ANTONIO GRAÇA NETO

UM ESTUDO DE JURISPRUDÊNCIA DA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA NA PERSPECTIVA DA SEMIÓTICA JURÍDICA

FLORIANÓPOLIS
1997

ANTONIO GRAÇA NETO

UM ESTUDO DE JURISPRUDÊNCIA DA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA NA PERSPECTIVA DA SEMIÓTICA JURÍDICA

Dissertação apresentada ao Curso de Pós-graduação em Direito, Programa de Mestrado vinculado ao Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Santa Catarina, para a obtenção do título de Mestre em Direito.
Orientadora: Profª Drª Odete Maria de Oliveira

FLORIANÓPOLIS
1997

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA - UFSC
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
PROGRAMA DE MESTRADO

A DISSERTAÇÃO UM ESTUDO DE JURISPRUDÊNCIA DA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA NA PERSPECTIVA DA SEMIÓTICA JURÍDICA.

Elaborada por ANTONIO GRAÇA NETO

e aprovada por todos os membros da banca examinadora, foi julgada adequada para obtenção do título de Mestre em Direito.

Florianópolis, 29 de outubro de 1997.

BANCA EXAMINADORA

Profª Drª Odete Maria Oliveira - Presidente

Prof. Dr. Antônio Carlos Wolkmer - Membro

Prof. MSc. Orides Mezzaroba - Membro

Prof. Dr. Rogério Portanova - Suplente

ORIENTADORA Profª Drª Odete Maria Oliveira

COORDENADOR DO CURSO Prof. Dr. Ubaldo César Balthazar

PLURAL DE NUVENS

(Gilberto Mendonça Teles)

Se há um plural de nuvens e se há sombras
projetadas no texto das cavernas,
por que não mergulhar, tentar nas ondas
a refração dos peixes e das pedras?

Há sempre alguma névoa, um lado obscuro
que atravessa o poema. Há sempre um saldo
de formas laterais, um como escudo
que não resiste muito a teu assalto.

Se alguma luz na contraluz se esbate,
se há no curso dos dias sol e vento,
talvez na foz do rio outra cidade
venha no teu olhar amanhecendo.

Importa é caminhar, colher florzinhas,
somar os (im)possíveis e parcelas,
criar no tempo algumas coisas findas,
algumas ilusões e primaveras.

Importa é ler de perto a cavidade
das nuvens e espiar os seus não-ditos:
o mais são armas para o teu combate,
falsos alarmes para os teus sentidos.

RESUMO

Esta dissertação de mestrado aplica as principais categorias da semiótica jurídica na análise de um acórdão da Corte Internacional de Justiça, emitido em 22 de setembro de 1995.

Aquele julgamento encerra um procedimento jurídico envolvendo os governos da Nova Zelândia e da França. A controvérsia processual iniciou-se em razão dos testes nucleares subterrâneos que o governo francês anunciou que iria realizar nos atóis de Mururoa e Fangataufa, na região do Pacífico Sul.

A solicitação da Nova Zelândia, protocolada em 1995, visava a reabrir os procedimentos que ela havia proposto contra a França em 1973. A decisão da Corte, tomada em 1974, estabelecia que a Nova Zelândia poderia reabrir o processo caso a *base do julgamento* viesse a ser afetada.

A decisão tomada pela Corte em 1995, favorável à França, é analisada nesta dissertação à luz da semiótica greimasiana. Os modelos teóricos greimasianos usados aqui são aqueles elaborados por Eric Landowski e José Luiz Fiorin.

Esta dissertação também classifica as estratégias argumentativas da Corte de acordo com os protótipos delineados por Duncan Kennedy na sua proposta estruturalista, denominada *semiótica da argumentação jurídica.*

ABSTRACT

This master's dissertation applies the main categories of legal semiotics in the analysis of the International Court of Justice's judgment of 22 September 1995.

That judgment finishes a legal procedure involving the governments of New Zealand and France. The legal controversy started because of the underground nuclear tests that the French government announced it was about to undertake in the South Pacific attols of Mururoa and Fangataufa.

The 1995 application of New Zeland aimed to reopen the procedures it had moved against France in 1973. The decision of the Court, taken in 1974, established that New Zealand could reopen the process in case the "basis of the judgement" were to be affected.

The 1995 decision of the Court, favourable to France, is analysed in this dissertation in the light of Greimasian semiotics. The Greimasian theoretical models used here are the ones elaborated by Eric Landowski and José Luiz Fiorin.

This dissertation also classifies the argumentative strategies of the Court in accordance with the prototypes designed by Duncan Kennedy in his structuralist proposal, called "Semiotics of Legal Argument".

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO 05

CAPÍTULO 1 - ELEMENTOS PARA UMA ANÁLISE LINGÜÍSTICA DE UMA DECISÃO JUDICIAL

1.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS 14

1.2 O CONCEITO DE TEXTO 20

1.3 TEXTO E DISCURSO 25

1.4 DISCURSO JURÍDICO E MODALIDADE 26

1.5 POLIFONIA NO ACÓRDÃO 29

1.6 ARGUMENTATIVIDADE DO DISCURSO JURÍDICO 30

1.7 A DIMENSÃO PRAGMÁTICA 32

1.8 A ESTILÍSTICA DO TEXTO JUDICIAL 38

1.9A QUESTÃO DA INTERDISCURSIVIDADE 45

1.10 LEGALIDADE E LEGITIMIDADE 52

CAPÍTULO 2 - UM HISTÓRICO DA CONTROVÉRSIA *"PEDIDO DE UM EXAME DA SITUAÇÃO"*, ENTRE NOVA ZELÂNDIA E FRANÇA

2.1 O INÍCIO DO PROCESSO 57

2.2 DETALHES PROCESSUAIS 66

2.3 OS DEBATES ORAIS: A POSIÇÃO DA NOVA ZELÂNDIA 74

2.4 OS DEBATES ORAIS: A POSIÇÃO DA FRANÇA 79

2.5 O POSICIONAMENTO DA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA ... 83

2.6 A DECISÃO FINAL 88

CAPÍTULO 3 - O DISCURSO DA CORTE

3.1 NÍVEL FUNDAMENTAL 90

3.1.1 SEMÂNTICA FUNDAMENTAL 90

3.1.2 SINTAXE FUNDAMENTAL 98

3.2 NÍVEL NARRATIVO 103

3.2.1 SEMÂNTICA NARRATIVA 103

3.2.2 SINTAXE NARRATIVA 115

3.3 NÍVEL DISCURSIVO 135

3.3.1 SEMÂNTICA DISCURSIVA 135

3.3.2 SINTAXE DISCURSIVA 158

CONCLUSÕES 169

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS 179

ANEXO 186

Introdução

Esta dissertação pretende analisar, sob o prisma da semiótica jurídica, o acórdão da Corte Internacional de Justiça intitulado *"Pedido de um Exame da Situação"*.

O referido acórdão, que traz a data de 22 de setembro de 1995, encerra um procedimento contencioso que teve como partes adversas os governos da Nova Zelândia e da França.

É útil esclarecer que esta pesquisa se apresenta como um "estudo de caso". O método a ser usado é o lingüístico-semiótico. Usar-se-ão os subsídios da lingüística textual, da semiótica greimasiana e da análise do discurso.

A relação processual teve início em 21 de agosto de 1995 e está consubstanciada nos anais jurisprudenciais daquela Corte sob o nome de *Request for an Examination of the Situation in Accordance with Paragraph 63 of the Court's Judgment of 20 December 1974 in the Nuclear Tests (New Zealand v. France) Case.*

O episódio motivador do processo é a série de testes nucleares subterrâneos que a França realizou em 1995 nos atóis de Mururoa e Fangataufa, territórios franceses no Pacífico Sul.

Logo que a França anunciou que iria efetuar os referidos testes, surgiu um generalizado clamor internacional - principalmente na comunidade científica e no seio dos movimentos ecológicos - contra a iniciativa francesa.

As nações que são banhadas por águas do Pacífico Sul - as mais expostas ao risco de contaminação nuclear em virtude daqueles testes, mobilizaram-se intensamente em protesto contra a França. Destes países, seis resolveram propor medidas judiciais contra a França nas barras da Corte Internacional de Justiça: Nova Zelândia, Austrália, Samoa, Ilhas Salomão e Estados Federados da Micronésia.

Pode-se dizer que a França foi amplamente vitoriosa nesta batalha judicial.

De todas as intervenções judiciais apresentadas, a mais relevante e mais representativa é a da Nova Zelândia. Foi a mais cuidadosamente elaborada e a que mais recebeu atenção por parte da Corte. O mesmo acórdão que julgou a demanda da Nova Zelândia foi utilizado pela Corte para decidir as demandas dos outros países - que se apresentavam basicamente como "Intervenção de Terceiros".

O texto do acórdão que se usa nesta dissertação é a versão oficial da própria Corte Internacional de Justiça, publicada na Holanda.

Todas as vezes em que se faz citação literal do texto do acórdão, a versão em língua portuguesa que é apresentada é resultado de trabalho de tradução efetuado pelo autor desta dissertação. Cumpre informar que esta tradução é um

trabalho não-oficial, direcionado unicamente às finalidades operacionais da presente pesquisa.

No caso em que não se apresenta a tradução em língua portuguesa, o que se exibe é a versão oficial em língua inglesa.

A presente dissertação encontra-se dividida em três capítulos.

O *primeiro capítulo* apresenta ao leitor um panorama dos conceitos básicos de lingüística textual e de teoria da argumentação, necessários em qualquer abordagem de semiótica jurídica.

Neste ponto, cumpre informar quais os quadrantes teóricos que demarcam os limites desta dissertação.

A *lingüística textual* é um dos equipamentos teóricos que municiam a trajetória desta pesquisa. Ela é, basicamente, o núcleo temático que baliza o 1° capítulo da dissertação.

É fundamental enfatizar que as grandes linhas do *primeiro capítulo* desta dissertação refletem os subsídios conceituais fornecidos pelo mais importante manual de lingüística textual existente no Brasil, o livro *Lingüística Textual: Introdução* da autoria de Ingedore Grumfeld Villaça Koch e Leonor Lopes Fávero. O referido livro é um verdadeiro divisor de águas na história da lingüística textual em terras brasileiras, colocando-se como um compêndio indispensável a qualquer pessoa que queira desenvolver pesquisa nesta área.

Além de explanar os conceitos básicos da lingüística textual, o primeiro capítulo busca criar uma ponte entre estes conceitos e o mundo jurídico. Assim, o ponto de partida do primeiro capítulo é o *texto,* no sentido genérico, e o ponto de chegada é o *texto jurídico.* Apresentam-se os traços de uma categoria genérica para depois se fazer uma descrição de algo bem mais específico.

No *segundo capítulo,* o que se faz é um resumo do processo.

Trata-se da tarefa, absolutamente essencial, de colocar o leitor a par dos fatos e dos argumentos que preenchem as páginas do acórdão *Pedido de um Exame de Situação.*

Compulsando as folhas do acórdão, é fácil perceber que o mesmo apresenta algumas divisões bem definidas e distintas.

A primeira parte é o *texto principal* do acórdão, ou seja, aquela redação que é pública e oficialmente apresentada como a voz autorizada e assumida da Corte Internacional de Justiça.

Este *texto principal* é o *corpus* primário a ser focalizado por esta dissertação. Ele é a encarnação lingüística da Corte Internacional de Justiça.

Além da manifestação oficial da Corte, o acórdão também contém as declarações de voto de alguns juízes.

É importante destacar que estas declarações de voto, apesar de serem parte integrante do acórdão, não constituem a *voz oficial* da Corte.

Consequentemente, deve-se considerar que estas declarações de voto manifestam opiniões individuais de juízes diversos, cada um falando em nome de si mesmo.

Entre as diversas declarações de voto, chamam atenção, pela extensão e pela densidade argumentativa, as manifestações dos três juízes que votaram a favor da Nova Zelândia: Christopher Weeramantry, Abdul Koroma e Geoffrey Palmer.

Entretanto, as declarações de voto não são focalizadas no segundo capítulo.

A opção adotada foi de fazer um resumo exclusivamente do *texto principal* do acórdão. Deve-se levar em conta que um trabalho de dissertação tem limitações de tamanho e de alcance. Resumir o material completo do acórdão, incluindo tanto o texto principal quanto as declarações de voto, certamente que implicaria em trazer ao leitor uma descrição por demais extensa e cansativa.

Assim, decidiu-se colocar a apresentação de uma síntese apenas do texto principal. Trata-se de uma descrição bem fiel e pormenorizada - de modo que o leitor pode perfeitamente substituir a leitura do texto principal do acórdão pela leitura do 2° capítulo desta dissertação.

Deste modo, pode-se dizer que o segundo capítulo é um relatório do texto principal do acórdão.

Por fim, a dissertação encerra-se com um *terceiro capítulo.*

Tem-se neste capítulo um mergulho mais profundo nas águas da semiótica propriamente dita.

Considerando que a lingüística, na concepção aqui adotada, é uma subdivisão da semiótica, conclui-se que o terceiro capítulo tem um raio de abrangência muito mais amplo que o primeiro capítulo.

No capítulo inicial, projetado claramente nas marcas da lingüística, o que interessa basicamente é o *texto do acórdão,* ou seja, aquela peça escrita que instrumentaliza a decisão da Corte.

Já no capítulo final, a perspectiva lingüística cede terreno para uma abordagem muito mais abrangente, o *tratamento semiótico.*

Conseqüentemente, o que se focaliza aqui já não é mais o *texto* do acórdão, e sim algo que está por detrás dele, algo muito mais difuso e amplo: o *discurso da Corte.* Aliás, pode-se mesmo dizer que a semiótica jurídica se ocupa de um estrato ainda mais complexo que o discurso: o *percurso gerativo do sentido.*

Nesta instância, a semiótica jurídica trata de questões densamente estruturais relativas ao acórdão e a tudo que ele representa. Quais são os mecanismos pelos quais se constrói o significado de um discurso jurídico, ou no nível mais superficial em que ele se manifesta, o texto? Quais são as diversas etapas na construção do significado de uma mensagem jurídica, seja em nível discursivo ou em

nível textual? Quais são os grandes processos de significação que englobam uma decisão da Corte Internacional de Justiça?

Importa frisar que a matriz da semiótica jurídica aqui trabalhada é o *modelo estruturalista.*

Cuida-se, basicamente, da chamada *semiótica greimasiana.*

Por uma questão de recorte didático e científico, optou-se por não abordar os instrumentais da semiótica peirceana e todas as suas derivações.

A semiótica greimasiana é invocada através de suas versões mais contemporâneas.

