

DISSENTING OPINION OF JUDGE SIR GEOFFREY PALMER

TABLE OF CONTENTS

	<i>Pages</i>
INTRODUCTION	382
THE NATURE OF THE PROCEEDINGS	382
SOME BACKGROUND ISSUES	385
A history of consistent opposition	385
Intervenors	388
THE CENTRAL LEGAL ISSUES	389
Paragraph 63	389
The New Zealand argument	390
The argument of France	392
Weighing the arguments	393
Resolution of the issue	397
In accordance with the provisions of the Statute	398
THE FACTUAL ENVIRONMENTAL ARGUMENT	400
The prima facie standard	400
New Zealand's argument on the facts	401
The calculus of environmental risk	403
THE LEGAL ENVIRONMENTAL ISSUES	405
The development of international environmental law	406
International law on radioactive hazards	409
Environmental Impact Assessment	411
Precautionary principle	412
Conclusion	412
THE NATURE OF THE JUDICIAL CHOICE	413
The Order of the Court	413
Wider issues	416
CONCLUDING OBSERVATIONS	419

OPINION DISSIDENTE DE SIR GEOFFREY PALMER

[Traduction]

TABLE DES MATIÈRES

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

INTRODUCTION

1. The application before the Court appears to be unique. No precedent has been referred to that resembles it in fact or law. It is not easy to grapple with a case which is both so novel in legal terms and of such moment in substantive terms. In the end the result depends upon the approach to be adopted to the legal interpretation of the Judgment rendered by the Court in the same case in 1974. Absent the usual legal navigation lights which guide this Court in its judicial work, we are thrown back to the basic elements of legal reasoning that should be applied to the task. I differ from the approach to legal analysis adopted by the majority of the Court, so I respectfully dissent from the Judgment of the Court.

THE NATURE OF THE PROCEEDINGS

2. On 21 August 1995 the Government of New Zealand filed in the Registry of this Court two documents:

- (a) Request for an Examination of the Situation in accordance with paragraph 63 of the Court's 1974 Judgment in the *Nuclear Tests (New Zealand v. France)* case;
- (b) Further Request for the Indication of Provisional Measures.

3. The full text of paragraph 63 of the 1974 Judgment is 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.” (*I.C.J. Reports 1974*, p. 477.)

4. On 9 May 1973 the New Zealand Government instituted proceedings against France with the purpose of obtaining a determination that the conduct by the French Government of nuclear tests in the South Pacific region that gave rise to radioactive fallout constituted a violation of New Zealand's rights under international law and that those rights would be violated by any further such tests (*I.C.J. Pleadings, Nuclear Tests*, Vol. II, p. 3).

INTRODUCTION

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

LA NATURE DE L'INSTANCE

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

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

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

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

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

5. In 1973 the Court's jurisdiction was invoked under two heads:
- (a) Articles 36 (1) and 37 of the Statute of the International Court of Justice and Article 17 of the General Act for the Pacific Settlement of International Disputes to which New Zealand and France both had acceded; and
 - (b) Article 36 (2) and (5) of the Statute of the Court.

France ceased atmospheric testing in the South Pacific while this case was before the Court in 1974 in circumstances that will be analysed later in this opinion.

6. In 1995 this Court scheduled a public sitting in order to enable New Zealand and France to inform it of their views on an issue framed by the Court:

“Do the Requests submitted to the Court by the Government of New Zealand on 21 August 1995 fall within the provisions of paragraph 63 of the Judgment of the Court of 20 December 1974 in the case concerning *Nuclear Tests (New Zealand v. France)*?”

It is a procedural issue far removed from the merits of the case. Is there a sufficient link between the case as it was pleaded and decided in 1974 and the effects of the French nuclear tests that are continuing underground in the South Pacific to allow further consideration to be given to the New Zealand Request? It was described in the oral argument by France as a prior question to a later preliminary one. New Zealand said it was to determine whether New Zealand could in the circumstances exercise the right reserved to it in 1974 to return and pursue its 1973 case. Cases in this Court, because of the peculiar nature of its jurisdiction, may go through three phases with distinct proceedings in each — preliminary objections to jurisdiction, preliminary objections to admissibility and the merits of the case. But this 1995 proceeding was not any of those. It was of a procedural species not seen before and its novelty may have given rise to misunderstandings. It led among other things to the Court side-stepping New Zealand's Further Request for the Indication of Provisional Measures and dealing with the Request itself in a somewhat summary manner. Both the procedural posture of the case and the substantive issues are novel; but novelty is no reason to dismiss the case or not consider it fully.

7. It should be noted that France filed no pleadings in the case in 1974, was not represented at the oral proceedings and at all times maintained the attitude as expressed in a letter of 16 May 1973 from the Ambassador of France to the Netherlands which was placed before the Court. That letter expressed France's view that the Court was manifestly not competent in the case; that it could not accept the Court's jurisdiction and that

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

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

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

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

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

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

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

accordingly the French Government did not intend to appoint an agent and requested the Court to remove the case from the list (*I.C.J. Reports 1974*, p. 458).

8. A slightly different approach to the present application has been taken by the Government of France in 1995. The same position taken in 1973 was expressed by France in the letter dated 28 August 1995 to the Registrar at the Court by the Ambassador of the French Republic to the Netherlands in which it is argued that “no basis exists which might found, even if only *prima facie*, the jurisdiction of the Court to entertain the New Zealand Requests”. In 1995, however, the French Government was represented by its Director of Legal Affairs at the Ministry of Foreign Affairs at the meeting scheduled by the President of the Court on 30 August 1995. As a result of that meeting France filed with the Court an *aide-mémoire* containing 14 pages of closely reasoned legal argument as to why New Zealand’s application could not be entertained by the Court. In 1995 France was represented by counsel before the Court. It fully participated in oral hearings on 11 and 12 September 1995.

9. In dealing with the present application it is necessary to ascertain exactly what was decided and what was not decided by the Court in 1974. The President of France issued a communiqué on 8 June 1974 and other official statements were made to the effect that atmospheric tests would cease, giving way to underground testing. The Court in its 1974 decision decided that the case before the Court had been rendered moot since New Zealand had secured what it sought. The Court went on to state that the statements by France that atmospheric tests would cease were statements upon which other nations were bound to rely. The Court held the statements “constitute an undertaking possessing legal effect” (*I.C.J. Reports 1974*, p. 474, para. 53). Thus the Court reasoned that the “dispute having disappeared, the claim advanced by New Zealand no longer has any object” (*I.C.J. Reports 1974*, p. 476, para. 59).

10. In its Request of 14 May 1973 New Zealand did not restrict itself to concern with atmospheric nuclear testing. In its submission the rights to be protected by the Court were:

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

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

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

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

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

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

- (iii) 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.” (*I.C.J. Pleadings, Nuclear Tests*, Vol. II, Request for the Indication of Interim Measures of Protection, p. 49, compare with Application, *ibid.*, p. 8.)

11. The elements of the request relevant to the present application are:

- the maritime environment,
- the terrestrial environment,
- unjustified artificial radioactive contamination,
- the effects on the environment of the region,
- freedom to explore and exploit the resources of the sea-bed without detriment from nuclear testing,
- the dangers to territorial waters.

12. It is against that background that paragraph 63 of the Court’s Judgment falls to be considered. In the written proceedings and oral hearings before this Court the paragraph has been subjected to a remarkable range of interpretations and it is a passage with some delphic qualities. It hangs in a tantalizing fashion over the whole case.

13. The paragraph appears alone in the Judgment plainly separated from the passages which both precede it and follow it. What was its purpose? What is its proper interpretation? These are the questions upon which the result of the case depends. But before discussing those issues some context needs to be set out to allow a more ample appreciation of them.

SOME BACKGROUND ISSUES

A History of Consistent Opposition

14. This case concerning French nuclear testing in the South Pacific has a long history. It began in this Court in 1973. Diplomatic correspondence between New Zealand and France revealed serious concern about

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

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

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

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

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

RAPPEL HISTORIQUE

Une opposition constante depuis des années

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

the subject for a decade earlier (*I.C.J. Reports 1974*, p. 464, para. 26). Before that France had tested nuclear devices in Algeria. Two factors which favoured a change of venue for testing were the fact that Algeria secured its independence from France in 1963 and there was concern that the Saharan winds carried radioactive debris into Europe. (See generally "Note, French Testing and International Law", 24 *Rutgers Law Review* 144 (1969).) While the Pacific may have been more expansive in spatial terms, the reception to the tests there, first atmospheric and later underground, reinforced the old adage of environmental law: not-in-my-backyard.

15. But it would be wrong to attribute New Zealand's opposition to nuclear testing to the French movement of testing to the Pacific. France conducted 19 tests in Algeria between February 1960 and February 1966. At the time the official order to proceed with testing was given in 1958 there was a General Assembly resolution expressly condemning French testing, not only for the threat that it posed to the then moratorium but also for "causing anxiety among all peoples, and more particularly those of Africa". New Zealand voted for that resolution in the General Assembly (resolution 1379 (XIV), 20 November 1959).

16. This history of New Zealand opposition to nuclear testing is meticulously examined in a scholarly article by J. Stephen Kós ("Interim Relief in the International Court of Justice: New Zealand and the Nuclear Test Cases", 14 *Victoria University of Wellington Law Review* 357 (1984)). He finds that New Zealand, unlike Australia, had "had a consistent and outspoken record to all atmospheric testing since 1958" (p. 370). One of the counsel in the 1973 New Zealand case, who was again counsel before the Court on this occasion, Sir Kenneth Keith, Q.C., wrote in a learned article,

"The diplomatic record, assembled in the documentation submitted to the Court, shows a consistent and developing New Zealand position dating from 1958 when it supported a resolution about testing in the Sahara." (K. J. Keith, "The Nuclear Tests Cases after Ten Years", 14 *Victoria University of Wellington Law Review* 350 (1984).)

