 faisait état de craintes analogues.

62. La demande présentée par la Nouvelle-Zélande en 1995 signale les inquiétudes de plus en plus vives exprimées récemment par certains scientifiques à propos des répercussions possibles des essais nucléaires souterrains sur l'environnement. Dans un article publié dans *Le Monde* du 12 juillet 1995, le volcanologue français Pierre Vincent exprime de graves préoccupations écologiques quant à l'avenir des atolls considérés. M. Vincent pense que les progrès de la fracturation pourraient ouvrir le système, permettant une migration progressive des éléments radioactifs dans l'océan. Selon lui, «c'est un risque bien réel» (demande de la Nouvelle-Zélande, annexe 5). Ce scientifique français ajoute que les facteurs qui favorisent la déstabilisation d'un volcan, conjugués à une explosion nucléaire, pourraient entraîner une onde de choc suffisante pour détacher d'énormes blocs de l'atoll. Il y a là, selon lui, une situation à haut risque. Dans ces conditions, il pourrait se produire un déversement de matériaux radioactifs dangereux. La Nouvelle-Zélande a mentionné aussi oralement l'opinion de M. Colin Summerhayes, directeur de l'Institut des sciences océanographiques du Royaume-Uni, qui estime que les îles volcaniques comme Mururoa sont intrinsèquement instables et risquent de s'effondrer sous l'effet d'un choc suffisamment violent comme un séisme ou une explosion de très forte puissance.

63. La Nouvelle-Zélande conclut sa demande sur ce point de la façon suivante :

«On a donc aujourd'hui des raisons de craindre que les risques de dégagement d'une quantité importante de matières radioactives en provenance de l'un ou l'autre atoll, ou des deux, du fait de la reprise des essais, soient nettement plus élevés qu'on ne le croyait auparavant. Au rang de ces risques figure celui d'un affaissement ou d'une fissuration grave des atolls qui serait susceptible d'entraîner la libération de quantités importantes des matières radioactives qui y sont stockées, ce qui pourrait avoir des conséquences graves pour l'environnement marin.» (Par. 25.)

64. La Nouvelle-Zélande entreprend ensuite dans sa demande d'évaluer les informations disponibles sur la sécurité des essais dans les atolls et passe en revue les trois enquêtes restreintes qui ont été menées sur l'atoll de Mururoa. Jusqu'à présent, aucune mission scientifique indépendante ne s'est rendue à Fangataufa, où ont eu lieu les tirs les plus puissants. Les études qui ont été faites à Mururoa indiquent que des matières radioactives ont été rejetées dans les milieux atmosphérique et marin, même au cours d'opérations de routine liées aux programmes d'essais. La fuite, à longue échéance, de matières radioactives dans le milieu marin semble constituer un risque non négligeable pour l'avenir. Les effets spectaculaires des essais sur la structure de l'atoll sont décrits dans l'étude du commandant Cousteau :

«Les films tournés par l'équipe Cousteau jusqu'à 230 mètres de profondeur en milieu sous-marin ont révélé l'existence, dans la struc-

ture de l'atoll, de fissures et d'éboulis rocheux spectaculaires qui n'ont pu être causés que par les explosions souterraines.» (Demande de la Nouvelle-Zélande, 1995, par. 43.)

Les sites de ces essais, selon la Nouvelle-Zélande, ne se prêtent absolument pas à ce genre d'expériences et sont très différents de masses terrestres continentales ou d'autres îles océaniques utilisées pour des essais souterrains. Dans un atoll, il n'y a pas de démarcation précise entre terre et mer : «L'eau passe de l'océan dans l'atoll, y compris la partie centrale de celui-ci, et de l'atoll à l'océan.» (*Ibid.*, par. 51.)

65. Dans sa demande, la Nouvelle-Zélande analyse aussi les assurances données par la France quant à la sûreté, qu'elle juge insuffisantes, et donne des détails sur les accidents avérés. La France ne cesserait d'affirmer que les essais sont sûrs, tout en limitant ou interdisant l'accès aux sites. À mon avis, la nature des moyens avancés par la Nouvelle-Zélande porte à croire que si, juridiquement, l'affaire pouvait se poursuivre, il y aurait des éléments de poids établissant que les essais effectués ou prévus par la France dans le Pacifique Sud comportent de réels dangers pour l'environnement. En formulant cette conclusion, je ne porte aucun jugement sur ce que pourraient démontrer en définitive les données scientifiques si elles étaient produites devant la Cour pour que celle-ci se prononce.

66. La France, qui est la mieux placée pour connaître les risques, a fourni à la Cour certains éléments d'appréciation. La France déclare qu'elle a suivi une politique d'ouverture et de transparence. Mais la France n'a pas dit grand-chose des risques potentiels à long terme d'une accumulation de déchets nucléaires dans les deux atolls où les essais sont effectués. Ces déchets, d'après la France, sont «piégés» dans de la roche vitrifiée. Quant à l'hypothèse d'un détachement de blocs de l'atoll et d'un agrandissement des fissures, il s'agirait tout au plus, sous des apparences séduisantes, de «catastrophes dignes d'Hollywood». Mais dans ses exposés oraux la France a eu quelque peine à prouver la sûreté des essais. Elle a présenté de grands panneaux illustrant la structure géomorphologique de Mururoa. Elle s'est référée à un certain nombre de travaux scientifiques présentés à la Cour. L'un des conseils de la France, M. de Brichambaut, a affirmé qu'il existait un suivi rigoureux de la situation. Des précautions avaient été prises. La France, a-t-il assuré, avait observé ses obligations de droit international.

Le calcul du risque écologique

67. La Cour n'est pas à même de se faire une opinion scientifique définitive d'après les pièces qui lui ont été soumises. En écoutant les exposés en séance publique, j'ai toutefois été convaincu que les problèmes étaient bien réels. La vraie question touche à l'évaluation du risque. Chacune des deux nations en cause semble aborder cette question de façon très différente. Le problème pourrait toutefois être tranché si la Cour entendait la totalité des faits.

68. Il faut prendre en compte plusieurs facteurs pour déterminer si la Nouvelle-Zélande a satisfait à la norme *prima facie* définie ci-dessus, justifiant ainsi la conclusion que le fondement de l'arrêt de 1974 a été remis en cause et devrait être réexaminé. Ces facteurs sont les suivants :

- le caractère extrêmement dangereux des explosions nucléaires et la dangerosité des déchets qu'elles produisent ;
- la durée pendant laquelle certains des matériaux nucléaires restent dangereux, qui se chiffre en dizaines de milliers d'années ou davantage ;
- la fragilité de la structure de l'atoll et l'effet cumulé d'un grand nombre d'explosions nucléaires sur cette structure ;
- le fait que les atolls ne peuvent pas être isolés du milieu marin et doivent être considérés comme partie intégrante de l'écosystème océanique ;
- le nombre élevé d'essais qui ont été effectués à l'intérieur d'une zone restreinte ;
- la proximité des essais et du milieu marin ;
- les grandes quantités de déchets nucléaires dangereux désormais accumulés sur les sites des essais ;
- les risques d'une pénétration des matières radioactives dans la chaîne alimentaire par l'intermédiaire du plancton, des thonidés ou d'autres poissons ;
- les risques de nouvelles fissurations et de détachement de blocs de la structure de l'atoll qu'entraîneront de nouveaux essais.