Um dos modelos é a *sociossemiótica* (aplicada ao direito) do francês Eric Landowski, um dos mais abalizados continuadores, no momento atual, da notável obra de Julien Greimas.

Um outro modelo que serve de inspiração é a *teoria semiótica do direito* do britânico Bernard Jackson. Professor de direito da cátedra "Rainha Vitória" da Universidade de Liverpool (Inglaterra), o autor inglês coloca-se hoje como a figura de maior relevo na semiótica jurídica de língua inglesa.

Outra contribuição fundamental, neste terceiro capítulo, é a dos autores que elaboram *tipologias dos argumentos jurídicos.* Considerado já por demais explorado o percurso de Chaïm Perelman, esta dissertação prefere classificar

os argumentos jurídicos segundo os sistemas de Tercio Sampaio Ferraz Jr. e Duncan Kennedy.

Não se pode ignorar que a abordagem de Tercio Sampaio reflete forte influência do próprio Perelman, bem como do pesquisador alemão Theodor Viehweg.

Duncan Kennedy, a seu turno, faz o seu estudo da argumentação jurídica com uma forte dicção estruturalista, reportando explicitamente o uso de uma matriz antropológica - o trabalho de Claude Lévi-Strauss. O brilhante docente de Harvard admite abertamente esta influência no seu trabalho seminal - *Semiotics of Legal Argument*.

Por fim, é sobremaneira necessário destacar a contribuição de José Luiz Fiorin e Diana Luz Pessoa de Barros, os dois lingüistas brasileiros que mais contribuíram para a divulgação da semiótica greimasiana neste país. Não se ocupam especificamente com o discurso jurídico, visto que os seus trabalhos estão direcionados para a literatura. Entretanto, a flexibilidade das categorias da semiótica greimasiana permite um uso cruzado de conceitos nas diversas modalidades de construção narrativa. Afinal, este tipo de transposição é próprio do estruturalismo,

No mais, resta sublinhar que este trabalho é um estudo *semiótico*. A semiótica, com todas as extraordinárias complexidades que apresenta, oferece um instrumental riquíssimo para se analisar qualquer fala do mundo contemporâneo,

especialmente aquelas que são produzidas em meios institucionais, tais como a Corte Internacional de Justiça.

Por esta razão, constitui-se num modo extremamente original de se conhecer a locução de um órgão jurídico-político como aquela Corte.

O que é que se ganha com esta abordagem? Ganha-se um novo nível de inteligibilidade. A linguagem jurídica deixa de ser uma esfera de conhecimentos intuitivos e passa a ser objeto de uma análise do discurso.

O objetivo deste trabalho é colaborar com a proposta desta nova disciplina.

É este, acima de tudo, o objetivo proposto.

CAPÍTULO 1
ELEMENTOS PARA UMA ANÁLISE LINGÜÍSTICA DE UMA DECISÃO JUDICIAL

1.1 Considerações Iniciais

Quando se decide utilizar elementos da lingüística e da semiótica para estudar uma decisão judicial, algumas questões se colocam de maneira muito destacada perante o pesquisador.

Em primeiro lugar, qual a utilidade de uma tal análise? Diante da avultada importância dos aspectos sociopolíticos de uma decisão proferida por um tribunal internacional, por que razão buscar no mundo dos signos, textuais e extra-textuais, uma explicação válida para as ocorrências do mundo jurídico?

Bem, supondo que se articule uma resposta consistente para a pergunta anterior, com a conclusão de que é válido o instrumental lingüístico para se analisar os fenômenos jurídicos, aparece logo uma segunda questão. Que instrumental teórico utilizar? Que tipo de análise fazer? Construir que tipo de semiótica? Trabalhar nos quadros de qual lingüística?

Pode-se articular uma resposta puramente epistêmica para a primeira questão. Pode-se dizer que a validade de se construir qualquer saber está na dignidade da ciência enquanto ciência. Ou seja, o fazer científico - mesmo com

escassa utilização prática - é uma tarefa que dignifica o homem. Construir a ciência - mesmo a ciência mais abstrata, mais estratosférica - é construir o próprio homem.

O banquete da ciência é uma farta mesa, onde se combinam os mais variados sabores e matizes. Alguns alimentos são essenciais, colocando-se como indispensáveis à sobrevivência do próprio homem. Outros alimentos são dispensáveis à sobrevivência, mas são também importantes porque tornam a refeição mais agradável e ajudam na ingestão dos outros alimentos.

Colocando à parte esta possível resposta - aliás, uma resposta muito plausível - pode-se dizer que fazer lingüística e semiótica revela uma insuspeita utilidade ao estudo do mundo jurídico.

Através do estudo lingüístico-semiológico, pode-se acessar o núcleo eficaz da juridicidade: a linguagem. O direito é feito, fundamentalmente, de linguagem. Fazer o direito é fazer linguagem. Os artefatos do mundo jurídico são construídos de discurso. As falas do mundo jurídico são textos cuidadosamente construídos para terem eficácia na esfera social e política.

É exatamente na sua textualidade que reside a sua eficácia discursiva.

O discurso jurídico é um discurso eficiente porque se articula e se realiza em textos coerentes e coesos que chamamos de leis, sentenças, acórdãos e etc.

Esta eficiência discursiva pode ser usada tanto no sentido ativo quanto no passivo.

Assim, há operadores jurídicos que se valem da malha discursiva para fornecer - ou tentar fornecer - respostas reais aos problemas da sociedade. Apresenta-se aqui o discurso jurídico como instrumento. Desta forma, o texto se coloca como um artefato argumentativo, dentro de um processo pragmático de consecução de objetivos prefixados.

Por outro lado, há os operadores jurídicos que, ao invés de instrumentalizarem o discurso jurídico, se deixam instrumentalizar por ele. Não é o operador eficiente que se utiliza do discurso, mas é o discurso eficiente que se utiliza do operador. Freqüentemente, este operador argumenta que não está construindo um texto novo - diz que está apenas interpretando um texto preexistente.

Desta forma, o seu fazer textual se coloca, basicamente, como um fazer exegético. Trata-se de fazer textos que interpretam outros textos.

O outro operador certamente que não se descuida desta dimensão interpretativa do seu trabalho. Apenas ressalva que esta interpretação não pode ser uma interpretação passiva. Não é uma paráfrase, ou seja, um texto que reproduz com outras palavras aquilo que o outro texto já disse. É uma releitura: uma interpretação que capta o sentido original que um texto possuía no passado e lhe acrescenta um outro sentido possível para o tempo presente.

Aqui, o ato de interpretação, neste sentido ativo, é muito mais um trabalho de *hermenêutica*. O hermeneuta busca descobrir o sentido do texto dialogando ativamente com ele. O exegeta, por sua vez, exerce uma função mais tranqüila, mais passiva: ele busca apenas ouvir o texto e reproduzir sua voz.

Através da análise lingüística, o objetivo desta dissertação é desvendar os mecanismos de trabalho destas duas vertentes, no âmbito da sua própria seara de trabalho: a construção do discurso jurídico.

É curioso que tanto o exegeta que só faz exegese quanto o hermeneuta que só faz hermenêutica, julgam estar servindo a uma visão democrática de fazer jurídico.

Provavelmente, o que melhor serve à democracia é aquele que combina de maneira equilibrada as duas dimensões. A interpretação que pura e simplesmente reproduz o sentido da lei pode tornar esta mesma lei inflexível para responder às novas demandas do mundo concreto. Por outro lado, uma ousadia excessiva na criação de interpretações extensivas e analógicas pode tornar o discurso do operador completamente ineficaz, suspeito de partidarismo e subjetivismo , silenciado pelos mecanismos institucionais de neutralização dos extremos.

É para compreender todos estes fenômenos que se torna sobremaneira útil o instrumental técnico da lingüística.

Através da lingüística textual e discursiva, torna-se possível a entender tecnicamente a linguagem do direito.

Quando o operador está fazendo hermenêutica e quando está fazendo exegese? A semântica e a análise do discurso podem ajudar a responder esta pergunta. A semântica trabalhando no nível das palavras e a análise do discurso atuando no nível macroestrutural.

Deve-se destacar que a sutil confusão que se faz aqui entre "semiótica" e "lingüística" é um tanto intencional. É que a semiótica que se trabalha aqui é basicamente um método de análise de textos. O universo jurídico é um mundo simbólico com múltiplos sistemas de significação. Entretanto, pretende-se trabalhar basicamente as significações que estão presentes no texto e através do texto.

Sendo assim, esta semiótica que trabalha o mundo sígnico de um discurso bem concreto e corporificado (um acórdão da Corte Internacional de Justiça), é uma semiótica que se entrelaça com a lingüística comum. É uma semiótica que se ocupa da língua escrita e falada. Não cuida-se aqui de pesquisar o rico universo significativo de outros sistemas simbólicos, em que pese a sua importância.

Visto que se trata de uma semiótica do texto e de uma lingüística do texto, pode-se dizer que é um trabalho mais concreto do que se pode imaginar.

Finalmente, é preciso enfatizar que compreender melhor é um passo importante para se agir melhor.

Entender melhor o discurso do direito é habilitar-se para produzir com mais eficiência este discurso.

Ao se articular uma gramática do discurso jurídico (ou pelo menos um ensaio da mesma), o objetivo é fornecer uma modesta contribuição a todos os operadores que podem (e devem) conhecer a argumentação jurídica para melhor utilizá-la.

Todo o desenvolvimento deste trabalho científico será orientado nos quadros desta finalidade.

1.2 O conceito de texto

Considerando que o material de trabalho aqui utilizado - o acórdão da Corte Internacional de Justiça - é um *texto,* revela-se a necessidade de esclarecer, em primeiro lugar, o que é um *texto.* Fazendo-se o esclarecimento do que isto significa, o leitor estará preparado para visualizar o que é um *texto jurídico.*

Neste ponto é útil observar que o conceito de texto é um desenvolvimento relativamente recente na esfera da lingüística. No livro de Ingedore Villaça Koch e Leonor Lopes Fávero *Introdução à lingüística textual* encontra-se um histórico completo desta disciplina. É útil retransmitir aqui estes dados interessantes: isto será feito nos parágrafos seguintes.

Apesar de o termo *lingüística textual* já ser encontrado nos trabalhos de Cosériu, em 1955, foi apenas em 1966 que este termo foi empregado por Weinrich com o sentido que atualmente possui.

A partir desta inserção pioneira, os anos seguintes assistiram a um notável florescimento na reflexão sobre este tema lingüístico. Muitos autores começaram a se debruçar sobre esta questão, destacando-se Hartung, Thümel, Hartmann, Petöfi, VanDijk.

A pesquisa sobre o tema, principalmente na Alemanha, passou a receber atenção redobrada. Formaram-se núcleos de pesquisa em Bielefeld, Hamburgo, Colônia, entre outros lugares.

A própria denominação da disciplina passou a ser objeto de vivos debates.

Falou-se em Teoria do Texto (Schmidt), Hipersintaxe (Palek), Translingüística (Barthes), Textologia (Harweg), Teoria da Estrutura do Texto - Estrutura do Mundo (Petöfi), etc.

A necessidade de estudar o texto, de torná-lo um objeto de análise da lingüística, nasceu no momento em que se percebeu que muitos problemas da linguagem não podiam ser resolvidos com o estudo das frases isoladas.

O estudo da frase e da oração, em que pese a sua fecundidade como ponto de partida da lingüística moderna, deixava em aberto muitas questões que apenas uma análise das unidades lingüísticas maiores poderia resolver.

Num primeiro momento, a tendência dos lingüistas era naturalmente considerar o texto como um simples conjunto de enunciados. Ou seja, o texto como soma de frases, uma seqüência coerente de enunciados.

O segundo momento da lingüística textual é aquele em que se percebe que o texto é muito mais que um conjunto de enunciados. Trata-se aqui de elaborar uma *gramática do texto* exatamente para dar conta desta diferença entre ele

e o enunciado. Os objetivos aqui são, basicamente, determinar os fatores que fazem texto ser o que é, estabelecer os critérios que o fazem um ser completo, e também os critérios de diferenciação dos diversos tipos textuais.

Finalmente, deve-se mencionar que a lingüística textual evoluiu para um terceiro momento, momento em que já se fala na construção de uma *teoria do texto.*

Neste terceiro desenvolvimento, articula-se a inserção de uma *dimensão pragmática* no conceito de texto.

O que seria esta dimensão pragmática? Esta dimensão pragmática é a funcionalidade do texto na situação comunicativa. Pergunta-se aqui: como é que se ele se insere no processo de comunicação? Como encarar o fazer-texto como um ato comunicativo?

Já não se visualiza, neste ponto, o texto-enquanto-texto, como puro artefato lingüístico. Ele é um fenômeno de comunicação - tanto na sua produção quanto na sua compreensão. Ele é um elo comunicativo entre um emissor e um receptor.

Num cruzamento da teoria dos atos de fala com um enfoque gerativista, a pragmática constrói o conceito de *competência comunicativa.* Esta competência é a habilidade de usar a linguagem de modo apropriado a cada situação. Tal conceito, elaborado por Schmidt, pode ser obviamente aplicado ao

mundo do texto - enquadrando-se este como um modo - muito elaborado - de uso da linguagem.

Feitos estes apontamentos sobre a história da Lingüística Textual, pode-se tratar diretamente dos diversos conceitos de texto existentes na literatura especializada.

Neste sentido, é útil reproduzir as notas de Ingedore Villaça Koch e Leonor Lopes Fávero, extraídas do seu excelente compêndio *Lingüística Textual: Introdução*

> "Lewandowski (1975: 734 ss.) ressalta que a caracterização, delimitação e determinação do que seja o texto (para ele sinônimo de discurso) têm sido feitas adotando-se pontos de vista bastante diversos. Em algumas definições, procura-se caracterizar a sua essência, como por exemplo: "o signo lingüístico original, a possibilidade fundamental da ocorrência da língua" (Hartmann, in Stempel, 1971: 10). Outras vezes, leva-se em conta o aspecto funcional-intencional, por exemplo, "porção suficiente do discurso capaz de exercer funções, (...) no sentido e no quadro de uma função discursiva"(Hartman, 1971: 10) e "unidade lingüisticamente completa, conforme a intenção do emissor e/ou do receptor, construída segundo as regras da gramática" (Dressler, 1972: 1)." (SCHMIDT, in ALTHAUS et al., 1973 : 239).[1]

Tudo isto considerado, já se têm aqui os elementos que permitem a feitura de um conceito de *texto jurídico*; e, mais do que isto, um conceito de texto jurídico que seja especialmente relacionado com a idéia de acórdão.

