

OPINION INDIVIDUELLE DE M. GROS

Bien que mon opinion sur cette affaire ne se fonde pas sur le raisonnement de la Cour tel qu'il est exprimé dans les motifs de la décision, j'ai voté pour le dispositif parce que l'arrêt met fin à l'action entamée par le demandeur et, en ce sens, rencontre les vues de ceux qui avaient, dès la première phase de l'examen judiciaire en juin 1973, considéré qu'il n'y avait pas de différend juridique. En jugeant que, aujourd'hui en tout cas, l'affaire entre les deux Etats n'a plus d'objet, la Cour y met un terme par une autre voie.

La Cour a adopté comme base juridique de son arrêt la nécessité de régler cette question de l'existence de l'objet du différend comme absolument préliminaire, même vis-à-vis des questions concernant sa compétence et des autres questions se rattachant à la recevabilité. L'arrêt ne traite que de la disparition de l'objet de la demande et aucune décision n'a été prise sur les questions touchant l'incompétence de la Cour ou l'irrecevabilité de la demande; il n'y a donc pas lieu de traiter ces questions. Reste le problème de l'inexistence d'un différend justiciable dès le début de l'affaire présentée à la Cour, sur lequel je crois nécessaire de donner quelques indications.

1. Pour rechercher si le procès manquait de base dès l'origine il faut évidemment partir de la requête introductive d'instance du 9 mai 1973 qui définit l'objet de la demande. Le demandeur prie la Cour d'« ordonner à la République française de ne plus faire de tels essais » [atmosphériques d'armes nucléaires dans le Pacifique Sud]. Cette demande est fondée sur une argumentation juridique en vingt-deux lignes dont la brièveté est compensée par l'indication *in fine* que, pour ces motifs « ou pour tout autre motif jugé pertinent par la Cour, la poursuite des essais ... n'est pas compatible avec les règles applicables du droit international ». J'ai rappelé dans une autre affaire que la confusion était fréquente entre motivation et conclusions *stricto sensu* et avait été critiquée par M. Basdevant (*C.I.J. Recueil 1974*, p. 137 et suiv.); elle persiste cependant et est singulièrement visible ici. Pour obtenir l'interdiction à l'avenir de ces essais nucléaires il fallait bien que le demandeur se fonde, même elliptiquement, sur des règles de droit opposables au défendeur et dont il laissait à la Cour, dans la requête, le soin de les découvrir et de choisir. Mais on ne voit pas comment il est possible, dans ces lignes qui précèdent la formulation de la demande et en sont détachées formellement et logiquement, de lire une demande de jugement déclaratoire par la Cour sur l'illicéité des essais. La question posée est celle de l'interdiction des essais français dans la région du Pacifique Sud parce que tous les essais nucléaires, où que ce

soit et par qui que ce soit, seraient illicites selon le demandeur. Il fallait donc établir une motivation juridique, l'illicéité des expériences pour obtenir l'objet de la demande qui était une décision d'interdiction. La conclusion *stricto sensu* c'était l'interdiction, l'illicite étant le raisonnement justificatif.

2. La règle est que la Cour est saisie de l'objet précis de la demande de la manière où celle-ci a été formulée. L'affaire consistait en une demande d'interdiction des essais atmosphériques, parce que illicites. C'est un contentieux de légalité, non pas de responsabilité, sur laquelle ne porte pas la requête. Pour réussir, le demandeur devait établir que sa demande d'interdiction des essais atmosphériques français était fondée sur un comportement du Gouvernement français contraire à des règles de droit international opposables à ce gouvernement.

Mais il ne suffit pas de poser à la Cour une question, même apparemment juridique dans sa présentation, pour qu'il y ait objectivement un différend. Une formule de M. Morelli décrit bien la situation: « le simple fait que l'une des Parties affirme l'existence d'un différend ne prouve pas que ce différend existe réellement » (*C.I.J. Recueil 1962*, p. 565, voir aussi p. 564, 566 à 568) et j'avais évoqué le problème dès l'ordonnance du 22 juin 1973 en parlant de « faux différend » (*C.I.J. Recueil 1973*, p. 118) et de « litige inexistant » (*ibid.*, p. 120). J'avais alors insisté sur le caractère préliminaire, singulièrement en cas de défaut, de l'examen de l'existence réelle du différend pour qu'une affaire puisse être traitée par la Cour dans l'exercice régulier de sa fonction judiciaire. En décidant cet examen préliminaire, après beaucoup de délais et sans référence au défaut, la Cour affirme le principe de l'antériorité nécessaire de l'examen de la question de la réalité d'un différend. Le point est donc acquis. Rien dans la procédure de la Cour n'empêchait en juin 1973 l'examen de la question de savoir si le différend exposé à la Cour par le demandeur était dépourvu de réalité dès l'origine.

3. Lorsque la Cour se trouve devant plusieurs raisons invoquées pour soutenir qu'une affaire ne peut pas être jugée au fond, qu'il s'agisse de motifs d'incompétence ou d'irrecevabilité, elle a toujours pris le plus grand soin de ne pas se lier ni à un classement ni à une hiérarchie entre ces diverses motivations dont chacune peut aboutir au rejet de la demande. Dans l'affaire du *Cameroun septentrional*, la Cour a refusé de systématiser ces problèmes et de définir recevabilité et intérêt, en analysant en détail les faits de l'affaire qui lui permettraient d'établir sa décision (cf. *C.I.J. Recueil 1963*, p. 28):

«Certaines contradictions entre les thèses des Parties sont nées de ce que l'on n'attribuait pas le même sens à des mots tels que «inté-rêt» et «recevabilité». La Cour reconnaît que, dans des contextes différents, ces termes peuvent avoir des sens différents mais elle n'estime pas nécessaire en l'espèce d'en examiner la signification. Aux fins de la présente espèce, une analyse des faits tenant compte de certains principes directeurs peut suffire pour résoudre les questions qui retiennent l'attention de la Cour.»

Et plus loin, pages 29 et 30: «c'est toujours à la Cour qu'il appartient de déterminer si ses fonctions judiciaires sont en jeu».

Ainsi c'est un principe de bon sens que la Cour applique: si une constatation est suffisante par elle-même pour trancher le problème de compétence de la Cour, au sens le plus large du mot, c'est-à-dire de décider de l'impossibilité de juger une affaire, il est inutile de procéder à l'examen des autres motifs. Pour qu'il y ait une procédure sur le fond il faut qu'il y ait un objet de litige capable de jugement selon le rôle attribué à la Cour par son Statut; dans la présente affaire où de nombreux griefs d'incompétence et d'irrecevabilité furent soulevés, la question de l'absence d'objet de l'instance était celle qu'il fallait trancher la première précisément parce que, si elle était admise, l'affaire disparaissait sans débat. La notion de phase du fond n'a aucun sens dans une fausse instance, pas plus que la notion d'une phase juridiction-recevabilité, et encore moins d'une phase de mesures conservatoires derrière le mythe que ces mesures ne préjugent en rien la décision finale (sur ce point, cf. opinion dissidente sur l'ordonnance du 22 juin 1973, p. 123). Il faut bien du goût pour le formalisme pour invoquer comme intangibles les catégories habituelles de phases lorsque tout, dans une affaire, dépend de la reconnaissance qu'une requête était sans base, sans cause et qu'il n'existait aucun différend juridique dont la Cour puisse être saisie. C'est faire de la succession des phases dans l'examen des affaires par la Cour une sorte de rituel qui ne trouve aucune justification dans la conception générale du droit international, non formaliste. Il s'agit de pratiques dans la procédure de la Cour dont celle-ci règle l'organisation au mieux des intérêts de la justice. L'article 48 du Statut en remettant à la Cour la «direction du procès» n'a en rien qualifié l'exercice de ce droit par des règles formalistes et l'institution des phases n'exige pas nécessairement des plans successifs dans l'examen de toute affaire, ni pour les parties, ni pour la Cour.

