

DISSENTING OPINION OF JUDGE WEERAMANTRY

TABLE OF CONTENTS

	<i>Pages</i>
INTRODUCTION	320
Unusual nature of New Zealand's Request	320
Background to the Court's Judgment in 1974	321
Questions of jurisdiction and admissibility	321
SOME PRELIMINARY QUESTIONS	322
Is the 1974 case dead?	322
Is paragraph 63 self-contradictory?	323
Can New Zealand's Request be disposed of administratively?	324
 CORRESPONDENCE BETWEEN NEW ZEALAND'S COMPLAINTS IN 1973 AND 1995	 325
New Zealand's complaints in 1973	325
The state of knowledge in 1974	328
New Zealand's present grievances	330
INTERPRETATION OF PARAGRAPH 63	331
The terms of paragraph 63	331
The Court's formulation of the bases of the 1974 Judgment	332
The concentration in 1974 upon atmospheric tests	333
The substance of the grievance and the means by which it is caused	335
Some principles of interpretation	336
Significance of opening sentence of paragraph 63	337
Significance of the last sentence of paragraph 63	337
The special need for a precautionary clause	338
INTERIM MEASURES	339
The grant of interim measures	339
The approach of the Court to preliminary measures in 1973	339
 SOME RELEVANT LEGAL PRINCIPLES	 339
The inter-temporal principle	339
The concept of intergenerational rights	341
The precautionary principle	342
Environmental Impact Assessment (EIA)	344
The illegality of introducing radioactive waste into the marine environment	345
The principle that damage must not be caused to other nations	346

OPINION DISSIDENTE DE M. WEERAMANTRY

[Traduction]

TABLE DES MATIÈRES

	<i>Pages</i>
INTRODUCTION	320
Le caractère inhabituel de la demande néo-zélandaise	320
Le contexte de l'arrêt rendu par la Cour en 1974	321
Les questions de compétence et de recevabilité	321
QUELQUES QUESTIONS PRÉLIMINAIRES	322
L'affaire de 1974 est-elle close?	322
Le paragraphe 63 comporte-t-il une contradiction interne?	323
La demande néo-zélandaise peut-elle être traitée par la voie administrative?	324
LA COÏNCIDENCE ENTRE LES GRIEFS DE LA NOUVELLE-ZÉLANDE EN 1973 ET EN 1995	325
Les griefs de la Nouvelle-Zélande en 1973	325
L'état des connaissances en 1974	328
Les griefs actuels de la Nouvelle-Zélande	330
L'INTERPRÉTATION DU PARAGRAPHE 63	331
Les termes du paragraphe 63	331
La manière dont la Cour a formulé les fondements de l'arrêt de 1974	332
La place centrale accordée aux essais atmosphériques en 1974	333
Le fond des griefs et les moyens qui en étaient la cause	335
Quelques principes d'interprétation	336
La portée de la phrase liminaire du paragraphe 63	337
La portée de la dernière phrase du paragraphe 63	337
La nécessité particulière d'une clause de précaution	338
LES MESURES CONSERVATOIRES	339
L'indication de mesures conservatoires	339
La manière dont la Cour a abordé en 1973 la question des mesures conservatoires	339
QUELQUES PRINCIPES JURIDIQUES PERTINENTS	339
Le principe de l'intertemporalité	339
La notion de droits appartenant aux générations futures	341
Le principe de précaution	342
Evaluation de l'impact sur l'environnement	344
Le caractère illicite de l'introduction de déchets radioactifs dans le milieu marin	345
Le principe selon lequel aucun dommage ne doit être causé aux autres nations	346
	33

318	REQUEST FOR AN EXAMINATION (DISS. OP. WEERAMANTRY)	
	HAS NEW ZEALAND MADE OUT A PRIMA FACIE CASE?	347
	The approach to the question of proof	347
	The scientific fact-finding missions	348
	The nature of underground nuclear tests	350
	The structure of Mururoa and Fangataufa atolls	351
	The impact upon the atolls of previous explosions	352
	The impact upon Mururoa of the proposed new series of explosions	352
	The internationally accepted safety standards for the storage of radio- active wastes	353
	The danger to marine life of the release of radioactive substances into the ocean	355
	The possibility of accident	357
	The position of the intervenors	358
	CONCLUDING REMARKS	359

DEMANDE D'EXAMEN (OP. DISS. WEERAMANTRY)	318
LA NOUVELLE-ZÉLANDE A-T-ELLE ÉTABLI SA THÈSE <i>PRIMA FACIE</i> ?	347
La question de la preuve	347
Les missions d'enquête scientifique	348
La nature des essais nucléaires souterrains	350
La structure des atolls de Mururoa et de Fangataufa	351
L'impact des explosions précédentes sur les atolls	352
Les répercussions sur Mururoa de la nouvelle série d'explosions projetée	352
Les normes de sécurité admises à l'échelon international quant au stockage des déchets radioactifs	353
Le danger que la libération de substances radioactives dans l'océan représente pour la vie marine	355
La possibilité d'accidents	357
La situation des Etats demandant à intervenir	358
CONCLUSIONS	359

This is a Request by which New Zealand seeks the continuation of the proceedings it filed in 1973. New Zealand is not entitled to commence fresh proceedings against France in view of the steps taken by France, since the institution of the case in 1973, to withdraw the bases of jurisdiction under which that case was filed. New Zealand's Request for an Examination of the Situation can only be entertained by the Court if it constitutes another phase of those earlier proceedings. The burden lies upon New Zealand to demonstrate this.

The fundamental question before the Court in this Request is whether the "basis of this Judgment" of this Court in 1974 has been "affected", for the Court in that Judgment left open to New Zealand the right to approach this Court again in that event. That question can only be decided by a two-fold process — an examination of the meaning of the term "basis of this Judgment" and an examination of such factual material as New Zealand places before the Court to show that that "basis" has been "affected".

I regret that the Court has chosen to determine the entire Request, involving, though it does, matters of profound moment to the entire global community, upon what seems to me to be an unduly limited construction of the phrase "basis of this Judgment", without a determination on the second question essential to its decision, namely, whether New Zealand has made out a prima facie case on the facts that such basis has been affected. It seems to me the two questions are integrally linked. As is so often the case with questions affecting the competence of the Court, a decision in this case can only be arrived at through an interaction of the legal and factual elements involved (see Ibrahim F. I. Shihata, *The Power of the International Court to Determine Its Own Jurisdiction*, 1965, p. 299).

The phrase "basis of this Judgment" necessitates an enquiry into the grievance which brought New Zealand to the Court, the object of the proceedings, the remedies contained in the Judgment, the basis of facts and knowledge underlying the Judgment, the reasoning or *ratio decidendi* of the Judgment and, in short, the overall context in which the operative words are set. My conclusion, having regard to all these matters, is fundamentally different from that of the majority of my colleagues. The difference between the two approaches touches the fundamentals of the judicial process as I understand it, and this opinion contains some necessary observations in this regard.

The ensuing opinion is an attempt to describe what I conceive to be the correct approach to the momentous question which New Zealand's Request brings before the Court. In making these observations, I bear in mind of course that the scope of New Zealand's present Request is circumscribed within the limits of the initial pleadings on which that case commenced and that New Zealand can claim no more now than it claimed then. No grievances, no reliefs, no orders can be pleaded or

Par sa demande, la Nouvelle-Zélande cherche à poursuivre l'instance qu'elle a introduite en 1973. Elle n'est pas fondée à engager une nouvelle action contre la France puisque celle-ci, depuis l'introduction de l'instance en 1973, a dénoncé les bases de compétence qui avaient été invoquées dans cette affaire. La Cour ne peut connaître de la demande d'examen de la situation présentée par la Nouvelle-Zélande que s'il s'agit d'une nouvelle phase de cette instance précédente. C'est à la Nouvelle-Zélande qu'il incombe de le démontrer.

Cette demande pose à la Cour la question fondamentale de savoir si le «fondement [de l']arrêt» rendu par la Cour en 1974 a été «remis en cause», puisque la Cour avait réservé dans cet arrêt le droit de la Nouvelle-Zélande de revenir devant elle dans cette hypothèse. On ne peut trancher cette question qu'en se livrant à un double examen: celui du sens de l'expression «fondement du présent arrêt» et celui des données factuelles que la Nouvelle-Zélande a soumises à la Cour pour établir que le «fondement» avait été «remis en cause».

Je regrette que la Cour ait choisi de se prononcer sur l'ensemble de la demande — alors que celle-ci soulevait des questions d'une importance fondamentale pour la communauté internationale tout entière — en se fondant sur ce qui me paraît être une interprétation par trop restrictive de l'expression «fondement du présent arrêt» et en s'abstenant de traiter la deuxième question essentielle pour sa décision, c'est-à-dire celle de savoir si la Nouvelle-Zélande avait, faits à l'appui, établi *prima facie* que ce fondement avait été remis en cause. Il me semble que ces deux aspects sont indissociables. Comme c'est très souvent le cas pour les questions touchant à la compétence de la Cour, on ne peut parvenir à une décision en l'espèce qu'en se fondant sur l'interaction des éléments juridiques et factuels en cause (voir Ibrahim F. I. Shihata, *The Power of the International Court to Determine Its Own Jurisdiction*, 1965, p. 299).

L'expression «fondement du présent arrêt» appelle un examen des griefs qui ont amené la Nouvelle-Zélande à saisir la Cour, de l'objet de l'instance, des voies de droit que comporte l'arrêt, des faits et des connaissances qui constituaient le fondement de l'arrêt, du raisonnement ou de la *ratio decidendi* de l'arrêt, en bref, du contexte général dans lequel s'inscrit le dispositif. Ma conclusion, eu égard à tous ces aspects, diffère radicalement de celle de la majorité de mes collègues. La différence entre les deux approches a trait aux principes essentiels du processus judiciaire tel que je le conçois, et la présente opinion contient certaines observations indispensables à cet égard.

Dans la présente opinion, je m'efforcerai d'exposer comment, selon moi, la question importante portée devant la Cour par la demande néo-zélandaise aurait dû être traitée. En faisant ces observations, je garde bien entendu à l'esprit que la portée de la demande actuelle de la Nouvelle-Zélande est circonscrite par la teneur des pièces de procédure de l'affaire initiale et que la Nouvelle-Zélande ne peut pas demander davantage aujourd'hui qu'elle ne demandait alors. Elle ne saurait faire valoir de

sought other than those which are strictly within the limits of that original Application.

INTRODUCTION

Unusual Nature of New Zealand's Request

This Request for an Examination of the Situation is probably without precedent in the annals of the Court. It does not fit within any of the standard applications recognized by the Court's rules for the revision or interpretation of a judgment rendered by the Court. It is an unusual request generated by an unusual provision contained in the Court's Judgment of 1974.

Paragraph 63 of that Judgment reads as follows:

“Once the Court has found that a State has entered into a commitment concerning its future conduct it is not the Court's function to contemplate that it will not comply with it. However, the Court observes that if the basis of this Judgment were to be affected, the Applicant could request an examination of the situation in accordance with the provisions of the Statute; the denunciation by France, by letter dated 2 January 1974, of the General Act for the Pacific Settlement of International Disputes, which is relied on as a basis of jurisdiction in the present case, cannot constitute by itself an obstacle to the presentation of such a request.” (*Nuclear Tests (New Zealand v. France)*, I.C.J. Reports 1974, p. 477.)

Paragraph 63 was a precautionary provision which the Court included in its Judgment when it decided to act upon a unilateral declaration by France that it would discontinue atmospheric testing of nuclear weapons — a declaration which it considered to be legally binding. The Court used its undoubted powers of regulating its own procedure to devise a procedure *sui generis*.

This procedure went beyond the provision for interpretation of a judgment contained in Article 60 of the Court's Statute and the provision for revision contained in Article 61. The Court no doubt considered that in the circumstances before it, it needed to go beyond either of those provisions. It was seeking to meet a need different from the need for interpretation or for revision of the Judgment. It was also opening the door to New Zealand in a manner which reached beyond the period of limitation attached to applications for revision.

The rationale of the Court's action was totally different from the rationale underlying revision, for revision involves an alteration or modification of the Judgment, whereas the Court's action was aimed at preserving the Judgment in its full integrity, in the event that some event had occurred which undermined the basis of the Judgment. Moreover, had

griefs, ni solliciter de décisions ou d'ordonnances qui ne s'inscriraient pas strictement dans le cadre de sa requête initiale.

INTRODUCTION

Le caractère inhabituel de la demande néo-zélandaise

Cette demande d'examen de la situation est probablement sans précédent dans les annales de la Cour. Elle ne s'apparente à aucune des demandes classiques prévues par le Statut et le Règlement de la Cour aux fins de la revision ou de l'interprétation d'un arrêt rendu par la Cour. C'est une demande insolite, fondée sur une disposition insolite de l'arrêt de la Cour de 1974.

Le paragraphe 63 de cet arrêt est ainsi libellé :

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

La Cour a inséré le paragraphe 63 dans son arrêt à titre de précaution lorsqu'elle a décidé de prendre acte d'une déclaration unilatérale de la France — dont la Cour a estimé qu'elle était juridiquement contraignante — aux termes de laquelle la France s'engageait à mettre fin à ses essais atmosphériques d'armes nucléaires. La Cour a fait usage de sa compétence incontestée d'arrêter sa propre procédure pour prescrire une procédure *sui generis*.

Cette procédure allait au-delà des dispositions des articles 60 et 61 du Statut de la Cour relatifs respectivement à l'interprétation et à la revision d'un arrêt. Assurément, la Cour a estimé que, vu les circonstances, elle devait aller au-delà de l'une et l'autre de ces dispositions. Elle a ainsi cherché à répondre à un besoin autre que l'interprétation ou la revision de l'arrêt. Elle a également ouvert à la Nouvelle-Zélande une possibilité qui s'étendait au-delà du délai imparti pour la présentation d'une demande en revision.

Les motifs de la Cour étaient radicalement différents de ceux qui sous-tendent une revision, puisqu'une revision implique un remaniement ou une modification de l'arrêt, alors que la Cour visait à préserver l'intégrité de son arrêt au cas où il surviendrait un fait qui en remettrait en cause le fondement. En outre, si la Cour avait envisagé la revision, elle n'aurait

revision been its intention, there was no necessity for the Court to make any special provision as the Statute would have operated automatically.

I therefore see no merit in the submission that an application under paragraph 63 is an application for revision under another guise. The two procedures are totally different in conception, nature and operation.

In devising a special provision dealing with a situation that could arise in the future and affect the *basis* of the Judgment, the Court was demonstrating its anxiety to preserve intact the basic assumptions on which the Judgment was constructed. We must conclude that the Court considered the matter too important to be left unprovided for.

The Court, well aware of the provisions in its established procedure relating to interpretation and revision, was not indulging in an exercise in tautology. It was devising an unprecedented procedure to meet an unprecedented situation.

Background to the Court's Judgment in 1974

The Court accepted the French declaration as reducing New Zealand's claim to one which no longer had any object. Indeed, in the Court's view, it had caused the dispute to disappear.

One can be in no doubt that the Court's understanding — and indeed New Zealand's — at the time was that the damage complained of by New Zealand would come to an end in view of the undertaking by France. Atmospheric tests were the only tests then being conducted by France in the Pacific. An unequivocal indication was given that they would be ended. To all appearances the dispute was therefore at an end.

Yet the Court was dealing with a matter of the utmost importance to the fundamental rights of the people of New Zealand. It did not leave open any possibilities for circumstances yet unseen to undermine the basis of its Judgment, nor did it leave New Zealand defenceless in the protection of the very rights whose protection had brought it before the Court in the first instance. Though fully satisfied that the objective of New Zealand had been attained and the threats to its rights overcome, it still took the precaution of introducing into its Judgment this clause of its own devising.

It is under that clause that New Zealand requests the Court to consider the situation in the light of its assertion that the current underground nuclear tests produce the same kind of radioactive contamination of its environment as it complained of in 1973.

Questions of Jurisdiction and Admissibility

In the case instituted in 1973, the Court did not proceed to a finding on questions of jurisdiction and admissibility. The Order of 22 June 1973

pas eu besoin de prévoir une disposition particulière, puisque le Statut se serait automatiquement appliqué.

En conséquence, la conclusion selon laquelle une demande présentée au titre du paragraphe 63 est une demande en revision déguisée me semble dépourvue de fondement. La conception, la nature et la mise en œuvre de ces deux procédures sont totalement différentes.

En concevant une procédure particulière applicable à une situation susceptible de se présenter à l'avenir et de remettre en cause le *fondement* de l'arrêt, la Cour a manifesté son souci de préserver l'intégrité des postulats fondamentaux sur lesquels reposait son arrêt. Il nous faut donc conclure que, pour la Cour, l'importance de cette question justifiait une disposition expresse.

La Cour, pleinement au fait des dispositions de sa procédure relatives à l'interprétation et à la revision, ne s'est pas livrée à un exercice de tautologie. Elle a prévu une procédure inédite pour répondre à une situation sans précédent.

Le contexte de l'arrêt rendu par la Cour en 1974

La Cour a estimé que la déclaration française privait la requête néo-zélandaise de son objet. De fait, elle a jugé que cette déclaration mettait fin au différend.

Il est certain qu'à l'époque la Cour considérait — tout comme la Nouvelle-Zélande d'ailleurs — que le préjudice dont la Nouvelle-Zélande tirait grief cesserait du fait de l'engagement pris par la France. Les seuls essais auxquels cette dernière procédait alors dans le Pacifique étaient atmosphériques. La France avait indiqué sans ambiguïté qu'elle y mettrait fin. On avait donc toutes les raisons de croire qu'il n'y avait plus de différend.

Néanmoins, la Cour se trouvait en présence d'une question qui était de la plus haute importance pour les droits fondamentaux du peuple néo-zélandais. Elle n'a pas voulu permettre que des circonstances alors imprévues viennent remettre en cause le fondement de son arrêt, ni laisser la Nouvelle-Zélande impuissante à protéger les droits mêmes qu'elle avait cherché à sauvegarder en saisissant initialement la Cour. Bien que cette dernière fût pleinement convaincue que l'objectif de la Nouvelle-Zélande avait été atteint et que les droits de celle-ci n'étaient plus menacés, elle a néanmoins pris la précaution d'introduire dans son arrêt cette clause conçue par elle.

C'est au titre de cette clause que la Nouvelle-Zélande prie la Cour d'examiner la situation, en faisant valoir que les essais nucléaires souterrains actuels provoquent le même genre de contamination radioactive de son environnement que celle dont elle avait tiré grief en 1973.

Les questions de compétence et de recevabilité

Dans l'instance introduite en 1973, la Cour ne s'est pas prononcée sur les questions de compétence et de recevabilité. Dans l'ordonnance du

indicating certain provisional measures against the Parties was made on the basis that:

“it cannot be assumed *a priori* that such claims fall completely outside the purview of the Court’s jurisdiction, or that the Government of New Zealand may not be able to establish a legal interest in respect of these claims entitling the Court to admit the Application” (*Nuclear Tests (New Zealand v. France), Interim Protection, I.C.J. Reports 1973*, p. 140, para. 24).

There was thus no determination on questions of admissibility or jurisdiction prior to that Order, nor was there a finding on these matters at any subsequent stage.

For the reasons set out above, this opinion does not in any way touch upon the merits of New Zealand’s claim. It will confine itself initially to examining whether the basis of the 1974 Judgment has been in any way affected. It will be necessary for a determination of this question to refer to some matters of fact set out in New Zealand’s Request and Application. But if these are referred to, they are only for an examination of the question whether there is *prima facie* a situation which reactivates the 1973 case through the key provided by paragraph 63 of the 1974 Judgment. It is impossible to determine whether the basis of that Judgment has been affected without some reference to such questions of fact.

SOME PRELIMINARY QUESTIONS

Is the 1974 Case Dead?

One of the basic positions of France is that the Judgment of 1974 is *res judicata* and that the case instituted in 1973 is dead. In the picturesque language of its counsel, this was no legal Lazarus and no one could revive it.

France also calls in aid, in support of this view, the fact that no academic writing and no publication of the Court lists New Zealand’s case against France as a case that is pending. Rather, it is listed even in official Court publications among cases that have been disposed of.

In addressing this question, certain incontrovertible propositions must first be noted:

- the Court itself has stated in the Judgment that New Zealand may come back to the Court in certain eventualities, however one may define them;
- the Court specially fashioned this procedure to meet the particular needs of this case;
- this right is given without any limitation of time;
- no academic publications, nor indeed any official publications of the Court, can prevail against the express words of the Judgment itself;

22 juin 1973 par laquelle elle avait indiqué certaines mesures conservatoires, la Cour avait considéré :

«qu'on ne saurait supposer à priori que de telles demandes échappent complètement à la juridiction de la Cour ou que le Gouvernement néo-zélandais 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» (*Essais nucléaires (Nouvelle-Zélande c. France)*, *mesures conservatoires*, C.I.J. Recueil 1973, p. 140, par. 24).

Les questions de compétence et de recevabilité n'ont donc pas été tranchées avant le prononcé de cette ordonnance, pas plus qu'elles ne l'ont été par la suite.

Pour les raisons ci-dessus énoncées, la présente opinion ne porte en rien sur le fond de la demande néo-zélandaise. J'entends tout d'abord borner mon examen à la question de savoir si le fondement de l'arrêt de 1974 a été en quoi que ce soit remis en cause. Pour répondre à cette question, il me faudra évoquer certaines données de fait présentées dans la demande de la Nouvelle-Zélande ainsi que dans sa requête. Mais je ne les évoquerai que pour apprécier si, *prima facie*, les conditions sont réunies pour rouvrir l'affaire de 1973 par le biais du paragraphe 63 de l'arrêt de 1974. Il est en effet impossible de déterminer si le fondement de l'arrêt a été remis en cause sans se référer à ces données factuelles.

QUELQUES QUESTIONS PRÉLIMINAIRES

L'affaire de 1974 est-elle close ?

L'un des principaux arguments de la France est que l'arrêt de 1974 a force de chose jugée et que l'instance introduite en 1973 est close. Pour reprendre le langage imagé de son conseil, il n'y aurait pas de Lazare juridique et personne ne saurait faire renaître l'affaire de ses cendres.

A l'appui de sa thèse, la France s'est également appuyée sur le fait qu'aucun article de doctrine ni aucune publication de la Cour ne range l'affaire entre la Nouvelle-Zélande et la France parmi les affaires pendantes. Au contraire, cette affaire est mentionnée, y compris dans les publications officielles de la Cour, parmi les affaires terminées par un arrêt.

A ce propos, il convient tout d'abord de relever certains faits incontestables :

- la Cour elle-même a affirmé dans son arrêt que la Nouvelle-Zélande avait le droit de revenir devant elle dans certaines circonstances — quelle que soit la manière dont on puisse définir celles-ci ;
- la Cour a expressément conçu cette procédure pour répondre aux besoins particuliers de l'affaire ;
- ce droit a été accordé sans aucune condition de délai ;
- aucun article de doctrine ni même les publications officielles de la Cour ne sauraient prévaloir sur le libellé exprès de l'arrêt lui-même ;

- the Court was within its undoubted inherent powers of regulating its own procedure in making this provision in the Judgment;
- the Court was concerned with possible future events which might undermine the basis of the Judgment;
- the Court deliberately chose a procedure other than revision or interpretation.

The argument that the case was dead is consequently one which seems to fly in the face of the Court's own words which kept it alive in certain eventualities. Far from being a revisionary procedure in another form, paragraph 63 is an independent procedure standing in its own right. Devised by the Court and carrying the full stamp of the Court's authority, its express words contradict the contention that the case is dead.

Paragraph 63 enables the case to be reopened by New Zealand if, but only if, the conditions it specifies be met — namely, that the basis of the Judgment has been affected. If that paragraph comes into operation, the case is revived, New Zealand's Request must be entertained by the Court and New Zealand's request for provisional measures must be considered. New Zealand would be approaching the Court under the very authority of the Court itself. New Zealand's right to approach the Court and the validity of New Zealand's Request to this effect cannot in these circumstances be in doubt. The Court would then also have to consider the interventions by Australia, Samoa, Solomon Islands, the Marshall Islands and the Federated States of Micronesia.

If, on the other hand, New Zealand does not have the key with which to open the door of paragraph 63, its Request must be dismissed and the occasion for taking the other steps specified above does not arise.

Whether New Zealand has that key — i.e., whether New Zealand is able to show that the basis of the Judgment is affected — is the crux of the matter before the Court.

Is Paragraph 63 Self-contradictory?

It was suggested in the course of the argument that the words "in accordance with the provisions of the Statute" restrict New Zealand to the specific forms of approaching the Court which are provided in the Statute. I do not read these words so narrowly, for such a reading would negate the right which the Court was expressly giving to New Zealand by paragraph 63.

I read these words as meaning rather that the Court was ensuring that New Zealand must follow the usual procedural formalities required of any application made by any party to the Court.

I cannot subscribe to the view that the Court was giving New Zealand a right in the earlier part of that sentence which it was immediately taking

- lorsqu'elle a énoncé cette disposition de l'arrêt, la Cour a agi dans l'exercice de son pouvoir inhérent d'arrêter sa propre procédure, qui n'est pas contesté;
- la Cour s'inquiétait de faits ultérieurs éventuels susceptibles de remettre en cause le fondement de son arrêt;
- la Cour a délibérément choisi une procédure autre que la procédure en revision ou en interprétation.

L'argument selon lequel l'affaire était close semble donc aller directement à l'encontre des termes mêmes employés par la Cour, en vertu desquels l'affaire reste ouverte dans certaines circonstances. Loin d'être une procédure en revision sous une forme différente, la procédure visée au paragraphe 63 a un caractère propre et autonome. Conçue par la Cour et bénéficiant de toute l'autorité de celle-ci, sa formulation expresse dément la thèse selon laquelle l'affaire est close.

Le paragraphe 63 autorise la Nouvelle-Zélande à rouvrir l'affaire si, mais seulement si, les conditions qui y sont énoncées sont réunies, à savoir si le fondement de l'arrêt est remis en cause. Si ce paragraphe entre en jeu, l'affaire est rouverte, et la Cour doit connaître de la demande d'examen de la situation présentée par la Nouvelle-Zélande et examiner sa demande en indication de mesures conservatoires. C'est en vertu de l'autorisation expresse de la Cour elle-même que la Nouvelle-Zélande s'adresserait à elle. Dans ces conditions, le droit de la Nouvelle-Zélande de saisir la Cour et la validité de la demande néo-zélandaise à cet effet ne sauraient être mis en doute. La Cour devrait alors examiner aussi les requêtes à fin d'intervention de l'Australie, du Samoa, des Iles Salomon, des Iles Marshall et des Etats fédérés de Micronésie.

