

OPINION INDIVIDUELLE DE M. SHAHABUDDEEN

[Traduction]

La reconnaissance de plus en plus large de la nécessité de protéger le milieu naturel est frappante, et le développement du droit international contemporain en tient compte. Je comprends les inquiétudes de la Nouvelle-Zélande et, à plusieurs égards, je partage son point de vue. Je souscris à l'idée qu'elle avait le droit de saisir la Cour, d'être entendue, de désigner un juge *ad hoc*, et je reconnais que l'expression «conformément aux dispositions du Statut» figurant au paragraphe 63 de l'arrêt de 1974 ne créait aucun empêchement à cet égard. Si je ne vais pas plus loin sur cette voie, c'est parce que je perçois plusieurs obstacles juridiques importants dont quelques-uns méritent à mon sens une explication.

I. LA QUESTION DU FONDEMENT DE L'ARRÊT

La clef de l'argumentation de la Nouvelle-Zélande est que le fondement de l'arrêt de 1974 résidait dans le postulat posé par la Cour que les essais nucléaires souterrains étaient inoffensifs, que des preuves scientifiques plus récentes contredisent ce postulat et que, dès lors, le fondement de l'arrêt a été remis en cause selon les prévisions du paragraphe 63 de celui-ci.

On pourrait se demander si en réalité la Cour a supposé que les essais souterrains étaient inoffensifs ou si elle a statué en supposant que la Nouvelle-Zélande était convaincue de l'innocuité de ce type d'essais, la Cour elle-même n'étant pas en mesure de trancher une question technique complexe dont elle n'avait pas été saisie et qu'elle n'avait pas examinée. Cependant, eu égard aux raisons exposées aux sections II et III ci-après, il n'y a pas lieu de s'attarder sur l'opportunité d'une distinction entre ces deux hypothèses, ni sur la portée, le cas échéant, de cette distinction.

II. LA DEMANDE DE LA NOUVELLE-ZÉLANDE S'INSCRIT-ELLE DANS LE CADRE DU DIFFÉREND?

Au paragraphe 64 de sa demande actuelle, la Nouvelle-Zélande affirme :

«il est précisé dans la requête de 1973 que le différend portait, originellement, sur la *contamination* radioactive de l'environnement causée par des essais nucléaires de quelque nature que ce soit. L'élément «atmosphère» n'était qu'accessoire par rapport à l'élément «contamination», qui était l'élément essentiel.»

La position de la Nouvelle-Zélande est que la Cour, dans son arrêt de 1974, a supposé à tort que sa requête de 1973 était limitée à la question de la licéité des essais atmosphériques.

La Nouvelle-Zélande était certes opposée à la contamination radioactive causée par des essais nucléaires de quelque type que ce soit. On en trouve la preuve en plusieurs endroits des pièces de procédure et dans d'autres documents produits devant la Cour en 1973 et en 1974 (voir *C.I.J. Mémoires, Essais nucléaires*, vol. II, p. 4, 18, 22 et 301). La question est de savoir dans quelle mesure cette opposition de nature générale à la contamination radioactive causée par des essais nucléaires de quelque type que ce soit constituait l'objet du différend dans l'instance particulière que la Nouvelle-Zélande a introduite contre la France en 1973. Il ne fait aucun doute que l'introduction de l'instance était motivée par l'opposition générale de la Nouvelle-Zélande à la contamination radioactive causée par toute forme d'essais nucléaires. Néanmoins, le cadre de l'affaire doit être déterminé par des considérations plus précises régissant la définition de tout litige concret.

Pour décider quel était l'objet de l'instance de 1973, il faut partir du concept de différend d'ordre juridique. Comme la Cour l'a fait observer dans son arrêt du 20 décembre 1974 «[l']existence d'un différend est ... la condition première de l'exercice de sa fonction judiciaire» (*C.I.J. Recueil 1974*, p. 476, par. 58).

La thèse de la Nouvelle-Zélande est que sa demande actuelle n'introduit pas une nouvelle instance mais constitue au contraire la continuation de son instance de 1973. Il s'ensuit que la demande s'appuie sur le différend qui faisait l'objet de l'affaire de 1973 et qu'elle ne peut en élargir la portée. La question est dès lors de savoir quel était le différend soumis à la Cour dans cette affaire.