69. Il ne fait aucun doute que la France s'est livrée à des activités qui ont profondément modifié le milieu naturel des sites des essais dans le Pacifique. Ces opérations ont été délibérées et elles se sont déroulées sous le contrôle de scientifiques, notamment français. Mais les répercussions involontaires d'une action humaine délibérée sont souvent les plus importantes. La nature des risques inhérents à l'activité elle-même commanderait la prudence. Il faut trouver des moyens de calculer ces risques afin de déterminer si la Nouvelle-Zélande a satisfait à la norme. Il me semble que ce calcul devrait prendre en compte un certain nombre d'éléments :

- l'ampleur du risque de contamination nucléaire discernable en l'occurrence,
- la probabilité que le risque se réalise,
- l'utilité et les avantages du comportement en cause, c'est-à-dire les essais nucléaires français,
- le coût des mesures de prévention du risque.

70. Selon moi, le critère que la Cour devrait appliquer requiert une analyse comparée des risques et avantages. Il faut mettre en balance les risques de l'activité considérée, la probabilité des dommages, l'utilité de l'activité et les mesures nécessaires pour supprimer le risque. Cela s'appa-

rente au calcul d'analyse de risque qui est effectué dans le cadre du droit de la responsabilité civile délictuelle de certains systèmes de *common law* (voir *Prosser and Keeton on the Law of Torts*, 5^e éd., 1984, p. 169-173; Richard A. Epstein, *Cases and Materials on Torts*, 5^e éd., 1990, p. 150-168; *Blyth v. Birmingham Water Works, Exchequer*, vol. 11, p. 781, *English Reports*, vol. 156, p. 1047 (1856); *United States v. Carroll Towing Co., Federal Reports 2d*, vol. 159, p. 169 (2^e cir. 1947)). Mais je pense que, moyennant quelques modifications, c'est un outil analytique pratique pour mesurer ce qui nous intéresse ici.

71. La contamination radioactive, si elle se produit, aurait sans doute des conséquences graves pour le milieu marin. Le risque que cette contamination ait lieu doit être considéré comme non négligeable, étant donné la force destructive des explosions nucléaires et la possibilité de divers incidents ou situations anormales au cours de la longue durée de vie des substances dangereuses. Le coût de la prévention du risque, en l'occurrence, est faible — il s'agit simplement pour la France de fournir une évaluation de l'impact sur l'environnement totalement vérifiable sur le plan scientifique, et conforme aux pratiques contemporaines en matière d'environnement, prouvant que les essais envisagés ne provoqueront pas de contamination nucléaire. Sur la question de l'utilité des essais nucléaires, la France et la Nouvelle-Zélande auraient évidemment des avis très différents, mais il est permis de penser que les essais supplémentaires proposés ne peuvent présenter un intérêt considérable, vu tous ceux qui les ont précédés. Leur valeur marginale va décroissant, à supposer qu'elle ne soit pas nulle. Si l'on fait de cette manière le calcul de l'analyse de risque, je pense, au vu de ces faits, que la Nouvelle-Zélande satisfait à la norme *prima facie*.

72. Le critère proposé ici s'inspire des travaux récents de la Commission du droit international, qui a indiqué qu'aux fins des projets d'articles qui lui étaient soumis l'expression «risque de causer un dommage transfrontière significatif» renvoie à l'«effet combiné de la probabilité qu'un accident se produise et de l'ampleur de l'impact préjudiciable ainsi causé» (rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa quarante-sixième session, 2 mai-22 juillet 1994, *Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-neuvième session, supplément n° 10 (A/49/10)*, p. 434).

73. Je conclurai donc la présente section en disant que, suivant la norme *prima facie*, les données écologiques justifient un réexamen de l'arrêt.

LES QUESTIONS TOUCHANT AU DROIT DE L'ENVIRONNEMENT

74. Le deuxième argument avancé par la Nouvelle-Zélande en faveur d'un réexamen de l'arrêt rendu par la Cour en 1974 s'articule autour des transformations que le droit international relatif à l'environnement en général et aux essais nucléaires en particulier a connues entre 1974 et les

audiences de 1995. Pour apprécier cet argument, il faut brièvement rappeler cette évolution dans ses grandes lignes, avant d'entrer dans les détails.

Le développement du droit international de l'environnement

75. Cette affaire a commencé en 1973, peu de temps après une réunion internationale tenue à Stockholm qui s'est conclue par la déclaration de Stockholm (adoptée par la conférence des Nations Unies sur l'environnement, à Stockholm, le 16 juin 1972, *RGDIP*, 1973, p. 350). Cette conférence a marqué les premiers progrès vers la maturité juridique de ce nouveau domaine que constitue le droit international de l'environnement. A l'époque, vingt-cinq pays seulement avaient un ministère de l'environnement. La déclaration a favorisé le développement des principes du droit international de l'environnement. On peut dire aujourd'hui avec certitude que, pour certains des principes énoncés dans la déclaration, le large soutien qu'ils ont reçu dans la pratique des Etats, associé au sentiment de la part de ceux-ci qu'ils ont un caractère juridiquement contraignant, fait qu'ils s'inscrivent désormais dans le cadre du droit international coutumier. Pour la première fois à l'occasion de la conférence de Stockholm, en effet, la communauté internationale a été appelée à envisager l'impact des activités de l'homme sur l'environnement, dans une perspective d'ensemble. On lit à l'alinéa 6 du préambule de la déclaration: «Nous sommes à un moment de l'histoire où nous devons orienter nos actions dans le monde entier en songeant davantage à leurs répercussions sur l'environnement.» Il importe de rappeler que la demande en indication de mesures conservatoires présentée par la Nouvelle-Zélande en 1973 visait expressément la déclaration (*C.I.J. Mémoires, Essais nucléaires*, volume II, pages 55 et 56, paragraphes 33, 34 et 35 qui visent expressément les principes 6, 7, 21 et 26 de la déclaration de Stockholm).

76. Le principe 1 de la déclaration de Stockholm établit que l'homme «a le devoir solennel de protéger et d'améliorer l'environnement pour les générations présentes et futures». Le principe 2 évoque la nécessité de préserver les ressources naturelles, y compris l'air, la terre et l'eau. Le principe 6 dispose qu'il faut interrompre les rejets de matières toxiques en des quantités ou sous des concentrations telles que «l'environnement ne puisse plus en neutraliser les effets». Le principe 7 impose aux Etats de prendre toutes les mesures possibles pour empêcher la pollution des mers par des substances qui risquent de mettre en danger la santé de l'homme et la vie des organismes marins. Le principe 18 commande de «déceler, éviter ou limiter les dangers qui menacent l'environnement...» Le principe 21 fixe aux Etats

«le devoir de s'assurer que les activités exercées dans les limites de leur juridiction ou sous leur contrôle ne causent pas de dommage à l'environnement dans d'autres Etats ou dans des régions ne relevant d'aucune juridiction nationale».