En revanche, si la Nouvelle-Zélande n'a pas la clef qui ouvre la porte du paragraphe 63, sa demande doit être écartée et il n'y a pas lieu d'examiner les autres questions susmentionnées.

Le point de savoir si la Nouvelle-Zélande possède cette clef, c'est-à-dire si elle est en mesure de démontrer que le fondement de l'arrêt a été remis en cause, est le nœud de la question portée devant la Cour.

Le paragraphe 63 comporte-t-il une contradiction interne?

On a laissé entendre au cours des débats que l'expression «conformément aux dispositions du Statut» signifiait que la Nouvelle-Zélande ne pouvait saisir la Cour que par les voies expressément prévues dans le Statut. Je n'interprète pas cette expression de façon aussi restrictive car une telle interprétation reviendrait à nier le droit que la Cour a expressément conféré à la Nouvelle-Zélande au paragraphe 63.

Pour moi, cette expression signifie plutôt que la Cour entendait que la Nouvelle-Zélande se plie aux exigences de forme habituelles auxquelles doit satisfaire toute demande soumise à la Cour par quelque partie que ce soit.

Je ne saurais partager le point de vue selon lequel, dans la première partie de la phrase considérée, la Cour a accordé à la Nouvelle-Zélande

away by restricting New Zealand's application to existing Court procedure which did not indeed provide for any such application. The Court did not contradict itself in this manner, and to suggest as much is to do little credit to the remarkable foresight exhibited by the Court in providing New Zealand with the right which it did.

The Court's first task therefore is to examine whether New Zealand has brought before it circumstances which affect the basis of the 1974 Judgment. If it has, the Court must then proceed, in terms of its own Judgment, to examine those circumstances with the greatest of care in order to determine whether a situation has arisen which requires the Court to grant to New Zealand the relief it seeks.

Can New Zealand's Request Be Disposed of Administratively?

It has been contended by France that this matter should be disposed of administratively. It is said in support of this position that New Zealand is bringing a fresh matter to the Court; that New Zealand is approaching the Court on the basis of a case that is dead; that there is no legally valid application before the Court; and that indeed the matter can be dealt with administratively on the basis of a manifest and patent lack of jurisdiction.

France submitted that the Court should take a decision *proprio motu* without any need for a public hearing. In support of its contention that the matter should be disposed of by means of an order without hearings, France relied upon the cases of *Treatment in Hungary of Aircraft and Crew of United States of America* (I.C.J. Reports 1954, pp. 101 and 105); *Aerial Incident of 4 September 1954* (I.C.J. Reports 1958, pp. 160-161); *Aerial Incident of 7 November 1954* (I.C.J. Reports 1959, p. 278)¹.

Those were cases of manifest and patent lack of jurisdiction where it was not possible for the Court to take any procedural steps, and are distinguishable from the present case, where New Zealand comes to the Court directly within the terms of an express provision of the Court's own Judgment. The Court needs to consider whether New Zealand is correct in its contention that the basis of the 1974 Judgment is affected by the current nuclear tests. If it is not, New Zealand would have no case, but if it is, there is a matter to be seriously considered. The decision

¹ In 1973, likewise, the position of France, as stated in a letter to the Court delivered on 16 May 1973, was that the Court was "manifestly not competent" to deal with the dispute, and that the Court should drop the matter from its docket. The grounds included the argument that the dispute concerned an activity connected with national defence and was thus excluded from the jurisdiction of the Court by the third French reservation to its declaration of acceptance of the compulsory jurisdiction of the Court. The Court rejected the French contention that the absence of jurisdiction was manifest (*Nuclear Tests (New Zealand v. France), Interim Protection, Order of 22 June 1973, I.C.J. Reports 1973, p. 138*).

un droit qu'elle lui a immédiatement retiré en ramenant la demande de celle-ci dans le cadre de la procédure existante, laquelle ne prévoit effectivement pas la présentation d'une telle demande. La Cour n'a pas pu se contredire de la sorte; prétendre le contraire serait faire bien peu de cas de la remarquable clairvoyance dont la Cour a fait preuve en offrant ce droit à la Nouvelle-Zélande.

En conséquence, il incombe tout d'abord à la Cour d'examiner si la Nouvelle-Zélande a porté à sa connaissance des faits qui remettent en cause le fondement de l'arrêt de 1974. Si tel est le cas, la Cour doit, conformément aux prévisions de son propre arrêt, procéder à un examen très attentif afin de déterminer si la situation ainsi créée justifie qu'il soit fait droit aux conclusions de la Nouvelle-Zélande.

*La demande néo-zélandaise peut-elle être traitée
par la voie administrative ?*

La France a soutenu que le problème devait être réglé par une décision administrative. A l'appui de cette thèse, elle a fait valoir que la Nouvelle-Zélande soumettait à la Cour une question nouvelle et s'adressait à la Cour en se fondant sur une affaire close, que la Cour n'était donc saisie d'aucune demande juridiquement valable, et que la question devait en fait être réglée par une décision administrative eu égard au défaut manifeste et flagrant de compétence.

Selon la France, la Cour devait prendre une décision d'office, sans qu'il soit nécessaire de tenir d'audience publique. Pour étayer sa thèse selon laquelle la Cour devait rendre une ordonnance sans tenir audience, la France a invoqué l'affaire du *Traitement en Hongrie d'un avion des Etats-Unis d'Amérique et de son équipage* (C.I.J. Recueil 1954, p. 101 et p. 105), l'affaire relative à l'*Incident aérien du 4 septembre 1954* (C.I.J. Recueil 1958, p. 160-161), et l'affaire relative à l'*Incident aérien du 7 novembre 1954* (C.I.J. Recueil 1959, p. 278)¹.

Or, il s'agissait là d'affaires où le défaut de compétence était manifeste et flagrant, et où la Cour ne pouvait effectuer aucun acte de procédure; il convient donc de les distinguer de la présente affaire où la Nouvelle-Zélande s'adresse à la Cour directement au titre d'une disposition expresse d'un arrêt même de la Cour. La Cour doit examiner si la Nouvelle-Zélande peut valablement affirmer que le fondement de l'arrêt de 1974 est remis en cause par les essais nucléaires actuels. Si ce n'est pas le cas, la Nouvelle-Zélande n'a aucun moyen à faire valoir, mais si c'est le cas, cela

¹ De même, en 1973, dans une lettre du 16 mai 1973 remise à la Cour, la France avait affirmé que la Cour « n'[avait] manifestement pas compétence » pour connaître du différend et que l'affaire devait être rayée du rôle. Elle excipait notamment de ce que le différend concernait une activité liée à la défense nationale et se trouvait donc exclu du champ de compétence de la Cour en raison de la troisième réserve que contenait la déclaration française d'acceptation de la juridiction obligatoire de la Cour. La Cour a rejeté la prétention de la France selon laquelle le défaut de compétence était manifeste (*Essais nucléaires (Nouvelle-Zélande c. France), mesures conservatoires, ordonnance du 22 juin 1973, C.I.J. Recueil 1973, p. 138*).

whether there is or is not such a matter is obviously one which cannot be taken behind the closed doors of purely administrative orders, without a public hearing.

It would be contrary to the entire scheme of the administration of justice, as conceived in its Statute and practised by the Court, for the Court to dismiss such an application *in camera*, without a public hearing and even without the benefit of an *ad hoc* judge from the country in question — as France invited the Court to do. Such procedures, available in circumstances where there is a patent, complete and manifest lack of jurisdiction, are inapplicable to the present situation.

If, indeed, New Zealand makes out a *prima facie* case that the basis of the 1974 Judgment has been affected by supervening events, New Zealand has clearly the right to approach the Court, in terms of the Court's own Judgment, for a judicial determination of the situation arising from the resumption of nuclear testing. The Court will of course deny such relief if, upon a fuller examination of the matter, it is not satisfied that New Zealand's case has been substantiated. But it can only do so judicially.

The matter has, happily, been heard by the Court at a public hearing, at which both Parties have presented their submissions, and both Parties have been afforded the opportunity of a reply. In following this procedure, the Court has given due effect to such principles as *audi alteram partem* which are integral constituents of the rule of law and justice.

Moreover, under Article 79 (1) (Article 67 (1) at the time of the 1973 case) and Article 79 (7) (Article 67 (7) in 1973) of the Rules of Court, New Zealand was clearly entitled to a judicial determination of these preliminary objections to its application.

CORRESPONDENCE BETWEEN NEW ZEALAND'S COMPLAINTS IN 1973 AND 1995

New Zealand's Complaints in 1973

To understand the basis of the Judgment, which New Zealand claims has been affected, it is necessary, preliminarily, to look at New Zealand's complaint to the Court in 1973.

New Zealand had come to the Court with a complaint that it was suffering damage of five specified descriptions from the radioactive fallout generated by French nuclear explosions in the Pacific. That damage was specified as follows:

“The rights to be protected are:

- (i) the rights of all members of the international community, including New Zealand, that no nuclear tests that give rise to radioactive fall-out be conducted;

pose une question qui mérite d'être soigneusement examinée. De toute évidence, la décision à ce sujet ne saurait être prise à huis clos comme le sont les ordonnances d'ordre purement administratif, sans audience publique.

Que la Cour décide à huis clos, sans audience publique ni même le bénéfice de la présence d'un juge *ad hoc* désigné par le pays concerné, d'écarter une telle demande — comme la France l'en avait priée — serait contraire à tout le régime d'administration de la justice tel qu'il a été conçu dans le Statut et mis en œuvre par la Cour. De telles procédures, applicables lorsque le défaut de compétence est patent, absolu et manifeste, sont exclues en l'occurrence.

En effet, si la Nouvelle-Zélande établit *prima facie* que le fondement de l'arrêt de 1974 a été remis en cause par les événements qui sont survenus, elle a de toute évidence le droit de s'adresser à la Cour aux termes mêmes de l'arrêt rendu par celle-ci, en vue d'obtenir une décision judiciaire sur la situation née de la reprise des essais nucléaires. Bien entendu, la Cour ne fera pas droit à sa demande si, après un examen approfondi de la question, elle n'est pas convaincue du bien-fondé de la thèse de la Nouvelle-Zélande. Mais elle ne peut le faire que par une décision judiciaire.

La question a été — et c'est heureux — examinée par la Cour lors d'une audience publique au cours de laquelle les deux Parties ont présenté leurs arguments et ont eu la possibilité de se répondre mutuellement. En suivant cette procédure, la Cour a donné dûment effet à des principes, comme la règle de l'*audi alteram partem*, qui font partie intégrante de la primauté du droit et de la justice.

En outre, les paragraphes 1 et 7 de l'article 79 (soit, à l'époque de l'affaire de 1973, les paragraphes 1 et 7 de l'article 67) du Règlement de la Cour autorisaient de toute évidence la Nouvelle-Zélande à obtenir de la Cour une décision judiciaire sur les exceptions préliminaires soulevées à l'encontre de sa demande.

LA COÏNCIDENCE ENTRE LES GRIEFS DE LA NOUVELLE-ZÉLANDE EN 1973 ET EN 1995

Les griefs de la Nouvelle-Zélande en 1973

Pour comprendre le fondement de l'arrêt dont la Nouvelle-Zélande prétend qu'il a été remis en cause, il convient d'examiner tout d'abord les griefs que la Nouvelle-Zélande a articulés devant la Cour en 1973.

La Nouvelle-Zélande avait fait valoir devant la Cour qu'elle subissait, à cinq titres précis, un préjudice en raison des retombées radioactives provoquées par les explosions nucléaires françaises dans le Pacifique. Ce préjudice était décrit comme suit :

«Les droits qu'il s'agit de protéger sont :

- i) le droit de tous les membres de la communauté internationale, y compris la Nouvelle-Zélande, à ce qu'aucune expérience nucléaire provoquant des retombées radioactives n'ait lieu;

- (ii) that the rights of all members of the international community, including New Zealand, to the preservation from unjustified artificial radio-active contamination of the terrestrial, maritime and aerial environment and, in particular, of the environment of the region in which the tests are conducted and in which New Zealand, the Cook Islands, Niue and the Tokelau Islands are situated;
- (iii) the right of New Zealand that no radio-active material enter the territory of New Zealand, the Cook Islands, Niue or the Tokelau Islands, including their air space and territorial waters, as a result of nuclear testing;
- (iv) the right of New Zealand that no radio-active material, having entered the territory of New Zealand, the Cook Islands, Niue or the Tokelau Islands, including their airspace and territorial waters, as a result of nuclear testing, cause harm, including apprehension, anxiety and concern to the people and Government of New Zealand, and of the Cook Islands, Niue and the Tokelau Islands;
- (v) the right of New Zealand to freedom of the high seas, including freedom of navigation and overflight and the freedom to explore and exploit the resources of the sea and the sea-bed, without interference or detriment resulting from nuclear testing.

The fact that further nuclear tests at the French Pacific Test Centre will aggravate and extend the dispute between New Zealand and France is one of the grounds on which New Zealand seeks protection of the foregoing rights. In addition and independently, New Zealand has the right to the performance by France of its undertaking contained in Article 33 (3) of the General Act for the Pacific Settlement of International Disputes to abstain from any action whatsoever that may aggravate or extend the present dispute." (*I.C.J. Pleadings, Nuclear Tests*, Vol. II, Request for the Indication of Interim Measures of Protection, p. 49, para. 2.)

It will be noticed that in the entirety of this paragraph, there is no limitation to atmospheric tests, but that the reference throughout is in general terms to nuclear tests and nuclear testing.

Of particular significance, in the light of the present Request, were the identification of the dispute in paragraph 17 of the 1973 Application as including the effects of fallout on the "*natural resources of the sea*" (*ibid.*, p. 6), and the reference in paragraph 22 to the freedom to exploit the resources of the sea and the seabed, and the continued pollution of the maritime environment of New Zealand "*beyond the limits of national jurisdiction*" (*ibid.*, p. 7; emphasis added).

- ii) le droit de tous les membres de la communauté internationale, y compris la Nouvelle-Zélande, à ce que le milieu terrestre, maritime et aérien soit protégé contre une contamination injustifiée résultant d'une radioactivité artificielle et notamment à ce qu'il en soit ainsi de la région où les essais ont lieu et où sont situées la Nouvelle-Zélande, les îles Cook, les îles Nioué et Tokélaou;
- iii) le droit de la Nouvelle-Zélande à ce qu'aucun déchet radioactif ne pénètre sur son territoire, y compris son espace aérien et ses eaux territoriales, ou ceux des îles Cook, des îles Nioué et Tokélaou, à la suite d'essais nucléaires;
- iv) le droit de la Nouvelle-Zélande à ce qu'aucun déchet radioactif ayant pénétré sur son territoire, y compris son espace aérien et ses eaux territoriales ou ceux des îles Cook, des îles Nioué et Tokélaou, à la suite d'expérimentations nucléaires, ne cause un préjudice, notamment des appréhensions, de l'anxiété et de l'inquiétude, aux habitants et aux Gouvernements de la Nouvelle-Zélande, des îles Cook, des îles Nioué et Tokélaou;
- v) le droit de la Nouvelle-Zélande à la liberté de la haute mer, y compris la liberté de navigation et de survol, et la liberté d'explorer et d'exploiter les ressources de la mer et du fond des mers, sans subir de gêne ou de préjudice en raison des essais nucléaires.

Le fait que la réalisation de nouveaux essais nucléaires au centre d'essais français dans le Pacifique aggravera et étendra le différend entre la Nouvelle-Zélande et la France est l'un des motifs pour lesquels la Nouvelle-Zélande sollicite la protection des droits susmentionnés. En outre et indépendamment, la Nouvelle-Zélande a droit à ce que la France se conforme à l'engagement qu'elle a pris au titre du paragraphe 3 de l'article 33 de l'Acte général pour le règlement pacifique des différends internationaux de ne procéder à aucun acte, de quelque nature qu'il soit, susceptible d'aggraver ou d'étendre le différend actuel.» (*C.I.J. Mémoires, Essais nucléaires*, vol. II, demande en indication de mesures conservatoires, p. 49, par. 2.)

On relèvera que ce paragraphe n'est en rien limité aux essais atmosphériques, mais qu'il ne mentionne, en termes généraux, que les essais et expérimentations nucléaires.

Il est particulièrement important, eu égard à la demande actuelle, de noter que le différend a été défini, au paragraphe 17 de la requête présentée en 1973, comme incluant les effets des retombées sur les «*ressources naturelles ... de la mer*» (*ibid.*, p. 6), et que le paragraphe 22 visait la liberté d'exploiter les ressources de la mer et du fond des mers et la persistance de la pollution de l'environnement maritime de la Nouvelle-Zélande «*au-delà des limites de la juridiction nationale*» (*ibid.*, p. 7; les italiques sont de moi).

The prayer of New Zealand was no less clear in its statement of the objectives of the proceedings, for it said that New Zealand asks the Court to adjudge and declare:

“That the conduct by the French Government of *nuclear tests in the South Pacific region* that give rise to radioactive fallout constitutes a violation of New Zealand’s rights under international law, and that these rights will be violated by any further such tests.” (*I.C.J. Pleadings, Nuclear Tests*, Vol. II, Application, p. 9; emphasis added.)

So, also, paragraph 10 of New Zealand’s Application:

“The New Zealand Government will seek a *declaration* that the conduct by the French Government of *nuclear tests in the South Pacific region* that give rise to radioactive fallout constitutes a violation of New Zealand’s rights under international law, and that these rights will be violated by any further such tests.” (*Ibid.*, p. 4; emphasis added.)

The Applicant’s Memorial in paragraph 5 describes this request for a declaration as “the principal issue before the Court” (*ibid.*, p. 146).

What was the gravamen of New Zealand’s complaints? Was it the infringement of the various rights thus specified as resulting from nuclear tests, or was it atmospheric tests and atmospheric tests alone?

It seems reasonable to conclude that New Zealand’s complaint to the Court was in relation to the alleged infringement of its rights under international law, which resulted from unjustified artificial radioactive contamination of its terrestrial, maritime and aerial environment. The means used at that stage to bring about this result was atmospheric tests and New Zealand naturally complained against these. The means was subsidiary to the central fact of injury. It was in the injury that the complaint was grounded. The injury was the larger context within which the specific act causing damage was set.

Nowhere in the pleadings, submissions or Judgment is there the slightest suggestion of any acceptance by New Zealand of the principle that the same damage would be tolerated without complaint, if caused by nuclear explosions in another medium. It seems unreasonable to suggest that New Zealand would have been quite content to endure damage by radioactive contamination so long as it did not occur from atmospheric tests.

Nor could the Court have endorsed the view that the dispute had disappeared, or that the claim by New Zealand no longer had any object if there was the suggestion of a possibility of radioactive contamination resulting from the underground tests. Nor could it have viewed France’s undertaking as a reservation, even by remotest implication, of the right

La Nouvelle-Zélande n'a pas été moins claire dans l'énoncé des objectifs qu'elle poursuivait en introduisant l'instance, puisqu'elle a prié la Cour de dire et juger que :

«*les essais nucléaires* provoquant des retombées radioactives effectués par le Gouvernement français *dans la région du Pacifique Sud* constituent une violation des droits de la Nouvelle-Zélande au regard du droit international et que ces droits seront enfreints par tout nouvel essai» (C.I.J. *Mémoires, Essais nucléaires*, vol. II, requête, p. 9; les italiques sont de moi).

De même, au paragraphe 10 de sa requête, la Nouvelle-Zélande a déclaré :

«Le Gouvernement néo-zélandais demandera à la Cour de *dire que les essais nucléaires* provoquant des retombées radioactives effectués par le Gouvernement français *dans la région du Pacifique Sud* constituent une violation des droits de la Nouvelle-Zélande au regard du droit international et que ces droits seront enfreints par tout nouvel essai.» (*Ibid.*, p. 4; les italiques sont de moi.)

Au paragraphe 5 de son mémoire, le demandeur a décrit cette demande de déclaration comme «l'objet principal de l'examen de la Cour» (*ibid.*, p. 146).

Sur quoi portaient principalement les griefs de la Nouvelle-Zélande? S'agissait-il de la violation des différents droits énumérés, résultant selon elle des essais nucléaires, ou s'agissait-il des essais atmosphériques et d'eux seuls?

Il semble raisonnable de conclure que les griefs que la Nouvelle-Zélande a articulés devant la Cour se rapportaient à la violation alléguée de ses droits au regard du droit international du fait d'une contamination injustifiée résultant d'une radioactivité artificielle de son milieu terrestre, maritime et aérien. A l'époque, cette contamination était due aux essais atmosphériques, et c'est tout naturellement ces essais que la Nouvelle-Zélande a incriminés. Mais le vecteur était subsidiaire par rapport au préjudice même, qui restait le fait central. C'est de ce préjudice que le grief était tiré. Le préjudice était le contexte général dans lequel s'inscrivait l'acte spécifique qui en était la cause.

Ni dans les pièces, ni dans les conclusions, ni dans l'arrêt, on ne trouve la moindre indication que la Nouvelle-Zélande aurait accepté sans se plaindre un préjudice semblable s'il avait été causé par des explosions nucléaires d'un autre type. Il n'est pas raisonnable de laisser entendre que la Nouvelle-Zélande aurait pu accepter de subir des dommages dus à la contamination radioactive pourvu que celle-ci ne résultât point d'essais atmosphériques.

La Cour n'aurait pas pu accepter l'idée que le différend avait disparu, ou que la demande néo-zélandaise était désormais dépourvue d'objet, si elle avait pensé que les essais souterrains pouvaient causer une contamination radioactive. De même, n'a-t-elle pas pu considérer l'engagement de la France comme réservant, même de façon très indirecte, le droit de

to cause nuclear contamination of the environment provided it was not caused by atmospheric testing.

The State of Knowledge in 1974

The state of knowledge at the time is relevant. The belief of the 1960s that underground testing was safe is reflected in the terms of the Partial Test Ban Treaty of 1963 (to which the United States of America, the United Kingdom and the Union of Soviet Socialist Republics were parties), which banned nuclear weapons tests in the atmosphere, in outer space and underwater. Tests in these media were thought to raise the environmental concerns uppermost in the minds of the contracting States, but underground testing was thought to have “the potential for essentially total confinement of the radioactive products formed” (A. C. McEwan, “Environmental Effects of Underground Nuclear Explosions”, in Goldblat and Cox (eds.), *Nuclear Weapon Tests: Prohibition or Limitation?*, 1988, p. 83).

Even two years after the 1974 Judgment, a major treaty was entered into which displayed an international expectation that underground nuclear explosions were safe. The Peaceful Nuclear Explosions Treaty, signed on 28 May 1976 between the United States and the Soviet Union, provided for underground nuclear explosions for peaceful purposes, as this seemed to meet the need for “safe” nuclear energy for major construction works. Goldblat and Cox, in the study already referred to, observe:

“For many years, peaceful nuclear explosions (PNEs) had been seen as potentially valuable activities for a variety of purposes. In the United States, the so-called Plowshare Programme set out to explore possible uses of PNEs for digging canals or for other industrial ends, such as gas stimulation or oil recovery from otherwise uneconomic deposits. However, progress was slow, given the necessity of systematic tests using both conventional and nuclear explosives, because the need to minimize the risks required careful experimentation. By the mid-1970s, industrial interest in the use of underground nuclear explosions for non-military purposes had waned in the USA, while public concern over possible environmental hazards had increased. These hazards include — in addition to the release of radioactive material — shock wave effects which may occur close to the points of detonation. The programme was terminated in 1977, shortly after the signing of the PNET.” (Jozef Goldblat and David Cox, “Summary and Conclusions”, *ibid.*, p. 13; emphasis added.)

celle-ci de provoquer une contamination radioactive de l'environnement pour autant qu'elle ne fût pas due à des essais atmosphériques.

L'état des connaissances en 1974

Il est pertinent de déterminer quel était, à l'époque, l'état des connaissances. Le fait que, dans les années soixante, les essais souterrains étaient tenus pour inoffensifs a trouvé son expression dans les dispositions du traité d'interdiction partielle des essais de 1963 (auquel les Etats-Unis d'Amérique, le Royaume-Uni et l'Union soviétique étaient parties), qui interdisait les essais d'armes nucléaires dans l'atmosphère, dans l'espace extra-atmosphérique et sous l'eau. A l'époque, les essais réalisés dans ces milieux suscitaient les plus vives inquiétudes écologiques chez les Etats contractants, mais l'on croyait que les essais souterrains étaient «susceptibles de confiner presque totalement les produits radioactifs générés» (A. C. McEwan, «Environmental Effects of Underground Nuclear Explosions», dans Goldblat et Cox (dir. publ.), *Nuclear Weapon Tests: Prohibition or Limitation?* 1988, p. 83).

Deux ans encore après l'arrêt de 1974, un traité important a été conclu qui traduit la confiance, au niveau international, en l'innocuité des explosions nucléaires souterraines. Le traité sur les explosions nucléaires à des fins pacifiques, signé le 28 mai 1976 par les Etats-Unis d'Amérique et l'Union soviétique, prévoyait la réalisation d'explosions nucléaires souterraines à des fins pacifiques, lesquelles paraissaient répondre aux besoins en énergie nucléaire «propre» pour de grands travaux de construction. Dans l'étude précitée, Goldblat et Cox font observer :

«Pendant de nombreuses années, les explosions nucléaires à des fins pacifiques ont été considérées comme des activités potentiellement précieuses dans toute une série de domaines. Aux Etats-Unis d'Amérique, le programme «Plowshare» s'est attaché à identifier les différents usages possibles des explosions nucléaires à des fins pacifiques pour creuser des canaux et pour d'autres fins industrielles, telles que l'extraction de gaz et de pétrole par stimulation dans des gisements autrement peu rentables. Toutefois, les progrès ont été lents puisqu'il fallait procéder à des essais systématiques avec des explosifs à la fois classiques et nucléaires; en effet, la minimisation des risques supposait la réalisation d'expérimentations minutieuses. Au milieu des années soixante-dix, l'intérêt de l'industrie pour l'emploi d'explosions nucléaires souterraines à des fins non militaires avait décliné aux Etats-Unis d'Amérique, *alors que l'inquiétude du public quant aux éventuels risques écologiques s'était accrue*. Ces risques comprenaient — outre la libération d'éléments radioactifs — les effets des ondes de choc qui pouvaient se ressentir à proximité des points d'explosion. Le programme a pris fin en 1977, peu après la signature du traité sur les explosions nucléaires à des fins pacifiques.» (Jozef Goldblat et David Cox, «Summary and Conclusions», *ibid.*, p. 13; les italiques sont de moi.)