4. Attendre quelques années — plus d'une année et demie s'est déjà écoulée — pour décider, sans hâte, d'abord qu'un tribunal est compétent pour la raison que les deux Etats sont formellement tenus par une clause juridictionnelle, sans déterminer la portée de cette clause, et joindre les questions de recevabilité au fond pour ensuite, peut-être, conclure au

fond qu'il n'y a pas de fond ne serait pas une bonne manière d'administrer la justice.

Il est sans pertinence de dire que, avec cette vue des choses, l'Etat qui fait défaut serait plus vite libéré d'un procès que l'Etat qui répond par des exceptions préliminaires; en dehors du problème du défaut (cf. sur ce point par. 23 et suiv. ci-après), lorsqu'on est en présence de l'hypothèse d'une instance inexistante, pouvant même impliquer un abus du droit de saisir le juge, aucune raison n'apparaît d'attendre pour en juger, sinon des habitudes ou même des routines.

Dans les affaires du *Sud-Ouest africain*, dans l'arrêt du 21 décembre 1962 (*C.I.J. Recueil 1962*, p. 328), avant d'étudier les exceptions préliminaires de compétence et de recevabilité soulevées par le défendeur, la Cour a, *proprio motu*, soulevé le problème de l'existence d'un différend réel entre les demandeurs et le défendeur (voir aussi l'opinion de M. Morelli sur ce point, *C.I.J. Recueil 1962*, p. 564 à 568).

5. Les faits de l'affaire ne laissent pas de doute selon moi sur l'inexistence du différend dès la présentation de la requête.

Dans la série de notes diplomatiques adressées au Gouvernement français par le Gouvernement australien entre 1963 et la fin de 1972 (requête, p. 35 à 49), à aucun moment n'a été avancé l'argument de l'illicéité des expériences françaises pour justifier une demande d'arrêt de ces expériences qui serait fondée sur des règles de droit international opposables au Gouvernement français. La formule de protestation exprime des « regrets » que le Gouvernement français procède à ces essais et l'on expose de « vives inquiétudes » chez les populations de la région (requête, p. 43, 45 et 47). On pense si peu du côté australien à une règle opposable aux essais de la France qu'on déclare souhaiter « voir universellement appliqué et accepté » le traité de 1963 sur les essais nucléaires (note du 2 avril 1970, requête, p. 45; dans les mêmes termes exactement, note du 20 avril 1971, requête, p. 47, et note du 29 mars 1972, requête, p. 49). Il n'est pas question d'illicéité, pas davantage de dommages occasionnés et de responsabilité internationale, seulement d'une opposition de principe à tous les essais nucléaires par tous Etats, avec une constance absolue jusqu'à la note du 3 janvier 1973, où pour la première fois le Gouvernement australien demande au Gouvernement français « de s'abstenir de tous nouveaux essais » qu'il estime contraires au droit (requête, p. 51); c'est la note qui ouvre le contentieux avec ce changement complet d'attitude.

La raison du changement est donnée par le Gouvernement australien dans sa requête:

« Dans sa note [du 3 janvier 1973], le Gouvernement australien indiquait explicitement qu'à son avis les essais français étaient illégaux et que, s'il ne pouvait obtenir du Gouvernement français une entière assurance qu'aucune nouvelle expérience ne serait faite, son seul recours serait d'user des voies de droit internationales appro-

priées. En exprimant ainsi avec plus de force le point de vue précédemment exposé au nom de l'Australie, le Gouvernement traduisait très directement les convictions du peuple australien, qui venait d'élire une administration travailliste, tenue par un programme où figurait la déclaration suivante: «Les travaillistes s'opposent à la mise au point, à la prolifération, à la possession et à l'emploi des armes nucléaires, chimiques et bactériologiques.» (Requête p. 9-11, par. 14.)

On remarquera aussi au paragraphe 15 qui suit: «Le Gouvernement australien soutenait [dans ses notes des 3 janvier et 7 février 1973] que la poursuite des essais par la France était illégale et demandait leur cessation.»

6. Le fond du débat n'est donc plus le même; on «soutient» l'illicéité et l'on «demande» la cessation des essais parce que le parti travailliste est opposé à la mise au point, à la possession et à l'emploi des armes nucléaires et que le Gouvernement est lié par son programme électoral. Cette raison du changement d'administration est dénuée de toute pertinence; l'Etat demeure lié par ses comportements dans les relations internationales, quelles que soient les promesses électorales. Si, pendant dix ans les gouvernements australiens ont traité les expériences dans le Pacifique comme gênantes mais non illicites, sous réserve de certaines protestations de principe et de manifestations d'inquiétudes, l'argument d'un programme électoral ne suffit pas à écarter cette constatation expresse des éléments juridiques d'une situation.

Dans la requête le demandeur a bien aperçu à l'avance que son changement d'attitude posait un problème sérieux et il a tenté de le voiler en disant qu'il ne faisait qu'exprimer «avec plus de force le point de vue précédemment exposé au nom de l'Australie». Il est facile de montrer que le point de vue précédent était totalement différent. En plus des notes diplomatiques des dix années antérieures à 1973 qui sont décisives et démontrent que le Gouvernement australien n'invoquait aucune base juridique à l'encontre de la décision du Gouvernement français de procéder à des essais dans la région du Pacifique Sud, il suffira de rappeler que l'Australie s'est associée à diverses explosions atmosphériques sur son propre territoire ou à l'entour et qu'elle s'est, par sa conduite, prononcée sans équivoque sur la licéité de ces expériences et de celles faites par d'autres Etats dans le Pacifique.

7. La première explosion nucléaire atmosphérique du Royaume-Uni eut lieu le 3 octobre 1952 aux îles Montebello, situées près de la côte nord-ouest de l'Australie. C'est le ministre australien de la défense qui annonça que l'expérience avait réussi et le premier ministre australien la décrivit comme «une nouvelle preuve du fait très important que le développement de la science dans le Commonwealth britannique se fait à un niveau extrêmement élevé» (*Keesing's Contemporary Archives*, 11-18 octobre 1952, p. 12497). Le premier ministre du Royaume-Uni envoya un message de félicitations au premier ministre d'Australie. Marine,

aviation et autres services du Gouvernement australien étaient associés à la préparation et à la réalisation de l'expérience; trois zones de sécurité avaient été interdites au survol et à la navigation, sous peine de prison et d'amendes.

Le 15 octobre 1953 une autre expérience britannique eut lieu à Woomera, en Australie, avec nouvelle zone interdite de 80 000 milles carrés. Le ministre britannique de l'approvisionnement, parlant à la Chambre des communes, avait annoncé le 24 juin 1953 la nouvelle série d'expériences, qui était préparée en collaboration avec le Gouvernement australien et avec l'aide de la marine et de l'aviation australiennes (*Keesing's*, 1953, p. 13222).

Deux nouvelles séries d'expériences britanniques eurent lieu en 1956, l'une aux îles Montebello (16 mai et 19 juin), l'autre à Maralinga, en Australie du Sud (27 septembre, 4, 11 et 21 octobre). Le premier ministre australien par intérim, commentant les retombées, déclara qu'aucun danger pour la santé ne pouvait en résulter. Des militaires australiens étaient présents comme observateurs pendant la deuxième série d'expériences (*Keesing's*, 1956, p. 14940). Le Gouvernement britannique indiqua le 7 août 1956 que le Gouvernement australien avait fourni une entière coopération et que divers départements ministériels australiens avaient donné une aide appréciée sous la coordination du ministre australien de l'approvisionnement. La seconde expérience de cette série fut observée par ce ministre et des membres du Parlement australien (*Keesing's*, 1956, p. 15248).

