

## OPINION DISSIDENTE DE M. DE CASTRO

L'ordonnance de la Cour du 22 juin 1973 a décidé que les pièces écrites porteraient d'abord sur la question de la compétence de la Cour pour connaître du différend et sur celle de la recevabilité de la requête. La Cour aurait dû en conséquence statuer sur ces deux questions préalables.

Malgré cela, la majorité de la Cour décide à présent de ne pas aborder l'examen de ces questions, considérant que le différend est devenu sans objet en raison des déclarations faites à diverses occasions par des autorités françaises sur la cessation des essais nucléaires dans l'atmosphère.

On peut qualifier de prudente cette manière de procéder et les raisonnements développés à l'appui sont fort savants, mais à mon grand regret je dois avouer que les arguments avancés ne parviennent pas à me convaincre. Je crois donc devoir exposer les motifs qui m'empêchent de voter avec la majorité et dire brièvement comment, à mon avis, la Cour aurait dû se prononcer sur les questions indiquées dans l'ordonnance mentionnée plus haut.

### I. LE DIFFÉREND EST-IL DEVENU SANS OBJET?

Divers points relatifs à la valeur des déclarations des autorités françaises pour la suite de la procédure me paraissent mériter d'être relevés :

1. Je pense que la Cour a bien fait de prendre en considération les déclarations dont il s'agit. Certes elles ne figurent pas dans les pièces portées à la connaissance de la Cour mais les unes ont été citées par le demandeur et d'autres sont des faits notoires; ce serait fermer les yeux à une réalité évidente que de les ignorer. Vu le défaut du défendeur, la Cour doit s'assurer par elle-même de tout fait pouvant présenter de l'importance pour la décision de justice qu'elle doit rendre en l'affaire (art. 53 du Statut). La Cour dispose, en matière de procédure, d'une liberté que n'offre pas le droit interne des Etats (*C.P.J.I. série A n° 2*, p. 34; art. 30 et 48 du Statut).

Comme dans l'affaire du *Cameroun septentrional*, la Cour peut examiner d'office si elle est ou non dans «l'impossibilité de rendre un arrêt effectivement applicable» (*C.I.J. Recueil 1963*, p. 33), et si le différend dont elle est saisie existe toujours — autrement dit elle peut examiner si, en raison d'un fait nouveau, il n'y a plus de différend actuel.

Dans l'affaire portée devant la Cour, il se pose donc une question d'un caractère « pré-préliminaire » (opinion individuelle de sir Gerald Fitzmaurice, *ibid.*, p. 103) qui doit être examinée préalablement à toute question de compétence (*ibid.*, p. 105). Il s'agit de savoir si les déclarations des autorités françaises ont ôté son intérêt juridique à la requête du demandeur, si elles ont une efficacité telle qu'elles rendent superflu un arrêt de la Cour éventuellement favorable aux prétentions du demandeur.

2. J'ai tout à fait conscience que l'on peut voir dans le vote de la majorité une marque de prudence. Le « fait nouveau » constitué par les déclarations des autorités françaises est d'une importance qu'il ne faudrait pas méconnaître. Ce sont des déclarations claires, formelles et réitérées, émanant des plus hautes autorités, qui montrent que celles-ci ont sérieusement et délibérément l'intention de ne plus continuer les essais nucléaires dans l'atmosphère. Les autorités françaises connaissent bien l'émoi suscité dans le monde entier par les essais réalisés dans la région du Pacifique Sud et le soulagement qu'a produit l'annonce qu'ils allaient se terminer et que l'on passerait désormais à des essais souterrains. Ces déclarations sont d'un intérêt tout particulier pour le demandeur et pour la Cour.

Il est vrai que le Gouvernement français fait défaut, mais il est constant que le Gouvernement français a porté à la connaissance de la Cour ses vues sur l'affaire, d'une manière directe aussi bien qu'indirecte, et que celles-ci ont été étudiées et prises en considération dans les décisions de la Cour. Cela, le Gouvernement français le sait. Il faut donc supposer que les autorités françaises ont pu tenir compte de l'incidence possible de leurs déclarations sur la suite de la procédure.

La confiance justifiée par les déclarations d'autorités responsables peut expliquer que la majorité de la Cour ait cru désirable de mettre fin à une procédure qui lui a semblé sans objet. Tout litige a quelque chose d'une lutte (*lis*) et il semble prudent *pro pace* de le tenir pour fini le plus vite possible; cela correspond d'ailleurs à la fonction pacificatrice qui sied à un organe des Nations Unies.

3. Mais, cela dit, il convient d'ajouter que la Cour, comme organe judiciaire, doit tenir compte en premier lieu de la valeur juridique des déclarations des autorités françaises.

À la Cour incombe la tâche d'interpréter le sens et de vérifier le but des déclarations des autorités françaises. On peut y voir l'exposé d'un programme, d'une intention visant le futur, leur but étant d'éclairer tous ceux qui peuvent s'intéresser à la méthode que les autorités françaises entendent suivre en matière d'essais nucléaires. On peut encore y voir de simples promesses de ne plus faire d'essais nucléaires dans l'atmosphère. Enfin, on peut les considérer comme des promesses donnant naissance à une véritable obligation juridique.

Il est juste de relever qu'il n'y a pas un abîme entre l'expression d'une intention de faire ou de ne pas faire quelque chose à l'avenir et une promesse envisagée comme source d'obligations juridiques. Mais il n'en

reste pas moins que toute déclaration d'intention n'est pas une promesse. Il existe une différence entre une promesse qui est à l'origine d'une obligation morale (même lorsqu'elle est renforcée par le serment ou la parole d'honneur) et une promesse qui contraint juridiquement à faire ou à ne pas faire. C'est une distinction bien mise en vedette dans tous les droits internes et dont il faut tenir compte davantage encore en droit international.

Pour qu'une promesse oblige juridiquement un Etat, il faut que les autorités dont elle émane aient compétence pour obliger l'Etat de cette façon (question de droit constitutionnel interne et de droit international) et qu'elles manifestent l'intention et la volonté d'obliger l'Etat (question d'interprétation). Il faut donc se demander si les autorités françaises qui ont fait les déclarations ont pu et ont voulu obliger l'Etat français à renoncer à toute possibilité de reprendre les essais nucléaires dans l'atmosphère, même au cas où de tels essais seraient à nouveau nécessaires à la défense nationale. Obligation qui, comme toute autre obligation ayant sa source dans une déclaration unilatérale, ne se présume pas et doit se manifester clairement pour avoir efficacité en droit (*obligatio autem non oritur nisi ex voluntate certa et plane declarata*).

Depuis toujours dans le droit interne et du moins depuis Grotius dans le droit international se pose la question de savoir quelles sont les conditions nécessaires pour qu'une promesse *animo sibi vinculandi* oblige en droit. La naissance d'une obligation de faire ou de ne pas faire à la charge d'un sujet entraîne une limitation de la liberté de ce sujet (*alienatio cujusdam libertatis*) en faveur d'un autre sujet auquel il confère un droit sur lui-même (*signum volendi jus proprium alteri conferri*) ; pour cette raison, et à l'exception des actes gratuits reconnus par le droit (par exemple, donation, *pollicitatio*), le droit en général requiert un *quid pro quo* du bénéficiaire envers celui qui a fait la promesse. C'est pourquoi, il ne faut pas l'oublier, toute promesse (la *pollicitatio* exceptée) peut être révoquée jusqu'au moment où elle est acceptée en bonne et due forme par le sujet auquel elle est faite (*ante acceptationem, quippe jure nondum translatum, revocari posse sine injustitia*).