The expectations of the early 1970s that underground tests provided a safe alternative were obviously belied by later experience. As McEwan observes:

“Venting to the atmosphere has, however, occurred for a number of underground tests, other than those associated with Plowshare-type projects, and more minor sub-surface ventings may occur more commonly.” (*Op. cit.*, p. 83.)

Here perhaps lies the key to understanding the readiness of the Court and the Parties in 1974 to welcome underground tests as a means of cessation of radioactive harm to New Zealand, and as eliminating its grievances.

Knowledge and experience not available in 1974 are available now, placing upon the Court the duty, in the interests not only of New Zealand but of the world community generally, to use the power it reserved to itself in 1974 to re-examine the situation if the basis of its Judgment has been affected. If what seemed safe in 1974 now reveals its hazards in a manner not known or expected then, there is a responsibility lying upon the Court to take note of this change in the fundamental assumptions underlying its Judgment of 1974.

If the Court had then the knowledge we have now of the possibility of leakage due to fissures, porosity, water seepage, subsidences and sheering off of parts of the atoll, it would be strange indeed if the Court committed New Zealand to this danger, and considered that, despite so exposing New Zealand, it was fully removing New Zealand's grievance of radioactive damage. That would be a total *non sequitur*. It would also lead to the apparent absurdity of the Court endorsing radioactive contamination so long as it was committed by means other than atmospheric testing.

Another strange result would be that, as New Zealand submitted, the Court would have been building into its Judgment a massive escape clause for France — a clause to the effect that France reserved the right to conduct unsafe testing. It was quite clear in all the circumstances that the assurance of underground testing which France was offering was understood as an assurance of a safe for an unsafe method of testing. Just as the atmospheric testing was known to be unsafe, the underground testing was thought to be safe. When France gave the assurance that it would stop the atmospheric testing and that it was ready to move to underground testing, it was a statement which in all the circumstances of the case was understood to be a shift to a procedure which obviated the dangers of which New Zealand complained.

La conviction, au début des années soixante-dix, que les essais souterrains constituaient une solution de rechange sûre a bien entendu été démentie par la suite. Comme McEwan le relève :

«Des fuites dans l'atmosphère se sont néanmoins produites à l'occasion d'un certain nombre d'essais souterrains, autres que ceux effectués dans le cadre des projets du type «Plowshare», et certaines fuites souterraines de moindre importance peuvent se produire plus communément.» (*Op. cit.*, p. 83.)

Voilà peut-être qui permet de comprendre pourquoi la Cour et les Parties ont été disposées, en 1974, à voir dans le passage aux essais souterrains un moyen de mettre fin aux dommages d'origine radioactive causés à la Nouvelle-Zélande et de faire disparaître ses griefs.

Des connaissances et une expérience dont on ne disposait pas en 1974 sont maintenant disponibles et font obligation à la Cour, dans l'intérêt non seulement de la Nouvelle-Zélande mais de la communauté internationale tout entière, d'utiliser la possibilité qu'elle s'est réservée en 1974 de réexaminer la situation si le fondement de son arrêt était remis en cause. S'il apparaît aujourd'hui qu'un procédé que l'on croyait inoffensif en 1974 comporte des risques qui n'étaient alors ni connus ni prévus, la Cour a la responsabilité de prendre acte de ce changement touchant aux postulats fondamentaux sur lesquels repose son arrêt de 1974.

Si la Cour avait eu à l'époque les informations dont nous disposons aujourd'hui sur la possibilité de fuites dues à des fissures, à la porosité, à l'écoulement par infiltration, à des affaissements et à l'écroulement de certaines parties de l'atoll, il serait assurément surprenant qu'elle ait exposé la Nouvelle-Zélande à ce danger et considéré que, malgré cela, elle avait pleinement apaisé les griefs néo-zélandais quant aux dommages d'origine radioactive. Ce serait là un raisonnement totalement illogique. Cela conduirait aussi à une absurdité manifeste, à savoir que la Cour aurait approuvé la contamination radioactive pourvu qu'elle ne soit pas due à des essais atmosphériques.

Comme la Nouvelle-Zélande l'a fait valoir, il en découlerait également — ce qui ne manquerait pas de surprendre — que la Cour aurait inséré dans son arrêt une importante échappatoire pour la France, en réservant à celle-ci le droit d'effectuer des essais dangereux. Vu les circonstances, il était tout à fait clair que l'engagement de la France de conduire dorénavant des essais souterrains a été compris comme l'assurance de passer d'un type d'essais dangereux à un type d'essais inoffensif. Autant l'on connaissait le danger des essais atmosphériques, autant l'on croyait à l'innocuité des essais souterrains. Lorsque la France s'est engagée à mettre fin à ses essais atmosphériques et a donné l'assurance qu'elle était prête à passer à des essais souterrains, cette déclaration a été comprise, vu les circonstances de l'affaire, comme annonçant un type d'essais qui paraît aux dangers dénoncés par la Nouvelle-Zélande.

New Zealand's Present Grievances

New Zealand now tells the Court that the self-same type of damage it complained of in 1973, namely, radioactive contamination resulting from nuclear explosions by France in the Pacific, does now occur from underground testing. It says that these proposed underground tests will infringe the rights of New Zealand in the same way as the atmospheric tests did in 1973.

According to the material placed before the Court by New Zealand, underground tests produce all the five species of damage specified in paragraph 2 of its Request for the Indication of Interim Measures of Protection, dated 14 May 1973: namely, (i) violation of the right to be free of radioactive fallout¹; (ii) violation of the right to the preservation from unjustified, artificial radioactive contamination of the terrestrial, maritime and aerial environment; (iii) violation of the right that New Zealand air space and territorial waters be free of the entry of radioactive material; (iv) the apprehension, anxiety and concern resulting from such entry; (v) violation of the right to exploitation of the resources of the sea without interference or detriment resulting from nuclear testing.

The gist of New Zealand's complaint in 1973 was that damage or harm from radioactivity in the five ways it specified was being caused by France. The only way in which it was then being caused was by atmospheric testing of nuclear weapons.

The gist of New Zealand's complaint today is that the same type of damage or harm from radioactivity is being caused by France. It is caused, as alleged before, by the detonation of nuclear weapons in the Pacific, but today the venue is underground, where formerly it was atmospheric. New Zealand's position, however, is that the damage is the same; the infringement of New Zealand's rights is the same; the agency of physical causation is the same, namely, the explosion of nuclear weapons. The only difference is that that agency of causation is detonated not above ground but underground. Hence the Request to the Court for protection against the same damage from which it sought protection in 1973.

Hence, also, appears the wisdom of the Court's precautionary provision in 1974 enabling New Zealand to come before the Court again.

¹ "Fallout" is not limited to atmospheric debris. The *Oxford English Dictionary* defines "fallout" as "Radioactive refuse of a nuclear bomb explosion" (2nd ed., Vol. V, 1989, p. 696).

Les griefs actuels de la Nouvelle-Zélande

La Nouvelle-Zélande affirme aujourd'hui à la Cour que le même genre de préjudice que celui dont elle tirait grief en 1973, à savoir la contamination radioactive résultant des explosions nucléaires effectuées par la France dans le Pacifique, est aujourd'hui provoqué par des essais souterrains. Selon elle, les essais souterrains projetés porteront atteinte à ses droits comme le faisaient les essais atmosphériques en 1973.

Au vu des éléments soumis à la Cour par la Nouvelle-Zélande, on constate que les essais souterrains engendrent les cinq types de préjudice spécifiés au paragraphe 2 de la demande en indication de mesures conservatoires du 14 mai 1973, à savoir: i) la violation du droit à ce qu'aucune expérience nucléaire provoquant des retombées radioactives n'ait lieu¹; ii) la violation du droit à ce que le milieu terrestre, maritime et aérien soit protégé contre une contamination injustifiée résultant d'une radioactivité artificielle; iii) la violation du droit de la Nouvelle-Zélande à ce qu'aucun déchet radioactif ne pénètre dans son espace aérien ou ses eaux territoriales; iv) les appréhensions, l'anxiété et l'inquiétude causées par la pénétration de ces déchets; v) la violation du droit d'exploiter les ressources de la mer sans subir de gêne ou de préjudice en raison des essais nucléaires.

En 1973, l'essentiel des griefs de la Nouvelle-Zélande tenait au fait que l'action de la France causait les cinq types spécifiés de dommage ou préjudice liés à la radioactivité. A l'époque, cette action consistait uniquement en des essais atmosphériques d'armes nucléaires.

Aujourd'hui, l'essentiel des griefs de la Nouvelle-Zélande tient au fait que l'action de la France cause le même genre de dommage ou préjudice lié à la radioactivité. Cette action consiste, comme la Nouvelle-Zélande l'avait affirmé précédemment, en des tirs d'armes nucléaires dans le Pacifique, mais aujourd'hui ils sont effectués sous terre, alors qu'ils avaient lieu auparavant dans l'atmosphère. Cependant, la Nouvelle-Zélande soutient que le préjudice est identique, que les atteintes à ses droits sont identiques, et que, matériellement, le facteur causal — c'est-à-dire le tir d'armes nucléaires — est identique, la seule différence tenant à ce que ces tirs ont lieu non plus au-dessus du sol, mais sous terre. La Nouvelle-Zélande a dès lors demandé à la Cour de la protéger contre les mêmes dommages que ceux dont elle avait cherché à se prémunir en 1973.

On perçoit dès lors aussi combien la Cour a été avisée d'introduire dans son arrêt de 1974 une disposition de précaution permettant à la Nouvelle-Zélande de revenir devant elle.

¹ Le terme «retombées» ne se limite pas aux déchets atmosphériques. Selon l'*Oxford English Dictionary*, les retombées sont des déchets radioactifs résultant de l'explosion d'une bombe nucléaire (2^e éd., vol. V, 1989, p. 696).

INTERPRETATION OF PARAGRAPH 63

The Terms of Paragraph 63

How does one ascertain the “basis of a judgment”? The phrase seems to go to the heart of the judgment, the reasoning on which it proceeds, the foundation on which it rests. To search for the basis of a judgment, does one look only at what the judgment expressly decrees, or does one have regard also to such matters as the context in which the judgment was delivered, the harm or mischief complained of, the request of parties to which that judgment was an answer, and the object of the proceedings? It seems quite clear that a proper and legally sustainable approach to this question requires a consideration of the Court’s order or decree, not in isolation but in context.

It is necessary now to look at the carefully drawn language used by the Court to confer this right on New Zealand.

How would the expression “basis of the judgment” be understood according to the ordinary significance of language? And what does it mean in the special context of this case?

While the nature of a judgment’s commands or prohibitions are important, so also is the basic object which it sought to achieve. It would strain both language and juridical principle to hold that the basis of a judgment can be found in its commands or prohibitions alone, considered apart from its reasons, or in its reasons alone, considered apart from its commands and prohibitions. As in all legal interpretation, it must be an interpretation in context.

Some insights may also be gained from discussions of the meaning of the expression *ratio decidendi*, which one examines in order to ascertain the basis of a judgment. The volumes written on what constitutes the *ratio decidendi* of a judgment (see, for example, Cross and Harris, *Precedent in English Law*, 4th ed., 1991) contain various formulations of its meaning, but all different versions go back to the central question of law or principle from which the eventual orders made in the case proceed. The orders, or in this case the means prohibited, are part of the judgment, but clearly not the *basis* of the judgment.

What is this central question of principle in the 1974 Judgment? It must surely be that New Zealand is entitled to protection against harm caused by radioactivity from the explosion of nuclear weapons. It surely cannot be that New Zealand is entitled to protection against harm caused by radioactivity so long as such radioactivity proceeds from atmospheric detonations, and that New Zealand is not entitled to such protection if the harm proceeds from underground explosions.

To make this point clearer still, suppose France had moved not to underground explosions but to underwater explosions alongside of Mururoa. Could anyone have claimed that this was a permissible activity within the terms of the 1974 Judgment? It would strain language and

L'INTERPRÉTATION DU PARAGRAPHE 63

Les termes du paragraphe 63

Que doit-on entendre par le «fondement d'un arrêt»? Cette expression semble viser le cœur de l'arrêt, le raisonnement qui le sous-tend, son assise. Cherchant à déterminer le fondement d'un arrêt, doit-on s'en tenir aux termes exprès de celui-ci, ou doit-on également tenir compte d'éléments tels que le contexte dans lequel l'arrêt a été rendu, le dommage ou préjudice allégué, les demandes des parties auxquelles l'arrêt a répondu et l'objet de l'instance? De toute évidence, une approche adéquate et juridiquement défendable de cette question requiert que l'on envisage la décision de la Cour, non pas isolément mais dans son contexte.

Il convient à ce stade d'examiner en quels termes soigneusement choisis la Cour a conféré le droit considéré à la Nouvelle-Zélande.

Que signifie l'expression «fondement de l'arrêt» suivant le sens ordinaire des termes? Et que signifie-t-elle dans le contexte particulier de l'affaire considérée?

Si la nature des injonctions ou prohibitions contenues dans un arrêt est importante, l'objet fondamental qu'il cherche à atteindre l'est tout autant. Ce serait solliciter à la fois les termes et les principes juridiques que de soutenir que le fondement d'un arrêt se trouve exclusivement dans les injonctions ou prohibitions qu'il contient, considérées indépendamment des motifs, ou dans les motifs uniquement, considérés indépendamment des injonctions ou prohibitions. Comme pour toute interprétation juridique, il faut tenir compte du contexte.

On peut également tirer certains enseignements de débats relatifs à ce que l'on entend par la *ratio decidendi*, notion que l'on prend en considération pour déterminer le fondement d'un arrêt. Les ouvrages écrits sur ce qui constitue la *ratio decidendi* d'une décision judiciaire (voir, par exemple, Cross et Harris, *Precedent in English Law*, 4^e éd., 1991) proposent différentes définitions, mais toutes remontent à la question fondamentale de droit ou de principe dont procèdent les injonctions prononcées dans l'affaire considérée. Les injonctions — ou, en l'espèce, les moyens prohibés — font partie de l'arrêt, mais n'en constituent évidemment pas le *fondement*.

Quelle est la question de principe fondamentale de l'arrêt de 1974? C'est sûrement le droit de la Nouvelle-Zélande à être protégée contre les dommages dus à la radioactivité générée par les explosions d'armes nucléaires. Ce ne saurait être son droit à être protégée contre les dommages dus à la radioactivité à condition que celle-ci soit générée par des explosions en atmosphère, et l'exclusion de ce droit si les dommages résultent de tirs souterrains.

Pour rendre les choses encore plus claires, supposons que la France soit passée non pas à des explosions souterraines, mais à des explosions sous-marines au large de Mururoa. Aurait-on pu prétendre qu'il s'agissait là d'une activité permise aux termes de l'arrêt de 1974? Ce serait sol-

credibility to argue that such was the intention of the Court. The conclusion appears patently clear that the basis of the Judgment was that harm must not be caused by nuclear tests and that New Zealand was entitled not to be exposed to radioactive contamination from French nuclear tests in the Pacific.

Another way of analysing the phrase is to observe that an order or directive statement contained in a judgment constitutes only a part of a judgment. The term "judgment" goes beyond the merely operative portion of a judgment. The *basis* of a judgment goes deeper still into the area of the underlying principles on which it rests, rather than the external orders used to implement it.

As I read paragraph 63, it seems clear, in the Court's own language, that it was not contemplating a breach by France of its undertaking, or of the Court's Judgment, but that it still had some concerns that the "substratum" of the Judgment might be affected in some way not then foreseeable. It is a tribute to the wisdom of the Court and to its foresight that it expressly provided for this possibility. The contrary contention, which necessarily implies that the Court was prepared to sanction similar damage so long as it did not occur from atmospheric testing, is clearly untenable and does little credit to the judgment and foresight of the Court of 1974.

The Court's Formulation of the Bases of the 1974 Judgment

These conclusions, based on ordinary rules of interpretation, are reinforced when one has regard to the Court's own observations in the Judgment itself.

The Court's recognition of this principle of contextual interpretation appears quite clearly from paragraph 59 of the Judgment, wherein the Court states: "Thus the Court concludes that, the dispute having disappeared, the claim advanced by New Zealand no longer has any object." These considerations, set out in one of the paragraphs immediately preceding the operative paragraph 63, show the context which the Court considered relevant. In fact, that paragraph posed two very definite and specifically formulated questions:

- (a) has the dispute disappeared?
- (b) has the claim of New Zealand no longer any object?

One is straight away led into the questions, "What was the dispute?" and "What was its claim?" The dispute comprised the grievances and the claim comprised the reliefs. The grievances appear, *inter alia*, from New Zealand's Application (para. 28) of 9 May 1973, New Zealand's Memorial (para. 190) of 29 October 1973, and in the Request for the Indication of Interim Measures of Protection (para. 2) of 14 May 1973, which spelt

liciter les termes de l'arrêt au-delà de toute crédibilité que de prétendre que telle était l'intention de la Cour. Il appert donc de façon flagrante que le fondement de l'arrêt était que les essais nucléaires ne devaient pas causer de dommages et que la Nouvelle-Zélande était en droit de ne pas être exposée à la contamination radioactive générée par les essais nucléaires français dans le Pacifique.

Une autre manière d'analyser le membre de phrase est de relever qu'une injonction ou une directive contenue dans un arrêt ne constitue qu'une partie de celui-ci. Un arrêt ne se limite pas à son dispositif. Le *fondement* d'un arrêt touche aux racines de celui-ci, aux principes fondamentaux sur lesquels il repose plutôt qu'aux injonctions extérieures employées pour sa mise en œuvre.

En lisant le paragraphe 63, il me semble clairement ressortir des termes mêmes employés par la Cour que celle-ci n'envisageait pas que la France ne respecte pas son engagement ou l'arrêt de la Cour, mais qu'elle s'inquiétait néanmoins de la possibilité que l'«*assise*» de son arrêt soit remise en cause d'une manière qui n'était pas alors prévisible. Que la Cour ait expressément prévu cette éventualité témoigne de sa sagesse et de sa clairvoyance. La thèse contraire, qui implique nécessairement que la Cour était prête à autoriser des dommages comparables pourvu qu'ils ne soient pas imputables à des essais atmosphériques, est manifestement indéfendable et fait peu de cas de la perspicacité et de la clairvoyance de la Cour de 1974.

La manière dont la Cour a formulé les fondements de l'arrêt de 1974

Ces conclusions, fondées sur les règles ordinaires d'interprétation, sont corroborées par l'analyse des observations que la Cour elle-même a faites dans son arrêt.

L'acceptation par la Cour de ce principe d'interprétation contextuelle ressort très clairement du paragraphe 59 de l'arrêt, où elle affirme: «*C'est pourquoi la Cour conclut que, le différend ayant disparu, la demande présentée par la Nouvelle-Zélande ne comporte plus d'objet.*» Ces considérations, figurant dans l'un des paragraphes qui précèdent immédiatement le paragraphe 63 décisif, indiquent le contexte que la Cour estimait pertinent. En fait, le paragraphe 59 soulève deux questions strictement délimitées et explicitement formulées:

- a) le différend a-t-il disparu?
- b) la demande présentée par la Nouvelle-Zélande ne comporte-t-elle plus d'objet?

On est ainsi directement amené à se demander: «*Quel était le différend?*» et «*Quelle était la demande?*» Le différend était constitué des griefs et la demande comprenait les mesures propres à les redresser. Les griefs figurent notamment dans la requête introductive d'instance du 9 mai 1973 (par. 28), le mémoire néo-zélandais du 29 octobre 1973 (par. 190) et la demande en indication de mesures conservatoires du

out quite clearly the rights in respect of which it sought protection. The reliefs, read in the context of the grievances, can only mean the cessation of those grievances. The Court was satisfied according to its knowledge then that with France's undertaking the grievances came to an end and no further reliefs were necessary.

To be more specific, the Court's view therefore was that all the five heads of injury mentioned by New Zealand, which formed the subject of its dispute with France, had disappeared. If such injury had disappeared in all its five aspects, New Zealand's claim would surely no longer have any object. Such was the reasoning or the *ratio decidendi* which led the Court to its conclusions. Yet it considered the protection of New Zealand's rights to be so fundamental that it reinforced New Zealand's protections by inserting the precautionary provision that if the basis of the Judgment should be affected, New Zealand may approach the Court again.

The Concentration in 1974 upon Atmospheric Tests

Much has been made in the proceedings before us of the concentration of New Zealand's presentation and the Court's Judgment upon atmospheric tests. From this the inference is sought to be drawn that this was New Zealand's only concern.

In the first place, as already pointed out, there is a liberal reference in the pleadings and the oral presentations to radioactive damage caused by France in explosions in the Pacific without limitation to atmospheric explosions.

In the second place, it must be remembered that atmospheric explosions were the only French explosions then taking place in the Pacific. It was not the province of New Zealand to speculate upon the unknown impact upon New Zealand of hypothetical underground explosions yet to take place in the future.

Court presentations take place upon the basis of practicalities and not upon guesses or speculations as to the likely effect of modalities of harm which are as yet hypothetical. The presentation of the matter in Court naturally concentrated on the practical and immediate aspect, and it would have been strange if it had not. The Court's attention likewise focused on this matter and it would have been strange if it had not.

Furthermore, if such speculation were inappropriate for the Parties, it was even more inappropriate for the Court to engage judicially in speculation upon this unknown field. It was not for New Zealand nor for the Court to engage in speculation as to the possible effects of underground testing which had never yet been used in a manner causing danger or damage to New Zealand, on which no material had been placed before the Court, and which was not the cause of the immediate damage of which New Zealand complained. Indeed, had counsel indulged in such a

14 mai 1973 (par. 2), où sont énoncés très clairement les droits dont la sauvegarde était sollicitée. Compte tenu des griefs, les mesures de redressement ne pouvaient consister qu'en la cessation des atteintes portées à ces droits. La Cour était convaincue, eu égard aux données dont elle disposait alors, que les engagements pris par la France feraient disparaître les griefs et qu'aucune autre mesure de redressement n'était nécessaire.

Plus précisément, la Cour a ainsi estimé que les cinq types de préjudice énoncés par la Nouvelle-Zélande, qui formaient l'objet de son différend avec la France, avaient disparu. Si chacun des cinq types de préjudice avait effectivement pris fin, la demande néo-zélandaise n'avait certainement plus d'objet. Tel a été le raisonnement ou la *ratio decidendi* qui a amené la Cour à ses conclusions. Cependant, elle a considéré que la sauvegarde des droits néo-zélandais était si fondamentale qu'elle a renforcé leur protection par une clause de précaution: au cas où le fondement de son arrêt serait remis en cause, la Nouvelle-Zélande pourrait revenir devant elle.

La place centrale accordée aux essais atmosphériques en 1974

On a fait grand cas devant la Cour de la place centrale accordée aux essais atmosphériques dans le dossier de la Nouvelle-Zélande et dans l'arrêt rendu par la Cour, pour tenter de démontrer qu'il s'agissait là de la seule préoccupation de la Nouvelle-Zélande.

Premièrement, comme je l'ai déjà signalé, les pièces écrites et les plaidoiries ont amplement fait référence aux dommages radioactifs causés par les explosions françaises dans le Pacifique, sans se limiter aux essais atmosphériques.

Deuxièmement, il ne faut pas oublier que les seules explosions que la France effectuait à l'époque dans le Pacifique avaient lieu en atmosphère. La Nouvelle-Zélande n'avait donc pas à se lancer dans des spéculations sur les incidences inconnues que pourraient avoir pour elle des explosions souterraines hypothétiques, qui restaient à réaliser.

Les dossiers présentés à la Cour se fondent sur la réalité et non sur des suppositions ou des spéculations quant aux effets probables de types de dommages qui restent encore hypothétiques. L'exposé de la question devant la Cour a été naturellement axé sur les aspects concrets et immédiats, et le contraire eût été étonnant. De même, l'attention de la Cour s'est concentrée sur cette question, et le contraire eût été surprenant.

En outre, si de telles spéculations étaient malvenues de la part des Parties, il eût été encore plus inopportun que la Cour se livrât, dans l'exercice de sa fonction judiciaire, à des spéculations quant à ce domaine inconnu. Ni la Nouvelle-Zélande ni la Cour n'avait à s'engager dans des spéculations sur les effets éventuels d'essais souterrains qui n'avaient jamais encore été réalisés de façon à créer un danger pour la Nouvelle-Zélande ou à lui causer un préjudice, au sujet desquels aucune information n'avait été produite devant la Cour et qui n'étaient pas à l'origine du

speculative exercise, they may well have been asked to address the Court on practicalities rather than hypotheses.

Nor did New Zealand argue its case *solely* on the basis of atmospheric tests. As the Court itself observes in paragraph 29 of its Judgment, New Zealand's case was argued *mainly* in relation to atmospheric tests — nor could the case have been argued in the light of the information then available, except on the basis of atmospheric tests.

Dr. Finlay, the Attorney-General for New Zealand, in opening New Zealand's case at the oral proceedings for the Request for Interim Measures of Protection on 24 May 1973, stated at the very outset of his submissions:

“The request relates to proceedings recently instituted by New Zealand against France asking the Court to adjudge and declare that the conduct by the French Government *in the South Pacific region of tests that give rise to radio-active fall-out* constitutes a violation of New Zealand's rights under international law, and that those rights will be violated by any further such tests.” (*I.C.J. Pleadings, Nuclear Tests*, Vol. II, p. 100; emphasis added.)

The concentration on tests in the atmosphere, for the obvious reason that only such tests were then being conducted, did not mean a shift away from the central core of the case to the peripheries, or from the subject of the grievance to the particular means by which it was caused.

It is also of interest to note that both immediately before and after the hearings in Court in July 1974, the New Zealand Government officially indicated that its position was wider than the cessation of atmospheric testing.

The first statement, as recounted in paragraph 37 of the Judgment of 1974, was a Note of 17 June 1974 from the New Zealand Embassy in Paris categorically asserting that New Zealand's position was one of fundamental opposition to *all* nuclear testing:

“The announcement that France will proceed to underground tests in 1975, while presenting a new development, *does not affect New Zealand's fundamental opposition to all nuclear testing*, nor does it in any way reduce New Zealand's opposition to the atmospheric tests set down for this year: the more so since the French Government is unable to give firm assurances that no atmospheric testing will be undertaken after 1974.” (*I.C.J. Reports 1974*, p. 470; emphasis added.)

The second statement was made on the day following the Judgment of the Court, on 21 December 1974, when the Prime Minister of New Zea-

dommage immédiat allégué par la Nouvelle-Zélande. En fait, si les conseils s'étaient livrés à ce genre d'exercice spéculatif, ils auraient sans doute été priés de faire porter leurs plaidoiries sur les faits concrets plutôt que sur des hypothèses.