Le premier ministre britannique déclarait le 7 juin 1956:

« Les Gouvernements de Sa Majesté en Australie et en Nouvelle-Zélande ont accepté d'apporter au groupe spécial diverses formes d'aide et d'appui à partir des territoires australien et néo-zélandais. Nous en sommes extrêmement reconnaissants. » (*Hansard*, 1956, col. 1283.)

8. Une participation active à des expériences atmosphériques répétées pendant plusieurs années constitue, en soi, la reconnaissance que de telles expériences étaient conformes aux règles du droit international. Pour démontrer que les expériences actuelles ne seraient plus licites un effort a été fait pour soutenir, d'une part, que ce qui est louable de la part de certains Etats est exécrable de la part d'autres, d'autre part, que les expériences atmosphériques sont devenues illicites depuis le temps où l'Australie elle-même contribuait aux retombées nucléaires.

9. Le 3 mars 1962, après que le Gouvernement des Etats-Unis eut décidé d'effectuer des essais nucléaires dans le Pacifique Sud, le ministre australien des affaires extérieures a dit:

« Le Gouvernement australien ... a d'ores et déjà exprimé ses vues, à savoir que s'il apparaissait nécessaire aux Etats-Unis de procéder, pour la sécurité du monde libre, à des essais nucléaires dans l'atmosphère, les Etats-Unis devraient avoir toute latitude pour ce faire. » (Requête, p. 37.)

Quelques jours après cette déclaration, le 16 mars 1962, le Gouvernement australien autorisait les Etats-Unis à utiliser l'île Christmas (sur l'île Christmas du 24 avril au 30 juin, plus de vingt essais, et sur l'île Johnston du 9 juillet au 4 novembre 1962, essais à très grande altitude).

Le Gouvernement australien déclarait également dans un aide-mémoire du 9 septembre 1963 :

« Après la signature du traité interdisant les essais nucléaires dans l'atmosphère, dans l'espace extra-atmosphérique et sous l'eau, le Gouvernement australien reconnaît aussi que les Etats-Unis doivent prendre les précautions nécessaires pour se réserver la possibilité d'effectuer des essais dans l'éventualité, soit d'une violation du traité, soit de l'exercice par certains autres Etats de leur droit de dénoncer le traité. » (*Ibid.*, p. 39.)

Par contre, cinq ans plus tard, ne pensant qu'aux expériences françaises et chinoises, le Gouvernement australien écrivait :

« Le 5 avril 1968, à Wellington (Nouvelle-Zélande), le Conseil de l'ANZUS (Australie-Nouvelle-Zélande-Etats-Unis) a fait figurer la déclaration suivante dans le communiqué publié à l'issue de la réunion qu'il venait de tenir :

« Ayant constaté que la Chine communiste et la France poursuivent leurs essais d'armes nucléaires dans l'atmosphère, les ministres ont réaffirmé leur opposition à tous les essais d'armes nucléaires dans l'atmosphère effectués au mépris de l'opinion mondiale telle qu'elle s'exprime dans le traité interdisant les essais d'armes nucléaires. » (*Ibid.*, p. 43.)

10. Dans une autre occasion le Gouvernement australien avait déjà manifesté le même sens de la différence. Au Conseil de tutelle, examinant en 1954 certains dommages causés aux îles Marshall par des expériences nucléaires de la Puissance administrante, le délégué australien n'a suivi aucune des délégations qui critiquaient le principe même de ces expériences.

11. Il n'est pas injuste de constater que, pour le Gouvernement australien, ce qui est excellent pour les alliés qui pourraient le protéger ne l'est pas pour d'autres : *Quod licet Jovi non licet bovi*. C'est au moment où le délégué des Etats-Unis révèle aux Nations Unies que son gouvernement détient 615 385 fois l'équivalent de la première bombe atomique (Commission politique, 21 octobre 1974) que le Gouvernement australien exige du Gouvernement français qu'il renonce à produire des armes atomiques.

Il reste à dire brièvement comment cette position constante du Gouvernement australien, de 1963 à fin 1972, jusqu'au changement exposé au paragraphe 5 ci-dessus, empêche sur le plan juridique le demandeur de paraître devant la Cour pour prétendre que, parmi les expériences nu-

cléaires, on peut en choisir certaines pour en déclarer l'illicéité et les interdire seules. Il y a en effet de nombreux empêchements parmi lesquels la Cour était déjà en mesure de choisir, en juin 1973, pour déclarer l'affaire sans objet. Pour simplifier prenons la raison majeure: le principe de l'égalité des Etats.

12. La prétention du demandeur d'imposer une certaine politique de défense nationale à un autre Etat est une intervention dans les affaires intérieures de cet Etat dans un domaine où une telle intervention est particulièrement inadmissible. Le Gouvernement du Royaume-Uni s'exprimait ainsi sur ce point, le 2 juillet 1973:

« La question de savoir si la France doit ou non développer sa puissance nucléaire ne nous concerne pas. C'est à elle seule qu'il appartient d'en décider. » (*Hansard*, col. 60.)

Dans son livre *The Function of Law in the International Community* (Oxford, 1933, p. 188) M. Hersch Lauterpacht (plus tard sir Hersch) écrivait:

« c'est étendre la fonction judiciaire jusqu'au point de rupture que de vouloir lui faire trancher la question de savoir si un différend est politique en ce sens qu'il met en jeu l'indépendance, les intérêts vitaux ou l'honneur de l'Etat. On peut donc douter qu'un tribunal quelconque puisse, dans l'exercice de sa fonction judiciaire, passer outre à l'affirmation d'un Etat qu'un différend touche à sa sécurité ou à ses intérêts vitaux. Comme nous l'avons vu, les intérêts en question sont d'une nature si subjective qu'elle exclut l'application de toute norme objective, non seulement dans le cas de traités généraux d'arbitrage mais aussi dans le cas de chaque différend. »

La Cour a eu connaissance du projet de loi déposé par le Gouvernement français en 1929 devant le Parlement pour autoriser l'adhésion à l'Acte général de Genève du 26 septembre 1928; il comportait une réserve formelle excluant « les différends ayant trait à des prétentions de nature à porter atteinte à l'organisation de la défense nationale ». Le 11 juillet 1929, le rapporteur de la Commission des affaires étrangères a expliqué que la réserve était inutile:

« Au reste, les termes mêmes dans lesquels l'exposé des motifs la présente en montrent l'inutilité. « En l'absence de dispositions contractuelles résultant de conventions existantes ou de celles qui seront conclues sous l'action de la Société des Nations en matière de limitation des armements, dit le texte, litiges ayant trait à des prétentions de nature à porter atteinte à l'organisation de la défense nationale. » Or, précisément parce que ces dispositions n'existent pas, comment une juridiction arbitrale pourrait-elle statuer dans un conflit de ce genre autrement qu'en reconnaissant que chaque Etat est actuellement maître d'organiser sa défense nationale ainsi qu'il l'entend? Imagine-t-on une jurisprudence arbitrale prétorienne substituant

son action à celle de Genève ou, en tout cas, dépassant celle-ci? Le danger apparaît comme un peu chimérique.» (*Documents parlementaires*, Chambre des députés, 1929, ann. 1368, p. 407, 408, ann. 2031, p. 1143.)

L'exposé des motifs du projet de loi d'adhésion insiste fermement sur le caractère indispensable de la compétence du Conseil de la Société des Nations, pour «apprécier les facteurs d'ordre politique ou d'ordre moral susceptibles de peser dans le règlement de certains conflits n'ayant pas un caractère strictement juridique», litiges «dont la gravité politique peut éventuellement être telle que le recours au Conseil soit indispensable» (*eod. loc.*, p. 407). Telle était la position officielle du Gouvernement français qu'éclaire ici aussi le rapporteur de la Commission des affaires étrangères qui insiste sur la combinaison du recours au conseil et du règlement juridictionnel (*eod. loc.*, ann. 2031, p. 1142).