---

[1]KOCH, Ingedore G. V.; FÁVERO, Leonor Lopes. *Lingüística textual*: introdução. 3 ed. São Paulo : Cortez, 1994, p. 21

Aliás, bem mais do que um conceito (coisa às vezes um tanto fechada e limitativa), a mais consistente compreensão de texto jurídico apresenta-se muito mais como uma teia de idéias, uma arquitetura conceitual que colhe algumas intuições mestras no campo da lingüística e as aplica no mundo da reflexão jurídica.

Pode-se dizer do *texto jurídico*, e também do *acórdão*, reflexamente, que apresentam as características comuns a outros textos e outras que lhe são peculiares. Focalizar-se-ão estas características nas notas apresentadas aqui.

1.3 Texto e Discurso

O acórdão é um texto jurídico particularizado que é porção delimitada do discurso jurídico globalmente considerado. Trabalha-se aqui na trilha de Hartmann, que considerava o texto como "porção suficiente de um discurso capaz de exercer funções, no sentido e no quadro de uma função discursiva" e que também apontava o texto como "unidade lingüisticamente completa, conforme a intenção".

É interessante observar que o conceito de Hartmann constrói uma polaridade inversa àquela visualizada por outros lingüistas.

Para Hartmann, o texto é um segmento do discurso. O texto é uma mensagem específica, particularizada, delimitada, enquanto o discurso é uma realidade ampla, genérica e difusa.

Analogamente, pode-se considerar o acórdão como um elemento integrante desta vasta tapeçaria lingüística que é o discurso jurídico.

1.4 Discurso jurídico e modalidade

O *acórdão* é um texto eminentemente *modal*. Isto significa que ele é um discurso cujos produtores não apenas produzem o discurso mas estão constantemente emitindo opiniões sobre o conteúdo do discurso

Os juizes, quando emitem os seus votos, não estão relatando uma realidade - objetivamente considerada - eles estão construindo, ou melhor, constituindo uma realidade. Mesmo que o acórdão tenha elementos de relato (e sempre os contém) - este ato de relatar é de importância secundária em relação ao ato de opinar.

Esta dimensão modalizante, este caráter opinativo, é próprio da substância do acórdão. Ou seja, sem ela o acórdão deixa de ser acórdão.

Pode-se colher uma importante definição de modalidade no trabalho de Ingedore Grunfeld Villaça Koch, *Argumentação e Linguagem*:

> Dentro de uma teoria da linguagem que leva em conta a enunciação, consideram-se modalizadores todos os elementos lingüísticos diretamente ligados ao evento de produção do enunciado e que funcionam como indicadores das intenções, sentimentos e atitudes do locutor com relação ao seu discurso. Estes elementos caracterizam os tipos de atos de fala que se deseja

> desempenhar, revelam o maior ou menor grau de engajamento do falante com relação ao conteúdo proposicional vinculado, apontam as conclusões para as quais os diversos enunciados podem servir de argumento, selecionam os encadeamentos capazes de continuá-los, dão vida, enfim, aos diversos personagens cujas vozes se fazem ouvir no interior de cada discurso[2].

O acórdão traz modalidades que são predominantemente *modalidades deônticas*. Isto quer dizer que as manifestações opinativas dos juizes dizem respeito, na maioria das vezes, ao reino do dever-ser.

Na *enunciação modal deôntica*, o enunciador expõe uma conduta e emite um juízo sobre ela, dizendo se é obrigatória/proibida/permitida.

Entre os juristas, encontra-se um interessante esclarecimento a respeito de modalidade no trabalho de Tercio Sampaio Ferraz Jr.

Para este doutrinador, o que explicita a modalidade é o elemento que ele chama de funtor:

> Esta última observação nos conduz ao terceiro critério pragmático: a distinção pelo funtor. O termo funtor nos vem da lógica. Trata-se de operadores lingüísticos que nos permitem modalizar as asserções. Assim a asserção "isto é comprar" pode ser modalizada por funtores como: é proibido comprar, é permitido comprar, é vedado comprar, é obrigatório comprar. Dentre os inúmeros funtores de que se vale a linguagem normativa, a doutrina seleciona três e distingue, então, três tipos de norma: preceptivas, proibitivas e permissivas. As primeiras regem pelo funtor deôntico (de-ontos: dever-ser) é obrigatório. As segundas, pelo funtor é proibido. Do ponto de vista lógico, os dois

[2] KOCH, Ingedore G. V. *Argumentação e linguagem*. 2. ed. São Paulo : Cortez, 1987, p. 138.

> primeiros são comutáveis: pode-se dizer é obrigatório o ato de comprar ou é proibida a omissão de comprar[3].

É útil observar que a modalização deôntica pode - ou não - estar associada a uma modalização axiológica. Ou seja, quando um magistrado, julga que uma conduta é juridicamente permitida, ele pode incluir no seu julgamento um dos seguintes raciocínios: a) tal conduta é juridicamente lícita e moralmente positiva; b) tal conduta é imoral - mas infelizmente o direito a permite.

A possibilidade de dissociação entre modalidade deôntica e modalidade axiológica é um dos pontos centrais da doutrina positivista. No caso específico do processo Nova Zelândia x França, foi esta uma das questões que mais dividiram a Corte Internacional de Justiça.

---

[3] FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito.* São Paulo : Atlas, 1988, p. 125.

1.5 Polifonia no acórdão

O acórdão é estruturalmente *polifônico*. A Corte Internacional de Justiça, como a grande maioria dos tribunais, manifesta-se como um leque de vozes heterogêneas e diferenciadas entre si.

Não existe, nos seus julgamentos, qualquer intenção de apresentar-se à comunidade internacional como um coro harmônico de vozes orquestradas. Pelo contrário, a possibilidade de sérias divergências doutrinárias entre os seus membros é mesmo uma condição necessária à sua legitimidade como órgão judicante.

Não houvesse esta multiplicidade de pontos-de-vista entre os seus membros e a Corte já seria questionada em sua razão-de-ser como órgão colegiado.

Até mesmo as decisões unânimes de um tribunal envolvem a idéia de polifonia. Estas decisões podem desfrutar de um grande prestígio exatamente porque diversos juizes chegaram a mesma conclusão através de mecanismos intelectuais diferenciados.

1.6 Argumentatividade do discurso jurídico

O acórdão é essencialmente argumentativo, e é polifônico na sua argumentatividade.

Os juizes não apenas decidem o caso que lhes é apresentado mas procuram ser convincentes na sua decisão.

O tribunal tem por obrigação persuadir as partes - ou pelo menos tentar persuadi-las - de que a decisão tomada tem a ver com motivos profundamente racionais. Ou seja, a decisão tem que ser *razoável*. Não necessariamente justa - é o que diz a doutrina positivista - mas certamente razoável, no sentido de ser uma decisão que se explica com motivos racionais.

É através da argumentatividade e pela argumentatividade que se justifica a polifonia. Os juizes que formam a corrente majoritária se legitimam na Corte à medida que são obrigados a responder os questionamentos da minoria dissidente. Os dissidentes, por sua vez, tornam-se legítimos pelo fato de contribuírem para legitimar o sistema como um todo.

A noção de argumentação que aqui se utiliza está relacionada com a díade perelmaniana argumentador/auditório.

Para Chaïm Perelman, o argumentador só se coloca como argumentador porque supõe a existência (real ou virtual) de um auditório a ser convencido.

É Eduardo Guimarães quem comenta o conceito de argumentação em Chaïm Perelman:

> Neste pano geral, a argumentação é vista como a busca da persuasão de um auditório (alocutário) pelo locutor. Nesta perspectiva é que se pode dizer que a relação locutor/alocutário é constitutiva da enunciação, no sentido de que esta se faz na procura de procedimentos próprios para persuadir o alocutário. Ou seja, a representação do alocutário constitui o próprio modo de argumentar. E é importante ressaltar aqui que para Perelman a argumentação não é vista como um acessório a serviço da transmissão da verdade.[4]

[4] GUIMARÃES, Eduardo. *Texto e argumentação.* Campinas : Pontes, 1987, p. 24.

1.7 A dimensão pragmática

Só se pode afirmar que um texto é acórdão em virtude de regras de reconhecimento de natureza *pragmática*.

É bem verdade que um texto pode conter toda estrutura, organização e formalidades que são típicas de um acórdão. Entretanto, só será verdadeiramente um acórdão se for produzido por um tribunal investido de poderes para decidir casos concretos que lhe são apresentados. Igualmente, faz-se necessário que o tribunal produza o acórdão dentro de um contexto processual específico.

Por esta razão, pode-se afirmar que critérios internos ao texto - sejam critérios semânticos, sejam critérios sintáticos - são insuficientes para definir o acórdão enquanto acórdão. Há que se consultar toda uma multiplicidade de fatores (sociais, políticos, jurídicos, institucionais, enfim) para se saber se quem o produziu tinha competência para fazê-lo.

Neste aspecto, a pesquisa lingüística que se propõe a estudar este tipo de texto jurídico deve levar em conta, de maneira especial, todos os estudos que têm sido feitos sob a rubrica de pragmática.

Como pragmática, entenda-se aqui a vertente da lingüística que busca entender as condições de produção e compreensão dos enunciados. Desta forma, pode-se dizer que a pragmática é a *lingüística do contexto*; é ela que investiga quais as circunstâncias externas que rodeiam a frase, a sentença, o texto.

Considerando toda a espessura social do fenômeno jurídico, considerando que não se pode entender devidamente a normatividade abstraindo-se o seu leito sociológico, é frisante que esta dimensão pragmática ocupa grande centralidade na lingüística dos textos jurídicos.

Uma importante indicação dos objetivos da pragmática é fornecida pelo lingüista holandês Teuen Van Dijk, figura de destacado relevo na lingüística textual de matriz gerativista:

> Como um terceiro componente principal de qualquer TEORIA SEMIÓTICA, a pragmática terá a tarefa de estudar "as relações entre os signos e seus usuários". Se a pragmática é distinta da psicologia e das ciências sociais, isto nos diz pouco acerca do objeto preciso da discrição e da explicação. Em qualquer caso, se uma teoria pragmática a desenvolver ainda deve ser parte de uma teoria da linguagem, terá que dar conta dos fenômenos SISTEMÁTICOS dentro do domínio desta teoria. Isto é, para a pragmática deve assinalar-se um domínio empírico que conste de regras convencionais da língua e manifestações destas na produção e interpretação das expressões. Em concreto, deve fazer uma contribuição independente da análise das condições que fazem ACEITÁVEIS as expressões em alguma situação para os falantes.[5]

[5] Como un tercer componente principal de cualquier TEORIA SEMIÓTICA, la pragmática tendrá la tarea de estudiar "las relaciones entre los signos y sus usuarios". Si la pragmática es distinta de la psicologia y de las ciencias sociales, esto nos dice poco acerca del objeto preciso de la discripción y de la explicación. En cualquier

Neste projeto de lingüística, observa-se uma vinculação de Van Dijk a um conceito gerativista de pragmática. O lingüista holandês atribui a sua ciência a tarefa de formular os critérios de *gramaticalidade* dos textos e enunciados.

Assim, na visão gerativista, tem-se que a finalidade da lingüística é responder, diante de uma multiplicidade de enunciados, quais são os enunciados *gramaticais* e quais são os enunciados *agramaticais*.

A distinção fundamental entre os diversos ramos da lingüística seria o ponto focal deste julgamento de gramaticalidade.

---

caso, si una teoria pragmática a desarollar aún debe ser parte de una teoria del lenguage, tendrá que dar cuenta de los fenômenos SISTEMÁTICOS dentro del dominio de esta teoria. Esto es, a la pragmática debe asignalársele un dominio empírico que conste de regras convencionales de la lengua y manifestaciones de éstas em la produción y interpretación de las expresiones. En concreto, debe hacer una contribución independiente al análisis de las condiciones que hacen ACEPTABLES las expresiones en alguna situación para los hablantes. (VAN DIJK, Teuen Adrianus. *Texto y contexto*. 3. ed. Madrid: Catedra, 1988, p. 270).

Enquanto a sintaxe e a semântica julgam a gramaticalidade do enunciado como *objeto*, a pragmática julga a gramaticalidade do enunciado como *ato*.

No plano do trabalho textual, afirma-se que a semântica e a sintaxe julgam os critérios *textuais*, internos, literais, que tornam um texto aceitável; enquanto a pragmática julga os critérios *contextuais*, externos, não-literais, que definem a aceitabilidade deste mesmo texto.

Semelhante raciocínio pode ser aplicado na esfera jurídica.

Um escrito pode ter um *texto* de acórdão, ter a *semântica* e a *sintaxe* que são próprias de um acórdão, ter as palavras, os enunciados, a organização e a estrutura típicas de um acórdão.

Entretanto, este escrito só será verdadeiramente um acórdão se tiver a *pragmática* de acórdão. Ou seja, se reunir as condições de produção e compreensão que caracterizam um acórdão. No pólo da produção é necessário que tenha sido produzido por um tribunal dentro da sua esfera de competência e no contexto de um processo jurídico real. No pólo da compreensão, é necessário que este texto seja interpretado como acórdão pela comunidade sobre a qual o tribunal têm jurisdição.

Esta intuição - a de que a validade de um enunciado jurídico se mede pelo seu contexto bem mais que pelo seu texto - não é nova na ciência jurídica.

Já em Tercio Sampaio Ferraz Jr. encontra-se este critério de reconhecimento pragmático em suas reflexões sobre a validade da norma jurídica:

> De um ângulo pragmático (cf. Ferraz Jr. 1986: cap. 4), devemos dizer que a validade exprime uma relação entre o papel institucionalizado de autoridade e o de sujeito, portanto, entre os comunicadores normativos (ver item 4.1.4). Distinguimos entre o relato da norma (aquilo que é prescrito, o seu conteúdo, a *facti species*) e o cometimento (a relação entre emissor e receptor). Quem diz: "venha cá!" e quem diz: "por favor, venha até aqui" exprimem o mesmo relato, mas expressam uma relação diferente (no primeiro caso, temos um comando; no segundo, uma solicitação). Ora, diante de uma reclamação, a reação do receptor pode ser de confirmá-la (ele a aceita), rejeitá-la (ele a nega) ou desconfirmá-la (ele se comporta com indiferença, como se ela não existisse). Quando, ao enviar sua mensagem, o emissor consegue, de antemão, conformar a confirmação, rejeitar a rejeição e desconfirmar a desconfirmação do receptor com respeito à relação que ele transmite, dizemos que ele assume o papel de autoridade e o receptor, de sujeito. A relação de autoridade exige confirmação, admite uma rejeição (pois, para rejeitar, é preciso antes confirmar, só se rejeita o que de algum modo se aceitou) mas não suporta a desconfirmação (o receptor que se porta com indiferença desqualifica a autoridade). No exemplo dado, isto significaria enviar um comando - "venha cá" - num tal tom de voz que o receptor não se atreveria a ignorar a mensagem.
>
> Pois bem, temos uma norma válida quando a relação de autoridade entre emissor e receptor está imunizada contra reações de desconfirmação: estas reações ficam, de antemão, neutralizadas, isto é, mesmo que ocorram é como se não existissem como tais[6].