La Nouvelle-Zélande n'a pas davantage plaidé sa cause en arguant *uniquement* des essais atmosphériques. Comme l'a Cour elle-même l'a fait observer au paragraphe 29 de son arrêt, la Nouvelle-Zélande a *surtout* défendu sa cause du point de vue des essais réalisés en atmosphère et, compte tenu des informations alors disponibles, ce n'est guère que sur cette base que la cause pouvait être plaidée.

Le 24 mai 1973, au cours des audiences relatives à la demande en indication de mesures conservatoires, M. Finlay, *Attorney-General* de Nouvelle-Zélande, a, dès le début de son exposé liminaire au nom de la Nouvelle-Zélande, affirmé :

«La demande est liée à une instance récemment introduite par la Nouvelle-Zélande contre la France, dans laquelle la Nouvelle-Zélande prie la Cour de dire et juger que les *essais nucléaires provoquant des retombées radioactives* effectués par le Gouvernement français dans la région du *Pacifique Sud* constituent une violation des droits de la Nouvelle-Zélande au regard du droit international et que ces droits seront enfreints par tout nouvel essai.» (*C.I.J. Mémoires, Essais nucléaires*, vol. II, p. 100; les italiques sont de moi.)

L'attention accordée aux essais atmosphériques, pour la raison évidente qu'il s'agissait alors des seuls essais effectués, ne signifiait pas que l'essentiel de l'affaire avait cédé le pas aux aspects périphériques, ni que l'on se désintéressait de l'objet du grief pour se préoccuper des moyens particuliers qui en étaient la cause.

Il est également intéressant de relever que, immédiatement avant et après les audiences tenues par la Cour en juillet 1974, le Gouvernement néo-zélandais a officiellement indiqué qu'il visait un objectif plus large que la cessation des essais atmosphériques.

La première déclaration, dont il est fait état au paragraphe 37 de l'arrêt de 1974, était contenue dans une note du 17 juin 1974 de l'ambassade de Nouvelle-Zélande à Paris; elle affirmait catégoriquement l'opposition fondamentale de la Nouvelle-Zélande à *tous* les essais nucléaires :

«L'annonce que la France passera aux essais souterrains en 1975 constitue certes un élément nouveau, mais qui *ne modifie pas l'opposition fondamentale de la Nouvelle-Zélande à toute expérimentation nucléaire* et ne diminue en aucune façon son opposition aux essais atmosphériques prévus pour cette année, et cela d'autant plus que le Gouvernement français n'est pas en mesure de donner l'assurance ferme qu'aucun essai atmosphérique ne sera entrepris après 1974.» (*C.I.J. Recueil 1974*, p. 470; les italiques sont de moi.)

La seconde déclaration a été faite le 21 décembre 1974, au lendemain du prononcé de l'arrêt de la Cour; le premier ministre néo-zélandais a

land made the observation that, "The Court's finding achieves *in large measure* the immediate object for which these proceedings were brought" (emphasis added). The cessation of atmospheric tests was thus not the end-all of New Zealand's request.

The Substance of the Grievance and the Means by Which It Is Caused

In an examination of a matter such as this, there could well be a tendency for undue concentration on the means by which a wrong is committed, to the exclusion of the wrong itself. The means is often ancillary, for it is the wrong or injury sustained by a party that is the core of the complaint.

If harm to the person is threatened with a particular kind of weapon such as a sword, it is no justification to the offender if, upon the prohibition of the use of that weapon, he proceeds to cause the same harm by the use of another weapon, such as a club. A homely illustration could be used to test this proposition. If X should complain to the village elder that Y is threatening him with a sword in a manner causing reasonable apprehension of an intention to cause grievous harm, and the village elder orders Y to drop his sword, is that order to be construed as an order to refrain from causing bodily harm with a sword, or as an order to refrain from causing bodily harm, whatever the weapon used? If Y thereafter proceeds to harm X with a club, Y would surely not be able to contend that the order issued on him related to the use of a sword and that he did not violate it in any way by using a club. Clearly, a larger reason lies behind the order than the mere prohibition against inflicting harm with a sword. The unexpressed rationale lying behind the order, namely, the desire to protect X from bodily harm, lies at the very heart of the order, if it is to be construed in the light of common sense.

Another example of a slightly higher degree of sophistication is as follows. Suppose a person should complain to a court that his neighbour is seeking to burn his property by the act of throwing fire bombs at it. He asks the court for an injunction restraining such conduct. The court orders the respondent to desist from the act of throwing fire bombs and this undertaking is accepted by the complainant. Would there not be an undermining of the basis of this order if the neighbour, having desisted from throwing fire bombs, commences throwing firebrands instead? Would an objective observer, looking for the *basis* of the Court's order, confine it to fire bombs rather than look at the object of the order, the substance of the complaint, and the interest sought to be protected? In such a context, it would indeed be strange if an argument were set up that the complaint regarding firebrands must be the subject of a new case rather than a continuation of the existing one.

alors fait observer que: «La conclusion de la Cour correspond *dans une large mesure* à l'objectif immédiat que nous visions en introduisant cette instance.» (Les italiques sont de moi.) La cessation des essais atmosphériques n'était donc pas le but ultime de la demande néo-zélandaise.

Le fond des griefs et les moyens qui en étaient la cause

En examinant une question comme celle-ci, on pourrait être enclin à s'attacher indûment aux moyens par lesquels un fait dommageable est commis, plutôt qu'au dommage lui-même. Le moyen est souvent accessible, car c'est le dommage ou le préjudice subi par une partie qui est au cœur du grief.

Si une personne est menacée d'un dommage que l'agresseur envisage de lui infliger avec une arme particulière, une épée par exemple, l'agresseur n'a pas le droit, si on lui interdit d'utiliser cette arme, de causer le même dommage en utilisant un autre type d'arme, comme une massue. Un exemple simple permettra d'apprécier le bien-fondé de cette proposition. Si X se plaint au doyen du village que Y le menace d'une épée d'une manière qui ne laisse raisonnablement aucun doute quant à son intention de lui infliger des coups et blessures, et si le doyen du village ordonne à Y de déposer son épée, doit-on interpréter cet ordre comme une interdiction de causer des lésions corporelles au moyen d'une épée, ou comme une interdiction de causer des lésions corporelles quelle que soit l'arme employée? Si par la suite Y blesse X avec une massue, il ne pourrait certainement pas prétendre que l'injonction qu'on lui a faite visait l'utilisation d'une épée et qu'il n'y a pas contrevenu en se servant d'une massue. De toute évidence, l'injonction reposait sur un fondement plus large que la simple interdiction d'infliger des blessures avec une épée. La motivation implicite de l'injonction, à savoir la volonté de protéger X contre toute lésion corporelle, est au cœur même de l'ordre donné, si on l'analyse suivant le sens commun.

Je donnerai un autre exemple, un peu plus complexe. Supposons qu'une personne se plaigne devant un tribunal que son voisin cherche à mettre le feu à sa propriété en y lançant des bombes incendiaires. Il demande au tribunal de rendre une injonction portant interdiction d'une telle conduite. Le tribunal ordonne au défendeur de renoncer à lancer des bombes incendiaires, ce à quoi le demandeur acquiesce. Mais si, ayant cessé de lancer des bombes incendiaires, le voisin commençait à lancer des brandons, ne remettrait-il pas en cause le fondement de cette injonction? Un observateur objectif, cherchant à déterminer le *fondement* de l'injonction du tribunal, le limiterait-il aux bombes incendiaires, ou s'attacherait-il au contraire à l'objet de l'injonction, à la substance du grief et à l'intérêt que l'on cherche à protéger? Dans un tel contexte, il serait assurément insolite de prétendre que l'examen du grief relatif aux brandons requiert l'introduction d'une nouvelle instance plutôt que la continuation de l'instance déjà introduite.

In general terms, it would not harmonize with ordinary notions of justice that an order to protect the complainant by prohibiting the use of a given means of inflicting harm should be viewed as not comprising the causing of similar harm by the use of another means — least of all when that weapon is used to inflict the identical injury. In all matters of interpretation, the central object of any provision must be constantly borne in mind.

Some Principles of Interpretation

A fundamental rule of interpretation of any legal document is that it must not be so construed as to lead to results which are unreasonable or absurd. The interpretation that the Court was banning radioactive contamination by atmospheric tests but giving its tacit endorsement to radioactive contamination by underground tests seems to fall into this category. For reasons already discussed, the Court's order clearly did not contemplate that the shift to underground testing, in the state of knowledge at that time, would lead to these deleterious results. The Court could not, even by remotest implication, have reserved the right to France to cause similar kinds of nuclear contamination provided it was done by non-atmospheric testing.

Another way of looking at this matter is that it was a clear implication of the French declaration that the new procedures it was resorting to were to be free of the harm manifestly resulting from the old procedures.

To draw an analogy from another department of law, it is a well-known doctrine, universally recognized in the law, that there can be certain conditions not expressly specified in a document, which nevertheless are so clearly implied by its terms that a reasonable onlooker would say, "Of course, that is understood." The entire body of learning on the doctrine of the implied term in contract rests upon this rationale.

In regard to the underground tests which were announced by the French Government as replacing the atmospheric tests, it would surely be the view of an objective onlooker that the clear understanding, in regard to those tests, was that they would not affect such rights of New Zealand as it had sought to conserve by asking the Court for relief. The basis of the Judgment issued by the Court in answer to New Zealand's claim to protection was the implication that such protection ensued in consequence of France's declaration.

New Zealand's complaint related to the radioactive contamination of its terrestrial, maritime and aerial environment. That threat was now apparently at an end, for how else could the Court pronounce that New Zealand's claim had no longer any object?

Applying all the three tests formulated by the Court, the basis of the 1974 Judgment has been affected, the dispute has not disappeared, and

De manière générale, il ne serait pas conforme à la conception normale de la justice qu'une injonction qui vise à protéger le demandeur en interdisant l'emploi d'un moyen déterminé de causer un dommage soit interprétée comme ne s'étendant pas à l'emploi d'autres moyens de causer un dommage analogue, à plus forte raison quand cette arme est utilisée pour infliger un préjudice identique. En matière d'interprétation, il faut constamment garder à l'esprit l'objet central de toute disposition.

Quelques principes d'interprétation

Une règle fondamentale régissant l'interprétation de tout document juridique est que celle-ci ne doit pas conduire à des résultats déraisonnables ou absurdes. Or, l'interprétation selon laquelle la Cour aurait interdit la contamination radioactive par les essais atmosphériques mais autorisé tacitement la contamination radioactive par des essais souterrains semble bien conduire à ce type de résultat. Pour les raisons déjà exposées, la Cour, vu l'état des connaissances de l'époque, n'a manifestement pas envisagé que le passage aux essais souterrains aurait des conséquences nuisibles. Elle n'a pas pu, même très indirectement, réserver le droit de la France de causer le même genre de contamination radioactive pourvu que ce ne soit pas par des essais atmosphériques.

En envisageant la question sous un autre angle, on peut dire que les déclarations françaises sous-entendaient clairement que les nouveaux types d'essais ne produiraient pas les dommages manifestement imputables aux précédents.

Par analogie avec une autre branche du droit, on rappellera que selon une théorie bien connue, universellement admise en droit, certaines conditions qui ne sont pas expressément énoncées dans un document sont néanmoins si manifestement implicites dans ses termes qu'un observateur raisonnable estimerait qu'elles sont de toute évidence sous-entendues. Toute la doctrine des clauses contractuelles implicites repose sur cette base.

S'agissant des essais souterrains dont le Gouvernement français avait annoncé qu'ils remplaceraient les essais atmosphériques, un observateur objectif estimerait certainement qu'il était clairement entendu que ces essais ne porteraient pas atteinte aux droits que la Nouvelle-Zélande avait cherché à préserver en demandant justice à la Cour. L'arrêt que la Cour a rendu à la suite de la demande néo-zélandaise de protection se fondait sur l'idée implicite que les déclarations françaises assureraient une telle protection.

Le grief de la Nouvelle-Zélande se rapportait à la contamination radioactive de son milieu terrestre, maritime et aérien. Cette menace semblait alors ne plus exister. Sinon, comment la Cour aurait-elle pu dire que la demande néo-zélandaise ne comportait plus d'objet?

En appliquant les trois critères formulés par la Cour, on constate que le fondement de l'arrêt de 1974 a été remis en cause, que le diffé-

New Zealand's claim still has an object if the identical type of harm — namely, radioactive contamination — results from the new situation that has arisen. On all these three counts, all specifically part of the 1974 Judgment, New Zealand has the right to ask the Court to examine the situation in the light of paragraph 63.

Significance of Opening Sentence of Paragraph 63

There is an important aspect of paragraph 63 which is deeply relevant to an understanding of the words “if the basis of this Judgment were to be affected”. This aspect is reflected in the opening sentence of that paragraph, setting the context for the operative words that follow.

In the opening sentence, the Court makes it clear beyond any doubt that what it was contemplating was not any default by France in complying with its commitment. In the Court's own words, that was an aspect which “it is not the Court's function to contemplate”.

This is in line with an entrenched body of principle contained both in its governing instruments and its settled practice, that once the Court has delivered judgment, it is *functus officio*. It has discharged the duty for which the parties approached it and resolved the dispute so far as a judgment according to law can resolve it. Enforcement is not and never has been the concern of the Court, either in terms of its Statute or in terms of its settled jurisprudence.

In formulating paragraph 63, the Court was making it clear beyond doubt that what it was contemplating was not a non-observance by France of its obligations. That was assumed. In short, the cessation of atmospheric tests was assumed.

But on the basis of compliance by France, there could still be considerations affecting the basis of the Judgment which parties could not contemplate at that time, but which might nevertheless entitle a party in all justice to ask the Court for an examination of the situation. The Court was providing for just such an eventuality as this — that while France complied with its undertaking, the basis of the Judgment could still in some way be affected.

Significance of the Last Sentence of Paragraph 63

The Court provided in the same paragraph that the denunciation by France, by letter dated 2 January 1974, of the General Act for the Pacific Settlement of International Disputes, which was relied on as a basis of jurisdiction in the present case, cannot constitute by itself an obstacle to the presentation of a subsequent request by New Zealand. This sentence is a further indication by the Court that New Zealand was to have its

rend n'a pas disparu, et que la demande néo-zélandaise a toujours un objet si le même type de dommage — à savoir la contamination radioactive — résulte de la nouvelle situation. Pour ces trois raisons, toutes trois expressément inscrites dans l'arrêt de 1974, la Nouvelle-Zélande a le droit de demander à la Cour d'examiner la situation au titre du paragraphe 63.

La portée de la phrase liminaire du paragraphe 63

Le paragraphe 63 comporte un élément important, éminemment pertinent pour la compréhension de l'expression «si le fondement du présent arrêt était remis en cause». Cet élément se trouve dans la phrase liminaire de ce paragraphe, qui définit le contexte dans lequel s'inscrivent les termes essentiels qui suivent.

Dans la première phrase, la Cour affirme sans équivoque possible qu'elle n'envisage pas que la France ne respecte pas ses engagements. Selon ses propres termes, c'est là une éventualité qu'«il n'entre pas dans sa fonction d'envisager».

Cela est conforme à un principe bien établi, consacré tant dans les instruments qui lui sont applicables que dans sa pratique constante, selon lequel une fois que la Cour a rendu un arrêt elle est déchargée de ses fonctions. Elle s'est acquittée de la mission pour laquelle les parties se sont adressées à elle et elle a réglé le différend pour autant qu'un arrêt rendu selon le droit puisse le faire. Comme il ressort tant des termes de son Statut que de sa jurisprudence constante, l'exécution n'est pas et n'a jamais été la préoccupation de la Cour.

En formulant le paragraphe 63, la Cour a dit sans aucune ambiguïté qu'elle n'envisageait pas que la France ne respecte pas ses obligations. Ce respect était sous-entendu. En somme, la cessation des essais atmosphériques était présumée.

Mais, cela étant admis, il se pouvait néanmoins que le fondement de l'arrêt soit remis en cause par certains facteurs que les parties ne pouvaient envisager à l'époque, mais qui devraient malgré tout, en toute justice, permettre à une partie de se présenter devant la Cour pour lui demander d'examiner la situation. Les prévisions de la Cour visaient précisément ce type d'éventualité — à savoir que, nonobstant le respect de ses engagements par la France, le fondement de l'arrêt pourrait, d'une certaine manière, être remis en cause.

La portée de la dernière phrase du paragraphe 63

Dans le même paragraphe, la Cour a précisé que la dénonciation par la France, dans une lettre du 2 janvier 1974, de l'Acte général pour le règlement pacifique des différends internationaux, qui était invoqué comme l'un des fondements de la compétence de la Cour en l'espèce, ne pouvait en soi faire obstacle à la présentation d'une nouvelle demande par la Nouvelle-Zélande. Par là, la Cour a de nouveau indiqué que les droits de

rights preserved on the basis of the existing Judgment, and that the existing case was not dead. The sentence is a clear anticipation of a possible return by New Zealand to the Court upon the basis of a Judgment which was still alive for this purpose.

It also demonstrates the considered and deliberate projection of the Court's mind into the problems of the future, without being content to close the book, so to speak, in 1974. Future jurisdiction had disappeared and New Zealand's right to implead France afresh had been destroyed, but this did not deter the Court from expressly empowering New Zealand to return to the Court on the basis of the original case if New Zealand was able to show the Court that the basis of the Judgment was affected.

The Special Need for a Precautionary Clause

In dealing with radioactive contamination, the Court was dealing for the first time with a force whose potential for causing damage to the human condition was as yet imperfectly understood. It was known to be capable of causing multiple deleterious effects to human health and environment. It was a force whose magnitude of destructive power had been awesomely demonstrated. The Court needed to be ultra-cautious.

The clause enabling New Zealand to approach the Court was a procedural innovation, reinforcing in a very special way the integrity of the Judgment which the Court was rendering. It was a provision ensuring that the Judgment would not be undermined by future acts or events which could not then be specified. It exhibited a concern for the realities rather than the forms of justice.

Against this background, it is significant that even in the case of *Nuclear Tests (Australia v. France)*, where the pleadings were more closely geared to atmospheric tests than in the case of *Nuclear Tests (New Zealand v. France)*, the Court still considered it necessary to give Australia the right to come back to the Court if circumstances should occur which affected the basis of the Judgment (*Nuclear Tests (Australia v. France)*, Judgment, *I.C.J. Reports 1974*, p. 272, para. 60). Even in the context of atmospheric tests, there could possibly be some unknown lingering after-effects which might affect the basis of the Judgment and need correction.

A fortiori, in the case of New Zealand, where there was a shortfall between the Judgment of the Court and the prayer of New Zealand, there was a greater need for the interests of New Zealand to be protected.

The Court's deep concern with the effects of French testing was indeed demonstrated not merely at this stage of the case, but from the stage of preliminary measures in 1973, when the Court manifested that concern by ordering interim measures of protection before any determination of jurisdiction and admissibility.

la Nouvelle-Zélande devaient être préservés sur la base de l'arrêt existant et que l'instance n'était pas close. Cette phrase anticipe manifestement un retour possible de la Nouvelle-Zélande devant la Cour sur la base d'un arrêt qui pouvait toujours être invoqué à cet effet.

Cette phrase montre aussi que la Cour avait, de façon réfléchie et délibérée, anticipé les problèmes à venir, sans se contenter de refermer le livre, pour ainsi dire, en 1974. La base de compétence avait disparu pour l'avenir, de même que le droit de la Nouvelle-Zélande d'attirer de nouveau la France devant la Cour, mais cela n'a pas empêché la Cour de conférer expressément à la Nouvelle-Zélande le droit de revenir devant elle dans le cadre de l'affaire initiale si la Nouvelle-Zélande pouvait démontrer à la Cour que le fondement de l'arrêt avait été remis en cause.

La nécessité particulière d'une clause de précaution

En traitant de la contamination radioactive, la Cour s'intéressait pour la première fois à une force dont le potentiel dommageable pour l'humanité n'était pas encore parfaitement connu. On savait qu'elle pouvait avoir de multiples effets nuisibles pour la santé humaine et le milieu ambiant. L'ampleur de la puissance de destruction de cette force avait été démontrée de façon impressionnante. La Cour devait se montrer extrêmement prudente.

La clause permettant à la Nouvelle-Zélande de s'adresser à la Cour représentait une innovation d'ordre procédural, qui renforçait d'une manière très particulière l'intégrité de l'arrêt rendu par la Cour. Cette disposition visait à ce que l'arrêt ne soit pas compromis par des actes ou événements futurs qui ne pouvaient pas à l'époque être précisés. Elle témoignait d'un souci des réalités plutôt que d'un formalisme judiciaire.

Dans ce contexte, il est révélateur que même dans l'affaire des *Essais nucléaires (Australie c. France)*, où l'argumentation avait été davantage axée sur les essais atmosphériques que dans l'affaire des *Essais nucléaires (Nouvelle-Zélande c. France)*, la Cour a néanmoins jugé nécessaire d'accorder à l'Australie le droit de revenir devant elle au cas où des circonstances remettraient en cause le fondement de l'arrêt (*C.I.J. Recueil 1974, Essais nucléaires (Australie c. France), arrêt*, p. 272, par. 60). Même dans le cadre des essais atmosphériques, il était possible que des répercussions prolongées, alors inconnues, remettent en cause le fondement de l'arrêt et appellent un redressement.

Dans le cas de la demande de la Nouvelle-Zélande, à laquelle l'arrêt de la Cour ne répondait pas entièrement, il était d'autant plus nécessaire de protéger les intérêts néo-zélandais.

La profonde préoccupation de la Cour face aux effets des essais nucléaires français s'est d'ailleurs manifestée non seulement à ce stade de l'affaire, mais dès la phase préliminaire en 1973; la Cour avait alors exprimé cette préoccupation en indiquant des mesures conservatoires avant toute décision sur sa compétence et sur la recevabilité de la requête.

INTERIM MEASURES

The Grant of Interim Measures

New Zealand has also requested interim measures now, as it did in 1973. In view of the Court's Order, this case does not proceed to the stage where such measures can be ordered. It is my view, however, that New Zealand has made out a prima facie case that it is suffering, or likely to suffer, damage of the nature which it complained of in 1973, and has thereby brought itself within the terms of paragraph 63. As a consequence, New Zealand would have reached the stage where it was entitled to a consideration by the Court of its request for interim measures.

New Zealand's Request on this occasion does not go so far as a request for an absolute declaration that nuclear tests violate the various enumerated rights of New Zealand, inasmuch as New Zealand is content, in the alternative, with a declaration that it is unlawful for France to conduct such tests *before* it has undertaken an Environmental Impact Assessment (EIA) according to accepted international standards. Such a procedure is within the power of France and if, as France has declared, the tests are environmentally safe, an EIA confirming this position would negate New Zealand's claim, and result in its dismissal.

The Approach of the Court to Preliminary Measures in 1973

It is pertinent to this discussion to refer also to the approach of the Court in 1973 to the question of preliminary measures — an approach which reflected deep concern that damage of the sort complained of by New Zealand could cause irreparable prejudice to the rights which were the subject of dispute. The Court's approach displayed a willingness to act even before jurisdiction and admissibility were proved.

The Court of course made it clear that its decision in no way prejudiced the question of the jurisdiction of the Court to deal with the merits of the case (*I.C.J. Reports 1973*, p. 142, para. 34).

It seems to me that the approach of the Court in the present case, when radioactive contamination by nuclear explosions is again complained of, might well have been on similar lines.

SOME RELEVANT LEGAL PRINCIPLES

The Inter-Temporal Principle

It is a truism that scientific knowledge increases exponentially. The knowledge of 1995 is not the knowledge of 1974. Nor was the knowledge

LES MESURES CONSERVATOIRES

L'indication de mesures conservatoires

La Nouvelle-Zélande a également demandé en 1995 l'indication de mesures conservatoires, comme elle l'avait fait en 1973. Etant donné la teneur de l'ordonnance de la Cour, la présente affaire ne parviendra pas au stade où de telles mesures peuvent être indiquées. J'estime néanmoins que la Nouvelle-Zélande a établi *prima facie* qu'elle subissait, ou était susceptible de subir, des dommages de la nature de ceux dont elle se plaignait en 1973, et que sa demande entrait donc dans les prévisions du paragraphe 63. Dès lors, elle aurait dû avoir droit à ce que la Cour examine sa demande en indication de mesures conservatoires.

Dans sa demande actuelle, la Nouvelle-Zélande ne va pas jusqu'à solliciter une déclaration portant en termes absolus que les essais nucléaires violent ses différents droits tels qu'elle les a énumérés, puisqu'elle se contenterait, à titre subsidiaire, d'une déclaration selon laquelle la France n'a pas le droit d'effectuer de tels essais *avant* d'avoir procédé à une évaluation de l'impact sur l'environnement conformément à des normes internationales reconnues. La France a les moyens de procéder à une telle évaluation et si, comme elle le prétend, ses essais sont sans danger pour l'environnement, une étude de l'impact sur l'environnement venant le confirmer priverait la demande néo-zélandaise de son objet et entraînerait son rejet.

La manière dont la Cour a abordé en 1973 la question des mesures conservatoires

Aux fins du présent examen, il convient de rappeler aussi la manière dont la Cour a abordé en 1973 la question des mesures conservatoires, car elle témoigne d'une profonde inquiétude face à l'éventualité que des dommages tels que ceux dont se plaignait la Nouvelle-Zélande puissent porter atteinte irrémédiablement aux droits qui formaient l'objet du différend. La Cour a manifesté sa volonté d'agir avant même que sa compétence et la recevabilité de la requête fussent établies.

Bien entendu, la Cour a précisé que sa décision ne préjugait en rien la question de sa compétence pour connaître du fond de l'affaire (*C.I.J. Recueil 1973*, p. 142, par. 34).

Il me semble que dans le cadre de la présente procédure, où la contamination radioactive générée par des explosions nucléaires est de nouveau en cause, la Cour aurait pu adopter une attitude semblable.

QUELQUES PRINCIPES JURIDIQUES PERTINENTS

Le principe de l'intertemporalité

C'est un truisme de dire que les connaissances scientifiques ont une croissance exponentielle. L'état des connaissances en 1995 n'est pas celui

of 1974 the knowledge of the 1950s. There is perhaps as much of a differential between the knowledge relating to such matters between the 1970s and the 1950s as there is between the knowledge of the 1990s and the 1970s. The nature and effects of nuclear activity and radioactive contamination are matters of popular knowledge, having regard to such episodes as Chernobyl, which have demonstrated even to the layman how much more widespread the damaging effects of radioactive contamination are than was once believed. Elsewhere in this opinion reference has been made to the better understanding of the effects of underground nuclear explosions since 1974, when they were considered safe.