17. In truth, the New Zealand opposition to nuclear tests has three strands — concern for disarmament and an opposition to the spread of nuclear weapons and their testing; the effects of nuclear testing on the environment; and a regional concern. There is in fact a strong element of consistency about New Zealand's attitude to nuclear testing in all catego-

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

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

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

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

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

ries and in this history is to be found the explanation for why New Zealand's pleadings in the 1974 case are substantially wider than Australia's in the companion case. The New Zealand pleadings as set out earlier in this opinion manifestly do not restrict themselves to issues of atmospheric nuclear testing. The environmental issues are prominent.

18. It is also significant that the New Zealand official reaction to France's assurances, made while the case was before the Court, that atmospheric testing would cease and give way to underground testing was not accepted by New Zealand. France had issued a communiqué on 8 June 1974 indicating it would cease atmospheric tests. New Zealand in a diplomatic note that was also before the 1974 Court said it had "fundamental opposition to all nuclear testing" (*I.C.J. Reports 1974*, p. 470, para. 37).

19. Then there was the official New Zealand Government response to the Judgment of the Court. The official statement of the New Zealand Prime Minister, the Rt. Hon. W. E. Rowling, was made on 21 December 1974 and put before this Court on 11 September 1995. It concluded as follows:

"Mr. Rowling concluded by recalling that New Zealand's concern about nuclear testing had never been confined to the particular case of the tests conducted by France — or indeed, to the question of testing in the atmosphere. It would continue to be the New Zealand Government's aim to bring about the ending of all forms of nuclear weapons testing, by any country."

20. Indeed it is a matter of public record that New Zealand had a serious diplomatic dispute with the United States of America over the ability of ships from that country to bring nuclear weapons into New Zealand harbours, a dispute which resulted in a rupturing of the Anzus Alliance established between the United States, Australia and New Zealand pursuant to the 1951 Anzus Treaty (131 United Nations, *Treaty Series (UNTS)* 83). The dispute caused the United States to suspend its treaty obligation towards New Zealand because New Zealand would not admit to its ports nuclear armed or powered ships. New Zealand passed a statute that remains the law enshrining that policy: New Zealand Nuclear Free Zone, Disarmament and Arms Control Act 1987.

21. From 1983 onwards there was a consistent pattern of official public statements expressed by New Zealand to France's underground nuclear testing in the Pacific. The 1995 New Zealand Request shows that New Zealand publicly objected on no fewer than 50 occasions.

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

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

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

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

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

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

22. Further, New Zealand continuously sought information, or evidence, from France in bilateral, regional and multilateral contexts. Those requests include the following:

3 December 1979: request by New Zealand Minister of Foreign Affairs during meeting in Paris with French Foreign Minister;

22 April 1980: request to France to allow visit to Mururoa test site by New Zealand scientists;

9 December 1981: further request for information;

24 March 1982: New Zealand request for independent verification of French safety measures;

23 August 1982: New Zealand repeated request for access to site by New Zealand scientists (Atkinson visit allowed October-November 1983);

25 November 1986: Noumea Convention signed following negotiations over some years involving New Zealand and France and other South Pacific States.

There were no tests between July 1991 and September 1995. (Reply to question by Judge Schwebel.)

23. In responding to the 1995 Request before it the Court needed to examine here the context of this particular dispute closely. In 1973 the burden of the complaint by New Zealand was that it was entitled to be free from the hazards of increased nuclear radiation due to French nuclear testing in the South Pacific. As indicated elsewhere in this opinion the Court found it unnecessary in 1974 to address the central issue attributing "legal effect" to France's public undertaking to halt atmospheric testing. Unhappily, this disposition of the case manifestly did not have the effect of solving the dispute between the Parties. The state of international law on the central issues was not decided. The reality is that in one form or another French nuclear testing in the South Pacific has been at the root of a series of international law issues which have arisen between the two nations since 1974 (United Nations Secretary-General: Ruling on the *Rainbow Warrior* affair between France and New Zealand, reprinted in 26 *International Legal Materials (ILM)* 1346 (1987), 74 *International Law Reports (ILR)* 241; *Rainbow Warrior (New Zealand v. France)*, International Arbitration Award, 30 April 1990 (Eduardo Jiménez de Aréchaga, Professor Bredin and Sir Kenneth Keith), 82 *ILR* 499.)

Intervenors

24. That there is widespread concern about the environmental issues raised by the French tests is obvious enough, not only from the high

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

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

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

9 décembre 1981 : nouvelle demande d'informations ;

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

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

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

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

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

Les intervenants

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

media profile the issues enjoyed at the very time of the oral hearings but also from the fact that a number of countries sought to intervene in these proceedings under Article 62 of the Statute and have filed the necessary documents to do so. Those countries are:

Australia,
Samoa,
Solomon Islands,
Marshall Islands,
Federated States of Micronesia.

The Court has taken no action on the Applications made by these countries; an omission considered by this Judge to be unfortunate. It is a big step for the smaller of these democratic countries to attempt to come before this Court combining as they do the interests of Polynesian, Melanesian and Micronesian peoples and they are entitled to a response. They were not permitted to be heard in the oral argument and they well may have been able to add valuable assistance to the Court's consideration. The issue before the Court was one that deserved to be considered in its regional context as well as its factual and legal context. As Paul East, Q.C., the Attorney-General of New Zealand told the Court the 15 countries of the South Pacific Forum regard French nuclear testing "of grave concern to the countries and peoples of the region" (CR 95/19, p. 20, para. 13). This regional concern is exemplified by the provisions of the South Pacific Nuclear Free Zone Treaty concluded at Rarotonga 6 August 1985, entered into force 11 December 1986 (24 *ILM* 1442 (1985)).

THE CENTRAL LEGAL ISSUES

Paragraph 63

25. The central legal issue in the case is how to interpret paragraph 63 of the Court's 1974 Judgment, which for ease of reference is repeated again:

"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

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

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

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

LES PRINCIPAUX PROBLÈMES D'ORDRE JURIDIQUE

Le paragraphe 63

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

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

jurisdiction in the present case, cannot constitute by itself an obstacle to the presentation of such a request.” (*I.C.J. Reports 1974*, p. 477.)

The New Zealand Argument

26. The New Zealand interpretation of the paragraph is based on its 1973 Application which was not limited to atmospheric testing and was at its base a dispute about nuclear contamination. The prime concern was contamination, its source was incidental or secondary (1995 New Zealand Request, para. 64). New Zealand says its interpretation draws strength from its prayer that the Court adjudge and declare the conduct of nuclear tests in the South Pacific constituted a violation of New Zealand rights under international law. New Zealand further draws comfort from the fact that the operative part of the Court’s Order of 22 June 1973 talks of the need to avoid “nuclear tests” and is not restricted to atmospheric tests (1995 New Zealand Request, para. 65). New Zealand further points to the scope of the 1973 Application in its concern with the living resources of the sea.

27. New Zealand then puts its argument in this way:

“It is true that the French declarations had said that, in giving up atmospheric testing, France would be in a position to pass to the stage of underground testing. Thus even though the prospect of underground testing was in the mind of the Court, it did not specifically rule that underground testing would end the dispute absolutely. The crucial point to recall is that no one had any idea at that time that the underground testing subsequently to be carried out at Mururoa or at Fangataufa could, or would in due course, lead to some of the results that it was thought the termination of atmospheric testing would avoid, namely, pollution of the marine environment by radioactive material. If it had been so contemplated, the Court could hardly have taken the view that the French renunciation of atmospheric testing could by itself have brought the ‘dispute’ to an end — for evidently it would not have.” (*Ibid.*, para. 67.)

28. Thus, New Zealand argues that the scope of the Court’s 1974 Judgment must be measured not by reference to atmospheric testing as such, but rather by reference to the stated objective of the Application, which was to secure a prohibition of testing likely to produce contamination in the Pacific marine environment by any artificial radioactive material. It was triggered by the announcement of 13 June 1995 by the President of the French Republic announcing a series of tests after France had previously ceased testing in July 1991. On the basis of scien-

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

La thèse de la Nouvelle-Zélande

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

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

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

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

tific evidence, the case New Zealand now presents is that underground nuclear testing at Mururoa and Fangataufa has already led to some contamination of the marine environment and there appears a real risk of its leading to further potentially significant contamination. Thus, concludes the argument on this point by New Zealand, the matching made by the Court in 1974 between atmospheric testing and the width of the dispute between New Zealand and France is based on a presumption that is no longer valid. By the time of the oral hearing there had occurred a total of 135 underground nuclear explosions in the South Pacific making up the relevant background against which the provisions in paragraph 63 of the Judgment must be examined. So, New Zealand now seeks a resumption of the 1973 proceedings before this Court because the basis of the 1974 Judgment has been affected by new developments and by the cumulation of concentrations of hazardous radioactive materials which will be a danger if they escape.

29. On the critical element upon which the view of the majority turns the New Zealand Solicitor-General, J. J. McGrath, Q.C., made the following oral submission:

“Had it been the Court’s intention to confine resumption of the case to a situation where France had reverted to atmospheric testing, the Court would have said so. It did not. Instead it framed the test in broad words which raised the question of whether the rationale underlying the Judgment of 1974 continued to apply. It is argued by France that only future atmospheric testing is covered by the right to go back to the Court. But that, Members of the Court, is contradicted by the very generality and wide scope of the words ‘if the basis of the Judgment is affected’. Indeed, if you look at the whole of paragraph 63, it is impossible to treat the French unilateral undertaking to cease atmospheric testing as the only event that would change the basis of the Judgment. The first sentence of the paragraph says that the Court is not prepared to contemplate a breach of its undertaking by France. How, then, can it be argued that the second sentence contemplated solely that possibility?” (CR 95/19, p. 50, para. 38.)

30. There were in the New Zealand view two assumptions forming the basis of the Judgment in 1974. The first was that France would comply with its commitment to cease atmospheric testing and confine itself to underground testing. The second assumption was that the cessation of atmospheric testing met and matched New Zealand’s allegations and concerns regarding nuclear contamination as they stood in 1974. Then New Zealand went on to develop an extensive argument as to why the second assumption was no longer valid. Thus, if the wider concerns that

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

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

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

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

it expressed in its pleading came again into issue in the future it was at liberty to reopen the case under paragraph 63. The words “basis of the Judgment” were deliberately left undefined, New Zealand contends. New Zealand went on to develop lengthy arguments as to what had changed. In short what had changed were both the facts and the law.