Tal raciocínio se aplica de maneira especialmente apropriada na análise pragmática de um acórdão.

---

[6] FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito.* São Paulo : Atlas, 1988, p. 171.

Pode-se discordar de uma decisão judicial contida num aresto. Pode-se concordar com esta decisão.

Só não se pode negar que aquele texto é uma decisão judicial. Afirma-se, desta maneira, que o acórdão é um texto imunizado contra o descrédito - ele pode ser aceito ou rejeitado no seu conteúdo, mas não pode ser desconfirmado na sua eficácia institucional.

Esta possibilidade de se abstrair a repercussão pragmática de um texto jurídico do seu sentido semântico ou de sua organização sintática é mesmo uma das condições de funcionamento do aparelho judicial.

1.8 A estilística do texto judicial

Os acórdãos são marcados pela utilização de um *registro* lingüístico que lhes é peculiar.

Por registro, entenda-se aqui uma variante da língua, um jargão profissional que tipifica uma determinada classe de falantes da língua - especialmente no exercício de sua ocupação.

É sabido por todos que a linguagem da jurisprudência é caracterizada por uma fala empostada, empolada, rica no seu vocabulário, detalhista nas suas descrições e repetitiva nos seus dispositivos.

A Corte Internacional de Justiça não é diferente dos outros tribunais neste quesito. Ela emite os seus acórdãos em duas versões, uma em francês e outra em inglês, sendo que a versão em francês é considerada como "a autêntica".

Tanto na versão francesa quanto na versão inglesa, apresenta-se um linguajar erudito, formalista, analítico e detalhado.

Este empolamento de linguagem não integra a substância pragmática do acórdão. Ou seja, não é em virtude de sua linguagem empolada que aquele texto é

considerado um acórdão - e sim em virtude de ter sido emitido pela Corte Internacional de Justiça.

Entretanto, mesmo não integrando a substância do acórdão em sua dimensão pragmática, a linguagem empolada pode servir como um elemento reforçador desta substância.

Através da linguagem específica, os juízes cumprem determinadas tarefas que dizem respeito à legitimidade do aparelho judiciário e do fazer jurídico como um todo:

I - A linguagem judiciária confere dignidade epistêmica ao saber jurídico.

Independentemente da questão de saber se o direito é (ou não) uma ciência, o uso de um jargão especializado configura o discurso jurídico como um discurso técnico, imparcial, coeso e coerente com finalidades predeterminadas, sério e circunspecto na sua articulação, criterioso no cumprimento das funções sociais que lhe foram cometidas.

De uma certa forma, pode-se afirmar que o uso da tecnicalidade constrói um modelo de cientificidade para o discurso jurídico.

Em usando o jargão judiciário, os magistrados afirmam à sociedade que constituem uma classe especializada, detentora de uma tecnologia apurada e capaz de resolver os problemas que lhe são apresentados. Esta operação legitimadora

se torna particularmente compreensível em face da exuberância teórica dos outros saberes sociais no mundo contemporâneo.

No trato dos altos problemas do mundo atual, os operadores jurídicos são obrigados cada vez mais a interagir e dialogar com outros grupos de intelectuais, tais como sociólogos, cientistas políticos, ativistas ambientais e de direitos humanos. Se não se demonstrarem detentores de uma racionalidade técnica, os operadores jurídicos não estarão habilitados a disputar a hegemonia da liderança tecnocrática com outros especialistas.

O uso do jargão certamente que se insere nesta demonstração de racionalidade técnica.

II - A linguagem judiciária traz a espessura estética ao saber jurídico.

Esta linguagem faz com que os seus falantes se sintam dignificados uns perante os outros pelo próprio fato de estarem usando uma linguagem ornamentada e reputada como nobre por eles mesmos.

Assim, pode-se dizer que o uso do jargão judiciário, além de desempenhar uma função de legitimação externa, também contribui para a legitimação interna dos operadores jurídicos.

Através do seu uso, os operadores jurídicos se afirmam como tecnocratas perante a comunidade (legitimação externa); ao mesmo tempo em que

cada operador jurídico, ao usá-lo individualmente, se afirma perante os outros operadores e se coloca como um membro do grupo.

Dentro desta dimensão de legitimação interna, o discurso jurídico assume uma apreciabilidade pelo seu valor estético, pelo seu preciosismo lingüístico; enfim, pelas qualidades estilísticas que o fazem exibir as qualidades da retórica forense tradicional.

Quando exibe estas qualidades de maneira proficiente, um texto jurídico adquire prestígio no universo forense - independentemente da sua força normativa. Por esta razão, os votos vencidos dos tribunais, quando lingüisticamente bem-articulados, constituem uma espécie de *jurisprudência residual,* podendo mesmo animar e cooptar vivas adesões no debate doutrinário.

É difícil avaliar em que medida os textos da Corte Internacional de Justiça refletem culturas judiciárias diferentes, visto que os seus juízes são provenientes de diversos países. Isto certamente deve produzir algum resultado no estilo em que cada juiz prolata o seu voto.

De qualquer modo, é imperioso notar que todos os votos acabam sendo redigidos em inglês ou francês. Similarmente, é possível observar que os diversos juízes, independentemente de suas origens nacionais, acabam sendo absorvidos e integrados numa cultura jurídica transnacional e na estilística que lhe é própria.

Esta cultura jurídica transnacional se apresenta como um mínimo denominador comum entre a cultura jurídica do "*commom law*" e a cultura jurídica romano-germânica.

Como um laço que interliga estas duas heranças, encontra-se uma racionalidade detalhista e analítica, própria das grandes tecnocracias do ocidente industrializado.

Como exemplo desta linguagem detalhista, formal e rebuscada, pode-se mencionar, a título de ilustração, o parágrafo 5 do texto do acórdão:

> Considerando que, no seu "Pedido de um Exame da Situação", a Nova Zelândia argumenta que, tanto em virtude de específicos compromissos contratuais (na Convenção para a Proteção da Região do Pacífico Sul de 25 de novembro de 1986 ou "Convenção de Noumea") como do direito costumeiro internacional derivado da prática internacional generalizada, a França tem uma obrigação de realizar uma avaliação de impacto ambiental antes de efetuar outros testes nucleares em Mururoa e Fangataufa; e que ela, adicionalmente, argumenta que a conduta da França é ilegal naquilo que ela causa, ou está inclinada a causar, a introdução no ambiente marinho de material radioativo, a França estando na obrigação, antes de realizar seus novos testes nucleares subterrâneos, de fornecer evidência de que eles não resultarão na introdução de tal material naquele ambiente de acordo com o "princípio da precaução" muito amplamente aceito no direito internacional contemporâneo[7].

[7] Whereas in its "request for Examination of the Situation" New Zeland contends that, both by virtue of specific treaty undertakings (in the Convention for the Protection of the South Pacific Region of 25 November 1986 or "Noumea Convention") and customary international law derived from widespread international practice, France has an obligation to conduct an environmental impact assessment before carrying out any further nuclear tests at Mururoa and Fangataufa; and it further contends that France's conduct is illegal in that it causes, or is likely to cause, the introduction into the

O parágrafo supramencionado demonstra que o raciocínio da Corte se desenvolve em grandes *blocos argumentativos*. São frases longas, tão longas que, às vezes, ocupam um parágrafo inteiro - um parágrafo, aliás, sobremaneira extenso.

III - A extensão ampliada da frase, tão típica do estilo jurídico, revela a preocupação extrema com um certo tipo de clareza.

O que é, afinal, redigir com clareza? Para os juristas, é expressar o pensamento com tal riqueza de detalhes que não reste espaço para uma compreensão ambígua ou polissêmica.

Neste aspecto, revela-se o desejo, tão presente no imaginário dos juristas, de fazer do discurso jurídico uma linguagem formalmente perfeita, provida de rigor lógico.

Esta pretensão se choca claramente com as conclusões de diversos autores, que afirmam que a linguagem jurídica não é - nem pode ser - nada mais nada menos que uma variação da linguagem ordinária, a única linguagem que os homens podem usar quando estão lidando com os seus problemas quotidianos.

Em Luiz Alberto Warat, encontra-se uma importante afirmação que confirma este ponto-de-vista.

---

marine enviroment of radioactive material, France being under an obligation, before carrying out its new underground nuclear tests, to provide evidence that they will not result in the introduction of such material to that enviroment in accordance with the "precautionary principle" very widely accepted in contemporary international law". (CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Request for an Examination of the Situation in Accordance with Paragraph 63 of the Court's Judgment of 20 December 1974 in the Nuclear Tests (New Zealand v. France) Case.* The Hague, 1995. p. 6).

O parágrafo supramencionado demonstra que o raciocínio da Corte se desenvolve em grandes *blocos argumentativos*. São frases longas, tão longas que, às vezes, ocupam um parágrafo inteiro - um parágrafo, aliás, sobremaneira extenso.

III - A extensão ampliada da frase, tão típica do estilo jurídico, revela a preocupação extrema com um certo tipo de clareza.

O que é, afinal, redigir com clareza? Para os juristas, é expressar o pensamento com tal riqueza de detalhes que não reste espaço para uma compreensão ambígua ou polissêmica.

Neste aspecto, revela-se o desejo, tão presente no imaginário dos juristas, de fazer do discurso jurídico uma linguagem formalmente perfeita, provida de rigor lógico.

Esta pretensão se choca claramente com as conclusões de diversos autores, que afirmam que a linguagem jurídica não é - nem pode ser - nada mais nada menos que uma variação da linguagem ordinária, a única linguagem que os homens podem usar quando estão lidando com os seus problemas quotidianos.

Em Luiz Alberto Warat, encontra-se uma importante afirmação que confirma este ponto-de-vista.

> As normas jurídicas, apesar do que dizem as posturas racionalistas, são formuladas em linguagem natural. Apresentam, portanto, problemas de vagueza e polissemia. Alguns desses problemas são os mesmos que na linguagem natural, fruto de pura imprecisão lingüística[8].

[8] WARAT, Luiz Alberto. *Introdução geral ao direito*. Porto Alegre : S. A . Fabris Editor, 1994, p. 36.

1.9. A questão da interdiscursividade

O acórdão é um texto jurídico altamente permeado pela idéia de interdiscursividade.

Trata-se de um texto que interage com outros textos, e que faz desta interação um motor do seu próprio processo argumentativo.

Como interdiscursividade, entende-se aqui o conjunto de processos que inscrevem no texto a marca daquilo que lhe é diferente. Interdiscursividade é a possibilidade que existe, no interior de cada texto, de encontrar aquilo que lhe é exterior.

Sabe-se que nenhum texto é uma ilha. Ele se relaciona, direta ou indiretamente com toda uma gama de produções textuais que lhe são anteriores e que lhe são posteriores.

O texto jurídico, de maneira especial, sempre se coloca na situação de *texto que se reporta a outro texto.* Isto é especialmente verdadeiro para o texto jurídico jurisprudencial, que sempre se coloca como *texto interpretador,* um texto exegético que interpreta um texto fundamental, o qual pode ser uma lei, a constituição, um ato administrativo ou um tratado internacional.

Mesmo o texto jurídico que se coloca o objetivo de fazer justiça transcendendo a literalidade a lei, ele também projeta um laço interdiscursivo com a lei, seja para reinterpretá-la criticamente, seja para rejeitar os seus comandos naquilo que ela contradita um determinado conceito de certo ou errado.

Além do laço interdiscursivo com o texto da *lei,* uma decisão judiciária também dialoga com outras produções interpretativas. Ela mantém um diálogo marcado, explícito ou indireto, com outros textos interpretativos: as outras decisões judiciárias, os pareceres de jurisconsultos de notável renome, as publicações jurídicas do mundo acadêmico e forense, tudo aquilo, enfim, que se convencionou chamar de *doutrina.*

Não se pode negar, igualmente, que um texto jurídico não se entrelaça apenas com outros textos do mundo jurídico. Discursos constituídos em outras regiões do saber humano também incidem perpendicularmente na malha do texto jurídico, trazendo pontos de conexidade entre o jurídico e o sociológico, o jurídico e o econômico, o jurídico e o ecológico, o jurídico e o ético/moral e assim por diante.

Todas estas múltiplas possibilidades de articulação interdiscursiva remetem a alguns conceitos básicos desta moderna disciplina denominada Análise do Discurso.

I - *Universo Discursivo* : *é todo um vasto horizonte do fazer/pensar humano gerador de um amplo leque de produções discursivas ligadas por algumas temáticas fundamentais.*

Deste modo, importa dizer que o *universo discursivo* do acórdão que se está trabalhando é o universo das *relações internacionais.* É nesta região do conhecimento humano, vinculado a um conjunto de atividades e acontecimentos, que estão plantadas as temáticas fundamentais do acórdão.

II - *Campo Discursivo* : *é uma área específica do universo discursivo onde se concentra um interesse mais focalizado da inteligência humana.*

Assim, por exemplo, dentro do vasto universo discursivo das *relações internacionais,* coloca-se o vasto campo discursivo do *direito internacional.* Por esta razão, pode-se visualizar o campo discursivo como um subconjunto do universo discursivo.

É lógico que o universo discursivo apresenta uma rica possibilidade de leques temáticos.

Nas relações internacionais, por exemplo, avultam os campos discursivos da economia, da política, das relações estratégicas, da geopolítica e assim por diante.

Da mesma forma, dentro de cada campo discursivo, atravessam-se diversas *formações discursivas*, colocadas aqui como perspectivas diferentes, ângulos diferentes, no imaginário e na ideologia, modos diferentes de construir o mesmo objeto.

Na área do direito internacional, por exemplo, apresentam-se tantas formações discursivas quantas são as diversas conceituações de direito internacional.

Certamente que o conceito de direito internacional usado por Cuba, para argumentar contra os embargos norte-americanos, não se configura na mesma formação discursiva da Lei Helms-Burton, com a qual o governo dos Estados Unidos deseja punir empresas que negociam com Cuba.

São concepções totalmente diferentes do que é o direito e do que é o não-direito.

Às vezes dentro da mesma esfera institucional, observa-se uma concorrência de diversas formações discursivas.

Dentro de um tribunal é comum a confrontação de formações discursivas diversas, com os juízes se agrupando em bancadas que concebem o fazer judicante de modos totalmente diferentes.