4. La Cour a établi à l'occasion d'une autre déclaration unilatérale — le désistement — qu'on doit examiner un acte de ce genre en liaison étroite avec les circonstances propres à l'espèce (*C.I.J. Recueil 1964*, p. 19). Et c'est en tenant compte des circonstances de la cause qu'il faudra répondre aux questions suivantes :

Les déclarations des autorités françaises visées dans l'arrêt n'ont-elles d'autre sens que celui de notifier au peuple français, et si on veut au monde entier, la politique que le gouvernement suivra en matière d'expériences nucléaires dans le futur immédiat ?

Ces déclarations contiennent-elles une vraie promesse de ne plus jamais faire, en aucune circonstance, de nouveaux essais nucléaires dans l'atmosphère ?

Peut-on voir dans ces déclarations une intention ferme de s'obliger à ne plus effectuer d'essais nucléaires dans l'atmosphère?

Ces mêmes déclarations ont-elles une force juridique de nature à empêcher l'Etat français de changer d'avis et de suivre une autre politique dans le domaine des expériences nucléaires, de nature à l'obliger envers d'autres Etats à ne plus faire d'essais nucléaires dans l'atmosphère?

A ces questions, on peut répondre que le Gouvernement français s'est promis à lui-même et a fait connaître au public son intention de mettre un terme aux essais nucléaires dans l'atmosphère à l'avenir. Mais il me semble qu'il n'est pas possible d'aller au-delà. Je ne vois aucun indice permettant de présumer que la France ait voulu donner naissance à une obligation internationale, dotée de la même force obligatoire qu'un traité — et envers qui, envers le monde entier?

Il me semble que, pour déclarer sans objet le différend porté devant elle, la Cour a besoin de s'assurer comme d'un fait évident et hors de doute que l'Etat français a voulu s'obliger et qu'il s'est obligé juridiquement à ne plus faire d'essais nucléaires dans l'atmosphère. Or à mon avis l'attitude du Gouvernement français donne plutôt à penser qu'il considère que ses déclarations sur les essais nucléaires appartiennent au domaine de la politique et touchent à une question relevant du domaine réservé à la compétence nationale de l'Etat, du fait qu'elle se rapporte à la défense nationale.

Je comprends bien que la majorité de la Cour éprouve de la répugnance à laisser traîner une procédure sans intérêt pratique, visible ou probable. Mais le respect de la règle de droit tient compte non seulement du probable mais aussi du possible. C'est ainsi que l'application du droit devient une garantie de la liberté des Etats et confère aux relations internationales la sécurité nécessaire.

## II. COMPÉTENCE DE LA COUR

La Cour a considéré, dans son ordonnance du 22 juin 1973, que les éléments qui lui étaient soumis l'autorisaient à conclure 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. Au stade actuel de la procédure, la Cour doit s'assurer qu'elle a compétence aux termes des articles 36 et 37 du Statut<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Je me crois autorisé à exprimer mon opinion sur la compétence de la Cour et la recevabilité de la requête. Certes le Président Spender a essayé, dans sa déclaration jointe à l'arrêt rendu sur les affaires du *Sud-Ouest africain* (C.I.J. Recueil 1966, p. 51-57), de limiter l'étendue des questions dont les juges pourraient traiter dans leurs opinions. Mais il est allé à l'encontre même de la pratique suivie dans les affaires sur lesquelles la Cour se prononçait alors. Précisant sa pensée, il a dit qu'« on ne devrait pas chercher dans de telles opinions à traiter de questions totalement étrangères à la décision de la Cour ou aux motifs donnés par elle » (*ibid.*, p. 55). Dans la présente

*1. Compétence de la Cour en vertu de la déclaration du Gouvernement de la République française du 20 mai 1966 (art. 36, par. 2, du Statut)*

La première des objections à la compétence de la Cour est fondée sur la réserve faite par le Gouvernement français pour ce qui est

« des différends nés d'une guerre ou d'hostilités internationales, des différends nés à l'occasion d'une crise intéressant la sécurité de la nation ou de toute mesure ou action s'y rapportant et des différends concernant des activités se rapportant à la défense nationale ».

Cette réserve semble bien s'appliquer aux essais nucléaires. On a fait observer, il est vrai, que les essais nucléaires n'entrent pas dans les activités se rapportant à la défense nationale, parce que leur but est la mise au point d'un instrument de destruction massive. Mais il faut tenir compte de ce que nous sommes devant une déclaration unilatérale, une déclaration facultative d'adhésion à la compétence de la Cour. On doit donc considérer avant tout l'intention du déclarant — ce que les termes de la déclaration et les circonstances du moment permettent de connaître. La formule « défense nationale » a un sens large : on parle du ministère de la défense nationale comme du ministère des armées. La défense nationale comprend aussi la possibilité d'une réplique à l'offensive d'un ennemi. C'est l'idée de la « force de frappe ». L'expression employée (« concernant des activités se rapportant ») empêche une interprétation restrictive. Au reste, l'intention du Gouvernement français de viser par la réserve la question des essais nucléaires est bien connue ; il a pris soin de modifier l'exception 3 de sa déclaration d'adhésion du 10 juillet 1959<sup>1</sup> six semaines avant la première expérience nucléaire<sup>2</sup>.

Le demandeur fait observer que la réserve française est nulle parce que subjective et automatique, donc nulle comme incompatible avec les exigences du Statut. Cet argument n'est pas convaincant. Dans l'exception 3 de la déclaration française, il n'est dit ni explicitement ni implicitement que le Gouvernement français se réserve la faculté de définir ce qui touche à la défense nationale. Quoi qu'il en soit, si la réserve était nulle

---

affaire, il ne me semble pas que les questions de compétence et de recevabilité soient étrangères à la décision de la Cour. Ce sont celles que vise l'ordonnance de la Cour du 22 juin 1973 et qui doivent être tranchées s'il n'est pas évident que le différend manque d'objet.

<sup>1</sup> En ajoutant les mots « et des différends concernant des activités se rapportant à la défense nationale ».

<sup>2</sup> A mon avis, la Cour n'a pas à examiner sur ce point les arguments sophistiqués, si ingénieux qu'ils soient, du demandeur. Le caractère objectif de la réserve n'exige pas que l'on prouve par des données de fait le sens de l'expression « défense nationale » ou ce que le Gouvernement français a voulu dire en l'employant. La réserve doit simplement s'interpréter comme il convient à une déclaration de volonté unilatérale, c'est-à-dire en tenant compte de la signification naturelle des mots et de l'intention présumée du déclarant. Ce qu'il faudrait prouver en revanche, c'est qu'elle a un sens contraire au sens naturel des termes utilisés.

comme contraire au droit, elle entraînerait la nullité de la déclaration, si bien qu'avec la réserve disparaîtrait la source de la juridiction de la Cour selon l'article 36, paragraphe 2, du Statut. (Dans ce sens, opinion individuelle Lauterpacht, *C.I.J. Recueil 1957*, p. 34 et 57 à 59; opinion dissidente Lauterpacht, *C.I.J. Recueil 1959*, p. 101; opinion individuelle Spender, *C.I.J. Recueil 1959*, p. 59.) La réserve n'est pas une déclaration de volonté indépendante et isolable. La nullité partielle que le demandeur propose d'appliquer est permise seulement lorsqu'il y a une pluralité de stipulations tout à fait séparées (« *tot sunt stipulationes, quot corpora* », D.45, I, 1, par. 5) et non lorsque la réserve est la « base essentielle » du consentement (Convention de Vienne sur le droit des traités, art. 44, par. 3, al. b) <sup>1</sup>.