31. Professor Elihu Lauterpacht put the argument for New Zealand in this way. He suggested to the Court that if New Zealand had been asked in 1974 the question: What is your concern — to stop atmospheric testing or prevention of nuclear contamination, it would have provided the following answer:

“It is ridiculous to think that we would be content with the abandonment of atmospheric testing if nuclear pollution were to be allowed to continue by other means. For us it is not the means or the medium of testing that matters. It is the consequences. The fact that the testing is carried out in the atmosphere is only incidental to the consequences of the testing.” (CR 95/19, p. 64, para. 5.)

The Argument of France

32. The arguments adduced by France stoutly resist all of the New Zealand claims. One of the counsel for France, Sir Arthur Watts, described the New Zealand Request as “curious and unprecedented” (CR 95/21, p. 47). This submission was based on the notion that the case no longer existed. In fact that there was no provision for such a Request in either the Statute governing the Court or its Rules. Thus in essence the French argument was that the *Nuclear Tests (New Zealand v. France)* case no longer exists. It came to “an end in 1974, and is dead” (*ibid.*, p. 52). Since it was dead it could not rise again.

33. In the *aide-mémoire* submitted to the Court on 6 September 1995 France submits that the Request of New Zealand does not relate to any case and consequently no procedural steps can be taken. France submits the case was closed by the Judgment of this Court on 20 December 1974. France reasons that since the Court found that the claim then by New Zealand no longer had any object, as a result of the statements made by France, the Court was not called upon to give a decision. This, says France, was the decision, it is *res judicata* and the matter is at an end. The whole case was about atmospheric tests and only atmospheric tests. The structure of the Court’s Judgment demonstrates it. Furthermore, the Court and New Zealand knew that tests were going to continue underground. The statements made by France and relied upon by the Court said so. France points to passages in the Judgment saying that the New Zealand Application should be interpreted as applying only to atmospheric tests. And, France argues, none of the six dissenting Judges dis-

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

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

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

La thèse de la France

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

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

puted the fundamental conclusion that the object of the New Zealand Application related to atmospheric tests. France goes on to quote statements in the New Zealand pleadings that the “core of the legal dispute” is whether atmospheric testing involves the violation of international law. (*Aide-mémoire* submitted on behalf of France, para. 16.) Thus, in the view of France paragraph 63 is to be read against a background that the whole case was and is restricted to atmospheric tests. France concludes on the basis of this reasoning that the New Zealand 1995 Request is of a “wholly artificial and unacceptable nature” (*ibid.*, para. 19).

34. Taken as a whole the Judgment of the Court established the following three propositions in the view of France. First it expressly considered New Zealand’s application to relate solely to atmospheric tests and not other types of tests. Second, the Court found France committed by various unilateral declarations not to conduct further atmospheric tests. Third, it held that New Zealand’s claim no longer had any object.

35. The French argument went on to contend that the public announcement of France in 1974 to undertake no further atmospheric tests could not be dissociated from its similarly announced intention to carry out underground tests. Furthermore, says France, New Zealand understood the decision the same way France did. It refrained from complaining about underground tests in the South Pacific for some years and when it did denounce the underground tests New Zealand never advanced the decision of the International Court of Justice as a basis for doing so.

36. France went on to argue that a further objection to the New Zealand Request is the point that there is no provision within the Statute of the International Court of Justice within which the Request falls. Paragraph 63 of the Judgment, France emphasizes, said that any application New Zealand might make pursuant to the paragraph had to be “in accordance with the provisions of the Statute”. The present Request could not be brought within the terms of the Statute — it was neither an application for interpretation under Article 60 nor a request for a revision of judgment under Article 61. The conditions under which those articles apply were absent in this case. Thus, the Request was nothing and nothing could be done with it.

Weighing the Arguments

37. Weighing these arguments it appears to me that they demonstrate widely divergent legal approaches. The French approach is a strict, technical legal approach. It was described by more than one of the French

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

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

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

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

Le poids des thèses en présence

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

counsel as “rigorous”. I should have thought “unrealistic” may have been a better characterization of it. Such a strict construction approach avoids the need for the Court to address the substance of the issues. The approach allows the Court to avoid encountering the highly controversial issues of nuclear testing in the South Pacific by France by reading down the language of the Court in paragraph 63 of its 1974 Judgment and restricting its application to the matters that France no longer argues in favour of, namely atmospheric nuclear testing. The second approach requires the Court to grapple with the real issues that exist between France and New Zealand about the obligations under international law in respect to testing of the character that is currently continuing in the South Pacific as this case proceeds.

38. The difference between the two approaches will result in important practical consequences. The first approach produces a decision that there is no case before the Court, nothing further to be gone into and the whole matter will be at an end. If the second approach is adopted it causes the Court to embark upon a consideration of further jurisdictional matters and perhaps eventually an examination of the obligations at international law that exist in the circumstances. It must be stressed, however, that even if the second approach to the issue as framed by the Court prevails there is no necessary implication to be drawn from it that France has acted in contravention of international law. It is simply that the issue will fall to be argued and decided before this Court. To decide the present issue against France will simply allow further stages of the case to continue before this Court, in particular New Zealand’s Further Request for the Indication of Provisional Measures will then come to be dealt with.

39. In the event, a majority of the Court has decided in 1995 that while the French argument that there is nothing here fails, there is nevertheless nothing here that the Court is prepared to take up. Since I differ from the judgment of the Court, I set out my own reasoning in some detail in the following paragraphs.

40. Confining the analysis for the moment to what the 1974 Court actually said in paragraph 63, it must be accepted on any interpretation that the Court meant that there were circumstances in which New Zealand could request an examination of the situation. That is what the Court said and it must be understood to have meant it. In order to underline the jurisdictional significance of this utterance the Court pointed out that the denunciation by France of the General Act for the Pacific Settlement of International Disputes which was relied on as a basis for jurisdiction cannot constitute an obstacle to such a request. Why did it say that? Presumably because having decided there were circumstances in which New Zealand could request an examination of the situation by the Court at a later date it did not want that Request then to be met by jurisdictional arguments that the provisions by which the Court was allegedly seised of the dispute in the first place were now spent. For the Court to

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

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

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

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

go to such pains to ensure that the power for New Zealand to return to the Court should be kept open must indicate that the Court felt that right was an important safeguard.

41. The reasons for the 1974 Court developing its view are perhaps not far to seek. The Court must have known New Zealand may fail to accept the view that there was nothing left to decide after the statements made by the French Government about a cessation of atmospheric testing. Indeed, official statements concerning the New Zealand position on France's assurances were before the Court in 1974 and these were that it rejected all forms of testing, not merely atmospheric. These are clearly set out in the Judgment (*I.C.J. Reports 1974*, p. 470, para. 37). The Court could not foresee what may happen in the future. Out of caution, therefore, it left the opportunity open for an examination of the situation in the future. That was both a comfort for New Zealand and a protection for the Court in ensuring that its authority in the matter was recognized and continued.

42. The basis for paragraph 63 may indeed stem from the strong dissenting opinion of Judges Onyeama, Dillard, Jiménez de Aréchaga and Sir Humphrey Waldock. Those Judges said:

“In accordance with the above-mentioned basic principles, the true nature of New Zealand's claim, and of the objectives sought by the Applicant, ought to have been determined on the basis of the clear and natural meaning of the text of its formal submission. The interpretation of that submission made by the Court constitutes in our view not an interpretation but a complete revision of the text, which ends in eliminating what constitutes the essence of that submission, namely the request for a declaration of illegality of nuclear tests in the South Pacific Ocean giving rise to radio-active fall-out. A radical alteration of an applicant's submission under the guise of interpretation has serious consequences because it constitutes a frustration of a party's legitimate expectations that the case which it has put before the Court will be examined and decided. In this instance the serious consequences have an irrevocable character because the Applicant is now prevented from resubmitting its Application and seising the Court again by reason of France's denunciation of the instruments on which it is sought to base the Court's jurisdiction in the present dispute.” (*Ibid.*, p. 499, para. 12.)

43. The internal textual evidence to be derived from that passage matches up closely with what was said by the Court in paragraph 63. The Court in that paragraph included a reference to a denounced instrument, specifically saving the request for examination from the fate predicted by

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

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

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

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

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

the dissenters. In my opinion a possible explanation of paragraph 63 is that it was adopted by the Court, after having seen the dissent circulated in draft, in order to blunt power of the central point made by the dissenters and to ensure it did not come to pass. In that way the majority may have attempted to secure more support within the Court for the Judgment and may in fact have done so.

44. If the above reasoning is correct, it would suggest the Court had in mind in framing paragraph 63 that New Zealand was entitled to make a Request in terms of its original pleading. And as has been adverted to earlier those pleadings were framed rather widely. The majority of the Court was tacitly admitting future difficulties could arise because of the line it was taking; assurances from France may not be enough to satisfy all the applicant's objectives. The Court did not therefore decide the substantive issue before the Court but left open to itself the opportunity to do so later. New Zealand, as the dissenting Judges observed in 1974, never filed any discontinuance of its proceedings in light of French assurances. While the case was found to be moot in 1974 its status could change if the facts that rendered it moot changed.

45. What were the circumstances in which such a Request as contemplated by the 1974 Court could be made? The first sentence of paragraph 63 indicates that it is not the Court's function to contemplate that a State would not comply with a commitment once the Court has found the State has made the commitment. The Court should be taken at its word; if it is taken at its word the Court's concerns were not restricted to non-compliance by France of its undertakings. The concerns were wider than that. The next sentence is critical: "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 operative words are "if the basis of this Judgment were to be affected". A large number of things could affect the basis of the Judgment. Not the least of these were future developments which the Court could not foresee in 1974 but which it knew may produce circumstances which could require its Judgment to be examined again. If the basic factors underlying the Judgment changed because of France's future conduct then the issues could be revisited by the Court.