13. Il n'est pas déraisonnable de penser que le monde contemporain est encore convaincu du bon sens des observations citées au paragraphe précédent (cf. l'arrangement de Luxembourg du 29 janvier 1966 entre les membres de la Communauté économique européenne sur les «intérêts très importants»). Mais il y a plus qu'un aspect négatif dans l'absence d'objet de la demande australienne. Le principe de l'égalité devant le droit est constamment invoqué, réaffirmé et inscrit dans les textes les plus solennels. Ce principe perdrait toute signification si l'attitude «à chacun sa règle» était tolérée dans la pratique des Etats et devant le juge. Sir Gerald Fitzmaurice a exposé ce qu'il faut penser à ce sujet dans son rapport spécial à l'Institut de droit international «The Future of Public International Law» (1973, p. 35 à 41).

Dans le cas présent le demandeur a essayé de présenter à la Cour comme objet d'un différend juridique une demande d'interdiction d'actes auxquels il s'est lui-même livré ou associé, en soutenant que ces actes étaient alors non seulement licites mais à encourager pour la défense d'une certaine catégorie d'Etats. Or le demandeur a négligé une partie de la déclaration du premier ministre du Royaume-Uni devant la Chambre des communes, le 7 juin 1956, où celui-ci avait exprimé des remerciements à l'Australie pour sa collaboration aux expériences britanniques (par. 7 ci-dessus). Le premier ministre disait aussi :

«Je ne vois certainement pas pour quelle raison notre pays ne procéderait pas à des expériences analogues à celles qui ont été effectuées tant par les Etats-Unis que par la Russie soviétique. Nous ne faisons rien de plus. J'ai déjà dit que nous sommes prêts à participer à la mise au point de systèmes de limitation. Je pense personnellement que cela est souhaitable et que c'est possible.» (*Hansard*, col. 1285.)

Le 2 juillet 1973 l'*Attorney-General* analysait ainsi la position juridique du Gouvernement britannique :

« Même si la France a violé une obligation internationale, ce n'est pas une obligation qu'elle devait quant au fond au Royaume-Uni et il ne semble pas qu'un droit subjectif propre dont le Royaume-Uni serait titulaire ait été enfreint. » (*Hansard*, col. 99.)

Ceci malgré la position géographique des îles Pitcairn, dans le Pacifique.

Le demandeur s'est disqualifié par son comportement et ne peut présenter une demande fondée sur un « double standard » de conduite et de droit. Ce qui était bon pour l'Australie aux côtés du Royaume-Uni et des Etats-Unis ne peut être illicite pour d'autres Etats. La Cour permanente de Justice internationale a appliqué le principe *allegans contraria non audiendus est* dans l'affaire des *Prises d'eau à la Meuse* (C.P.J.I. série A/B n° 70, p. 25).

14. Dans l'argumentation née en 1973 pour les besoins de la présente affaire on a aussi prétendu que l'attitude différente du Gouvernement australien à l'égard du Gouvernement français s'expliquait par le fait que, à l'époque des explosions auxquelles le Gouvernement australien s'était associé et qu'il déclarait louables en soi, la conscience du danger des retombées n'était pas encore aiguë. La lecture des rapports du Comité scientifique des Nations Unies sur les effets des radiations ionisantes, établi par l'Assemblée générale en 1955, montre qu'il n'en est rien. S'il est exact de dire que les informations sont devenues plus nombreuses et plus précises au cours des années, les rapports de ce comité ont constamment rappelé que « les essais antérieurs à 1963 représentent encore de loin la plus grande série d'événements produisant une contamination globale radioactive » (rapport 1972, chap. I, p. 3).

Quant à la conscience de dangers particuliers pour l'Australie le Comité consultatif national sur les radiations, désigné par le Gouvernement australien en mai 1957, était chargé de donner des avis sur toute question relative aux effets des radiations sur la communauté australienne. La Cour a pu prendre connaissance des rapports de 1967 (deux rapports), 1969, 1971 et 1972; le rapport de mars 1967 indique que le précédent rapport était de 1965, qu'il traitait en détail la question des retombées sur l'environnement australien et les effets sur l'homme:

« A l'époque le comité était parvenu à la conclusion que les essais d'armes nucléaires français qui devaient avoir lieu dans l'océan Pacifique Sud n'entraîneraient probablement aucun risque appréciable pour la santé de la population australienne. » (Rapport au premier ministre, mars 1967, par. 3.)

Cette même formule est reprise dans le rapport de mars 1967, paragraphe 11, pour la première série des essais français de juillet à octobre 1966 et dans le rapport de décembre 1967, paragraphe 11, après examen des effets de la deuxième série d'essais en juin et juillet 1967 en tenant

compte des doses de radiation de ces deux séries. Le rapport de mars 1969 du Comité national australien au premier ministre concerne les essais français de juillet à septembre 1968 et reprend dans le paragraphe 12 la conclusion citée ci-dessus du rapport de mars 1967, paragraphe 3. Le rapport du Comité en mars 1971 rappelle au paragraphe 3 que les retombées de tous les essais français, en 1966, 1967, 1968, ne constituaient pas un risque pour la santé de la population australienne. La formule du paragraphe 12 conclut de la manière traditionnelle, en ce qui concerne les essais de 1970. L'absence de risque est encore reconnue dans le rapport du Comité national en juillet 1972 aux paragraphes 8, 9 et 11. Mais, avec la nouvelle administration australienne, ce comité scientifique est dissous; un rapport sera demandé par le premier ministre le 12 février 1973 à l'Académie australienne des sciences dont le Conseil désignera un comité qui fera un rapport sur les effets biologiques des retombées; les conclusions de ce rapport firent l'objet d'un examen avec des savants français en mai 1973, à la veille de la requête introductive d'instance. Les discussions continuent, semble-t-il, même entre savants australiens, à la suite de ce dernier rapport.

15. Pour que les « expériences analogues » du Gouvernement français soient un objet de différend que la Cour puisse traiter il faudrait en tout cas que, à un certain moment de l'histoire du développement des armes nucléaires, ce qui était licite soit devenu illicite. C'est la démonstration de ce changement qui serait nécessaire pour relever le demandeur de la disqualification résultant de son comportement: ce qui, entre 1963 et fin 1972, a été présenté par l'Australie comme un conflit d'intérêts, une opposition de vues politiques sur les problèmes de prolifération des armes atomiques, leur mise au point, leur détention et leur emploi, donc comme la contestation de la prétention française au développement de l'arme nucléaire de façon indépendante, n'a pas changé de nature juridique par le seul effet du changement opéré par un nouveau gouvernement australien dans la présentation formelle des thèses antérieures. Il faudrait prouver qu'entre les explosions antérieures à 1963 et les explosions postérieures la communauté internationale soit passée du non-droit au droit.

16. La recherche de la Cour sur ce point pouvait prendre place dès juin 1973 parce qu'il ne s'agit que de vérification préliminaire de problèmes entièrement détachés du fond, quelles que soient les vues qu'on puisse avoir sur le côté sacramentel de la distinction entre les phases d'une procédure (cf. par. 3 ci-dessus). En effet si le traité du 5 août 1963 interdisant les essais nucléaires dans l'atmosphère, dans l'espace extra-atmosphérique et sous l'eau n'est pas opposable à la France, il n'y a pas de litige dont l'Australie puisse saisir la Cour et une décision de rejet n'exige aucun examen du contenu du traité.