Le principe 26, enfin, énonce la nécessité d'épargner à l'homme et à son environnement «les effets des armes nucléaires et de tous autres moyens de destruction massive».

77. Il y a eu ces dernières années une multiplication des conventions et traités internationaux sur l'environnement mondial. Il existe plus d'une centaine d'instruments multilatéraux en vigueur relatifs à l'environnement, dont un bon nombre ont été négociés depuis la déclaration de Stockholm de 1972. Le Programme des Nations Unies pour l'environnement avait enregistré cent cinquante-deux instruments de ce genre en 1991, avant le notable regain d'activité qu'a marqué la conférence de Rio sur l'environnement et le développement organisée par les Nations Unies en 1992. Pour ce qui nous intéresse ici, il faut surtout retenir que le développement du droit international de l'environnement a connu une période d'expansion particulièrement intense pendant les années couvertes par cette affaire, puisqu'il a vraiment pris son essor à l'époque où l'instance a été introduite et qu'il a connu son apogée à Rio en 1992.

78. De fait, le consensus issu de Rio est en lui-même significatif, s'agissant des arguments avancés dans la présente affaire. La déclaration de Rio a affiné, élaboré, précisé et développé certains des principes adoptés à Stockholm (déclaration de Rio sur l'environnement et le développement, adoptée par la conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement à Rio de Janeiro, le 13 juin 1992 (A/CONF.151/26, vol. I)). Nombre des principes étaient repris mais d'autres, nouveaux, ont fait leur apparition:

Principe 15:

«Pour protéger l'environnement, des mesures de précaution doivent être largement appliquées par les Etats selon leurs capacités. En cas de risque de dommages graves ou irréversibles, l'absence de certitude scientifique absolue ne doit pas servir de prétexte pour remettre à plus tard l'adoption de mesures effectives visant à prévenir la dégradation de l'environnement.»

Principe 17:

«Une étude d'impact sur l'environnement, en tant qu'instrument national, doit être entreprise dans le cas des activités envisagées qui risquent d'avoir des effets nocifs importants sur l'environnement et dépendent de la décision d'une autorité nationale compétente.»

79. Maurice Strong, qui a été le secrétaire général de la conférence de Stockholm puis de la conférence de Rio, a résumé son point de vue quant à la nécessité de développer encore les mécanismes du droit international de l'environnement en ces termes:

«Pour gérer notre avenir commun sur cette planète, il nous faudra un nouveau régime juridique universel fondé essentiellement sur l'extension de la primauté du droit dans les relations internationales, ainsi que des mécanismes sûrs de contrôle et d'exécution qui condi-

tionnent le fonctionnement efficace des sociétés nationales.» (Avant-propos de Maurice F. Strong à l'ouvrage de L. D. Guruswamy *et al.*, *International Environmental Law and World Order*, 1994, p. vii.)

80. En 1974, à l'occasion de cette affaire précisément, la Cour a apporté sa contribution au domaine en développement du droit international de l'environnement. On cite couramment les affaires des *Essais nucléaires*, ainsi que trois autres affaires, comme des exemples de protection de l'environnement fondée sur le droit international coutumier. Dans cette série figure aussi l'affaire du *Détroit de Corfou (Royaume-Uni c. Albanie)* (*C.I.J. Recueil 1949*, p. 4), à l'occasion de laquelle a été affirmée l'obligation pour tout Etat de ne pas laisser, en connaissance de cause, utiliser son territoire aux fins d'actes qui contreviennent aux droits d'autres Etats. L'affaire de la *Fonderie de Trail (Etats-Unis c. Canada)* — 1938 et 1941 (*Recueil des sentences arbitrales*, vol. III, p. 1905) — a établi qu'aucun Etat n'a le droit d'utiliser ou de laisser utiliser son territoire de telle sorte que celui-ci soit la source de fumées causant des dommages sur le territoire d'un autre Etat. Dans l'affaire de l'utilisation des eaux du lac Lanoux — 1957 (*Recueil des sentences arbitrales*, vol. XII, p. 281) — l'arbitrage portait sur l'interprétation d'un traité précis, mais on peut en tirer le principe qu'un Etat est tenu, si ses actes risquent d'avoir des conséquences dommageables sur l'environnement naturel d'un autre Etat, d'en avertir ce dernier. A cette liste, on peut désormais ajouter l'affaire de *Certaines terres à phosphates à Nauru (Nauru c. Australie)* (*exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1992*, p. 240), qui représente une autre contribution de la Cour, ne serait-ce qu'en raison des problèmes de dégradation de l'environnement sur lesquels elle portait. Il est révélateur que la décision de la Cour de connaître de cette affaire ait conduit les parties à conclure un règlement amiable. Les principes établis à l'occasion de ces affaires sont repris dans le principe 21 de la déclaration de Stockholm et le principe 2 de la déclaration de Rio.

81. Mais dans le domaine du droit international de l'environnement les décisions faisant autorité sont assez rares. On est certainement loin de la pléthore du droit conventionnel que l'on a vu éclore durant les vingt et quelques années qui se sont écoulées depuis l'introduction de la présente affaire. On trouvera une analyse utile de certaines des questions dans le rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa quarante-sixième session (2 mai-22 juillet 1994), à propos de la «Responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international» (*Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-neuvième session, supplément n° 10 (A/49/10)*, p. 397 et suiv.), sujet que la Commission examine depuis 1978, sans résultat définitif. Dans ses travaux, la Commission accorde la priorité à la prévention des activités qui risquent de causer un dommage transfrontière.

82. De fait, après la conférence de Rio, et peut-être à cause de celle-ci, la Cour internationale de Justice a, en vertu des pouvoirs que lui confère

l'article 26 de son Statut, constitué le 6 août 1993 une chambre pour les questions d'environnement, composée de sept juges. Dans un communiqué n° 93/20 du 19 juillet 1993, la Cour internationale de Justice a fait savoir que :

«Compte tenu des faits qui se sont produits au cours de ces dernières années dans le domaine du droit et de la protection de l'environnement, et considérant qu'elle devrait être prête dans toute la mesure du possible à traiter de toute affaire d'environnement relevant de sa juridiction, la Cour juge maintenant opportun d'établir une chambre pour les questions d'environnement, composée des sept membres...»