En vérité la controverse est byzantine. L'exception ou réserve française indique d'une manière propre à exclure toute espèce de doute que le Gouvernement français ne confère pas compétence à la Cour pour des différends concernant des activités se rapportant à la défense nationale. Il n'existe aucune possibilité juridique d'imposer la compétence de la Cour à l'encontre de la volonté exprimée clairement par un Etat. On ne peut pas aller contre la lettre et l'esprit de l'article 36 du Statut et de l'article 2, paragraphe 7, de la Charte des Nations Unies.

## *2. Compétence de la Cour en vertu de l'Acte général de Genève du 26 septembre 1928 (art. 36, par. 1, et art. 37 du Statut)*

La question qu'il convient plus spécialement d'examiner est celle de savoir si l'Acte général est encore en vigueur. Son article 17 est ainsi conçu :

« 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... »

L'article 37 du Statut dispose :

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

Le Gouvernement français a fait savoir à la Cour qu'il considère que l'Acte général ne peut servir de fondement à la compétence de la Cour. Il faut donc examiner les diverses questions soulevées au sujet de l'effi-

<sup>1</sup> La séparabilité de la réserve doit être démontrée. Malgré ses efforts, le demandeur n'est pas parvenu à étayer sa thèse d'arguments convaincants.

capacité de l'Acte de Genève après la dissolution de la Société des Nations.

a) L'Acte général, comme les traités de l'époque pour la conciliation, le règlement judiciaire et l'arbitrage, a son origine dans les mêmes préoccupations de sécurité et le même désir d'assurer la paix que le système de la Société des Nations. La question posée à l'occasion de la présente affaire est de savoir si l'article 17 de l'Acte n'est qu'une doublure, une répétition de l'article 36, paragraphe 2, du Statut de la Cour permanente. S'il en est ainsi, l'article 17 de l'Acte est-il soumis aux vicissitudes de l'article 36, paragraphe 2, du Statut et aussi aux réserves que celui-ci permet ?

Il y a certes une coïncidence des buts et des moyens entre les articles cités, mais ce sont des règles indépendantes ayant une vie propre. Cela semblait généralement admis. Par souci de brièveté, je me borne à citer l'opinion de deux auteurs français, dont l'autorité n'est pas contestable. Dans son étude « L'Acte général a-t-il une réelle utilité ? », Gallus arrive à cette conclusion. Il montre les similitudes et ajoute : « Mais il ne serait pas exact de dire que l'Acte général n'est qu'une confirmation du système de l'article 36 du Statut de la Cour permanente de Justice internationale » (*Revue de droit international* (Lapradelle), tome VIII, 1931, p. 390). Encore cet auteur tient-il à relever les différences entre les deux sources de compétence (membres, conditions à remplir pour être membre, réserves permises, durée, dénonciation) et les complications auxquelles donne lieu la concurrence de ces deux sources (p. 392-395). Selon lui, l'Acte constitue « un progrès par rapport au système de l'article 36 du Statut de la Cour » (*ibid.*, p. 391).

Dans le même sens, René Cassin s'exprime ainsi :

« L'adhésion donnée maintenant par la France au Protocole dudit article 36 ne fait-elle pas double emploi avec celle donnée au chapitre II de l'Acte général d'arbitrage ? Il faut répondre négativement. » (« L'Acte général d'arbitrage », Questions politiques et juridiques, *Affaires étrangères*, 1931, p. 17.)<sup>1</sup>

b) On a fait observer que la réserve envisagée à l'article 39, paragraphe 2, alinéa b), de l'Acte général applicable entre les gouvernements parties à l'affaire peut être considérée comme comprenant l'exception 3 de la déclaration française de 1966.

Cette opinion n'est pas convaincante. La réserve permise par l'Acte général vise « Les différends portant sur des questions que le droit international laisse à la compétence exclusive des Etats ». Elle coïncide avec

<sup>1</sup> Le chapitre II de l'Acte général intitulé : « Du règlement judiciaire » commence par l'article 17. La valeur propre et indépendante de l'Acte, même après la dissolution de la Société des Nations, ressort clairement des travaux préparatoires à la résolution 268A (III) de l'Assemblée générale des Nations Unies et du texte même de la résolution.

l'exception 2 de la déclaration française de 1959 concernant « des différends relatifs à des questions qui, d'après le droit international, relèvent exclusivement de la compétence nationale ». Cette réserve est maintenue dans la déclaration française de 1966 (où elle porte aussi le numéro 2). Mais on a considéré nécessaire d'ajouter une autre réserve, celle qu'énonce le point 3, qui vise des différends concernant des activités se rapportant à la défense nationale.

L'adjonction faite au point 3 était nécessaire pour modifier l'étendue de la réserve, étant donné les circonstances nouvelles créées par les expériences nucléaires. Le domaine réservé à la souveraineté nationale ne comprend pas les différends nés d'actes pouvant éventuellement provoquer des retombées sur des territoires étrangers. Le point 3 *in fine* de la réserve française de 1966 a un contenu tout nouveau, différent donc de celui de l'article 39, paragraphe 2, alinéa *b*), de l'Acte général.

*c*) Paradoxalement, on a mis en doute que l'Acte soit en vigueur, eu égard aux travaux qui ont abouti à la résolution 268A (III) de l'Assemblée générale sur la restitution à l'Acte de son efficacité première, et eu égard aussi au libellé même de cette résolution.

Il est vrai qu'on trouve dans les travaux préliminaires des expressions équivoques. On a dit que le projet de résolution n'impliquerait aucune approbation de l'Acte de la part de l'Assemblée et que celle-ci se bornerait à permettre aux Etats de rétablir, de leur propre gré, « la validité » de l'Acte général de 1928 (Entezam, Iran) (Nations Unies, *Documents officiels de la troisième session de l'Assemblée générale, première partie, Commission politique spéciale*, 26<sup>e</sup> séance, 6 décembre 1948, p. 302)<sup>1</sup>. De leur côté, le porte-parole du groupe des républiques socialistes ont critiqué avec acharnement l'Acte général pour des raisons politiques, le considérant comme un instrument sans valeur et créateur de mesures mort-nées.