The Court is seised of the present Request at this point of time and must bring to bear upon it the scientific knowledge now available. A court, faced with a science-oriented problem of present and future damage in 1995, cannot resolve it by ignoring the knowledge acquired between 1974 and 1995, and by applying to the problem in hand the knowledge of 1974. That would be an exercise in unreality.

A similar question arose when New Zealand was asked at the time of the 1974 case why it did not protest against the larger and more dangerous nuclear explosions of the 1950s, just as today it is asked why it did not object to France's underground testing in the 1970s. The answer of Dr. Finlay, the New Zealand Attorney-General, offers an interesting perspective on the inter-temporal principle. He observed:

“The plain answer is that an inter-temporal rule applies to fact as well as to law. In the world of the 1950s shoe shops in my country and in many others had X-ray machines through which the customer could see the bones of his feet in the shoes he was trying on. In the world of the 1970s we are appalled by, and forbid, these unnecessary exposures to the damaging effects of radiation.” (*I.C.J. Pleadings, Nuclear Tests*, Vol. II, p. 255.)

So it is with the knowledge of the effects of underground explosions in the 1970s, as compared with the knowledge of the 1990s. That which was assumed then has been contradicted by later knowledge. The basic suppositions of fact on which public conduct was ordered have been undermined. If the basic assumption of the protection of a party's rights in 1974 is undermined by knowledge available in 1995, and if the terms of the protecting judgment make its reconsideration available to a party complaining that its basis has been undermined, this Court, when approached on the footing that the basis of the Judgment has been undermined, must apply to that question the knowledge it has today and not the knowledge of 1974. The question whether the basis of the Judgment has been affected is a question of practical reality and not of legal

de 1974, pas plus que l'état des connaissances de 1974 n'était celui des années cinquante. S'agissant des connaissances relatives aux questions qui nous intéressent, l'écart est sans doute aussi important entre les années cinquante et soixante-dix qu'entre les années soixante-dix et quatre-vingt-dix. L'opinion publique a pris conscience de la nature et des effets des activités liées au nucléaire et de la contamination radioactive à l'occasion d'événements comme l'accident de Tchernobyl, qui ont démontré même aux yeux du profane à quel point on avait sous-estimé les effets nocifs de la contamination radioactive. J'ai déjà indiqué plus haut que les effets des explosions nucléaires souterraines sont désormais mieux connus qu'en 1974, époque où on croyait en leur innocuité.

C'est à l'heure actuelle que la Cour est saisie de la présente demande et c'est donc par référence aux connaissances scientifiques aujourd'hui disponibles qu'elle doit l'examiner. Une juridiction qui, en 1995, est en présence d'un problème d'ordre scientifique relatif à des dommages actuels et futurs ne peut pas le résoudre en faisant abstraction des connaissances acquises entre 1974 et 1995, et en appliquant au problème en cause les connaissances de 1974. Ce serait là un exercice irréaliste.

Une question du même ordre s'était posée lorsque l'on avait demandé à la Nouvelle-Zélande, à l'époque de l'instance de 1974, pourquoi elle n'avait pas protesté contre les explosions nucléaires des années cinquante — plus puissantes et plus dangereuses —, tout comme on lui demande aujourd'hui pourquoi elle ne s'est pas opposée aux essais souterrains français dans les années soixante-dix. La réponse qu'avait alors apportée M. Finlay, l'*Attorney-General* de Nouvelle-Zélande, offre un point de vue intéressant sur le principe de l'intertemporalité. Il avait fait observer :

« La réponse est tout simplement que la règle de l'intertemporalité s'applique aux faits comme elle s'applique au droit. Dans les années cinquante, dans mon pays comme dans bien d'autres, il y avait dans les magasins de chaussures des appareils à rayons X qui permettaient aux clients de voir les os de leurs pieds dans les chaussures qu'ils essayaient. Dans les années soixante-dix, nous sommes épouvantés par cette exposition inutile aux effets nocifs des radiations, et nous l'interdisons. » (*C.I.J. Mémoires, Essais nucléaires*, vol. II, p. 255.)

Ainsi en va-t-il des connaissances dont on disposait dans les années soixante-dix sur les effets des explosions souterraines par rapport à celles dont nous disposons dans les années quatre-vingt-dix. Ce qui était alors tenu pour établi a été contredit par l'amélioration des connaissances. Les postulats factuels de base qui orientaient la conduite publique ont été remis en cause. Si le postulat fondamental sur lequel la protection des droits d'une partie reposait en 1974 est démenti par les connaissances disponibles en 1995, et si les termes de l'arrêt assurant la protection de ces droits permettent à une partie de demander un réexamen au motif que le fondement de l'arrêt a été remis en cause, la Cour, saisie d'une demande fondée sur ce motif, doit appliquer à la question les connaissances dont elle dispose aujourd'hui et non celles dont elle disposait en 1974. La ques-

abstractions viewed apart from their practical impact upon human life and the environment in the applicant State.

The Concept of Intergenerational Rights

The case before the Court raises, as no case ever before the Court has done, the principle of intergenerational equity — an important and rapidly developing principle of contemporary environmental law.

Professor Lauterpacht, on behalf of New Zealand, adverted to this aspect when he submitted to the Court that if damage of the kind alleged had been inflicted on the environment by the people of the Stone Age, it would be with us today. Having regard to the information before us that the half-life of a radioactive by-product of nuclear tests can extend to over 20,000 years, this is an important aspect that an international tribunal cannot fail to notice. In a matter of which it is duly seised, this Court must regard itself as a trustee of those rights in the sense that a domestic court is a trustee of the interests of an infant unable to speak for itself. If this Court is charged with administering international law, and if this principle is building itself into the corpus of international law, or has already done so, this principle is one which must inevitably be a concern of this Court. The consideration involved is too serious to be dismissed as lacking in importance merely because there is no precedent on which it rests.

New Zealand's complaint that its rights are affected does not relate only to the rights of people presently in existence. The rights of the people of New Zealand include the rights of unborn posterity. Those are rights which a nation is entitled, and indeed obliged, to protect. In considering whether New Zealand has made out a prima facie case of damage to its interests sufficient to bring the processes of this Court into operation in terms of paragraph 63, this is therefore an important aspect not to be ignored.

In the words of an important recent work on this question:

“The starting proposition is that each generation is both a custodian and a user of our common natural and cultural patrimony. As custodians of this planet, we have certain moral obligations to future generations which we can transform into legally enforceable norms.”
(See E. Brown Weiss, *In Fairness to Future Generations: International Law, Common Patrimony and Intergenerational Equity*, 1989, p. 21.)

The Stockholm Declaration on the Human Environment adopted by the United Nations Conference on the Environment at Stockholm,

tion de savoir si le fondement de l'arrêt a été remis en cause s'inscrit dans la réalité et ne saurait relever d'abstractions juridiques considérées isolément de leurs conséquences pratiques sur la vie de la population et sur l'environnement de l'Etat demandeur.

La notion de droits appartenant aux générations futures

L'affaire dont la Cour est saisie met en jeu, comme aucune autre affaire ne l'avait fait auparavant, le principe de l'équité vis-à-vis des générations futures — un principe important et en rapide évolution du droit moderne de l'environnement.

Au nom de la Nouvelle-Zélande, M. Lauterpacht a abordé cet aspect lorsqu'il a affirmé devant la Cour que si un dommage tel que celui qui est allégué avait été infligé à l'environnement par nos ancêtres de l'âge de pierre, nous en ressentirions encore les effets. Puisque nous savons aujourd'hui que la période radioactive d'un produit dérivé d'essais nucléaires peut atteindre vingt mille ans, c'est là un aspect important qu'une juridiction internationale ne peut pas manquer de relever. Quand elle est valablement saisie d'une question, la Cour doit se considérer comme un fiduciaire (*trustee*) des droits en cause, au sens où un tribunal de l'ordre interne est le fiduciaire (*trustee*) des intérêts d'un jeune enfant incapable de s'exprimer. Si elle est chargée d'administrer le droit international, et si ce principe s'intègre progressivement dans le *corpus* de normes du droit international, ou en fait déjà partie, la Cour doit inévitablement en tenir compte. Le problème en cause est trop sérieux pour être écarté comme dénué d'importance simplement parce qu'il n'existe aucun précédent en la matière.

Le grief de la Nouvelle-Zélande visant les atteintes à ses droits ne se rapporte pas uniquement aux droits de la population vivant aujourd'hui. Les droits du peuple néo-zélandais incluent ceux des générations à venir. Ce sont des droits qu'une nation peut à juste titre, et en vérité doit, sauvegarder. On ne saurait donc faire abstraction de cet aspect lorsque l'on examine si la Nouvelle-Zélande a établi *prima facie* que les atteintes à ses intérêts justifiaient une démarche devant la Cour au titre du paragraphe 63.

Pour reprendre les termes d'un important ouvrage récemment paru sur cette question :

«Le postulat de base est que chaque génération est à la fois le gardien et l'usufruitier de notre patrimoine naturel et culturel commun. En tant que gardiens de cette planète, nous avons envers les générations futures certaines obligations morales, que nous pouvons transformer en normes juridiquement contraignantes.» (Voir E. Brown Weiss, *In Fairness to Future Generations: International Law, Common Patrimony and Intergenerational Equity*, 1989, p. 21.)

La déclaration de Stockholm sur l'environnement, adoptée le 16 juin 1972 à Stockholm par la conférence des Nations Unies sur l'environne-

16 June 1972, formulated nearly a quarter century ago the principle of “a solemn responsibility to protect and improve the environment for present and future generations” (Principle 1). This guideline sufficiently spells out the approach to this new principle which is relevant to the problem the Court faces of assessing the likely damage to the people of New Zealand. This Court has not thus far had occasion to make any pronouncement on this developing field. The present case presents it with a pre-eminent opportunity to do so, as it raises in pointed form the possibility of damage to generations yet unborn.

The Precautionary Principle

Where a party complains to the Court of possible environmental damage of an irreversible nature which another party is committing or threatening to commit, the proof or disproof of the matter alleged may present difficulty to the claimant as the necessary information may largely be in the hands of the party causing or threatening the damage.

The law cannot function in protection of the environment unless a legal principle is evolved to meet this evidentiary difficulty, and environmental law has responded with what has come to be described as the precautionary principle — a principle which is gaining increasing support as part of the international law of the environment (see Philippe Sands, *Principles of International Environmental Law*, Vol. I, pp. 208-210).

In 1990, the Ministers from 34 countries in the Economic Commission for Europe and the Commissioner for the Environment of the European Community, meeting at Bergen, Norway, issued the Bergen ECE Ministerial Declaration on Sustainable Development. Article 7 of this Declaration formulated the precautionary principle in these terms:

“In order to achieve sustainable development, policies must be based on the precautionary principle. Environmental measures must anticipate, prevent and attack the causes of environmental degradation. Where there are threats of serious or irreversible damage, lack of full scientific certainty should not be used as a reason for postponing measures to prevent environmental degradation.” (Bergen ECE Ministerial Declaration on Sustainable Development, 15 May 1990, in Harald Hohmann (ed.), *Basic Documents of International Environmental Law*, Vol. 1, 1992, pp. 558-559.)

In paragraph 16 (*f*), the Declaration stressed the importance of optimizing democratic decision-making related to environment and develop-

ment, a formulé il y a presque un quart de siècle le principe d'un «devoir solennel de protéger et d'améliorer l'environnement pour les générations présentes et futures» (principe 1). Il y a là, clairement énoncée, l'idée directrice de ce nouveau principe qui peut aider la Cour à traiter le problème auquel elle doit faire face, c'est-à-dire à apprécier les dommages qui risquent d'être infligés au peuple néo-zélandais. Jusqu'à ce jour, la Cour n'a pas eu l'occasion de se prononcer sur ce domaine en évolution. La présente affaire lui offre une telle occasion, remarquable puisqu'elle met en cause avec une acuité particulière l'éventualité de dommages infligés à des générations à venir.

Le principe de précaution

Lorsqu'une partie allègue devant la Cour d'éventuels dommages, de caractère irréversible, qu'une autre partie est en train de causer ou menace de causer à l'environnement, il peut être difficile au demandeur de produire des moyens de preuve ou de réfutation, vu que la plupart des informations nécessaires sont probablement détenues par la partie qui cause ou menace de causer les dommages.

Ce n'est que si un principe juridique est élaboré pour résoudre cette difficulté en matière de preuve que le droit peut remplir sa fonction de protection de l'environnement. C'est ainsi qu'a été conçu, dans le cadre du droit de l'environnement, ce que l'on appelle désormais le «principe de précaution», qui recueille une adhésion croissante en tant que composante du droit international de l'environnement (voir Philippe Sands, *Principles of International Environmental Law*, vol. I, p. 208-210).

En 1990, les ministres de trente-quatre pays relevant de la Commission économique pour l'Europe et le commissaire européen pour l'environnement, réunis à Bergen, en Norvège, ont publié la déclaration ministérielle de Bergen relative au développement durable. L'article 7 de cette déclaration formule le principe de précaution dans les termes suivants:

«En vue d'atteindre un développement durable, les politiques doivent se fonder sur le principe de précaution. Les mesures pour l'environnement doivent anticiper, prévenir et combattre les causes de dégradation de l'environnement. En cas de risque de dommages graves ou irréversibles, l'absence de certitude scientifique absolue ne doit pas servir de prétexte pour remettre à plus tard l'adoption de mesures visant à prévenir la dégradation de l'environnement.» (Déclaration ministérielle de la Commission économique pour l'Europe relative au développement durable, Bergen, 15 mai 1995, texte anglais dans Harald Hohmann (dir. publ.), *Basic Documents of International Environmental Law*, vol. 1, 1992, p. 558-559. [Traduction du Greffe].)

Il est dit au paragraphe 16 f) de la déclaration qu'il importe d'optimiser les processus démocratiques de prise de décisions relatives aux ques-

ment issues, and it identified the following need as part of what it called the Bergen process:

“To undertake the prior assessment and public reporting of the environmental impact of projects which are likely to have a significant effect on the human health and the environment and, so far as practicable, of the policies, programmes and plans which underlie such projects and to ensure that East European and developing countries are assisted through bilateral and multilateral channels in evaluating the environmental impact and sustainability of their own development projects. To develop or expand procedures to assess the risks and potential environmental impacts of products.” (*Op. cit.*, p. 565.)

The precautionary principle of course went further back in time than 1990. It is a principle of relevance to New Zealand in its application to this Court and one which inevitably calls for consideration in the context of this case.

New Zealand has placed materials before the Court to the best of its ability, but France is in possession of the actual information. The principle then springs into operation to give the Court the basic rationale for considering New Zealand's request and not postponing the application of such means as are available to the Court to prevent, on a provisional basis, the threatened environmental degradation, until such time as the full scientific evidence becomes available in refutation of the New Zealand contention.

Several environmental treaties have already accepted the precautionary principle (see Sands, *op. cit.*, pp. 210 *et seq.*). Among these are the 1992 Baltic Sea Convention and the 1992 Maastricht Treaty (Treaty on European Union, Title XVI, Art. 130r (2)), which states that Community policy on the environment “shall be based on the precautionary principle” (emphasis added). It is noteworthy that under the 1992 Convention for the Protection of the Marine Environment of the North-East Atlantic (OSPAR Convention), the parties (France and the United Kingdom), wishing to retain the option of dumping low and intermediate level radioactive wastes at sea, would be required to report to the OSPAR Commission on:

“the results of scientific studies which show that any potential dumping operations would not result in hazards to human health, harm to living resources or marine ecosystems, damage to amenities or interference with other legitimate uses of the sea” (Ann. II, Art. 3 (3) (*c*), cited from Sands, *op. cit.*, p. 212).

This last application of the precautionary principle, to which France is a party, has particular relevance to the matter presently before the Court.

tions d'environnement et de développement, et qu'il est nécessaire, dans le cadre du processus dit «de Bergen» de s'attacher à :

«Entreprendre une évaluation préalable et rendre compte publiquement des conséquences écologiques de projets susceptibles d'avoir des effets sensibles sur la santé des populations et sur l'environnement et, dans la mesure du possible, des politiques, programmes et plans qui sous-tendent ces projets, et veiller à ce qu'une assistance bilatérale et multilatérale soit accordée aux pays de l'Europe de l'Est et aux pays en développement pour évaluer les répercussions écologiques et la viabilité de leurs propres projets de développement; mettre au point ou renforcer les procédures visant à évaluer les risques et les effets potentiels des produits sur l'environnement.» (*Op. cit.*, p. 565.)

Bien entendu, le principe de précaution remonte au-delà de 1990. Il présente un intérêt pour la demande de la Nouvelle-Zélande devant la Cour, et on ne peut manquer de l'envisager dans le contexte de la présente affaire.

La Nouvelle-Zélande a fait tout son possible pour fournir des éléments à la Cour, mais c'est la France qui détient effectivement les renseignements. Le principe entre alors en jeu pour justifier l'examen par la Cour de la demande néo-zélandaise et la mise en œuvre immédiate des moyens dont elle dispose pour parer, à titre provisoire, à la menace de dégradation de l'environnement, jusqu'à ce qu'elle ait reçu des preuves scientifiques complètes propres à réfuter les affirmations de la Nouvelle-Zélande.

Plusieurs traités relatifs à l'environnement ont déjà consacré le principe de précaution (voir Sands, *op. cit.*, p. 210 et suiv.). Parmi ceux-ci, on peut citer la convention sur la mer Baltique de 1992, le traité de Maastricht de 1992 (traité sur l'Union européenne, titre XVI, art. 130 R, par. 2), qui affirme que la politique de la Communauté dans le domaine de l'environnement «est fondée sur [l]e principe de précaution» (les italiques sont de moi). Il faut aussi noter que conformément à la convention de 1992 sur la protection du milieu marin de l'Atlantique du Nord-Est, les parties (la France et le Royaume-Uni) qui souhaitent conserver la possibilité d'immerger des déchets faiblement ou moyennement radioactifs doivent rendre compte à la commission mise en place des

«résultats des études scientifiques montrant que toutes opérations d'immersion éventuelles n'entraîneraient pas de risques pour la santé de l'homme, ne nuiraient pas aux ressources biologiques et aux écosystèmes marins, ne porteraient pas atteinte aux valeurs d'agrément et ne gêneraient pas d'autres utilisations légitimes de la mer» (annexe II, art. 3, par. 3 c), *Revue générale de droit international public*, 1992, p. 1014).

Cette dernière application du principe de précaution, dans un traité auquel la France est partie, est particulièrement pertinente à l'égard de la question portée devant la Cour.

The provision in the Maastricht Treaty, incorporating the precautionary principle as the basis of European Community policy on the environment (Art. 130r (2)), would lead one to expect that the principle thus applicable to Europe would apply also to European activity in other global theatres.

Reference should be made finally to Principle 15 of the Rio Declaration on Environment and Development, 1992, which reads:

“In order to protect the environment, the precautionary approach shall be widely applied by States according to their capabilities. Where there are threats of serious or irreversible damage, lack of full scientific certainty shall not be used as a reason for postponing cost-effective measures to prevent environmental degradation.” (*Report of the United Nations Conference on Environment and Development, Rio de Janeiro, 3-14 June 1992, Vol. I, Ann. I, p. 6.*)

Environmental Impact Assessment (EIA)

This principle is ancillary to the broader principle just discussed. As with the previous principle, this principle is gathering strength and international acceptance, and has reached the level of general recognition at which this Court should take notice of it.

The United Nations Environment Programme (UNEP) Guidelines of 1987 on “Goals and Principles of Environmental Impact Assessment” states in Principle 1 that:

“States (including their competent authorities) should not undertake or authorize activities without prior consideration, at an early stage, of their environmental effects. Where the extent, nature or location of a proposed activity is such that it is likely to significantly affect the environment, a comprehensive environmental impact assessment should be undertaken in accordance with the following principles.” (Hohmann, *op. cit.*, p. 187.)

A proper Environmental Impact Assessment should, according to Principle 4, include:

- “(a) A description of the proposed activity;
- (b) A description of the potentially affected environment, including specific information necessary for identifying and assessing the environmental effects of the proposed activity;
- (c) A description of practical alternatives, as appropriate;
- (d) An assessment of the likely or potential environmental impacts of the proposed activity and alternatives, including the direct, indirect, cumulative, short-term and long-term effects;

La disposition du traité de Maastricht qui fait du principe de précaution l'un des fondements de la politique de la Communauté européenne dans le domaine de l'environnement (art. 130 R, par. 2) permet de penser que le principe ainsi applicable à l'Europe s'applique également aux activités des pays européens dans d'autres régions du monde.

Il convient enfin de mentionner le principe 15 de la déclaration de Rio sur l'environnement et le développement de 1992, qui est ainsi libellé :

«Pour protéger l'environnement, des mesures de précaution doivent être largement appliquées par les Etats selon leurs capacités. En cas de risque de dommages graves ou irréversibles, l'absence de certitude scientifique absolue ne doit pas servir de prétexte pour remettre à plus tard l'adoption de mesures effectives visant à prévenir la dégradation de l'environnement.» (*Revue générale de droit international public*, 1992, p. 978.)

Evaluation de l'impact sur l'environnement

Ce principe est accessoire par rapport au principe de plus vaste portée que je viens d'examiner, mais il bénéficie, comme ce dernier, d'un poids et d'une reconnaissance croissants à l'échelon international; il a en fait atteint le niveau de reconnaissance générale qui justifie que la Cour en tienne compte.

Dans le cadre des principes directeurs que le Programme des Nations Unies pour l'environnement (PNUE) a énoncés en 1987 sur les «but et principes de l'évaluation de l'impact sur l'environnement», le principe 1 est ainsi libellé :

«Les Etats (y compris leurs autorités compétentes) ne devraient entreprendre ou autoriser des activités sans avoir au préalable étudié au plus tôt leurs effets sur l'environnement. Lorsque du fait de son ampleur, de sa nature ou de son emplacement, une activité proposée est susceptible d'avoir des effets sensibles sur l'environnement, une évaluation globale d'impact sur l'environnement devrait être entreprise conformément aux principes suivants.» (Doc. UNEP/G.C.14/17, annexe III, 1987.)

Aux termes du principe 4, une évaluation de l'impact sur l'environnement devrait comprendre :

- a) une description de l'activité proposée;
- b) une description de l'environnement susceptible d'être affecté, y compris les renseignements spécifiques nécessaires pour identifier et évaluer les effets de l'activité proposée sur l'environnement;
- c) une description des autres solutions possibles, le cas échéant;
- d) une évaluation des effets probables ou potentiels de l'activité proposée et des autres solutions possibles sur l'environnement, y compris les effets directs, indirects, cumulatifs, à court terme et à long terme;

- (e) An identification and description of measures available to mitigate adverse environmental impacts of the proposed activity and alternatives, and an assessment of those measures;
- (f) An indication of gaps in knowledge and uncertainties which may be encountered in compiling the required information;
- (g) An indication of whether the environment of any other State or areas beyond national jurisdiction is likely to be affected by the proposed activity or alternatives;
- (h) A brief, non-technical summary of the information provided under the above headings.” (Hohmann, *op. cit.*, p. 188.)

It is clear that on an issue of the magnitude of that which brings New Zealand before this Court the principle of Environmental Impact Assessment would *prima facie* be applicable in terms of the current state of international environmental law.

This Court, situated as it is at the apex of international tribunals, necessarily enjoys a position of special trust and responsibility in relation to the principles of environmental law, especially those relating to what is described in environmental law as the Global Commons. When a matter is brought before it which raises serious environmental issues of global importance, and a *prima facie* case is made out of the possibility of environmental damage, the Court is entitled to take into account the Environmental Impact Assessment principle in determining its preliminary approach.

Of course the situation may well be proved to be otherwise and fears currently expressed may prove to be groundless. But that stage is reached only after the Environmental Impact Assessment and not before.

*The Illegality of Introducing Radioactive Waste
into the Marine Environment*

This principle is too well established to need discussion. The marine environment belongs to all, and any introduction of radioactive waste into one's territorial waters must necessarily raise the danger of its spread into the wider ocean spaces that belong to all.

If such danger can be shown *prima facie* to exist or be within the bounds of reasonable possibility, the burden shifts on those who claim such action is safe to establish that this is indeed so. As observed already, the 1992 OSPAR Convention between France and the United Kingdom requires a report that any proposed dumping of low and intermediate level radioactive wastes would not result in hazards to human health and marine resources. Such is the standard observed internationally. Until

- e) l'identification et la description des mesures existantes visant à atténuer les effets négatifs de l'activité proposée et des autres solutions possibles sur l'environnement, et une évaluation de ces mesures;
- f) une indication des carences en matière de connaissances et des incertitudes rencontrées dans la mise au point de l'information nécessaire;
- g) une indication permettant de savoir si l'environnement de tout autre Etat ou de régions ne relevant pas de la juridiction nationale risque d'être affecté par l'activité proposée ou par les autres solutions possibles;
- h) un bref résumé non technique de l'information fournie au titre des rubriques précédentes» (doc. UNEP/G.C.14/17, *loc. cit.*).

S'agissant d'une question de l'importance de celle qui conduit la Nouvelle-Zélande à s'adresser à la Cour, il est clair que le principe de l'évaluation de l'impact sur l'environnement semblerait *prima facie* applicable, vu l'état actuel du droit international de l'environnement.

Placée au sommet des juridictions internationales, la Cour est nécessairement investie d'une confiance et d'une responsabilité propres à l'égard des principes du droit de l'environnement, notamment de ceux intéressant ce que l'on qualifie en droit de l'environnement d'«indivis mondial». Lorsqu'une affaire est portée devant elle qui soulève de graves questions écologiques d'importance mondiale, et qu'il est établi *prima facie* que des dommages pourraient être causés à l'environnement, la Cour est fondée à prendre en considération le principe de l'évaluation de l'impact sur l'environnement pour arrêter son approche préliminaire.

Bien entendu, la situation pourrait bien se révéler tout autre, les craintes aujourd'hui exprimées apparaissant alors sans fondement. Mais on ne peut arriver à ces conclusions qu'après la réalisation d'une évaluation de l'impact sur l'environnement et non avant.

Le caractère illicite de l'introduction de déchets radioactifs dans le milieu marin

Ce principe est trop bien établi pour appeler une discussion. Le milieu marin appartient à tous et l'introduction de déchets radioactifs dans les eaux territoriales d'un Etat crée nécessairement le risque de leur dissémination dans les vastes espaces océaniques qui sont le bien de tous.

Si l'on peut établir *prima facie* qu'un tel danger existe ou est de l'ordre des possibilités raisonnables, c'est à celui qui prétend que ces actes ne présentent pas de danger qu'il incombe d'en apporter la preuve. Comme je l'ai déjà fait observer, la convention de 1992 sur la protection du milieu marin de l'Atlantique du Nord-Est conclue entre la France et le Royaume-Uni exige que soit présenté un rapport montrant que toute immersion projetée de déchets faiblement ou moyennement radioactifs n'entraînerait

such time, a judicial tribunal is entitled to act upon the prima facie case that New Zealand has made out.