83. Les forces qui ont conduit la Cour à constituer cette chambre se reflètent aussi dans la quantité de travaux effectués par d'éminents publicistes de divers pays sur le sujet du droit international de l'environnement. On peut notamment citer A. Kiss et D. Shelton, *International Environmental Law*, 1991; P. Birnie et A. Boyle, *International Law and the Environment*, 1992; P. Sands *et al.*, *Principles of International Environmental Law — Documents in International Environmental Law*, 2 volumes, 1995; L. Guruswamy *et al.*, *International Environmental Law and World Order*, 1994; J. Carroll (dir. publ.), *International Environmental Diplomacy*, 1988; E. B. Weiss, *In Fairness to Future Generations: International Law, Common Patrimony, and Intergenerational Equity*, 1989; E. B. Weiss (dir. publ.), *Environmental Change and International Law*, 1992; C. Stone, *The Gnat is Older than Man: Global Environmental and Human Agenda*, 1993; P. Sand, *Lessons Learned in Global Environmental Governance*, 1990; G. Handl (dir. publ.), *Yearbook of International Environmental Law* (publié chaque année depuis 1990). Les articles publiés sur le sujet dans des revues juridiques sont trop nombreux pour être cités.

84. De cette évolution de Stockholm à Rio se dégage une tendance manifeste et irrésistible à la constitution d'un vaste ensemble de normes destinées à protéger l'environnement mondial. On s'accorde généralement à reconnaître aujourd'hui que certains risques menacent la survie de l'espèce humaine. On ne peut pas laisser libre cours à l'évolution technologique et au développement sans envisager les limites que l'écologie doit leur imposer. Sinon la notion de développement durable, acceptée par le monde entier à la conférence de Rio, restera une vue de l'esprit (rapport de la Commission mondiale de l'environnement et du développement: «Notre avenir à tous» (A/42/427), p. 5, 1987; voir aussi D. H. Meadows, D. L. Meadows et J. Randers, *Beyond the Limits*, 1992).

Le droit international et les dangers de la radioactivité

85. C'est dans le contexte que je viens d'évoquer que sir Kenneth Keith, Q.C., a, au nom de la Nouvelle-Zélande, tenté de démontrer quatre propositions juridiques :

- i) Les Etats doivent faire en sorte que les activités exercées dans les limites de leur juridiction ou sous leur contrôle ne causent pas de dommage à l'environnement dans d'autres Etats ou dans des régions ne relevant d'aucune juridiction nationale.
- ii) L'apport de toute matière radioactive dans l'environnement ou l'exposition d'êtres humains aux rayonnements doivent être justifiés. Il faut de bonnes raisons pour procéder à cet apport et à cette exposition.
- iii) Le déversement ou l'immersion de matières radioactives artificielles dans le milieu marin sont très rigoureusement limités. Ils sont en général interdits.
- iv) Il est interdit de faire pénétrer, en procédant à des essais nucléaires, des matières radioactives dans le milieu marin; la communauté mondiale n'accepte plus que les essais d'armes nucléaires servent de justification à cette contamination.

Sir Kenneth Keith a ajouté que le droit fixe désormais des normes plus exigeantes dans un «monde de plus en plus interdépendant» (CR 95/20, p. 10).

86. Pour étayer ces propositions, la Nouvelle-Zélande a invoqué la déclaration de Stockholm et celle de Rio, et plus particulièrement aussi la convention de 1986 sur la protection des ressources naturelles et de l'environnement de la région du Pacifique Sud, conclue à Nouméa le 25 novembre 1986 et entrée en vigueur le 22 août 1990 (*Internationales Umweltrecht Multilaterale Verträge*, 986:87). La Nouvelle-Zélande et la France sont toutes deux parties à cette convention. Ces instruments juridiques et d'autres cités devant la Cour témoignent, selon la Nouvelle-Zélande, d'une sévérité croissante à l'égard des apports de matières radioactives dans l'environnement ou de l'exposition d'êtres humains aux rayonnements. En ce qui concerne le milieu marin, les règles sont encore plus strictes. A l'appui de ses quatre propositions, sir Kenneth Keith a notamment cité l'article 14 des projets d'articles examinés dans le rapport annuel de 1994 de la Commission du droit international, déjà mentionné; les *Principes de limitation des rejets d'effluents radioactifs dans l'environnement*, publiés par l'Agence internationale de l'énergie atomique dans la collection Sécurité, n° 77, 1986; le programme Action 21, chapitre 22, de la déclaration de Rio, «Gestion sûre et écologique des déchets radioactifs», paragraphe 5 (paragraphe 100 de la demande de la Nouvelle-Zélande); la convention sur la haute mer, faite à Genève le 29 avril 1958, entrée en vigueur le 30 septembre 1962 (Nations Unies, *Recueil des traités*, vol. 450, p. 82, art. 25); la convention des Nations Unies sur le droit de la mer, conclue à Montego Bay le 10 décembre 1982, entrée en vigueur le 16 novembre 1994 (publication des Nations Unies, *Le droit de la mer*, New York, 1984, partie XII, art. 194); la convention sur la diversité biologique, conclue à Rio de Janeiro le 5 juin 1992, entrée en vigueur le 29 décembre 1993 (*RGDIP*, 1992, p. 952, art. 3, 14); le statut de l'Agence internationale de l'énergie atomique, 26 octobre 1956 (Nations Unies,

Recueil des traités, vol. 276, p. 3); la convention sur la protection du milieu marin de l'Atlantique Nord-Est, conclue à Paris en septembre 1992 (annexe II, art. 3, par. 3 a), b), *RGDIP*, 1992, p. 981); la convention de 1972 sur la prévention de la pollution des mers résultant de l'immersion de déchets, conclue à Londres le 19 décembre 1972 (Nations Unies, *Recueil des traités*, vol. 1046, p. 129), annexe I; la résolution LDC 21 (9) de la réunion consultative sur l'immersion des déchets en mer, 1985.

Evaluation de l'impact sur l'environnement

87. Prenant lui aussi la parole au nom de la Nouvelle-Zélande, M. D. J. MacKay a ensuite développé cette partie de l'argumentation en évoquant l'application aux faits d'espèce des normes du droit international en voie de formation concernant l'évaluation de l'impact sur l'environnement (EIE) et le principe de précaution. A ce double égard, le droit a considérablement évolué, ce qui conforte l'idée que le fondement de l'arrêt de la Cour a été remis en cause. La Nouvelle-Zélande a soutenu que les tiers susceptibles d'être affectés ont le droit de savoir en quoi consistent les études effectuées aux fins de l'évaluation, et sont fondés à proposer des études supplémentaires et à vérifier par eux-mêmes les conclusions de l'évaluation. En l'état actuel du droit, c'est un devoir juridique pour quiconque entend entreprendre une activité d'établir au préalable que celle-ci ne comporte pas de risque inacceptable pour l'environnement. L'évaluation de l'impact sur l'environnement vise simplement à instituer une procédure garantissant le respect de cette obligation de droit international. La Nouvelle-Zélande a invoqué un certain nombre d'instruments internationaux, notamment l'article 205 de la convention des Nations Unies sur le droit de la mer, qui mentionnent expressément une telle évaluation.