Mais les signataires de l'Acte, en parlant de régulariser, de modifier l'Acte, envisagent de lui restituer sa pleine et ancienne efficacité et ne mettent pas en doute sa validité actuelle. Larock (Belgique) précise que l'Acte général « est toujours valable, mais il demande à être remis à jour » (*ibid.*, 28<sup>e</sup> séance, p. 323). Ordonneau (France) déclare que « la Commission intérimaire propose tout simplement des méthodes pratiques de nature à faciliter l'application de l'Article 33 [de la Charte] » (*ibid.*, p. 324). Van Langenhove (Belgique) s'exprime ainsi: « L'Acte général est toujours en vigueur; toutefois son efficacité se trouve diminuée du fait de la disparition de certains rouages [de la Société des Nations] » (Nations Unies, *Documents officiels de la troisième session de l'Assemblée générale, deuxième partie, séances plénières*, 198<sup>e</sup> séance, 28 avril 1949, p. 176). Viteri Lafronze (Equateur), rapporteur, précise qu'« il ne s'agit pas de faire revivre l'Acte de 1928 ni de l'imposer; cet Acte demeure obligatoire à l'égard des signataires qui ne l'ont pas dénoncé » (*ibid.*,

<sup>1</sup> Entezam emploie peut-être le terme « validité » dans le sens de « pleine efficacité ».

p. 189). Lapie (France) dit aussi que l'Acte de 1928, auquel on propose « de redonner sa vigueur première, est un document précieux que l'on a hérité de la Société des Nations et dont il faut seulement modifier les termes pour l'adapter à la nouvelle Organisation » (*ibid.*, 199<sup>e</sup> séance, 28 avril 1949, p. 193). Enfin, et sans qu'il soit nécessaire d'allonger cet exposé par d'autres citations, il semble que personne à ce moment-là n'affirme l'extinction de l'Acte entre ses signataires et qu'on admette au contraire qu'il est toujours en vigueur entre eux.

La résolution 268A (III) en date du 28 avril 1949 sur la restitution à l'Acte général de son efficacité première montre bien son but et son intention. Elle considère que l'Acte se trouve diminué du fait de la disparition des organes de la Société des Nations et de la Cour permanente, et que les amendements indiqués sont de nature à lui restituer son efficacité première. La résolution met en relief que de tels 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 en 1928, entendraient s'en prévaloir dans la mesure où il pourrait encore jouer ».

d) Les articles 17, 33, 34 et 37 de l'Acte général, qui se réfèrent à la Cour permanente de Justice internationale, sont-ils encore applicables par le jeu de l'article 37 du Statut? Une réponse affirmative semble être la seule soutenable.

La Cour a répondu indirectement à la question dans l'affaire de la *Barcelona Traction (exceptions préliminaires)*. M. Armand-Ugon a montré l'identité de nature entre les traités bilatéraux de conciliation, règlement judiciaire et arbitrage de l'époque et le traité multilatéral qu'est l'Acte général. Il a dit du traité hispano-belge de 1927 qu'il « n'est autre chose qu'un Acte général en petit entre deux Etats ». C'est vrai. Il fait ensuite le raisonnement suivant : la résolution 268A (III) lui paraît démontrer sans aucun doute que l'Assemblée générale n'a pas cru pouvoir faire application de l'article 37 du Statut de la Cour aux dispositions de l'Acte général visant la Cour permanente, parce que, pour le transfert « un nouvel accord [l'Acte de 1949] était indispensable, ce qui signifiait que l'article 37 ne jouait pas » (opinion dissidente, *C.I.J. Recueil 1964*, p. 156). La Cour n'a pas accepté comme valable le raisonnement de M. Armand-Ugon ; elle a nié implicitement son interprétation concernant l'Acte de 1949 et déclaré l'article 37 du Statut applicable à l'Acte général de 1928<sup>1</sup>. La Cour enseigne que l'objet véritable de la clause juridictionnelle qui met en jeu la Cour permanente (selon l'article 37) n'est pas « de désigner tel tribunal plutôt que tel autre, mais de créer une obligation de règlement judiciaire » (*ibid.*, p. 38).

<sup>1</sup> Elle a jugé que le traité entre l'Espagne et la Belgique est toujours en vigueur, parce que l'article 37 du Statut lui est applicable.

e) La question qui semble fondamentale dans les débats actuels sur le maintien en vigueur de l'Acte général est celle de savoir si cet instrument a fait l'objet ou non d'une abrogation tacite.

Le droit international ne voit pas avec faveur l'abrogation tacite des traités. La convention de Vienne, qu'on peut tenir comme la codification de la *communis opinio* en matière de traités (*C.I.J. Recueil 1971*, p. 47), a établi que « l'extinction d'un traité » ne peut avoir lieu « qu'en application des dispositions du traité ou de la présente Convention » (art. 42, par. 2) et que l'extinction d'un traité — selon la convention — peut avoir lieu : « a) conformément aux dispositions du traité; ou b) à tout moment, par consentement de toutes les parties, après consultation des autres Etats contractants » (art. 54).

L'Acte général a établi sa durée minimale, prévu son renouvellement automatique par périodes de cinq ans et précisé la forme et les modalités de la dénonciation (art. 45). L'Acte, comme la convention de Vienne, n'a pas considéré l'abrogation tacite. C'est normal. L'admettre serait introduire la confusion dans l'ordre international. En outre, si l'on admettait l'abrogation tacite, il faudrait établir les preuves des *facta concludentia* à invoquer pour s'assurer du *contrarius consensus* des parties et les établir avec une force suffisante pour délier les parties des obligations contractées en vertu du traité.

f) Il me semble exagéré de dire du silence entourant l'Acte qu'il est de nature à faire présumer sa caducité<sup>1</sup>. On a continué à mentionner l'Acte dans les répertoires et listes de traités en vigueur; les auteurs en ont fait autant<sup>2</sup>.

M. Basdevant affirme, à la Cour même, que l'Acte général est toujours en vigueur et qu'il l'est donc entre la France et la Norvège, qui l'ont toutes deux signé. Il attire l'attention sur le fait que l'Acte a été

<sup>1</sup> Le fait que l'on n'a pas recours à un traité peut être la meilleure preuve de son efficacité: c'est qu'il a évité les différends entre Etats.

<sup>2</sup> Il est cité comme étant toujours en vigueur par les auteurs les plus qualifiés en France et dans d'autres pays. Il faut noter tout de même les doutes de Siorat sur la validité de l'Acte après la dissolution de la Société des Nations. Il pose le problème de savoir si l'Acte général ne serait pas devenu caduc pour une autre raison que la dissolution de la Cour permanente. L'impossibilité d'exécution en raison de la défaillance du mécanisme de la Société des Nations pourrait être invoquée. Mais, pour qu'il y ait extinction, il faudrait prouver que les fonctions incombant à la Société des Nations n'ont pas été dévolues à l'Organisation des Nations Unies et que la situation, d'une part, rendrait l'exécution littéralement impossible et, d'autre part, créerait une impossibilité totale, complète et permanente. On pourrait invoquer aussi la désuétude mutuellement acceptée. L'auteur signale que l'attitude des parties à l'égard de l'Acte est difficile à interpréter et relève que, pour qu'il y ait désuétude, il faudrait établir de façon indiscutable que les parties ont adopté une attitude commune en agissant à l'égard de l'Acte comme s'il n'existait pas et qu'elles ont ainsi réalisé effectivement un accord tacite en vertu duquel elles considéreraient que l'Acte a pris fin. (« L'article 37 du Statut de la Cour internationale de Justice », *Annuaire français de droit international*, 1962, p. 321-323.) Il convient de noter que les données citées par l'auteur sont assez incomplètes.

mentionné dans les observations du Gouvernement français puis expressément invoqué par l'agent de ce gouvernement comme fondement de la juridiction de la Cour en l'affaire; il fait également remarquer que l'Acte a été mentionné aussi par le conseil du Gouvernement norvégien (*C.I.J. Recueil 1957*, p. 74). Opinion bien autorisée. Mais il me semble pertinent de noter aussi que la Cour, en rejetant la demande française dans l'affaire relative à *Certains emprunts norvégiens* (contre l'opinion de M. Basdevant), ne met pas en doute la validité et l'efficacité de l'Acte<sup>1</sup>.

