

OPINION DISSIDENTE COMMUNE DE MM. ONYEAMA,
DILLARD, JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA
ET SIR HUMPHREY WALDOCK

[Traduction]

1. Dans son arrêt la Cour décide de son propre chef que la demande de l'Australie est désormais sans objet. Nous contestons respectueusement mais avec énergie cette conclusion. Dans l'exposé qui va suivre des raisons de notre dissentiment, nous présenterons tout d'abord une série d'observations visant à expliquer pourquoi, d'après nous, il n'est pas justifié de dire que la demande de l'Australie n'a plus d'objet. Nous aborderons ensuite les questions de compétence et de recevabilité que l'arrêt n'examine pas mais qui nous paraissent d'une importance capitale pour ce qui est de la manière dont la Cour aurait dû envisager les sujets sur lesquels elle se prononce. Ce sont d'ailleurs ces deux questions, que l'arrêt laisse de côté, que le demandeur avait été expressément invité à traiter par l'ordonnance de la Cour du 22 juin 1973.

PREMIÈRE PARTIE. RAISONS DE NOTRE DISSENTIMENT

2. L'arrêt procède fondamentalement du postulat que l'unique objet de la demande australienne est d'obtenir la « cessation » des « essais nucléaires atmosphériques effectués par la France dans la région du Pacifique Sud » (par. 30). Il postule en outre que, bien que l'arrêt sollicité par l'Australie eût été fondé sur la constatation que « de nouveaux essais seraient contraires au droit international, une telle constatation ne serait qu'un moyen utilisé en vue d'une fin et non une fin en soi » (*ibid.*).

3. L'hypothèse de base de l'arrêt, qui prête aux conclusions du demandeur un but unique et limité et circonscrit étroitement l'objectif qu'il poursuivait en entamant la présente instance, est à notre avis insoutenable, et le raisonnement de la Cour aboutit en conséquence à une conclusion erronée. D'après nous, cela est dû en partie au fait que l'arrêt ne tient pas compte de l'objet et de l'utilité d'une demande d'arrêt déclaratoire et plus encore à ce que son hypothèse de départ ne correspond pas à la nature et à la portée des conclusions formelles de l'Australie, telles qu'elles figureraient dans la requête, et même modifie l'une et l'autre.

4. Dans sa requête l'Australie :

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

Ordonner

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

5. En présentant cette conclusion, comme l'indiquait devant la Cour un conseil de l'Australie (CR 73/3, p. 60):

«le Gouvernement australien a prié la Cour de faire deux choses: *primo*, dire et juger que la poursuite d'essais nucléaires dans l'atmosphère est contraire au droit international et aux droits de l'Australie, *secundo*, ordonner que la France s'abstienne de faire de nouveaux essais nucléaires dans l'atmosphère ».

Comme il ressort des premiers mots qui y figurent («Asks the Court to adjudge and *declare*»), la première partie de la conclusion telle qu'elle a été formulée tend à obtenir de la Cour une *déclaration* judiciaire concernant l'illicéité des essais atmosphériques effectués par la France dans l'océan Pacifique Sud.

6. Le paragraphe 19 de la requête est ainsi conçu:

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

En d'autres termes, la demande de déclaration représente la conclusion essentielle. Si la Cour rendait une déclaration d'illicéité dans laquelle le Gouvernement français voulût bien voir un motif suffisant pour mettre fin à la poursuite des essais dans l'atmosphère, l'Australie ne maintiendrait pas sa demande d'injonction.

Il est donc difficile d'affirmer, comme le fait l'arrêt au paragraphe 30, que la déclaration concernant le caractère illicite des essais atmosphériques à quoi tend la première partie de la conclusion formelle du demandeur n'est qu'un moyen d'obtenir une décision de la Cour ordonnant la cessation des expériences. Au contraire, cette déclaration est ce que vise fondamentalement l'Australie, et le mémoire (par. 430) y voit d'ailleurs « la conclusion principale de la requête ».

7. Le requérant demande qu'il soit judiciairement déclaré que les essais nucléaires dans l'atmosphère ne sont pas « compatibles avec les règles applicables du droit international ». Cette assertion ne saurait être considérée comme un simple motif avancé pour justifier l'injonction demandée. Les raisons juridiques invoquées par le requérant à l'appui aussi bien de la déclaration que de l'injonction ont trait notamment au fait que

la France aurait violé certaines règles généralement acceptées comme droit coutumier en matière d'essais nucléaires en atmosphère, et qu'elle aurait enfreint des droits considérés comme inhérents à la souveraineté territoriale du requérant ou tenant au caractère de *res communis* de la haute mer. Les écritures distinguent nettement entre ces raisons destinées à étayer les conclusions et les décisions qui sont sollicitées de la Cour. Dans la conclusion la Cour est priée de prononcer une déclaration d'illicéité « pour l'un quelconque ou l'ensemble des motifs exposés ci-dessus ou pour tout autre motif jugé pertinent ». Isolée de ces motifs ou de ces thèses juridiques, la déclaration suivant laquelle les essais nucléaires dans l'atmosphère ne sont pas « compatibles avec les règles applicables du droit international » n'est que la formulation précise de ce que le demandeur prie formellement la Cour de décider dans le *dispositif* de l'arrêt. S'il est vrai que « prononcer dans le dispositif de l'arrêt que telle ou telle de ces thèses est oui ou non fondée ne rentre pas dans les fonctions judiciaires de la Cour ¹ », dire et juger qu'un certain comportement d'un Etat est ou n'est pas compatible avec le droit international constitue un aspect essentiel du contentieux international et est au cœur même de la fonction judiciaire de la Cour.

8. L'arrêt affirme au paragraphe 30 que « le demandeur a eu pour objectif initial et conserve pour objectif ultime la cessation de ces essais; dans ces conditions, on ne saurait considérer que sa demande tende à obtenir un jugement déclaratoire ». Selon nous la conclusion ne découle aucunement de la prémisse énoncée. Dans les procès internationaux une demande de jugement déclaratoire suffit normalement, même quand l'objectif final du demandeur est d'obtenir que prenne fin un certain comportement du défendeur qu'il considère illicite. Comme Hudson l'a écrit dans son opinion individuelle en l'affaire des *Prises d'eau à la Meuse*:

« Dans la jurisprudence internationale, toutefois, les sanctions sont de nature différente et jouent un rôle différent; il en résulte qu'un arrêt déclaratoire aura fréquemment la même force exécutoire qu'un arrêt énonçant un ordre du tribunal; les Etats ne sont pas moins disposés à respecter l'un que l'autre. » (*C.P.J.I. série A/B n° 70*, p. 79.)

Et, pour reprendre les termes de Charles De Visscher:

« La tâche essentielle de la Cour, telle qu'elle ressort tant des conclusions des Parties que des dispositifs de ses arrêts se ramène normalement à définir les rapports de droit entre Parties sans indication de prestations déterminées. Très généralement, les décisions s'abstiennent de prononcer des condamnations, laissant aux Etats parties au litige le soin de tirer eux-mêmes les conséquences qui s'y attachent ². »

¹ *Droit de passage sur territoire indien*, C.I.J. Recueil 1960, p. 32.

² Charles De Visscher, *Aspects récents du droit procédural de la Cour internationale de Justice*, Paris, 1966, p. 54.

9. Une conclusion double, comme celle qui a été présentée ici, tendant à la fois à obtenir une déclaration d'illicéité et un ordre ou injonction d'avoir à mettre fin à certaines mesures n'est pas sans exemple dans le contentieux international.

Quand, dans d'autres affaires, la Cour et sa devancière se sont trouvées en présence d'une conclusion ainsi dédoublée, elles l'ont considérée comme renfermant deux conclusions formelles indépendantes, dont la première ou partie déclaratoire était considérée comme une conclusion véritable, une fin en soi et pas simplement un élément du raisonnement ou un moyen d'obtenir la cessation de l'activité taxée d'illicite (*Prises d'eau à la Meuse, arrêt, 1937, C.P.J.I. série A/B n° 70, p. 5, 6 et 28; Droit de passage sur territoire indien, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1960, p. 10 et 31*).

Le fait que par la suite la Cour soit invitée à ordonner ou à enjoindre telle ou telle mesure, comme ce fut le cas dans les affaires susmentionnées, n'a pas été considéré alors et ne saurait être accepté comme un motif suffisant pour négliger ou écarter la conclusion principale du demandeur ou pour la traiter comme une partie du raisonnement. Il n'est pas non plus justifié d'appliquer une dichotomie conceptuelle entre les jugements déclaratoires et les autres pour aboutir à ce même résultat. Le fait que le demandeur n'aspire pas seulement à faire constater par une déclaration la situation juridique, mais demande aussi des mesures correctives qui en sont la conséquence ne saurait être invoqué pour laisser de côté la conclusion fondamentale qui tend à faire constater la situation juridique dans le dispositif de l'arrêt.

10. Dans les affaires évoquées précédemment les juges qui, dans leurs opinions individuelles, ont été amenés à analyser en détail les conclusions des demandeurs ont reconnu que, fondamentalement, ceux-ci cherchaient à obtenir de la Cour un jugement déclaratoire. Nous avons déjà mentionné l'opinion individuelle de Hudson dans l'affaire des *Prises d'eau à la Meuse*. Dans celle du *Droit de passage sur territoire indien*, MM. Winiarski et Badawi ont reconnu, dans leur opinion dissidente, que « ce que le Gouvernement portugais demande à la Cour, c'est donc de rendre en premier lieu un jugement déclaratoire ». Et ils ont ajouté ceci, qui s'applique tout à fait à la présente espèce :

« bien que cette demande soit suivie des deux autres, complémentaires et éventuelles, elle constitue l'essence même de l'affaire... L'objet de l'action, tel qu'il résulte de la première conclusion portugaise, est de faire reconnaître, constater par la Cour la situation de droit entre Parties. » (*C.I.J. Recueil 1960, p. 74.*)

Dans son opinion dissidente, M. Armand-Ugon a écrit lui aussi « la Cour est sollicitée de rendre un arrêt déclaratoire sur l'existence du droit de passage » (*C.I.J. Recueil 1960, p. 77*). Cette manière de voir n'inspirait pas seulement les opinions dissidentes : l'arrêt rendu par la Cour en cette

affaire énonce que le demandeur « a invoqué son droit de passage et demandé à la Cour de reconnaître l'existence de ce droit » et il poursuit :

« à cette première demande, le Portugal en ajoute deux autres qui, d'ailleurs, sont subordonnées à une réponse favorable qui serait donnée, en totalité ou en partie, à la première demande : elles deviendront sans objet si le droit prétendu n'est pas reconnu » (*ibid.*, p. 29).

11. Dans une affaire portée devant la Cour par requête les conclusions formelles des Parties définissent l'objet du différend, comme le reconnaît le paragraphe 24 de l'arrêt. Il faut donc considérer que ces conclusions correspondent aux objectifs que vise le demandeur en introduisant l'instance judiciaire.

La Cour a certes le droit d'interpréter les conclusions des Parties, mais rien ne l'autorise à les transformer radicalement. La Cour permanente s'est exprimée ainsi sur ce point : « Si elle peut interpréter les conclusions des Parties, elle ne saurait se substituer à celles-ci pour en formuler de nouvelles sur la base des seules thèses avancées et faits allégués. » (*C.P.J.I. série A n° 7*, p. 35, affaire relative à *Certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise.*) Au paragraphe 29, l'arrêt voit là une limitation du pouvoir de la Cour d'interpréter les conclusions « quand la demande n'est pas formulée comme il convient parce que les conclusions des parties sont inadéquates ». Si, toutefois, la Cour n'a pas le pouvoir de reformuler des conclusions inadéquates, elle ne saurait à fortiori reformuler des conclusions aussi claires et précises que dans la présente espèce.

12. Les affaires invoquées par l'arrêt en son paragraphe 29 pour écarter la première conclusion du demandeur en l'espèce ne justifient selon nous en aucune manière un traitement aussi sommaire de « la conclusion principale de la requête ». Dans lesdites affaires les conclusions que la Cour n'a pas considérées comme des conclusions véritables étaient des développements précis qui avaient pour seul objet de motiver la décision sollicitée de la Cour dans la « vraie » conclusion finale. C'est ainsi que dans l'affaire des *Pêcheries* le demandeur a résumé, sous forme de conclusions, toute une série de propositions juridiques, dont certaines n'étaient même pas contestées, pour amener logiquement ses véritables conclusions finales (*C.I.J. Recueil 1951*, p. 121-123 et 126). Dans l'affaire des *Minquiers et Ecréhous*, la « vraie » conclusion finale a été énoncée en premier et suivie de deux arguments juridiques qui visaient à fournir d'autres motifs pour que la Cour retienne cette conclusion (*C.I.J. Recueil 1953*, p. 52); dans l'affaire *Nottebohm* une conclusion concernant la naturalisation de Nottebohm au Liechtenstein n'a été considérée par la Cour que comme « une raison à l'appui d'une décision de la Cour en faveur du Liechtenstein » sur la « vraie question » de la recevabilité de la demande (*C.I.J. Recueil 1955*, p. 16). Dans la présente espèce, comme nous l'avons dit, la situation est entièrement différente. La question fondamentale soumise à la décision de la Cour est celle du caractère licite ou illicite des expériences nucléaires françaises en atmosphère dans l'océan Pacifique Sud, et il nous paraît entièrement injustifié de traiter la demande

de déclaration d'illicéité présentée par le requérant comme un simple motif à l'appui de l'interdiction de nouveaux essais qu'il sollicite également.

13. Conformément à ces principes de base, il aurait fallu déterminer la véritable nature de la demande australienne 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 que le requérant avait appelé « la conclusion principale de la requête », c'est-à-dire la demande tendant à ce que les essais nucléaires atmosphériques dans l'océan Pacifique Sud soient déclarés illicites. Il est grave de modifier ou de mutiler 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.

14. Nous pensons que la Cour revise la conclusion du demandeur en faisant appel à d'autres éléments et notamment aux communications diplomatiques et déclarations faites au cours de la procédure. Ces éléments ne justifient cependant pas l'interprétation qu'en tire l'arrêt. Il est fait état des demandes réitérées de l'Australie tendant à obtenir de la France l'assurance qu'il serait mis fin aux essais. Ces demandes ne sauraient cependant avoir l'effet que l'arrêt leur attribue. Pendant qu'un procès se déroule, un demandeur peut prier son adversaire de l'assurer qu'il ne poursuivra pas l'activité contestée, mais on ne peut en conclure qu'une assurance sans réserve, à supposer qu'elle soit donnée, répondrait à *tous* les objectifs que visait le demandeur en entamant la procédure judiciaire; encore moins peut-on restreindre ou amender pour cette raison les prétentions formellement soumises à la Cour. D'après le Règlement, ce résultat ne pourrait être obtenu que si le demandeur donnait une indication précise dans ce sens en retirant l'affaire, en modifiant ses conclusions ou par toute autre action équivalente. Ce n'est pas pour rien que les conclusions doivent être présentées par écrit et porter la signature de l'agent. Il est donc illogique d'interpréter les demandes d'assurances comme une renonciation, une modification ou un retrait tacite de la requête dont la Cour reste saisie et qui vise à faire déclarer judiciairement que les essais atmosphériques sont illicites. Et puisque l'arrêt attribue au demandeur des intentions et des renonciations implicites, la Cour aurait dû pour le moins lui donner la possibilité d'expliquer ses desseins et objectifs véritables, au lieu d'entreprendre de les déterminer *inaudita parte*.

*
* *

15. S'il répète que le demandeur a eu pour objectif d'obtenir la cessation des essais nucléaires dans l'atmosphère, l'arrêt s'abstient d'examiner une question cruciale, celle de la date à laquelle il entendait atteindre cet objectif. Pour y répondre, il faut rechercher à partir de quand la conclusion australienne mettait en cause le caractère licite des essais atmosphériques français. Les mots *further atmospheric tests* (« la poursuite des essais atmosphériques ») que l'on trouve dans la conclusion figurent aussi dans la note diplomatique australienne adressée au Gouvernement français le 3 janvier 1973. Cette note affirmait pour la première fois que les essais étaient illicites et demandait expressément qu'il n'y soit plus procédé. Quand un Etat adresse à un autre une communication lui demandant « de s'abstenir de tous nouveaux actes » qualifiés d'illicites, il paraît évident que cette prière et cette affirmation concernent tous les actes qui pourraient avoir lieu après la date de la communication en question. De même, quand l'Australie a déposé sa requête, il paraît évident qu'en priant la Cour de déclarer illicite « la poursuite des essais atmosphériques d'armes nucléaires » elle visait tous les essais effectués à partir du 9 mai 1973, date de l'introduction de l'instance.

Alors qu'une injonction de la Cour interdisant « la poursuite des essais atmosphériques » ne pourrait avoir effet qu'à partir de la date où elle serait prononcé, une déclaration judiciaire d'illicéité comme celle qui était demandée s'appliquerait non seulement aux expériences à venir mais aussi à celles qui ont eu lieu en 1973 et 1974 après le dépôt de la requête. Que tel ait été l'objectif du demandeur, c'est ce que confirme le fait que, dès le dépôt de la requête, l'Australie a demandé des mesures conservatoires pour se protéger contre la poursuite éventuelle des essais atmosphériques français après l'introduction de l'instance et tant que la Cour n'aurait pas statué au fond. Si l'on demande que soient déclarés illicites, entre autres, les essais atmosphériques effectués en 1973 et 1974 en contravention de l'ordonnance en indication de mesures conservatoires, des déclarations d'intention visant uniquement des essais qui seraient entrepris à partir de 1975 ne peuvent pas priver d'objet une telle demande.

16. Voir les choses autrement équivaldrait à ne tenir aucun compte du fait que l'Australie pourrait demander une réparation au titre des douze essais effectués en 1973 et 1974. Il est vrai que dans la présente instance le Gouvernement australien n'a pas demandé à être dédommagé pour le préjudice subi. Mais il n'a pas non plus renoncé à demander des dommages-intérêts par la suite. Il est significatif qu'il ait dit dans son mémoire (par. 435) : « *pour l'instant* » (les italiques sont de nous), le Gouvernement australien n'a pas l'« intention de demander une réparation pécuniaire ». On ne saurait donc exclure que le demandeur cherche à obtenir un dédommagement par la suite, que ce soit par la voie diplomatique ou de toute autre manière, au cas où une déclaration d'illicéité serait prononcée en sa faveur. Une procédure semblable, qui n'est pas inconnue des tribunaux internationaux, se comprendrait particulièrement dans une

affaire de retombées radioactives où la vérification de l'existence et de l'étendue du préjudice peut exiger un certain temps.

17. Dans l'une des affaires où des dommages-intérêts ont été demandés sur la base d'un arrêt déclaratoire antérieur, la Cour permanente a approuvé le parti qui était ainsi tiré de cet arrêt et a précisé qu'il était destiné :

« à faire reconnaître une situation de droit une fois pour toutes et avec effet obligatoire entre les Parties, en sorte que la situation juridique ainsi fixée ne puisse plus être mise en discussion, pour ce qui est des conséquences juridiques qui en découlent » (*Interprétation des arrêts nos 7 et 8 (Usine de Chorzów), arrêt n° 11, 1927, C.P.J.I. série A n° 13, p. 20*).

18. De plus, et en dehors de toute demande de réparation, on ne saurait dire qu'une déclaration concernant l'illicéité des essais français d'armes nucléaires dans l'atmosphère soit sans objet pour ce qui concerne les nombreuses explosions de 1973 et 1974. Si la Cour consentait à la faire, cette déclaration caractériserait les essais comme constituant une violation des droits que l'Australie possède en vertu du droit international. Ainsi que le confirme avec netteté l'arrêt de la Cour dans l'affaire du *Détroit de Corfou (C.I.J. Recueil 1949, p. 35)* une déclaration semblable constitue un type de « satisfaction » à laquelle le requérant aurait pu légitimement prétendre lorsqu'il a présenté ses conclusions finales en la présente instance, et cela indépendamment de toute demande de dommages-intérêts. Dans l'affaire qui vient d'être évoquée la Cour avait du reste indiqué dans le dispositif de l'arrêt qu'une déclaration semblable constituait « en elle-même une satisfaction appropriée » (*ibid.*, p. 36).

*
* *

19. L'arrêt laisse supposer qu'il existait un différend entre les Parties mais affirme que ce différend a désormais disparu parce que « l'objet de la demande a été atteint d'une autre manière » (par. 55).

Nous ne pouvons souscrire à cette conclusion, fondée sur la prémisse que la requête visait uniquement à obtenir la cessation des essais à partir de la date de l'arrêt. A notre avis, le différend entre les Parties n'a pas disparu puisqu'il portait dès l'origine sur la question de la licéité des essais après la date de la requête. Certes, sur le plan des faits, la portée du différend est moindre s'il n'est pas procédé à de nouveaux essais atmosphériques en 1975 et ultérieurement mais, du point de vue juridique, la question qui demeure en litige est celle de savoir si les essais nucléaires atmosphériques qui ont effectivement eu lieu en 1973 et 1974 étaient compatibles avec les règles du droit international.