88. En vertu du projet d'article 12 que la Commission du droit international a adopté au cours de ses débats, il est prévu qu'avant d'entreprendre des activités qui comportent un risque de causer un dommage transfrontière significatif de par leurs conséquences physiques

«un Etat veille à ce qu'il soit procédé à l'évaluation du risque que comporte cette activité. Cette évaluation porte notamment sur les éventuels effets de l'activité en question sur les personnes ou les biens ainsi que sur l'environnement des autres Etats.»

La convention de Nouméa, déjà mentionnée, prévoit elle aussi à l'article 16 l'obligation expresse d'effectuer une évaluation de l'impact sur l'environnement avant d'entreprendre de grands projets qui pourraient avoir une incidence sur le milieu marin. L'article 12 de la convention de Nouméa est encore plus précis, puisqu'il prévoit que les parties ont le devoir de prévenir, réduire et combattre la pollution de la zone d'application de la convention qui pourrait résulter de l'expérimentation d'engins nucléaires.

Le principe de précaution

89. En ce qui concerne le principe de précaution, la Nouvelle-Zélande a soutenu que, en l'occurrence, il impose une double obligation. Il faut d'abord que l'évaluation soit effectuée préalablement et non postérieurement aux activités entreprises. Ensuite, c'est à l'Etat qui envisage de mener ces activités qu'il incombe d'effectuer l'évaluation et de démontrer qu'il n'y a aucun risque réel. Ce n'est pas aux Etats susceptibles d'être affectés qu'il incombe de prouver qu'il existe un risque.

90. J'ai exposé en détail ces arguments parce qu'ils mettent en évidence les problèmes qui auraient été abordés si l'affaire était parvenue au stade suivant de la procédure. La France n'a pas répliqué sur ces points, puisqu'elle a constamment soutenu que les questions posées à la Cour étaient des questions préliminaires qui ne l'obligeaient pas à répondre aux moyens ainsi exposés. Dans ces conditions, on aurait tort de tirer des conclusions de fond quant à l'application de ces moyens aux faits de l'espèce. Il est en revanche justifié de déterminer en quoi les principes de droit évoqués permettent de dégager une conclusion quant au respect de la norme requise pour un réexamen de l'affaire de 1974.

Conclusion

91. Selon moi, ces principes de droit international permettent d'affirmer ce qui suit :

- a) le droit international de l'environnement connaît un développement rapide et tend à assurer une protection globale du milieu naturel;
- b) le droit international s'oriente vers une réglementation de plus en plus stricte du rayonnement nucléaire;
- c) le droit international coutumier a peut-être créé une norme qui exige une évaluation de l'impact sur l'environnement dès lors que des activités risquent d'avoir des effets sensibles sur l'environnement;
- d) la norme que traduit le principe de précaution s'est développée rapidement et constitue peut-être aujourd'hui un principe du droit international coutumier relatif à l'environnement;
- e) il existe des obligations résultant de conventions susceptibles d'être applicables en l'espèce qui imposent une évaluation de l'impact sur l'environnement et le respect du principe de précaution.

Globalement, le développement du droit appliqué au présent différend autorise à considérer *prima facie* que la situation juridique a suffisamment changé pour justifier un réexamen de l'affaire de 1974. Je tiens toutefois à souligner de nouveau que, par cette conclusion, je ne prétends pas définir quels sont les principes de droit applicables en l'espèce, ni d'ailleurs quelle pourrait être leur teneur. Car cela relève du stade suivant de la procédure.

92. Il faut dire un mot ici de l'application des principes de droit, au stade de développement qu'ils ont atteint en 1995, à une affaire qui a été

plaidée et traitée une première fois vers le milieu des années soixante-dix. Le dommage invoqué — la contamination nucléaire — s'inscrit dans la durée. Il me semble évident que le droit pertinent doit être déterminé en l'espèce à la date à laquelle la Cour est appelée à l'appliquer. Soutenir le contraire est à mon avis indéfendable.

93. Je pense qu'il serait opportun et même salutaire pour le droit international de l'environnement que la Cour tienne des audiences en bonne et due forme et se penche sérieusement sur les problèmes que pose cette affaire, quelle que soit l'issue de celle-ci. Il est urgent de développer le droit en ce domaine. Puisque la Cour, en 1974, s'est expressément réservé la possibilité, dans certaines circonstances, de revenir sur ces questions, il devrait être possible de reconsidérer la décision de 1974 en tenant compte de l'évolution considérable des principes de droit depuis cette époque. En l'occurrence, cependant, la majorité de la Cour ayant été d'un autre avis, la tentative de la Nouvelle-Zélande pour faire constater la responsabilité de la France au regard des principes du droit international de l'environnement se solde par un échec.

LA NATURE DU CHOIX JUDICIAIRE

L'ordonnance de la Cour

94. Le point de vue formaliste adopté par la majorité de la Cour dans son ordonnance rend nécessaire une analyse étape par étape de son raisonnement. C'est un raisonnement que je ne peux approuver. Le raisonnement de la Cour motivant l'ordonnance par laquelle elle déclare ne pouvoir donner suite à la demande d'examen néo-zélandaise se décompose en un certain nombre d'éléments :

- a) les préoccupations générales, dépassant la question des essais atmosphériques, que pouvait nourrir la Nouvelle-Zélande lorsqu'elle a déposé sa requête de 1973, ne sauraient faire l'objet aujourd'hui d'un examen par la Cour;
- b) la Cour, en 1974, était fondée à circonscrire le véritable problème en cause et à le limiter aux essais atmosphériques, ce qu'elle a fait;
- c) les termes employés par la Cour dans l'instance parallèle introduite par l'Australie montrent que la Cour a traité l'affaire néo-zélandaise comme étant identique à l'affaire australienne;
- d) ainsi la Cour était-elle fondée en 1974 à clore l'affaire, en s'appuyant sur les déclarations unilatérales de la France;
- e) c'est dans l'hypothèse d'une reprise des essais nucléaires atmosphériques que le fondement de l'arrêt aurait été remis en cause;
- f) vu la manière dont la Cour comprend en 1995 son arrêt de 1974, elle ne saurait aborder l'examen des essais souterrains ou les arguments de chaque partie à cet égard, ni en tenir compte;

g) pour le motif énoncé au point f), la Cour ne peut tenir compte du développement du droit international de l'environnement depuis l'arrêt de 1974.

95. La majorité de la Cour, eu égard à ce qui précède, a conclu que le fondement de l'arrêt de 1974 n'avait pas été remis en cause.

96. Pour l'essentiel, ce raisonnement marque le triomphe du formalisme sur le fond. Il fait apparaître le droit comme une construction désincarnée, très éloignée des problèmes du monde réel. Le droit est figé dans le temps; au-delà de 1974, rien n'a de pertinence ni d'importance pour l'interprétation du paragraphe 63, si ce n'est une reprise des essais dans l'atmosphère. C'est là une démarche qui procède d'une lecture réductrice des termes clairs du paragraphe 63, et qui vide celui-ci de toute force. Pour ma part, je trouve aride et peu satisfaisant intellectuellement ce mode de raisonnement juridique. Quand les questions de fond sont d'une telle importance, il faut, pour décider de *ne pas* les aborder, des raisons décisives qui emportent la conviction en droit. Mais en l'occurrence le raisonnement de la Cour est laconique.