L'opinion dissidente de M. Guerrero, sir Arnold McNair, MM. Read et Hsu Mo, dans l'affaire des *Réserves à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, se réfère aussi à l'Acte général de 1928 et à l'Acte révisé (*C.I.J. Recueil 1951*, p. 37)<sup>2</sup>.

Je crois qu'il faut accepter ce qui est dit dans une étude spéciale en la matière:

« En conclusion on peut affirmer que l'Acte général de Genève est en vigueur envers vingt Etats contractants<sup>3</sup> encore liés par l'Acte, et non seulement d'une manière purement formelle, mais qu'il conserve toute son efficacité pour les Etats contractants malgré la disparition de quelques organes de la Société des Nations<sup>4</sup>. »

g) Etant admis que l'Acte général est resté en vigueur, on a pu encore se demander si la déclaration française reconnaissant comme obligatoire la juridiction de la Cour, avec la réserve de 1966 sur la défense nationale, avait modifié les obligations prises par la France quand elle avait signé l'Acte, en particulier celles qu'énonce le chapitre II. En termes plus généraux, la question est de savoir si les traités et conventions en vigueur, où l'acceptation de la compétence de la Cour est spécialement prévue (hypothèse de l'article 36, par. 1, du Statut), sont subordonnés aux

<sup>1</sup> La Cour dit que le Gouvernement français a mentionné l'Acte général de Genève mais elle ajoute que cette mention ne saurait être considérée comme suffisante pour établir que la requête du Gouvernement français se fondait sur l'Acte général. « Si le Gouvernement français avait voulu procéder sur cette base, il l'aurait expressément déclaré. » La Cour pense que la requête du Gouvernement français se fonde clairement et précisément sur l'article 36, paragraphe 2, du Statut. Pour cette raison, la Cour ne croit pas pouvoir rechercher, pour établir sa compétence, « un fondement autre que celui que le Gouvernement français a lui-même énoncé dans sa requête et sur lequel l'affaire a été plaidée devant la Cour par les deux Parties » (*C.I.J. Recueil 1957*, p. 24-25). Il semble que le Gouvernement français n'ait pas eu intérêt à s'appuyer sur l'Acte général parce que celui-ci requiert l'épuisement des recours internes (art. 31 de l'Acte).

<sup>2</sup> L'Acte est encore cité dans *C.I.J. Recueil 1961*, p. 19. Le Pakistan l'a invoqué comme fondement de la compétence de la Cour dans sa requête du 11 mai 1973 contre l'Inde (affaire rayée du rôle par ordonnance du 15 décembre 1973 à la suite du désistement du Pakistan).

<sup>3</sup> La France et le Royaume-Uni ont dénoncé l'Acte, après l'introduction de la présente affaire.

<sup>4</sup> Kunzmann, « Die Generalakte von New York und Genf als Streitschlichtungsvertrag der Vereinten Nationen », *Die Friedens-Warte*, 56 (1961-1966), Bâle, p. 22.

déclarations unilatérales des Etats acceptant la compétence obligatoire de la Cour (hypothèse de l'article 36, par. 2, du Statut), ou dépendent de ces déclarations, avec pour conséquence que l'abrogation de cette obligation d'être soumis à la juridiction de la Cour ou sa limitation par de nouvelles réserves entraîne l'abrogation ou la limitation des obligations assumées en vertu d'une convention bilatérale ou plurilatérale antérieure.

Le respect dû à la souveraineté des Etats et le caractère facultatif de la juridiction de la Cour (art. 2, par. 7 de la Charte) ne semblent pas de nature à écarter le principe *pacta sunt servanda*, pilier essentiel du droit international. Une fois la soumission à la compétence de la Cour établie dans un traité ou une convention (art. 36, par. 1, du Statut), les parties au traité ou à la convention ne peuvent pas se délier à leur gré et par une déclaration unilatérale de l'obligation prise envers un autre Etat. Cette déclaration unilatérale n'aura pas plus de force parce qu'elle prévoit la compétence de la Cour conformément à l'article 36, paragraphe 2, du Statut, ou parce qu'elle est assortie de réserves, ou contient la possibilité de priver arbitrairement la Cour de sa juridiction. Pour se délier de l'obligation prise, il faudra toujours dénoncer le traité ou la convention, conformément aux conditions requises par le traité ou la convention en vigueur.

Même si l'on pense que la déclaration déposée selon l'article 36, paragraphe 2, du Statut fait naître des obligations de nature contractuelle, la réponse sera toujours que cette déclaration ne peut libérer l'Etat déclarant de tout ou partie des obligations déjà assumées dans un accord antérieur, en dehors des conditions déterminées dans cet accord. Pour qu'il y ait extinction implicite d'un traité du fait de la conclusion d'un traité postérieur, il faut avant tout « que toutes les parties à ce traité concluent ultérieurement un traité portant sur la même matière » (convention de Vienne, art. 59).

Il faut noter aussi que, entre la déclaration faite en vertu de l'article 36, paragraphe 2, du Statut et l'Acte général, il n'y a pas d'incompatibilité engendrant l'abrogation tacite du fait d'un nouveau traité. L'Acte joue entre ses signataires — groupe fermé de vingt Etats — et impose des conditions et limitations spéciales aux parties. Le Statut, selon l'interprétation donnée à l'article 36, paragraphe 2, ouvre la porte à presque tous les Etats (art. 93 de la Charte) et permet d'établir des conditions et réserves de quelque nature que ce soit, à la différence de l'Acte général.

La relation entre l'Acte général et l'acceptation postérieure de la juridiction obligatoire est exposée avec concision et de main de maître par M. Basdevant :

« 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.» (*C.I.J. Recueil 1957*, p. 75-76.)

*h)* Reste toujours un mystère troublant: pourquoi le Gouvernement français n'a-t-il pas dénoncé l'Acte général en temps voulu et dans les formes régulières, en faisant usage de l'article 45, paragraphe 3, de l'Acte, au moment (en 1966) où il a déposé avec de nouvelles réserves sa déclaration reconnaissant la compétence de la Cour? Il semble évident que le Gouvernement français ne voulait pas en 1966 que les questions concernant la défense nationale puissent être portées devant la Cour. On peut ajouter qu'on ne sait pas pourquoi le Gouvernement français a maintenu la compétence de la Cour en la matière envers les signataires de l'Acte<sup>1</sup>. Mais cette anomalie ne saurait être considérée comme suffisante pour faire présumer une dénonciation tacite de l'Acte général par le Gouvernement français, pour donner à cette dénonciation une efficacité juridique en violation des dispositions de l'Acte lui-même. L'admettre serait contraire aux principes les plus respectés du droit des traités; ce serait contraire à la sécurité juridique et même aux exigences du droit sur les présomptions.