Les Parties n'ont pas modifié leur position à cet égard. L'Australie continue à demander à la Cour de déclarer que les essais nucléaires en

atmosphère sont contraires au droit international et est prête à défendre et développer ce point. De son côté la France, comme l'admet l'arrêt (par. 51), maintient que «ses expériences nucléaires n'ont violé aucune règle du droit international». Lorsqu'il a annoncé qu'il n'y aurait plus d'essais en 1975, le Gouvernement français, selon l'arrêt, n'a pas reconnu que la France était tenue de mettre fin à ses expériences par une règle de droit international (*ibid.*).

Par conséquent, loin d'avoir disparu, le différend juridique entre les Parties persiste. En statuant sur la licéité des essais nucléaires en atmosphère dans la région du Pacifique Sud, la Cour se prononcerait donc sur une controverse juridique dans laquelle les Parties se contestent réciproquement un droit.

20. Nous ne pouvons souscrire à l'opinion que le jugement qui trancherait un tel différent serait prononcé dans l'abstrait et serait dépourvu d'objet ou de raison d'être. Au contraire, comme on l'a déjà montré, il affecterait les droits et obligations juridiques existants des Parties. Si le demandeur obtenait gain de cause, il lui assurerait des avantages sur le plan juridique. Si c'était en revanche le défendeur qui l'emportait, il lui serait utile en écartant la menace d'une action non fondée. Ainsi un arrêt sur la licéité des essais nucléaires atmosphériques aurait, pour reprendre les termes employés par la Cour dans l'affaire du *Cameroun septentrional*:

«des conséquences pratiques en ce sens qu'il doit pouvoir affecter les droits ou obligations juridiques existants des parties, dissipant ainsi toute incertitude dans leurs relations juridiques» (*C.I.J. Recueil 1963*, p. 34).

Dans cette optique, un jugement déclaratoire définissant la situation juridique entre les Parties — comme l'eût été celui par lequel la Cour se serait prononcée sur la première partie des conclusions du demandeur — aurait conféré un caractère de certitude aux relations juridiques entre les Parties. Le résultat recherché n'est pas atteint par la constatation de la Cour qu'il existe un engagement unilatéral, constatation fondée sur une série de déclarations qui présentent certaines divergences et ne s'accompagnent pas de l'acceptation des thèses juridiques du demandeur.

De plus, la conclusion de la Cour sur l'engagement unilatéral concernant la reprise éventuelle des essais nucléaires dans l'atmosphère ne saurait être considérée comme donnant au demandeur le même type ou le même degré de sécurité juridique qu'une déclaration par laquelle la Cour spécifierait que ces essais enfreindraient les règles générales de droit international applicables entre la France et l'Australie. C'est ce dont témoigne le fait même que la Cour a dû se contenter de conclure que l'engagement unilatéral du Gouvernement français «ne saurait être interprété comme ayant comporté l'invocation d'un pouvoir arbitraire de *revision*» (les italiques sont de nous) et qu'«il convient de comprendre l'objet précis et les limites [de l'obligation assumée] dans les termes mêmes où ils sont exprimés publiquement».

21. Quoi qu'on puisse penser de l'arrêt rendu dans l'affaire du *Cameroun septentrional*, la Cour a admis à cette occasion qu'il existe une différence déterminante entre un jugement déclaratoire ayant pour objet (comme c'eût été le cas en l'espèce) un traité qui n'est plus en vigueur — jugement qui peut être considéré comme « sans effet » — et un jugement déclaratoire qui « interprète un traité *restant en vigueur* » (les italiques sont de nous) ou « *définit une règle de droit international coutumier* » (les italiques sont de nous). Dans ces deux derniers cas, a dit la Cour, le jugement déclaratoire « demeure applicable dans l'avenir » (*C.I.J. Recueil 1963*, p. 37). En d'autres termes, selon l'arrêt rendu dans l'affaire du *Cameroun septentrional*, un jugement ne saurait être considéré comme « sans effet » ni une controverse comme sans objet lorsqu'il s'agit d'analyser l'applicabilité pour l'avenir d'un traité en vigueur ou d'une règle de droit international coutumier. Telle est précisément la situation dans la présente affaire.

Cette affaire, telle qu'elle a été exposée par le demandeur, concerne l'applicabilité pour l'avenir d'une règle de droit international coutumier qui pourrait être en voie de formation et qui a fait l'objet de nombreux développements dans le mémoire et dans les plaidoiries. La question de savoir si le demandeur pourrait ou non justifier en totalité ou en partie ses thèses au stade de la procédure sur le fond est sans pertinence : l'essentiel est que son action n'est pas manifestement futile ou vexatoire mais qu'il s'y attache des conséquences juridiques qui présentent pour lui un intérêt en droit. Selon la terminologie employée dans l'affaire du *Cameroun septentrional*, un jugement les concernant « demeure[rait] applicable dans l'avenir ». Des points litigieux de fait comme de droit restent à élucider et à trancher.

Ainsi, la distinction établie dans l'affaire du *Cameroun septentrional* est conforme au but fondamental d'un jugement déclaratoire qui est, dans une procédure contentieuse comportant un véritable différend, d'éclaircir et de stabiliser les relations juridiques des parties. En excluant pour l'avenir, au présent stade de l'instance, toute argumentation sur le fond, la Cour a rendu un tel résultat impossible. Selon nous, par conséquent, non seulement elle a mal interprété la portée des conclusions du demandeur mais elle n'a pas su reconnaître le rôle utile qu'un jugement déclaratoire peut jouer en réduisant les incertitudes des relations juridiques entre les parties et en parant aux conflits éventuels.

*
* *
*

22. Il est dit au paragraphe 23 de l'arrêt que la Cour a un pouvoir « inhérent » qui l'autorise à prendre toute mesure voulue, et affirmé qu'elle doit veiller à « assurer » le respect des « limitations inhérentes à l'exercice de la fonction judiciaire de la Cour » et à « conserver son carac-

tère judiciaire ». L'affaire du *Cameroun septentrional* est citée à l'appui de ces affirmations très générales.

Sans nous arrêter à analyser la signification de l'adjectif « inhérent », disons que la notion de juste procès dans sa rigueur ne comprend aucun élément (« inhérent » ou autre) qui amène, et encore moins oblige, à conclure que la présente affaire est devenue sans objet. Bien au contraire, le respect de la fonction judiciaire, convenablement entendue, dicte la conclusion inverse.

La Cour, « dont la mission est de régler conformément au droit international les différends qui lui sont soumis » (art. 38, par. 1, du Statut), a le devoir de trancher les affaires dont elle est saisie et qu'elle a compétence pour examiner. Il n'est pas laissé à sa discrétion de choisir les affaires contentieuses sur lesquelles elle statuera ou ne statuera pas. Non seulement les impératifs de la fonction judiciaire mais aussi les dispositions statutaires régissant la constitution de la Cour et ses attributions lui imposent l'obligation essentielle de se prononcer sur les affaires qui lui sont soumises lorsqu'elle est compétente et ne constate l'existence d'aucun motif d'irrecevabilité. Selon nous, la Cour ne peut se dispenser de cette obligation essentielle que dans des cas tout à fait exceptionnels et lorsque les considérations les plus impérieuses touchant ce qui est approprié à la fonction judiciaire l'exigent. Nous sommes très loin de penser qu'il existe en l'espèce de telles considérations.

23. Au surplus, ce pouvoir « inhérent » et ce devoir « de conserver son caractère judiciaire » qu'aurait la Cour et dont parle l'arrêt exigeraient pour le moins, selon nous, qu'elle entende les Parties ou leur demande de présenter des observations écrites sur les questions traitées et tranchées par l'arrêt. Cela s'applique en particulier à la question des objectifs que poursuivait le demandeur en introduisant l'instance et à celle de la valeur et de la portée des déclarations faites par la France au sujet des essais futurs. Ces questions n'ont pu faire l'objet d'un examen détaillé au fond au cours de la procédure écrite ou orale puisque, selon la directive précise donnée aux Parties par la Cour, la procédure devait porter « d'abord sur la question de la compétence de la Cour pour connaître du différend et sur celle de la recevabilité de la requête ». On n'a jamais signifié ou laissé entendre aux Parties que cette directive n'était plus valable ni que la Cour aborderait d'autres questions qui n'ont été ni plaidées ni discutées et sur la base desquelles pourtant l'affaire est définitivement classée.

Il est vrai que le conseil du demandeur a fait allusion, pendant l'une des audiences, à la première déclaration d'intention de la France mais il ne l'a fait que pour prélude à son analyse des questions de compétence et de recevabilité et dans le cadre d'un examen général des faits intéressant l'instance. Il avait d'ailleurs alors pour instruction formelle de la Cour de s'en tenir exclusivement aux questions relatives à la compétence et à la recevabilité de la requête. Aussi le conseil du demandeur ne pouvait-il traiter — et il ne l'a pas fait — des questions particulières sur lesquelles la Cour se prononce dans l'arrêt, celles de savoir quels objectifs visait le

demandeur en engageant une procédure judiciaire et si les diverses déclarations faites par la France ont eu pour effet d'ôter tout objet à la demande de l'Australie.

La situation, à cet égard, est entièrement différente de celle de l'affaire du *Cameroun septentrional*, dans laquelle les Parties avaient eu toute possibilité de plaider, tant oralement que par écrit, la question de savoir si la prétention du demandeur avait ou non perdu son objet avant que la Cour ne se prononce sur ce point.

On se trouve donc devant une contradiction fondamentale quand la Cour invoque son « pouvoir inhérent » et son « caractère judiciaire » pour se dispenser d'examiner l'affaire tout en refusant de donner au demandeur la possibilité de présenter des arguments en sens contraire.

Nul ne doute que la Cour ait le pouvoir de statuer d'office sur les points qui lui paraissent appeler une décision. La véritable question n'est pas de savoir si elle a tel ou tel pouvoir mais si dans un cas d'espèce l'exercice de ce pouvoir est compatible avec la bonne administration de la justice. Pour toutes les raisons indiquées ci-dessus, nous estimons que, dans les circonstances de la présente espèce, le fait de décider de l'absence d'objet sans donner au demandeur la possibilité de présenter des conclusions en sens contraire n'est pas compatible avec la bonne administration de la justice.

Nous pensons en outre que le défendeur aurait dû au moins être informé que la Cour se proposait d'examiner les conséquences que pouvaient avoir sur la procédure en cours les déclarations du Gouvernement français relatives à sa politique future en matière d'essais atmosphériques. C'était à notre avis indispensable car la Cour pouvait être amenée, comme elle l'a en effet été, à rendre un prononcé dont l'objet n'était rien de moins que les obligations de la France — que celle-ci aurait assumées unilatéralement — concernant lesdits essais.

24. L'examen du lien qui existe entre la question de l'absence d'objet et les exigences d'une bonne justice ne fait que renforcer les conclusions ci-dessus.

Il n'est pas inutile de souligner que conclure que l'action du demandeur n'a plus d'objet n'est qu'une autre façon de dire que l'issue de cette action ne présente plus pour le demandeur aucun intérêt. Dans la perspective d'une procédure contradictoire, une telle affirmation est lourde de conséquences.

Si le demandeur n'a plus d'intérêt en jeu dans l'affaire, c'est-à-dire si celle-ci est vraiment sans objet, l'action en justice tend à être affaiblie, dans la mesure où ce qui incite principalement le demandeur à faire valoir ses moyens de droit et de fait avec suffisamment de vigueur et de conscience perd de sa force. C'est là un des motifs qui peuvent justifier qu'on déclare une affaire sans objet, car le fonctionnement d'une bonne justice présuppose l'existence d'un conflit d'intérêts et exige non seulement que les parties aient toute possibilité de rechercher et de présenter les moyens de droit et de fait se rapportant au litige mais aussi qu'elles aient une raison suffisante de le faire.

En l'espèce, il apparaît immédiatement que ce motif pour déclarer

l'affaire sans objet (*moot*) fait totalement défaut, conclusion que ne détruit nullement la non-comparution du défendeur.

Le demandeur a déjà exposé avec zèle et habileté la nature de l'intérêt juridique qu'il continue à avoir dans le différend et a fait valoir avec insistance devant la Cour la nécessité d'approfondir la question lorsque l'affaire serait examinée au fond. On peut difficilement dire qu'il manquait de raison d'agir, si l'on considère ses conclusions ainsi que la nature et le but d'un jugement déclaratoire.

25. De plus, le demandeur a manifesté par sa conduite l'intérêt qu'il continue à porter à l'affaire. Si, comme l'affirme l'arrêt, tous les objectifs du demandeur étaient atteints, celui-ci aurait normalement dû se désister de son action conformément à l'article 74 du Règlement. Il ne l'a pas fait. Or cet article, avec l'article 73 sur les arrangements amiables, règle la manière de mettre fin à une instance une fois que celle-ci a été engagée. Ces deux articles exigent des actes de procédure formels et écrits de la part des agents, de manière à éviter les malentendus, à protéger les intérêts respectifs des parties et à offrir à la Cour la certitude et la sécurité qui sont nécessaires dans une procédure judiciaire.

*
* *
*

26. Enfin, nous estimons que la Cour aurait dû, en vertu de l'article 36, paragraphe 6, et de l'article 53 du Statut, trancher la question de sa compétence à l'égard du présent différend. C'était d'autant plus important qu'en l'espèce le Gouvernement français a contesté que la Cour fût compétente à la date du dépôt de la requête et, par conséquent, qu'elle eût été régulièrement saisie; il a soutenu que l'Acte général de 1928 n'était plus un traité en vigueur et que la réserve de la France relative aux questions de défense nationale rendait la Cour manifestement incompétente dans le présent différend. Dans l'affaire du *Cameroun septentrional*, invoquée au paragraphe 23 de l'arrêt, le défendeur avait bien soulevé des exceptions d'incompétence mais il reconnaissait que l'accord de tutelle était une convention en vigueur au moment du dépôt de la requête. Dès lors, il était incontestable que la Cour avait été régulièrement saisie par voie de requête.

27. Selon nous, il ne fait pas de doute, pour les raisons qui sont développées dans la deuxième partie de notre opinion, que la Cour soit compétente pour connaître du présent différend. Dans l'arrêt, cependant, elle élude le problème juridictionnel, affirmant que les questions relatives au respect « des limitations inhérentes à l'exercice de la fonction judiciaire de la Cour » doivent être examinées préalablement aux problèmes de compétence (par. 22 et 23). Nous ne pouvons souscrire à cette affirmation. La compétence qu'a ou non la Cour de connaître d'un différend donné constitue une limitation statutaire fondamentale de l'exercice de sa fonction judiciaire et la Cour aurait donc dû se prononcer sur ce point dans

l'arrêt, ainsi qu'il paraît clairement ressortir de l'article 67, paragraphe 6, de son Règlement.

28. Il nous est difficile de comprendre comment la Cour pouvait arriver, en fait et en droit, à des conclusions de fond comme celles qui imposent à la France une obligation internationale de s'abstenir de nouveaux essais nucléaires dans le Pacifique d'où la Cour déduit que l'affaire « ne comporte plus d'objet » sans conclure au préalable qu'elle était valablement saisie du différend et avait compétence pour en connaître. L'arrêt reconnaît implicitement qu'un différend existait à la date de la requête, ce qui distingue cette affaire de celles où la question centrale est de savoir s'il existait *ab initio* un différend quelconque. Les conclusions énoncées par la Cour dans d'autres affaires au sujet de l'existence d'un différend à la date de la requête étaient fondées sur le pouvoir qu'a la Cour de se prononcer sur sa propre compétence aux termes du Statut. Mais dans la présente espèce la Cour a renoncé à exercer ce pouvoir statutaire. Selon l'arrêt, le différend aurait disparu ou serait résolu du fait d'engagements résultant de déclarations unilatérales à l'égard desquelles la Cour « tient qu'elles constituent un engagement comportant des effets juridiques » (par. 51) et « constate que la France a pris l'engagement de ne plus procéder à des essais nucléaires en atmosphère dans le Pacifique Sud » (par. 52). Pour parvenir à de pareilles constatations la Cour doit posséder une compétence qui l'autorise à examiner et à préciser les effets juridiques de certaines déclarations qu'elle estime pertinentes et liées au différend originaire. Invoquer un prétendu « pouvoir inhérent qui l'autorise à ... assurer le règlement régulier de tous les points en litige », comme elle le fait au paragraphe 23 de l'arrêt, ne suffit pas à fonder les conclusions par lesquelles elle se prononce, dans cet arrêt, sur les droits et les obligations de fond des Parties. Il semble que l'arrêt donne une interprétation extensive de ce pouvoir inhérent « sur la base duquel la Cour est pleinement habilitée à adopter toute conclusion éventuellement nécessaire aux fins » d'assurer « le règlement régulier de tous les points en litige » (par. 23). Mais une interprétation aussi large du prétendu « pouvoir inhérent » obscurcit la distinction entre la compétence conférée à la Cour par le Statut et celle qui résulte de l'accord des Etats. Ce serait donc un moyen facile et inadmissible de tourner une exigence fondamentale solidement établie par la jurisprudence de la Cour et le droit international en général, à savoir que la compétence de la Cour est fondée sur le consentement des Etats.

Force est donc de conclure, nous semble-t-il, que la Cour, en rendant le présent arrêt, a exercé une compétence de fond sans commencer par établir l'existence de cette compétence et les bases juridiques sur lesquelles elle repose.

29. A la vérité la position juridictionnelle adoptée par la Cour dans son arrêt nous paraît receler une contradiction manifeste. Si le prétendu « pouvoir inhérent » est considéré par la Cour comme l'autorisant à décider que la France a désormais l'obligation juridique de ne plus faire

d'essais nucléaires en atmosphère dans l'océan Pacifique Sud, pourquoi ne l'autoriserait-il pas aussi à décider, sur la base de cette même obligation internationale, que la poursuite de tels essais ne serait pas « compatible avec les règles applicables du droit international » et à ordonner à « la République française de ne plus faire de tels essais »? Autrement dit, si la Cour peut se prononcer sur les obligations juridiques de la France en matière d'expérimentation nucléaire dans l'atmosphère, pourquoi n'en tire-t-elle pas les conclusions voulues quant aux demandes du requérant au lieu de les juger désormais sans objet? L'observation qui précède ne se réfère qu'à la notion de « pouvoir inhérent » développée dans l'arrêt et ne concerne évidemment pas le fond de l'affaire, dont la Cour n'a pas à connaître au stade actuel.

*
* * *

Considérant qu'il est indispensable de déterminer si la Cour était compétente et la requête recevable pour justifier tant les conclusions de l'arrêt que nos raisons de ne pas y souscrire, nous examinerons à présent successivement les problèmes de compétence et de recevabilité qui se posaient à la Cour dans la présente affaire.

DEUXIÈME PARTIE. COMPÉTENCE

Introduction

30. Au début de la présente instance, le Gouvernement français a nié catégoriquement que la Cour eût compétence pour connaître de la requête australienne du 9 mai 1973 et il a continué ensuite à nier qu'il y eût une base juridique quelconque à l'ordonnance du 22 juin 1973 par laquelle la Cour indiquait des mesures conservatoires ou à l'exercice d'une compétence quelconque par la Cour à l'égard des questions traitées dans la requête. Quand elle a rendu son ordonnance relative aux mesures conservatoires, la Cour a dit que les éléments qui lui étaient soumis l'amenaient à conclure, à ce stade de la procédure, que les dispositions invoquées par le demandeur se présentaient comme constituant « *prima facie*, une base sur laquelle la compétence de la Cour pourrait être fondée ». Elle a ordonné en même temps qu'en la phase suivante de l'instance, celle dont la Cour s'occupe maintenant, les pièces de la procédure portent sur les questions relatives à la compétence de la Cour pour connaître du différend et à la recevabilité de la requête. Selon nous, la suite de la procédure confirme que les dispositions juridictionnelles invoquées par le demandeur non seulement constituaient un fondement tout à fait suffisant pour l'ordonnance du 22 juin 1973 mais encore fournissaient un fondement valable à partir duquel établir la compétence de la Cour en l'espèce.

*

31. La requête indique comme bases indépendantes et interchangeables de la compétence de la Cour :

- « i) l'article 17 de l'Acte général pour le règlement pacifique des différends internationaux (1928), rapproché de l'article 36, paragraphe 1, et de l'article 37 du Statut de la Cour. L'Australie et la France ont toutes deux adhéré à l'Acte général le 21 mai 1931. Le texte des conditions qu'elles ont déclaré mettre à leur adhésion est reproduit aux annexes 15 et 16;
- ii) subsidiairement, l'article 36, paragraphe 2, du Statut de la Cour. L'Australie et la France ont toutes deux déposé des déclarations aux termes de cet article. »

Par suite, s'il s'agit réellement de deux voies indépendantes et interchangeables qui ouvrent accès à la Cour et s'il est démontré que l'une d'elles est effectivement attributive de juridiction en l'espèce, cela suffira pour établir la compétence de la Cour, que l'autre voie soit effective ou non. Comme la Cour l'a dit dans son arrêt en l'affaire de l'*Appel concernant la compétence du Conseil de l'OACI*, si la Cour a compétence sur la base d'une clause juridictionnelle, « il est sans pertinence d'examiner les objections visant d'autres fondements possibles de sa compétence » (*C.I.J. Recueil 1972*, p. 60).