97. Toute la démarche de la Cour procède d'une distinction entre essais nucléaires atmosphériques et essais nucléaires souterrains, et d'un refus de reconnaître qu'ils ont comme dénominateur commun la contamination nucléaire. Cette distinction est fondamentalement contraire au bon sens et elle devrait de même être jugée inacceptable en droit. C'est un raisonnement juridique éminemment mécanique. La valeur de la distinction fondamentale établie par la Cour n'est guère défendable, sauf dans une perspective dénotant, comme il a été dit par ailleurs, l'austérité d'un légalisme pointilleux (*Minister of Home Affairs v. Fisher* [1980], *Appeal Cases*, p. 328). Personnellement, je ne peux admettre la distinction sur laquelle se fonde la Cour et je me permets donc respectueusement d'exprimer mon désaccord.

98. Dans son ordonnance, la Cour s'appuie aussi sur le fait que, dans l'instance parallèle introduite par l'Australie en 1973, la Cour a employé dans son arrêt un libellé identique à celui du paragraphe 63 de l'arrêt rendu dans l'affaire néo-zélandaise. La Cour, siégeant en 1995, conclut donc que la Cour, siégeant en 1974, a considéré les deux affaires comme identiques. Je me permets d'observer respectueusement que cette conclusion ne va pas de soi. Et ce qui est pis, elle ne rend pas justice à la Nouvelle-Zélande.

99. Un éminent commentateur a recensé au moins sept différences importantes entre l'affaire australienne et l'affaire néo-zélandaise (J. Stephen Kós, «Interim Relief in the International Court: New Zealand and the Nuclear Test Cases», *Victoria University of Wellington Law Review*, 1984, vol. 14, p. 357). La première remarque qui s'impose à cet égard est qu'il n'y a pas eu jonction d'instances en 1973 et qu'il y avait de bonnes raisons à cela. Comme M. A. M. Finlay, Q.C., *Attorney-General* de Nouvelle-Zélande, l'avait déclaré devant la Cour:

«Le Gouvernement néo-zélandais et le Gouvernement australien

n'ont pas adopté une démarche commune pour engager leur instance contre le Gouvernement français; et leur but n'était pas de se soutenir mutuellement. Certes, des actes commis dans leur région, qui peuvent constituer des violations d'obligations *erga omnes* ou qui menacent de la même façon le bien-être de leur population, suscitent naturellement l'inquiétude de l'un et l'autre pays; mais leurs particularités historiques et géographiques leur font percevoir différemment une menace commune.» (*C.I.J. Mémoires, Essais nucléaires*, vol. II, p. 254.)

100. La Nouvelle-Zélande visait un objectif plus général que l'Australie; il y avait des différences de fond dans l'argumentation des parties et leurs chefs de demande. La thèse de la Nouvelle-Zélande était plus solidement fondée en droit et en fait que celle de l'Australie. M. Kós, dans l'article précité, récapitule tout ce qui autorise cette conclusion:

- a) Les principes de l'équité plaidaient davantage pour la Nouvelle-Zélande, eu égard à son passé diplomatique et politique. La Nouvelle-Zélande n'a été associée que de façon très limitée aux essais nucléaires du Royaume-Uni. La Nouvelle-Zélande n'a cessé de manifester franchement son opposition aux essais depuis 1958. Le territoire de la Nouvelle-Zélande et les autres territoires dont elle était responsable étaient plus proches du site des essais que le territoire de l'Australie. Au stade de l'examen au fond, le dossier de la Nouvelle-Zélande aurait été plus solide. En droit, la Nouvelle-Zélande avait une position plus assurée s'agissant des problèmes juridiques posés par l'application de l'article 17 de l'Acte général pour le règlement pacifique des différends internationaux, que l'Australie, était-il allégué, avait violé. Contrairement à l'Australie, la Nouvelle-Zélande n'avait jamais déclaré qu'elle considérait comme juridiquement non contraignantes les résolutions de l'Assemblée générale. Et la Nouvelle-Zélande s'était toujours prononcée à l'Assemblée générale en faveur du traité d'interdiction partielle des essais nucléaires.
- b) La Nouvelle-Zélande faisait valoir différents droits qui, selon elle, étaient dus *erga omnes*, de manière égale à tous les Etats — notamment le droit à ce que «le milieu terrestre, maritime et aérien» soit protégé contre «une contamination injustifiée résultant d'une radioactivité artificielle». La Nouvelle-Zélande a amplement défendu le droit de ne pas subir de préjudice.
- c) La Nouvelle-Zélande a soumis à la Cour des chefs de demande différents de ceux de l'Australie. Visant les comportements passés et futurs de la France, la Nouvelle-Zélande a prié simplement la Cour de dire et juger que la France avait enfreint les droits de la Nouvelle-Zélande au regard du droit international.
- d) La Nouvelle-Zélande a allégué des préjudices différents de ceux allégués par l'Australie.
- e) La Nouvelle-Zélande a conduit différemment son argumentation juridique.

- f) La Nouvelle-Zélande et l'Australie ont adopté des points de vue différents sur la réserve formulée par la France le 20 mai 1966 dans sa déclaration d'acceptation de la juridiction obligatoire de la Cour.
- g) La Nouvelle-Zélande ne s'est pas associée aux concessions australiennes quant à l'invocation de l'Acte général.

101. L'ordonnance de la Cour s'appuie par ailleurs sur le fait que la France a effectué cent trente-quatre essais nucléaires souterrains sans que la Nouvelle-Zélande ait jamais prétendu que le fondement de l'arrêt se trouvait remis en cause. J'ai déjà rappelé, aux paragraphes 14 à 23, l'opposition systématique de la Nouvelle-Zélande aux essais français. J'estime en outre que l'argument de la Nouvelle-Zélande selon lequel la situation a évolué progressivement est convaincant à cet égard. C'est l'effet cumulé des événements qui est déterminant. Le paragraphe 63 lui-même n'est assorti d'aucune limite dans le temps. Il n'entre en jeu que lorsque les circonstances qui remettent en cause le fondement de l'arrêt se sont cristallisées.

102. Pour les raisons que je viens d'exposer, je pense que la décision de considérer comme identiques, sur le plan juridique, l'affaire de la Nouvelle-Zélande et l'affaire de l'Australie est mal fondée. Elle était mal fondée en 1974; de plus, l'emploi d'un libellé identique ne signifie pas que la Cour ait entendu à l'époque restreindre le paragraphe 63 de son arrêt à des circonstances identiques pour la Nouvelle-Zélande et l'Australie. Le contexte est important.