### III. LA RECEVABILITÉ DE LA REQUÊTE

1. L'ordonnance du 22 juin 1973 a décidé que les pièces écrites porteraient à la fois sur la question de la compétence de la Cour pour connaître du différend et sur celle de la recevabilité de la requête. La Cour a suivi ainsi l'article 67 de son Règlement.

Le terme «recevabilité» est très large, mais l'ordonnance éclaire le sens dans lequel elle l'emploie en son paragraphe 23 où il est dit qu'on ne saurait supposer à priori que le demandeur «ne soit pas en mesure d'établir à l'égard de ces demandes l'existence d'un intérêt juridique autorisant la Cour à accueillir la requête».

Il convient de se demander si le requérant a fait valoir ou non dans ses conclusions un intérêt juridique comme fondement de son action. Au stade préliminaire envisagé dans l'ordonnance, il faut voir d'abord si le demandeur est fondé à engager la procédure (*legitimatío ad processum*, *Rechtsschutzanspruch*), à mettre en mouvement la machine procédurale, avant de procéder à l'examen du fond de l'affaire. Une autre question se poserait ensuite, celle de savoir si l'intérêt allégué est, en fait et en droit,

<sup>1</sup> Bien qu'on ait pu avancer des hypothèses pour expliquer cette conduite en apparence contradictoire.

digne de protection juridique<sup>1</sup>. Mais elle se rattache au fond de l'affaire et n'appelle donc pas une étude ici.

Le demandeur fait référence aux violations par la France de plusieurs règles de droit et il essaie de montrer qu'il a un intérêt juridique à se plaindre de chacune de ces violations. Il importe donc d'examiner l'intérêt ainsi invoqué dans chaque cas de prétendue violation, mais il semble utile de s'arrêter d'abord sur le sens de l'expression «intérêt juridique».

2. L'idée de l'intérêt juridique est au centre même des règles de procédure («point d'intérêt, point d'action»). Il faut donc l'employer avec la rigueur propre à sa fonction judiciaire. L'Acte général est un bon guide à cet effet. Il distingue entre les «différends de toute nature» qui peuvent être soumis à la procédure de la conciliation (art. premier), le cas d'«un intérêt d'ordre juridique» dans un différend à fin d'intervention (art. 36) et «tous différends au sujet desquels les parties se contesteraient réciproquement un droit» (art. 17). Ceux-ci sont les seuls convenant au règlement judiciaire et pouvant être soumis pour jugement à la Cour permanente de Justice internationale d'après l'Acte général<sup>2</sup>.

Comme on peut le voir, l'article 17 de l'Acte général ne permet pas une interprétation extensive de l'intérêt juridique qui peut être invoqué devant la Cour. Il s'agit d'un droit subjectif propre au demandeur et qui est au cœur d'un différend, parce qu'il est matière à contestation réciproque entre le demandeur et le défendeur. C'est donc un droit au sens

<sup>1</sup> M. Morelli souligne que la distinction entre le pouvoir d'action et l'intérêt substantiel est propre au droit interne mais qu'en droit international, ce qu'il faut voir, c'est s'il y a un différend (opinion individuelle, *C.I.J. Recueil 1963*, p. 132-133). L'observation ne semble pas très utile. Nier la recevabilité pour manque d'intérêt juridique du demandeur ou nier la recevabilité parce qu'il n'y a pas de différend en raison du défaut d'intérêt juridique du demandeur, cela revient au même. M. Morelli croit devoir critiquer l'arrêt de 1962 sur le *Sud-Ouest africain* parce qu'à son avis l'arrêt confond le «droit ou pouvoir d'action» (qui doit être examiné comme question préliminaire) et l'existence «d'un droit ou intérêt juridique», d'«un droit subjectif substantiel du demandeur» (qui doit être examiné comme question de fond) (opinion individuelle, *C.I.J. Recueil 1966*, p. 61).

<sup>2</sup> Sir Gerald Fitzmaurice a éclairci ce qu'il faut entendre par différend. Il nous dit qu'un différend juridique n'existe que

«si l'issue ou le résultat du différend, sous forme de décision de la Cour, peut affecter les intérêts ou les rapports juridiques des parties, en ce sens que cette décision confère ou impose à l'une ou à l'autre d'entre elles un droit ou une obligation juridique (ou qu'elle confirme ce droit ou cette obligation), ou bien qu'elle joue le rôle d'une injonction ou d'une interdiction pour l'avenir, ou encore qu'elle constitue un élément de détermination à l'égard d'une situation juridique continuant à exister» (opinion individuelle, *C.I.J. Recueil 1963*, p. 110).

Enseignement qui n'est pas contredit par l'existence de l'action déclaratoire. A son sujet, il faut noter qu'il appartient à la procédure contentieuse de déclarer l'existence ou l'inexistence d'un droit subjectif ou d'une obligation juridique concrétisée ou bien déterminée. Au contraire, la Cour n'est pas tenue de faire une déclaration abstraite ou générale sur l'existence ou l'inexistence d'une règle de droit objectif ou d'une obligation générale ou indéterminée. Cette déclaration pourra être l'objet d'une demande d'avis consultatif.

propre du terme (*jus dominativum*) dont la nature est d'appartenir à un Etat ou à un autre, l'Etat ayant la faculté de négocier à son sujet et d'y renoncer.

Or le demandeur semble oublier l'article 17 et pense qu'il lui suffit d'avoir un intérêt collectif ou général. Il cite plusieurs autorités pour étayer son opinion suivant laquelle le droit international reconnaît à tout Etat un intérêt d'ordre juridique à ce que d'autres pays observent les obligations que le droit international leur impose, et suivant laquelle aussi le droit reconnaît l'intérêt de tous les Etats à l'égard des grandes causes humanitaires.

Si l'on regarde de près les textes cités, on doit en tirer une autre conclusion. Dans les affaires du *Sud-Ouest africain (exceptions préliminaires)*, M. Jessup montre que le droit international a reconnu que les Etats peuvent avoir un intérêt juridique dans des questions n'affectant pas leurs intérêts «concrets» ou, pourrait-on dire, «physiques» ou «tangibles». Mais Jessup constate aussi que «des Etats ont fait valoir des intérêts juridiques de ce genre en se fondant sur un traité»; il mentionne à l'appui de cette constatation les traités de minorités, la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, des conventions mises en œuvre par l'Organisation internationale du Travail et le système des mandats (opinion individuelle, *C.I.J. Recueil 1962*, p. 425 et suiv.). L'autre opinion de M. Jessup dans les affaires du *Sud-Ouest africain (deuxième phase)*, où il critique l'arrêt de la Cour qui conteste aux demandeurs et à tout Etat le droit de recours judiciaire lorsque le demandeur n'allègue pas un intérêt propre touchant au fond, est très nuancée. Jessup tient compte de ce qu'il s'agit de «l'exécution d'obligations conventionnelles fondamentales contenues dans un traité ayant ce qu'on peut appeler à juste titre des caractéristiques constitutionnelles» (opinion dissidente, *C.I.J. Recueil 1966*, p. 386). Il précise sa pensée en disant: «Il n'y a pas d'*actio popularis* généralement établie en droit international» (*ibid.*, p. 387-388). Dans la même espèce, M. Tanaka déclare:

«Nous estimons que des intérêts généraux d'ordre humanitaire se concrétisent dans ces traités et ces organisations. Une fois qu'ils revêtent une forme institutionnelle, ces intérêts prennent un caractère *juridique* et doivent être protégés au moyen de procédures bien établies.» (Opinion dissidente, *C.I.J. Recueil 1966*, p. 252.)