The Report of the Rio Conference of 1992 deals in Chapter 22 of Agenda 21 with "Safe and Environmentally Sound Management of Radioactive Wastes". Paragraph 22.5 (c) deals specifically with this problem in terms that States should:

"Not promote or allow the storage or disposal of high-level, intermediate-level and low-level radioactive wastes near the marine environment unless they determine that scientific evidence, consistent with the applicable internationally agreed principles and guidelines, shows that such storage or disposal poses no unacceptable risk to people and the marine environment or does not interfere with other legitimate uses of the sea, making, in the process of consideration, appropriate use of the concept of the precautionary approach." (*Report of the United Nations Conference on Environment and Development* (A/CONF.151/26/Rev.1), Vol. I, Ann. II, pp. 371-372.)

France supported Agenda 21. Indeed, President Mitterrand gave it such strong support as to suggest that the Secretary-General of the United Nations should be entrusted with the task of taking stock of the implementation of Agenda 21 every year (*ibid.*, Vol. III, p. 195).

The President also observed:

"Secondly, it would be useful to determine more clearly the role, or the responsibility, of the countries of the North. I think that they have to preserve and restore their own domain (water, air, towns, countryside), a task which their Governments are tackling unevenly. *That they have to refrain from any action harmful to the environment of the countries of the South.* Such is the purpose of France's very strict laws on the export of wastes." (*Ibid.*, p. 194; emphasis added.)

It scarcely needs citation of authority to establish so self-evident a principle.

*The Principle that Damage Must Not Be Caused
to Other Nations*

The conclusions just reached are reinforced by a fundamental principle of modern environmental law which must here be noted. It is well entrenched in international law and goes as far back as the *Trail Smelter* case (*Reports of International Arbitral Awards*, 1938, Vol. III, p. 1905) and perhaps beyond (see also *Corfu Channel, Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1949*, p. 4).

pas de risques pour la santé de l'homme et ne nuirait pas aux ressources marines. Telle est la norme observée au niveau international. Jusqu'à ce que cette démonstration soit faite, la Cour, en tant qu'organe judiciaire, est fondée à agir en considérant que la Nouvelle-Zélande a établi sa thèse *prima facie*.

Le rapport de la conférence de Rio de 1992 traite, au chapitre 22 du programme Action 21, de la «Gestion sûre et écologiquement rationnelle des déchets radioactifs». Le paragraphe 22.5 *c*) aborde expressément ce problème et fait obligation aux Etats de:

«Ne pas encourager ni autoriser le stockage ou l'élimination de déchets hautement, moyennement et faiblement radioactifs à proximité du milieu marin, à moins qu'il ne soit scientifiquement établi, conformément aux principes et directives internationalement reconnus applicables en l'espèce, que ce stockage ou cette élimination ne présente pas de risques inacceptables pour les personnes et pour le milieu marin et ne fait pas obstacle à d'autres utilisations légitimes de la mer, et en faisant intervenir comme il convient à cet égard le principe de précaution.» (*Rapport de la conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement, A/CONF.151/26, vol. II, p. 293.*)

La France a apporté son soutien à Action 21. De fait, M. Mitterrand, président de la République française, est allé jusqu'à proposer que le Secrétaire général des Nations Unies reçoive la mission de faire le point tous les ans sur l'exécution d'Action 21 (*ibid.*, A/CONF.151/26/Rev.1, vol. III, p. 217).

Le Président a également fait observer:

«Deuxièmement, il conviendrait de mieux cerner le rôle, ou la responsabilité des pays du Nord. Je pense qu'ils ont à préserver et à restaurer leur propre domaine (eau, air, villes, paysages), ce à quoi leurs gouvernements s'emploient d'inégale façon. *Qu'ils ont à s'interdire toutes atteintes à l'environnement des pays du Sud. C'est l'objet de la très stricte législation française sur l'exportation des déchets.*» (*Ibid.*, p. 216; les italiques sont de moi.)

Il n'est guère nécessaire de citer d'autres sources à l'appui d'un principe aussi évident.

*Le principe selon lequel aucun dommage ne doit être causé
aux autres nations*

Les conclusions qui viennent d'être dégagées sont corroborées par un principe fondamental du droit moderne de l'environnement, dont il faut ici prendre note. Il est établi de longue date en droit international et remonte à l'affaire de la *Fonderie de Trail* (*Recueil des sentences arbitrales*, 1938, vol. III, p. 1905), voire peut-être au-delà (voir également l'affaire du *Détroit de Corfou*, *fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1949*, p. 4).

This basic principle, that no nation is entitled by its own activities to cause damage to the environment of any other nation, appears as Principle 2 of the Rio Declaration on the Environment, 1992:

“States have, in accordance with the Charter of the United Nations and the principles of international law, the sovereign right to exploit their own resources pursuant to their own environmental and developmental policies, and the responsibility to ensure that activities within their jurisdiction or control do not cause damage to the environment of other States or of areas beyond the limits of national jurisdiction.” (*Report of the United Nations Conference on Environment and Development* (A/CONF.151/26/Rev.1), Vol. I, Ann. I, p. 3.)

Other international instruments that embody this principle are the Stockholm Declaration on the Human Environment (1972, Principle 21) and the 1986 Noumea Convention, Article 4 (6) of which states:

“Nothing in this Convention shall affect the sovereign right of States to exploit, develop and manage their own natural resources pursuant to their own policies, taking into account their duty to protect and preserve the environment. Each Party shall ensure that activities within its jurisdiction or control do not cause damage to the environment of other States or of areas beyond the limits of its national jurisdiction.” (Hohmann, *Basic Documents of International Environmental Law*, 1992, Vol. 2, p. 1063.)

It is in the context of such a deeply entrenched principle, grounded in common sense, case law, international conventions, and customary international law that the Court must reach a determination as to whether a prima facie case of danger to its rights has been made out by New Zealand.

HAS NEW ZEALAND MADE OUT A PRIMA FACIE CASE?

The Approach to the Question of Proof

As stressed in this opinion, it is essential, in order to activate the procedures of the Court, that New Zealand should make out at least a prima facie case that the dangers which brought it to Court in 1973 are now present again in consequence of the underground nuclear tests that France has commenced in the Pacific. There must therefore be an examination of the facts in order to decide whether the jurisdictional basis exists for New Zealand's present Request.

The ensuing examination is therefore undertaken as an integral part of the preliminary jurisdictional question and is not a part of any examination of the merits.

Le principe 2 de la déclaration de Rio sur l'environnement de 1992 consacre ce principe fondamental selon lequel aucune nation n'a le droit de mener des activités de nature à causer des dommages à l'environnement d'une autre nation :

« Conformément à la Charte des Nations Unies et aux principes du droit international, les Etats ont le droit souverain d'exploiter leurs propres ressources conformément à leurs propres politiques en matière d'environnement et de développement, et ils ont le devoir de veiller à ce que les activités qui relèvent de leur compétence ou de leur pouvoir ne portent pas atteinte à l'environnement d'autres Etats ou de zones situées au-delà des limites de leur juridiction nationale. » (*Revue générale de droit international public*, 1992, p. 975.)

Parmi les autres instruments internationaux qui consacrent ce principe, on peut citer la déclaration de Stockholm de 1972 sur l'environnement (principe 21) et la convention de Nouméa de 1986, dont le paragraphe 6 de l'article 4 est ainsi libellé :

« Aucune des dispositions de la présente convention ne porte atteinte au droit souverain des Etats d'exploiter, de mettre en valeur et de gérer leurs ressources naturelles selon leurs politiques propres en tenant compte de leur devoir de protéger l'environnement. Chaque partie doit faire en sorte que les activités exercées dans les limites de sa juridiction ou sous son contrôle ne causent pas de dommage à l'environnement dans d'autres Etats ou dans des zones situées au-delà des limites de sa juridiction nationale. » (*Internationale Umweltrecht*, 1986:87/14.)

La Cour doit s'inspirer de ce principe largement consacré, qui trouve son fondement dans le bon sens, la jurisprudence, les conventions internationales et le droit international coutumier, pour déterminer si la Nouvelle-Zélande a établi *prima facie* que ses droits sont menacés.

LA NOUVELLE-ZÉLANDE A-T-ELLE ÉTABLI SA THÈSE *PRIMA FACIE*?

La question de la preuve

Comme je l'ai souligné dans la présente opinion, il est essentiel pour mettre en œuvre les procédures de la Cour que la Nouvelle-Zélande ait établi au moins *prima facie* que les dangers qu'elle avait invoqués pour saisir la Cour en 1973 sont de nouveau présents par suite des essais nucléaires souterrains que la France a entrepris d'effectuer dans le Pacifique. Il convient dès lors d'examiner les faits pour déterminer s'il existe une base de compétence en ce qui concerne la demande actuelle de la Nouvelle-Zélande.

L'examen qui suit s'inscrit donc à part entière dans le cadre de la question préliminaire de la compétence et ne concerne pas l'examen au fond.

There are two ways of approaching this question. The first is to place the burden of proof fairly and squarely upon New Zealand, and to ask whether a *prima facie* case has been made out of the presence of such dangers as New Zealand complains of.

The second approach is to apply the principle of environmental law under which, where environmental damage of any sort is threatened, the burden of proving that it will not produce the damaging consequences complained of is placed upon the author of that damage. In this view of the matter, the Court would hold that the environmental damage New Zealand complains of is *prima facie* established in the absence of proof by France that the proposed nuclear tests are environmentally safe.

It will be noted in this connection that all the information bearing upon this matter is in the possession of the Respondent. The Applicant has only indirect or secondary information, but has endeavoured to place before the Court such information as it has been able, to the best of its ability, to marshal for the purposes of this application.

The second approach is sufficiently well established in international law for the Court to act upon it. Yet, it is sufficient for present purposes to act upon the first approach, throwing the burden of proof upon New Zealand.

What is the nature of the *prima facie* case that New Zealand has made out?

The Scientific Fact-finding Missions

New Zealand has placed before the Court such scientific material as is available to it, and has referred, in particular, to three scientific reports in support of its submissions regarding the unreliability of Mururoa and Fangataufa atolls as repositories of nuclear wastes. It states that the French Government has not permitted a full scientific investigation of Mururoa atoll, but that three limited investigations are all that have been allowed on Mururoa, and none at all at Fangataufa where the larger explosions have occurred.

These are the investigations of Mr. M. H. Tazieff, a noted French vulcanologist, in 1982; that of a team of scientists led by Mr. Hugh Atkinson, a former Director of New Zealand's National Radiation Laboratory, in 1983; and that of a scientific and film team, led by Commander Cousteau, in 1987.

Mr. Tazieff commented that a systematic study over a number of years was required of the most mobile radionuclides in ground water and in the sea, for an assessment of the effectiveness of the containment of radioactivity (Tazieff Report, p. 7, cited in New Zealand's Request, para. 38); while Commander Cousteau concluded that leakage could occur on a time scale of 100-300 years, a significantly shorter period than previous estimates (*ibid.*, para. 40, in reliance upon the Cousteau Mission Report). The conclusions of the Atkinson Report are dealt with later.

Il y a deux manières d'aborder la question de la preuve. La première consiste à faire purement et simplement supporter la charge de la preuve à la Nouvelle-Zélande, et à se demander si cette dernière a établi *prima facie* la réalité des dangers qu'elle allègue.

La seconde consiste à appliquer le principe du droit de l'environnement en vertu duquel, lorsqu'il y a menace d'un quelconque danger écologique, c'est à l'auteur de l'acte incriminé qu'il incombe de prouver que cet acte n'aura pas les conséquences dommageables alléguées. Selon cette conception, la Cour conclurait que le dommage écologique dont se plaint la Nouvelle-Zélande est établi *prima facie* si la France ne démontre pas l'innocuité, sur le plan écologique, des essais nucléaires projetés.

A cet égard, il convient de noter que toutes les informations relatives à cette question sont en possession du défendeur. Le demandeur ne dispose que d'informations indirectes ou secondaires, mais il s'est efforcé de produire devant la Cour toutes les informations qu'il a pu, de son mieux, rassembler aux fins de la demande.

La seconde conception de l'administration de la preuve est suffisamment bien établie en droit international pour que la Cour soit fondée à la suivre. Néanmoins, il lui suffit à ce stade de suivre la première conception, qui consiste à faire reposer le fardeau de la preuve sur la Nouvelle-Zélande.

Quelle est la nature de la thèse que la Nouvelle-Zélande a établie *prima facie*?

Les missions d'enquête scientifique

La Nouvelle-Zélande a produit devant la Cour la documentation scientifique dont elle dispose; elle s'est notamment référée à trois rapports scientifiques pour faire valoir que Mururoa et Fangataufa étaient inadaptés en tant que sites de stockage de déchets nucléaires. Selon elle, le Gouvernement français n'a autorisé aucune enquête scientifique approfondie sur l'atoll de Mururoa, mais a seulement permis que trois enquêtes de portée limitée y soient menées; à Fangataufa, où ont eu lieu les tirs les plus puissants, aucune enquête n'aurait été autorisée.

Les trois enquêtes précitées ont été menées en 1982 par M. M. H. Tazieff, un éminent volcanologue français, en 1983 par une équipe de scientifiques dirigée par M. Hugh Atkinson, ancien directeur du laboratoire radiologique national de Nouvelle-Zélande, et en 1987 par une équipe scientifique et cinématographique dirigée par le commandant Cousteau.

M. Tazieff a observé que, si l'on voulait évaluer l'efficacité du confinement de la radioactivité, il serait nécessaire d'étudier systématiquement pendant un certain nombre d'années les radionucléides les plus mobiles qui se trouvent dans les eaux souterraines et dans la mer (demande néo-zélandaise, par. 38, citant le rapport Tazieff, p. 7), alors que le commandant Cousteau a conclu que des fuites radioactives pourraient avoir lieu d'ici cent à trois cents ans — c'est-à-dire une période de temps beaucoup plus courte qu'on ne l'avait estimé précédemment (*ibid.*, par. 40, fondé sur le rapport de la mission Cousteau). J'examinerai ultérieurement les conclusions du rapport Atkinson.

France replies to New Zealand's contentions by asserting that the New Zealand descriptions envisaged "disasters of Hollywoodian proportions", while the tests are, in fact, environmentally safe (CR 95/20, p. 62). Professor de Brichambaut, for France, stated, *inter alia*, that traces of radioactivity on Mururoa are infinitesimal; that the level of radioactivity is the same as on all the atolls in the South Pacific; that it is considerably lower than the levels found in Paris, Darwin, Chile or Colombia. He submitted that the level of radioactive elements (measured in micrograys per year) is 262 in Mururoa, 463 in Tahiti, 815 in Australia and 900 in New Zealand. He added that in Holland it is 280, just above the level in Mururoa. He also gave the Court various statistics in relation to doses of radioactivity measured in the Polynesian population (*ibid.*, p. 55).

However, the main question on which the Court would need to reach a *prima facie* conclusion is the question of the safety of Mururoa as a repository of radioactive waste, both over the long term, in consequence of natural impairment of the atoll, and in the short term in consequence of nuclear explosions.

These matters are dealt with in the ensuing paragraphs.

The danger of radioactive contamination resulting from France's underground tests could perhaps be considered under the following heads:

- (a) the nature of the nuclear tests proposed;
- (b) the structure of Mururoa and Fangataufa atolls;
- (c) the impact upon the atolls of the previous explosions;
- (d) the impact upon Mururoa of the proposed new series of explosions;
- (e) the internationally accepted safety standards for the storage of radioactive wastes;
- (f) the danger to marine life of the release of radioactive substances into the ocean; and
- (g) the possibility of accident.

If, upon a review of these matters, it can reasonably be stated that a *prima facie* case has been made out of possible danger from radioactive contamination resulting from France's nuclear tests in the Pacific, New Zealand would be entitled to submit that it has discharged the burden lying upon it of showing that it comes within the terms of paragraph 63.

The possible dangers will now be outlined under the heads enumerated, bearing in mind that, in a case of this magnitude, even a *prima facie* finding of possible dangers is not to be lightly reached. The relevant material must be therefore examined with the greatest care. The ensuing discussion aims at ascertaining whether, upon an objective analysis, New Zealand has made out a *prima facie* case that the dangers it complained of in 1973 now exist in 1995, thereby activating paragraph 63 of the 1974 Judgment.

La France répond aux assertions de la Nouvelle-Zélande en affirmant que celle-ci envisage des «catastrophes dignes d'Hollywood», alors que les essais ne comportent en fait aucun risque écologique (CR 95/20, p. 62). Au nom de la France, M. de Brichambaut a notamment dit que les traces de radioactivité à Mururoa sont infinitésimales, que le niveau de radioactivité est celui de tous les atolls du Pacifique Sud et qu'il est largement inférieur à celui constaté à Paris, à Darwin, au Chili ou en Colombie. Il a affirmé que le niveau d'exposition aux éléments radioactifs (mesuré en micrograys par an) est de 262 à Mururoa, 463 à Tahiti, 815 en Australie et 900 en Nouvelle-Zélande. Il a ajouté qu'il est de 280 aux Pays-Bas, soit juste au-dessus du niveau de Mururoa. Il a également fourni à la Cour différentes données statistiques relatives aux doses de radioactivité mesurées au sein de la population polynésienne (*ibid.*, p. 55).

Mais la question principale sur laquelle la Cour devrait parvenir à une conclusion *prima facie* est celle de la sécurité qu'offre Mururoa en tant que dépôt de déchets radioactifs, tant à long terme, par suite de la dégradation naturelle de l'atoll, qu'à court terme, du fait des essais nucléaires.

Ce sont ces questions que je traiterai dans les paragraphes suivants.

On peut examiner les risques de contamination radioactive résultant des essais souterrains français sous différents angles, à savoir :

- a) la nature des essais nucléaires projetés,
- b) la structure des atolls de Mururoa et de Fangataufa,
- c) l'impact des explosions précédentes sur les atolls,
- d) les répercussions sur Mururoa de la nouvelle série d'explosions projetée,
- e) les normes de sécurité admises à l'échelon international quant au stockage des déchets radioactifs,
- f) le danger que la libération de substances radioactives dans l'océan représente pour la vie marine,
- g) la possibilité d'accidents.

Si, après examen de ces différents aspects, on peut raisonnablement affirmer qu'il existe *prima facie* un risque de contamination radioactive résultant des essais nucléaires français dans le Pacifique, la Nouvelle-Zélande serait alors fondée à faire valoir qu'elle a satisfait à l'obligation qui lui incombait de prouver que sa demande entre bien dans les prévisions du paragraphe 63.

Les dangers potentiels seront exposés sous chacune des rubriques énumérées, étant entendu que, dans une affaire de cette importance, on ne saurait parvenir à la légère à une conclusion, même *prima facie*. Il convient donc d'analyser avec le plus grand soin les éléments pertinents. L'examen qui suit tend à déterminer si, selon une analyse objective, la Nouvelle-Zélande a établi *prima facie* que les dangers dont elle tirait grief en 1973 existent de nouveau en 1995, ce qui permettrait de faire jouer le paragraphe 63 de l'arrêt de 1974.

The nature of underground nuclear tests

The information placed before the Court is to the effect that holes of a depth of around 1,000 metres are drilled into the ground surface of the atoll. New Zealand states that the details of location of the test shafts have not been released by France. The structure of the atoll consists of a coral crown over a volcanic base. Many tests have also been conducted in the lagoon area adjacent to the coral rim.

A cylinder containing the explosive device and a large amount of instrumentation is then dropped into the hole. The shaft is packed tight with material, including a special kind of concrete, to stop the escape through the shaft into the atmosphere of radioactive material from the explosion.

Upon detonation, everything at the bottom of the shaft is vaporized and a ball-shaped chamber forms in the structure of the surrounding rock. For the small 10-kiloton blasts, the chamber would be approximately 50 metres in diameter and for explosions of around 100 kilotons the chamber might be around 120 metres in diameter.

The immense heat of the explosion vitrifies the rock around it and much of the radioactive material released by the explosion is contained within this vitrified rock and within the explosion chamber.

New Zealand submits that another effect of the explosion is an earthquake shock which may measure between 4 and 6 on the Richter scale. This may fracture some of the upper limestone layers of the atoll and may generate landslides towards the outer flanks of the atoll.

I refer again to McEwan's technical study on "Environmental effects of underground nuclear explosions":

"The greatest environmental impacts of underground tests result from seismic and local shock wave effects. The latter include ground movements, subsidence, collapse crater formation, cliff falls and submarine slides which may occur within a few kilometres of the detonation points." (*Op. cit.*, p. 89.)

The important question also arises of the possibility of venting, i.e., the escape of vapours, liquid and other by-products of the explosion from the confined space in which the explosions occur. The *Report of a New Zealand, Australian and Papua New Guinea Scientific Mission to Mururoa Atoll*, which was headed by Mr. H. R. Atkinson, Retired Director of the National Radiation Laboratory, Christchurch (one of the three reports deposited along with the New Zealand Request), observes:

La nature des essais nucléaires souterrains

Il ressort des informations produites devant la Cour que des puits d'une profondeur de 1000 mètres environ sont forés dans le sol de l'atoll. D'après la Nouvelle-Zélande, la France n'a pas communiqué d'informations détaillées quant à l'emplacement des puits d'explosion. La structure de l'atoll consiste en une couronne corallienne surmontant une base volcanique. De nombreux essais ont également été effectués dans le lagon adjacent à la couronne corallienne.

Un cylindre contenant l'engin explosif et une grande quantité d'instruments est descendu au fond du puits. Celui-ci est comblé avec des matériaux, notamment un béton spécial, afin d'empêcher la remontée dans le puits des matières radioactives produites par l'explosion et leur libération dans l'atmosphère.

Lors de l'explosion, tout ce qui se trouve au fond du puits est vaporisé et une cavité sphérique se forme dans la structure de la roche environnante. Dans le cas d'un tir relativement peu puissant de 10 kilotonnes, la chambre ainsi créée a une cinquantaine de mètres de diamètre; ce diamètre peut atteindre quelque 120 mètres pour une explosion d'environ 100 kilotonnes.

La chaleur considérable dégagée par l'explosion vitrifie la roche environnante et une grande partie des matières radioactives générées par l'explosion est piégée dans cette roche vitrifiée et dans la chambre d'explosion.

Selon la Nouvelle-Zélande, l'explosion provoque aussi une secousse sismique d'une magnitude de 4 à 6 sur l'échelle de Richter. Cela peut fracturer une partie des couches calcaires supérieures de l'atoll et provoquer des glissements de terrain sur les versants extérieurs de celui-ci.

Je citerai de nouveau ici un passage de l'étude technique de M. McEwan intitulée «Environmental Effects of Underground Nuclear Explosions»:

«Les effets les plus importants des essais souterrains sur l'environnement sont dus aux ondes sismiques et aux ondes de choc locales. Ces dernières entraînent des glissements de terrain, des affaissements, la formation de cratères d'effondrement, l'écroulement de falaises et des glissements de terrain sous-marins qui peuvent se produire à une distance de quelques kilomètres des points d'explosion.»
(*Op. cit.*, p. 89.)

Une autre question importante concerne la possibilité de fuites, c'est-à-dire l'éventualité que des vapeurs, liquides et autres produits dérivés des explosions s'échappent de l'espace confiné dans lequel les explosions ont lieu. Le rapport de la mission scientifique conduite sur l'atoll de Mururoa par la Nouvelle-Zélande, l'Australie et la Papouasie-Nouvelle-Guinée, sous la direction de M. H. R. Atkinson, ancien directeur du laboratoire radiologique national de Christchurch (l'un des trois rapports que la Nouvelle-Zélande a déposés en même temps que sa demande), relève que:

“Venting of gaseous and volatile fission products from the underground test sites does occur at the time of detonation. The radio-nuclides vented include ones other than the noble gases (which are admitted by the French) and there is evidence that their magnitude is greater than would be expected simply through the back-packing of the placement bore being ‘less than perfect.’” (*Report of a New Zealand, Australian and Papua New Guinea Scientific Mission to Mururoa Atoll*, p. 132.)

The structure of Mururoa and Fangataufa atolls

The structure of the atoll is said to consist of a coral crown upon a volcanic base. Water percolates through the entire rock structure. Whether through prior explosions or otherwise, there is a network of fissures in the structure of the atoll.

The Atkinson Report contained the following descriptions of the atoll structure of Mururoa:

“Mururoa in common with other atolls is made up of two sequences; the upper limestones of 180-500 m thickness, overlying volcanics of several thousand metres thickness.” (*Ibid.*, p. 7.)

“The limestones, comprised of superimposed successions of reefs, are for the most part porous and permeable with many horizons of particularly high porosity and permeability. The flanks of the atoll however are protected by aprons of low permeability.” (*Ibid.*, pp. 7-8.)

“The French claim that any leakage from the volcanics to the limestones will be stopped by the impermeable transition zone is not borne out by the data inspected.

The transition zone which occurs between the volcanics and limestones is highly variable in thickness and rock type and this casts doubt on its ability to act as an impermeable barrier to potential radioactive leakage. The potential exists for leakage of water from detonation cavities to the biosphere in less than 1000 years.” (*Ibid.*, p. 8.)

“The claim that the transition zone acts as a barrier to long-term leakage can, on the basis of geological evidence, be discounted. The volcanics in their virgin state offer a poor to moderate geo-chemical barrier and a moderate to good hydrological barrier. The testing programme is reducing the effectiveness of both.” (*Ibid.*, p. 9.)

The McEwan study, already referred to, observes that:

“Leakage of radioactive material from an underground testing site may occur if there is ground water present at the emplacement depth

«Lors de l'explosion, des produits de fission gazeux et volatils s'échappent des sites des essais souterrains. Les radioéléments ainsi libérés ne sont pas seulement des gaz nobles (dont les Français reconnaissent les fuites), et on constate que leur quantité est supérieure à ce qu'un simple colmatage «imparfait» du puits d'explosion pourrait laisser craindre.» (*Report of a New Zealand, Australian and Papua New Guinea Scientific Mission to Mururoa Atoll*, p. 132.)

La structure des atolls de Mururoa et de Fangataufa

La structure de l'atoll est décrite comme une couronne corallienne surmontant une base volcanique. L'eau percole à travers toute la structure rocheuse. Il existe dans la structure de l'atoll un réseau de fissures, dues ou non aux explosions précédentes.

Le rapport de la mission Atkinson décrit la structure de l'atoll de Mururoa en ces termes :

«Mururoa, comme d'autres atolls, est constitué de deux couches : une couche supérieure calcaire, d'une épaisseur de 180 à 500 mètres, et un socle volcanique de plusieurs milliers de mètres d'épaisseur.» (*Ibid.*, p. 7.)