Dans sa requête de 1973, la Nouvelle-Zélande, après avoir fait état des discussions entre les deux parties, indiquait au paragraphe 8 :

«Le Gouvernement français a clairement indiqué ... qu'il n'acceptait pas la thèse selon laquelle son programme d'expériences nucléaires en atmosphère dans le Pacifique Sud constituait une violation du droit international. Il y a donc un différend entre le Gouvernement néo-zélandais et le Gouvernement français en ce qui concerne la légalité des essais nucléaires atmosphériques dans la région du Pacifique Sud.» (*C.I.J. Mémoires, Essais nucléaires*, vol. II, p. 4.)

Ce passage se trouve dans la partie de la requête intitulée «Objet du différend», tout comme le paragraphe 10 qui ajoute :

«N'ayant pu résoudre par la voie diplomatique le différend qui l'oppose au Gouvernement français, le Gouvernement néo-zélandais se trouve contraint de le porter devant la Cour internationale de Justice.» (*Ibid.*)

Par conséquent, le différend dont la Nouvelle-Zélande a saisi la Cour en 1973 portait sur «la légalité des essais nucléaires atmosphériques». Ce

n'est pas la Cour qui a présumé, à fortiori à tort, que tel était le différend : c'est la Nouvelle-Zélande qui l'a défini ainsi, dans la partie essentielle de sa requête où elle explicitait formellement sa demande et la soumettait à la Cour.

Cette manière d'envisager le différend comme portant sur la licéité des essais nucléaires atmosphériques a été reprise au paragraphe 188 du mémoire soumis par la Nouvelle-Zélande en 1973. Sous le titre « Nature de la demande qui fait l'objet du différend et des droits dont la Nouvelle-Zélande sollicite la protection », ce paragraphe était ainsi libellé :

« Le différend qui oppose la Nouvelle-Zélande à la France a un caractère juridique. La Nouvelle-Zélande prétend que les essais atmosphériques d'armes nucléaires effectués par la France dans le Pacifique Sud violent les obligations juridiques de la France envers la Nouvelle-Zélande. La France a nié et continue à nier cette assertion. » (*C.I.J. Mémoires, Essais nucléaires*, vol. II, p. 203.)

Dans ce contexte, il n'est pas surprenant qu'à l'ouverture des audiences sur la compétence et la recevabilité, M. Lachs, Président, ait dit que la requête avait « introduit une instance contre la France relativement à un différend sur la légalité des essais nucléaires atmosphériques dans la région du Pacifique Sud » (*ibid.*, p. 250). Cette remarque n'a soulevé aucune contestation de la part des conseils.

La Cour a maintenu cette conception du but de l'instance après avoir examiné la totalité des éléments dont elle avait été saisie, y compris l'argumentation de la Nouvelle-Zélande. En résumant sa conclusion au paragraphe 29 de l'arrêt, la Cour a dit, dans un passage essentiel qui est rappelé dans l'ordonnance rendue aujourd'hui :

« la demande de la Nouvelle-Zélande doit s'interpréter comme uniquement applicable aux essais atmosphériques, 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; voir aussi, *ibid.*, p. 458, par. 1, et p. 461, par. 16).

La Nouvelle-Zélande n'a pas tenté de réfuter l'affirmation de la France selon laquelle aucun des auteurs d'opinions dissidentes jointes à l'arrêt n'avait contesté cet élément de la conclusion de la Cour (aide-mémoire de la France, 6 septembre 1995, par. 15). Le cadre du différend, défini de manière à la fois positive et négative par la Cour dans cette conclusion, cerne toujours le débat. Or, la licéité des essais souterrains se trouve hors de ce cadre.

III. LE PARAGRAPHE 63 DE L'ARRÊT AUTORISE-T-IL D'UNE AUTRE MANIÈRE LA DEMANDE DE LA NOUVELLE-ZÉLANDE ?

Il faut garder à l'esprit le caractère substantiel des chefs de demande de la Nouvelle-Zélande en ce qui concerne les essais souterrains actuellement

effectués par la France. La Nouvelle-Zélande ne demande pas simplement à la Cour de réexaminer, compte tenu de la situation nouvelle, les questions qui avaient fait l'objet de sa requête de 1973. Elle demande des décisions de fond à l'égard de la situation nouvelle, tout comme si, au lieu de sa demande, elle avait porté devant la Cour une affaire nouvelle. Sa demande d'examen de la situation vise à ce que la Cour se prononce sur la licéité des essais souterrains, et sa demande en indication de mesures conservatoires vise à obtenir des mesures empêchant la France de procéder aux essais. Les actes dont il est tiré grief sont des actes nouveaux. S'agit-il là d'un cas auquel une demande au sens du paragraphe 63 de l'arrêt de 1974 était censée s'étendre?