17. On sait que la forme multilatérale donnée au traité du 5 août 1963 n'est qu'un élément parmi plusieurs pour l'analyse juridique du caractère opposable de ce traité aux Etats qui n'y sont pas parties. Il suffira de dire que la préparation du texte, sa rédaction, le système inégal entre les

parties pour la ratification d'amendements et le régime de contrôle ont permis de classer le traité comme créant un statut bipolaire, accepté par un nombre important d'Etats, mais non obligatoire pour les Etats restés en dehors du traité. En effet, la conduite postérieure au traité des Etats qui en assument la responsabilité principale permet de ne pas s'attarder. Aucune des trois Puissances nucléaires qualifiées de « parties originaires » dans l'article 2 du traité n'a jamais fait savoir aux autres Puissances nucléaires non parties au traité que ce texte créait une obligation quelconque à leur égard; au contraire les trois parties originaires, encore aujourd'hui, appellent les Puissances non parties à adhérer au traité. Le délégué soviétique à la Conférence du désarmement, à l'ouverture de la session du 20 février 1974, a déclaré que la négociation pour mettre fin aux expériences nucléaires « exige la participation de tous les Etats nucléaires ». A la Commission politique de l'Assemblée générale, le 21 octobre 1974, le délégué des Etats-Unis disait que l'un des buts était de faire appel à la coopération des pays qui n'ont pas encore ratifié le traité de 1963. Les déclarations du Gouvernement du Royaume-Uni sont dans le même sens; lors d'un débat au Parlement, le 2 juillet 1973, le ministre d'Etat pour les affaires étrangères et du Commonwealth, a dit:

« Dès 1960, cependant, les Français et les Chinois ont refusé de souscrire à quelque accord international que ce soit sur les essais. Ils ne sont donc pas liés par les obligations du traité d'interdiction des essais de 1963... »

En 1963 le Gouvernement de Sa Majesté ainsi que le Gouvernement des Etats-Unis ont demandé instamment au Gouvernement français de signer le traité d'interdiction partielle des essais.

En tant qu'instigateurs et que signataires du traité, nous sommes gravement préoccupés de voir se poursuivre les essais nucléaires dans l'atmosphère et nous invitons tous les gouvernements qui ne l'ont pas encore fait à adhérer au traité. Ce point de vue est bien connu des Gouvernements français et chinois. Il a été exposé par plusieurs gouvernements successifs. » (*Hansard*, col. 58 et 59.)

18. Le comportement des parties originaires qui ont établi par accord mutuel les règles du statut nucléaire actuel montre que les Etats nucléaires qui ont refusé d'adhérer à ce statut ne peuvent être considérés comme y étant soumis par l'effet d'une construction doctrinale qui serait contraire aux intentions formellement exprimées des instigateurs et responsables de ce statut. Le Gouvernement français, pour ce qui le concerne, a toujours refusé d'admettre l'existence d'une règle qui lui soit opposable, dans de nombreuses déclarations.

19. Le traité du 3 juillet 1974, signé à Moscou entre les Etats-Unis et l'Union des Républiques socialistes soviétiques, relatif à la limitation des essais souterrains d'armes nucléaires (Nations Unies, *Documents officiels de l'Assemblée générale*, doc. A/9698, 9 août 1974, ann. I) comporte le considérant suivant dans le préambule:

« Rappelant la volonté exprimée par les Parties au Traité de 1963 interdisant les essais d'armes nucléaires dans l'atmosphère, l'espace extra-atmosphérique et sous l'eau, dans le préambule de cet instrument, de chercher à obtenir l'arrêt de toutes les explosions expérimentales d'armes nucléaires à tout jamais et de poursuivre les négociations à cette fin. » (Comp. le deuxième considérant du préambule du traité de 1963.)

Le traité de 1974 comporte, comme le traité de 1963, le droit pour chaque partie de se retirer du traité si des événements extraordinaires ont compromis « ses intérêts suprêmes ».

20. La vérification de l'inexistence d'une règle de droit international applicable à la France se posait bien sur le plan de l'inexistence de différend justiciable. Décider que le traité de 1963 n'est pas invocable contre la France ne suppose qu'une décision sur un fait juridique établi par le texte et par la conduite constante des auteurs du statut juridique en cause. Décider de même qu'il ne s'est pas établi de coutume contre des Etats qui refusent ce statut avec constance, règle coutumière déniée aussi par les positions prises postérieurement au traité qui en serait l'expression, comme on l'a vu aux paragraphes précédents, ne serait pas non plus autre chose qu'une vérification de l'existence d'une source d'obligation.

En ne procédant pas à la vérification de l'existence d'une source quelconque d'obligation à l'égard du Gouvernement français, et ceci de façon préliminaire, la Cour a refusé de faire justice à un Etat qui, dès le premier jour, a manifesté son opposition formelle à un procès qu'il déclarait sans objet et dont il demandait la radiation du rôle; ce que la Cour ne fera que vingt mois plus tard.

21. Le caractère de la querelle entre le Gouvernement australien et le Gouvernement français est celui d'un conflit d'intérêts politiques portant sur une question, les expériences nucléaires, qui n'est qu'un élément non détachable de l'ensemble des problèmes posés par l'existence des armes nucléaires et qui ne peuvent présentement être abordés et réglés que par la négociation.

La Cour disait en 1963: « un tribunal n'a pas simplement pour fonction de fournir une base d'action politique alors qu'aucune question juridique concernant des droits effectifs n'est en jeu » (*Cameroun septentrional, C.I.J. Recueil 1963, p. 37*).

En l'absence d'une règle opposable au Gouvernement français pour obtenir de la Cour une déclaration d'interdiction des seuls essais français l'affaire tombe entièrement. Je ne dirai donc rien sur d'autres motifs de rejet immédiat de la demande, par manque de qualification du demandeur, tels que l'inadmissibilité tant d'une *actio popularis* que celle d'une action *erga omnes* déguisée en action contre un seul Etat. L'accumulation des retombées crée un problème global; ce n'est pas seulement la dernière goutte qui fait déborder un vase (comp. le refus de tribunaux des Etats-

Unis d'admettre le recours du professeur Linus Pauling et autres requérants qui demandaient l'arrêt des essais nucléaires américains dans le Pacifique ¹).

*
* *
*

22. Il me reste à faire de brèves observations sur la conduite de ce procès devant la Cour, depuis l'origine, par rapport à certains principes généraux du fonctionnement régulier de la justice internationale. Les motifs adoptés dans l'arrêt ne permettent pas, en effet, de saisir divers problèmes soulevés par la conduite du procès quant à l'article 53 et à l'article 54 du Statut de la Cour.

23. Il s'est produit, en somme, un malentendu lors de l'inscription des questions de compétence et de recevabilité dans l'ordonnance du 22 juin 1973 comme objet de la phase décidée « pour [les] régler aussi rapidement que possible », car les opinions individuelles et dissidentes en juin 1973 montrent d'une part que, pour un certain nombre de membres de la Cour, le problème de l'existence de l'objet du litige devait être tranché dans la nouvelle phase, mais que, d'autre part, une majorité était décidée à ne traiter dans cette phase que la question de la compétence de la Cour, *stricto sensu*, et celle de l'intérêt juridique du demandeur, et à joindre toutes autres questions au fond, y compris la question de l'existence d'un objet du procès. Le résultat de la phase compétence-recevabilité ne pouvait donc être, au mieux, qu'une décision sur la compétence et sur l'intérêt juridique du demandeur et si elle était positive, tout le reste étant joint au fond, la décision effective était renvoyée à une phase fort lointaine. Il eût donc été plus « rapide » de ne pas séparer compétence-recevabilité et fond. La raison de ce refus de décider sur le caractère « préliminaire » de l'existence d'un différend justiciable en 1973 se trouve dans une interprétation de l'article 53 qui consiste à appliquer au défaut l'article 67 du règlement de la Cour visant les exceptions préliminaires dans une procédure contradictoire, cette analogie entraînant une véritable violation de l'article 53 du Statut.