*
* *
*

L'Acte général de 1928

32. L'article 17 de l'Acte général de 1928 est ainsi libellé :

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

Les différends « que mentionne l'article 36 du Statut de la Cour permanente » comprennent l'ensemble ou quelques-unes des catégories de différends d'ordre juridique ayant pour objet :

- a) l'interprétation d'un traité;
- b) tout point de droit international;
- c) la réalité de tout fait qui, s'il était établi, constituerait la violation d'un engagement international;
- d) la nature ou l'étendue de la réparation due pour la rupture d'un engagement international.

33. Les quatre mêmes catégories de différends juridiques sont reproduites, mot pour mot, à l'article 36, paragraphe 2, c'est-à-dire dans la clause facultative, du Statut de la Cour actuelle qui, avec les déclarations de l'Australie et de la France, constitue le deuxième fondement de juridiction invoqué dans la requête.

34. Par suite, la compétence conférée à la Cour en vertu de l'article 17 de l'Acte général de 1928 et en vertu de la clause facultative du Statut actuel s'étend, en principe, aux mêmes différends — à savoir les quatre catégories de différends juridiques énumérées ci-dessus. Toutefois, en l'espèce, les titres de compétence résultant de ces instruments ne coïncident certainement pas car il existe certaines différences entre les termes des adhésions des parties à l'Acte général et ceux de leurs déclarations d'acceptation de la clause facultative. En particulier, la déclaration faite par la France au titre de la clause facultative excepte de la compétence de la Cour les « différends concernant des activités se rapportant à la défense nationale », alors qu'aucune exception de ce genre ne figure dans son adhésion à l'Acte général de 1928. Les deux fondements de compétence doivent donc être examinés séparément.

*
* *

35. Dans sa lettre du 16 mai 1973 adressée au Greffier de la Cour et dans l'annexe jointe à celle-ci le Gouvernement français soutient que le Statut actuel de l'Acte général de 1928 et l'attitude des parties, plus spécialement de la France, à son égard, interdisent de voir aujourd'hui dans cet Acte une expression claire de la volonté de la France d'accepter la juridiction de la Cour. Il affirme que, depuis la disparition de la Société des Nations, il est reconnu que l'Acte de 1928 ou bien n'est plus en vigueur, ou ne produit plus d'effet, ou encore est tombé en désuétude. A l'appui de cette manière de voir, le Gouvernement français avance l'argument que l'Acte de 1928 constituait, sur le plan idéologique, une partie intégrante du système de la Société des Nations « dans la mesure où le règlement pacifique des différends internationaux devait nécessairement, dans ce système, accompagner la sécurité collective et le désarmement »; il existait donc un lien étroit entre l'Acte et les structures de la Société des Nations, la Cour permanente de Justice internationale, le Conseil, le Secrétaire général, les Etats Membres et le Secrétariat; ces liens se trouvaient soulignés dans les termes de certaines adhésions à l'Acte, y compris celles de l'Australie, de la Nouvelle-Zélande et de la France; et l'on en trouvait une autre indication dans le fait que l'Australie et la Nouvelle-Zélande, en adhérant à l'Acte, avaient formulé des réserves relatives aux différends avec les Etats qui n'étaient pas membres de la Société des Nations. Le Gouvernement français fait valoir en outre que l'intégration de l'Acte à la structure de la Société des Nations ressortait du fait qu'après la disparition de cette dernière on a reconnu la nécessité de reviser l'Acte en substituant de nouvelles clauses à celles du système disparu au lieu de

s'en remettre simplement à l'application de l'article 37 du Statut de la Cour. Il en découle, pour le Gouvernement français, qu'il était admis que la disparition de la Société des Nations excluait toute possibilité, pour l'Acte général de 1928, de continuer à s'appliquer normalement.

*
* *
*

36. Que le texte de l'Acte général de 1928 ait été élaboré et adopté dans le cadre de la Société des Nations n'en fait pas un traité de cette organisation, car même un traité adopté au sein d'une organisation reste le traité des parties. De plus, les procès-verbaux de l'Assemblée de la Société des Nations révèlent que, de propos délibéré, on s'est refusé à faire de l'Acte général une partie intégrante de la structure de la SdN (neuvième session ordinaire, *Procès-verbaux de la Première Commission*, p. 68); l'Acte général ne devait pas être considéré comme un texte constitutionnel, ni comme une sorte d'annexe au Pacte (*ibid.*, p. 69); l'Acte général était destiné à s'appliquer parallèlement au système de la Société des Nations et non pas comme un élément de celle-ci (*ibid.*, p. 71); et on a voulu que les obligations de fond des parties en vertu de l'Acte général soient indépendantes des fonctions de la Société des Nations. Insistant sur ce dernier point, M. Rolin (Belgique) a dit expressément :

«L'intervention nécessaire du Conseil de la Société des Nations n'est pas impliquée par l'Acte général; celui-ci a été jugé utile pour l'œuvre générale de la Société des Nations, *mais il n'a aucun rapport administratif ou constitutionnel avec elle.*» (Neuvième session ordinaire, *Procès-verbaux de la Première Commission*, p. 71; les italiques sont de nous.)

Le Gouvernement français considérait alors, lui aussi, le système de règlement pacifique consacré par l'Acte général comme indépendant de celui du Pacte de la Société des Nations, comme on a pu le constater, quand la ratification de l'Acte a été soumise à la Chambre des députés, dont la commission des affaires étrangères a expliqué :

«alors que, dans le système conçu par les fondateurs de la Société des Nations, l'action du Conseil, telle qu'elle est prévue par l'article 15, constitue un mode normal de règlement des différends au même titre que la procédure d'arbitrage, *l'Acte général, au contraire, ignore complètement le Conseil de la Société des Nations*» (*Journal officiel*, documents parlementaires, Chambre, 1929, p. 407; les italiques sont de nous).

37. L'Australie et la France, il est vrai, ont inclus dans leurs adhésions à l'Acte général des réserves destinées à garantir la priorité des pouvoirs du Conseil de la Société des Nations par rapport aux obligations qu'elles acceptaient en adhérant à l'Acte. Cependant, le fait que ces Etats et quelques autres aient estimé nécessaire d'incorporer de telles dispositions

dans leurs actes d'adhésion semble attester le caractère indépendant et essentiellement autonome de l'Acte général plutôt que son intégration au système de la Société des Nations. De même, le fait que, pour exclure que les obligations acceptées en vertu de l'Acte s'appliquent à des différends survenus avec des Etats non membres, l'Australie et certains autres Etats aient expressément réservé ces différends dans leurs instruments d'adhésion souligne simplement que le Pacte et l'Acte général constituaient des systèmes de règlement pacifique distincts. La réserve était nécessaire précisément parce que l'Acte général devait représenter un système universel de règlement pacifique, indépendant de la Société des Nations et ouvert aussi bien aux Etats qui n'étaient pas membres de l'organisation qu'à ses Membres (voir le rapport de M. Politis, 18^e séance plénière du 25 septembre 1928, p. 169).

38. Nous ne sommes pas davantage convaincus par ce qu'on a appelé l'«intégration idéologique» de l'Acte général au système de la Société des Nations, c'est-à-dire par la thèse d'après laquelle il existerait un lien indissociable entre l'Acte et le triptyque: sécurité collective, désarmement et règlement pacifique. Toute mention d'un lien entre ces trois sujets est visiblement absente de l'Acte général qui, à la vérité, ne dit mot de la sécurité ni du désarmement, à la différence de certains autres instruments de la même époque. Dans ces conditions, l'idée que l'Acte général s'insérerait dans la texture du système de sécurité collective et de désarmement de la Société des Nations au point de devoir disparaître forcément avec lui ne repose sur rien de solide.

39. En réalité, si cette idée avait quelque fondement, elle signifierait que de nombreux autres traités de règlement pacifique de la même période, qui portaient précisément de la même conception idéologique que l'Acte général de 1928, auraient cessé d'exister. Il est pourtant admis sans conteste que, bien qu'aucune mesure n'ait été prise pour les modifier ou les «confirmer», ces traités sont restés en vigueur malgré la dissolution de la Société des Nations en 1946. Deux exemples suffiront pour le prouver: le Traité hispano-belge de conciliation, de règlement judiciaire et d'arbitrage du 19 juillet 1927, sur l'article 17 duquel la Cour a fondé sa compétence dans l'affaire de la *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, exceptions préliminaires*, arrêt (C.I.J. Recueil 1964, p. 26-39); et le Traité d'arbitrage franco-espagnol du 10 juillet 1929 que la France elle-même et l'Espagne ont pris comme base pour organiser l'arbitrage du lac Lanoux en 1956 (*Nations Unies, Recueil des sentences arbitrales*, vol. 12, p. 285). A vrai dire, ces traités et l'Acte général lui-même, bien que procédant largement du souci de la Société des Nations de favoriser le règlement pacifique des différends en même temps que la sécurité collective et le désarmement, tiraient aussi leur inspiration du mouvement en faveur du développement de l'arbitrage et du règlement judiciaire internationaux qui avait pris de l'extension au cours du XIX^e siècle et avait joué un rôle de premier plan aux Conférences de la paix de La Haye en 1899 et 1907. De plus, c'est le Gouvernement français lui-même qui, à l'Assemblée générale, en 1948, a insisté sur cette source parfaitement

distincte de l'« idéologie » de l'Acte général de 1928. Après avoir désigné l'Acte général comme « un document précieux que l'on a hérité de la Société des Nations », la délégation française a ajouté qu'il faisait :

« partie intégrante d'une longue tradition d'arbitrage et de conciliation qui a fait ses preuves même bien avant la création de la Société des Nations » (Nations Unies, *Documents officiels de l'Assemblée générale, troisième session, séances plénières*, 199^e séance, p. 193).

Cette tradition n'a certainement pas pris fin avec la Société des Nations.

* *

40. Il reste que l'Acte général de 1928 était un produit de l'époque de la Société des Nations et il était pratiquement inévitable que les mécanismes de règlement pacifique qu'il instituait portent, à certains égards, la marque de cette origine. Ainsi, le tribunal qui devait être chargé du règlement judiciaire était la Cour permanente de Justice internationale (art. 17); s'il surgissait des difficultés qui empêchaient de s'entendre sur la nomination des commissaires conciliateurs, les parties avaient entre autres possibilités la faculté de confier le soin de procéder aux nominations nécessaires au président du Conseil de la Société des Nations (art. 6); la commission de conciliation devait se réunir au Siège de la Société des Nations, sauf accord contraire des parties ou décision contraire du président de la commission (art. 9); la commission de conciliation avait également, en toutes circonstances, le pouvoir de demander au Secrétaire général de la Société des Nations de prêter son assistance (art. 9); si la nomination des membres du tribunal arbitral se trouvait dans une impasse, le soin de procéder aux nominations nécessaires était confié au Président de la Cour permanente de Justice internationale (art. 23); dans les affaires soumises à la Cour permanente, celle-ci avait le pouvoir d'indiquer des « mesures provisoires » (art. 33) et de statuer sur la requête à fin d'intervention de toute tierce partie (art. 36) et son Greffier devait avertir les autres parties à une convention multilatérale dont l'interprétation se trouvait en cause (art. 37). La Cour permanente était aussi généralement habilitée à statuer sur les différends relatifs à l'interprétation ou à l'application de l'Acte (art. 41); le pouvoir d'inviter les Etats non membres de l'Organisation à devenir parties à l'Acte général était attribué au Conseil de la Société des Nations (art. 43); et, enfin, les fonctions de dépositaire intéressant l'Acte étaient confiées au Secrétaire général de la Société des Nations (art. 43-47). Il faut donc examiner si ces différents liens avec la Cour permanente et avec le Conseil de la SdN et son Secrétariat sont d'une nature telle qu'après la dissolution de ces organes en 1946 l'Acte général de 1928 aurait nécessairement cessé d'être viable et serait devenu pratiquement lettre morte.

*

41. Pour répondre à cette question, il faut d'abord tenir compte de l'article 37 du Statut de la Cour, que l'Etat demandeur invoque expressément pour fonder la compétence de la Cour sur l'article 17 de l'Acte de 1928. L'article 37 du Statut dispose :

«Lorsqu'un traité ou une convention en vigueur prévoit le renvoi ... à la Cour permanente de Justice internationale, la Cour internationale de Justice constituera cette juridiction entre les parties au présent Statut.»

Dans l'affaire de la *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1964, p. 31-36)* la Cour a examiné en détail l'objet et les buts de cette disposition et déclaré notamment :

«On a donc eu l'idée de créer un régime spécial qui, entre les parties au Statut, transformerait automatiquement les renvois à la Cour permanente prévus dans les clauses juridictionnelles en renvois à la Cour actuelle.

Dans ces conditions, il est difficile de supposer que les rédacteurs de l'article 37 aient délibérément envisagé et n'aient pas voulu éviter que l'événement même dont l'article 37 prévoyait les effets et aux conséquences duquel il avait pour but de remédier, à savoir la disparition de la Cour permanente, entraîne l'annulation des clauses juridictionnelles dont ils désiraient assurer le maintien ; il est difficile de supposer qu'ils aient envisagé avec sérénité que de nombreuses clauses juridictionnelles puissent ne pas être conservées par le jeu de cet article, alors que de nombreuses autres le seraient ; ils auraient ainsi établi précisément la situation de disparité et de déséquilibre qu'ils désiraient éviter.» (P. 31 ; les italiques sont de nous.)

Plus loin, la Cour a pris soin de souligner que l'article 37 n'avait cependant pas pour objet «d'empêcher que jouent d'autres causes d'extinction ... en dehors de la disparition de la Cour permanente» (p. 34). Mais elle n'en poursuit pas moins :

«Or, précisément parce que l'article 37 avait pour seul but d'éviter l'extinction résultant de la cause particulière qu'allait être la disparition de la Cour permanente, on ne saurait admettre que cette extinction découle en fait de cet événement lui-même.» (*Ibid.*, les italiques sont de nous.)

42. Les observations de la Cour dans cette affaire s'appliquent en tous points à l'Acte de 1928. Il s'ensuit que la dissolution de la Cour permanente en 1946 était, par elle-même, tout à fait insuffisante pour entraîner la fin de l'Acte. Si l'on n'établit pas l'existence de quelque autre «cause d'extinction» qui empêche de considérer l'Acte comme «un traité ou une convention en vigueur» à la date de la dissolution de la Cour permanente, l'article 37 du Statut a automatiquement pour effet de substituer la Cour actuelle à la Cour permanente quand il s'agit de constituer le tribunal visé

à l'article 17 de l'Acte général en vue d'assurer le règlement judiciaire des différends. Or, à notre avis, l'article 37 a aussi pour effet de substituer automatiquement la Cour actuelle à la Cour permanente dans les articles 33, 36, 37 et 41 de l'Acte général.

*

43. Il faut en outre tenir compte des arrangements qui ont été conclus en 1946 entre l'Assemblée de la Société des Nations et l'Assemblée générale des Nations Unies pour transférer au Secrétariat des Nations Unies les fonctions de dépositaire dont le Secrétariat de la Société des Nations s'acquittait à l'égard des traités. L'Australie et la France, en tant que Membres des deux Organisations, étaient parties à ces arrangements, qui les obligent donc sans aucun doute. En septembre 1945, la Société des Nations a établi une *Liste des conventions avec indication des articles pertinents conférant des pouvoirs aux organes de la Société des Nations*, qui avait pour but de faciliter l'examen du transfert des fonctions de la Société des Nations aux Nations Unies dans certains domaines. Sur cette liste figurait l'Acte général de 1928 et il est hors de doute qu'au moment où, en 1946, des résolutions des deux Assemblées ont prévu le transfert des fonctions de dépositaire du Secrétariat de la Société des Nations à celui des Nations Unies, il était admis qu'en principe l'Acte de 1928 était visé par ces résolutions. Ainsi, la première liste de traités multilatéraux pour lesquels le Secrétaire général exerce les fonctions de dépositaire, publiée par lui en 1949, mentionnait l'Acte général de 1928 (*Signatures, ratifications, acceptations, adhésions, etc., aux conventions et accords multilatéraux pour lesquels le Secrétaire général exerce les fonctions de dépositaire*, publications des Nations Unies, 1949, vol. 9). De plus, dans une lettre du 12 juin 1974 adressée au représentant permanent de l'Australie et que l'Australie a soumise à la Cour, le Secrétaire général a expressément confirmé que l'Acte de 1928 était l'un des « traités multilatéraux dont le Secrétaire général assure la garde en vertu de la résolution 24 (I) de l'Assemblée générale en date du 12 février 1946 ».

44. En conséquence, à la disparition de la Société des Nations en 1946, les fonctions de dépositaire confiées au Secrétaire général et au Secrétariat de la Société des Nations par les articles 43 à 47 de l'Acte de 1928 se sont trouvées automatiquement transmises au Secrétaire général et au Secrétariat des Nations Unies. Il s'ensuit que la disparition de la Société des Nations ne pouvait en aucune manière constituer « une cause d'extinction » de l'Acte général en raison des mentions du Secrétariat de la SdN qui figure dans ces articles.

*

45. La disparition du système de la Société des Nations a, il est vrai, légèrement amoindri l'efficacité du mécanisme prévu par l'Acte de 1928. Pour ce qui est de la conciliation, il n'était plus possible d'avoir recours

au président du Conseil, ce qui était l'un des moyens envisagés à l'article 6 de l'Acte pour résoudre les différends relatifs à la nomination des commissaires; de même, la commission ne pouvait plus se prévaloir du droit, qu'elle tenait de l'article 9 de l'Acte, de se réunir au Siège de la Société des Nations et de demander au Secrétaire général de prêter son assistance. Quant à l'arbitrage, on en est venu à douter que l'article 37 du Statut suffise, en cas de désaccord entre les parties, à investir le Président de la Cour actuelle de la fonction extra-judiciaire consistant à nommer les membres des tribunaux arbitraux, dont l'article 23 de l'Acte de 1928 avait chargé le président de la Cour permanente. Toutefois, tant en matière de conciliation qu'en matière d'arbitrage, les dispositions prévoyant une intervention des organes de la Société des Nations concernaient des mécanismes de remplacement ou des moyens auxiliaires dont la disparition ne saurait être considérée comme rendant l'Acte de 1928 inutilisable ou impossible à appliquer dans son ensemble. On ne saurait pas davantage considérer leur disparition comme un changement fondamental de circonstances pouvant être invoqué comme motif de mettre fin au traité ou de s'en retirer (voir l'article 62 de la Convention de Vienne sur le droit des traités). De plus, aucune de ces dispositions ne concernait ni — encore moins — n'atteignait la procédure de règlement judiciaire prévue à l'article 17 de l'Acte de 1928.

46. Une autre disposition dont l'efficacité a souffert de la dissolution de la Société des Nations est l'article 43, en vertu duquel le pouvoir d'ouvrir l'Acte général à l'adhésion d'autres Etats appartenait au Conseil de la Société des Nations. La disparition du Conseil a mis fin à cette possibilité d'élargir l'application de l'Acte de 1928 et a nui, par voie de conséquence, à l'instauration d'un système universel de règlement pacifique fondé sur cet Acte. Elle n'a cependant affecté en rien l'application de l'Acte entre les parties. Qui plus est, en principe, elle n'empêchait pas les parties à l'Acte de se mettre d'accord entre elles pour ouvrir cet instrument à l'adhésion d'autres Etats.

47. L'analyse des dispositions pertinentes de l'Acte général de 1928 suffit donc à établir que ni la dissolution de la Cour permanente de Justice internationale en 1946, ni celle des différents organes de la Société des Nations ne saurait être considérée comme « une cause d'extinction » de l'Acte. Cette conclusion est fortement étayée par le fait, déjà mentionné, qu'un grand nombre de traités relatifs au règlement pacifique des différends, dont les clauses mentionnent des organes de la Société des Nations, sont sans conteste reconnus comme étant toujours en vigueur et que certains d'entre eux ont été appliqués dans la pratique depuis la disparition de la Société des Nations. Il suffira ici de mentionner l'application que la France elle-même et l'Espagne ont faite de leur traité bilatéral d'arbitrage du 10 juillet 1929 pour constituer le tribunal arbitral du *Lac Lanoux* en 1956 (Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. 12, p. 285). Il s'agissait manifestement d'un traité de l'époque de la Société des Nations, qui faisait mention du Pacte et du Conseil de la SdN, ainsi que de la Cour permanente. En outre, plusieurs de ces men-

tions ne concernaient pas seulement le mécanisme utilisable dans les procédures de règlement pacifique, mais certaines questions de fond. L'article 20, par exemple, réservait expressément aux parties, dans certaines circonstances, le droit de s'adresser unilatéralement au Conseil de la Société des Nations et l'article 21, qui imposait à tout tribunal appelé à connaître d'un différend en vertu du traité l'obligation d'indiquer des mesures provisoires, disposait: «il appartiendra au Conseil de la Société des Nations, s'il est saisi de la question, de pourvoir ... à des mesures provisoires appropriées». Ces articles créaient des liens beaucoup plus forts avec les organes de la Société des Nations que tout ce qui figure dans l'Acte de 1928; pourtant, la France et l'Espagne semblent avoir admis l'une et l'autre que le traité était en vigueur en 1956 malgré la disparition de la SdN.