46. There is nothing in the language of paragraph 63 to restrict such an examination to France's compliance with its undertaking not to resume atmospheric nuclear testing. France relies upon paragraph 29 of the Judgment particularly the passage where the Court says that it considers

"for purposes of the Application, the New Zealand claim is to be interpreted as applying only to atmospheric tests, not to any other

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

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

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

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

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

form of testing, and as applying only to atmospheric tests so conducted as to give rise to radio-active fall-out on New Zealand territory" (*I.C.J. Reports 1974*, p. 466).

It is true that this was the basis upon which the Court framed its Judgment. But it was not a position agreed to by New Zealand and the plain language of New Zealand's Application was broader. Understood in that way there is nothing inconsistent between paragraphs 29 and 63. Paragraph 63 was a recognition by the Court of the realities of the situation produced by its Judgment. So, if the "basis of this Judgment were to be affected" the Applicant could request an examination of the situation.

Resolution of the Issue

47. The resolution of the first issue to be determined arising out of paragraph 63 turns upon how the 1974 Judgment is characterized — what are its essential elements.

The competing *rationes decidendi* of the case from each country's point of view might be stated as follows:

France: When New Zealand brought proceedings in the International Court of Justice in 1973 in respect of nuclear tests France was then conducting in the Pacific the Court decided

- (1) that the New Zealand Application related solely to atmospheric testing notwithstanding wider claims made in the New Zealand pleadings;
- (2) when France committed itself by unilateral declaration not to conduct any further atmospheric nuclear tests the Court held that undertaking was legally binding upon France thereby rendering the claim without object and the Court was not called to give a decision upon it;
- (3) the Court reserved leave to New Zealand to request the Court in the future to examine the situation if the basis of its Judgment were to be affected, but this right is limited to a breach by France of the undertaking in Proposition 2 because the Court decided Proposition 1.

New Zealand: When New Zealand brought proceedings in the International Court of Justice in 1973 in respect of nuclear tests France was then conducting in the Pacific the Court decided

- (1) that the New Zealand Application related solely to atmospheric testing notwithstanding wider claims made in the New Zealand pleadings;
- (2) when France committed itself by unilateral declaration not to con-

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

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

La solution de la question

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

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

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

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

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

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

duct any further atmospheric nuclear tests the Court held that undertaking was legally binding upon France thereby rendering the claim by New Zealand without object and the Court is not called upon to give a decision on it;

- (3) the Court reserved leave to New Zealand to request the Court to examine the situation if the basis of its Judgment were to be affected, and this proposition is not limited by the other two.

48. Stated in that way it is apparent that the third proposition is the pivot. It can be accepted that some version of the proposition is an essential part of the Judgment in both accounts. But is Proposition 3 a dependent or independent variable? There is nothing in the proposition developed by the Court itself to suggest that it is a factor which is limited by Proposition 1. There is nothing to indicate that Proposition 3 was to be considered a subordinate and subsidiary part of the Judgment. It seems to me that it was of equal standing with the other two elements of the Judgment. In fact potentially it was more potent than they. It had the power within it to eviscerate Proposition 1. Should subsequent events undermine that portion of the Judgment dealt with in Proposition 1 that proposition could no longer stand. Indeed Proposition 3 could be seen as an important element of the *ratio decidendi*. It is an important qualification to paragraph 65 (the *dispositif*) where the Court found by nine votes to six that "the claim of New Zealand no longer has any object and that the Court is therefore not called upon to give a decision thereon" (*I.C.J. Reports 1974*, p. 478).

49. The reason for the pertinence of Proposition 3 is that the Court did not decide the case that was put in front of it in 1973-1974. It avoided the issue, using the French announcements as the basis for doing so. In order to allow itself the freedom to decide the case should subsequent developments make that appropriate, it formulated Proposition 3. It was thereby deliberately introducing an element which made the Judgment less than final. This was an unusual Judgment of which it might be said proceedings were not definitely ended. If "the basis of the Judgment were to be affected" it could be reopened if the true subject, object and purpose of New Zealand's Application was brought into issue.

In Accordance with the Provisions of the Statute

50. I turn now to the phrase used by the Court in paragraph 63 that the Applicant could request an examination of the situation "in accordance with the provisions of the Statute". France argues strongly that there are no express provisions within the Statute within which the Request falls. It is neither an application for revision nor a request for interpretation of the 1974 Judgment in terms of the provisions of Ar-

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

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

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

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

Conformément aux dispositions du Statut

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

ticles 60 and 61 of the Court's Statute. France argued this point in paragraphs 24 to 26 of its *aide-mémoire* of 6 September 1995 and its oral submission. With respect I find those arguments well made but they do not in my opinion dispose of the issue.

51. In my opinion the jurisdictional foundation for the New Zealand Request rests upon the Judgment itself, particularly paragraph 63. The Judgment was rendered in accordance with the Statute. Indeed, France now admits the validity of the Judgment, even though it chose to make no appearance before this Court in 1973-1974 and did not comply with provisional measures ordered by the Court. The Court solemnly and clearly left it open in paragraph 63 for New Zealand to request an examination of the situation. The Court in reaching its Judgment knew what the Statute provided. In these circumstances the reference to the Statute must be understood as meaning in accordance with the Statute, the Rules of the Court and the Judgment of the Court. It was not to be understood as a reference to a particular procedure provided for by the Statute. What the Court meant in my opinion was that if paragraph 63 was activated the Court would use the procedures it usually uses to deal with it. It was a commitment to procedural due process in relation to any application for an examination of the situation. To give the phrase the meaning contended for by France is to render the paragraph devoid of practical effect. It could not have been intended by the Court to prevent a New Zealand return to the Court if, for example, France had resumed atmospheric testing 12 years after the Judgment.

52. In making provision in paragraph 63 in the way that it did, the Court was acting in exercise of the inherent power it enjoys as the result of its existence, including the Statute of the International Court of Justice itself and the reference in Article 1 to the Court as "the principal judicial organ of the United Nations" and the power in Article 48 to make orders for the conduct of the case. The Court in my opinion has the power to regulate its own procedure and to devise a procedure *sui generis*. It is, after all, a court.

53. The French argument also relies upon the long period of time that has elapsed since the Judgment of the Court coupled with the fact that New Zealand refrained from protesting against the underground tests which France carried out on occasions. But against that it should be said that it is common in domestic jurisdictions for matters to be left open for the parties to litigation to return to the Court consequent upon later developments. Such a feature in international law can hardly be regarded as unacceptable in terms of the sources of international law articulated in Article 38 (1) of the Statute of the International Court of Justice. In such circumstances the formal fact of the status of the case on the Court's formal list is irrelevant.

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

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

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

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

54. In my opinion the Court had the power to keep open the possibility of an examination of the situation in this case and it exercised that power. The reason the case is not dead is because the 1974 Judgment kept it alive. Given the subsequent development of matters in the South Pacific it might be regarded as providential that the Court had the foresight to act in the way that it did.

THE FACTUAL ENVIRONMENTAL ARGUMENT

55. Having concluded that the Court is not precluded by the terms of its 1974 Judgment from entering into an examination of it, I now come to a discussion of the arguments of whether it should in the circumstances exercise in 1995 the possibility left open in 1974. Such an analysis necessarily requires some reference to the facts.

The Prima Facie Standard

56. New Zealand submitted that the appropriate standard was for the Court to apply a prima facie standard as it does in provisional measures cases and not set an absolute standard. New Zealand contended that it could meet the more demanding standard on the facts but that it was not the appropriate test. That was because of the jurisdictional character of the issue and the fact that New Zealand had requested provisional measures in relation to the case.

57. The contention of France, by way of contrast, was that New Zealand had the burden of proof and the standard was the normal standard of proof that applies to any State that has the burden of making good its arguments. France denied there were jurisdictional issues in the sense argued by New Zealand on the grounds that the issue was whether or not the case still existed.

58. I have dealt with the issue of the whether the case still existed in the previous segment of this opinion. Having decided that it does remain open to make application under paragraph 63 of the Judgment of 1974 I conclude that the test proposed by New Zealand is the appropriate one, and to be fair to France it does not appear to me that the contrary view was strongly argued. It appears to me that what New Zealand has to show is that there is a prima facie case to examine the Judgment. It sought to do that by two arguments:

- (a) the pertinent facts have changed increasing the risk of nuclear contamination;
- (b) the state of international law had rapidly developed and progressed from the point it was at in 1974 so clarifying the standards to be applied to the dispute.

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

LES MOYENS DE FAIT RELATIFS À L'ENVIRONNEMENT

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

La norme prima facie

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

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

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

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

Either change, it was submitted, would be sufficient to trigger the process of examination by the Court under paragraph 63. To these factual and legal issues this opinion will now turn.

New Zealand's Argument on the Facts

59. Coming to the environmental issues raised in the Request by New Zealand, New Zealand asks the Court in paragraph 113

“to adjudge and declare:

- (i) that the conduct of the proposed nuclear tests will constitute a violation of the rights under international law of New Zealand, as well as of other States;
further or in the alternative;
- (ii) that it is unlawful for France to conduct such nuclear tests before it has undertaken an Environmental Impact Assessment according to accepted international standards. Unless such an assessment establishes that the tests will not give rise, directly or indirectly, to radioactive contamination of the marine environment the rights under international law of New Zealand, as well as the rights of other States, will be violated.”

60. As New Zealand puts the argument the situation developed gradually, but has now reached the stage where it affects the basis of the 1974 Judgment. That is to say evidence has accumulated concerning the number of underground tests now numbering 135 since the Court's Judgment of 1974. Among the issues are the nature of the geomorphology of the atolls where the tests are conducted, concern that there will be leakages of radiation in the long run, the facts that there are now some 126 nuclear waste “stockpiles” located within the structure of Mururoa atoll at depths of between 500 and 1,000 metres, and eight large stockpiles at Fangataufa. These piles consist of the longer lived isotopes of strontium, caesium and plutonium. The half-life of some types of caesium can be as high as 3 million years. Plutonium produced by a plutonium weapon can have a half-life of 24,000 years.