24. Le malentendu sur la portée de la phase décidée par l'ordonnance du 22 juin 1973 n'a pas été sans effet devant la Cour; l'opposition apparente entre le paragraphe 23 et le paragraphe 35 de l'ordonnance a permis au demandeur, s'inspirant exclusivement du premier de ces paragraphes, de déclarer à la Cour, à l'audience du 6 juillet 1974, que la seule question de recevabilité était celle de l'intérêt juridique, sauf indication contraire demandée de la Cour; indication que donna le Président le 9 juillet:

¹ Cour du district de Columbia, 31 juillet 1958, 164 Federal Supplement, p. 390; Cour d'appel, 12 avril 1960, 278 Federal Reporter, 2^e série, p. 252-255.

« La Cour appréciera bien entendu la question de la recevabilité sous tous les aspects qu'elle considère pertinents. »

Ce procédé des allusions couvertes et contradictoires où se retrouvent parfois les oppositions exposées dans les opinions n'est pas sans danger. On le voit pour cette ordonnance du 22 juin 1973 comme pour les essais d'utilisation des paragraphes 33 et 34 de l'arrêt *Barcelona Traction* en ignorant l'existence des paragraphes incompatibles, les paragraphes 89 à 91, précisément destinés à qualifier et limiter le premier prononcé. Celui-ci était sans rapport direct avec l'objet de l'arrêt et glissé comme un repère pour un usage ultérieur; mais il faut voir tous les repères.

25. L'article 53 du Statut a été examiné par la Cour dès l'origine de l'affaire, c'est-à-dire dès le 16 mai 1973 lors de la réception de la lettre du Gouvernement français déclarant son défaut et en exposant les raisons et, il me semble, mal appliqué à l'espèce. Il faut revenir d'une manière générale sur l'interprétation de la règle contenue dans l'article 53.

C'est refuser de voir les faits tels qu'ils sont que parler de deux parties dans un procès où l'une a fait défaut et affirmé à chaque occasion qu'elle ne prendra aucune part dans la procédure. Lorsqu'un défaut est affirmé et ouvertement constaté, le fait est qu'il n'y a plus qu'une partie dans l'instance. La fiction selon laquelle on dit que l'Etat absent est quand même partie à l'instance tant que la Cour n'a pas reconnu son incompétence est sans justification. En vérité un défaut met en cause trois intérêts distincts, ceux de la Cour, du demandeur et du défendeur; le système qui consiste à ignorer totalement la décision de défaut du défendeur et de la priver d'effet n'est ni juste, ni raisonnable. Dans l'affaire actuelle, par un refus de comparaître motivé le défendeur a déclaré que, en ce qui le concerne, il n'y a pas de procès et il l'a répété chaque fois que la Cour l'a consulté. Même si la Cour ne constate pas immédiatement ce défaut, cependant un acte de défaut, avec des conséquences juridiques, existe de la part du défendeur. D'ailleurs, d'après l'article 53, le demandeur peut demander qu'il en soit pris acte immédiatement et des conséquences tirées. C'est ce qu'il a fait ici en disant en 1973 que la Cour avait l'obligation d'appliquer ses règles de procédure, sans indiquer lesquelles, et de refuser de tenir compte des opinions et documents irrégulièrement présentés selon lui par le défendeur. Et la Cour a, partiellement, accepté cette vue, en ne procédant pas à toutes les communications possibles au défendeur.

En ne tenant pas compte du défaut du défendeur, on a abouti à octroyer des délais pour des pièces qu'on savait ne pas devoir attendre, pour maintenir une égalité de principe entre les parties alors que, en fait, celle qui se présente a été favorisée. Rien n'eût empêché la Cour de fixer

pour le défendeur présumé un délai abrégé, d'un mois par exemple, réservant la possibilité théorique d'une déclaration dans ce délai que l'Etat en défaut se ravisait et demandait un délai normal pour produire un mémoire.

26. Lorsqu'il s'est agi de recevoir ou convoquer l'agent du demandeur au cours de la procédure en 1973, il y eut véritable rupture de l'égalité entre les parties dans la mesure où certaines de ces actions ou démarches du demandeur ne furent pas connues du défendeur présumé (sur ce point cf. par. 31 et 33 ci-après.)

La Cour a sans doute suivi des errements antérieurs sur cette question des délais mais les précédents ne devraient pas être confondus avec des règles obligatoires; chaque affaire présente des traits particuliers et ce serait une justice mécanique, celle qui reproduirait simplement les décisions de procédure antérieures. Ici, à la différence des affaires sur la *Compétence en matière de pêcheries*, la Cour n'a jamais été informée de négociations entre les Parties après le dépôt de la requête et les doubles délais accordés n'avaient même pas la justification, qu'ils pouvaient avoir dans ces affaires, de permettre le progrès de telles négociations; et la réalité du différend juridique n'avait jamais soulevé le moindre doute, dès l'origine.

27. Interpréter l'article 53 du Statut comme s'il n'avait aucun effet propre ne me paraît pas avoir été l'intention des auteurs de l'article. Le but de l'article 53 n'est pas de permettre de poursuivre un procès à loisir sans tenir compte des positions prises par le défendeur en défaut; le demandeur a le droit que le procès continue, certes, mais pas à son gré, la Cour livrée à des indications unilatérales sur le fait et le droit; le texte de l'article 53 a été conçu pour éviter une telle rupture d'équilibre en faveur du demandeur. Lorsque celui-ci demande qu'on lui adjuge ses conclusions, ce qu'il n'a pas expressément fait sur la base de l'article 53 mais ce qui était le résultat de ses observations et de ses conclusions tant en juin 1973 lors de la demande de mesures conservatoires que dans la phase à laquelle l'arrêt met fin aujourd'hui, on sacrifierait au formalisme en soutenant que l'absence de référence expresse à l'article 53 change la situation. Il faut bien constater que l'examen du fait et du droit prévu à l'article 53 n'a jamais commencé puisque la Cour a jugé en 1973 que les conséquences du défaut pouvaient être jointes aux questions de compétence et de recevabilité et que, finalement, la question des effets du défaut n'aura pas été traitée. Donc dans cette affaire tout s'est passé comme si l'article 53 était sans portée propre.

28. Si l'on retourne aux sources, le rapporteur du Comité consultatif des juristes avait déclaré (PV, p. 590) que le comité s'était inspiré des exemples de la jurisprudence anglaise et américaine pour formuler ce qui était alors l'article 52 du Statut sur le défaut. Lord Phillimore, membre du comité, avait fait insérer la phrase qui survit en grande part: « La Cour, avant d'y faire droit, doit s'assurer que ces conclusions, reposant

sur des preuves sérieuses, sont fondées en fait et en droit.» Les mots qui disparurent dans l'examen par l'Assemblée de la Société des Nations furent considérés comme inutiles et faisant double emploi avec la formule qui demeura. L'examen par la Cour en 1922 n'apporte guère qu'une lumière, en raison de la personnalité des juges qui se prononcèrent sur un projet d'article du règlement proposé par M. Anzilotti:

«Si la réponse à une requête se borne à soulever l'exception d'incompétence, ou si l'Etat mis en cause omet de répondre dans le délai fixé par la Cour, celle-ci statue sur la compétence, par arrêt spécial, avant toute autre procédure.» (*C.P.J.I série D n° 2*, p. 522.)

M. Max Huber appuya le texte. Lord Finlay ne le trouvait pas nécessaire parce que de toute manière, même sans texte, la Cour devrait examiner sa compétence en premier lieu

«et que la question de savoir si elle rendrait sur ce point un arrêt séparé ou inclus dans l'arrêt final était une simple question d'opportunité à apprécier dans chaque cas d'espèce» (*ibid.*, p. 214).