En réponse à l'argument tendant à ce qu'elle admette «une sorte d'*actio popularis*, ou un droit pour chaque membre d'une collectivité d'intenter une action pour la défense d'un intérêt public», la Cour dit de manière tranchante:

«Or, s'il se peut que certains systèmes de droit interne connaissent cette notion, le droit international tel qu'il existe actuellement ne la reconnaît pas et la Cour ne saurait y voir l'un des «principes généraux de droit» mentionnés à l'article 38, paragraphe 1 *c*), de son Statut.» (*C.I.J. Recueil 1966*, p. 47, par. 88.)

Par contre la Cour a dit aussi :

« Une distinction essentielle doit en particulier être établie entre les obligations des Etats envers la communauté internationale dans son ensemble et celles qui naissent vis-à-vis d'un autre Etat dans le cadre de la protection diplomatique. Par leur nature même, les premières concernent tous les Etats. Vu l'importance des droits en cause, tous les Etats peuvent être considérés comme ayant un intérêt juridique à ce que ces droits soient protégés; les obligations dont il s'agit sont des obligations *erga omnes*. » (C.I.J. Recueil 1970, p. 32, par. 33.)

Ces phrases, qu'on a pu qualifier de progressistes et juger dignes de sympathie, doivent s'entendre *cum grano salis*. Il me semble que le raisonnement qu'elles formulent *obiter* ne doit pas être considéré comme consacrant la reconnaissance de l'*actio popularis* en droit international; il faut l'interpréter d'une manière plus conforme à la pratique générale acceptée comme étant le droit. Je ne peux pas croire qu'en vertu de ce *dictum* la Cour estime recevable par exemple la demande de l'Etat A contre l'Etat B où A alléguerait que B n'applique pas « des principes et des règles concernant les droits fondamentaux de la personne humaine » (C.I.J. Recueil 1970, p. 32, par. 34) envers les sujets de l'Etat B ou même de l'Etat C. Peut-être en rédigeant le paragraphe en question la Cour a-t-elle pensé au cas où l'Etat B porterait préjudice aux sujets de l'Etat A en lésant les droits fondamentaux de la personne. On doit aussi tenir compte de ce que la Cour semble restreindre son *dictum* à la manière de M. Jessup et de M. Tanaka lorsqu'elle fait référence « à des instruments internationaux de caractère universel ou quasi universel » (C.I.J. Recueil 1970, p. 32, par. 34)<sup>1</sup>.

En tout cas si, comme il me semble, la compétence de la Cour dans l'affaire est fondée sur l'article 17 de l'Acte général et non sur la déclaration française de 1966, la requête n'est recevable que si le demandeur fait valoir l'existence d'un droit propre qui aurait, selon lui, été lésé par le fait du défendeur.

3. La demande tendant à ce que la Cour déclare que les expériences nucléaires dans l'atmosphère sont illicites en vertu d'une règle générale de droit international et que tout Etat, y compris le requérant, a le droit de demander à la France de s'abstenir de procéder à ce genre d'expérimentation, suscite plusieurs doutes.

<sup>1</sup> L'expression « obligations *erga omnes* » fait penser au principe du droit interne selon lequel la propriété impose une obligation *erga omnes*; mais cette obligation engendre un droit ou intérêt juridique à la faire valoir devant un tribunal au profit du propriétaire qui est lésé dans son droit ou intérêt ou qui le voit méconnu. Même dans le cas de vol, on ne peut pas parler d'une *actio popularis* — ce qui est autre chose que la faculté de dénoncer le vol à l'autorité. Il convient aussi de noter qu'une décision de la Cour n'est pas obligatoire *erga omnes*, elle n'est obligatoire que pour les parties en litige et dans le cas qui a été décidé (art. 59 du Statut).

La question peut-elle être réglée conformément au droit international ou bien appartient-elle encore au domaine de la politique? Il faut aussi se demander s'il s'agit d'une question de recevabilité ou de fond. Il faudrait distinguer si elle porte sur le caractère politique ou judiciaire de l'affaire (question de recevabilité) ou bien si elle porte sur la règle à appliquer et les conditions dans lesquelles celle-ci peut être considérée comme faisant partie du droit coutumier (question de fond)<sup>1</sup>. Difficulté qui aurait pu être résolue peut-être en joignant au fond la question de recevabilité.

Mais point n'est besoin de trancher ces problèmes. A mon avis, il est clair que le demandeur n'est pas fondé à prier la Cour de déclarer que les essais nucléaires dans l'atmosphère sont illicites. Le demandeur n'a pas un intérêt propre et concret d'ordre juridique, et moins encore un droit qui soit contesté par l'autre Partie, comme l'exige l'Acte général. La demande tendant à ce que la Cour fasse une déclaration générale et abstraite sur l'existence d'une règle de droit dépasse la fonction judiciaire de la Cour. Celle-ci n'a pas compétence pour déclarer que toutes les expériences nucléaires dans l'atmosphère sont illicites, même si elle considère en conscience que ces expériences et même toutes les expériences nucléaires en général sont contraires à la morale et à toute considération humanitaire.

4. Le droit invoqué par le demandeur en ce qui concerne le dépôt de retombées radioactives sur son territoire a été considéré dans l'ordonnance du 22 juin 1973 (par. 30). Il faut voir à présent si le fait d'invoquer ce droit rend recevable la demande d'examen de l'affaire au fond. La plainte du demandeur contre la France pour avoir violé sa souveraineté en introduisant sans permission des matières nuisibles sur son territoire est basée sur un intérêt d'ordre juridique bien connu depuis le droit romain. Celui-ci connaît déjà l'interdiction de l'*immissio* (de l'eau, de la fumée, des fragments de pierres) dans la propriété voisine (D.8, 5, 8, par. 5). Dans le droit ancien et les droits modernes le principe *sic utere tuo ut aliaenum non laedas* est admis. La responsabilité d'un propriétaire en raison des fumées, odeurs insupportables, est bien connue, « parce qu'il sort [des limites matérielles de son fonds], parce qu'il y a *immissio* sur les fonds voisins, qu'il cause un dommage<sup>2</sup> ».

Dans le droit international, on peut rappeler le devoir de chaque Etat de ne pas utiliser son territoire aux fins d'actes contraires aux droits d'autres Etats (*C.I.J. Recueil 1949*, p. 22). Les sentences arbitrales des

<sup>1</sup> Le caractère de droit coutumier ou de *jus cogens* attribué au traité de Moscou est mis en question par son manque d'universalité et par la réserve de l'article IV selon laquelle « Chaque partie ... aura le droit de se retirer du traité si elle décide que des événements extraordinaires, en rapport avec l'objet du présent Traité, ont compromis les intérêts suprêmes de son pays. »

Sur les conditions à remplir pour que naisse une règle de droit coutumier, voir mon opinion individuelle, *C.I.J. Recueil 1974*, p. 89 et suiv.