No âmbito da Corte Internacional de Justiça também se observa este fenômeno. Há sempre os juízes que se colocam no papel de *intérpretes da lei* (os tratados internacionais, o estatuto da Corte, o seu regimento interno); enquanto

outros juízes se apresentam como *guardiães de interesses,* os altos interesses humanitários, ecológicos e culturais da comunidade internacional.

III - *Espaço Discursivo : é um terreno delimitado do campo discursivo, recortado epistemicamente para fins de análise científica.*

Quando se resolve analisar o campo discursivo do direito internacional, pode-se eleger como espaço discursivo as decisões da Corte Internacional de Justiça.

É bem verdade que este espaço discursivo se relaciona dinamicamente com as outras regiões do seu campo. Não se concebe uma decisão da Corte Internacional de Justiça desvinculada de amplo conjunto de fatores, textuais e contextuais, que incidem na sua produção.

Assim, nenhum isolamento para análise deve ser radical a ponto de cegar o analista para estas conexões.

De qualquer modo, a noção de espaço discursivo revela-se de fundamental importância, visto que é nela que incide o foco da análise lingüística, bem como de todo trabalho de construção científica que constrói o seu objeto a partir do discurso.

Além disso, é preciso levar em conta o fato de que um discurso não se relaciona apenas com outros discursos do mesmo campo em que está situado.

É possível uma dinâmica de interação entre discursos integrantes de campos discursivos, e até mesmo de universos discursivos diversos.

No trabalho de Helena Nagamine Brandão esta possibilidade é comentada:

> Em relação à intertextualidade, reconhecem-se ainda dois níveis:
> - uma intertextualidade interna em que um discurso se define por sua relação com discurso (s) do mesmo campo podendo divergir ou apresentar enunciados semanticamente vizinhos aos que autoriza sua formação discursiva. É o caso, por exemplo, dos discursos analisados por Maingueneau: o do humanismo devoto e o do jansenismo que, ao citarem fontes, divergem quanto à construção de seus passados textuais;
> - uma intertextualidade externa em que um discurso define uma certa relação com outros campos conforme os enunciados sejam citáveis ou não. Po exemplo, a relação que liga o discurso do humanismo devoto com os dos naturalistas em que este constitui uma fonte de inspiração para aquele a quem a natureza é a ordem teofânica por excelência[9].

No caso específico do acórdão que está sendo analisado, incidem as duas possibilidades de ocorrência intertextual.

Como intertextualidade interna, pode-se apontar claramente a interseção deste acórdão com o vasto *corpus* do direito internacional contemporâneo. Os juízes citam explicitamente tratados internacionais, resoluções das Nações Unidas, documentos de conferências especializadas internacionais e pareceres de jurisconsultos. Afora isto, encontra-se citação implícita quando observa-

---

[9] BRANDÃO, Helena Nagamine. *Introdução à análise do discurso.* Campinas : Pontes, 1993, p. 76.

se as marcas das diversas doutrinas elaboradas pelos modernos autores de direito internacional, principalmente da esfera ambiental.

Como intertextualidade externa, o que se coloca é a recepção - dentro do acórdão - de todo um material não-jurídico que alguns juízes igualmente invocam como fundamento de suas decisões.

É assim que os julgamentos são reforçados com toda uma argumentação de natureza científica - situação na qual o parecer de um geólogo ou de um físico nuclear parece ter relevância igual (ou até maior) que uma doutrina jurídica formulada pelo mais abalizado especialista em direito internacional.

1.10 Legalidade e legitimidade

Os textos jurídicos geralmente apresentam, independentemente de sua temática, uma concepção de como deve se construir o discurso da *legitimidade* do ordenamento jurídico.

Por legitimidade, entende-se aqui o conjunto de condições que fazem o exercício do poder jurídico-político ser aceitável pela sociedade; o conjunto de mecanismos que alicerçam o poder no tecido social pela base do consenso, tornando dispensável o uso da *força.*

No plano do conteúdo, os textos geralmente referenciam um critério, ou conjunto de critérios, que permitem reconhecer como legítimo o uso de um poder concreto.

Ao delimitar um campo de significação para o conceito de legitimidade, o texto jurídico automaticamente exclui os outros campos significativos, gizando um espaço semântico de exterioridade. Ou seja, demarcando-se o diâmetro significativo do que é *legítimo,* tudo o que está fora do seu alcance se torna *não-legítimo.*

Pode-se divisar, na análise desta questão, duas grandes *formações discursivas* no mundo do saber jurídico. Há uma formação discursiva que busca criar uma associação semântica entre os conceitos de *legitimidade* e *legalidade*; e há, também, uma formação discursiva que procura visualizar estes dois itens como instâncias autônomas.

Tal problemática se torna particularmente interessante quando se observa, no seio da Corte Internacional de Justiça, que muitos juízes buscam questionar o conceito de legalidade utilizando o critério da legitimidade.

Desta maneira, um discurso da Corte, proferido em 1973, poderia ser perfeitamente legítimo para a época - ou seja, socialmente aceitável para a comunidade.

Entretanto, coloca-se a pergunta: será que este mesmo discurso apresenta-se como legítimo para o ano de 1995?

Argüi-se aqui a legitimidade de um discurso porque não se trata de um discurso qualquer, trata-se de um discurso provido de eficácia jurídico-política, um *discurso de poder*.

Quanto ao porquê de se argüir a legitimidade deste discurso para 1995, apresenta-se o fato de que o mesmo discurso, produzido em 1973, é invocado como fundamento para se questionar a conduta do governo francês em 1995.

Desta maneira, um texto dos anos 70 é reintroduzido no espaço discursivo da atualidade. O que se pergunta é se essa nova intertextualização deve ser acompanhada de uma variação significativa no campo semântico.

Esta discussão pode ser deslocada para o campo da validade, mas o próprio conceito de validade pode ser relativizado, redimensionado. Ou seja, a decisão de 1973 continua valendo, mas valendo em que termos?

Todos sabem que as normas do ordenamento jurídico valem, ou seja, são providas de eficácia social e reforçada que compele a sua obediência pelos cidadãos e grupos sociais.

A consciência deste fato parece ser a contribuição mais relevante do formalismo positivista ao debate jurídico do século XX.

Todavia, a constatação de que uma norma, ou um acórdão, tem validade, é insuficiente para conduzir o debate jurídico a um patamar realmente criativo.

A sociedade espera dos operadores e pesquisadores jurídicos uma reflexão muito mais profunda. A expectativa é a de que eles participem de um debate bem mais amplo, onde se indague não apenas se uma norma ou um ato jurídico de fato se coaduna com o ordenamento, ou quais as possíveis interpretações do ato ou da norma.

Muito mais do que a legalidade do exercício do poder, seja ele público ou privado, interessa à sociedade saber se este poder está sendo exercido de modo construtivo. Interessa saber se este poder é legítimo.

Esta problemática, da legalidade em face da legitimidade, é um dos pontos focais de todo debate jurídico.

No que tange à legalidade, é fácil perceber que a apreciação do poder exercido, em vista das normas do ordenamento, não apresenta maiores dificuldades. Aqui os critérios podem ser extraídos de um raciocínio lógico-formal.

Mas quais os critérios que permitirão avaliar se um poder é legítimo ou não?

Estes critérios podem ser culturais, econômicos, religiosos, éticos e políticos, entre outros.

No caso do processo que está sendo analisado, a polifonia do acórdão permite divisar a existência de duas vozes, duas demarcações diferentes do campo significativo da legitimidade.

De um lado, existe o discurso do *eco-lógico* como fator de legitimidade do direito internacional. Neste discurso, o direito a um ambiente sadio, do homem atual e das gerações futuras, constitui um princípios informativos do ordenamento internacional. Trata-se de um valor a que o direito internacional deve

servir, e, também, a Corte de Justiça de Haia, com os seus processos, decisões, acórdãos, estatutos e regimentos.

De outro lado, há juízes que contrapõem a esta visão o discurso do *sistema lógico*. Nesta formação discursiva, a Corte de Justiça está adstrita a fazer cumprir as normas de direito internacional, e não aos parâmetros de um supra-discurso que seja superior a estas normas positivadas. E, mesmo assim, quando faz cumprir as normas de direito internacional, a Corte o faz dentro dos limites e possibilidades dos seus dispositivos processuais e regimentais. Desta maneira, não há campo de significação que a Corte reconheça fora do direito internacional positivado e muito menos fora do seu direito processual interno.

Após esta ligeira apresentação dos conceitos que balizam a lingüística textual e a análise discursiva contemporâneas, chega o momento de estudar o acórdão propriamente dito.

Neste particular, é importante frisar que o acórdão não é um evento isolado. Ele está inserido no contexto de um processo, uma controvérsia judicial que envolveu França e Nova Zelândia.

É a história desta controvérsia que o leitor irá encontrar no próximo capítulo.

CAPÍTULO 2
UM HISTÓRICO DA CONTROVÉRSIA "*PEDIDO DE UM EXAME DA SITUAÇÃO*", ENTRE NOVA ZELÂNDIA E FRANÇA

2.1 O início do processo

A presente demanda processual iniciou-se em 21 de agosto de 1995, quando o governo da Nova Zelândia depositou no protocolo da Corte Internacional de Justiça uma peça denominada *Pedido de um Exame da Situação.*

Tratava-se de uma reação da Nova Zelândia ao anúncio do governo francês, feito em 13 de junho de 1995, segundo o qual a França iria realizar uma série de oito testes nucleares na região do Pacífico Sul, iniciando-se em setembro de 1995.

Através deste *Pedido de um Exame da Situação,* o objetivo da Nova Zelândia era a reabertura de um antigo processo, iniciado em 9 de maio de 1973 e encerrado em 20 de dezembro de 1974.

O processo de 1973, também movido pela Nova Zelândia contra a França, objetivava a cessação de testes nucleares na região do Pacífico Sul.

A grande diferença apresentada é que em 1973 os testes nucleares eram atmosféricos (testes "a céu aberto"), enquanto os de 1995 eram subterrâneos.

O processo de 1973 chegou a seu término sem o julgamento do mérito. O governo francês se comprometeu a interromper os testes atmosféricos, e fez este compromisso através de uma declaração oficial.

A Corte Internacional de Justiça considerou que este solene compromisso do governo francês fazia desaparecer a razão de existir do processo. Se o motivo essencial do processo eram os testes nucleares atmosféricos e se a França se comprometia a interromper estes testes, não haveria razão para se prosseguir com o feito.

Entretanto, a Corte Internacional de Justiça, um tanto para prestar uma satisfação à Nova Zelândia e à comunidade internacional, criou a possibilidade de aquele país apresentar um *Pedido de Exame da Situação de acordo com os dispositivos do estatuto.*

O que seria este *Pedido de um Exame da Situação*? Para a Nova Zelândia, seria a reabertura do processo, um procedimento inteiramente novo e não-previsto na ritualística tradicional da Corte Internacional de Justiça.

Para a França, este pedido de um exame da situação deveria ser, necessariamente, uma revisão do julgamento ou embargo de declaração.

Todas estas diferentes exegeses nasceram do palavreado ambíguo do Julgado de 20 de dezembro de 1974, que em seu parágrafo 63, reza o seguinte:

> Uma vez que a Corte constatou que um estado assumiu um compromisso concernente à sua conduta futura, não é função da Corte vistoriar se ele irá ou não cumprir com este compromisso. Entretanto, a Corte observa que, se a base do julgamento vier a ser afetada, o requerente pode pedir um exame da situação de acordo com os dispositivos do Estatuto; a denúncia pela França, por carta datada de 2 de janeiro de 1974, do Ato Geral para a

> Composição Pacífica das Disputas Internacionais, que é invocado como uma base de competência da Corte no presente caso, não pode constituir por si só um obstáculo à apresentação desta petição[10].

É importante observar que, no *Pedido de um Exame da Situação* é relembrado que a Corte, na parte final do seu julgamento de 20 de dezembro de 1974, considerou-se não-convocada a emitir uma decisão sobre a petição submetida pela Nova Zelândia em 1973. A Corte alegou que a demanda havia perdido o seu objetivo, em virtude das declarações pelas quais a França se comprometeu a não realizar novos testes atmosféricos.

Entretanto, a Nova Zelândia enfatiza ali o fato de que a Corte teve o cuidado de inserir o parágrafo 63 "para incluir a possibilidade de que a França pudesse subseqüentemente parar de cumprir com os seus compromissos concernentes à testagem atmosférica ou que alguma outra coisa subjacente ao julgamento da Corte não fosse mais aplicada".

[10] CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Nuclear Tests (New Zealand v. France) Case*. The Hague, 1974, p. 477.

Ou seja, de um lado a Corte Internacional de Justiça encerrou o processo de 1973 sem julgar o mérito da questão. Alegava que o compromisso francês de não realizar novos testes atmosféricos fazia desaparecer o objeto, a razão de ser do processo.

Todavia, como que amainando os ânimos da Nova Zelândia e da comunidade internacional, abriu a possibilidade de reexame da situação caso as bases do processo viessem a ser afetadas.

Tem-se aqui um fenômeno típico dos órgão judiciais colegiados. Uma parcela dos juizes - majoritária - resolve pender favoravelmente no sentido de uma das partes. A outra parcela dos juizes, em minoria, inclina-se no sentido contrário.

O resultado desse embate de forças assemelha-se àquilo que se chama, na matemática, de soma de vetores. O vetor resultante reflete, basicamente, a orientação e a potência do vetor original mais forte. Entretanto, alguma coisa do vetor original mais fraco se reflete no resultante.

Da mesma maneira, o acórdão de um tribunal reflete - basicamente - a visão da bancada majoritária. Entretanto, sempre existirá no acórdão algum elemento que sinalize um "compromisso" entre as duas bancadas, a majoritária e a minoritária. É como se a maioria fizesse valer a sua vontade, nunca - entretanto -

esquecendo de fazer alguma concessão, deferência, ou ressalva que reflita uma espécie de "homenagem", de "gentileza" para com os juizes da minoria.

No acórdão de 1973, esta espécie de gentileza está veiculada no parágrafo 63, onde se abre a possibilidade de um "reexame da situação".

Para a Nova Zelândia, este reexame da situação seria a reabertura do processo.

Para a França, este reexame da situação não seria a reabertura do processo - seria, isto sim, a utilização dos mecanismos recursais já previstos no regimento da Corte: a revisão do julgamento e os embargos de declaração.

A dúvida que se coloca é: se este reexame da situação não é nada mais nada menos que a utilização de mecanismos recursais preexistentes - não haveria necessidade de o Parágrafo 63 mencioná-los. Ou seja, não é necessário que uma sentença mencione a possibilidade de as partes interporem recurso. Esta possibilidade já é prevista e contemplada nas normas processuais que antecedem a sentença.