«La couche calcaire, constituée d'une superposition de récifs, est dans l'ensemble poreuse et perméable et comporte un grand nombre d'horizons dont le degré de porosité et de perméabilité est particulièrement élevé. Toutefois, les flancs de l'atoll sont protégés par des glacis peu perméables.» (*Ibid.*, p. 7-8.)

«L'allégation des Français selon laquelle toute fuite du socle volcanique vers la couche calcaire sera contenue par la zone de transition imperméable n'est pas étayée par les données que nous avons étudiées.

La zone de transition située entre le socle volcanique et la couche calcaire est d'une épaisseur et d'une composition rocheuse très variables, ce qui permet de douter de son aptitude à opposer une barrière étanche à d'éventuelles fuites radioactives. Il est possible qu'en moins d'un millier d'années de l'eau remonte des chambres de détonation dans la biosphère.» (*Ibid.*, p. 8.)

«Sur la base de données géologiques, on peut écarter la thèse selon laquelle la zone de transition ferait obstacle à toute fuite à long terme. À l'origine, le socle volcanique constitue une barrière géochimique d'une efficacité médiocre à moyenne et une barrière hydrologique d'une étanchéité moyenne à bonne. Le programme d'essais a réduit son efficacité à ces deux titres.» (*Ibid.*, p. 9.)

Dans l'étude de M. McEwan déjà citée, il est observé que :

«Des matériaux radioactifs peuvent s'échapper d'un site d'essais souterrains si des eaux souterraines se trouvent à la profondeur du

at the time of explosion, or if fracturing of rock subsequently allows ground water access to the cavity.” (*Op. cit.*, p. 85.)

Having regard to the saturation of the rock structure with water, this seems to be, *prima facie*, a factor to be taken into account.

The impact upon the atolls of previous explosions

The Atkinson Report concludes:

- “The integrity of the carbonate part of the atoll has been impaired.
- Fissures have formed in the limestones as a result of testing.
 - Surface subsidence to the order of 1 m has affected over 1 km² of the north-eastern region and 1.5 km² of the south-west margin. Such subsidence is the direct result of cumulative compaction in the limestones, and propagated by testing.
 - Submarine slides, particularly along the southern margin, have resulted from a number of tests at Mururoa. The effect of these slides is to strip the outer rim of the atoll of its protective impermeable limestone.

Fissuring and removal of the apron limestone through sliding will both serve to increase lateral and vertical water transport in the carbonate body of the atoll.” (*Op. cit.*, pp. 105-106.)

All three of these heads seem to be of great importance to the issue before the Court. Fissures can conceivably widen and afford an outlet to the sea. The subsidence to an extent of one metre of a square kilometre of the atoll’s surface reflects a structural movement serious enough to cause concern. The stripping of the outer rim of the atoll must also be thought, in the absence of contrary evidence, to weaken the protective structure of the atoll.

The impact upon Mururoa of the proposed new series of explosions

It is of course impossible to state, on the available scientific material, how many more explosions the structure of the atoll can withstand without some major structural damage such as may release the pent-up radioactive debris of over 100 explosions contained within the atoll’s structure. It may be that the structure could withstand one thousand more explosions, or it may be that the structure is nearing the end of its endurance of continuing explosions.

There is, according to New Zealand, an ever-present danger that the already fissured structure of the atoll cannot be guaranteed to remain intact and that even one more explosion could well be the force that can

puits au moment de l'explosion, ou si des fractures de la roche permettent ultérieurement à l'eau souterraine de pénétrer dans cette cavité.» (*Op. cit.*, p. 85.)

Etant donné la saturation en eau de la structure rocheuse, il semble qu'il y ait là *prima facie* un facteur à prendre en considération.

L'impact des explosions précédentes sur les atolls

Le rapport de la mission Atkinson conclut :

«La partie carbonatée de l'atoll n'est plus intacte.

- Des fissures se sont formées dans les couches calcaires à la suite des essais.
- Des affaissements superficiels de l'ordre d'un mètre se sont produits sur environ 1 km² dans la zone nord-est et 1,5 km² sur la marge sud-ouest. Ils résultent directement du tassement cumulé des couches calcaires, accentué par les essais.
- Des glissements de terrain sous-marins, particulièrement le long de la marge méridionale, se sont produits à la suite d'un certain nombre d'essais effectués à Mururoa. Ces glissements ont pour effet de dépouiller le bord extérieur de l'atoll de sa couche calcaire imperméable de protection.

La fissuration et la disparition du glaciis calcaire dues aux glissements contribueront à accroître la circulation tant latérale que verticale de l'eau dans la partie carbonatée de l'atoll.» (*Op. cit.*, p. 105-106.)

Chacune de ces trois catégories de facteurs semble avoir une importance considérable pour la question portée devant la Cour. On peut concevoir que les fissures s'élargissent au point d'offrir un débouché sur la mer. Un affaissement de l'ordre d'un mètre sur une surface d'un kilomètre carré de l'atoll traduit un mouvement structurel suffisamment profond pour justifier des inquiétudes. En l'absence de preuve contraire, on doit également penser que le décapage du bord extérieur de l'atoll affaiblit la structure de protection de l'atoll.

Les répercussions sur Mururoa de la nouvelle série d'explosions projetée

Bien entendu, les données scientifiques disponibles ne permettent pas de dire combien d'explosions la structure de l'atoll peut encore supporter avant qu'il en résulte des dommages structurels propres à provoquer la libération des déchets radioactifs accumulés par suite de plus d'une centaine d'explosions. Cette structure pourrait résister à mille autres explosions, ou être au contraire proche de sa limite de résistance à des essais répétés.

La Nouvelle-Zélande a souligné le danger omniprésent que la structure déjà fissurée de l'atoll ne puisse demeurer intacte et le risque qu'une seule nouvelle explosion déclenche un effondrement structurel important. La

trigger off a major structural collapse. The structure has already been buffeted by explosions equivalent to some 150 times the power of the Hiroshima bomb. There are over 126 shafts drilled into a segment of an atoll which is less than 28 km long. We do not have the benefit of an impact assessment survey of the ability of the atoll's structure to withstand these shocks.

In the words of New Zealand's counsel, Professor Lauterpacht, New Zealand could ask whether the world can be confident that the present series of tests may not place upon the camel of Mururoa the straw that breaks its back.

The internationally accepted safety standards for the storage of radioactive wastes

At the conclusion of the hearings, I addressed a question to both Parties as to whether there are internationally accepted criteria for the selection of geological repositories for radioactive wastes, requesting a brief list of such criteria, if there were any.

The French reply was:

“Il n'existe actuellement aucune norme officielle internationale concernant les critères géologiques de stockage des déchets radioactifs. Les études scientifiques menées quant à la nature des roches les plus appropriées aboutissent à un consensus sur la nécessité d'avoir un environnement géologique stable, une faible perméabilité des roches et un contexte propice à une rétention des radioéléments par les roches.”¹

New Zealand, however, referred to the International Atomic Energy Agency's Safety Standard, “Safety Principles and Technical Criteria for the Underground Disposal of High Level Radioactive Wastes” (Safety Series No. 99, 1989)², a document which New Zealand states has been superseded by more detailed studies. The criteria set out in this document include the following:

“Criterion No. 7: Site geology

The repository shall be located at sufficient depth to protect adequately the emplaced waste from external events and processes in

¹ Letter from France dated 15 September 1995, replies to the questions put by Judge Weeramantry, No. 2:

“There is currently no official international norm relating to the geological criteria for the storage of radioactive waste. The scientific investigations of the nature of the most appropriate rocks lead to a consensus on the need to have a geologically stable environment, rocks of a low permeability and a context favourable to a retention of radioelements by the rocks.” [*Translation by the Registry.*]

² Letter from New Zealand dated 15 September 1995, replies to the questions put by Judge Weeramantry, No. 2.

structure a déjà été ébranlée par des explosions d'une puissance cent cinquante fois supérieure à celle de la bombe d'Hiroshima. Plus de cent vingt-six puits ont été forés dans une partie de l'atoll qui mesure moins de 28 kilomètres de long. Nous ne disposons d'aucune évaluation d'impact établissant dans quelle mesure la structure de l'atoll peut résister à ces chocs.

Pour reprendre les termes du conseil de la Nouvelle-Zélande, M. Lauterpacht, la Nouvelle-Zélande pose en quelque sorte la question de savoir si le monde peut avoir la certitude que la série actuelle d'essais ne sera pas le brin de paille qui éreintera le chameau de Mururoa.

Les normes de sécurité admises à l'échelon international quant au stockage des déchets radioactifs

Au terme des débats, j'ai demandé aux deux Parties s'il existait des critères internationalement reconnus pour le choix des sites géologiques de stockage de déchets radioactifs, et je les ai priées, le cas échéant, de m'en donner une brève liste.

La France a fourni la réponse suivante:

«Il n'existe actuellement aucune norme officielle internationale concernant les critères géologiques de stockage des déchets radioactifs. Les études scientifiques menées quant à la nature des roches les plus appropriées aboutissent à un consensus sur la nécessité d'avoir un environnement géologique stable, une faible perméabilité des roches et un contexte propice à une rétention des radioéléments par les roches.»¹

La Nouvelle-Zélande s'est toutefois référée à la norme de sûreté de l'Agence internationale de l'énergie atomique intitulée «Principes de sûreté et critères techniques pour le stockage définitif souterrain des déchets de haute activité» (collection Sécurité, n° 99, 1989)², document qui, selon elle, aurait été remplacé par un certain nombre d'études plus détaillées. Les critères énoncés dans ce document sont notamment les suivants:

« Critère n° 7: Géologie du site de dépôt

Le dépôt doit être enterré à une profondeur suffisante pour bien isoler les déchets qu'il contient des événements et des processus exté-

¹ Lettre de la France en date du 15 septembre 1995, réponses aux questions posées par M. Weeramantry, n° 2.

² Lettre de la Nouvelle-Zélande en date du 15 septembre 1995, réponses aux questions posées par M. Weeramantry, n° 2.

a host rock having properties that adequately restrict the deterioration of physical barriers and the transport of radionuclides from the repository to the environment.

Criterion No. 8: Consideration of natural resources

The repository site shall be selected, to the extent practicable, to avoid proximity to valuable natural resources or materials which are not readily available from other sources.”

These criteria, when applied to Mururoa, raise prima facie concerns as to its safety for purposes of storage of radioactive waste.

The International Atomic Energy Agency Safety Guide, “Safety of Geological Disposal Facilities” (Safety Series No. 111-G-4.1, 1994) also gives some useful indications of factors having a bearing on this question. Guidelines 412 and 413 are particularly significant:

“412. The hydrogeological characteristics and setting of the geological environment should tend to restrict groundwater flow within the repository and should support safe waste isolation for the required times.

413. An evaluation of the mechanisms of groundwater movement, as well as an analysis of the direction and rate of flow will be an important input to the safety assessment of any site because the most likely mode of radionuclide release is by groundwater flow. Irrespective of the nature of the waste or the disposal option, a geological environment capable of restricting flow to, through and from the repository will contribute to preventing unacceptable radionuclide releases. Natural features such as aquifers or fracture zones are potential release pathways for radionuclides. Such paths should be limited in the repository host rock so that the protective functions of the geological and engineered barrier system remain compatible. The dilution capacity of the hydrogeological system may also be important and should be evaluated. Siting should be optimised in such a way as to favour long and slow moving groundwater pathways from the repository to the environment.”

These are of course matters on which the Court in due course would have received fuller information had the matter proceeded to a hearing on the substantive question of New Zealand’s request.

Alongside of these criteria and guidelines, it would be useful to look at some of the conclusions of the Atkinson Report. Conclusion 3 of the Atkinson Report states, in regard to underground testing at Mururoa, that:

rieurs, dans une roche réceptrice ayant la propriété de limiter convenablement la détérioration des barrières physiques et le transport des radioéléments du dépôt vers le milieu ambiant.

Critère n° 8 : Prise en considération des ressources naturelles

Le site du dépôt doit être choisi, dans la mesure du possible, de manière à éviter la proximité de ressources ou de matières naturelles précieuses difficiles à obtenir d'autres sources.» [*Traduction du Greffe.*]

Appliqués à Mururoa, ces critères suscitent *prima facie* des inquiétudes quant à la sécurité qu'offre l'atoll en tant que site de stockage de déchets radioactifs.

Le guide de sûreté de l'Agence internationale de l'énergie atomique intitulé «Safety of Geological Disposal Facilities» (collection Sécurité, n° 111-G-4.1, 1994) fournit également des indications utiles sur les facteurs pertinents à cet égard. Les principes directeurs 412 et 413 sont particulièrement intéressants :

«412. Les caractéristiques hydrogéologiques et la configuration géologique du milieu doivent tendre à limiter la circulation des eaux souterraines dans le dépôt et être propices à un bon confinement des déchets pendant le laps de temps voulu.

413. L'étude des mécanismes de circulation des eaux souterraines, ainsi que l'analyse de la direction et du débit du courant sont importants pour évaluer la sûreté d'un site car le mode de fuite le plus probable des radioéléments est le transport par les eaux souterraines. Quelle que soit la nature des déchets ou la méthode d'élimination, un environnement géologique apte à limiter les courants qui se dirigent vers le dépôt, le traversent et en repartent contribue à prévenir des fuites inacceptables de radioéléments. Des particularités naturelles telles que des nappes aquifères ou des zones de fracture sont des voies d'échappement possibles pour les radioéléments. Ces voies doivent être limitées dans la roche réceptrice afin que les fonctions protectrices du système de barrières géologiques et artificielles restent compatibles. Le pouvoir de dilution du système hydrogéologique peut également être important et il convient de l'évaluer. Un site optimal est celui où les eaux souterraines qui s'écoulent du dépôt vers le milieu ambiant empruntent des circuits longs et progressent lentement.» [*Traduction du Greffe.*]

Bien entendu, ce sont là des questions sur lesquelles la Cour aurait reçu en temps utile des informations plus complètes si l'affaire était parvenue au stade de la procédure orale sur la question de fond posée par la demande néo-zélandaise.

Outre ces critères et principes directeurs, il serait intéressant d'examiner certaines des conclusions du rapport Atkinson. S'agissant des essais souterrains à Mururoa, la troisième conclusion de ce rapport est la suivante :

“The radioactive residues of underground testing can with some justification be equated to high-level radioactive waste. It is not expected that Mururoa would meet the generally accepted criteria on site selection for a geologic repository for high-level radioactive wastes.” (Atkinson Report, p. 133.)

An index to altered world perceptions of the environmentally deleterious effects of radioactive waste, whether resulting from peaceful or military purposes, is the concern shown at the Rio Conference on Environment and Development in 1992. Chapter 22 of the Report of the Conference is devoted to “Safe and Environmentally Sound Management of Radioactive Wastes”. Though the wastes there referred to are those generated from peaceful activities, the concerns expressed are relevant in the present context.

Paragraph 22.1 of the Report observed that:

“the activity concentration, especially in sealed radiation sources, might be high, thus justifying very stringent radiological protection measures” (*Report of the United Nations Conference on Environment and Development, Rio de Janeiro, 3-14 June 1992 (A/CONF.151/26/Rev.1), Vol. I, Agenda 21, Ann. II, p. 370*),

and paragraph 22.8 observed that:

“States, in cooperation with international organizations, where appropriate, should:

- (a) Promote research and development of methods for the safe and environmentally sound treatment, processing and disposal, including deep geological disposal, of high-level radioactive waste;
- (b) Conduct research and assessment programmes concerned with evaluating the health and environmental impact of radioactive waste disposal.” (*Ibid.*, p. 372.)

It seems clear therefore that whatever the source of radioactive materials, the care with which they are stored underground is a matter of international concern. The porous nature of Mururoa is one which gives rise to special concern in the absence of an EIA relating to not merely the retentive properties of the soil of Mururoa, but also in regard to its ability to withstand repeated atomic blasts.

The danger to marine life of the release of radioactive substances into the ocean

In the light of these circumstances, it can scarcely be said that New Zealand has not made out at least a prima facie case that there is a danger of a rupture of the atoll’s structure, with the possibility of release

«On est fondé dans une certaine mesure à assimiler les résidus radioactifs des essais souterrains à des déchets hautement radioactifs. Or, en principe, Mururoa ne satisferait pas aux critères communément admis pour le choix de sites géologiques de stockage de déchets hautement radioactifs.» (Rapport de la mission Atkinson, p. 133.)

Les inquiétudes exprimées lors de la conférence de Rio de 1992 sur l'environnement et le développement sont un indice de l'évolution de la perception, au niveau mondial, des effets nuisibles qu'ont pour l'environnement les déchets radioactifs, qu'ils résultent d'activités pacifiques ou militaires. Le chapitre 22 du rapport de la conférence est consacré à la «gestion sûre et écologiquement rationnelle des déchets radioactifs». Bien que les déchets visés soient ceux qui résultent d'activités pacifiques, les inquiétudes exprimées sont également pertinentes dans le contexte qui nous intéresse.

Le paragraphe 22.1 du rapport fait observer que :

«l'activité volumique, en particulier dans les sources de rayonnements scellées, pourrait être élevée, ce qui justifierait des mesures de protection radiologique très strictes» (*Rapport de la conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement*, Rio de Janeiro, 3-14 juin 1992, A/CONF.151/26, vol. II, p. 291),

et il est précisé au paragraphe 22.8 que :

«Les Etats, en coopération le cas échéant avec des organisations internationales, devraient :

- a) promouvoir les recherches et la mise au point de méthodes permettant d'assurer, de manière sûre et écologique, le traitement, la transformation et l'évacuation, y compris dans des formations géologiques profondes, des déchets hautement radioactifs;
- b) réaliser des programmes de recherche et d'évaluation concernant l'évaluation de l'impact sanitaire et environnemental de l'élimination des déchets radioactifs.» (*Ibid.*, p. 293.)

Il semble donc clair que, quelle que soit l'origine des matériaux radioactifs, les modalités de leur stockage sous terre intéressent la communauté internationale. Le caractère poreux de l'atoll de Mururoa éveille des inquiétudes toutes particulières en l'absence d'une évaluation de l'impact sur l'environnement relative non seulement aux propriétés de rétention du sol de Mururoa, mais également à sa capacité de résistance à des tirs atomiques répétés.

Le danger que la libération de substances radioactives dans l'océan représente pour la vie marine

Au vu de ces éléments, on ne saurait dire que la Nouvelle-Zélande n'a pas établi, au moins *prima facie*, qu'il existe un risque de rupture de la structure de l'atoll et de libération dans l'océan de grandes quantités de

into the ocean of a vast quantity of pent-up radioactive materials. Such a case can of course be rebutted by appropriate scientific evidence, but till such time affords a sufficient basis for New Zealand to maintain its claim that radioactive contamination from nuclear explosions affects its rights now, as it did in 1973.

A world that has known the effects upon the food chain several hundreds of miles away from Chernobyl may well wonder what the effects may be upon the marine food chain of such a release of radioactivity. Such questions may be raised even more pointedly in the absence of an EIA by France prior to the present series of tests.

Should a radioactive leak affect the food chain in the Pacific, the rights affected would be not only those of New Zealanders, but of all the Pacific peoples, many of whom are dependent on fishing for their livelihood. The danger of radioactive contamination affecting plankton and moving up the food chain to all forms of marine life is a factor to be reckoned with, even if it were in small quantities. Migratory species such as tuna could carry this contamination of the food chain much further afield. Should there be a release of pent-up radioactive waste of over a hundred explosions through a major crack or fissuring of the structure of the atoll, the consequences could well be catastrophic.

The half-life of radioactive by-products varies from 14,000 to 24,000 years. Plutonium 239 has a half-life of 24,000 years, and plutonium 240 a half-life of 6,570 years, according to the responses of both Parties to a question I asked at the oral hearings.

The question may well arise whether the French Government can indeed offer any sort of assurance that the by-products released from over 100 nuclear explosions would be safely contained within the fragile structure of Mururoa for several multiples of tens of thousands of years. The possibility of such contamination must therefore be viewed with concern. The atoll has already sustained fissure cracks in consequence of prior explosions totalling the fire power of over 150 Hiroshima-type explosions¹. A Pacific islander could indeed have serious fears as to whether this brittle and porous island structure could withstand internally the force of even one Hiroshima-type explosion. By and large, the Pacific islanders live in total dependence upon the sea, and it is not to be wondered at that some of them are waiting at the door of this Court in

¹ See the list of French nuclear tests at Mururoa and Fangataufa in Annex 4 of the New Zealand Request for an Examination of the Situation, reproduced from J. Bouchez and R. Lecomte, *Les atolls de Mururoa et de Fangataufa*, 1995, Vol. II.

déchets radioactifs accumulés. Bien entendu, une telle thèse peut être réfutée par des preuves scientifiques appropriées mais, tant que ce n'est pas le cas, la Nouvelle-Zélande est fondée à affirmer que la contamination radioactive générée par les explosions nucléaires porte aujourd'hui atteinte à ses droits, tout comme elle y portait atteinte en 1973.

Alors que le monde a constaté les effets sur la chaîne alimentaire, à des distances de plusieurs centaines de kilomètres, de l'accident de Tchernobyl, il est permis de se demander quels effets une telle libération de radioactivité pourrait avoir sur la chaîne alimentaire marine. Ces questions méritent d'autant plus d'être posées que la France n'a effectué aucune évaluation de l'impact sur l'environnement avant d'entreprendre la série actuelle d'essais.

Une fuite radioactive qui affecterait la chaîne alimentaire dans le Pacifique léserait dans leurs droits non seulement les Néo-Zélandais, mais également tous les peuples du Pacifique, dont beaucoup sont tributaires pour leur subsistance des ressources de la pêche. Même si les quantités en cause étaient minimes, il n'en faudrait pas moins prendre en considération le risque que la contamination radioactive touche le plancton et remonte la chaîne alimentaire pour atteindre toutes les formes de vie marine. Les espèces migratoires telles que le thon pourraient propager très loin cette contamination de la chaîne alimentaire. Si les déchets radioactifs accumulés par suite de plus d'une centaine d'explosions devaient s'échapper en raison d'une rupture ou d'une fissuration importante de la structure de l'atoll, les conséquences pourraient bien être catastrophiques.

La période radioactive des produits dérivés oscille entre quatorze mille et vingt-quatre mille ans. Celle du plutonium 239 est de vingt-quatre mille ans et celle du plutonium 240 de six mille cinq cent soixante-dix ans, d'après les réponses que les Parties ont apportées à une question que je leur avais posée lors des audiences.

Il est permis de se demander si le Gouvernement français peut réellement garantir d'une façon ou d'une autre que les produits dérivés générés par plus d'une centaine d'explosions nucléaires resteront confinés en toute sécurité dans la fragile structure de Mururoa pendant plusieurs dizaines de milliers d'années. On doit donc s'inquiéter de l'éventualité d'une telle contamination. L'atoll s'est déjà fissuré par suite d'explosions précédentes dont la puissance de feu totale représente plus de cent cinquante fois celle de la bombe d'Hiroshima¹. Tout habitant des îles du Pacifique pourrait assurément nourrir de sérieuses craintes quant à la capacité de la structure friable et poreuse de l'île de résister intrinsèquement à la force dégagée par l'explosion, ne fût-ce que d'une seule bombe du même type que celle d'Hiroshima. Dans l'ensemble, les habitants des

¹ Voir la liste des essais nucléaires français à Mururoa et à Fangataufa : annexe 4 de la demande néo-zélandaise d'examen de la situation, tirée de J. Bouchez et R. Lecomte, *Les atolls de Mururoa et de Fangataufa*, 1995, vol. II.

the hope that they will be heard, by way of intervention, in a matter of fundamental importance to their health, their way of life and their livelihood.

Having regard to the developments of international law embracing the principle of intergenerational rights and responsibilities, this is an environmental risk of which, in the absence of rebutting material from France, New Zealand and the islands covered by its Request are entitled, *prima facie*, to complain. It may be that France has material with which it can satisfy the Court on that issue, but no such material has been offered. Having regard to the course of geological events, a guarantee of stability of such an island formation for hundreds of thousands of years does not seem within the bounds of likelihood or possibility.

As for New Zealand, New Zealand has from the very commencement of this case couched its claim in terms, "including apprehension, anxiety and concern, to the people and Government of New Zealand and of the Cook Islands, Niue and Tokelau Islands", and on the basis of the violation of its rights to the exploitation of the seas. Those were New Zealand's concerns in 1974 and those particular concerns are redoubled now by the current nuclear tests.

The possibility of accident

The best intentioned and regulated of human activities must always face the possibility of an accident resulting from some unforeseen circumstance. The history of underground testing at Mururoa has not been free of accident.

According to New Zealand, an official publication of the French Atomic Energy Commission acknowledged that a device which had become stuck in the detonation shaft was exploded at a depth of approximately 987 metres, 110 metres less than planned. The test generated a submarine landslide of about one million cubic metres of material off the mass of the atoll which set off a tsunami which washed over part of the atoll, seriously injuring two persons.

Other accidents cited by New Zealand are:

- “(a) In June 1987 officials on Mururoa admitted to Cousteau the accidental release of approximately 1.5 teraBecquerels of radioactive iodine plus other volatile material.
- (b) In 1992 scientists of the Combined Radiological Safety Service on Mururoa acknowledged that 0.2 teraBecquerels of radioactive iodine had been accidentally released in 1990 in similar

îles du Pacifique sont totalement tributaires de la mer, et il n'est donc pas étonnant que certains d'entre eux attendent au seuil de la Cour, espérant être entendus dans le cadre de leur intervention au sujet d'une question qui revêt une importance fondamentale pour leur santé, leur mode de vie et leurs moyens de subsistance.

Eu égard à l'évolution du droit international, qui inclut la notion de droits des générations futures et de responsabilités à leur égard, il s'agit en l'espèce d'un risque écologique dont la Nouvelle-Zélande et les Etats insulaires concernés par sa demande sont fondés *prima facie* à tirer grief en l'absence de preuve contraire apportée par la France. Il se pourrait que la France dispose de documents susceptibles d'emporter la conviction de la Cour sur ce point, mais elle ne les a pas produits. Compte tenu de la situation géologique, une garantie de stabilité de la formation insulaire considérée pendant des centaines de milliers d'années ne semble pas être de l'ordre des probabilités ou des possibilités.