*
* *
*

La «revision» de l'Acte général

48. S'agissant de l'Acte de 1928, le Gouvernement français affirme que ce qu'on a appelé la revision de l'Acte général, entreprise par l'Assemblée générale en 1948, suppose qu'il était admis que la disparition de la Société des Nations empêchait l'Acte de 1928 de continuer à pouvoir jouer normalement. Cette interprétation des travaux de l'Assemblée générale et de la Commission intérimaire consacrés à la «revision» de l'Acte ne nous paraît pas défendable. La Belgique a présenté sa proposition de revision de l'Acte de 1928 à la Commission intérimaire à un moment où l'Assemblée générale s'occupait de reviser un certain nombre de traités de l'époque de la Société des Nations pour adapter leurs mécanismes institutionnels et leur terminologie au système, alors nouveau, des Nations Unies. Il est donc compréhensible que, malgré les transferts de fonctions déjà effectués automatiquement par l'article 37 du Statut et la résolution 24 (I) de l'Assemblée générale, la Commission intérimaire et l'Assemblée générale se soient préoccupées de remplacer, dans l'Acte général, les mentions de la Cour permanente, du Conseil de la Société des Nations et de son Secrétariat par la mention de l'organe correspondant du système des Nations Unies.

49. De toute manière, ce qui avait été envisagé à l'origine comme une revision de l'Acte général de 1928 a été transformé par la Commission intérimaire en la rédaction d'un nouvel Acte général révisé devant être ouvert à l'adhésion sous la forme d'un traité entièrement indépendant. Cela devait éviter la difficulté tenant à ce que certaines des parties à l'Acte de 1928, dont l'accord était nécessaire pour sa revision, n'étaient pas membres des Nations Unies et ne participaient pas à cette revision (voir les articles 39 et 40 de la Convention de Vienne sur le droit des traités). Comme la délégation belge l'a expliqué à la Commission intérimaire, le consentement des parties à l'Acte de 1928 cesserait d'être indispensable

« puisque, dans sa forme définitive, [la] proposition ne supprime ni ne modifie l'Acte général tel qu'il a été établi en 1928, *mais au contraire elle laisse intact ainsi que, par voie de conséquence, tous les droits que les parties à cet Acte pourraient encore en tirer* » (les italiques sont de nous). Cette explication a été incluse dans le rapport de la commission à l'Assemblée générale et, à notre avis, elle implique clairement qu'en 1948 on reconnaissait que l'Acte de 1928 était toujours en vigueur. De plus, on trouve dans les comptes rendus des débats les déclarations d'un certain nombre de délégations qui montrent que celles-ci considéraient alors l'Acte de 1928 comme en vigueur ; personne n'est venu les contredire.

50. De même, le simple fait que l'Assemblée générale ait rédigé et ouvert à l'adhésion un nouvel Acte général révisé ne pouvait avoir pour résultat de mettre fin à l'Acte de 1928, ni d'ébranler sa validité. En matière de révision de traités multilatéraux, c'est un principe bien établi que l'instrument remanié coexiste avec le traité initial, lequel reste en vigueur tel quel entre les parties qui n'ont pas accepté d'être liées par le nouvel instrument (voir l'article 40 de la Convention de Vienne sur le droit des traités). On trouve précisément de nombreux exemples de l'application de ce principe dans la pratique des Nations Unies touchant la révision des traités de la Société des Nations et c'est ce principe que l'Assemblée générale a formulé dans le préambule de sa résolution 268A (III), par laquelle elle chargeait le Secrétaire général d'établir et d'ouvrir à l'adhésion le texte de l'Acte révisé. Le préambule de cette résolution déclarait notamment :

« *Considérant que ces amendements ne joueront qu'entre les Etats ayant adhéré à l'Acte général ainsi révisé et, partant, ne porteront pas atteinte aux droits des Etats qui, parties à l'Acte tel qu'il a été établi le 26 septembre 1928, entendraient s'en prévaloir dans la mesure où il pourrait encore jouer.* » (Les italiques sont de nous.)

Il est donc évident que l'Assemblée générale n'entendait pas que l'Acte général révisé mette fin à son prédécesseur, l'Acte de 1928, et elle ne pensait pas non plus que l'adoption du nouvel instrument aurait cette conséquence. Une telle intention, de la part de l'Assemblée générale, aurait été bien surprenante si l'on se souvient que la « révision » de l'Acte général s'inscrivait dans un programme général visant à encourager le développement des méthodes de règlement pacifique des différends.

51. Dans la clause précitée du préambule, il est vrai, la résolution 268A (III) tempère l'affirmation que les amendements ne porteront pas atteinte aux droits des parties à l'Acte de 1928 par les mots « dans la mesure où il pourrait encore jouer ». De plus, dans un autre considérant du préambule, la résolution parle aussi de l'opportunité de « restituer à l'Acte général son efficacité première, ... diminuée du fait que les organes de la Société des Nations et la Cour permanente de Justice internationale, auxquels il se réfère, ont aujourd'hui disparu ». Cependant, nous ne saurions admettre que, par ces formules, l'Assemblée générale ait voulu

dire que l'Acte de 1928 ne pouvait plus jouer normalement. Ces formules s'expliquent suffisamment par le fait, déjà mentionné, que la disparition des organes de la Société des Nations et celle de la Cour permanente pouvaient porter atteinte à certaines dispositions concernant quelques-uns des autres moyens d'établir des commissions de conciliation ou des tribunaux arbitraux, ce qui risquerait, en cas de désaccord, de diminuer l'efficacité des procédures établies par l'Acte.

52. Cependant, il y avait aussi, pour inclure ces formules dans le préambule, une autre raison sur laquelle la Commission intérimaire a attiré l'attention dans son rapport (doc. des Nations Unies A/605, par. 46):

« Grâce à quelques modifications, le nouvel Accord général restaurerait, au bénéfice des Etats qui y adhéreraient, l'efficacité première du dispositif créé par l'Acte de 1928, Acte qui, bien que toujours théoriquement valide, est devenu en grande partie inapplicable.

Il a été constaté, par exemple, que les dispositions de l'Acte qui ont trait à la Cour permanente de Justice internationale avaient perdu beaucoup de leur efficacité à l'égard des parties qui ne sont pas membres de l'Organisation des Nations Unies ou qui ne sont pas parties au Statut de la Cour internationale de Justice. » (Les italiques sont de nous.)

En 1948, plusieurs des parties à l'Acte de 1928 n'étaient ni membres des Nations Unies, ni parties au Statut de la Cour actuelle, si bien que, même à l'aide de l'article 37 du Statut, les dispositions de l'Acte de 1928 qui se rapportaient au règlement judiciaire ne prenaient pas « effet » dans les relations de ces Etats avec d'autres parties à l'Acte. A cet égard encore, on pouvait donc dire à juste titre que l'efficacité initiale de l'Acte de 1928 se trouvait diminuée. D'autre part, il ressortait clairement *a contrario* du rapport de la Commission intérimaire que la disposition de l'Acte de 1928 concernant le règlement judiciaire — l'article 17 — n'avait pas perdu son efficacité entre celles des parties, qui étaient aussi parties au Statut de la Cour actuelle.

*
* *
*

La question du maintien en vigueur de l'Acte de 1928

53. Nous ne sommes pas convaincus non plus par la thèse du Gouvernement français selon laquelle l'Acte de 1928 ne saurait servir à fonder la compétence de la Cour à cause de « la désuétude dans laquelle il est tombé depuis la disparition du système de la SdN ». La désuétude n'est pas mentionnée dans la Convention de Vienne sur le droit des traités comme l'un des motifs d'extinction des traités et cette omission est voulue. Ainsi que

la Commission du droit international l'a expliqué dans son rapport sur le droit des traités:

«si la «caducité» ou «désuétude» peut être une cause effective d'extinction d'un traité, le fondement en droit de cette extinction, lorsqu'elle intervient, est le consentement des parties à renoncer au traité, consentement qui doit ressortir implicitement de leur attitude à l'égard du traité» (*Annuaire de la Commission du droit international*, 1966, vol. II, p. 258).

Toutefois, en l'espèce, il nous paraît impossible d'inférer du comportement des parties à l'égard de l'Acte de 1928 et, plus spécialement, de celui de la France antérieurement au dépôt de la requête dans la présente instance, qu'elles aient consenti à renoncer à l'Acte.

54. Certes, jusqu'à une date récente, il n'a pas été demandé au Secrétaire général d'enregistrer de nouvelles adhésions ou autres notifications concernant l'Acte de 1928. Mais on ne saurait voir là la preuve d'un accord tacite tendant à l'abandon du traité, car bien souvent les instruments multilatéraux restent longtemps en vigueur sans qu'intervienne aucun changement relativement à leurs parties.

55. Cette preuve ne réside pas davantage dans le fait, invoqué dans l'annexe à la lettre du Gouvernement français du 16 mai 1973, que «l'Australie et le Canada n'ont pas éprouvé, à l'égard de l'Acte, le besoin de régulariser leurs réserves de 1939 comme ils l'ont fait pour celles émises à l'égard de leurs déclarations facultatives». Par les réserves en question, qu'ils ont formulées quatre jours après le déclenchement de la deuxième guerre mondiale, les deux pays notifiaient au dépositaire qu'ils ne considéreraient pas leur adhésion à l'Acte général comme «s'appliquant ou se rattachant à tout différend occasionné par les événements venant à se produire dans la crise actuelle». Ces réserves n'étaient pas conformes à l'article 45 de l'Acte de 1928 qui n'autorisait à modifier les termes d'une adhésion qu'à la fin de chaque période successive de cinq ans. Les deux pays les justifiaient cependant par l'effondrement du système de sécurité collective de la Société des Nations qui modifiait fondamentalement les circonstances dans lesquelles ils avaient adhéré à l'Acte; et si cette justification était fondée, rien ne les pressait de «régulariser» leurs réserves à l'expiration de la période quinquennale en cours, en 1944. Il ne faut pas non plus s'étonner si, cette année-là, alors que la guerre faisait rage partout dans le monde, d'autres sujets retenaient leur attention. De plus, le parallélisme que l'on dit exister entre la situation de ces deux pays par rapport à l'Acte de 1928 et à la clause facultative, respectivement, est de toute manière inexact. Leurs déclarations d'acceptation de la clause facultative ont expiré en 1940, si bien qu'il leur fallait alors réexaminer ces déclarations; aux termes de l'article 45 de l'Acte de 1928, au contraire, leurs adhésions restaient en vigueur indéfiniment, sauf dénonciation.

56. Un argument plus général employé dans l'annexe à la lettre du 16 mai 1973, et concernant l'absence de parallélisme entre l'acceptation de l'Acte de 1928 par les Etats et leur acceptation de la clause facultative,

nous semble lui aussi peu probant. La désuétude de l'Acte de 1928, dit-on, doit être déduite des faits suivants: jusqu'en 1940, les réserves à l'Acte de 1928 et à la clause facultative étaient toujours semblables, mais après cette date ce parallélisme disparaît; les réserves à la clause facultative deviennent alors plus restrictives, et pourtant les mêmes Etats ne semblent pas se soucier de la juridiction très étendue qu'ils étaient censés avoir acceptée au titre de l'Acte.

57. Or, même avant 1940, le parallélisme allégué était loin d'être parfait. Ainsi, la déclaration du 19 septembre 1929, par laquelle la France a accepté la clause facultative, ne contenait pas la réserve de compétence nationale qui figurait dans son adhésion à l'Acte de 1928 et les déclarations faites pendant cette période par l'Australie, le Canada, la Nouvelle-Zélande et le Royaume-Uni n'excluaient pas les différends avec les Etats non membres de la Société des Nations comme le faisaient leurs adhésions à l'Acte de 1928. Les dispositions des articles 39 et 45 de l'Acte impliquaient de toute manière qu'il y avait des différences importantes quant aux conditions dans lesquelles la juridiction obligatoire était acceptée en vertu de l'un ou l'autre des deux instruments. De plus, même si l'on concède que les divergences entre les deux systèmes se sont accentuées après 1940, cela peut s'expliquer autrement que par la désuétude supposée de l'Acte de 1928. Les exemples les plus frappants de ces divergences sont fournis par les réserves à la clause facultative visant des différends précis et déjà existants ou dont on prévoyait l'apparition imminente. Alors que, dans le système de la clause facultative, de nombreux Etats se sont ménagé la possibilité de modifier les termes de leurs déclarations comme bon leur semble, sans préavis et avec effet immédiat, leur situation par rapport à l'Acte général de 1928 est très différente à cause des dispositions des articles 39 et 45 qui réglementent la formulation et l'effet des réserves. En raison de ces dispositions, une nouvelle réserve à l'Acte de 1928 qui s'applique à un sujet de litige déterminé ne peut servir qu'à attirer l'attention de l'autre partie sur les obligations dont l'Etat qui formule la réserve est tenu en vertu de l'Acte et à hâter la décision d'introduire une instance avant que la réserve ne prenne effet dans les conditions prévues par l'article 45. Bref, tout parallélisme entre la clause facultative et l'Acte de 1928 est à cet égard illusoire.

58. L'opinion émise également dans la lettre susmentionnée selon laquelle, si l'Acte de 1928 était encore en vigueur, le refus de l'Australie, de la Nouvelle-Zélande et de la France de devenir parties à l'Acte général révisé serait difficile à expliquer ne nous paraît pas résister à l'examen. Depuis 1946, l'Acte de 1928 n'a eu qu'un nombre limité de parties et il n'a été ouvert à l'adhésion que d'un groupe restreint et bien défini d'autres Etats, alors que l'Acte général révisé est ouvert à l'adhésion d'un groupe d'Etats beaucoup plus vaste et qui continue à s'élargir. Il n'y a donc pas lieu de s'étonner que les parties à l'Acte général de 1928 aient préféré s'en tenir au *statu quo* au lieu de franchir le pas qui consistait à assumer des engagements beaucoup plus vastes au titre de l'Acte révisé. Un élément encore plus décisif est que, sur les six parties à l'Acte de 1928 qui sont

devenues parties à l'Acte révisé, quatre au moins sont connues pour avoir officiellement déclaré que l'Acte de 1928 restait toujours en vigueur à leur égard.

59. Il en découle à notre avis que les diverses considérations exposées dans la lettre avec annexe du Gouvernement français en date du 16 mai 1973 sont fort loin d'établir que, comme le soutient ce gouvernement, l'Acte de 1928 doit être maintenant considéré comme tombé en désuétude. Même s'il en allait autrement, la pratique suivie à l'égard de l'Acte par les Etats, et surtout par la France elle-même, pendant la période d'après-guerre, nous paraît rendre cette thèse manifestement indéfendable.

*
* *
*

Preuves du maintien en vigueur de l'Acte de 1928

60. Entre la dissolution de la Société des Nations, en avril 1946, et la requête du 9 mai 1973 dans laquelle l'Australie invoque l'Acte de 1928, on trouve, dans la pratique des Etats, un certain nombre d'exemples de nature à confirmer que, loin de renoncer à l'Acte, les parties ont persisté à le considérer comme un traité en vigueur. Le premier est la conclusion, le 17 novembre 1946, de l'accord de règlement franco-siamois destiné à rétablir la situation territoriale d'avant-guerre aux frontières du Siam et à renouer les relations amicales entre les deux pays. Le Siam n'était pas partie à l'Acte général de 1928, mais, dans le traité d'amitié franco-siamois de 1937, il avait accepté d'appliquer les dispositions de l'Acte au règlement de tous différends avec la France. Aux termes de l'accord de règlement de 1946, la France et le Siam acceptaient de constituer immédiatement « une Commission de conciliation composée des deux représentants des parties et de trois neutres conformément à l'Acte général de Genève du 26 septembre 1928 pour le règlement pacifique des différends internationaux qui règle la constitution et le fonctionnement de la Commission ». L'Acte de 1928, il est vrai, s'appliquait entre la France et le Siam non pas en tant que tel, mais seulement parce qu'il se trouvait incorporé par référence dans le traité d'amitié de 1937. Il est néanmoins difficile d'imaginer qu'en novembre 1946, quelques mois après avoir participé à la dissolution de la Société des Nations, la France aurait remis en vigueur les dispositions de l'Acte de 1928 dans ses relations avec le Siam si elle avait estimé que la dissolution de l'Organisation rendait cet Acte pratiquement caduc.

61. En 1948-1949, nous l'avons déjà souligné, l'Acte de 1928 a été mentionné comme étant toujours en vigueur, sans que cela suscite d'objections, par un certain nombre d'Etats Membres au cours de débats et par l'Assemblée générale des Nations Unies dans sa résolution 268A (III). En 1948 également l'Acte de 1928 figurait dans la liste officielle de traités de la Nouvelle-Zélande publiée cette année-là. De même, en 1949, le ministre des affaires étrangères norvégien, rendant compte au Parlement au sujet de l'Acte révisé, a déclaré que l'Acte de 1928 restait en vigueur et,

en 1950, le Gouvernement suédois a agi de même en soumettant l'Acte révisé au Parlement suédois. Enfin, lorsqu'il a annoncé l'adhésion du Danemark à l'Acte révisé en 1952, le Gouvernement danois a cité l'Acte de 1928 comme étant toujours en vigueur.

* *

62. La France s'est donc simplement conformée à l'avis général quand, en 1956 et 1957, elle a fait de l'Acte de 1928 l'une des bases de l'action intentée contre la Norvège devant la Cour en l'affaire de *Certains emprunts norvégiens* (C.I.J. Recueil 1957, p. 9). Dans trois différents passages de ses écritures, la France a invoqué l'Acte de 1928 comme un traité existant et applicable, qui imposait à la Norvège l'obligation de soumettre le différend à l'arbitrage; en effet dans chacun de ces passages elle caractérisait le refus de la Norvège d'accepter l'arbitrage comme une violation de l'Acte général de 1928 notamment (*Certains emprunts norvégiens*, C.I.J. Mémoires, plaidoiries et documents (1955), vol. I, p. 172, 173 et 180). Elle a fait de même dans une note diplomatique du 17 septembre 1956, adressée au Gouvernement norvégien durant l'instance et communiquée à la Cour (*ibid.*, p. 211) et aussi lors des plaidoiries (*ibid.*, vol. II, p. 60). La raison en était que le refus de la Norvège de se soumettre à l'arbitrage constituait l'un des éléments de l'argumentation française selon laquelle la Norvège n'était pas en droit de modifier unilatéralement les conditions des prêts en question « sans négociation avec les porteurs, avec l'Etat français qui a pris fait et cause pour ses ressortissants, ou sans arbitrage... » (C.I.J. Recueil 1957, p. 18) (les italiques sont de nous). Il est donc impossible d'accepter l'explication donnée dans l'annexe à la lettre du Gouvernement français du 16 mai 1973, selon laquelle celui-ci, dans l'affaire de *Certains emprunts norvégiens*, s'est borné « à évoquer très brièvement l'Acte général sans l'invoquer expressément comme fondement de sa demande ».

63. L'explication supplémentaire donnée par le Gouvernement français dans cette annexe ne nous paraît pas davantage convaincante. Elle revient à dire que, si l'Acte de 1928 avait été considéré par la France comme en vigueur à l'époque de l'affaire de *Certains emprunts norvégiens*, la France l'aurait invoqué pour établir la compétence de la Cour en l'espèce de manière à « écarter l'exception que la Norvège allait tirer de la clause de réciprocité jouant à propos de la déclaration française » et que, si elle n'a pas fondé la compétence de la Cour sur l'Acte de 1928, « on ne peut ... expliquer [ce fait] ... que par la conviction [que l'Acte] était, en 1955, tombé en désuétude ». Cette explication ne tient pas pour deux raisons. Premièrement, elle n'explique pas que le Gouvernement français ait maintes fois cité l'Acte de 1928 comme imposant à la Norvège l'obligation d'accepter l'arbitrage en 1955, et qu'il lui soit même arrivé une fois de viser expressément le chapitre II de l'Acte relatif au règlement judiciaire. Deuxièmement, il n'est pas exact qu'en fondant la compétence de la Cour

sur l'Acte la France aurait pu parer l'exception d'incompétence élevée par la Norvège sur la base d'une réserve à la déclaration française d'acceptation de la juridiction obligatoire; et point n'est besoin de chercher plus loin que l'article 31, paragraphe 1, de l'Acte de 1928 pour découvrir pourquoi la France n'a pas invoqué celui-ci afin d'établir la compétence de la Cour. Ce paragraphe est ainsi libellé:

«S'il s'agit d'un différend dont l'objet, d'après la législature intérieure de l'une des parties, relève de la compétence des autorités judiciaires ou administratives, *cette partie pourra s'opposer à ce que le différend soit soumis aux diverses procédures prévues par le présent Acte général, avant qu'une décision définitive ait été rendue, dans les délais raisonnables...* » (Les italiques sont de nous.)

Comme les obligataires français s'étaient délibérément abstenus de toute action devant les tribunaux norvégiens, la disposition claire et précise de l'article 31 que nous venons de citer constituait un obstacle redoutable pour qui aurait voulu fonder la compétence de la Cour sur l'Acte de 1928.

64. Ainsi, la position prise par la France dans l'affaire de *Certains emprunts norvégiens*, loin de pouvoir s'expliquer uniquement par la conviction que l'Acte était tombé en désuétude, établit de manière on ne peut plus positive que pour la France l'Acte conservait sa validité et son efficacité à cette date. Quant à la Norvège, il suffit de rappeler qu'en 1949 son gouvernement avait déclaré devant le Parlement que l'Acte de 1928 restait en vigueur et d'ajouter qu'à aucun moment de l'affaire concernant *Certains emprunts norvégiens* la Norvège n'a contesté ni la validité, ni l'efficacité de l'Acte, en tant qu'instrument applicable, à cette date, dans ses rapports avec la France.