61. If this nuclear waste or substantial parts of it was released into the marine environment the New Zealand contention is the effect upon marine natural living resources, especially fish and plankton, could be significant. Radionuclides released into the water are concentrated as they pass through the food chain to higher organisms. The effects would be distributed through the marine ecosystem, affecting highly migratory species including tuna. Similar concerns were stated by New Zealand in the 1973 Application.

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

L'argumentation de la Nouvelle-Zélande quant aux faits

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

«dire et juger:

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

en outre et subsidiairement:

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

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

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

62. The 1995 New Zealand Request points to increasing and recent scientific concern about the possible environmental impacts of underground nuclear testing. The article by Professor Pierre Vincent, the French volcanologist that appeared in *Le Monde* on 12 July 1995 raises serious environmental concerns about the future of the atolls concerned. He says increased fracturing may open up the system to gradual migration of radioactive elements into the sea. He states this to be "a very real risk" (New Zealand Request, Ann. 5). The French scientist goes on to suggest that the factors that are conducive to the destabilization of volcanoes combined with a nuclear explosion could be big enough for large parts of the atoll to sheer away. This is described as high risk. In such circumstances there could be a spill-out of dangerous radioactive materials. New Zealand further referred orally to the views of Dr. Colin Summerhayes, Director of the Institute of Oceanographic Sciences in the United Kingdom, to the effect that volcanic islands like Mururoa were inherently unstable and may fail given an appropriate trigger like an earthquake or very large explosion.

63. New Zealand concludes its Request on this point in the following way:

"There is, therefore, now reason to fear that the risks of a significant release of radioactive material from either or both of the atolls as a result of or consequent upon renewed testing activity are substantially higher than was previously believed to have been the case. These risks include the possibility of a serious collapse or fissuring of the atolls such as to release significant quantities of the radioactive material stored therein with potentially serious consequences for the marine environment." (Para. 25.)

64. The Request then proceeds to evaluate what information is available about the safety of testing on the atolls and examines the three limited investigations that have been conducted of Mururoa atoll. No independent scientific mission has so far visited Fangataufa, the place where the biggest explosions have occurred. The studies that have been made of Mururoa show that radioactive material has been released into the aerial and marine environments during even routine activities associated with testing programmes. Long-term leakage of radioactive material into the marine environment appears to be a significant risk in the long term. Spectacular effects on the atoll structure from the tests have been documented in the Cousteau study:

"Underwater filming down to 230 metres by the Cousteau team revealed spectacular fissures and collapses of rock in the atoll that

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

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

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

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

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

could only have been caused by the underground explosions.” (1995 New Zealand Request, para. 43.)

These test sites, it is argued by New Zealand, are quite unsuitable for the purpose for which they have been used and are quite unlike continental land masses or other oceanic islands that have been used for underground testing. In an atoll the boundary between land and sea is indistinct. “Water passes from the ocean into the atoll, including its central core, and from the atoll into the ocean.” (*Ibid.*, para. 51.)

65. There is also analysis in the Request of what New Zealand considers to be inadequate assurances of safety by the French and details of documented accidents are given. France, it is said, has repeatedly claimed that the tests are safe but has limited or denied access to test sites. In my opinion the nature of the argument put forward by New Zealand suggests that if the legal issues permitted the case to proceed there would be significant evidence available to support the view that real environmental dangers flow from the testing done and planned by France in the South Pacific. In arriving at that conclusion I am not making any judgment about what the scientific evidence may ultimately show were it to be put before this Court and adjudicated upon.

66. France who is in the best position to know of the risks has provided some evidence to the Court. France says it has followed a policy of openness in making information available. There was little said by France about the potential risks long term being built up by cumulations of nuclear waste in the two atolls where testing is carried out. These wastes, France said, were trapped in vitrified rock. Furthermore the problems of shearing off of parts of the atoll and the development of fissures were attractive “Hollywood scenarios” but nothing more. The French presentation at the oral hearings went to some pains to make assurances about the safety of the tests. Large graphic presentations of the geomorphological structure of Mururoa were made. There was reference to a number of scientific studies that were before the Court. Counsel for France, Mr. de Brichambaut, said there was ample monitoring of the situation on a continuing basis. Precautions had been taken. France had observed its international legal obligations, he said.

The Calculus of Environmental Risk

67. The Court is not in a position to make definitive conclusions on the scientific evidence on the basis of the material put before it. Listening to the submissions at the oral hearings did, however, convince me that there were real issues at large here. The true question related to the assessment of the level of risk. The two nations appeared to have very different approaches to that subject. It is, however, an issue which could be determined were the Court to give it a full hearing.

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

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

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

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

Le calcul du risque écologique

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

68. There are a number of factors to be weighed in deciding whether New Zealand satisfied the *prima facie* standard outlined above which would warrant a decision that the basis of the 1974 Judgment had altered and should be examined. These factors are:

- the ultrahazardous nature of nuclear explosions and the dangerous nature of the waste they produce;
- the length of time that some of the nuclear materials remain hazardous which is measured in tens of thousands of years or longer;
- the fragile nature of the atoll structure and the cumulative effect of a large number of nuclear explosions upon the structure;
- the fact that atolls cannot be distinguished from the marine environment and must be thought of as an inherent part of the ocean ecosystem;
- the high number of tests which have been concentrated within a small area;
- the proximity of the testing to the marine environment;
- the high quantities of dangerous nuclear wastes now accumulated on the test sites;
- the risks of radiation entering the food chain through plankton, tuna and other fish;
- the risks of further fissures and shearing off of part of the atoll structure occurring as the result of further testing.

69. It cannot be doubted that France has engaged in activities that have substantially altered the natural environment of the test sites in the Pacific. These actions have been intentional and they have been under scientific scrutiny, especially by French scientists. But the unintended repercussions of intentional human action are often the most important. The nature of the risks inherent in the activity itself would suggest caution to be appropriate. Some means of calculating those risks is necessary to arrive at a determination of whether New Zealand has satisfied the test. This calculus I suggest should contain a number of elements:

- the magnitude of the recognizable risk of harm by nuclear contamination in the circumstances;
- the probability of the risk coming to pass;
- the utility and benefits of the conduct being assessed — viz. nuclear testing by France;
- the cost of the measures needed to avert the risk.

70. In my opinion what is required under the test the Court should apply is a risk-benefit analysis. There must be a balancing of the risks of the activity, the probability of harm, the utility of the activity and the measures needed to eliminate the risk. This is similar to a calculus of the

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

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

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

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

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

risk analysis in the law of torts in some common law jurisdictions (see *Prosser and Keeton on the Law of Torts*, 5th ed., 1984, pp. 169-173; Richard A. Epstein, *Cases and Materials on Torts*, 5th ed., 1990, pp. 150-168; *Blyth v. Birmingham Water Works*, 11 Exchequer 781, 156 English Reports 1047 (1856); *United States v. Carroll Towing Co.*, 159 Federal Reports 2d 169 (2d Cir. 1947)). But it is submitted that it is an appropriate analytical construct with some modifications for measuring the issue here.

71. The gravity of the radiation harm if it occurs is likely to be serious for the marine environment. The magnitude of the risk that the harm will occur must be regarded as significant given the destructive force of nuclear explosions and the possibility of other disturbances or abnormal situations occurring in the course of the long life of the dangerous substances. The costs of averting the risk in this instance are low — they consist of France providing a fully scientifically verifiable environment impact assessment in accordance with modern environmental practice which demonstrates that the proposed tests will not result in nuclear contamination. No doubt France and New Zealand would differ greatly on the utility of nuclear testing but it can reasonably be said that the extra tests proposed cannot have great value given the number that have preceded them. They are of diminishing marginal value, if they have any value at all. If the calculus of the risk analysis were applied in this way, then on these facts a prima facie case is made out by New Zealand in my opinion.

72. The test put forward here derives from support from the recent work of the International Law Commission where it laid down that for the purposes of draft Articles under its consideration “risk of causing significant transboundary harm” an expression which refers “to the combined effect of the probability of occurrence of an accident and the magnitude of its injurious impact” (Report of the International Law Commission on the work of its forty-sixth session, 2 May-22 July 1994, *Official Records of the General Assembly, Forty-ninth Session, Supplement No. 10 (A/49/10)*, p. 400).

73. The conclusion of this segment of the opinion is as follows: judged on the prima facie standard a case on the environmental facts has been made out to examine the Judgment.

THE LEGAL ENVIRONMENTAL ISSUES

74. The second argument advanced by New Zealand as to why the Court should examine the 1974 Judgment revolved around the changes in the state of international law relating to the environment in general and nuclear testing in particular in the period between 1974 and the 1995

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

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

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

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

LES QUESTIONS TOUCHANT AU DROIT DE L'ENVIRONNEMENT

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

hearings. In order to evaluate that submission it is necessary to briefly traverse those developments in the broad before becoming specific.

The Development of International Environmental Law

75. When this case began in 1973 it was shortly after the international meeting at Stockholm which produced the Stockholm Declaration of the United Nations Conference on the Human Environment (adopted by the United Nations Conference on the Human Environment at Stockholm, 16 June 1972, 11 *ILM* 1416 (1972) (Stockholm Declaration). It was that Conference that started the march of the new field of international environmental law toward international legal maturity. At that time only 25 countries possessed national environmental ministries. The Declaration advanced the development of the principles of international environmental law. It can confidently be stated that some of those principles stated in the Declaration have received such widespread support in State practice coupled with a sense on the part of States that they are legally binding that they have by now entered into the framework of customary international law. The impact of human activities on the environment in a comprehensive way was brought to the attention of the international community, in effect for the first time by Stockholm. Preambular paragraph 6 of the Stockholm Declaration said: "A point has been reached in history when we must shape our actions throughout the world with a more prudent care for their environmental consequences." It is important to recall that explicit reference was made by New Zealand in its 1973 Request (*I.C.J. Pleadings, Nuclear Tests*, Vol. II, pp. 55-56, paras. 33, 34 and 35 with explicit reliance being placed on Principles 6, 7, 21 and 26).