Le texte de M. Anzilotti fut écarté par sept voix contre cinq. L'impression générale que donnent l'influence reconnue à la jurisprudence anglaise et les observations de lord Phillimore puis de lord Finlay est que la Cour se proposait d'appliquer l'article 53 dans un souci de vérification sérieuse de toutes les données avancées par le demandeur en cas de défaut du défendeur et ceci selon les circonstances de chaque affaire. On sait que dans le système britannique de grandes précautions sont prises pour s'assurer qu'une affaire est fondée sur une cause juridique valable, à un stade tout à fait préliminaire, parfois confié à des magistrats différents de ceux qui jugeraient l'affaire (cf. l'opinion de sir Gerald Fitzmaurice dans l'affaire du *Cameroun septentrional* (*C.I.J. Recueil 1963*, p. 107) sur cette idée du « filtrage » d'affaires à éliminer à un stade préliminaire considérée « comme entrant dans les pouvoirs inhérents ou dans la compétence de la Cour en tant que tribunal international »).

Entre cette interprétation et celle que la Cour a donnée à l'article 53 dans la présente affaire il y a toute la différence entre un pragmatisme soucieux d'équilibre véritable entre les droits de deux Etats et un formalisme réglementaire qui traite l'Etat absent comme s'il était partie à une procédure contradictoire, ce que par définition il n'est pas.

*
* *

29. Le 22 juin 1973, avant que la Cour ne prononce sa décision à l'audience, une déclaration publique du premier ministre d'Australie faite à Melbourne le 21 juin, largement diffusée par la presse australienne¹, était parvenue en Europe, déclaration selon laquelle la Cour avait accepté par huit voix contre six la demande de l'Australie.

30. Il faut en premier lieu indiquer que, par inadvertance ou une autre raison, la Cour n'a connu cette divulgation qu'après avoir procédé à la lecture de sa décision à l'audience du 22 juin; on peut penser qu'elle eût retardé la lecture de l'ordonnance, le 22 juin, s'il en avait été autrement. Les suites de cet incident n'ayant fait l'objet que de deux communiqués publiés l'un le 8 août 1973, l'autre le 26 mars 1974, il serait difficile d'en décrire le déroulement si la Cour n'avait finalement décidé le 13 décembre 1974 que quelques documents seraient publiés dans sa collection *Mémoires, plaidoiries et documents* relatifs à l'affaire². En tenant compte des éléments de presse et de ces documents publics ou communiqués il me paraît nécessaire d'expliquer pourquoi j'ai voté le 21 mars 1974 contre la décision de la Cour prise, par onze voix contre trois, de clore ses investigations sur la portée et les origines de la divulgation publique de la décision du 22 juin 1973 par le premier ministre d'Australie. La Cour a voté sur une résolution qui est reproduite dans le communiqué de presse du 26 mars 1974.

Personne ne contestera, on veut le croire, que si un chef de gouvernement d'un Etat partie à un procès divulgue une décision de la Cour avant que celle-ci soit publique, il y a violation des prescriptions de l'article 54, paragraphe 3, du Statut: « Les délibérations de la Cour sont et demeurent secrètes. » A l'heure de la divulgation, le 21 juin, la décision n'était encore qu'un texte délibéré et adopté par la Cour, couvert par le secret de l'ar-

¹ Un journal de Melbourne a publié le 22 juin l'article suivant:

« *Le Premier ministre: Nous avons gagné l'affaire des essais nucléaires.* M. Whitlam, Premier ministre, a déclaré hier soir que l'Australie gagnera son affaire devant la Cour internationale de Justice par une majorité de huit voix contre six. M. Whitlam a indiqué qu'on lui avait dit que la Cour rendrait sa décision dans les vingt-deux heures. Le Premier ministre a fait cette prédiction dans une causerie prononcée au cours du dîner annuel de l'Institut de droit de Victoria. Il a déclaré: « En ce qui concerne la haute Cour, on me dit que la décision sera rendue dans environ vingt-deux heures. La majorité en notre faveur sera de huit voix contre six. » Quand, après le dîner, on lui a demandé des précisions, M. Whitlam s'est refusé à tout commentaire et a dit que ses paroles n'étaient pas pour publication. Plusieurs centaines de membres de l'Institut de droit, et parmi eux quelques juges importants, ont participé à ce dîner. En faisant sa prédiction selon laquelle la Cour allait se prononcer par huit voix contre six, M. Whitlam a mis sa main sur le micro qui était sous le contrôle d'un reporter de l'Australian Broadcasting Corporation. »

² Quatre documents seront ainsi publiés dont deux ont déjà été communiqués au Gouvernement français (voir par. 31 ci-après), les deux autres sont des rapports faits à la Cour.

article 54. Dans une lettre du 27 juin 1973 ¹, le premier ministre d'Australie s'est référé aux explications fournies, le même jour, par une lettre du coagent de l'Australie ¹, et il a exprimé ses regrets à la Cour « sur la situation embarrassante dans laquelle elle a pu se trouver du fait de [ses] remarques ». D'après le coagent, la déclaration du premier ministre, le 21 juin, n'était qu'une conjecture, les conseillers juridiques de l'Australie estimaient que la décision serait peut-être favorable mais à une faible majorité et les commentaires de presse antérieurs aux propos du premier ministre avaient indiqué parfois que l'Australie l'emporterait de peu.

31. Quelles qu'aient été ces tentatives d'explications des propos du premier ministre, puis celles de l'agent et du coagent du Gouvernement australien à diverses reprises, les faits parlent d'eux-mêmes. L'enquête entamée sur la demande de membres de la Cour dès l'après-midi du 22 juin 1973 a été close neuf mois plus tard sans qu'aucune indication précise soit donnée dans la résolution du 21 mars 1974 sur les conclusions qui en pouvaient résulter. Les seuls éléments publiés jusqu'à présent ou communiqués au gouvernement constamment considéré comme défendeur par la Cour et, à ce titre, en droit d'être informé complètement, ce qui ne fut pas le cas, sont: la lettre du premier ministre d'Australie du 27 juin 1973 et la lettre du coagent du même jour ²; le texte d'une déclaration de l'*Attorney-General* australien des 21-22 juin 1973 ²; le communiqué du 8 août 1973; une réponse du premier ministre à une question, à la Chambre des représentants d'Australie, sur les circonstances dans lesquelles il a été mis au courant des détails du jugement de la Cour (*Hansard* australien, 12 septembre 1973); une résolution de la Cour du 24 janvier 1974 décidant d'interroger l'agent australien ² (le compte rendu de ces entretiens n'a pas été communiqué au défendeur et ne sera pas publié); le communiqué du 26 mars 1974 ³.

Il m'a paru contraire à l'intérêt de la Cour dans un incident aussi sérieux, où son délibéré de 1973 est exposé au soupçon, de laisser ce soupçon intact et de ne pas faire ce qu'il faut pour le lever. Je dirai seulement que l'explication divinatoire invoquée par le premier ministre et le développement de cette explication par l'agent avec ce rôle de pythie attribué aux conseillers australiens n'ont rien apporté de positif dans les recherches de la Cour et doivent être laissés à la seule responsabilité de leurs auteurs.

¹ Communiquée au Gouvernement français le 29 mars 1974, par décision de la Cour.

² Documents communiqués au Gouvernement français par lettre du 29 mars 1974.

³ Une lettre de l'agent australien au Greffier en date du 28 février 1974 sera reproduite dans *Mémoires, plaidoiries et documents*; elle se rapporte à l'interrogatoire.

32. Si l'on soutenait que le chef d'un gouvernement n'a pas à donner de justifications à la Cour sur des propos tenus en dehors et que d'ailleurs, même si ces propos étaient regrettables, le mal était fait et sans conséquences pour l'affaire devant la Cour, cette thèse me semblerait inexacte. Les propos en question se réfèrent à une décision de la Cour et peuvent laisser croire à la violation de leur obligation de secret par des personnes ayant connu le délibéré, avec les perspectives que cette supposition aurait ouvertes si elle avait été confirmée.

33. En constatant le 21 mars 1974 qu'elle ne pouvait aller plus loin et en le faisant savoir publiquement, la Cour a stigmatisé l'incident et indirectement signifié qu'elle n'acceptait pas l'excuse de la divination de ses décisions, mais elle a reconnu qu'il n'était pas possible, selon son appréciation, d'en découvrir plus sur les origines de la divulgation.