Assim, se uma sentença abre possibilidade de um "reexame" da situação, trata-se de um mecanismo outro que não a utilização de recursos, pelo menos este é o raciocínio esposado pela Nova Zelândia no segundo processo (o de 1995).

Para a Nova Zelândia, a passagem principal do parágrafo 63 do julgamento de 20 de dezembro de 1974 é a frase "se a base deste julgamento vier a ser afetada, o requerente poderá solicitar um exame da situação de acordo com os dispositivos do Estatuto".

Esta passagem não menciona, explicitamente, o que seria esta "base" do julgamento da Corte.

No entendimento da Nova Zelândia, esta "base" do julgamento seria uma *correspondência* entre o compromisso francês de não mais realizar testes atmosféricos e o verdadeiro e concretamente estabelecido objeto do processo de 1973.

Qual seria este verdadeiro objeto do processo de 1973?

Na visão da Nova Zelândia, o objeto do processo de 1973 era a contaminação nuclear *derivada de testagem nuclear de qualquer natureza.*

Na visão da França, o objeto do processo de 1973 era a contaminação nuclear *derivada apenas de testes atmosféricos (a céu aberto).*

Na perspectiva da Nova Zelândia, havia em 1973 uma certa *correspondência* entre o compromisso francês (de não mais realizar testes atmosféricos) e os objetivos do processo. Ou seja, acreditava-se que, com a cessação dos testes atmosféricos - cessariam os perigos de contaminação nuclear do meio ambiente.

Em 1995, entretanto, este equilíbrio, esta *base do julgamento* foi rompida. Já não ocorrem mais testes atmosféricos - entretanto existem os perigos concretos de uma contaminação nuclear na região do Pacífico Sul.

E por que razão existem estes perigos? Existem porque cessaram os testes atmosféricos - mas prosseguiu-se com os testes subterrâneos.

A conduta francesa de 1974 (passar da testagem atmosférica para a testagem subterrânea) *correspondia,* naquela época, aos objetivos do processo, tal qual o vislumbrado pela Nova Zelândia, ou seja, fazia cessar o perigo de contaminação nuclear no meio-ambiente.

Havia esta correspondência porque se acreditava, conforme o desenvolvimento científico de 1974, que os testes atmosféricos eram *perigosos* e os testes subterrâneos eram *seguros.*

Conforme a informação científica ofertada pela Nova Zelândia na sua petição inicial de 1995, o conhecimento científico das questões nucleares evoluiu drasticamente de 1974 a 1995. Hoje, já se sabe que as duas modalidades de teste, tanto a atmosférica quanto a subterrânea, apresentam potencial nocivo para o meio-ambiente.

Desta forma, já não existe mais *correspondência* entre a conduta da França e os objetivos do processo de 1973. Não havendo mais *correspondência,* podemos afirmar que a base do julgamento de 1974 foi afetada. Tendo sido afetada a

base deste julgamento, a Nova Zelândia considera-se autorizada a apresentar um *Pedido de Exame da Situação*. Através deste *Pedido* a Nova Zelândia objetiva uma reabertura dos procedimentos abertos em 1973.

No fundo, o que a argumentação da Nova Zelândia sustenta é que o processo de 1973, julgado em 1974, é um processo *"sui generis"*, ou seja, é um processo que não faz coisa julgada.

Da mesma forma que a Ação de Alimentos (no sistema processual civil brasileiro) sempre abre a possibilidade de uma Ação Revisional de Alimentos, os procedimentos de 1973 sempre abririam caminho para uma nova análise todas as vezes que a base do julgamento fosse afetada.

É importante observar que a Nova Zelândia solicitou a reabertura do processo apresentando não apenas *novos dados científicos*, mas também novos *dados jurídicos*. É como se estes novos dados jurídicos também afetassem a base do julgamento e autorizassem a reabertura do processo.

Entre estes novos dados jurídicos, devem ser mencionados a Convenção para a Proteção de Recursos Naturais e do Meio-Ambiente da Região do Pacífico Sul, bem como o direito internacional consuetudinário derivado da prática internacional, prática esta consubstanciada principalmente nas Conferências promovidas pela Organização das Nações Unidas.

Conforme o entendimento da Nova Zelândia, todo este novo direito ambiental internacional (tanto o pactuado quanto o consuetudinário), sinalizam que a França tem obrigação de realizar uma avaliação do impacto ambiental antes de realizar novos testes nucleares nos Atóis de Mururoa e Fangataufa. Associadamente com esta obrigação de realizar uma Avaliação de Impacto Ambiental, a Nova Zelândia frisa a ilegalidade da conduta francesa como um "crime de resultado" - ou seja, trata-se de uma conduta antijurídica naquilo que ela causa ou está inclinada a causar (dolo eventual): a introdução de material radioativo no meio-ambiente marinho.

Finalmente, cabe enfatizar que a Nova Zelândia encerra a sua petição de 1995 com dois pedidos alternativos. Solicita que a Corte Internacional de Justiça declare: a) que a realização dos propostos testes nucleares constituirão uma violação dos direitos da Nova Zelândia à luz do direito internacional; ou então, b) que é ilegal para a França realizar os ditos testes nucleares sem haver empreendido uma Avaliação de Impacto Ambiental conforme padrões aceitos internacionalmente.

Além de apresentar o seu *Pedido de Exame da Situação*, o governo da Nova Zelândia também protocolou, em 21 de agosto de 1995, um *Pedido Adicional de Indicação de Medidas Cautelares*, no qual busca a revigoração da Ordem de Indicação de Medidas Cautelares, expedida pela Corte em 22 de junho de 1973.

2.2 Detalhes Processuais

A petição inicial da Nova Zelândia foi acompanhada de uma carta datada de 21 de agosto de 1995, firmada pelo embaixador deste país na Holanda. A Nova Zelândia anunciou a nomeação de um agente e de dois co-agentes para acompanhar o caso.

A concessão de medida cautelar foi solicitado de acordo com o artigo 33 do Ato Geral de 26 de setembro de 1928 e de acordo com o artigo 41 do Estatuto da Corte.

Neste pedido de medida cautelar, a Nova Zelândia solicita à Corte que: a) ordene à França que se abstenha de realizar novos testes nucleares nos atóis de Mururoa e Fangataufa; b) ordene à França que empreenda uma avaliação de impacto ambiental dos propostos testes nucleares, de acordo com padrões internacionalmente aceitos; c) ordene que França e Nova Zelândia assegurem que nenhuma ação de qualquer tipo seja tomada para agravar ou extender a disputa submetida à Corte, ou prejudicar os direitos de outra parte a respeito de adimplir quaisquer decisões que a Corte possa emitir neste caso.

O pedido neozelandês de medida cautelar foi acompanhado de duas cartas datadas de 21 de agosto de 1995, uma do ministro das Relações Exteriores da Nova Zelândia e outra do seu embaixador na Holanda.

Em 23 de agosto de 1995, o governo australiano entrou com um Pedido de Intervenção de Terceiros, alegando ter interesse na causa.

O Chefe do Protocolo passou cópias destes documentos aos governos da Nova Zelândia e da França. Também procedeu a notificação do Secretário Geral das Nações Unidas.

A França imediatamente se manifestou. Em sua correspondência à Corte Internacional de Justiça (28 de agosto de 1995), anunciou que ignorava qualquer base jurisdicional para a Corte conhecer os requerimentos propostos pela Nova Zelândia. O governo francês manifestou, igualmente, que considerava que o processo de 1974 relacionava-se exclusivamente a testes atmosféricos e que, uma vez que estes testes foram extintos, o referido processo encontrava-se igualmente extinto.

Também interpuseram intervenção de terceiros: os governos das Ilhas Samoa e Salomão, o governo das Ilhas Marshall, o governo dos Estados Federados da Micronésia.

Como argumento mais forte, uma vez que se alicerçava numa bem articulada racionalidade processual, o governo francês alegava: a) o processo de 1973 não poderia ser reaberto, era "*res judicata*", e a sua temática (testes atmosféricos) era

assunto encerrado; b) o *Pedido de um Exame de Situação,* apresentado pela Nova Zelândia, não tinha nenhuma conexão com a parte dispositiva do Julgamento de 20 de dezembro de 1974.

A resposta do governo francês foi repassada ao da Nova Zelândia.

No dia 30 de agosto de 1995, o Presidente da Corte se reuniu com representantes da Nova Zelândia e da França para discutir o encaminhamento do processo. Tendo em vista as enormes divergências de visão jurídica entre as duas partes, o Presidente da Corte sugeriu que cada uma das partes encaminhasse um Memorial à Corte, esclarecendo sobre os assuntos ali discutidos.

A Nova Zelândia protocolou o seu Memorial em 5 de setembro de 1995.

No seu memorial, o governo neozelandês relembra que a indicação de medidas cautelares, no caso, é basicamente uma questão de "*fumus boni juris*" ("*prima facie case*" em inglês). Ou seja, a Corte deveria decidir, com base neste princípio do "*fumus boni juris*" se haveria uma possibilidade de reabertura do processo começado em 9 de maio de 1973. Havendo esta "fumaça do bom direito" com relação ao processo principal, automaticamente tornar-se-ia conveniente o deferimento da Medida Cautelar.

A argumentação da Nova Zelândia é basicamente no sentido de que este "*fumus boni juris*" existe e de que o parágrafo 63 do Julgamento de 20 de

dezembro de 1974 lhe confere o direito de reabrir o processo, nunca tendo havido, por parte da Corte, a intenção de encerrar o processo.

Para a Nova Zelândia, a reabertura do processo, combinada com o princípio da igualdade das partes, autoriza-lhe a nomear um juiz "*ad hoc*" para acompanhar o processo.

O Memorial da Nova Zelândia foi repassado à França pela Seção de Protocolo da Corte Internacional de Justiça.

Posteriormente, a França protocolou o seu Memorial no dia 6 de setembro de 1995. Fez a ressalva de que este Memorial de modo algum deveria formar parte de algum processo regido pelo estatuto e pelo regimento da Corte. O governo francês também ressalvou que o referido memorando de modo algum constituía uma aceitação pelo governo francês da jurisdição da Corte para julgar a presente controvérsia.

A argumentação francesa, expressa em seu Memorial, indicava fundamentalmente que o intuito da Nova Zelândia em 1995 seria basicamente incompatível com o raciocínio da Corte, tal qual expresso na sentença de 1974.

Para o governo francês, os termos do julgamento de 1974 indicam que a Corte considerava a disputa exclusivamente relacionada com testes atmosféricos, e que esta visão era compartilhada inclusive pelos juizes divergentes e pela própria Nova Zelândia.

No entendimento da França, a *"ratio decidendi"* do julgamento de 1974 era a correspondência entre a decisão francesa de não mais realizar testes atmosféricos e a queixa da Nova Zelândia a respeito deste exato tipo de testes, os testes atmosféricos. Esta decisão francesa, de não mais realizar testes atmosféricos estava intrinsecamente ligada à decisão de passar para os testes subterrâneos.

No raciocínio da França, se a Nova Zelândia quisesse discutir a licitude dos testes subterrâneos, deveria propor a abertura de um novo processo - ao invés de solicitar a reabertura do processo de 1974.

Na mesma linha de pensamento, os franceses argumentavam que o parágrafo 63, do julgamento de 1974, não é suficiente para criar um procedimento novo e que ele próprio estabelece que os passos a serem tomados devem vir em cumprimento aos dispositivos do Estatuto. Considerando que a Petição Inicial da Nova Zelândia (1995) não é nem um pedido de interpretação (Embargos de Declaração) e nem um pedido de revisão, só poder-se-ia tratar, assim, de um novo requerimento, uma nova temática, um "processo novo".

Ora, é sabido que, pelo Princípio da Jurisdição Consentida, nenhum país pode ser processado ou reclamado na Corte Internacional de Justiça sem que ele próprio consinta com a tramitação deste processo ou reclamação.

A França enfatiza que, negada a jurisdição da Corte para que esta seguisse com o processo, estariam, consequentemente, preclusos todos os atos

procedimentais que esta pudesse tomar. Trata-se, desta forma, de um "pré-requisito categórico". Ou seja, a França, não querendo ser processada, elide qualquer possibilidade de tramitação deste processo.

A réplica da Nova Zelândia chegou ao protocolo em 7 de setembro de 1995. Tratava-se de um Memorial Suplementar, onde o governo da Nova Zelândia fazia comentários às posições assumidas pela França na sua manifestação.

Em 8 de setembro de 1995, a Seção de Protocolo notificou oficialmente às partes de uma mensagem emitida pelo colegiado da Corte Internacional de Justiça.

Conforme este comunicado, a Corte resolvia convocar para 11 de setembro de 1995 uma audiência pública envolvendo as duas partes , Nova Zelândia e França.

As duas partes deveriam explicar as suas posições à Corte a respeito do seguinte quesito:

⇒ Será que os pedidos apresentados pelo governo da Nova Zelândia em 21 de agosto de 1995 se enquadram nos dispositivos do parágrafo 63 do julgamento da Corte de 20 de dezembro de 1974 no processo *Nuclear Tests (New Zealand vs. France)*?

Ao marcar esta audiência, a Corte esclareceu não estar, de maneira nenhuma, se manifestando sobre a questão central de declarar (ou não) a abertura do processo.

Tratava-se de uma audiência "informal".

A Corte decidiu aceitar a nomeação de Sir Geoffrey Palmer como juiz "*ad hoc*" para acompanhar o caso.

Na abertura da audiência pública de 11 de setembro de 1995, o Presidente da Corte anunciou ter recebido carta do Primeiro Ministro da Nova Zelândia (datada de 6 de setembro de 1995), reportando-se ao teste nuclear realizado no dia anterior à carta, no Atol de Mururoa.

Apesar da máxima urgência que a Nova Zelândia colocou na questão, o Presidente da Corte expressou que entendia a pressa do governo neo-zelandês no encaminhamento da Ação Cautelar, ressalvando, entretanto, que estava impossibilitado de avocar a si a tarefa de deferir estas medidas cautelares. Se ele assim procedesse, estaria violando as normas processuais da própria Corte e, mais do que isto, fazendo um pré-julgamento das questões submetidas àquele tribunal.

Novas audiências públicas foram realizadas em 11 e 12 de setembro de 1995, abrindo-se a oportunidade para França e Nova Zelândia apresentarem argumentações orais.

Nos debates orais, a Nova Zelândia foi representada por: Paul East, John McGrath, Elihu Lauterpacht, Sir Kenneth Keith, Don Mackay.

A França, por sua vez, se fez representar por: Marc Perrin de Brichambaut, Pierre Marie Dupuy, Alain Pellet, Sir Arthur Watts.