65. Au surplus, l'analyse que fait l'annexe française des conclusions auxquelles la Cour a abouti et de l'opinion exprimée par M. Basdevant au sujet de l'Acte général de 1928 dans l'affaire de *Certains emprunts norvégiens* n'est pas, nous semble-t-il, confirmée par l'historique de cette affaire. Contrairement à ce que prétend le Gouvernement français, la Cour n'avait pas à se prononcer sur l'Acte de 1928. Soulignant que la requête du Gouvernement français se fondait «clairement et précisément sur les déclarations de la Norvège et de la France aux termes de l'article 36, paragraphe 2, du Statut », la Cour a précisé qu'elle «ne saurait rechercher, pour établir sa compétence, un fondement autre que celui que le Gouvernement français a lui-même énoncé dans sa requête... ». Etant parvenue à cette conclusion, la Cour a examiné la question de sa compétence exclusivement sur la base des déclarations faites par les Parties en vertu de la clause facultative et elle n'a pas mentionné l'Acte de 1928. Quant à M. Basdevant, au début de son opinion dissidente (p. 71), il souligne que, sur la compétence, il ne conteste pas le point de départ adopté par la Cour. En revanche il s'appuie notamment sur l'Acte de 1928 pour démontrer que les questions en litige ne relèvent pas de la réserve de compétence nationale. Le fait que la Cour n'ait pas suivi M. Basdevant dans l'interprétation qu'il a donnée de la réserve ne peut, selon nous, être

considéré comme une preuve qu'elle ait rejeté son avis sur le maintien en vigueur de l'Acte de 1928 entre la France et la Norvège. Au reste, si tel avait été le cas, on comprendrait mal que M. Basdevant ait pu dire de l'Acte de 1928: «A aucun moment, il n'a été mis en doute que cet Acte fût droit entre la France et la Norvège» (*C.I.J. Recueil 1957*, p. 74).

66. Le déroulement de l'affaire de *Certains emprunts norvégiens* atteste donc sans équivoque que l'Acte général de 1928 a survécu à la disparition de la Société des Nations et que les Etats qui y étaient parties, notamment la France, le considéraient comme en vigueur en 1955-1957. Nous ajouterons que l'on peut trouver aussi dans les comptes rendus des débats du Conseil de l'Europe qui ont abouti à l'adoption, en 1957, de la Convention européenne pour le règlement pacifique des différends internationaux, un certain nombre de déclarations faites à la même époque par des représentants des Etats parties à l'Acte de 1928 qui montrent que l'Acte de 1928 était considéré par eux comme étant toujours en vigueur. Le représentant du Danemark, par exemple, a déclaré devant l'Assemblée consultative en 1955, sans que personne l'ait, semble-t-il, contredit, que l'Acte de 1928 «engage vingt Etats».

67. Dans la lettre du 16 mai 1973 et dans son annexe, rien n'indique que, si l'Acte de 1928 était en vigueur en 1957, certains événements postérieurs l'ont privé de sa validité avant que l'Australie dépose sa requête; il ne ressort pas non plus des informations dont dispose la Cour que de tels événements se soient produits. Au contraire, des preuves renouvelées et précises confirment que les parties à l'Acte de 1928 pensaient que cet instrument était toujours en vigueur. En 1966, l'Acte général de 1928 est cité comme toujours en vigueur dans la publication officielle *The Canada Treaty Series: 1928-1964*, ainsi que dans une liste analogue publiée par la Finlande l'année suivante. En Suède, la liste de traités publiée par le ministère des affaires étrangères en 1969 mentionne l'Acte général de 1928 avec cette note: «encore en vigueur à l'égard de certains pays». En 1971, en demandant au Parlement d'autoriser l'adhésion des Pays-Bas à l'Acte révisé, le ministre néerlandais des affaires étrangères fait état de l'Acte de 1928 comme d'un accord auquel les Pays-Bas sont parties et par la suite comme d'un Acte «qui demeure en vigueur pour vingt-deux Etats»; enfin, la liste officielle des traités publiée la même année par l'Australie mentionne l'Acte de 1928. En outre, l'Acte de 1928 figure dans un certain nombre de listes de traités non officielles publiées dans différents pays.

68. Quant à la France elle-même, il n'existe aucune indication qu'elle ait changé d'attitude à l'égard de l'Acte de 1928 avant le dépôt de la requête de l'Australie le 9 mai 1973. En fait, c'est même l'impression contraire qui se dégage de la réponse écrite à un député à l'Assemblée nationale exposant les raisons pour lesquelles la France n'envisageait pas de ratifier la Convention européenne pour le règlement pacifique des différends. Dans cette réponse, il est précisé que, comme la plupart des Etats européens, la France est déjà liée par de nombreuses obligations de règlement pacifique des différends et notamment par «l'Acte général

d'arbitrage du 26 septembre 1928 révisé en 1949 ». Dans une note de bas de page du *Livre blanc sur les expériences nucléaires*, le Gouvernement français a signalé que la référence à l'Acte de 1928 révisé en 1949 prêtait à confusion. Mais même ainsi, et nonobstant le libellé inexact de la réponse écrite, il est difficile de voir dans ce texte autre chose qu'une confirmation de l'attitude adoptée par le Gouvernement français dans l'affaire relative à *Certains emprunts norvégiens*, à savoir que l'Acte de 1928 devait être considéré comme un traité en vigueur à l'égard de la France; en effet la France n'avait pas ratifié l'Acte général révisé et ne pouvait être liée que par l'Acte général sous sa forme primitive, en d'autres termes uniquement par l'Acte de 1928.

69. Dès lors, nous sommes amenés à conclure que l'Acte de 1928 était un traité en vigueur entre l'Australie et la France le 9 mai 1973, date du dépôt de la requête par laquelle l'Australie a introduit la présente instance. Le 10 janvier 1974, quelques mois après le dépôt de la requête, le Gouvernement français a notifié au Secrétaire général qu'il dénonçait l'Acte, sans préjudice de la position qu'il avait adoptée au sujet de son manque de validité. Conformément à la jurisprudence constante de la Cour, une telle notification ne saurait toutefois avoir d'effet rétroactif sur la compétence conférée antérieurement à la Cour par le dépôt de la requête; voir à cet égard l'affaire *Nottebohm, exception préliminaire* (C.I.J. Recueil 1953, p. 120-124).

70. De même, la conclusion suivant laquelle l'Acte de 1928 était un traité en vigueur entre l'Australie et la France le 9 mai 1973 n'est aucune-ment affaiblie, selon nous, par le fait que deux autres Etats, l'Inde et le Royaume-Uni, ont pris depuis lors certaines mesures à l'égard de l'Acte. Dans l'affaire relative au *Procès de prisonniers de guerre pakistanais*¹, l'Inde a fait savoir à la Cour par lettre en date du 24 juin 1973 qu'à son avis l'Acte de 1928 avait cessé d'être un traité en vigueur après la disparition des organes de la Société des Nations. Le Pakistan a exprimé un avis contraire et, depuis lors, le premier ministre de ce pays a confirmé par lettre adressée au Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies qu'il considérait l'Acte comme toujours en vigueur. D'autre part, dans une lettre du 6 février 1974, le Royaume-Uni a fait état des doutes qui avaient été exprimés au sujet de la validité de l'Acte et a notifié au Secrétaire général sa dénonciation de l'Acte conformément aux dispositions de l'article 45, paragraphe 2, de cet instrument, mais il a employé à cette occasion des termes qui ne préjugeaient pas la question du maintien en vigueur de l'Acte. En tout état de cause, ces exemples peu concluants de la pratique des Etats à l'égard de l'Acte de 1928, postérieurs au dépôt de la requête australienne, doivent être confrontés avec les nombreuses indications, parfois très récentes, du maintien en vigueur de l'Acte, que nous avons déjà signalées. De plus, il est de règle qu'un traité multilatéral ne prenne fin qu'avec le consentement exprès ou tacite de toutes les par-

¹ C.I.J. Recueil 1973, p. 347-348.

ties, condition qui n'a manifestement pas été satisfaite dans la présente instance.

Il ne fait donc aucun doute à nos yeux que l'article 17 de l'Acte général, se conjuguant avec l'article 37 du Statut, fournissait à l'Australie une base valable lui permettant de saisir la Cour de l'affaire des *Essais nucléaires* le 9 mai 1973. Reste cependant la question des difficultés qui pourraient se présenter dans l'application de l'Acte entre l'Australie et la France en raison des réserves formulées par l'un ou l'autre de ces deux pays, question que nous nous proposons d'examiner à présent.

*
* *

Applicabilité de l'Acte de 1928 entre l'Australie et la France

71. Le Gouvernement français fait valoir, dans l'annexe à sa lettre du 16 mai 1973, que, même si l'on devait admettre que l'Acte de 1928 n'a pas perdu sa validité, il ne serait pas applicable entre l'Australie et la France à cause de deux réserves faites par l'Australie à l'égard de l'Acte lui-même et, de plus, d'une réserve faite par la France dans sa déclaration d'acceptation de la clause facultative du 20 mai 1966.

72. Les réserves australiennes à l'Acte de 1928, dont il s'agit ici, sont : 1) une clause autorisant à suspendre temporairement la procédure prévue par l'Acte quand un différend était à l'examen devant le Conseil de la Société des Nations et 2) une autre clause excluant du champ d'application de l'Acte les différends avec les Etats qui étaient parties à celui-ci mais non membres de la Société des Nations. La disparition de la Société des Nations, affirme-t-on, a rendu incertaine la portée de ces réserves et l'on ajoute que cette incertitude est entièrement à l'avantage de l'Australie et partant inacceptable.

73. La clause relative à la suspension de la procédure avait pour seul objet d'assurer la primauté des pouvoirs du Conseil de la Société des Nations dans l'examen des différends et la disparition du Conseil n'a porté, à notre avis, aucune atteinte aux obligations générales de règlement pacifique souscrites en vertu de l'Acte lui-même. Une réserve semblable figurait d'ailleurs dans plus d'une déclaration faite en vertu de la clause facultative du Statut de la Cour permanente de Justice internationale et nul n'a jamais douté que ces déclarations eussent conservé leurs effets malgré la disparition du Conseil de la SdN. Dans l'affaire de l'*Anglo-Iranian Oil Co.*, les déclarations des deux Parties contenaient une réserve de ce genre et cependant personne n'a prétendu que la disparition du Conseil de la Société des Nations avait rendu l'une ou l'autre inopérante. Au contraire, l'Iran a invoqué la réserve et si le Royaume-Uni lui a contesté le droit de le faire c'est uniquement parce que le fond du différend

n'était pas à l'examen devant le Conseil de sécurité (*C.I.J. Mémoires, plaidoiries et documents, Anglo-Iranian Oil Co.*, p. 282 et 367-368). De plus, l'adhésion de la France elle-même à l'Acte de 1928 contenait une réserve rédigée à peu près dans les mêmes termes et pourtant, dans l'affaire de *Certains emprunts norvégiens*, la France ne semble pas y avoir vu un obstacle à l'application de l'Acte entre elle-même et la Norvège.

74. De même, on ne saurait dire que la disparition de la Société des Nations ait rendu inapplicables les obligations générales de règlement pacifique inscrites dans l'Acte de 1928 du fait de la réserve australienne excluant les différends avec des Etats non membres de la Société des Nations. La Cour actuelle n'a pas hésité à utiliser l'expression « membre de la Société des Nations » à propos du mandat sur le Sud-Ouest africain (*C.I.J. Recueil 1950*, p. 138, 158-159 et 169; affaires du *Sud-Ouest africain*, *C.I.J. Recueil 1962*, p. 335 à 338) et le Secrétaire général n'a pas hésité non plus à le faire dans l'exercice de ses fonctions de depositaire des traités multilatéraux de la Société des Nations ouverts à la participation des Etats « membres de la Société des Nations ».

75. S'il devait se poser aujourd'hui, dans une affaire, une question quelconque relative à l'application de l'une ou l'autre des deux réserves qui figurent dans l'adhésion de l'Australie à l'Acte de 1928, il appartiendrait à la Cour de déterminer la situation actuelle de cette réserve, et d'apprécier sa signification et ses effets. Même si la Cour devait juger que l'une de ces réserves n'est plus susceptible d'être appliquée, essentiellement, cela ne rendrait pas moins valable l'adhésion de l'Australie à l'Acte de 1928. De plus, le principe bien établi de la réciprocité dans l'application des réserves exclut que l'incertitude qui pourrait subsister sur la portée de celles-ci profite exclusivement à l'Australie. Ajoutez à cela que la France n'a pas prétendu que la présente affaire rentre elle-même dans le champ d'application de l'une ou l'autre réserve.

76. Vu les considérations qui précèdent, nous ne découvrons dans les réserves australiennes aucun obstacle à l'applicabilité de l'Acte de 1928 entre l'Australie et la France.

*
* *
*

77. Le Gouvernement français invoque cependant un autre motif tout différent pour considérer l'Acte de 1928 comme inapplicable entre la France et l'Australie dans le présent litige. Les termes des déclarations faites par les deux pays en vertu de la clause facultative, affirme-t-on, doivent être considérés comme l'emportant sur ceux de leurs adhésions à l'Acte de 1928. En conséquence, même si l'on suppose valable l'Acte de 1928, les réserves qui accompagnent la déclaration faite au titre de la clause facultative par la France en 1966 doivent, d'après le Gouvernement français, être considérées comme applicables. Parmi ces réserves figure

celle qui excepte de la compétence acceptée par la France en vertu de la clause facultative les «différends concernant des activités se rapportant à la défense nationale»; d'après le Gouvernement français, cette réserve s'applique nécessairement au présent différend relatif à des essais d'armes nucléaires en atmosphère effectués par la France.

*

78. L'un des arguments invoqués à l'appui de cette affirmation est que, puisque le Statut de la Cour fait partie intégrante de la Charte des Nations Unies, les obligations assumées par les Etats Membres de l'Organisation sur la base de la clause facultative figurant dans ce Statut sont à considérer en vertu de l'article 103 de la Charte, comme devant prévaloir sur celles qui leur incombent en vertu de l'Acte de 1928. Cet argument nous semble reposer sur une idée fautive. La Charte elle-même n'impose aux Etats Membres aucune obligation de soumettre leurs différends au règlement judiciaire, et toute obligation de cette nature qu'un Membre assume en vertu de la clause facultative est donc souscrite comme une obligation volontaire et supplémentaire que n'entre pas dans le champ d'application de l'article 103. De toute manière, l'argument porte en lui-même sa contradiction, car on pourrait soutenir de façon tout aussi plausible que les obligations souscrites par les parties à l'Acte de 1928 constituent des obligations en vertu de l'article 36, paragraphe 1, du Statut et sont donc au même titre des obligations en vertu de la Charte.

*

79. Toutefois, le Gouvernement français justifie aussi son affirmation par l'idée que la situation, en l'espèce, est analogue à celle «d'un traité postérieur portant sur la même matière qu'un accord antérieur dans les relations entre les mêmes pays». Bref, d'après le Gouvernement français, les déclarations faites par les Parties en vertu de la clause facultative devraient être considérées comme équivalant à un traité ultérieur d'acceptation de la juridiction obligatoire, qui, représentant une expression plus récente de la volonté des Parties, prévaudrait sur l'Acte plus ancien de 1928, lequel porte sur le même sujet. Il convient cependant d'ajouter une précision: le Gouvernement français souligne qu'il ne veut pas dire par là que, lorsqu'un traité quelconque contient une clause attribuant compétence à la Cour, un Etat partie peut s'affranchir des obligations résultant de cette clause en assortissant d'une réserve appropriée une déclaration déposée ultérieurement en vertu de la clause facultative. L'argument du Gouvernement français s'applique seulement à un traité, comme l'Acte général, «dont l'objet exclusif est le règlement pacifique des différends et notamment son règlement judiciaire».

80. Cet argument nous paraît soulever un certain nombre d'objections,

dont l'une, et non des moindres, tient au fait que les « traités et conventions en vigueur » et les déclarations en vertu de la clause facultative ont toujours été considérés comme deux sources différentes de la juridiction obligatoire de la Cour. La juridiction établie par des traités est prévue au paragraphe 1 de l'article 36 et la juridiction résultant de déclarations d'acceptation de la clause facultative au paragraphe 2; or, les dispositions des deux paragraphes les présentent comme des catégories tout à fait distinctes. Ces paragraphes reproduisent les dispositions correspondantes de l'article 36 du Statut de la Cour permanente, qui consacraient le compromis réalisé entre le Conseil et d'autres membres de la Société des Nations sur la question de la juridiction obligatoire. Ce compromis consistait à ajouter, au paragraphe 2, une clause facultative qui permettait d'établir la compétence obligatoire de la Cour pour les différends d'ordre juridique entre tous les Etats disposés à accepter une telle obligation, au moyen d'une déclaration unilatérale à cet effet. Ainsi, la clause facultative a-t-elle été conçue dès le départ comme une source indépendante de la compétence de la Cour.

81. Le caractère distinct et indépendant des deux sources de la compétence de la Cour, à savoir les traités et les déclarations unilatérales faites en vertu de la clause facultative, apparaît dans les dispositions spéciales qui ont été incluses dans le Statut actuel pour sauvegarder la juridiction obligatoire que la Cour permanente possédait au moment de sa dissolution. Deux dispositions différentes ont été considérées comme nécessaires à cet effet: l'article 36, paragraphe 5, relatif à la juridiction en vertu de la clause facultative et l'article 37 relatif à la juridiction en vertu des « traités et conventions en vigueur ». Le caractère distinct et indépendant des deux sources de compétence se dégage aussi de la jurisprudence des deux cours. La Cour permanente, dans son ordonnance refusant des mesures conservatoires en l'affaire du *Statut juridique du territoire du sud-est du Groenland*, s'est référée spécialement à une clause de l'Acte de 1928 relative aux mesures conservatoires et a souligné qu'un remède juridique ne ferait pas défaut « même abstraction faite de l'acceptation par les Parties de la disposition facultative » (*C.P.J.I. série A/B n° 48*, p. 289). De même, dans l'affaire de la *Compagnie d'électricité de Sofia et de Bulgarie*, la Cour permanente a expressément statué qu'un traité bilatéral de conciliation, d'arbitrage et de règlement judiciaire, ainsi que les déclarations des Parties en vertu de la clause facultative, ouvraient des voies d'accès à la Cour qui étaient séparées et se cumulaient et que, si l'examen de l'un de ces chefs de compétence aboutissait à un résultat négatif, cela ne dispensait pas la Cour de procéder à l'examen de « l'autre chef de compétence invoqué à titre distinct et indépendant du premier » (*C.P.J.I. série A/B n° 77*, p. 76 et 80). Quant à la Cour actuelle, elle a particulièrement insisté, dans l'affaire de la *Barcelona Traction, Light and Power Company*, sur le fait que les dispositions de l'article 37 du Statut relatives aux « traités et conventions en vigueur » concernent « une catégorie différente d'instruments », par rapport aux déclarations unilatérales visées par l'article 36, paragraphe 5 (*C.I.J. Recueil 1964*, p. 29). Plus récemment, dans

l'affaire de l'*Appel concernant la compétence du Conseil de l'OACI*, la Cour a expressément fondé l'une de ses conclusions sur le caractère indépendant et autonome de ces deux sources de sa compétence (C.I.J. *Recueil* 1972, p. 53 et 60).

*

82. Dans la présente affaire, cette objection est renforcée par le fait que l'Acte de 1928 contient un code rigoureux de dispositions réglementant la formulation des réserves, tandis qu'aucune disposition de ce genre ne régit la formulation des réserves à l'acceptation de la juridiction de la Cour en vertu de la clause facultative. Ces dispositions, qui figurent aux articles 39, 40, 41, 43 et 45 de l'Acte, imposent des restrictions relatives notamment aux catégories de réserves permises et au moment où celles-ci peuvent être faites et prennent effet. De plus, un Etat qui accepte la juridiction au titre de la clause facultative peut déterminer lui-même la durée d'application de sa déclaration et il peut même prévoir la possibilité d'y mettre fin à tout moment par une notification, tandis que l'article 45, paragraphe 1, de l'Acte dispose que celui-ci restera en vigueur pendant des périodes fixes successives de cinq ans s'il n'est pas dénoncé six mois au moins avant l'expiration de la période en cours. Il est clair que les auteurs de l'Acte de 1928 ont délibérément différencié le régime auquel sont soumises les réserves de celui de la clause facultative; en effet, au moment d'adopter l'Acte l'Assemblée de la Société des Nations a simultanément attiré l'attention des Etats, dans une autre résolution, sur les nombreuses possibilités qui existaient de limiter les engagements acceptés en vertu de la clause facultative «soit quant à leur durée, soit quant à leur étendue». Par suite, si l'on admettait que les réserves faites par un Etat dans le cadre du système incontrôlé et extrêmement souple de la clause facultative peuvent automatiquement modifier les conditions auxquelles cet Etat a accepté la compétence en vertu de l'Acte de 1928, on prendrait le contrepied du système rigoureux délibérément établi dans l'Acte pour les réserves.