76. Principle 1 of the Stockholm Declaration established that the people bear "a solemn responsibility to protect and improve the environment for present and future generations". Principle 2 talks of the need to safeguard natural resources including air, land and water. Principle 6 laid down that the discharge of toxic substances must be halted where they were in such quantities or concentrations "to exceed the capacity of the environment to render them harmless . . .". Principle 7 requires States to take all possible steps to prevent pollution to the seas by substances liable to create hazards for human health and marine life. Principle 18 asked for "the identification, avoidance and control of environmental risks . . .". Principle 21 required States 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".

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

Le développement du droit international de l'environnement

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

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

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

Principle 26 dealt with the need to spare the environment and people “the effects of nuclear weapons and all other means of mass destruction”.

77. In recent years the proliferation of international conventions and treaties on the global environment has been considerable. There are more than a hundred multilateral environmental instruments in force many of which have been negotiated since the 1972 Stockholm Declaration. The United Nations Environment Programme register listed 152 in 1991 before the significant outburst of activity at the Rio de Janeiro United Nations Conference on Environment and Development in 1992. For present purposes the important point about the development of international environmental law is that its most important flowering and expansion spans the period of this case — it started in earnest about the time this case began and reached a crescendo at Rio in 1992.

78. Indeed the consensus flowing from Rio is itself significant in the context of the arguments being advanced in the present case. The Rio Declaration refined, advanced, sharpened and developed some of the principles adopted at Stockholm (Rio Declaration on Environment and Development, adopted by the United Nations Conference on Environment and Development at Rio de Janeiro, 13 June 1992, 31 *ILM* 874 (1992) (Rio Declaration)). Many of the principles were repeated but some new ones make an appearance:

Principle 15:

“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.”

Principle 17:

“Environmental impact assessment, as a national instrument, shall be undertaken for proposed activities that are likely to have a significant adverse impact on the environment and are subject to a decision of a competent national authority.”

79. Maurice Strong who was Secretary-General of both the Stockholm and the Rio Conferences has summed up his view of the need to develop the mechanisms of international environmental law still further. He said:

“To manage our common future on this planet, we will need a new global legal regime based essentially on the extension into international life of the rule of law, together with reliable mechanisms for accountability and enforcement that provide the basis for the effec-

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

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

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

Principe 15:

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

Principe 17:

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

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

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

tive functioning of national societies.” (Foreword by Maurice F. Strong to L. D. Guruswamy *et al.*, *International Environmental Law and World Order*, 1994, p. vii.)

80. This Court in this very case in 1974 made a contribution to the growing field of international environmental law. The *Nuclear Tests* cases have come to be cited as one of a quartet of cases that offer some protection for the environment through the medium of customary international law. Others include the *Corfu Channel* (*United Kingdom v. Albania*) (*I.C.J. Reports 1949*, p. 4) establishing the principle of every State's obligation not to allow knowingly its territory to be used for acts contrary to the rights of other States. The *Trail Smelter* (*United States v. Canada*) (*III Reports of International Arbitral Awards (RIAA) 1905* (1938 and 1941)) established that no State has the right to use or permit the use of its territory in such a way as to cause injury by fumes in the territory of another State. The *Lake Lanoux Arbitration* (*XII RIAA 281* (1957)) turned on the interpretation of a particular treaty but it may establish the principle that a State has the duty to give notice when its actions may impair the environmental enjoyment of another State. To these should now be added the contribution of this Court if only because of the environmental degradation with which the case dealt (*Certain Phosphate Lands in Nauru* (*Nauru v. Australia*), *Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1992*, p. 240). Significantly, by the Court deciding to hear the case, a result was produced by way of settlement. The principles established by these cases have been included in Principle 21 of the Stockholm Declaration and Principle 2 of the Rio Declaration.

81. But authoritative decisions in the area of international environment law are scarce enough. They certainly lag behind the plethora of conventional law that has sprung into existence in the more than 20 years spanning the life of this case. The nature of some of the issues is helpfully discussed in the Report of the International Law Commission on the work of its forty-sixth session, 2 May-22 July 1994, on “International Liability for Injurious Consequences Arising out of Acts Not Prohibited by International Law” (*Official Records of the General Assembly, Forty-ninth Session, Supplement No. 10 (A/49/10)*, pp. 367 ff.), a subject with which the Commission has been grappling since 1978 without definitive result. The Commission is giving priority in its work to prevention of activities having a risk of causing transboundary harm.

82. Indeed, following Rio and perhaps because of it, this Court on 6 August 1993 exercising its powers under Article 26 of the Statute of the

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

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

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

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

International Court of Justice set up a Chamber of seven Judges to deal with environmental matters. The Court in an I.C.J. communiqué (93/20, 19 July 1993) announced:

“In view of the developments in the field of environmental law and protection which have taken place in the last few years, and considering that it should be prepared to the fullest possible extent to deal with any environmental case falling within its jurisdiction, the Court has now deemed it appropriate to establish a seven-member Chamber for Environmental Matters . . .”

83. The forces that led the Court to establish a Chamber for consideration of environmental cases is reflected in the quantity of work being done by highly qualified publicists of the various nations upon the subject of international environmental law. Such works include A. Kiss and D. Shelton, *International Environmental Law*, 1991; P. Birnie and A. Boyle, *International Law and the Environment*, 1992; P. Sands et al., *Principles of International Environmental Law — Documents in International Environmental Law*, 2 volumes, 1995; L. Guruswamy et al., *International Environmental Law and World Order*, 1994; J. Carroll (ed.), *International Environmental Diplomacy*, 1988; E. B. Weiss, *In Fairness to Future Generations: International Law, Common Patrimony, and Intergenerational Equity*, 1989; E. B. Weiss (ed.), *Environmental Change and International Law*, 1992; C. Stone, *The Gnat is Older than Man: Global Environment and Human Agenda*, 1993; P. Sand, *Lessons Learned in Global Environmental Governance*, 1990; G. Handl (ed.), *Yearbook of International Environmental Law*, 1990, and annually. The periodical literature is so vast on the subject that it cannot be cited.

84. The obvious and overwhelming trend of these developments from Stockholm to Rio has been to establish a comprehensive set of norms to protect the global environment. There is a widespread recognition now that there are risks that threaten our common survival. We cannot permit the onward march of technology and development without giving attention to the environmental limits that must govern these issues. Otherwise the paradigm of sustainable development embraced by the world at the Rio Conference cannot be achieved (World Commission on Environment and Development, *Our Common Future*, 1987, p. 5; see also D. H. Meadows, D. L. Meadows and J. Randers, *Beyond the Limits*, 1992).

International Law on Radioactive Hazards

85. It was against the background outlined above that Sir Kenneth Keith, Q.C., for New Zealand sought to establish four legal propositions:

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

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

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

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

Le droit international et les dangers de la radioactivité

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

- (i) States must 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 their jurisdiction.
- (ii) Any addition of radioactive material to the environment or exposure of individuals to radiation must be justified. Such addition or exposure must be for good reason.
- (iii) Any disposal or introduction of artificially created radioactive material into the marine environment is heavily circumscribed. It is in general forbidden.
- (iv) Any introduction of radioactive material into the marine environment as a result of nuclear tests is forbidden. The world community no longer accepts that the testing of nuclear weapons can be used to justify marine contamination.

The law now sets higher standards in an “increasingly interdependent world”, Sir Kenneth told the Court (CR 95/20, p. 10).

86. New Zealand in support of its propositions relied upon the Stockholm and Rio Declarations and in particular on the 1986 Convention for the Protection of the Natural Resources and Environment of the South Pacific Region concluded at Noumea, 25 November 1986, entered into force 22 August 1990 (26 *ILM* 38 (1987)). New Zealand and France both are parties to the Convention. These legal materials and others cited to the Court established in the view of New Zealand an increasingly strict attitude to the addition of radioactive material to the general environment and the exposure of individuals to radiation. In relation to the marine environment it was even more exacting. Among the materials cited in support of these propositions were: Article 14 of the Draft Articles considered in the 1994 Annual Report of the International Law Commission mentioned above; the International Atomic Energy Agency, Safety Series No. 77, *Principles for Limiting Releases of Radioactive Effluents into the Environment*, 1986; Agenda 21, Chapter 22, of the Rio Declaration, “Safe and Environmentally Sound Management of Radioactive Wastes”, paragraph 5 (para. 100 of the New Zealand Request); Convention on the High Seas concluded at Geneva 29 April 1958, entered into force 30 September 1962 (450 *UNTS* 82, Art. 25); United Nations Convention on the Law of the Sea concluded at Montego Bay, 10 December 1982, entered into force 16 November 1994 (21 *ILM* 1261 (1982), Part XII, Art. 194); Convention on Biological Diversity, concluded at Rio de Janeiro 5 June 1992, entered into force 29 December 1993 (31 *ILM* 818 (1992), Arts. 3 and 14); Statute of the International Atomic Energy Agency, 26 October 1956 (276 *UNTS* 3, Art. 34); Convention for the Protection of the Marine Environment of the North-East Atlantic, concluded at Paris, September 1992 (32 *ILM* 1069 (1993), Ann. II, Art. 3 (3) (a) and (b)); Convention

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

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

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

on the Prevention of Marine Pollution by Dumping of Wastes and Other Matter, concluded at London, 19 December 1972 (11 *ILM* 1291 (1972)), Annex I; Resolution of Consultative Meeting LDC 21 (9) on Dumping Radioactive Wastes at Sea, 1985.

Environmental Impact Assessment

87. At this point, Mr. D. J. MacKay for New Zealand went on to develop this segment of the argument by pointing to the application of the emerging international law on environmental impact assessment (EIA) and the precautionary principle in their application to the facts of this case. In both respects the law had changed dramatically, thus supporting the view that the basis of the Court's Judgment was affected. It was submitted that other parties likely to be affected by the risks have a right to know what the investigations for the EIA are, have a right to propose additional investigations and a right to verify for themselves the result of such investigations. As the law now stands it is a matter of legal duty to first establish before undertaking an activity that the activity does not involve any unacceptable risk to the environment. An EIA is simply a means of establishing a process to comply with that international legal duty. New Zealand pointed to a number of international instruments, including Article 205 of the United Nations Law of the Sea Convention that make explicit reference to EIA.