Quant à la Nouvelle-Zélande, elle a précisé, dès le début de cette affaire, que sa demande se fondait notamment sur les «appréhensions ... l'anxiété et ... l'inquiétude [causées] aux habitants et aux Gouvernements de la Nouvelle-Zélande, des îles Cook, des îles Nioué et Tokélaou», ainsi que sur la violation de ses droits à exploiter les ressources de la mer. Telles étaient les préoccupations de la Nouvelle-Zélande en 1974 et ces inquiétudes particulières sont aujourd'hui ravivées par les essais nucléaires actuels.

La possibilité d'accidents

Toute activité humaine, même entreprise dans les meilleures intentions et dans le meilleur cadre réglementaire, doit toujours tenir compte de la possibilité d'un accident par suite de quelque circonstance imprévue. L'histoire des essais souterrains à Mururoa n'a pas été exempte d'accidents.

Selon la Nouvelle-Zélande, il a été reconnu dans une publication officielle du commissariat français à l'énergie atomique que l'on avait fait exploser un engin coincé dans le puits de détonation à une profondeur d'environ 987 mètres, c'est-à-dire inférieure de 110 mètres à celle prévue. Cet essai a entraîné un glissement sous-marin d'environ un million de mètres cubes de matériaux arrachés à la masse de l'atoll, ce qui a provoqué un tsunami qui a déferlé sur une partie de l'atoll et blessé grièvement deux personnes.

La Nouvelle-Zélande a mentionné les autres accidents suivants :

- «a) En juin 1987, les autorités françaises à Mururoa ont concédé au commandant Cousteau qu'il y avait eu une fuite accidentelle d'environ 1,5 térabecquerel d'iode radioactive et d'autres matières volatiles.
- b) En 1992, les experts du service intégré de sûreté radiologique de Mururoa ont reconnu que 0,2 térabecquerel d'iode radioactive avait été accidentellement libéré en 1990 dans des circonstances

circumstances.” (New Zealand’s Request for an Examination of the Situation, para. 54.)

Having regard to the information furnished to the Court by New Zealand as summarized above, and in the absence of specific scientific material or impact assessment studies by France, the possibility of accident is another ground which goes to make out the *prima facie* case that New Zealand would be obliged to present.

Among the important rights of New Zealand that are threatened are its maritime rights. The 1973 Application of New Zealand covered radioactive damage caused to New Zealand’s rights by French nuclear explosions in the Pacific. The fear of such radioactive pollution which brought New Zealand to the Court in 1973 is now appearing again.

The reasonableness of that fear has been proved at least *prima facie*, thereby enabling New Zealand to claim that the basis of the 1974 Judgment which protected New Zealand against such radioactive contamination has been affected.

New Zealand’s application should therefore, in my view, be proceeded with by the Court to the next stage, which is the stage of enquiring whether a case has been made out for the issue of interim measures of protection.

All this would be done as another phase of the 1973 application filed by New Zealand.

The Position of the Intervenors

It follows from the views expressed earlier that the Court could have proceeded to consider whether the intervenors, Australia, Samoa, Solomon Islands, the Marshall Islands and the Federated States of Micronesia, should be permitted to intervene in those proceedings. Their contention is that they have an interest of a legal nature in the present proceedings and that they are not seeking to introduce a new dispute before the Court, but are seeking permission to assert their legal interests in an existing dispute in accordance with Article 62 of the Statute. They have very real concerns in regard to their undoubted right to the preservation of their own environment from the danger of radioactive contamination resulting from the conduct of another State. They have quite clearly gone to great lengths to seek legal advice, prepare substantial materials and file carefully prepared pleadings in support of their application for intervention.

It would, in this area as well, have served the substantial interests of justice if, upon a different view of the preliminary question, the matter had proceeded to further enquiry. The intervenors would then have been heard on their right to intervene. If they were found, after a hearing, to have had no right to intervene, they would then have left this Court

analogues.» (Demande d'examen de la situation présentée par la Nouvelle-Zélande, par. 54.)

Eu égard aux informations soumises à la Cour par la Nouvelle-Zélande, telles qu'elles sont résumées ci-dessus, et en l'absence de données scientifiques spécifiques ou d'études d'impact sur l'environnement produites par la France, la possibilité d'accidents est un autre élément qui contribue à étayer la thèse *prima facie* que la Nouvelle-Zélande devait établir.

Les droits maritimes de la Nouvelle-Zélande sont au nombre de ses droits importants qui sont mis en péril. Dans la requête introductive d'instance qu'elle a déposée en 1973, la Nouvelle-Zélande visait la violation de ses droits résultant de la contamination radioactive générée par les explosions nucléaires françaises dans le Pacifique. La crainte d'une telle pollution radioactive, qui avait conduit la Nouvelle-Zélande à saisir la Cour en 1973, réapparaît aujourd'hui.

Le caractère raisonnable de cette crainte a été démontré au moins *prima facie*, ce qui permet à la Nouvelle-Zélande de soutenir que le fondement de l'arrêt de 1974, qui la protégeait contre une telle contamination radioactive, a été remis en cause.

C'est pourquoi, à mon avis, la Cour aurait dû passer au stade suivant de l'examen de la demande néo-zélandaise, à savoir l'examen du bien-fondé de la demande en indication de mesures conservatoires.

Cette procédure aurait constitué une phase nouvelle de l'affaire introduite par la requête néo-zélandaise de 1973.

La situation des Etats demandant à intervenir

Il découle des vues exprimées ci-dessus que la Cour aurait dû examiner s'il convenait d'admettre les requêtes à fin d'intervention présentées par l'Australie, le Samoa, les Iles Salomon, les Iles Marshall et les Etats fédérés de Micronésie. Ces Etats prétendaient qu'un intérêt d'ordre juridique était pour eux en cause, qu'ils ne cherchaient pas à porter devant la Cour un nouveau différend, mais demandaient à faire valoir leurs intérêts d'ordre juridique dans le cadre d'un différend existant, conformément à l'article 62 du Statut. Ils nourrissent des inquiétudes très concrètes quant à leur droit incontestable à la préservation de leur environnement contre tout risque de contamination radioactive résultant de la conduite d'un autre Etat. A l'évidence, ils n'ont pas ménagé leurs efforts pour rechercher des conseils juridiques, rassembler des données de fond et déposer des dossiers soigneusement préparés à l'appui de leurs requêtes à fin d'intervention.

Sous cet angle également, il eût été conforme aux intérêts fondamentaux de la justice que la Cour tranche différemment la question préliminaire pour passer ensuite à un examen plus approfondi du problème. Les Etats demandant à intervenir auraient alors été entendus sur leur droit à cet égard. Si, à l'issue d'une audience, la Cour avait estimé qu'ils n'avaient

satisfied that the Court had heard them on their right to intervention and that procedural rules relating to intervention did not permit the Court to grant them redress. As it is they leave the Court without even the benefit of a hearing.

CONCLUDING REMARKS

The altogether unusual nature of this case prompts a few reflections on the nature of the judicial process. These observations have equal relevance to domestic and international judiciaries, for the judge, whether domestic or international, is equally the servant of the concept of justice.

I wish to cite preliminarily a statement by Justice Cardozo, one of the foremost thinkers on the judicial process. Substitute for the word “cases” the words “international conventions, international custom, general principles of law, judicial decisions and teachings of publicists”, and the thought expressed by Cardozo holds good also for the international judge.

Cardozo observed that the judge’s duty was not simply to match the colours of the case at hand with the colours of the many samples spread out upon the judicial desk:

“If that were all there was to our calling, there would be little of intellectual interest about it. The man who had the best card index of the cases would also be the wisest judge. It is when the colors do not match, when the references in the index fail, when there is no decisive precedent, that the serious business of the judge begins.” (Benjamin N. Cardozo, *The Nature of the Judicial Process*, 1921, pp. 20-21.)

This is a case for which there is no matching sample — whether in international conventions, international custom, general principles of law, judicial decisions or teachings of publicists. It presents a challenge to the Court.

This is also a case in which the processes of logical reasoning can well lead to one conclusion or the other. The processes of reasoning set out in this dissenting opinion lead to the conclusion that the Court’s 1974 Judgment left open the possibility that, in the event of similar damage occurring by a means other than atmospheric testing, New Zealand should be able to bring this before the Court. The Judgment of the Court upon this Application proceeds, also by a logical chain of reasoning, to arrive at the opposite conclusion, namely, that atmospheric testing and atmospheric testing alone was the subject of the Judgment. The late Professor Julius Stone, who, in addition to his considerable standing in the world of international law, was also one of the deepest researchers into judicial reasoning in our time, referred to such situations as “leeways of judicial

pas le droit d'intervenir, ils seraient repartis, satisfaits d'avoir été entendus sur leur droit d'intervention et convaincus que les règles de procédure relatives à l'intervention ne permettaient pas à la Cour d'admettre leur requête. En l'occurrence, ils ont quitté la Cour sans même avoir pu être entendus.

CONCLUSIONS

Le caractère tout à fait inhabituel de cette affaire appelle quelques réflexions sur la nature du processus judiciaire. Ces observations valent autant pour les juridictions de l'ordre interne que pour celles de l'ordre international, puisque le juge est dans un cas comme dans l'autre au service de la justice.

Je souhaiterais tout d'abord citer les propos du juge Cardozo, l'un des plus éminents penseurs sur le sujet du processus judiciaire. La remarque exprimée par M. Cardozo s'applique également au juge international à condition que l'on remplace dans le passage ci-après l'expression «d'affaires» par «de conventions internationales, coutume internationale, principes généraux du droit, décisions judiciaires et doctrine des publicistes».

M. Cardozo fait observer que le juge n'a pas pour simple mission de trouver dans le nuancier ouvert sur son bureau la couleur correspondant à l'affaire dont il est saisi :

«Si c'est tout ce que l'on exigeait de nous, cela ne présenterait que très peu d'intérêt intellectuel. Celui qui aurait à sa disposition le meilleur fichier d'affaires serait également le meilleur juge. C'est quand les couleurs ne s'accordent pas, quand le fichier n'offre pas de référence, quand il n'y a pas de précédent décisif, que le travail du juge commence sérieusement.» (Benjamin N. Cardozo, *The Nature of the Judicial Process*, 1921, p. 20-21.)

Or la présente instance ne s'accorde avec aucune nuance de la palette, qu'on la cherche dans les conventions internationales, la coutume internationale, les principes généraux du droit, les décisions judiciaires ou la doctrine des publicistes. Elle représente un défi pour la Cour.

C'est également une affaire dans laquelle le raisonnement logique permet aussi bien d'arriver à une conclusion qu'à son contraire. Le raisonnement que j'ai exposé dans la présente opinion dissidente amène à conclure que l'arrêt de la Cour de 1974 permettait à la Nouvelle-Zélande de saisir la Cour dans l'éventualité où des dommages analogues seraient causés par un moyen autre que des essais atmosphériques. Dans sa décision relative à la présente demande d'examen, la Cour, par un raisonnement lui aussi logique, parvient à la conclusion opposée, à savoir que les essais atmosphériques et eux seuls formaient l'objet de l'arrêt de 1974. Feu M. Julius Stone, qui a occupé une position éminente dans le monde du droit international et qui, en outre, a été l'un des chercheurs les plus pénétrants qui se soient penchés sur le raisonnement judiciaire contem-

choice" (*Legal System and Lawyers' Reasonings*, 1964; see, especially, Chapter 8 on "Reasons and Reasoning in Judicial and Juristic Argument").

We here enter an area well traversed in legal philosophy for nearly a century. In 1897 the great Justice Holmes gave classic expression to this problem. He observed that the fallacy of:

"the logical method and form flatter that longing for certainty and for repose which is in every human mind. But certainty generally is illusion and repose is not the destiny of man. Behind the logical form lies a judgment as to the relative worth and importance of competing legislative grounds, often an inarticulate and unconscious judgment, it is true, and yet the very root and nerve of the whole proceeding. You can give any conclusion a logical form." ("The Path of the Law", *Harvard Law Review*, 1897, Vol. X, p. 466.)

Since then a deluge of writing has illuminated this subject. In this Court — perhaps even more so than in any domestic jurisdiction — these reflections regarding the judicial process are more than ever relevant, for the discipline of international law has deeper philosophical roots than most other legal disciplines. Names such as Llewellyn, Cardozo, Perelman, Julius Stone, not to mention numerous others, illuminate the pathway towards an understanding that the forms of logical reasoning do not inevitably lead to a one and only conclusion.

Black-letter law and legal logic do not assist us when we reach a fork in the road. The realist and sociological schools of jurisprudence shed much light on this problem, which is as pertinent to the judicial function before this Court as it is in the domestic courts.

The relevance of this approach to seminal cases like the *Nuclear Tests* cases has not passed unnoticed. Amidst the vast scholarly literature generated by the decisions of 1973 and 1974¹ are discussions examining the decisions in the light of the philosophical approaches of the Legal

¹ See, for example, John Dugard, "The Nuclear Tests Cases and the South West Africa Cases: Some Realism about the International Judicial Decision", *Virginia Journal of International Law*, 1975-1976, Vol. 15, pp. 463-504; Jerome B. Elkind, "Footnote to the Nuclear Test Cases: Abuse of Right — A Blind Alley for Environmentalists", *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 1976, Vol. 9, pp. 57-97; Thomas M. Franck, "Word Made Law: The Decision of the ICJ in the Nuclear Test Cases", *American Journal of International Law*, 1975, Vol. 69, pp. 612-620; Dinesh Khosla, "Nuclear Test Cases: Judicial Valour v. Judicial Discretion", *Indian Journal of International Law*, 1978, Vol. 18, pp. 322-344; Pierre Lellouche, "The Nuclear Tests Cases: Judicial Silence v. Atomic Blasts", *Harvard International Law Journal*, 1975, Vol. 16, pp. 614-637.

porain, a parlé, à propos de telles situations, de «marges de choix judiciaire» (*Legal System and Lawyers' Reasonings*, 1964; voir en particulier le chapitre 8 intitulé: «Reasons and Reasoning in Judicial and Juristic Argument»).

Nous entrons ici dans un domaine que la philosophie du droit a largement exploré depuis près d'un siècle. En 1897, l'éminent juge M. Holmes a formulé le problème en des termes devenus classiques. Il a relevé que l'illusion de

«la méthode logique et du respect des formes flatte ce désir de certitude et de tranquillité que nourrit chaque esprit humain. Mais la certitude est en général illusion et la tranquillité n'est pas inscrite dans le destin de l'homme. Derrière la forme logique se cache un jugement quant à la valeur et à l'importance relatives de moyens juridiques rivaux; certes, ce jugement est souvent implicite et inconscient, mais il est néanmoins à la racine même du processus, dont il est le fil conducteur. Toute conclusion est susceptible de recevoir une forme logique.» («The Path of the Law», *Harvard Law Review*, 1897, vol. X, p. 466.)

Depuis lors, de très nombreux ouvrages ont éclairé la question. Peut-être ces réflexions relatives au processus judiciaire ont-elles pour la Cour, plus encore que pour toute juridiction de l'ordre interne, une pertinence particulièrement actuelle, puisque le droit international s'enracine plus profondément dans la philosophie que la plupart des autres disciplines juridiques. Des auteurs tels que Llewellyn, Cardozo, Perelman, Julius Stone, pour n'en citer que quelques-uns, nous ont permis de mieux comprendre que les formes du raisonnement logique ne mènent pas nécessairement à une conclusion unique.

Le juridisme et la logique juridique ne nous sont d'aucun secours devant une bifurcation. Les courants de pensée réaliste et sociologique éclairent considérablement ce problème, qui concerne aussi bien la Cour que les juridictions de l'ordre interne dans l'exercice de leur fonction judiciaire.

La pertinence de cette approche pour des affaires marquantes comme celle des *Essais nucléaires* n'est pas passée inaperçue. Dans plusieurs des nombreux articles de doctrine qu'ont suscités les décisions de 1973 et de 1974¹, ces dernières sont examinées sous l'angle des courants de pensée

¹ Voir, par exemple, John Dugard, «The Nuclear Tests Cases and the South West Africa Cases: Some Realism about the International Judicial Decision», *Virginia Journal of International Law*, 1975-1976, vol. 15, p. 463-504; Jerome B. Elkind, «Footnote to the Nuclear Test Cases: Abuse of Right — A Blind Alley for Environmentalists», *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 1976, vol. 9, p. 57-97; Thomas M. Franck, «Word Made Law: The Decision of the ICJ in the Nuclear Test Cases», *American Journal of International Law*, 1975, vol. 69, p. 612-620; Dinesh Khosla, «Nuclear Test Cases: Judicial Valour v. Judicial Discretion», *Indian Journal of International Law*, 1978, vol. 18, p. 322-344; Pierre Lellouche, «The Nuclear Tests Cases: Judicial Silence v. Atomic Blasts», *Harvard International Law Journal*, 1975, vol. 16, p. 614-637.

Realist and Sociological Schools of Jurisprudence¹, for they have a vital bearing upon the international judicial process. The limits of logic and black-letter legal analysis will no doubt be similarly examined in the light of the Court's determination of this case.

The issues brought before the Court are momentous. They can, according to New Zealand, affect the integrity of marine life in the Pacific for many multiples of 24,000 years, the half-life of one of the by-products of nuclear explosions, should they reach to the sea. A prima facie case has been made out of the possibility of release into the ocean of the pent-up radioactive debris of around 127 nuclear explosions on Mururoa alone. That pent-up debris is currently confined in a medium whose stability gives rise to serious doubts. This is a major matter to be examined and it raises the fears of radioactive contamination that were entertained in 1973. Prima facie a case has been made out for a fuller examination of these matters.

The Court has refused to take this step on the basis that paragraph 63 of the 1974 Judgment relates only to atmospheric tests, although the claim was brought before the Court in general terms relating to nuclear explosions in the Pacific. This is a strict construction which is clearly not the only reasonable construction justifiable in logic. On the basis of this strict and inflexible construction, matters of critical importance to the global environment are passed by without the benefit of a preliminary examination. A less rigid construction, which is also possible, has been rejected. The latter course which, in my view, was not unavailable to the Court, should have been chosen in view of the momentous issues involved.

The views of two eminent judges on this Court may be of assistance in this regard. It was the view of Judge Lauterpacht, a view cited with evident approval by Judge Fitzmaurice, that:

“a tribunal such as the International Court has a duty, both to the parties and in the general interests of the law, that may go considerably beyond a bare decision, and may go beyond the issues the consideration of which will technically suffice to motivate the decision” (Sir Gerald Fitzmaurice, *The Law and Procedure of the International Court of Justice*, 1986, Vol. II, p. 653).

Judge Fitzmaurice's own view, expressed in terms of comparing a minor tribunal with one standing at the apex of judicial organization, was as follows:

¹ See Edward McWhinney, *The World Court and the Contemporary International Law-Making Process*, 1979, p. 34; see, also, Edward McWhinney, “International Law-Making and the Judicial Process: The World Court and the French Nuclear Tests Case”, *Syracuse Journal of International Law and Commerce*, 1975, Vol. 3, No. 1, p. 9.

philosophiques correspondant aux écoles réaliste et sociologique du droit¹, compte tenu de leur importance capitale pour le processus judiciaire international. Les limites de la logique et de l'analyse juridique formaliste seront sans aucun doute examinées de façon analogue à la suite de la décision que vient de rendre la Cour en l'espèce.

Les questions portées devant la Cour revêtent une importance capitale. Selon la Nouvelle-Zélande, il en va de l'intégrité de la vie marine dans le Pacifique pendant une durée plusieurs fois égale à vingt-quatre mille ans, soit la période radioactive de l'un des produits dérivés des explosions nucléaires, s'il parvenait jusqu'à la mer. Il a été établi *prima facie* qu'il était possible que les déchets radioactifs accumulés par suite des cent vingt-sept explosions nucléaires effectuées uniquement à Mururoa soient libérés dans l'océan. En effet, les déchets accumulés sont actuellement confinés dans un milieu dont la stabilité est gravement mise en doute. C'est une question importante qui mérite examen et qui éveille les mêmes craintes de contamination radioactive que celles qui avaient été examinées en 1973. Il a été établi *prima facie* que ces questions méritaient un examen plus approfondi.

La Cour a refusé de procéder à un tel examen au motif que le paragraphe 63 de l'arrêt de 1974 ne se rapportait qu'aux essais atmosphériques, bien que, dans la requête présentée à la Cour, la Nouvelle-Zélande ait visé de manière générale les explosions nucléaires dans le Pacifique. C'est là une interprétation restrictive qui, de toute évidence, n'était pas la seule interprétation raisonnable justifiable au regard de la logique. Cette interprétation restrictive et rigoureuse conduit à négliger des questions d'une importance capitale pour l'environnement mondial, sans même les soumettre à un examen préliminaire. Une interprétation plus souple, également possible, n'a pas été retenue. Ce dernier type d'interprétation — que la Cour aurait pu à mon avis adopter — aurait dû prévaloir, eu égard à l'importance des questions en cause.

Il peut être intéressant à cet égard de rappeler les vues que deux juges éminents ont exprimées sur la Cour. Il s'agit d'abord du point de vue de M. Lauterpacht, cité, visiblement avec faveur, par M. Fitzmaurice :

« tant à l'égard des parties que dans l'intérêt général du droit, la fonction d'une juridiction telle que la Cour internationale de Justice peut aller bien plus loin d'une simple décision et au-delà des questions dont l'examen suffit d'un point de vue technique à motiver la décision » (sir Gerald Fitzmaurice, *The Law and Procedure of the International Court of Justice*, 1986, vol. II, p. 653).

Comparant une juridiction inférieure avec une juridiction située au sommet de l'organisation judiciaire, M. Fitzmaurice a quant à lui affirmé :

¹ Voir Edward McWhinney, *The World Court and the Contemporary International Law-Making Process*, 1979, p. 34; voir également Edward McWhinney, « International Law-Making and the Judicial Process: The World Court and the French Nuclear Tests Case », *Syracuse Journal of International Law and Commerce*, 1975, vol. 3, n° 1, p. 9.

“The sort of bare order or finding that may suit many of the purposes of the magistrate or county court judge will by no means do for the Court of Appeal, the House of Lords or the Judicial Committee of the Privy Council, and their equivalents in other countries. International tribunals at any rate have usually regarded it as an important part of their function, not only to decide, but, in deciding, to expound generally the law having a bearing on the matters decided.” (*Op. cit.*, p. 648.)

New Zealand has placed a strong *prima facie* case before the Court. The Court is still far from the stage of reaching an affirmative finding of fact. All it needs to know at this stage is whether a *prima facie* case exists for giving the Court the ability to enquire into the grave matter brought before it.

If two views are possible on this matter, the Court should in my view lean towards that which does not shut out enquiry, but leaves the matter open for definitive determination after both Parties have marshalled their arguments and the Court is in a better position to decide. When, at this initial stage, the Court determines that even a *prima facie* case has not been made out, enabling it to view the matter in greater depth, it is in effect giving a definitive determination prematurely on a matter of the utmost importance, not merely to the Applicant who comes before it but to the entire international community.

I regret that the Court has not availed itself of the opportunity to enquire more fully into this matter and of making a contribution to some of the seminal principles of the evolving corpus of international environmental law¹. The Court has too long been silent on these issues and, in the words of ancient wisdom, one may well ask “If not now, when?”

(Signed) Christopher Gregory WEERAMANTRY.

¹ Apart from *Certain Phosphate Lands in Nauru (Nauru v. Australia)* (*I.C.J. Reports 1992*), *Corfu Channel* (*I.C.J. Reports 1949*) and the *Nuclear Tests* cases, there is no assistance the Court has given in this most vital area of contemporary international law. The first was only peripherally related to environmental law as it was settled after the Court's judgment on preliminary objections. The *Corfu Channel* case laid down the environmentally important principle that, if a nation knows that harmful effects may occur to other nations from facts within its knowledge and fails to disclose them, it will be liable to the nation that suffers damage. In the *Nuclear Tests* cases of 1973, the Court did not decide the principal environmental issue brought before it.

« Une simple décision ou constatation qui répond en grande partie aux fins de la fonction de juge d'une cour de magistrat ou d'une cour de comté ne suffira pas, s'agissant de la cour d'appel, de la Chambre des lords, ou du comité judiciaire du Conseil privé, ou de leurs équivalents dans d'autres pays. En tout état de cause, les juridictions internationales considèrent généralement qu'il entre pour une grande part dans leur mission non seulement de statuer mais, ce faisant, d'exposer en termes généraux le droit applicable aux questions tranchées. » (*Op. cit.*, p. 648.)

La Nouvelle-Zélande a solidement établi sa thèse *prima facie* devant la Cour. Celle-ci n'en était pas, il s'en faut, au stade d'une conclusion positive sur les faits. Au stade où l'affaire en était, la Cour devait uniquement déterminer si, *prima facie*, elle était fondée à examiner la question importante portée devant elle.

Si deux points de vue étaient admissibles en la matière, la Cour aurait dû à mon avis retenir celui qui n'excluait pas tout examen mais laissait la question ouverte, pour pouvoir rendre une décision définitive lorsque les deux Parties auraient présenté l'ensemble de leurs arguments, et qu'elle aurait été mieux à même de décider. Lorsque à ce stade initial la Cour décide qu'une thèse n'a pas été établie, même *prima facie* — thèse qui, si elle avait été établie, lui aurait permis d'examiner l'affaire de façon plus approfondie —, elle rend en fait prématurément une décision définitive sur une question de la plus haute importance, non seulement pour le demandeur qui s'est présenté devant elle, mais aussi pour la communauté internationale tout entière.

Je regrette que la Cour n'ait pas saisi l'occasion d'examiner de façon plus approfondie cette question et d'apporter sa contribution à certains des principes les plus féconds de l'ensemble en voie d'évolution du droit international de l'environnement¹. La Cour est restée trop longtemps silencieuse sur ces problèmes, et l'on peut se demander en reprenant une question empreinte de sagesse traditionnelle: « Si ce n'est maintenant, quand se prononcera-t-elle? »

(*Signé*) Christopher Gregory WEERAMANTRY.

¹ Hormis les affaires de *Certaines terres à phosphates à Nauru (Nauru c. Australie) (C.I.J. Recueil 1992)*, du *Détroit de Corfou (C.I.J. Recueil 1949)* et des *Essais nucléaires*, la Cour n'a apporté aucune contribution à ce domaine capital du droit international contemporain. La première affaire n'était relative au droit de l'environnement que de façon accessoire puisqu'elle a été réglée après l'arrêt de la Cour sur les exceptions préliminaires. L'affaire du *Détroit de Corfou* a posé le principe important du droit de l'environnement selon lequel, si une nation sait que des effets dommageables peuvent être causés à d'autres nations par des faits dont elle a connaissance mais qu'elle ne révèle pas, elle sera responsable envers la nation victime du dommage. Dans les affaires des *Essais nucléaires* de 1973, la Cour n'a pas tranché la principale question relative au droit de l'environnement dont elle avait été saisie.