83. Le Gouvernement français se rend évidemment compte de la force de cette objection; car il indique que l'on peut concilier ses thèses avec l'article 45, paragraphe 2, de l'Acte, qui oblige à notifier toute modification des réserves six mois au moins avant la fin de la période quinquennale en cours, à condition d'admettre que les réserves faites par la France dans sa déclaration de 1966 ont seulement pris effet à la fin de la période qui était alors en cours, c'est-à-dire en septembre 1969. Cette interprétation paraît néanmoins méconnaître la nature essentielle des réserves. Une réserve, d'après la définition adoptée à l'article 2, paragraphe 1 d), de la Convention de Vienne sur le droit des traités, est:

«une déclaration unilatérale, quel que soit son libellé ou sa désignation, faite par un Etat quand il signe, ratifie, accepte ou approuve un traité ou y adhère, par laquelle il vise à exclure ou modifier l'effet

juridique de certaines dispositions du traité dans leur application à cet Etat ».

Ainsi, en principe, une réserve ne concerne que l'expression, qui a été donnée par un Etat, de son consentement à s'obliger par un traité ou par un instrument déterminé et les obligations qu'il a assumées en exprimant ainsi son consentement. Par conséquent, l'idée qu'une réserve jointe à un accord international puisse, par un processus qui n'est pas précisé, se surimposer à un autre acte international ou se rattacher à celui-ci est étrangère à la notion même de réserve en droit international; elle fait en outre bon marché des règles régissant la notification, l'acceptation et le rejet des réserves. Le simple fait que ni le Secrétaire général de la Société des Nations, ni celui de l'Organisation des Nations Unies, n'aient, semble-t-il, jamais pensé que des réserves faites dans les déclarations en vertu de la clause facultative puissent intéresser à aucun titre les parties à l'Acte général souligne ce que la thèse avancée présente d'inédit.

*

84. Ce caractère inédit est encore souligné par le fait que, chaque fois que des Etats ont voulu établir un lien entre les réserves à la compétence découlant de la clause facultative et les réserves à la compétence procédant d'un traité, ce résultat a été atteint au moyen d'une disposition expresse à cet effet. C'est ainsi que les parties au Traité de Bruxelles du 17 mars 1948 sont convenues, à l'article VIII, de soumettre à la Cour tous les différends qui rentreraient dans le champ de la clause facultative, sous les seules réserves que chacune d'entre elles a faites en acceptant cette clause. Même dans ce traité, nous le voyons, les parties n'ont envisagé d'appliquer à la juridiction établie par le traité que les réserves déjà « faites » dans le cadre de la clause facultative. L'article 35, paragraphe 4, de la Convention européenne pour le règlement pacifique des différends va plus loin, dans la mesure où il reconnaît aux parties la faculté de formuler à l'égard de la convention, à tout moment et par simple déclaration, les mêmes réserves qu'à l'égard de la clause facultative. Toutefois, il ressort de cet article qu'une déclaration expresse, se référant spécialement à la convention européenne, est exigée pour que les réserves faites par une partie dans sa déclaration d'acceptation de la clause facultative affectent son acceptation de la compétence dans le cadre de la convention. De plus, la faculté ainsi ouverte par l'article 35, paragraphe 4, de la convention est expressément soumise aux restrictions générales concernant la présentation de réserves qu'impose le paragraphe 1 de cet article, qui autorise uniquement les réserves tendant à exclure « les différends portant sur des affaires déterminées ou des matières spéciales nettement définies, telles que le statut territorial, ou rentrant dans des catégories bien précisées » (ces termes sont directement repris de l'article 39, paragraphe 2 c), de l'Acte de 1928). Il nous semble donc tout à fait clair que les Etats européens auteurs de ces deux traités européens ont

posé en principe que les déclarations faites en vertu de la clause facultative, avant ou après la conclusion du traité, ne produiraient aucun effet sur les obligations juridictionnelles incombant aux parties en vertu de celui-ci, à moins qu'une disposition expresse ne soit prévue à cet effet et ils n'étaient disposés à consentir à cela qu'aux conditions spécialement définies par le traité en question.

85. La question du rapport qui existe entre les réserves afférentes à la clause facultative et la compétence reconnue conventionnellement à la Cour a retenu particulièrement l'attention aux Etats-Unis où elle a été étudiée à propos de l'«amendement Connally», dont l'adoption par le Sénat s'est traduite par l'adjonction à la déclaration américaine d'acceptation de la clause facultative de la réserve «discrétionnaire» bien connue visant les questions qui relèvent de la compétence nationale des Etats-Unis. Deux ans plus tard, les Etats-Unis ont signé le pacte de Bogotá, traité général de règlement pacifique interaméricain qui attribue compétence à la Cour pour le règlement des différends d'ordre juridique «conformément au paragraphe 2 de l'article 36 du Statut». Toutefois, les Etats-Unis ont assorti leur signature d'une réserve spécifiant que leur acceptation de la juridiction obligatoire en vertu du pacte est soumise à «toute limitation de juridiction et autre catégorie de limitations contenues dans toute déclaration faite par les Etats-Unis au titre de la clause facultative, et en vigueur au moment de l'étude d'un cas déterminé». Les Etats-Unis semblent donc avoir reconnu que leurs réserves concernant la clause facultative ne seraient applicables que s'ils le prévoyaient expressément dans une réserve appropriée au pacte de Bogotá lui-même. Cette interprétation est confirmée par le fait que, d'une part, dans tous les cas où ils ont voulu appliquer la réserve Connally à la compétence dérivant d'un traité, les Etats-Unis ont insisté pour faire figurer une disposition précise à cet effet, et que, d'autre part, le département d'Etat n'a cessé de soutenir qu'en l'absence d'une telle disposition la réserve Connally ne s'applique pas. (Voir *American Journal of International Law*, 1960, p. 941-942, et *ibid.*, 1961, p. 135-141.) Qui plus est, le département d'Etat a adopté cette position à propos non seulement des clauses juridictionnelles de traités portant sur une matière déterminée, mais aussi de protocoles facultatifs dont le seul objet était d'assurer le règlement judiciaire de certaines catégories de différends juridiques (voir *Whiteman's Digest of International Law*, vol. 12, p. 1333). Sur ce point, les Etats-Unis paraissent nettement admettre que toute compétence conférée conventionnellement à la Cour dans le cadre de l'article 36, paragraphe 1, du Statut doit être considérée comme distincte et indépendante de la compétence qui lui est reconnue en vertu de l'article 36, paragraphe 2, par l'acceptation de la clause facultative. Ainsi, dans un rapport sur la ratification de la Convention supplémentaire relative à l'abolition de l'esclavage, le *Foreign Relations Committee* du Sénat des Etats-Unis a déclaré: «Etant donné que l'amendement Connally s'applique aux affaires portées devant la Cour en vertu de l'article 36, paragraphe 2, il ne s'applique pas aux affaires portées devant la Cour en vertu de l'article 36, paragraphe 1, et

par conséquent aux affaires relatives à la présente convention» (*US Senate, 90 Congress, 1st Session, Executive Report, n° 17, p. 5*).

86. Nous estimons donc que la thèse suivant laquelle la réserve de la France à sa déclaration d'acceptation de la clause facultative de 1966 doit être considérée comme applicable à la compétence de la Cour en vertu de l'Acte de 1928 ne concorde ni avec les principes ni avec la pratique.

*
* *
*

87. Il reste maintenant à examiner l'argument principal du Gouvernement français qui consiste à dire que les obligations assumées par sa déclaration de 1966 doivent être réputées prévaloir sur celles qui découlent de l'Acte de 1928, pour la raison que les déclarations d'acceptation de la clause facultative faites par la France et l'Australie équivalraient à un traité postérieur portant sur la même matière que l'Acte de 1928. Cet argument s'inspire probablement des opinions dissidentes exprimées par quatre juges dans l'affaire de la *Compagnie d'électricité de Sofia et de Bulgarie* (*C.P.I.J. série A/B n° 77*), bien que la lettre du Gouvernement français en date du 16 mai 1973 ne fasse pas mention de cette affaire. Ces juges ont suivi des raisonnements qui divergeaient à certains égards mais ils se sont accordés pour dire qu'un traité bilatéral de conciliation, d'arbitrage et de règlement judiciaire, conclu entre la Belgique et la Bulgarie en 1931, devait prendre le pas sur les déclarations des deux gouvernements au titre de la clause facultative, ledit traité étant postérieur aux déclarations. Toutefois, mises à part les critiques que pouvaient inspirer les raisonnements suivis par ces juges, leurs opinions n'apportent qu'un soutien précaire à la thèse du Gouvernement français. En effet, la situation, dans cette affaire, était exactement l'inverse de celle qui se présente en l'espèce, le traité bilatéral étant alors l'«accord» le plus récent. C'est une chose de dire qu'un traité postérieur, négocié et accepté de concert, doit l'emporter sur un accord antérieur né d'actes unilatéraux distincts; c'en est une autre de dire qu'un Etat peut, par une simple déclaration unilatérale, revenir sur les obligations souscrites en vertu d'un traité existant.

88. En tout cas, cette thèse est en contradiction avec l'arrêt rendu par la Cour permanente dans l'affaire susvisée et elle est diamétralement opposée à la position adoptée par la France et par M. Basdevant sur cette même question dans l'affaire de *Certains emprunts norvégiens*, ainsi qu'à l'opinion exprimée par la Cour actuelle dans l'affaire de l'*Appel concernant la compétence du Conseil de l'OACI*. Dans l'affaire de la *Compagnie d'électricité de Sofia et de Bulgarie*, tout en considérant que les deux déclarations d'acceptation de la clause facultative équivalaient à un accord, la Cour permanente a jugé que ces déclarations et le traité de 1931 constituaient des voies d'accès indépendantes et subsidiaires à la Cour qui pouvaient être utilisées cumulativement, selon les modalités propres à

chacune d'elles, pour essayer d'établir la compétence de la Cour. La Cour a fondé sa décision sur ce qui avait dû être, selon elle, l'intention des parties lorsqu'elles avaient conclu ces engagements multiples :

« la multiplicité d'engagements conclus en faveur de la juridiction obligatoire atteste chez les contractants *la volonté d'ouvrir de nouvelles voies d'accès à la Cour plutôt que de fermer les anciennes ou de les laisser se neutraliser mutuellement pour aboutir finalement à l'incompétence* » (C.P.J.I. série A/B n° 77, p. 76) (les italiques sont de nous).

En outre, pour mieux faire ressortir cette intention des Parties, la Cour a souligné qu'elles avaient plaidé leur cause en fonction « des conditions que prévoit indépendamment chacun des deux engagements » et que :

« Le Gouvernement bulgare ou le Gouvernement belge n'ont à aucun moment envisagé qu'il ait pu y avoir quelque restriction apportée, par l'un ou l'autre de ces engagements, à leur fonctionnement normal respectif pendant le temps ou ils étaient en vigueur. » (Ibid., p. 75.) (Les italiques sont de nous.)

89. Dans l'affaire de *Certains emprunts norvégiens*, ainsi que nous l'avons indiqué aux paragraphes 62 à 65 de la présente opinion, la France a cherché à fonder la compétence de la Cour uniquement sur les déclarations faites au titre de la clause facultative et elle a invoqué l'Acte de 1928, ainsi que la Convention d'arbitrage de 1904 et la deuxième Convention de La Haye de 1907, pour essayer de démontrer que la Norvège était tenue de soumettre les questions en litige à l'arbitrage. Dans cette affaire, la question du rapport entre les obligations juridictionnelles des Parties dérivées de la clause facultative et de traités respectivement ne s'est donc pas posée à propos de la compétence de la Cour. C'est la France elle-même qui l'a soulevée au sujet du rapport entre les obligations des Parties d'accepter la juridiction obligatoire conformément à la clause facultative et leurs obligations de se soumettre à l'arbitrage découlant des trois traités en cause dans l'affaire. De plus, la relation temporelle entre les acceptations de la juridiction au titre de la clause facultative et au titre des traités était la même qu'en la présente espèce, les trois traités étant tous antérieurs aux déclarations faites par les Parties sur la base de la clause facultative. Dans ses observations sur les exceptions préliminaires de la Norvège, après s'être référé à l'Acte général de 1928 et aux deux autres traités, le Gouvernement français a invoqué, en paraissant l'approuver entièrement, le passage de l'arrêt rendu par la Cour permanente dans l'affaire de la *Compagnie d'électricité de Sofia et de Bulgarie* où la Cour concluait que :

« la multiplicité d'engagements conclus en faveur de la juridiction obligatoire atteste chez les contractants la volonté d'ouvrir de nouvelles voies d'accès à la Cour plutôt que de fermer les anciennes ou de les laisser se neutraliser mutuellement pour aboutir finalement à l'incompétence ».

De même, à l'audience du 14 mai 1957, le Gouvernement français s'est expressément référé à l'article 17 de l'Acte de 1928 et a déclaré :

« Pour que, de cette multiplicité d'engagements d'arbitrage et de juridiction, découle l'incompétence de la Cour, *malgré la règle contraire de l'arrêt Compagnie d'Electricité de Sofia*, il faudrait que la Cour estime qu'il n'y a aucun différend d'ordre juridique... » (C.I.J. *Mémoires, Certains emprunts norvégiens*, vol. II, p. 61.) (Les italiques sont de nous.)

Lors du deuxième tour de plaidoiries — à propos cette fois de la deuxième Convention de La Haye de 1907 — le Gouvernement français a de nouveau rappelé à la Cour ce passage de l'arrêt rendu dans l'affaire de la *Compagnie d'électricité de Sofia et de Bulgarie* (*ibid.*, vol. II, p. 197).

90. Dans l'affaire de *Certains emprunts norvégiens*, la Cour, pour les raisons que nous avons déjà rapportées, a jugé inutile d'examiner cette question. M. Basdevant en a traité quant à lui et les observations qu'il a formulées à ce propos intéressent très directement le problème soulevé par le Gouvernement français dans la présente espèce. Après avoir souligné que la déclaration faite par la France conformément à la clause facultative restreignait « le domaine de la juridiction obligatoire plus que ne le faisait l'Acte général dans les rapports entre la France et la Norvège », M. Basdevant a fait observer ce qui suit :

« Or il est manifeste que cette déclaration unilatérale du Gouvernement français n'a pas pu modifier, dans ce sens restrictif, le droit alors en vigueur entre la France et la Norvège.

Dans une affaire où il avait été soutenu que non pas une déclaration unilatérale mais un traité entre deux Etats avait limité la portée entre eux de leurs déclarations antérieures acceptant la juridiction obligatoire, la Cour permanente a rejeté ce moyen... » (C.I.J. *Recueil 1957*, p. 75.)

Il cite ensuite le passage de l'arrêt en l'affaire de la *Compagnie d'électricité de Sofia et de Bulgarie* où il est question de la « multiplicité d'engagements » et l'applique à la situation telle qu'elle se présentait en l'affaire de *Certains emprunts norvégiens* en formulant les observations suivantes :

« Une voie d'accès à la Cour a été ouverte par l'adhésion des deux Parties à l'Acte général de 1928 : elle ne saurait être fermée ou neutralisée par la disposition restrictive que le Gouvernement français et non le Gouvernement norvégien a ajoutée à son acceptation nouvelle de la juridiction obligatoire énoncée dans sa déclaration de 1949. *Cette disposition restrictive, émanant d'un seul, ne fait pas droit entre la France et la Norvège ; elle ne suffit pas à faire échec au régime juridique existant entre eux sur ce point ; elle ne saurait fermer la voie d'accès à la Cour antérieurement ouverte ni la neutraliser pour*

aboutir à l'incompétence.» (Les italiques sont de nous; *C.I.J. Recueil 1957*, p. 75-76.)

Il est difficile de concevoir un rejet plus catégorique de la thèse qui voudrait qu'une déclaration unilatérale puisse modifier les conditions dans lesquelles la juridiction obligatoire a été acceptée sur la base d'un traité antérieur que cette prise de position de M. Basdevant dans l'affaire de *Certains emprunts norvégiens*.

91. La question à l'examen s'est en fait posée directement à la Cour à propos de sa compétence dans l'affaire de l'*Appel concernant la compétence du Conseil de l'OACI* (*C.I.J. Recueil 1972*, p. 46), où l'Inde avait, dans sa requête, fondé la compétence de la Cour sur certaines dispositions de la Convention relative à l'aviation civile internationale et de l'Accord relatif au transit des services aériens internationaux, ainsi que sur les articles 36 et 37 du Statut de la Cour. Le Pakistan ne s'était pas contenté de soulever certaines exceptions préliminaires d'incompétence de la Cour sur la base des dispositions des traités eux-mêmes; il avait aussi soutenu que la Cour devait de toute façon se déclarer incompétente étant donné l'effet d'une des réserves dont l'Inde avait assorti son acceptation de la juridiction obligatoire de la Cour en vertu de la clause facultative (*ibid.*, p. 53, et *C.I.J. Mémoires, Appel concernant la compétence du Conseil de l'OACI*, p. 379). En résumé, le Pakistan avait avancé dans cette affaire précisément l'argument développé par le Gouvernement français dans l'annexe à sa lettre du 16 mai 1973. Au surplus, la déclaration de l'Inde contenant la réserve en question avait été faite après la conclusion des deux traités, de sorte que cette affaire ressemblait trait pour trait à la présente instance. Dans son arrêt, la Cour a considéré les traités et les déclarations d'acceptation de la clause facultative comme deux sources distinctes et totalement indépendantes de compétence. En ce qui concerne notamment le fait que le Pakistan avait invoqué la réserve figurant dans la déclaration indienne, la Cour a dit:

« En tout cas, pareils motifs ne présenteraient de la pertinence que s'il s'avérait que les Traités et leurs clauses juridictionnelles sont insuffisants et que la source de la compétence de la Cour doit être recherchée en dehors d'eux, ce qui, d'après la Cour, n'est pas le cas pour les raisons qui vont être indiquées. » (*C.I.J. Recueil 1972*, p. 53.)

Ayant énoncé ces raisons, qui étaient que la Cour rejetait les exceptions préliminaires du Pakistan visant les clauses juridictionnelles des traités et qu'elle s'estimait compétente en vertu de ces clauses, la Cour a brièvement fait justice en ces termes de l'objection visant la réserve que comportait la déclaration indienne:

« La Cour ayant donc compétence en vertu de ces clauses et par suite ... en vertu de l'article 36, paragraphe 1, et de l'article 37 de son Statut, *il est sans pertinence d'examiner les objections visant d'autres fondements possibles de sa compétence.* » (*C.I.J. Recueil 1972*, p. 60). (Les italiques sont de nous.)

La Cour a donc expressément statué que la réserve figurant dans la déclaration faite depuis par l'Inde sur la base de la clause facultative était sans pertinence quand il s'agissait d'établir si elle avait compétence en vertu des traités antérieurs.

*
* *

*La violation de l'Acte de 1928 que l'Australie
aurait commise en 1939*

92. Pour finir, il convient de dire un mot d'un autre argument avancé dans l'annexe à la lettre du 16 mai 1973 pour justifier l'inapplicabilité de l'Acte de 1928 entre la France et l'Australie. A propos d'une autre thèse du Gouvernement français, nous avons déjà évoqué la notification que l'Australie avait adressée au Secrétaire général de la Société des Nations quatre jours après le début de la seconde guerre mondiale, pour indiquer qu'elle ne considérerait pas son adhésion à l'Acte comme « s'appliquant ou se rattachant à tout différend occasionné par les événements venant à se produire dans la crise actuelle » (par. 27). L'argument qui retient à présent notre attention consiste à dire que cette communication n'était pas conforme à la disposition de l'article 45 sur la notification des réserves, que l'Australie s'est abstenue de se mettre en règle avec cette disposition alors qu'elle aurait pu le faire en 1944, et que, bien que la France n'ait jamais protesté contre cette violation supposée, le Gouvernement français n'est pas tenu de respecter un traité que l'Australie « ne respecte plus elle-même depuis une date fort reculée ». Nous avons déjà souligné que l'Australie, comme le Canada, justifiait sa notification de la nouvelle réserve par l'effondrement du système de sécurité collective de la SdN et par les changements fondamentaux intervenus par rapport à la situation existant au moment où elle avait adhéré à l'Acte et que, si cette justification était fondée, rien ne pressait l'Australie de régulariser sa situation au titre de l'Acte en 1944. Si l'on tient compte des circonstances historiques de la notification australienne, on voit que ce dernier argument français manque lui aussi de plausibilité.

93. En février 1939, la France, le Royaume-Uni, l'Inde et la Nouvelle-Zélande ont tous avisé le Secrétaire général qu'ils excluaient de l'application de l'Acte de 1928 les « différends relatifs à des événements qui viendraient à se produire au cours d'une guerre dans laquelle [ils seraient] impliqué[s] ». Toutes ces notifications ont été faites expressément en vertu de l'article 45 de l'Acte, et elles étaient accompagnées d'explications relatives au retrait de certains membres de la SdN et à la nouvelle interprétation que d'autres donnaient de leurs obligations en matière de sécurité collective. Etant donné la similitude des termes des quatre notifications et le fait qu'elles ont été déposées presque en même temps (les 14 et 15 février 1939), il paraît évident que les quatre Etats ont agi de con-

cert. Ni l'Australie ni le Canada n'ont cependant pris de mesures semblables, à cette date, au sujet de l'Acte de 1928.