J'ai voté contre cette résolution et la clôture de l'enquête parce que j'estime que cette enquête devait être poursuivie, que les premiers résultats n'étaient pas sans conséquences ni sans développements possibles, alors surtout que tous les moyens d'investigation ouverts à la Cour n'avaient pas été utilisés (art. 48, 49 et 50 du Statut). Telle n'était pas l'opinion de la Cour qui a voulu traiter ses investigations comme relevant d'une enquête d'ordre intérieur. Il m'a semblé, au contraire, que l'incident de la divulgation est un élément du procès devant la Cour — et c'est pourquoi le défendeur absent en a été tenu partiellement informé par la Cour notamment par lettre du 31 janvier 1974 — et que la Cour avait pleine compétence pour régler judiciairement un tel incident par toute procédure qu'elle déciderait d'instituer (comp. la décision de la Cour sur « la compétence nécessaire pour permettre [à l'Organisation des Nations Unies] de s'acquitter effectivement de ses fonctions » (*C.I.J. Recueil 1949*, p. 179). Comment admettre a priori que la poursuite de l'enquête aurait manqué d'efficacité sans avoir essayé d'organiser une telle enquête et, même si les circonstances laissaient prévoir des refus de s'expliquer ou des évasions, la constatation de ces refus ou évasions n'aurait pas été inefficace et aurait constitué en soi une censure.

34. Les délais mis à commencer à s'occuper de la divulgation sont un indice des hésitations à aller jusqu'au fond de l'incident; entre le 22 juin et le 8 août 1973 six semaines s'écoulaient avant de publier le plus anodin des communiqués, à effet lénifiant et qui ne représente pas des vues unanimes. Pendant plus de six mois un seul document sera produit comportant l'analyse documentée des divulgations successives de la presse sur la progression de l'affaire devant la Cour jusqu'à l'éclat de la divulgation publique du résultat et du vote de la Cour par le premier ministre, le 21 juin, à Melbourne¹. Cette analyse de faits publics montre que l'affaire a été accompagnée d'une suite de rumeurs dont les agents de diffusion sont connus mais dont seule l'origine n'a pas été dévoilée. Le 21 mars

¹ C'est l'un des documents dont la Cour a, le 13 décembre 1974, décidé de publier le contenu dans *Mémoires, plaidoiries et documents*.

1974 les recherches sont arrêtées et les diverses voies d'investigation et de réflexion ouvertes par cette analyse comme par le second rapport ne seront pas poursuivies.

J'estime que les indices et les admissions déjà connus ouvraient la voie de la recherche au lieu de la clore. Une suite d'erreurs, d'oublis, de tolérances, d'absence de réactions à des démarches ou actions insolites, dont chacune prise isolément aurait pu être considérée comme sans signification particulière mais qui assument une telle signification par leur cumul et leur impunité; des entretiens imprudents à des moments impropres, dont il n'existe pas de compte rendu, tout cela concourt à créer un sentiment d'imprécision et d'embarras comme si un refus de constater les faits et d'en rechercher la trame pouvait en effacer la réalité et qu'un silence attristé fut le seul remède et la seule solution.

35. Le mal a été fait et constaté (rapport de la Cour aux Nations Unies 1973-1974, par. 23; débat à la Sixième Commission de l'Assemblée générale, 1^{er} octobre 1974, A/C.6/SR.1466, p. 6; réponses du ministre des affaires étrangères de France à des députés, *J.O.*, 26 janvier 1974, n° 7980, et *J.O.*, 20 juillet 1974, n° 11260). Même si on ne peut, présentement, découvrir plus sur l'origine et le développement du processus de la divulgation, comme la Cour l'a déclaré dans sa résolution du 21 mars 1974, je demeure convaincu qu'une enquête judiciairement menée aurait pu éclaircir les cheminements des multiples divulgations constatées dans cette affaire, dont la continuité et l'exactitude laissent penser que la vérité n'était pas hors de portée de la Cour. Tel est le sens de mon refus de la résolution du 21 mars 1974 clôturant une investigation entamée avec hésitation, menée sans persistance et conclue sans raison:

*
* *
*

36. Parmi les leçons qu'il faudra tirer de cette affaire où un conflit d'intérêts politiques a été paré de la forme d'un différend juridique, j'en relèverai une qui appelle une attention particulière. Avant cette instance l'Acte général d'arbitrage se trouvait, depuis 1939, dans une sorte de clair-obscur, formellement en vigueur si l'on ne tenait compte que de dénonciation expresse, plutôt en sommeil:

« A vrai dire il règne au sujet de l'Acte général un climat d'indifférence ou d'oubli qui fait douter de son maintien en vigueur, tout au moins de celui de 1928. » (*L'arbitrage obligatoire: une panacée illusoire*, p. 259, par Henri Rolin, 1959.)

Après qu'on eut présenté ce traité à la Cour, avec de grands développements, comme une base largement ouverte de juridiction, le comportement des Etats formellement considérés comme parties est notable. Le Gouvernement français est le premier à dénoncer l'Acte général le 2 janvier 1974, puis le 6 février 1974 le Gouvernement du Royaume-Uni en

fait autant. Le Gouvernement de l'Inde, depuis juin 1973, a fait connaître à la Cour puis aux Nations Unies son opinion sur la caducité de l'Acte général (voir aussi la nouvelle déclaration de l'Inde acceptant la juridiction de la Cour aux termes de l'article 36, paragraphe 2, le 15 septembre 1974). Ainsi la seule constatation par des États qui ont une grande habitude de la justice internationale et de l'arbitrage que l'Acte général pourrait être effectivement appliqué au lieu des déclarations d'acceptation de la juridiction de la Cour formulées avec plus de réserve leur fait déclarer, les uns qu'ils y mettent fin officiellement, l'autre qu'il le tient pour caduc. La cause de la justice internationale n'a pas été avancée en essayant d'imposer, apparemment pour une raison formelle, la compétence de la Cour à l'encontre d'États pour qui, visiblement, l'Acte général n'était plus la juste mesure de leur acceptation de la juridiction internationale.

M. Charles De Visscher avait montré à l'avance que le juge doit se garder de substituer des vues doctrinales et systématisées à l'examen indispensable des intentions des États, définissant ainsi l'obligation de réserve du juge international :

« L'homme de droit est assez naturellement porté à se méprendre sur le caractère des tensions politiques comme sur celui des conflits qu'elles engendrent. Il est enclin à n'y voir que « l'objet d'un litige », à enfermer dans les termes de la dialectique juridique ce qui est au premier chef réfractaire au raisonnement, à réduire à l'ordre ce qui n'est que dynamisme effréné, en un mot à vouloir dépolitiser ce qui est politique par essence. Il ne s'agit pas seulement ici, comme on l'a trop répété, d'une insuffisance du mécanisme de transformation du droit, non plus que de lacunes dans la réglementation juridique. Il s'agit d'une sphère où *a priori* le droit ne pénètre qu'exceptionnellement. Le droit ne peut intervenir que s'il est en présence d'éléments qui lui sont assimilables, c'est-à-dire de faits ou d'exigences que leur régularité et une correspondance minima avec un ordre social donné permettent de soumettre à une analyse raisonnée, de classer sous quelque catégorie connue, de ramener à un jugement objectif de valeur, susceptible à son tour de servir de base à l'application des normes établies. » (*Théories et réalités en droit international public*, 1970, p. 96.)

Une certaine tendance à saisir le juge de conflits essentiellement politiques pour obtenir un début de législation judiciaire, si elle se confirmait, aboutirait à l'institution sur le plan international du gouvernement des juges ; une telle notion est si contraire aux réalités de la communauté internationale actuelle que le fondement même de la juridiction serait atteint.

(Signé) A. GROS.