<sup>2</sup> Mazeaud, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile*, 3<sup>e</sup> éd., 1938, tome I, p. 647 et suiv., par. 597.

16 avril 1938 et 11 mars 1941 rendues sur un différend entre les Etats-Unis et le Canada mentionnent l'inexistence de précédents sur la pollution de l'air, mais aussi l'analogie avec les cas de pollution de l'eau et le litige suisse entre les cantons de Soleure et d'Argovie<sup>1</sup>. Le conflit entre les Etats-Unis et le Canada à propos des fonderies de Trail est tranché sur la base de la règle suivante:

« aucun Etat n'a le droit d'utiliser son territoire ou d'en permettre l'utilisation de manière à causer dans le territoire d'un autre Etat ... par l'émission de fumées des dommages importants, établis par des preuves claires et convaincantes » (Trail Smelter Arbitration, 1938-1941, Etats-Unis d'Amérique-Canada, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. III, p. 1965<sup>2</sup>).

S'il est admis d'une manière générale qu'on a le droit de demander qu'il soit interdit aux voisins d'émettre des fumées nuisibles<sup>3</sup>, il faut en tirer la conséquence, par une évidente analogie, que le demandeur a le droit de prier la Cour d'accueillir sa demande tendant à ce que la France mette fin au dépôt de retombées radioactives sur son territoire.

La question de savoir si le dépôt de substances radioactives sur le territoire du demandeur, dépôt provenant des essais nucléaires de la France, est nuisible au demandeur ne devrait être tranchée que dans une procédure sur le fond où la Cour examinerait si l'intrusion ou violation du territoire d'autrui est en soi contraire à la loi ou si elle ne l'est que s'il se produit des dommages; dans ce dernier cas, elle aurait encore à examiner la nature des préjudices allégués<sup>4</sup>, leur existence<sup>5</sup> et leur importance

<sup>1</sup> Le Tribunal fédéral suisse établit que, selon les normes du droit international, la souveraineté d'un Etat peut s'exercer librement tant qu'elle n'atteint pas les droits découlant de celle d'un autre Etat; la présence du stand de tir argovien mettait en danger certaines régions soleuroises et le tribunal a interdit l'utilisation du stand de tir tant que des mesures de protection suffisantes n'auraient pas été prises (*Arrêts du Tribunal fédéral suisse*, vol. XXVI, première partie, p. 449-451, considérant 3), citation de Roulet, *Le caractère artificiel de la théorie de l'abus de droit en droit international public*, Neuchâtel, 1958, p. 121.

<sup>2</sup> La sentence arrive à cette conclusion « under the principles of international law, as well as of the law of the United States ». La sentence est considérée comme « fondamentale pour tout le problème des immixtions. Ses fondements font aujourd'hui partie du droit international coutumier », A. Randelzhofer, B. Simma, « Das Kernkraftwerk an der Grenze — Ein 'ultra-hazardous activity' im Schnittpunkt von internationalem Nachbarrecht und Umweltschutz », *Festschrift für Friedrich Berber*, Munich, 1973, p. 405. Cette sentence signifie l'abandon de la théorie de Harmon (souveraineté absolue de chaque Etat sur son territoire envers tous les autres); Krakau, *Die Harmon Doktrin*, « Eine These der Vereinigten Staaten zum internationalen Flussrecht », Hambourg, 1966, p. 9.

<sup>3</sup> De continuer à émettre des fumées nuisibles ou d'en émettre à nouveau s'il est à craindre (*ad metuendum*) que ce soit le cas *Damnum infectum est damnum nondum factum, quod futurum veremur*, D.39, 2, 2.

<sup>4</sup> Elle devrait dire par exemple s'il faut tenir compte ou non de ce que la poursuite d'essais nucléaires cause un préjudice, notamment des appréhensions, de l'anxiété et de l'inquiétude, aux habitants et au Gouvernement de l'Australie.

<sup>5</sup> Ce qui ouvre la question de l'administration des preuves (art. 48 et 50 du Statut, art. 62 du Règlement).

relative<sup>1</sup>, pour se prononcer sur la demande d'interdiction des essais nucléaires français<sup>2</sup>.

5. Une troisième plainte contre la France est fondée sur l'infraction au principe de la liberté de la haute mer qui résulte des entraves à la navigation maritime et aérienne dues à l'établissement de zones interdites. Elle pose des questions juridiques délicates.

Procéder à des essais nucléaires au-dessus de la mer et établir des zones interdites, cela fait-il partie des « autres libertés reconnues par les principes généraux du droit international » ou bien est-ce contraire aux libertés des autres Etats? Sommes-nous devant un cas analogue à celui de l'établissement de zones interdites à l'occasion d'exercices de tir ou de manœuvres navales? L'interprétation de l'article 2, paragraphe 2, de la Convention sur la haute mer impose que, dans chaque cas, on tienne raisonnablement compte des intérêts des Etats quant à l'usage des libertés de la haute mer; il faut considérer la nature et l'importance des intérêts en jeu, le principe de l'usage non nuisible (*prodesse enim sibi unusquisque, dum alii non nocet, non prohibetur*, D.39, 3, 1, par. 11), de l'abus du droit et de la bonne foi dans l'usage des libertés.

La question des essais nucléaires a été examinée par la Conférence de 1958 sur le droit de la mer. On y a noté une forte tendance à condamner les essais nucléaires, mais la conférence a accepté la proposition de l'Inde; elle a reconnu que de nombreux Etats appréhendaient que les explosions nucléaires ne constituent une infraction à la liberté de la haute mer, et a renvoyé la question à l'Assemblée générale pour toutes mesures appropriées.

La plainte contre la France à ce sujet pose donc des questions de droit et des questions de fait qui touchent au fond de l'affaire, et ne doivent pas être examinées et tranchées au stade préliminaire de la procédure envisagée par l'ordonnance du 22 juin 1973.

Il me semble que cette troisième plainte n'est pas recevable sous la forme où elle est présentée. Le demandeur n'allègue pas un droit propre qui soit contesté par la France et il ne fonde sa requête sur aucun préjudice concret, dont il offrirait de prouver que la responsabilité incombe à la France<sup>3</sup>. Le demandeur n'a pas de titre juridique qui l'autorise à agir comme porte-parole de la communauté internationale, et à demander que la Cour condamne la conduite de la France. La Cour ne peut pas outrepasser ses fonctions judiciaires et déterminer d'une manière générale les devoirs de la France en ce qui concerne les libertés de la mer.

(Signé) F. DE CASTRO.

<sup>1</sup> Il faut mesurer l'importance des intérêts des parties et même la possibilité de les harmoniser (question du voisinage et de l'usage innocent).

<sup>2</sup> La Cour, dans l'ordonnance du 22 juin 1973, fait allusion à la possibilité que ces essais causent « un préjudice irréparable » au demandeur; c'est une possibilité dont on doit tenir compte, pour l'indication de mesures conservatoires (urgence de ces mesures) mais non pour la recevabilité.

<sup>3</sup> Sur les conditions requises pour accueillir une demande de dommages, voir ce qui est dit dans *C.I.J. Recueil 1974*, p. 203-205, notamment au paragraphe 76; voir aussi *ibid.*, p. 225.