Les questions plus générales

103. En l'espèce, le choix judiciaire entre les positions juridiques contraires des parties a un caractère absolu, d'une part en raison de la manière dont l'affaire a été débattue, d'autre part parce qu'il s'agit d'une procédure sans précédent. La réponse dépend autant de jugements implicites quant à la portée exacte de la fonction judiciaire que du raisonnement précis qui y conduit. Le droit est une invention humaine conçue à des fins humaines. Depuis toujours, le droit international public traite des relations entre Etats et ces derniers ont été souvent considérés dans le passé comme ses seuls sujets. Mais les choses changent et la théorie de la souveraineté des Etats sur laquelle repose une bonne part du droit international public subit une érosion. Une affaire comme celle-ci offre l'occasion d'élargir la perspective. On se souviendra que, en 1958 déjà, M. C. W. Jenks écrivait dans *The Common Law of Mankind*:

«Il n'est plus adéquat ni rationnel de définir ou de décrire le droit international comme le droit régissant les relations entre Etats, même si on nuance cette définition élémentaire par des réserves ou des exceptions censées tenir compte de son évolution; car il s'agit du droit commun de l'humanité, à un stade précoce de son développement, dont le droit régissant les relations entre Etats n'est qu'un aspect parmi d'autres.» (P. 58.)

104. Une des faiblesses remarquables du droit international tient au fait que la compétence de la Cour internationale de Justice dépend, en dernière analyse, du consentement des Etats. Environ un tiers des nations seulement acceptent la juridiction obligatoire de la Cour en vertu du paragraphe 2 de l'article 36 de son Statut. D'une façon générale, les nations les plus puissantes ne sont pas de celles qui acceptent de meilleure grâce la juridiction obligatoire de la Cour. Ce fait est rappelé à la Cour dans une lettre datée du 28 août 1995 adressée au Greffier par l'ambassadeur de France aux Pays-Bas, où il est dit notamment :

« La compétence de la Cour internationale de Justice repose sur le consentement des Etats. En l'absence d'un consentement préalable de la France, les demandes de la Nouvelle-Zélande tant au principal qu'en vue de l'indication de mesures conservatoires sont dès lors manifestement irrecevables. »

Mais, comme l'a fait observer M. E. Lauterpacht, « des fissures apparaissent dans l'édifice » (*Aspects of the Administration of International Justice*, 1991, p. 23).

105. A mon avis, les controverses au sujet du consentement et la logique de la situation dans laquelle se trouve la Cour ont amené celle-ci à faire preuve dans le passé d'une prudence parfois inutile. En 1995, la décision qu'a prise la majorité en l'espèce est conforme à cette attitude de prudence. A l'encontre d'une telle attitude, il faut bien voir que, malgré les différences fondamentales entre le droit international et le droit interne, le droit international est dans l'ensemble largement respecté. Le fait que le système repose sur une base consensuelle ne saurait donc justifier un refus de statuer sur des principes de droit international quand ils sont avancés et appellent légitimement une décision. Comme l'a écrit M. Louis Henkin dans son ouvrage *How Nations Behave — Law and Foreign Policy* (2^e éd., 1979, p. 47) : « on peut probablement dire que la plupart du temps, presque toutes les nations observent presque tous les principes du droit international et s'acquittent de presque toutes leurs obligations ».

106. Mais il faut d'emblée admettre que la Cour ne peut s'autoriser des fantaisies. Elle doit rester crédible pour les Etats qui, dans l'ensemble, n'envisagent pas de gaieté de cœur un règlement par tierce partie qu'ils ne maîtrisent pas. A mon avis, la Cour est tenue de maintenir un équilibre entre principe et pragmatisme. C'est là un rôle qui n'est pas inconnu des juridictions internes investies de pouvoirs constitutionnels étendus, comme la Cour suprême des Etats-Unis (voir de manière générale Alexander M. Bickel, *The Least Dangerous Branch*, 1962). Mais de telles juridictions décident des affaires qu'elles examinent, alors que la Cour internationale de Justice n'a pas cette possibilité. Ce sont les Etats, non la Cour elle-même, qui fixent le programme de travail de celle-ci. Et la Cour ne dispose pas des mécanismes de filtrage que peut employer la Cour suprême des Etats-Unis.

107. La Cour est chargée de dire, de développer et de faire respecter le droit international. Mais elle doit être attentive aux limites du droit.

Dans les différends mettant en jeu d'importants facteurs politiques, il lui faudra tout particulièrement veiller à ne pas trop présumer de ses fonctions, tout en admettant que les différends entre Etats comportent presque toujours une forte composante politique. Il faut toutefois garder à l'esprit que si les essais d'armes nucléaires suscitent de vifs affrontements politiques, cela n'empêche pas que certains aspects du différend puissent être traités par les voies de droit à l'échelon international.

108. Dans des circonstances telles que celle-ci, on peut recourir à divers procédés pour ne pas trancher une affaire par d'autres moyens: ainsi, en prêtant une oreille complaisante à des arguments d'ordre juridictionnel ou procédural, on évite de se prononcer dans un domaine où l'on peut craindre que les Etats n'observent pas les termes de l'arrêt de la Cour ou que l'acceptation de la position de celle-ci soit compromise. Il est des arrêts difficiles à rendre. Mais en ne les rendant jamais dans des affaires comme la présente, on freine le développement du droit international.

109. Il me semble que sir Gerald Fitzmaurice, dans son ouvrage *The Law and Procedure of the International Court of Justice*, a parfaitement résumé les choix judiciaires qui s'offrent à la Cour:

«Il y a en gros deux principales façons de concevoir les fonctions d'un juge, à l'échelon international ou autre. Certains disent que la fonction première, sinon unique, du juge est de se prononcer sur l'affaire dont il est saisi, avec la concision requise, et de se limiter à cela. Mais d'autres soutiennent que la véritable fonction du juge, si elle est de se prononcer en bonne et due forme sur la demande dont il est saisi — en motivant dûment sa décision et en restant dans les limites de l'affaire — est aussi de tirer parti de certains aspects de l'affaire qui ont un intérêt ou une portée plus vaste pour faire des prononcés de droit et de principe de caractère général propres à enrichir et faire progresser le droit.

Quant à savoir quelle attitude est la meilleure, on peut dire que l'une et l'autre sont bonnes, ou du moins défendables; mais tout dépend évidemment des circonstances. Une simple décision ou constatation qui répond en grande partie aux fins de la fonction de juge d'une cour de magistrat ou d'une cour de comté ne suffira pas, s'agissant de la cour d'appel, de la Chambre des lords, ou du comité judiciaire du Conseil privé, ou de leurs équivalents dans d'autres pays. En tout état de cause, les juridictions internationales considèrent généralement qu'il entre pour une grande part dans leur mission non seulement de statuer mais, ce faisant, d'exposer en termes généraux le droit applicable aux questions tranchées.» (P. 647-648.)