Le 7 septembre 1939, quatre jours après le déclenchement des hostilités, le Royaume-Uni, l'Australie, la Nouvelle-Zélande et le Canada ont notifié par lettre au Secrétaire général de la Société des Nations qu'ils ne considéraient pas que leur « acceptation de la disposition facultative s'applique à des différends qui pourraient résulter des événements survenant au cours des hostilités actuelles ». Dans sa lettre, le Royaume-Uni expliquait en détail que le système de sécurité collective de la Société des Nations s'était écroulé et que, de ce fait, les circonstances qui existaient au moment où il avait accepté la clause facultative s'étaient fondamentalement modifiées; on a en général considéré que ces explications reposaient, à tort ou à raison, sur la doctrine du changement fondamental de circonstances. Le Gouvernement australien a expressément fait siennes les explications du Gouvernement du Royaume-Uni, comme l'a fait aussi le Gouvernement français lorsqu'il a déposé sa notification d'une réserve du même genre trois jours plus tard seulement. L'Afrique du Sud et l'Inde ont suivi peu après. Là encore il paraît évident que les notifications de la France et des pays du Commonwealth correspondaient à une politique concertée au sujet des différends qui pourraient se produire entre les alliés et les Etats neutres. C'est conformément à cette politique concertée que, le jour même où elle envoyait sa notification au sujet de la clause facultative, l'Australie a en même temps fait part d'une réserve analogue visant l'Acte général. Ce faisant, elle s'est fondée expressément sur les explications données par le Royaume-Uni dans sa notification concernant la clause facultative à laquelle, comme on l'a vu, la France s'était également associée. De plus, si la notification de l'Australie concernant l'Acte général n'était pas conforme aux termes de l'article 45 de cet Acte, la notification française relative à la clause facultative n'était pas non plus conforme aux termes de son acceptation de ladite clause, qui devait rester en vigueur sans modification jusqu'au 25 août 1941. Par suite, si la France était fondée à invoquer un changement fondamental de circonstances à l'égard de son acceptation de la clause facultative, l'Australie n'était pas moins fondée à le faire à l'égard de son acceptation de l'Acte de 1928.

Il suffit donc de replacer les événements dans leur perspective historique pour faire justice de l'argument relatif à la prétendue violation de l'Acte qu'aurait commise l'Australie. En irait-il autrement, d'ailleurs, l'idée que la France est à présent en droit d'invoquer la violation alléguée pour considérer l'Acte comme inapplicable dans ses rapports avec l'Australie, et cela pour la première fois après le passage de trente-cinq années, cadrerait assez mal avec les règles du droit des traités (voir les articles 45 et 60 de la Convention de Vienne sur le droit des traités).

*
* *
*

Conclusions sur la compétence

94. Nous estimons donc que si l'on examine attentivement les diverses objections soulevées dans la lettre avec annexe du Gouvernement français en date du 16 mai 1973 pour contester la compétence de la Cour sur la base de l'Acte général de 1928, on est amené à constater que ces objections ne reposent sur rien de solide. L'examen de la question auquel nous avons nous-mêmes pris l'initiative de procéder ne nous a pas non plus révélé l'existence d'autres objections dignes d'être étudiées. Nous concluons donc que le demandeur peut invoquer l'article 17 de l'Acte de 1928 comme fondement valable et suffisant de la compétence de la Cour en l'espèce.

95. Il en découle que, comme la Cour l'a dit dans l'affaire de l'*Appel concernant la compétence du Conseil de l'OACI*, «il est sans pertinence d'examiner les objections visant d'autres fondements possibles de sa compétence». Il nous paraît donc inutile d'examiner l'autre fondement de juridiction invoqué par le demandeur, à savoir les deux déclarations faites par les Parties sur la base de la clause facultative, ou les autres problèmes, quels qu'ils soient, que pourraient soulever les réserves accompagnant ces déclarations.

*
* *
*

TROISIÈME PARTIE. LES CONDITIONS POSÉES PAR L'ARTICLE 17
DE L'ACTE DE 1928 ET LA RECEVABILITÉ DE LA REQUÊTE

96. Il nous paraît évident qu'il n'existe aucun motif qui autoriserait à considérer la demande comme irrecevable. Nous nous proposons d'examiner dans cette partie de notre opinion dans quelle mesure les motifs qui peuvent être invoqués se rattachent à la question de la compétence ou sont présentés à part. Nous affirmons dès le départ que le concept de recevabilité ne comporte aucun élément qui soit de nature à priver le requérant de la possibilité d'un examen au fond. Cette observation s'applique, en particulier, à l'affirmation selon laquelle la demande ne révèle l'existence d'aucun différend d'ordre juridique ou encore selon laquelle il s'agit d'un différend de caractère exclusivement politique et par suite non justiciable.

97. Aux termes de l'article 17 de l'Acte de 1928, la juridiction conférée à la Cour comprend «tous différends au sujet desquels les parties se contesteraient réciproquement un droit» (mis à part, évidemment, ceux qui seraient réservés en vertu de l'article 39 de l'Acte). L'article 17 poursuit: «il est entendu que les différends ci-dessus visés comprennent notamment ceux que mentionne l'article 36 du Statut de la Cour permanente...». Les différends «que mentionne l'article 36 du Statut de la Cour permanente» sont les quatre catégories de différends d'ordre juri-

dique énumérées dans la clause facultative de ce Statut et du Statut actuel. De plus, sauf peut-être sur un point qui n'intervient pas dans la présente affaire ¹, on admet généralement que la portée de ces quatre catégories de «différends juridiques» est pratiquement identique à celle de la formule, «tous différends au sujet desquels les parties se contesteraient réciproquement un droit» que l'on trouve auparavant dans l'article 17. Par suite, un différend «au sujet duquel les parties se contesteraient réciproquement un droit» appartient aussi à l'une des quatre catégories de différends juridiques mentionnées dans la clause facultative et vice versa.

98. Dans la présente instance, l'Australie a précisé l'objet du différend aux paragraphes 2 à 20 de sa requête, où elle déclare notamment que, dans une série de notes diplomatiques remises à partir de 1963, elle a maintes fois fait connaître au Gouvernement français son opposition à la poursuite, par la France, d'essais nucléaires en atmosphère dans la région du Pacifique Sud; le différend juridique s'est concrétisé selon elle dans les notes diplomatiques des 3 janvier, 7 février et 13 février 1973 annexées à sa requête. Dans la première de ces trois notes, le Gouvernement australien indiquait clairement qu'à son avis la poursuite des essais serait :

«contraire au droit, d'autant qu'elle implique une modification des conditions physiques sur le territoire australien et au-dessus de ce territoire, la pollution de l'atmosphère et des ressources de la mer, l'ingérence dans la liberté de navigation tant en haute mer que dans l'espace aérien surjacent et une infraction aux normes juridiques régissant les essais d'armes nucléaires dans l'atmosphère».

Cette opinion a été contestée par le Gouvernement français dans sa réponse du 7 février 1973, où ce gouvernement se déclarait convaincu que «ses expériences nucléaires n'ont violé aucune règle du droit international» et où il répliquait point par point aux thèses juridiques australiennes. Dans une note ultérieure du 13 février, le Gouvernement australien a exprimé son désaccord avec les vues du Gouvernement français, réaffirmé que la poursuite des essais violait des règles du droit international et déclaré qu'il était clair «qu'à cet égard il existe entre nos deux gouvernements un différend juridique important». Puis, après avoir évoqué longuement les conséquences des explosions nucléaires et la prise de conscience croissante du danger qu'elles représentent, ainsi que certains aspects particuliers et conséquences spécifiques des essais français, l'Australie énumérait, au paragraphe 49 de sa requête, trois catégories distinctes de droits australiens qui, selon elle, avaient été, étaient et seraient violés par les essais français en atmosphère.

¹ Voir les opinions divergentes de MM. Badawi et Lauterpacht dans l'affaire de *Certains emprunts norvégiens* sur la question de savoir si un différend qui porte essentiellement sur l'application du droit interne rentre dans les catégories de différends juridiques énumérées à l'article 36, paragraphe 2, du Statut; *C.I.J. Recueil 1957*, p. 29 à 33 et 36 à 38.

99. A première vue, il est difficile d'imaginer un litige constituant plus clairement, par son objet et par sa formulation, un « différend juridique », que celui dont la Cour est saisie dans la requête. Le Gouvernement français lui-même ne semble pas avoir contesté, au cours des échanges diplomatiques, la qualification de « différend juridique important » appliquée en l'espèce par le Gouvernement australien, même si, dans la note susmentionnée du 7 février 1973 il a manifesté un certain scepticisme au sujet des considérations juridiques invoquées par l'Australie. De plus, ni dans sa lettre du 16 mai 1973 à la Cour, ni dans l'annexe à cette lettre, le Gouvernement français n'a aucunement laissé entendre que le différend n'était pas un différend « au sujet ... [duquel] les parties se contesteraient réciproquement un droit », ou qu'il n'était pas un « différend juridique ». Bien que, dans cette lettre et dans son annexe, le Gouvernement français ait présenté toute une série d'arguments pour justifier son affirmation d'après laquelle la compétence de la Cour ne saurait être fondée sur l'Acte général de 1928 dans la présente affaire, il n'a pas contesté que le différend ait le caractère d'un « différend juridique » aux fins de l'article 17 de cet Acte.

100. Dans son *Livre blanc sur les expériences nucléaires* publié en juin 1973, le Gouvernement français adopte néanmoins le point de vue selon lequel il ne s'agit pas d'un différend juridique. Le chapitre II, intitulé « Questions juridiques », s'achève sur une section relative à la compétence de la Cour, dont le paragraphe final est ainsi rédigé :

« La Cour n'est pas compétente, enfin, parce que l'affaire qui lui est soumise n'est pas fondamentalement un différend d'ordre juridique. Elle se trouve, en fait et par divers biais, invitée à prendre position sur un problème purement politique et militaire. Ce n'est, selon le Gouvernement français, ni son rôle ni sa vocation. » (P. 23.)

Cela équivaut clairement à affirmer que le différend porte sur des questions d'un domaine autre que juridique et ne peut donc être tranché par une décision de la Cour.

101. Conformément à l'ordonnance du 22 juin 1973, l'Australie a présenté des observations sur les questions de la compétence de la Cour et de la recevabilité de la requête. Sous la rubrique de la « compétence » elle a exprimé son avis, notamment, sur la nature politique ou juridique du différend ; et sous la rubrique de la « recevabilité » elle a fourni d'autres explications relatives aux trois catégories de droits qu'enfreint, d'après elle, la poursuite d'essais nucléaires en atmosphère par la France dans la région du Pacifique Sud. Ces droits, tels qu'ils ont été énoncés au paragraphe 49 de la requête et exposés plus longuement au cours de la procédure, peuvent se définir généralement comme suit :

- 1) Un droit que l'on dit appartenir à tout Etat, y compris l'Australie, de ne pas être exposé aux essais d'armes nucléaires effectués dans l'atmosphère par un pays quelconque, en vertu de ce qui constitue maintenant, affirme l'Australie, une règle généralement reconnue de droit international coutumier interdisant tous les essais de ce genre.

A l'appui du droit dont il allègue l'existence, le Gouvernement australien invoque diverses considérations, y compris la formation, à partir de 1955, d'une opinion publique très hostile aux essais en atmosphère, la conclusion du traité de Moscou sur l'interdiction des essais en 1963, le fait que cent six Etats environ sont depuis lors devenus parties à ce traité, les protestations diplomatiques et autres élevées par de nombreux Etats contre les essais en atmosphère, les résolutions de l'Assemblée générale condamnant ces essais, ainsi que les déclarations faites à la Conférence sur Stockholm sur l'environnement humain, les articles 55 et 56 de la Charte, les dispositions de la Déclaration universelle des droits de l'homme et du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, ainsi que plusieurs autres déclarations relatives aux droits de l'homme dans leurs rapports avec l'environnement.

- 2) Un droit de l'Australie, qui serait un attribut inhérent de sa souveraineté territoriale, de ne pas être exposée, sans y avoir consenti, au dépôt sur son territoire et à la dispersion dans son espace aérien de retombées radioactives provenant des essais nucléaires français. Le simple fait de l'intrusion des retombées, les effets nocifs qui les accompagnent et l'atteinte au droit que l'Australie possède de décider en toute indépendance des actes qui auront lieu sur son territoire (ce qu'elle appelle son « pouvoir souverain de décision »), tout cela, affirme-t-elle, constitue autant de violations de ce droit. A l'appui du droit dont il allègue ainsi l'existence, le Gouvernement australien invoque toute une série de documents juridiques, y compris des déclarations de la Cour dans l'affaire du *Détroit de Corfou* (C.I.J. *Recueil 1949*, p. 22 et 35), de Max Huber dans l'*Arbitrage de l'île de Palmas* (Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. II, p. 839) et de la Cour permanente de Justice internationale dans l'affaire du *Régime douanier entre l'Allemagne et l'Autriche* (C.P.J.I. *série A/B n° 41*, p. 39), la déclaration de l'Assemblée générale relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération, la Charte de l'unité africaine, plusieurs déclarations de l'Assemblée générale et de l'Unesco relatives à la radiodiffusion par satellite, ainsi que diverses opinions doctrinales.
- 3) Un droit, qui découlerait du caractère de *res communis* de la haute mer et appartiendrait à l'Australie en commun avec tous les autres Etats maritimes, à ce que la France respecte la liberté de la haute mer; et en particulier, le droit d'exiger qu'elle s'abstienne *a)* de gêner les navires et les aéronefs en haute mer et dans l'espace aérien surjacent et *b)* de causer la pollution de la haute mer par des retombées radioactives. A l'appui du droit dont il allègue ainsi l'existence, le Gouvernement australien cite les articles 2 et 25 de la Convention de Genève de 1958 sur la haute mer, les commentaires de la Commission du droit international relatifs aux dispositions correspondantes de ses projets d'articles sur le droit de la mer et plusieurs autres textes juridiques, dont des comptes rendus des débats de la Commission du droit inter-

national, des passages de l'arrêt rendu par la Cour dans l'affaire des *Pêcheries*, diverses déclarations et dispositions conventionnelles relatives à la pollution maritime, ainsi que des opinions doctrinales.

En réponse à une question posée par un membre de la Cour, le Gouvernement australien a aussi donné des éclaircissements sur i) la distinction qu'il établit entre la propagation de substances chimiques ou autres du territoire d'un Etat à celui d'un autre par l'effet d'une utilisation normale et naturelle du premier et celle qui ne résulte pas d'une utilisation normale et naturelle; ii) la question de savoir s'il y a lieu d'établir un préjudice ou d'alléguer un préjudice éventuel pour être fondé à agir dans des affaires de ce genre.

102. Pour chacune des catégories de droits indiquées ci-dessus, l'Australie affirme qu'il existe, à la charge de la France, une obligation juridique corrélative, dont la violation engagerait la responsabilité internationale de cet Etat vis-à-vis d'elle. De plus, elle a développé une argumentation générale par laquelle elle s'efforce d'établir la responsabilité internationale de la France en faisant appel à la doctrine de « l'abus de droit », pour le cas où la France serait considérée comme ayant en principe le droit d'effectuer des essais nucléaires dans l'atmosphère. Elle mentionne à cet égard une déclaration de M. Alvarez dans l'affaire de l'*Anglo-Iranian Oil Co.*, le rapport du Comité juridique consultatif afro-asiatique sur la légalité des essais nucléaires en 1964, l'article 74 de la Charte, les opinions de certains juristes et d'autres documents juridiques.

103. Sous la rubrique « recevabilité », l'Australie a aussi exposé ses vues sur la question visée au paragraphe 23 de l'ordonnance du 22 juin 1973, de son « intérêt juridique » par rapport aux demandes formulées dans sa requête. Elle a traité en particulier la question de savoir si, quand il s'agit d'un droit appartenant à la communauté internationale dans son ensemble, un Etat agissant individuellement est fondé à prétendre faire respecter ce droit par un autre Etat indépendamment de tout préjudice qu'il aurait subi lui-même. L'Australie affirme que tout Etat peut avoir un intérêt juridique à obtenir le respect de certaines catégories d'obligations *erga omnes* et elle cite certaines déclarations de la Cour permanente et de la Cour actuelle, plus particulièrement le prononcé de la Cour actuelle en l'affaire de la *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (deuxième phase, C.I.J. Recueil 1970, p. 32)*. En ce qui concerne le droit qui serait un élément inhérent de sa souveraineté territoriale, il lui paraît évident qu'un Etat possède un intérêt juridique « à ce que son territoire soit protégé contre tout acte extérieur nuisible, quelle qu'en soit la forme, à ce que le bien-être de sa population soit défendu et à ce que son intégrité et son indépendance nationales soient sauvegardées ». Pour ce qui est du droit qui résulterait du caractère de *res communis* de la haute mer, l'Australie soutient que « tous les Etats possèdent un intérêt juridique propre à la sauvegarde de la liberté de la haute mer », que la pratique des Etats montre que l'Etat intéressé n'a pas besoin de posséder à titre individuel un intérêt concret déterminé et que cet intérêt juridique

général de tous à la sauvegarde de la liberté des mers est expressément reconnu dans le domaine des essais nucléaires. A l'appui de sa démonstration, l'Australie cite des textes juridiques divers.

*
* *
*

104. Nous avons résumé ainsi très brièvement les thèses juridiques du Gouvernement australien, mais nous ne voudrions pas que l'on en conclue que nous exprimons un avis quelconque sur le bien ou le mal-fondé de telle ou telle de ces thèses. Nous donnons ce résumé à seule fin de montrer le contexte de l'application de l'article 17 de l'Acte de 1928 et d'une décision sur la recevabilité de la requête australienne. Avant de tirer une conclusion quelconque de cet aperçu des thèses juridiques australiennes, cependant, il nous incombe d'indiquer aussi comment nous concevons les principes d'après lesquels ces questions devraient être appréciées au stade actuel de la procédure.

* *

105. Bien qu'intrinsèquement liées à la recevabilité, les questions de savoir s'il existe un «différend juridique ou politique» et un «intérêt juridique» touchent en même temps, en vertu de l'article 17 de l'Acte de 1928, à la compétence de la Cour en la présente affaire. Par conséquent, il est inutile que nous précisions à ce propos que tel point a trait à la compétence et tel autre à la recevabilité, d'autant que ni la pratique de la Cour permanente ni celle de la Cour actuelle ne tend à établir de distinction tranchée entre les exceptions préliminaires d'incompétence et celles d'irrecevabilité: l'accent est mis plutôt sur le caractère essentiellement préliminaire ou non préliminaire de l'exception considérée que sur son classement parmi les exceptions d'incompétence ou les exceptions d'irrecevabilité (cf. art. 62 du Règlement de la Cour permanente, art. 62 de l'ancien Règlement de la Cour actuelle et art. 67 du nouveau Règlement). En effet, étant donné la nature consensuelle de la compétence d'un tribunal international, une exception d'incompétence tout comme une exception d'irrecevabilité peut soulever des questions intéressant le fond; ce qui importe alors, c'est de savoir si la Cour peut ou non se prononcer valablement sur l'exception au cours de la procédure préliminaire sans donner aux parties la possibilité de présenter leurs conclusions sur le fond. La réponse à cette question varie nécessairement selon que l'exception a vraiment un caractère préliminaire ou qu'elle est trop étroitement liée au fond pour pouvoir faire l'objet d'une juste décision sans que les parties aient d'abord exposé leurs moyens sur le fond. C'est pourquoi l'article 67, paragraphe 7, du Règlement, lorsqu'il indique comment la Cour doit statuer sur une exception préliminaire, prévoit expressément la possibilité que la Cour «déclare que cette exception n'a pas dans les circonstances de l'espèce un caractère exclusivement préliminaire». Ces principes sont manifestement applicables dans la présente espèce même si, du

fait que la France est absente de la procédure, les problèmes de compétence et de recevabilité qui se posent à la Cour n'ont pas été soulevés sous la forme d'exceptions au sens strict.

106. L'affirmation faite par le Gouvernement français que le différend n'est pas fondamentalement de nature juridique mais porte sur une question d'ordre purement politique et militaire revient à soutenir, en substance, que ce n'est pas un différend dans lequel les Parties se contestent réciproquement un droit, ou encore qu'il n'entre pas dans les catégories de différends d'ordre juridique visées au paragraphe 2 de l'article 36 du Statut. On peut aussi voir dans cette affirmation la thèse que le droit international n'impose à la France aucune obligation juridique touchant les questions en litige, qui doivent donc être considérées comme laissées par ce droit à sa compétence nationale exclusive, ou bien, plus simplement, la thèse que les expériences nucléaires de la France ne violent aucune règle de droit international existante, comme l'a dit le Gouvernement français dans sa note diplomatique du 7 février 1973 au Gouvernement australien. Mais de quelque manière qu'on la formule, cette thèse est manifestement et directement liée au point de savoir si les prétentions du demandeur sont juridiquement fondées. Quelle qu'en soit la forme, et comme l'a dit la Cour permanente à propos de moyens analogues dans l'affaire de la *Compagnie d'électricité de Sofia et de Bulgarie*, cette thèse « forme une partie du fond même du différend » et revient à « non seulement toucher au fond du différend, mais prendre position à l'égard de l'un de ses éléments essentiels » (*C.P.J.I. série A/B n° 77*, p. 78 et 82-83). Pareille thèse ne peut donc, en principe, être considérée comme soulevant une question véritablement préliminaire.