2.3 Os debates orais: a posição da Nova Zelândia

Quando as partes receberam o direito de se manifestar oralmente, no âmbito das audiências, conformaram basicamente o que já haviam expresso por escrito, apenas acrescentando alguns pontos.

A Nova Zelândia enfatizou, mais uma vez, que o parágrafo 63 do julgamento de 20 de dezembro de 1974 lhe reservava o direito de reabrir o processo instituído em 1973.

Neste aspecto, o julgamento de 1974 era uma decisão especial, uma decisão que não fazia "*res judicata*".

A Corte, ao "encerrar" o processo, fez a suposição de que o anúncio francês de cessar a testagem nuclear atmosférica satisfazia as preocupações fundamentais da Nova Zelândia.

Para a Nova Zelândia, as palavras do parágrafo 63 ("se a base deste julgamento vier a ser afetada") deveriam receber uma exegese que levasse a uma interpretação extensiva. Conseqüentemente, o direito neozelandês de reabrir o processo seria revigorado sempre que um fator intrínseco ao julgamento de 1974 deixasse de ser aplicado por causa da conduta da França.

Neste aspecto, as palavras "a base do julgamento" deveriam ser consideradas como referentes não apenas ao compromisso francês de não mais realizar novos testes atmosféricos. Afinal, o julgamento de 1974 não apreciava apenas o compromisso francês. Ele também apreciava a petição inicial da Nova Zelândia, e esta petição, diferentemente da petição apresentada pela Austrália, não se limitava à questão dos testes atmosféricos.

Com relação à afirmativa da Corte (em seu julgamento de 1974) no sentido de que a reclamação neozelandesa se referia unicamente aos testes atmosféricos, esta também deveria receber uma interpretação extensiva. Ou seja, esta afirmação se reporta ao fato de que não se cogitava, em 1974, que os testes subterrâneos pudessem ter os mesmos efeitos ambientais nocivos que motivaram a ação da Nova Zelândia.

Um dos supostos subjacentes ao julgamento era o de que a cessação da testagem atmosférica iria encerrar a contaminação do meio-ambiente por materiais radioativos, uma vez que a evidência científica sugeria que os testes atmosféricos eram perigosos e os testes subterrâneos eram seguros.

Considerando que este suposto foi abalado, em vista das novas evoluções do conhecimento científico, a base do julgamento foi afetada, abrindo-se à Nova Zelândia as condições de reabrir o processo.

Toda essa evolução do conhecimento científico foi destacada pelos representantes da Nova Zelândia ao longo da argumentação oral.

Foi detalhadamente explicado que todo o conjunto de conhecimentos científicos atuais comprovam os extraordinários perigos de um desastre ambiental causado por testes nucleares subterrâneos nos Atóis de Mururoa e Fangataufa.

O uso contínuo do atol de Mururoa para fins de testes subterrâneos já havia abalado seriamente a estrutura geológica do atol. O prosseguimento de tais testes poderia simplesmente fazer o atol desintegrar-se ou partir ao meio, liberando em águas oceânicas todo o conteúdo radioativo que ali fora armazenado.

Deste modo, a afirmativa de que a passagem dos testes atmosféricos para os subterrâneos era harmônica com os interesses ecológicos foi seriamente abalada por dados factuais.

Além de argumentar com dados científicos, a Nova Zelândia também argumentou com dados jurídicos.

Destacou o fato de que a Corte Internacional de Justiça, já em 1974, havia estado alerta das perspectivas de um grande avanço nos padrões e procedimentos do direito internacional ambiental.

A Convenção de Noumea e o direito consuetudinário internacional marcaram novos parâmetros na proteção do meio-ambiente marinho. Conforme estas normas consuetudinárias, novos e exigentes controles devem ser adotados para

a proteção dos ambientes oceânicos. Entre estas novas exigências, avulta aquela que proíbe a introdução de qualquer material radioativo no meio-ambiente marinho em resultado de testes nucleares.

De acordo com estas novas evoluções do direito ambiental internacional, à Nova Zelândia competia apenas apresentar um princípio de prova, uma "fumaça do bom direito", uma vez que era ela quem estava buscando defender os interesses da natureza.

À França, por sua vez, incumbia apresentar um material probatório exaustivo, uma vez que era ela que pretendia realizar as atividades suspeitas de serem nocivas. Vislumbra-se aqui o chamado "Princípio da Precaução": o ônus da prova recai sobre o Estado que vai realizar tarefas suspeitamente nocivas ao ambiente, incumbindo-lhe demonstrar que estas suspeitas são infundadas e que os referidos perigos são inexistentes.

Os representantes da Nova Zelândia enfatizaram que o artigo 12, da Convenção de Noumea, requeria que a França tomasse todas as medidas para evitar, reduzir e controlar a poluição na Área da Convenção, a qual pudesse ser resultante de testes nucleares.

Este Princípio da Precaução, que exige a apresentação prévia de uma prova/evidência/análise de não nocividade das atividades a serem desenvolvidas, é igualmente um elemento integrante do direito consuetudinário.

Trata-se de um princípio de eficácia mais ampla e genérica possível, não havendo a possibilidade de ser excepcionado por razões de "segurança nacional".

Finalmente, a Nova Zelândia valeu-se da sua argumentação oral para esclarecer a natureza processual de sua petição.

Não se tratava de um Pedido de Revisão, conforme o previsto no artigo 61, do Estatuto da Corte. Sabe-se que um pedido de revisão pressupõe a descoberta de um fato que, se viesse à tona no devido tempo, teria provocado a feitura de uma decisão diferente.

Tratar-se-ia, isto sim, de um procedimento novo, um procedimento "*sui generis*", um procedimento derivado e criado pelo próprio parágrafo 63. Este procedimento teria a sua fundamentação jurídica no próprio julgamento da Corte, sem qualquer vinculação direta com alguma previsão do Estatuto.

Para concluir a sua argumentação oral, a Nova Zelândia respondeu afirmativamente ao quesito colocado pela Corte a ambos os Estados. Na opinião do governo neozelandês, a sua petição de 1995 se enquadra nos dispositivos do parágrafo 63 do julgamento de 1974.

2.4 Os debates orais: a posição da França

Nos debates orais, o governo francês afirmou vigorosamente a sua posição, defendendo uma visão juridicista e processualista da questão.

Para a França, a questão que estava sendo analisada naquela audiência era muito mais que uma mera preliminar. Tratava-se de um verdadeiro pré-requisito, uma indagação cuja resposta iria decidir se o processo deveria avançar ou não.

Em sua opinião, o processo iniciado em 9 de maio de 1973 havia sido definitivamente encerrado em 20 de dezembro de 1974. Tanto a parte dispositiva quanto a fundamentação do acórdão de 1974 constituía, na visão dos franceses, um fenômeno que se chama em direito de *"res judicata"* (coisa julgada).

Simultaneamente com esta argumentação de natureza processual a França igualmente tentou articular argumentos de legitimação.

Em certo momento, apresentou dados com o fito de demonstrar que os testes nucleares subterrâneos não são nocivos ao meio-ambiente.

Num outro momento, colocou informações para tentar provar que a França apoia inteiramente os últimos desenvolvimentos do direito ambiental internacional.

Para os franceses, a "base" do julgamento de 1974, tal qual referenciada no parágrafo 63, era uma questão que deveria levar em conta, na sua solução, tanto a Petição Inicial da Nova Zelândia quanto o compromisso assumido pela França.

Ora, qual a ponte entre estes dois elementos?

A ponte entre estas duas coisas é o pronunciamento da Corte.

A Corte, no parágrafo 29 do julgamento de 1974, interpretou a Petição Inicial da Nova Zelândia como concernente somente a testes atmosféricos.

O que se conclui daí?

Conclui-se que o processo de 1974 tinha por objeto, exclusivamente, os testes atmosféricos. Como estes testes atmosféricos estavam definitivamente encerrados, o referido processo também estaria encerrado.

Paralelamente, a França enfatiza que o parágrafo 63 apresenta as palavras "de acordo com os dispositivos do estatuto".

Isto significa que um "exame da situação" só seria possível dentro dos parâmetros processuais previstos no Estatuto da Corte. Pelos dispositivos do Estatuto, a Nova Zelândia poderia pedir uma interpretação do julgamento (artigo 60

do Estatuto) ou uma revisão do julgamento (artigo 61), ou então fazer a remessa à Corte de processos já abertos (artigo 40).

Considerando que a Petição Inicial da Nova Zelândia (de 1995) não se enquadra em nenhuma destas hipóteses, deve-se concluir que se trata de um processo sem amparo nos dispositivos estatutários.

De qualquer modo, mesmo sem nomear explicitamente, o recurso da Nova Zelândia parecia muito mais semelhante a um pedido de revisão, visto que a Nova Zelândia insistia na apresentação de fatos novos. Neste caso, torna-se patente a intemporalidade deste pedido, uma vez que o prazo para interpor o recurso de revisão é de dez anos, conforme estipula o artigo 61, parágrafo 5, do Estatuto.

Não havendo mais prazo para interpor o pedido de revisão, restaria à Nova Zelândia considerar a temática como um "caso novo".

Nesta hipótese, a abertura de um novo processo exigiria, conforme as regras da Corte, a formação de um "laço jurisdicional". Sabe-se que este "laço jurisdicional" só se forma, conforme as normas processuais da Corte, quando o sujeito passivo do processo concorda em ser processado.

Consciente de que muito dificilmente a França consentiria com a formação deste "laço jurisdicional", toda a movimentação da Nova Zelândia foi no sentido de contornar essa total impossibilidade processual de levar a França às barras

do tribunal. Conseqüentemente, agiu de modo malicioso para poder superar as restrições jurídicas.

Da carência de ação no processo principal o governo francês extraiu todas as conseqüências possíveis.

Não havendo possibilidade, mesmo preliminar, de seguir com o processo principal, seria igualmente impossível dar seguimento aos processos secundários.

Por esta razão, a França se posicionou pela manifesta improcedência da Ação Cautelar movida pela Nova Zelândia. Manifestou-se também pelo indeferimento das Intervenções de Terceiros protocoladas pelos governos de pequenos países do Oceano Pacífico.

Concluindo a sua manifestação oral, a França apresentou uma resposta negativa ao quesito colocado pela Corte. Para o governo francês, a petição neozelandesa de 1995 não se enquadra na previsão do parágrafo 63 do julgamento de 1974.

2.5 O posicionamento da Corte Internacional de Justiça

Na parte final do acórdão, a Corte articula os seus próprios fundamentos para apresentar a decisão final.

A Corte relembra que a Nova Zelândia destacou que ali se apresentava um procedimento especial - sem previsão expressa no estatuto.

A Corte também argumentou que a Nova Zelândia estava invocando a eficácia do parágrafo 63 do julgamento de 20 de dezembro de 1974 e que esta questão só poderia ser examinada se tal requerimento fosse admitido na "*General List*", que é a pauta da Corte.

Em sua peroração, a Corte coloca que existe uma questão a ser respondida liminarmente e que desta questão depende o prosseguimento (ou não) do processo. A questão é a seguinte: será que o pedido da Nova Zelândia (apresentado em 1995) se enquadra no parágrafo 63 do julgamento de 1974?

É destacado pela Corte que esta questão comporta dois aspectos: um aspecto processual e um aspecto substantivo. A questão processual é saber de que tipo de procedimento se tratava, o que significam as palavras "de acordo com os

dispositivos do Estatuto". A outra questão é saber se a "base" do julgamento foi afetada.

Conforme a Corte, a Nova Zelândia interpretou o parágrafo 63 como um mecanismo que possibilitava a continuação ou reabertura dos procedimentos de 1973 e 1974.

A Corte esclarece que foi uma opção da Nova Zelândia não lançar mão dos recursos de Pedido de Interpretação (Embargos Declaratórios) e de Revisão de Julgamento.

A própria Corte argumenta que as palavras "de acordo com os dispositivos do Estatuto" não significam que a Corte quisesse limitar o acesso da Nova Zelândia a outras possibilidades processuais que não fossem o início de um novo processo (artigo 40), um pedido de interpretação (artigo 60) ou um recurso de revisão (artigo 61).

A Corte reconhece que o procedimento previsto no parágrafo 63 é um procedimento especial, indissociavelmente ligado às circunstâncias especiais previstas naquele parágrafo. Implicitamente, a Corte reconhece que trata-se de um procedimento não-previsto no Estatuto.

Com relação à segunda questão, de se saber se a base do julgamento de 1974 foi ou não afetada, a Corte estabelece que a sua tarefa fundamental é definir o que é esta "base do julgamento", através de uma análise textual.

Na argumentação da Corte, fica solidamente estabelecido que ela considera como uma de suas atribuições circunscrever a temática de cada processo e identificar o objeto da disputa. Ou seja, compete a ela interpretar os pedidos das partes.

A Corte esclarece que esta demarcação do objeto da disputa leva em conta não apenas o pedido apresentado pela parte, mas a petição inicial como um todo, os argumentos da parte reclamante perante a Corte, bem como outros documentos reportados.

A Corte afirma, subseqüentemente, que a reclamação neozelandesa de 1974 foi interpretada como concernente, única e exclusivamente, a testes nucleares a céu aberto que produzissem poeira radioativa sobre o território da Nova Zelândia.

No parágrafo seguinte do acórdão, a Corte relembra que havia, nos idos de 1974, uma forte analogia entre as reclamações da Nova Zelândia e da Austrália, visto que ambas se constituíam em protestos contra explosões nucleares francesas. Destaca-se aí que o pedido da Austrália referia-se *expressamente* à proibição dos testes nucleares a céu aberto. Considerando que o parágrafo 60 do julgamento da causa australiana é idêntico ao parágrafo 63 do julgamento da causa neozelandesa, e que as partes dispositivas de ambas as sentenças são iguais, a Corte conclui que os dois processos foram idênticos em sua temática, sendo ambos concernentes exclusivamente a testes atmosféricos.

A Corte ressalva que existe a possibilidade de a Nova Zelândia ter desejado algo mais, em 1974, do que a simples cessação dos testes atmosféricos.

Conclui, entretanto, que "interpretar este desejo" é uma tarefa que está preclusa no tempo. Ou seja, é uma atribuição que pertenceu aos juizes de 1974 e que já não pertence aos juizes de 1995. Se os juizes de 1974 interpretaram corretamente (ou não) as aspirações da Nova Zelândia, eis aí uma questão que já não há como discutir.

Paralelamente, a Corte frisa que o anúncio oficial da França, feito em 8 de junho de 1974, envolvia a passagem dos testes atmosféricos para os subterrâneos, sendo entendido, em 1974, que este compromisso da França atendia aos objetivos da Nova Zelândia.