110. Je suis évidemment de ceux qui pensent que la Cour internationale de Justice doit développer le droit et l'exposer. La Cour devrait traiter tous les problèmes d'ordre juridique et, vu la nature du droit international et l'absence d'organe législatif à ce niveau, c'est à elle qu'il incombe tout particulièrement de préciser et de faire progresser le droit.

OBSERVATIONS FINALES

111. La nature du différend entre la France et la Nouvelle-Zélande a été constamment manifeste depuis que l'affaire a été introduite devant la Cour, si l'on excepte les années 1991 à 1995 pendant lesquelles la France a observé un moratoire sur les essais. De toute évidence, le différend porte sur les essais nucléaires dans le Pacifique, sous toutes leurs formes. Le mode officiel de citation de cette affaire était et reste *Essais nucléaires (Nouvelle-Zélande c. France)*. Nonobstant ce fait, la Cour, dans sa décision de 1995, a choisi d'établir une distinction fondamentale entre essais atmosphériques et essais souterrains.

112. On aurait pu penser que la demande d'examen de la situation était l'occasion de pousser un peu au large vers la marée montante du droit international de l'environnement. La Cour ne s'était pas prononcée sur la question en 1974, elle ne l'a pas fait non plus en 1995.

113. L'arrêt de 1974 a suscité de vastes controverses de doctrine; certains spécialistes éminents du droit international l'ont jugé ingénieux et novateur, tandis que d'autres y ont vu un remarquable exemple de prudence politique, critiquable sur le plan du droit et de la logique. Pour un troisième groupe de commentateurs, cette décision était une occasion manquée d'examiner le droit international de l'environnement. (D. P. Verma, «The Nuclear Tests Cases: An Inquiry into the Judicial Response of the International Court of Justice», *South African Yearbook of International Law*, 1982, vol. 8, p. 20; Edward McWhinney, *The World Court and the Contemporary International Law-Making Process*, 1979; R. St. J. Macdonald et Barbara Hough, «The Nuclear Tests Case Revisited», *German Yearbook of International Law*, 1977, vol. 20, p. 337; Jerome B. Elkind, «Footnote to the Nuclear Tests Cases: Abuse of Right — A Blind Alley for Environmentalists», *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 1976, vol. 9, p. 57; Thomas M. Franck, «Word Made Law: The Decision of the I.C.J. in the Nuclear Test Cases», *American Journal of International Law*, 1975, vol. 69, p. 612.) On peut prévoir que la décision de la Cour dans la phase actuelle de l'affaire suscitera les mêmes types de réactions.

114. Il faut bien voir que, pour l'essentiel, cette affaire porte sur l'environnement. Les nouvelles technologies ont doté l'humanité de moyens considérables de modifier le milieu naturel. Il nous faut analyser et surveiller attentivement les conséquences de ces activités si nous ne voulons pas mettre en péril les générations futures. C'est une préoccupation familière du droit international (voir de façon générale E. B. Weiss, *In Fairness to Future Generations*, 1989). M^{me} Edith Brown Weiss écrit notamment:

«Le milieu naturel et le patrimoine culturel de la planète sont le bien commun de l'humanité; nous les partageons avec nos contemporains mais aussi avec les générations passées et à venir. A chaque

époque, l'homme est à la fois le dépositaire ou le gardien de la planète pour les générations futures mais aussi son usufruitier. Cela entraîne pour nous l'obligation d'en prendre soin et certains droits d'en user.» (P. 17.)

De plus, les problèmes particuliers que posent en droit l'énergie nucléaire et les essais nucléaires tiennent à leur caractère extrêmement dangereux (A. Boyle, «Nuclear Energy and International Law: An Environmental Perspective», *British Year Book of International Law*, 1989, vol. 60, p. 257; G. Handl, «Transboundary Nuclear Accidents: The Post-Chernobyl Multilateral Legislative Agenda», *Ecology Law Quarterly*, 1988, vol. 15, p. 203).

115. Les problèmes écologiques créés par les essais et les accidents nucléaires montrent que les Etats ne sont pas disposés à se comporter en bons gestionnaires ou gardiens de l'environnement. L'expérience enseigne que c'est au niveau international qu'il faut établir et faire respecter les droits en matière d'environnement.

116. Si, en 1995, la Cour avait été prête à aborder la phase suivante de l'affaire, le différend aurait pu au moins s'apaiser. Cela fait bien trop longtemps que ce problème compromet sérieusement, voire empoisonne, les relations entre la France et la Nouvelle-Zélande. Les deux fonctions de la Cour sont, selon moi, de régler les différends, d'une part, et de préciser et développer le droit, d'autre part. Malheureusement, il n'y a eu ni apaisement du différend ni développement du droit.

117. Cette affaire offrait l'occasion à la Cour de contribuer à la solution d'un des problèmes écologiques les plus cruciaux de notre époque. Elle a refusé de la saisir, pour des motifs juridiques d'ordre technique qui ont à mon avis une valeur contingente par rapport au raisonnement juridique proprement dit. Il est vrai que la compétence de la Cour repose en grande partie sur le consentement des Etats. Il est vrai que la France a retiré le consentement qui avait permis à la Cour, en 1974, de connaître de l'affaire. Mais ce n'est pas une raison suffisante pour s'abstenir de rouvrir l'instance, alors que l'arrêt de 1974 envisageait expressément cette possibilité. A cette époque, la Cour avait compétence pour statuer dans cette affaire, et cette compétence subsiste aujourd'hui. Mais la Cour se refuse à statuer.

118. Etre juge *ad hoc* à la Cour internationale de Justice est une position singulière, et les obligations dont elle est assortie m'ont fourni matière à réflexion. Le Statut dispose, au paragraphe 6 de l'article 31, que les juges désignés en cette qualité «participent à la décision dans des conditions de complète égalité avec leurs collègues». En l'espèce, je pense qu'il a été utile d'introduire à la Cour le point de vue de quelqu'un qui vit dans la partie du monde concernée par la demande d'examen. Mais je n'ai pas eu le sentiment d'avoir au sein de la Cour une position représentative. Ma présence a permis d'offrir une autre perspective et de préciser quelque peu le contexte de l'affaire. Je me permettrai de reprendre à mon compte la définition de la mission d'un juge *ad hoc* qu'avait proposée

M. Lauterpacht, désigné comme juge *ad hoc* dans l'affaire relative à l'*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*:

«Selon moi, il est spécialement tenu de veiller à ce que, dans toute la mesure possible, chacun des arguments pertinents de la partie qui l'a désigné ait été pleinement pris en considération au cours de l'examen collégial et soit, en fin de compte, reflété — à défaut d'être accepté — dans sa propre opinion individuelle ou dissidente.» (*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, mesures conservatoires, ordonnance du 13 septembre 1993, C.I.J. Recueil 1993, p. 409, par. 6.*)

119. Je tiens enfin à dire qu'ayant eu l'occasion de lire l'opinion dissidente qu'a rédigée avec autant d'élégance que de force de persuasion mon collègue, M. Weeramantry, je souscris à son analyse.

(Signé) Sir Geoffrey PALMER.