107. Nous avons dit « en principe » parce que nous reconnaissons que, si un demandeur essayait de faire passer pour juridique une prétention dont aucun juriste éclairé ne pourrait admettre qu'elle repose sur la moindre base juridique rationnelle, c'est-à-dire raisonnablement soutenable, il serait alors possible de trancher *in limine*, à titre de question préliminaire, une exception contestant la nature juridique du différend. Cela signifie que, pendant la phase préliminaire de la procédure, la Cour peut avoir à se livrer à un examen sommaire du fond du différend dans la mesure où cela lui est nécessaire pour s'assurer que l'affaire fait apparaître des prétentions raisonnablement soutenables ou des questions pouvant raisonnablement prêter à contestation, autrement dit des prétentions ou des contestations qui sont fondées rationnellement sur un ou plusieurs principes de droit dont l'application peut permettre de régler le différend. L'essentiel, en ce qui concerne cet examen préliminaire du fond, est qu'il faudra trancher la question de la compétence ou de la recevabilité qui est en cause en considérant non pas si la prétention du demandeur est fondée mais exclusivement si elle fait apparaître un droit à soumettre cette demande à la décision de la Cour. Celle-ci peut être amenée à donner une certaine indication du fond de la demande afin de montrer que celle-ci est rationnelle et soutenable. Mais ni une telle indication préliminaire ni aucune conclusion sur la compétence ou la receva-

bilité ne saurait préjuger le fond de l'affaire. C'est pourquoi la Cour, lorsqu'elle a eu à examiner le fond pour se prononcer sur des questions préliminaires, a toujours veillé à ce que cet examen n'empiète pas sur sa décision touchant le fond. Cette remarque vaut aussi bien lorsque les points litigieux sont des points de droit que lorsqu'il s'agit de points de fait; la maxime *jura novit curia* ne signifie pas que la Cour puisse, dans une affaire, se prononcer sur des points de droit sans entendre les moyens des parties.

108. Il n'est sans doute pas facile de définir par une formule simple le critère précis qui doit s'appliquer. Mais il ressort clairement, nous semble-t-il, de la jurisprudence constante de la Cour permanente comme de la Cour actuelle que, dès lors qu'on ne peut se prononcer sur des points soulevés au cours d'une procédure préliminaire sans aborder et préjuger le fond, ces points ne doivent pas être tranchés sans que les parties aient d'abord présenté leurs conclusions sur le fond (cf. *Décrets de nationalité promulgués en Tunisie et au Maroc, avis consultatif, C.P.J.I. série B n° 4*; affaire du *Droit de passage sur le territoire indien, C.I.J. Recueil 1957*, p. 133-134; affaire de l'*Interhandel, C.I.J. Recueil 1959*, p. 23-25). Nous pouvons nous guider, d'une manière générale, sur les observations qu'a formulées la Cour actuelle dans l'affaire de l'*Interhandel* en rejetant le moyen de la compétence nationale qui avait été invoqué à titre d'exception préliminaire:

« Pour déterminer si l'examen des titres ainsi invoqués échappe à la compétence de la Cour pour le motif allégué par les Etats-Unis, la Cour s'inspirera de ce qu'a fait la Cour permanente de Justice internationale en présence d'une contestation analogue dans son avis consultatif sur les *Décrets de nationalité promulgués en Tunisie et au Maroc* (série B n° 4). En conséquence, la Cour n'entend pas, en la présente phase de la procédure, apprécier la validité des titres invoqués par le Gouvernement suisse ni se prononcer sur leur interprétation, ce qui serait aborder le fond du différend. Elle se bornera à rechercher *si les titres invoqués par le Gouvernement suisse permettent la conclusion provisoire qu'ils peuvent être pertinents en l'espèce et, dans ce cas, à rechercher si les questions relatives à la validité et à l'interprétation de ces titres sont des questions de droit international.* »
(Les italiques sont de nous.)

Dans l'affaire de l'*Interhandel*, après avoir examiné sommairement les titres invoqués par la Suisse, la Cour a conclu qu'ils mettaient l'un et l'autre en jeu des questions de droit international et a donc rejeté l'exception préliminaire.

109. L'analyse sommaire que nous avons faite ci-dessus des titres invoqués par l'Australie à l'appui de ses prétentions nous paraît amplement suffisante pour justifier, selon les termes utilisés par la Cour dans l'affaire de l'*Interhandel*, « la conclusion provisoire qu'ils peuvent être pertinents en l'espèce » et que « les questions relatives à la validité et à

l'interprétation de ces titres sont des questions de droit international ». Il ne nous appartient pas d'«apprécier la validité [de ces] titres» au stade actuel de la procédure car ce serait «aborder le fond du différend». Mais l'examen sommaire que nous en avons fait nous a convaincus qu'ils ne sauraient équitablement être considérés comme futiles ou vexatoires, ni simplement comme le manteau que des juristes auraient jeté avec art sur un différend de nature essentiellement politique. Au contraire, les demandes présentées à la Cour dans la présente instance et les moyens juridiques avancés nous semblent être fondés sur des motifs rationnels et raisonnablement soutenables. Ces demandes et moyens juridiques sont rejetés par le Gouvernement français sur la base de motifs juridiques. Ces circonstances sont en soi suffisantes, à notre avis, pour qu'on puisse qualifier le présent différend de «différend au sujet duquel les parties se contestent réciproquement un droit» et de «différend d'ordre juridique» au sens de l'article 17 de l'Acte de 1928.

110. La conclusion qui vient d'être énoncée est conforme à ce que nous croyons être la conception admise de la distinction entre les différends relatifs à des droits et les différends relatifs à ce qu'on appelle des conflits d'intérêts. Selon cette conception, un différend est politique, et par conséquent non justiciable lorsqu'on peut démontrer que la prétention élevée repose sur des considérations autres que juridiques, par exemple sur des considérations d'ordre politique, économique ou militaire. Dans un tel différend, l'une des parties au moins ne se contente pas de faire valoir des droits de caractère juridique, mais invoque un intérêt dont elle demande qu'il soit pris en considération même si cela doit modifier la situation juridique existant entre les parties. En l'espèce, toutefois, le demandeur invoque des droits de nature juridique et ne défend pas simplement son intérêt politique; il demande expressément à la Cour de définir et d'appliquer ce qu'il prétend être des règles de droit international existantes. Bref, il demande que le différend soit réglé «sur la base du respect du droit», ce qui est la caractéristique même d'une demande de règlement judiciaire, et non pas politique, d'un différend international (cf. *Interprétation de l'article 3, paragraphe 2, du traité de Lausanne, C.P.J.I. série B n° 12*, p. 26). De même la France, en contestant les thèses du demandeur, ne se borne pas à faire valoir ses intérêts politiques ou militaires vitaux mais soutient que les règles de droit international invoquées par le demandeur n'existent pas ou n'ont pas la portée que celui-ci leur donne. L'attitude prise par les Parties à l'égard du différend nous paraît donc démontrer de façon concluante qu'il s'agit bien d'un différend «juridique» et justiciable.

111. Cette conclusion ne saurait être affectée, selon nous, par l'observation ou la supposition que, lorsqu'il a porté l'affaire devant la Cour, le demandeur était animé par des mobiles ou des considérations d'ordre politique. Bien rares seraient en effet les affaires justiciables au regard de la Cour s'il fallait considérer qu'un différend juridique perd son caractère juridique chaque fois que l'une ou l'autre des parties ou les deux sont influencées aussi par des considérations d'ordre politique. Ni en matière

contentieuse ni à propos d'une demande d'avis consultatif la Cour permanente ou la Cour actuelle n'a jamais admis qu'une contestation de caractère intrinsèquement juridique puisse perdre ce caractère en raison des considérations politiques qui s'y attachent.

112. Notre conclusion n'est pas non plus affectée en aucune manière par l'observation qu'en l'espèce la Cour, pour faire droit aux demandes de l'Australie, devrait modifier plutôt qu'appliquer le droit existant. Outre que le demandeur prie explicitement la Cour d'appliquer le droit existant, il ne nous semble pas qu'en l'occurrence elle soit appelée à faire autre chose que s'acquitter de sa mission normale qui consiste à régler le différend en appliquant le droit conformément aux directives expresses qui lui sont données à l'article 38 du Statut. Nous reconnaissons pleinement que, comme la Cour l'a souligné récemment dans les affaires de la *Compétence en matière de pêcheries* « la Cour, en tant que tribunal, ne saurait rendre de décision *sub specie legis ferendae*, ni énoncer le droit avant que le législateur l'ait édicté » (*C.I.J. Recueil 1974*, p. 23-24 et 192). Ce prononcé, qui n'a d'ailleurs été émis qu'après un examen détaillé de ces affaires au fond, ne signifie nullement que la Cour doive déterminer *in limine litis* le caractère de *lex lata* ou de *lex ferenda* d'une règle de droit coutumier invoquée, ni se prononcer sur son existence ou son inexistence au cours de la procédure préliminaire sans avoir donné aux parties la possibilité de présenter leurs moyens juridiques sur le fond. Dans la présente affaire, la Cour est priée d'exercer la fonction parfaitement normale qui est la sienne et qui consiste à apprécier les divers éléments, relatifs à la pratique des Etats et à l'*opinio juris*, qu'invoque le demandeur pour établir la formation d'une règle de droit coutumier. La Cour s'est acquittée de cette fonction dans les affaires de la *Compétence en matière de pêcheries* et si, dans la présente espèce, elle avait examiné l'affaire au fond et fait droit aux prétentions du demandeur elle n'aurait pu aboutir à cette décision qu'en considérant que la règle invoquée avait effectivement acquis le caractère de *lex lata*.

113. Indépendamment de ces considérations fondamentales, nous ne pouvons manquer d'observer que, pour alléguer des violations de sa souveraineté territoriale et de droits découlant du principe de la liberté de la haute mer, le demandeur invoque aussi des droits établis de longue date — et même élémentaires — dont le caractère de *lex lata* ne fait pas de doute. En ce qui concerne ces droits, la Cour est appelée à déterminer leur étendue et leurs limites compte tenu des droits d'autres Etats, tâche inhérente à la mission qui lui est confiée par l'article 38 du Statut.

114. Ces observations s'appliquent aussi à l'argument qui consiste à dire que le demandeur n'est pas en situation d'invoquer à l'encontre de la France l'existence d'une règle de droit international coutumier étant donné qu'il ne s'est pas opposé aux essais d'armes nucléaires en atmosphère qui ont été effectués dans la région de l'océan Pacifique avant 1963 et y a même apporté une contribution active. Cet argument soulève manifestement toute la question du caractère évolutif du droit international coutu-

mier, sur laquelle la Cour ne devrait pas se prononcer à ce stade préliminaire de la procédure. Telle qu'elle a été présentée à la Cour, la position juridique du demandeur se fonde précisément sur la thèse que c'est à l'occasion de ces essais et dans la période qui a suivi que l'opinion publique a pris de plus en plus conscience des dangers des retombées nucléaires et a manifesté une vive opposition aux essais nucléaires en atmosphère; et qu'au surplus la conclusion en 1963 du traité de Moscou sur l'interdiction partielle des essais nucléaires a abouti à la création d'une règle de droit international coutumier interdisant de tels essais. Le demandeur a aussi appelé l'attention sur l'opposition constante qu'il a toujours exprimée à l'égard des essais en atmosphère à partir de 1963. En conséquence, si la conduite passée du demandeur est sans aucun doute un des éléments que la Cour aurait dû prendre en considération, c'est toutefois sur la base de la pratique des Etats dans son ensemble que la Cour aurait dû établir l'existence ou l'inexistence de la règle alléguée. En résumé, si pertinente qu'elle soit, cette question nous semble relever essentiellement du fond de l'affaire et ne pas appeler de décision de la Cour au stade préliminaire actuel.

115. Nous ne voyons pas non plus en quoi l'existence d'une divergence de vues marquée entre le demandeur et le Gouvernement français au sujet de la matérialité des dommages résultant des retombées nucléaires ou du risque de dommages pouvant en résulter affecte le caractère juridique du différend ou appelle une décision de la Cour déclarant d'emblée la requête irrecevable. Cette question nous semble encore une fois devoir être tranchée au stade du fond. D'un côté, le Gouvernement australien a fait un exposé sur « les explosions nucléaires et leurs conséquences » aux paragraphes 22 à 39 de sa requête et, afin, de démontrer que la communauté internationale se préoccupait de plus en plus de la question, il a invoqué une série de résolutions de l'Assemblée générale, la création en 1955 du Comité scientifique des Nations Unies pour l'étude des effets des radiations ionisantes et les rapports que ce comité a publiés par la suite au sujet de ces radiations, le traité d'interdiction partielle des essais, le traité interdisant les armes nucléaires en Amérique latine, et les déclarations et résolutions adoptées par les Etats du Pacifique Sud, d'Amérique latine, d'Afrique et d'Asie ainsi qu'une résolution de la vingt-sixième Assemblée mondiale de la Santé. L'Australie a aussi invoqué le préjudice psychologique qui a été, selon elle, causé aux habitants de ce pays du fait des craintes que leur inspirent les effets éventuels des retombées radioactives pour leur bien-être et celui de leurs descendants. De l'autre côté, la Cour a eu communication des assurances que le Gouvernement français a données à plusieurs reprises dans des notes diplomatiques et des déclarations publiques au sujet des précautions qu'il a prises pour que les essais nucléaires s'effectuent « en toute sécurité », ainsi que des rapports de divers organismes scientifiques, notamment les rapports du *National Radiation Advisory Committee* d'Australie de 1967, 1969, 1971 et 1972 et le rapport du *National Radiation Laboratory* de Nouvelle-Zélande de 1972, qui ont tous conclu que les effets des retombées radioactives pro-

venant des essais français étaient inférieurs au seuil de risque pour la santé publique. En outre, la Cour est saisie du rapport d'une réunion, tenue en mai 1973, d'experts australiens et français qui ont abouti à des conclusions communes sur les données concernant l'importance quantitative des retombées mais ont exprimé des opinions divergentes sur l'interprétation qu'il fallait en tirer quant aux risques biologiques encourus. Quelles que soient les impressions qu'on retire au premier abord des preuves présentées jusqu'ici à la Cour, les questions de la matérialité des dommages et du risque de dommages futurs résultant des essais nucléaires en atmosphère ne peuvent manifestement pas, selon nous, être réglées à ce stade préliminaire, sans que les Parties aient eu la possibilité d'exposer pleinement leurs arguments devant la Cour.

116. Le différend sur les faits relatifs aux dommages résultant ou pouvant résulter des retombées nucléaires radioactives nous paraît relever nettement de la troisième des catégories de différends d'ordre juridique énumérées au paragraphe 2 de l'article 36 du Statut : à savoir un différend ayant pour objet « la réalité de tout fait qui, s'il était établi, constituerait la violation d'un engagement international ». A notre avis, un tel différend est inextricablement lié au fond de l'affaire. Quoi qu'il en soit d'ailleurs, l'Australie soutient, à propos de chacun des droits qu'elle invoque, que la France viole ce droit du seul fait de ses essais atmosphériques, que l'existence d'un dommage causé à l'Australie soit ou non prouvée. Ainsi, toute la question de la matérialité du préjudice apparaît comme inextricablement liée au fond du différend. De même que les questions de savoir s'il existe, d'une part, une règle générale de droit international interdisant les essais en atmosphère et, d'autre part, des règles générales de droit international applicables aux atteintes à la souveraineté territoriale d'un Etat causées par le dépôt de retombées nucléaires et à la violation de son « pouvoir souverain de décision » qu'est un tel dépôt sur son territoire, celle de savoir si l'existence d'un dommage réel constitue un élément essentiel des règles ainsi alléguées est une « question de droit international » et fait partie du fond juridique du différend. La même observation vaut, *mutatis mutandis*, s'agissant de savoir si un Etat qui introduit une action dans laquelle il allègue que la liberté des mers a été violée doit établir que ses intérêts propres ont subi de ce fait un préjudice effectif.

117. Enfin, nous allons examiner maintenant la question de l'intérêt juridique de l'Australie à faire valoir ses prétentions. En ce qui concerne le droit que l'Australie dit être inhérent à sa souveraineté territoriale, nous pensons qu'elle est fondée à considérer qu'elle a un intérêt juridique évident à défendre ce droit. Qu'elle réussisse ou non à convaincre la Cour que le droit qu'elle revendique ainsi découle du principe de la souveraineté territoriale, l'Australie possède manifestement un intérêt juridique à soumettre cette question à la Cour pour défendre sa souveraineté territoriale. En ce qui concerne son droit de ne pas être exposée à des essais atmosphériques, droit qu'elle dit posséder en commun avec d'autres Etats, la question de l'« intérêt juridique » nous semble là encore faire

partie de la question juridique générale qui forme le fond du différend. Si les éléments de preuve produits par l'Australie devaient convaincre la Cour de l'existence d'une règle générale de droit international interdisant les essais nucléaires en atmosphère, il appartiendrait à celle-ci de se prononcer en même temps sur le caractère et le contenu précis de cette règle et, notamment, sur la question de savoir si elle confère à tout Etat le droit d'introduire individuellement une action pour faire respecter cette règle. En résumé, la question de l'« intérêt juridique » ne peut être dissociée de la question juridique de fond relative à l'existence et à la portée de la règle de droit international coutumier qui est alléguée. Nous admettons que l'existence d'une *actio popularis* en droit international est discutable, mais les observations émises par la Cour actuelle dans l'affaire de la *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*¹ suffisent à démontrer que la question peut être considérée comme susceptible de faire l'objet d'une argumentation juridique rationnelle et d'être valablement portée devant la Cour.

118. S'agissant du droit qui, selon l'Australie, découle du principe de la liberté de la haute mer, il paraît clair là encore que le point relatif à l'« intérêt juridique » fait partie de la question juridique générale de fond. Dans ce cas, l'existence de la règle fondamentale, celle de la liberté de la haute mer, n'est pas douteuse et est établie de façon autorisée par l'article 2 de la Convention de Genève de 1958 sur la haute mer. Les questions sur lesquelles les Parties sont en litige à ce propos sont les suivantes: i) l'établissement d'une zone d'expérimentation d'armes nucléaires englobant des régions de la haute mer et l'espace aérien surjacent est-il admissible au regard de cette règle ou viole-t-il les libertés de la navigation et de la pêche; ii) les essais d'armes nucléaires en atmosphère constituent-ils également des violations de la liberté des mers en raison de la pollution des eaux qui résulterait du dépôt de retombées radioactives? Au sujet de ces questions, le demandeur soutient qu'il possède non seulement un intérêt général et commun en tant qu'usager de la haute mer mais aussi que sa situation géographique lui confère un intérêt particulier à ce que soient respectées les libertés de la navigation, de survol et de la pêche dans la région du Pacifique Sud. Que les Etats soient titulaires de droits individuels et collectifs en ce qui concerne les libertés de la haute mer, cela découle de la conception même de ces libertés qui implique que tous les Etats ont des droits d'usage, ainsi qu'il ressort implicitement de nombreuses dispositions de la Convention de Genève de 1958 sur la haute mer. D'ailleurs, l'existence de ces droits est démontrée par la longue suite de différends internationaux qui sont nés au cours de l'histoire des revendications contradictoires émises par différents Etats quant à leurs droits sur la haute mer. En conséquence, il nous semble difficile d'admettre que le demandeur ne soit même pas fondé dans la présente instance à essayer d'établir devant la Cour qu'il a un intérêt juridique propre à introduire

¹ *Deuxième phase, C.I.J. Recueil 1970, p. 32.*

une instance à l'égard d'actes qu'il considère comme des violations des libertés de la navigation, de survol et de la pêche. Comme nous l'avons déjà dit, ce point fait partie intégrante des questions juridiques de fond soulevées à propos de la liberté des mers et, selon nous, ne pouvait être tranché par la Cour qu'au stade du fond.

119. Eu égard aux observations qui précèdent, il nous paraît clair qu'aucune des objections examinées dans cette partie de notre opinion n'est de nature à faire obstacle à l'exercice de la compétence de la Cour sur le fond de l'affaire en vertu de l'article 17 de l'Acte général de 1928. Qu'elles visent la compétence ou la recevabilité, ou bien elles sont dénuées de fondement, ou bien elles n'ont pas « dans les circonstances de l'espèce un caractère exclusivement préliminaire ». Ne souscrivant pas à la décision de la Cour selon laquelle la demande de l'Australie est désormais sans objet, nous estimons que la Cour aurait dû décider d'examiner à présent l'affaire au fond.

QUATRIÈME PARTIE. CONCLUSION

120. Etant d'avis que la Cour a compétence et que l'affaire qui lui a été soumise ne fait apparaître aucun motif permettant de considérer les demandes de l'Australie comme irrecevables, nous estimons que le Statut et le Règlement donnaient au demandeur le droit de voir la Cour statuer sur le différend. L'arrêt prive le demandeur de ce droit en se fondant sur une procédure et un raisonnement auxquels nous ne pouvons, à notre grand regret, trouver aucune justification ni dans le Statut et le Règlement ni dans la pratique et la jurisprudence de la Cour.

(Signé) Charles D. ONYEAMA.

(Signé) Hardy C. DILLARD.

(Signé) E. JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA.

(Signé) H. WALDOCK.