A mon avis, la réserve énoncée au paragraphe 63 de l'arrêt de 1974 ne visait pas à permettre à la Cour de s'attribuer et d'exercer une compétence à l'égard de questions nouvelles n'entrant pas dans le cadre de la relation juridictionnelle qui pouvait éventuellement exister entre les Parties lorsque la requête a été déposée en 1973. Si la Cour a compétence lors de l'introduction d'une instance, le principe affirmé à l'occasion de l'affaire *Nottebohm* lui permet de continuer à exercer cette compétence à l'égard du différend exposé dans la requête, même si la compétence est dénoncée en cours d'instance. La dernière phrase du paragraphe 63 de l'arrêt de 1974 signifiait qu'une demande présentée en vertu de ce paragraphe relèverait de l'application de ce principe, tout comme celui-ci se serait appliqué à l'affaire initiale si celle-ci s'était poursuivie. Cette phrase ne saurait être interprétée comme une tentative, de la part de la Cour, de s'arroger de son propre chef une compétence qui n'aurait pas autrement été la sienne. Je n'ai trouvé aucun principe de droit qui autorise la Cour à exercer une compétence qui a été dénoncée à l'égard de faits nouveaux survenus après la dénonciation, en l'occurrence quelque vingt et un ans après l'extinction de la compétence (à supposer qu'elle ait existé). Une demande qui tend à ce résultat n'est pas, à mon avis, une demande aux fins du paragraphe 63 de l'arrêt.

CONCLUSION

Ainsi qu'il appert d'autres opinions jointes à l'ordonnance, cette affaire soulève d'importantes questions de principe concernant le rôle et les fonctions de la Cour.

A cet égard, il convient de rappeler que la Cour est dénommée «Cour internationale de Justice», en gardant toutefois à l'esprit que le terme «justice» n'est pas entendu ici au sens large. Tout comme pour les tribunaux en général, «la fonction principale de la Cour [est] d'administrer la justice sur la base du droit» (*Incident aérien du 27 juillet 1955 (Israël c. Bulgarie), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1959*, p. 191, opinion dissidente collective). C'est ce qu'indique clairement le paragraphe 1 de l'article 38 du Statut qui énonce que la mission de la Cour «est de régler conformément au droit international les différends qui lui

sont soumis...» C'est pour cette raison que, dans sa propre jurisprudence, la Cour est parfois désignée comme un «tribunal judiciaire» qui «juge en droit» (*Plateau continental de la mer du Nord, arrêt, C.I.J. Recueil 1969*, p. 165, opinion dissidente de M. Koretsky, Vice-Président; *Conséquences juridiques pour les Etats de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1971*, p. 23, par. 29, et *Compétence en matière de pêcheries (République fédérale d'Allemagne c. Islande), fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1974*, p. 192, par. 45); c'est d'ailleurs ainsi que la Cour s'est décrite dans l'arrêt qu'elle a rendu en 1974 dans cette affaire (*Essais nucléaires (Nouvelle-Zélande c. France), C.I.J. Recueil 1974*, p. 476, par. 58).

Il ne faudrait pas pour autant en déduire que la Cour administre le droit de manière mécanique. Bien qu'elle ne jouisse pas de la plénitude des pouvoirs judiciaires dont disposent certains tribunaux nationaux, la Cour a néanmoins trouvé certaines occasions de faire preuve d'initiative, voire parfois de hardiesse. Notamment en cas de doute, sa ligne de conduite est utilement éclairée par des principes généraux de justice. Mais lorsque le droit est clair, c'est lui qui prévaut.

Or, il est clair en droit que la Cour ne peut agir que si elle est saisie d'un différend et qu'elle est alors tenue de rester dans le cadre de ce différend. Le différend dont la Cour a été saisie en 1973 procédait d'une demande de la Nouvelle-Zélande que la Cour a interprétée comme «uniquement applicable aux essais atmosphériques, *et non à des essais d'un autre type*» (les italiques sont de moi). En 1974, la Cour aurait agi *ultra petita* si elle avait tenté de se prononcer sur la licéité des essais souterrains (à supposer qu'elle en ait été priée), s'agissant là d'un autre type d'essais. La demande actuelle de la Nouvelle-Zélande vise à obtenir une décision quant à la licéité des essais souterrains. Les questions qu'elle cherche ainsi à soulever n'entrent pas dans le cadre du différend de 1973 que la Cour reste tenue de respecter.

C'est pour ces motifs que, bien qu'étant d'accord avec la Nouvelle-Zélande sur certains points, je n'ai pas jugé possible d'accueillir ses principaux moyens.

(Signé) Mohamed SHAHABUDEEN.