88. Under Article 12 that has been adopted by the International Law Commission in the course of its deliberations, the Commission has decided that before a State carries out activities which involve a risk of causing significant transboundary harm through their physical consequences

“a State shall ensure that an assessment is undertaken of the risk of such activity. Such an assessment shall include an evaluation of the possible impact of that activity on persons or property as well as in the environment of other States.”

The Noumea Convention referred to earlier also contains an explicit obligation in Article 16 to conduct environmental impact assessments before embarking upon any major project which might affect the marine environment. A more explicit measure appears in Article 12 of that Convention producing a duty to prevent, reduce and control pollution in the Convention area which might result from the testing of nuclear devices.

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

Evaluation de l'impact sur l'environnement

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

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

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

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

Precautionary Principle

89. So far as the precautionary principle is concerned New Zealand submitted that in the circumstances it required two things. First, that the assessment must be carried out before and not after the activities are undertaken. Second, that it is for the State contemplating these activities to carry out the assessment and to demonstrate that there is no real risk. It is not for potentially affected States to demonstrate that there will be a risk.

90. I have set out these arguments in some detail because they exhibit the issues that would have been traversed had the case gone to the next stage. France did not address arguments on these points since it at all times regarded the issues before the Court as threshold issues that did not require it to meet the arguments put above. It would be wrong in these circumstances to reach substantive conclusions on the application of the arguments to the facts of the case. It is, however, appropriate to reach a conclusion on what the principles of law discussed establish from the point of view of meeting the test required to examine again the 1974 case.

Conclusion

91. What those principles of international law establish in my view are the following propositions:

- (a) international environmental law has developed rapidly and is tending to develop in a way that provides comprehensive protection for the natural environment;
- (b) international law has taken an increasingly restrictive approach to the regulation of nuclear radiation;
- (c) customary international law may have developed a norm of requiring environmental impact assessment where activities may have a significant effect on the environment;
- (d) the norm involved in the precautionary principle has developed rapidly and may now be a principle of customary international law relating to the environment;
- (e) there are obligations based on Conventions that may be applicable here requiring environmental impact assessment and the precautionary principle to be observed.

Taken together, in application to the present dispute, the legal developments are sufficient to meet a *prima facie* test that the legal circumstances have altered sufficiently to favour an examination of the 1974 case. Let me emphasize again, however, this is not to say what principles of law may apply here in the particular circumstances or indeed what their content might be. That is for the next stage.

92. It is necessary to say something about the application of principles of law at the stage they have reached in 1995 to a case that was pleaded

Le principe de précaution

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

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

Conclusion

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

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

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

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

and first dealt with in the mid 1970s. The harm complained of — nuclear contamination — is a continuing one. It seems apparent to me that the applicable law must be determined, in a circumstance like the present one, at the date the Court is called on to apply it. The converse proposition cannot stand in my opinion.

93. In my view it would exert a salutary and needed influence on international environmental law for this Court to enter upon full hearings and a serious consideration of the issues of this case, whatever ultimate result was eventually reached. There is a pressing need to develop the law in the area. Given the possibility left open expressly in 1974 that in appropriate circumstances the Court could return to these issues, it would be possible to examine the 1974 decision in light of massive changes in the legal principles that have been developed in the period between the Court's two considerations of the issues. In the event, however, because a majority of the Court has taken another view New Zealand's effort to hold France accountable under the principles of international environmental law will fail.

THE NATURE OF THE JUDICIAL CHOICE

The Order of the Court

94. The formalistic approach adopted by the majority of the Court in framing its Order makes it necessary to isolate the steps in its reasoning. It is reasoning I cannot accept. The reasoning the Court advances for making the Order that it can take no action on New Zealand's request for an examination has a number of elements:

- (a) the broader designs beyond atmospheric testing that New Zealand might have had when filing its 1973 Application cannot be the subject of the Court's investigations now;
- (b) the Court in 1974 was entitled to isolate the real issue and limit it to atmospheric testing and did so;
- (c) the language used by the Court in the companion case brought by Australia means that the Court treated the New Zealand case as identical with the Australian one;
- (d) thus the 1974 Court was entitled to treat the matter at an end relying on France's unilateral declaration;
- (e) it was in the event of a resumption of nuclear tests in the atmosphere that the basis of the Judgment would have been affected;
- (f) in consequence of its view in 1995 of the Judgment of 1974 it was not open for the Court to enter into a consideration of underground testing or the arguments on either side relating to those events and take them into account;

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

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

LA NATURE DU CHOIX JUDICIAIRE

L'ordonnance de la Cour

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

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

(g) for the same reasons as in (f) the Court cannot take into account the developments in international environmental law that have taken place since the 1974 Judgment.

95. The conclusion reached by the majority taking into account all of the above is that the 1974 Judgment has not been affected.

96. The essence of the approach taken represents a triumph of formalism over substance. The law appears as some disembodied construct that is far removed from the concerns of the real world. The law is frozen in time, nothing beyond 1974 has any relevance or importance in interpreting paragraph 63, except a resumption of atmospheric testing. It is an approach that depends upon reading down the plain language of paragraph 63, and sapping it of vitality. I find such an approach to legal reasoning arid and intellectually unsatisfying. When dealing with substantive issues of such overwhelming importance, decisions *not* to address those issues need to be convincing and carry *legal conviction*. In this instance, however, the reasoning is laconic.

97. The whole approach by the Court depends upon drawing a distinction between atmospheric nuclear testing and underground nuclear testing and refusing to accept that they are linked by the underlying common factor of nuclear contamination. The distinction is fundamentally unsound in common-sense terms and that ought to be reflected in legal terms. It is legal reasoning of a highly mechanical quality. The significance of the basic distinction drawn by the Court is not easy to defend except by an approach well described as the austerity of tabulated legalism (*Minister of Home Affairs v. Fisher* [1980] Appeal Case, p. 328). I cannot defend the distinction relied upon by the Court and therefore respectfully dissent from it.

98. The Court also relies in its Order on the fact that the Court in the companion case brought by Australia in 1973 employed in the Judgment in that case a form of words identical to the one used in paragraph 63 of the New Zealand case. The 1995 Court concludes for that reason the 1974 Court regarded the two cases as identical. With respect, the conclusion does not follow. Worse, it does injustice to New Zealand.

99. One learned author has found no fewer than seven important distinctions between the Australian and New Zealand cases (J. Stephen Kós, "Interim Relief in the International Court: New Zealand and the Nuclear Test Cases", 14 *Victoria University of Wellington Law Review* 357 (1984)). The first observation to be made in this respect is that the cases were not joined in 1973 and the reasons for not joining them are plain enough. As the New Zealand Attorney-General, Dr. A. M. Finlay, Q.C., told the Court:

"The Governments of Australia and New Zealand do not have a

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

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

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

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

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

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

«Le Gouvernement néo-zélandais et le Gouvernement australien

joint approach to the presentation of their respective cases against the Government of France; nor did they bring these cases for the purpose of supporting each other. Actions taken in their region that may violate obligations *erga omnes*, or cause an identical threat to the well-being of the citizens of both their countries, are naturally of concern to both; but history and geography condition and differentiate their individual perceptions of a common threat." (*I.C.J. Pleadings, Nuclear Tests*, Vol. II, p. 254.)

100. The New Zealand case had a broader objective than Australia; there were substantial differences in the submissions and in the remedies sought. New Zealand's case had a stronger ground in law and in fact than Australia's. Mr. Kós, in the article cited above, summarizes the reason for that conclusion:

- (a) The equities favoured New Zealand in terms of its past diplomatic and political record. New Zealand's association with United Kingdom nuclear testing was very limited. New Zealand had a consistent and outspoken record of opposition to testing since 1958. The territory of New Zealand and that for which New Zealand was responsible was closer to the test site than Australia's. Its case at the merits stage would have been stronger. New Zealand had legally a stronger position on the legal issues of the application of Article 17 of the General Act for the Pacific Settlement of International Disputes, which Australia had allegedly violated. New Zealand, unlike Australia, had not declared that its considered General Assembly resolutions were not legally binding. New Zealand had a record in the General Assembly of support for the Partial Test Ban Treaty.
- (b) New Zealand asserted different rights that it claimed were owed *erga omnes* in equal measure to all States — indicating freedom from "unjustified artificial radioactive contamination of the terrestrial, maritime and aerial environment". New Zealand pleaded wide considerations of freedom from harm.
- (c) New Zealand asked for different remedies from Australia. New Zealand sought only a declaration that French conduct constituted a violation of New Zealand's rights in international law — it included conduct past and future.
- (d) New Zealand alleged different injury from that argued by Australia.
- (e) New Zealand took a different approach to the conduct of its legal argument.

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

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

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

- (f) Each country took different approaches to the French reservation to compulsory jurisdiction of 20 May 1966.
- (g) Australian concessions on the reliance on the General Act were not shared by New Zealand.

101. The Order of the Court also relies upon the argument that France conducted 134 underground nuclear tests without New Zealand ever having claimed that the basis of the Judgment had been affected. New Zealand's record of consistent opposition to French testing in that regard is set out at paragraphs 14-23 of this opinion. Further, it is submitted that the argument made by New Zealand that the situation developed gradually is persuasive in this respect. It is the cumulative effect of events that is determinative. Paragraph 63 itself is not limited as to time. It comes into effect only when matters which affect the basis of the Judgment have crystallized.

102. For the above reasons it is suggested that the decision to treat the New Zealand and Australian cases as identical in legal terms is unsound. It was unsound in 1974 and it does not follow that the Court intended then to limit paragraph 63 of its Judgment to circumstances that would be identical to Australia's despite the use of similar language. The context is important.

Wider Issues

103. The nature of the judicial choice between the opposing legal positions in this case is stark partly because of the way the case was argued and partly because of the unprecedented nature of the proceeding. The answer reached depends as much upon implicit judgments concerning the proper scope of the judicial role as upon the detailed reasoning by which the result is reached. Law is a human contrivance designed to advance human purposes. Public international law has traditionally been concerned with the relations between States and States were often regarded in the past as its only subjects. But things change and there are signs that the doctrine of State sovereignty upon which so much of the edifice of public international law rests is eroding. The opportunity offered in a case like the present one is to take a wider perspective. It should be remembered that as long ago as 1958 Dr. C. W. Jenks wrote in *The Common Law of Mankind*:

“International law can no longer be adequately or reasonably defined or described as the law governing the mutual relations of States, even if such a basic definition is accompanied by qualifications or exceptions designed to allow for modern developments; it represents the common law of mankind in an early stage of development, of which the law governing the relations between States is one, but only one, major division.” (P. 58.)

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

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

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

Les questions plus générales

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

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

104. One of the signal weaknesses of international law is the fact that the jurisdiction of this Court rests at bottom on the consent of the States. Only about one-third of nations accept the compulsory jurisdiction of this Court under Article 36 (2) of the Statute of the International Court of Justice. In general, the most powerful nations are not among the strongest adherents of compulsory jurisdiction for the Court. The Court is reminded of this fact in the letter dated 28 August 1995 addressed to the Registrar of the Court by the Ambassador of the French Republic to the Netherlands in which the following paragraph appears:

“The jurisdiction of the International Court of Justice rests on the consent of States. In the absence of the prior consent of France, the requests of New Zealand both as regards the principal request and as regards the indication of provisional measures are thus manifestly inadmissible.”

Yet as Professor E. Lauterpacht remarks “some cracks in the edifice are developing” (*Aspects of the Administration of International Justice*, 1991, p. 23).

105. Arguments about consent and the logic of the situation in which the Court finds itself have in my opinion caused the Court to be cautious in the past, sometimes unnecessarily. The decision of the majority in this case in 1995 follows the cautious approach. Against that approach it needs to be borne in mind that notwithstanding the fundamental differences between international law and municipal law international law is widely obeyed on the whole. So concern that the basis of the system may be consensual is not a reason for failing to decide principles of international law when they are presented and properly fall to be decided. As Professor Louis Henkin wrote in *How Nations Behave — Law and Foreign Policy* (2nd ed., 1979, p. 47): “It is probably the case that *almost all nations observe almost all principles of international law and almost all of their obligations almost all of the time.*”

106. But it must be accepted at once that the Court cannot go off on frolics of its own. It must maintain its credibility in the eyes of States who do not on the whole relish the prospect of third party adjudication which they cannot control. The Court has an obligation in my opinion to maintain itself in the tension between principle and practicality. In this it occupies a role not unfamiliar to domestic tribunals imbued with wide constitutional powers, such as the Supreme Court of the United States. (See generally Alexander M. Bickel, *The Least Dangerous Branch*, 1962.) Yet courts like that one choose their cases, this Court cannot. States set the Court’s agenda, not the Court. And this Court does not have available to it the filtering devices available to the Supreme Court of the United States.

107. The Court has a responsibility to declare, develop and uphold international law. But it must be mindful of the limits of law. In disputes

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

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

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

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

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

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

that involve large political elements it will need to be particularly vigilant to avoid over-reaching itself, while at the same time facing up to the fact that disputes between States almost always involve a high political element. It needs to be borne in mind, however, that the fact that the testing of nuclear weapons gives rise to big political disputes does not mean that aspects of the dispute cannot be dealt with by the international legal process.

108. In such circumstances as the present resort to techniques for not deciding cases by other means may be found; to scrutinize jurisdictional arguments and technical arguments with a favourable eye in order to avoid making pronouncements in an area where it is suspected nations may not observe the terms of judgments of the Court or acceptance of the Court's position will be imperilled. These are hard judgments to make. But the consequences of never taking them on such matters as the present one will be to retard progress in the development of international law.

109. For this Judge, the range of judicial choice for this Court is well summed up by Sir Gerald Fitzmaurice in *The Law and Procedure of the International Court of Justice*:

“There are broadly two main possible approaches to the task of a judge, whether in the international field or elsewhere. There is the approach which conceives it to be the primary, if not the sole duty of the judge to decide the case in hand, with the minimum of verbiage necessary for this purpose, and to confine himself to that. The other approach conceives it to be the proper function of the judge, while duly deciding the case in hand, with the necessary supporting reasoning, and while not unduly straying outside the four corners of the case, to utilize those aspects of it which have a wider interest or connotation, in order to make general pronouncements of law and principle that may enrich and develop the law.

If it be asked which of these two attitudes is the better, the answer may well be ‘both’, or at any rate that each is defensible; but clearly much depends on the circumstances. 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.” (Pp. 647-648.)

110. My own approach falls clearly in the category that it is necessary for the International Court of Justice to develop the law and expound it. The Court should deal with all the legal issues and given the nature of international law and the absence of a legislature, clarification and advancement of the law is peculiarly within this Court's responsibility.

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

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

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

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

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

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

CONCLUDING OBSERVATIONS

111. The nature of the dispute between France and New Zealand has been apparent for the whole period spanned by this case in this Court, except between 1991 and 1995 when France observed a moratorium on testing. The dispute is palpably about nuclear testing in the Pacific in all its forms. The official citation for this case was and remains *Nuclear Tests (New Zealand v. France)* case. Despite that fact, the Court in its 1995 judgment has chosen to draw a fundamental distinction between atmospheric testing and underground testing.

112. It might have been thought by some that the present application was an appropriate occasion upon which to push out the boat from the shore a little towards the incoming tide of international environmental jurisprudence. The Court failed to decide the issue in 1974 and it has failed again in 1995.

113. The 1974 Judgment created widespread controversy in the international legal literature, some learned commentators regarding it as imaginative and innovative, others called it a landmark of political caution, weak in law and logic. A third group thought the decision a lost opportunity for dealing with international environmental law. (D. P. Verma, "The Nuclear Tests Cases: An Inquiry into the Judicial Response of the International Court of Justice", 8 *South African Yearbook of International Law* 20 (1982); Edward McWhinney, *The World Court and the Contemporary International Law-Making Process*, 1979; R. St. J. Macdonald and Barbara Hough, "The Nuclear Tests Case Revisited", 20 *German Yearbook of International Law* 337 (1977); Jerome B. Elkind, "Footnote to the Nuclear Tests Cases: Abuse of Right — A Blind Alley for Environmentalists", 9 *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 57 (1976); Thomas M. Franck, "Word Made Law: The Decision of the I.C.J. in the Nuclear Test Cases", 69 *American Journal of International Law* 612 (1975).) A similar range of reaction to the Court's treatment of the present phase of the case is predictable.

114. In its essence this case has to be understood as an environmental case. New technology has given humankind massive ability to alter the natural environment. The consequences of these activities need to be carefully analysed and examined unless we are to imperil those who come after us. It is a concern well known to international law (see generally E. B. Weiss, *In Fairness to Future Generations*, 1989). As Professor Edith Brown Weiss points out:

"We, as a species, hold the natural and cultural environment of our planet in common, both with other members of the present generation and with other generations, past and future. At any given

OBSERVATIONS FINALES

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

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

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

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

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

time, each generation is both a custodian or trustee of the planet for future generations and a beneficiary of its fruits. This imposes obligations upon us to care for the planet and gives us certain rights to use it." (P. 17.)

Further, the special problems created for the law by nuclear energy and tests flow from the ultrahazardous nature of nuclear energy and nuclear explosions (A. Boyle, "Nuclear Energy and International Law: An Environmental Perspective", 60 *British Year Book of International Law* 257 (1989); G. Handl, "Transboundary Nuclear Accidents: The Post-Chernobyl Multilateral Legislative Agenda", 15 *Ecology Law Quarterly* 203 (1988).)

115. The issues generated for the environment by nuclear testing and nuclear accidents demonstrate that States have been unwilling to act as good stewards for or guardians of the environment. The experience suggests that environmental rights ought to be established at the international level and be enforceable there.

116. If in 1995 this Court had been prepared to enter into the next phase of the case, the dispute may at last have been put to rest. For far too long this issue has given rise to substantial, even painful difficulties in the relations between France and New Zealand. The two functions of this Court as I understand it are to act as an institution to settle disputes and to clarify and develop the law. Regrettably the dispute has not been put to rest and the law has not been developed.

117. In this case the Court had an opportunity to make a contribution to one of the most critical environmental issues of our time. It has rejected the opportunity for technical legal reasons which could in my opinion have been decided the other way, fully consonant with proper legal reasoning. It is true that much of the jurisdiction of this Court rests upon the consent of States. It is true that France has withdrawn the consent that allowed the 1974 case to be heard. That is not an adequate reason to refrain from re-opening the case, a possibility that the Judgment in 1974 expressly contemplated. The case is one the Court had the power to decide then; it has the power to decide it now. But the Court refuses to decide it.

118. The position of an *ad hoc* judge on this Court is an unusual one and the nature of the obligations imposed on such a judge have been a source of consideration for me. The Statute provides, in Article 31 (6), that such judges "shall take part in the decision on terms of complete equality with their colleagues". In this case I feel the institution served a useful purpose of bringing to the Court a perspective of one who lives in the region of the world with which the application deals. But I have not felt that my position on the Court is a representative one. Its utility was in providing another perspective and some more detailed familiarity with the background. With respect, I adopt the formulation of an *ad hoc* judge's office put forward by Judge *ad hoc* Lauterpacht in *Application*

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

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

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

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

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

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

of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Provisional Measures, Order of 13 September 1993:

“He has, I believe, the special obligation to endeavour to ensure that, so far as is reasonable, every relevant argument in favour of the party that has appointed him has been fully appreciated in the course of collegial consideration and, ultimately, is reflected — though not necessarily accepted — in any separate or dissenting opinion that he may write.” (*I.C.J. Reports 1993*, p. 409, para. 6.)

119. Finally, let me add that I have had the opportunity of reading the elegant and persuasive dissenting opinion of my colleague Judge Weeramantry. I agree with it.

(Signed) Sir Geoffrey PALMER.

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

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

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

(Signé) Sir Geoffrey PALMER.