Foi exatamente em virtude desta decisão francesa (passar dos testes à céu aberto para os subterrâneos) que a Corte declarou haver desaparecido a razão de ser do processo.

Conseqüentemente, a Corte conclui que esta decisão francesa - de não mais realizar testes atmosféricos - é a verdadeira *base do julgamento* de 1974. Apenas na eventualidade de a França retomar estes testes atmosféricos é que a *base do julgamento* seria afetada. Visto que esta modalidade de testes não foi retomada, conclui-se que não houve nenhuma vulneração, nenhum ataque a esta *base do julgamento.*

A Corte repete, com muita ênfase, que a sua análise do julgamento de 1974 é no sentido de que este processo concernia exclusivamente a testes atmosféricos. Não existe a possibilidade, conseguintemente, de se analisar, pela reabertura do mesmo processo, os testes subterrâneos realizados pela França após aquela data.

Os juizes de 1995, ao se inclinarem nesta direção, enfatizam que a posição da Corte não indica que ela ignora as obrigações dos estados no sentido de respeitar e proteger o meio-ambiente natural.

2.6 A decisão final

Finalmente, após apresentar os seus argumentos, a Corte encerra o acórdão prolatando a sua decisão, franca e abertamente favorável à França.

Por 12 votos a 3, a Corte resolveu:

1) Considerar que o *Pedido de um Exame da Situação* de acordo com o parágrafo 63, do julgamento de 20/12/1974, apresentado pela Nova Zelândia em 21/08/1995, não se enquadra nas disposições do referido parágrafo e que este "Pedido", conseqüentemente, tem de ser indeferido;

2) Considera que o *Pedido adicional de Deferimento de Medidas Cautelares,* apresentado pela Nova Zelândia na mesma ocasião, deve ser igualmente indeferido;

3) Considerar que os *Pedidos de Permissão para Intervir,* apresentados por Samoa, Ilhas Salomão, Ilhas Marshall e Estados Federados da Micronésia, devem ser conjuntamente indeferidos.

Votaram a favor da França os juizes Bedjaoui (Presidente da Corte), Schwebel (Vice-Presidente), Oda, Guillaume, Shahabuddeen, Ranjeva, Herczegh, Shi, Fleischhauer, Vereshchetin, Ferrari Bravo, Higgins.

Votaram a favor da Nova Zelândia os juizes Weeramantry, Koroma, bem como Sir Geoffrey Palmer, indicado como o juiz "*ad hoc*" do processo.

O acórdão da Corte traz, em apêndice, declarações de voto de alguns juizes, os quais resolveram fundamentar circunstanciadamente as suas decisões.

Constam deste apêndice as declarações de voto dos seguintes juizes: Schwebel, Oda, Ranjeva, Weeramantry, Koroma e Geoffrey Palmer.

O acórdão traz as assinaturas do Presidente da Corte (Mohamed Bedjaoui) e do Chefe do Protocolo (Eduardo Valencia-Ospina).

CAPÍTULO 3
O DISCURSO DA CORTE

3.1 Nível Fundamental

3.1.1. Semântica fundamental

No nível fundamental, estuda-se o estrato mais profundo que rege o processo de significação, que é o conjunto de mecanismos pelos quais se constrói o sentido de um discurso. Usando-se a terminologia da semiótica greimasiana, tem-se aqui o primeiro nível do percurso gerativo do sentido. Estudar este percurso não implica tanto em descobrir *qual é* o sentido de um texto, mas sim em revelar *como é* que este sentido é construído.

Fazendo-se uma divisão metodológica, nota-se que este nível fundamental desdobra-se em dois aspectos: o semântico e o sintático.

Na esfera semântica, estudam-se as idéias mestras, os conteúdos fundamentais que pautam a mensagem do discurso.

Na esfera sintática, estudam-se os mecanismos pelos quais estas idéias se articulam nos diversos momentos do discurso, as várias operações efetuadas pelo enunciador para articular estas idéias no acontecer da sua locução.

Colocando-se a necessidade de estudar o nível fundamental em ambos os aspectos, segue-se aqui a metodologia de aproximar primeiro a esfera semântica e posteriormente a sintática.

No plano semântico, observa-se que a categoria fundamental do discurso da Corte é /nitidez/ *versus* /vagueza/. Esta dicotomia, que é certamente análoga àquela dos lexemas /escrito/ e /apagado/, reproduz o dilema secular que sempre movimentou a argumentação jurídica.

Neste discurso, há os direitos que estão no domínio da /nitidez/ e há aqueles do domínio da /vagueza/.

Os direitos *nítidos* estão sacramentados e devem ser protegidos pelo judiciário. Os juízes devem resguardá-los, visto que não podem negá-los, ignorar sua existência, desconsiderar sua validade. São os direitos que integram a esfera do /escrito/ e se beneficiam da clareza da norma jurídica, esteja esta contida numa lei, numa sentença, num contrato ou num tratado internacional. Negar cumprimento aos direitos da esfera da /nitidez/ equivale a negar a valência do próprio ordenamento jurídico e contestar, conseqüentemente, a razão de ser do próprio aparelho judiciário.

Já os direitos *vagos*, estes não estão sacramentados, e os juízes quase sempre consideram problemático conceder-lhes tutela. Os juízes se reservam a faculdade de não resguardá-los, uma vez que é possível negá-los, podem ser

contestados, tidos por inexistentes ou inválidos. São os direitos da esfera do /apagado/, que se nutrem das interpretações criativas do texto jurídico. Apresentam-se como pretensões que não encontram amparo na literalidade dos diplomas legais. Não estão contemplados na letra da lei, podendo entretanto integrar-se no seu espírito. Resultam muito mais de uma leitura *polissêmica* que de uma leitura *parafrástica*. Elaborar a sua formulação exige muito mais uma postura de *hermenêutica* do que de *exegese*.

Quando se fala aqui que os direitos da /vagueza/ integram a esfera do /apagado/, deve-se ter em conta que o emprego deste /apagado/ não carrega nenhuma conotação de temporalidade.

Fala-se em /apagado/ não para referir-se a algo que estava escrito e *depois* foi armazenado num limbo, anulado, cancelado ou cortado. Não é isto, a idéia de apagar-se como algo *posterior*, o que se está indicando aqui.

Também não se emprega /apagado/ para referir-se a algo que vem *antes* do escrito, uma espécie de rascunho que não chega a materializar-se. Esta idéia de esboço, esta noção do apagar-se como algo *anterior*, uma espécie de futuro do pretérito (o que era para ser e não foi), não é esta a idéia que se pretende veicular.

O /apagado/ que está contido na idéia de /vagueza/ não é posterior nem anterior ao texto. É simultâneo a ele.

Trata-se de um conjunto de significados virtuais do enunciado textual. Todo aquele agregado de sentidos potenciais inerentes ao texto, os quais, não estando inscritos em sua letra, foram abrigar-se nas entrelinhas, constituindo-se num reino de sombras, um domínio de imprecisão semântica, onde se superpõem os planos de leitura que escapam à exegese literal.

No discurso da Corte Internacional de Justiça, há que se observar uma linha que divide o campo da /nitidez/ jurídica do campo da /vagueza/ jurídica.

O acórdão de 1974 investiu a Nova Zelândia no direito de reabrir aquele processo na hipótese de que a "base do julgamento viesse a ser afetada".

Qual é esta *base do julgamento*?

Para a Corte Internacional de Justiça, a "base do julgamento" de 1974 é a decisão do governo francês de *não mais realizar testes atmosféricos*. Isto é o que resulta de uma interpretação parametrizada pelo critério da /nitidez/.

Esta interpretação da expressão *base do julgamento* é a interpretação mais nítida exatamente porque resulta da letra do acórdão de 1974. Tem-se aqui a postura jurídica de valorizar aquilo que está *escrito*, empregando-se a escritura como critério sinalizador e sacramental da juridicidade.

Ao considerar que o compromisso do governo francês (em não mais realizar testes atmosféricos) satisfazia a pretensão neozelandesa, a Corte colocava-se

no direito e na função de definir *qual era* a pretensão da Nova Zelândia, levando em conta não apenas a petição inicial, mas o processo como um todo.

Num processo complexo, como o que tramita na Corte Internacional de Justiça, é comum que as partes sejam convocadas diversas vezes para formular e reformular os seus pedidos, através de memorandos, memoriais, réplicas, tréplicas, contra-tréplicas, argumentações orais, etc.

Neste intenso fogo cruzado argumentativo, o pedido pode se descaracterizar, visto que a parte ora amplia ora reduz a sua solicitação, conforme o calor dos debates.

Em face deste labirinto lingüístico, a Corte deve, para resolver a demanda, resolver primeiramente a questão: o que é que o requerente de fato deseja?

Ao resolver esta questão com base no todo do processo, a Corte transforma a leitura (inicialmente um ato comunicativo) em ato performativo. A leitura passa a ser um gesto revestido de validade e eficácia vinculantes. É o fazer lingüístico transformado em fazer jurídico.

Neste ato, a Corte realiza o gesto sistêmico de *reduzir a complexidade*. Transforma a pretensão da parte, que está manifesta em múltiplas e diferenciadas expressões ao longo do processo, num pedido simples, coeso e coerente. Transforma a /vagueza/ em /nitidez/.

Esta função judiciária/judicante de poder definir o que a parte "realmente deseja", está claramente colocada no acórdão de 1995:

> Considerando que a Corte, em 1974, tomou como ponto de partida de seu raciocínio a petição protocolada pela Nova Zelândia em 1973; considerando que ela afirmou no seu julgamento de 20 de dezembro de 1974 que era seu dever "isolar a verdadeira questão do processo e identificar o objeto da demanda"; considerando que ela subseqüentemente adicionou que "nunca foi contestado que a Corte está autorizada a interpretar as conclusões das partes, e de fato está obrigada a fazê-lo", sendo este "um dos atributos de sua função judicial (Relatórios da C.I.J.; 1974, pp. 466, parágrafo 30)[11]".

Esta observação, de que a Corte tem o direito de "interpretar" o pedido apresentado pela parte, não é uma novidade de 1995. Já no acórdão de 1974, a Corte mencionava esta dúplice função interpretativa - interpretar o texto legal e interpretar o pedido das partes:

> Nas circunstâncias do presente caso, como já mencionado, a Corte deve definir a verdadeira temática da disputa, o objeto e o propósito da demanda... Ao fazer isto ela deve levar em conta não apenas a conclusão, mas a petição como um todo, os argumentos do requerente perante a Corte, e outros documentos referenciados".[12]

[11] CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA; op. cit., p. 304.

[12] CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Nuclear tests (New Zealand v. France) case.* 1974, p. 466, parágrafo 30.

Ao considerar-se nesta posição, de poder interpretar a "verdadeira" pretensão das partes, a Corte confere-se o direito de circunscrever, em cada processo, qual é a genuína temática da demanda.

No acórdão de 1974, a Corte exercitou esta prerrogativa ao declarar que a temática daquela controvérsia estava circunscrita aos testes a céu aberto.

> Para os objetivos desta petição, a demanda da Nova Zelândia deve ser interpretada como sendo aplicável unicamente a testes atmosféricos, não a qualquer outra forma de testagem, e como sendo aplicável unicamente a testes atmosféricos realizados de modo a provocar poeira radioativa sobre o território da Nova Zelândia.[13]

Nos debates e nas considerações de 1995, a Corte chega a admitir - de um modo muito sutil - que a Nova Zelândia pode ter até desejado algo mais amplo que o simples banimento dos testes atmosféricos. A Nova Zelândia pode ter desejado se proteger de todo tipo de poluição nuclear causada pelos experimentos atômicos franceses. Este "algo mais", entretanto, não passou pelo filtro interpretativo da Corte, não pôde ser considerado parte integrante da "temática do processo", não ultrapassou a fronteira lingüística que supera a /vagueza/ da /nitidez/.

Deste modo, a Corte desdobra o seu fazer interpretativo em dois momentos, demarcados bem precisamente no tempo: a) em 1974, a Corte interpreta a pretensão da Nova Zelândia e estabelece que a temática do processo se restringe a testes atmosféricos; b) em 1995, a Corte define que a temática do processo de 1974 é

[13] Ibid., p. 466, parágrafo 29.

coisa julgada, ou seja, uma decisão definitiva que já cristalizou-se e não pode ser rediscutida.

Este raciocínio está claramente manifesto nas palavras do acórdão:

> Considerando que a Corte, ao formular estas conclusões em 1974, tinha lidado com a questão sobre se a Nova Zelândia, ao protocolar a sua Petição Inicial dos procedimentos de 1973, poderia ter tido objetivos mais amplos que a cessação de testes nucleares atmosféricos - a "preocupação primária" do governo da Nova Zelândia, como ele agora a coloca; e considerando que, uma vez que a presente tarefa da Corte é limitada a uma análise do Julgamento de 1974, ela não pode agora reabrir esta questão[14].

O conceito de coisa julgada opera a articulação das raízes medievais e antigas do poder judiciário com o mundo moderno da palavra escrita, a era pós-Gutemberg.

No universo do direito romano, os contratos se reputavam celebrados após a pronúncia solene de palavras sacramentais.

A medida que o direito migrou da esfera da oralidade para o plano da palavra escrita, respeitar aquilo que está escrito equivale a respeitar a "palavra empenhada". O conceito de "coisa julgada" cria, desta forma, o campo semântico da "honradez" do judiciário.

A Corte deve respeitar a /nitidez/ do acórdão de 1974, porque a França respeitou a /nitidez/ de 8 de junho daquele ano. Qualquer coisa além disso é

/vagueza/, não está /escrito/, não é obrigatório porque não foi pactuado. Está /apagado/.

O respeito ao peso da palavra escrita emerge na dicção daquela Corte:

> Considerando que as declarações unilaterais das autoridades francesas foram feitas publicamente fora da Corte e *erga omnes*, e expressavam a intenção do governo francês de por um fim aos seus testes atmosféricos; considerando que a Corte, comparando o compromisso assumido pela França com a reivindicação apresentada pela Nova Zelândia, considerou que ela fazia face a "uma situação em que o objetivo do "Requerente tinha sido de fato alcançado". (ibid., p. 475, parágrafo 55, *a referenciação é da Corte*); e conseguintemente indicou que o "objeto da demanda tendo claramente desaparecido, não há nada sobre o que se emitir julgamento" (ibid., p. 477, parágrafo 62, *a referenciação é da Corte*).[15]

3.1.2. Sintaxe Fundamental

Feitas todas estas observações sobre a semântica do nível fundamental, resta analisar como se apresenta a sintaxe deste nível.

Visto que a sintaxe de um discurso se refere aos mecanismos de articulação pelos quais os seus elementos semânticos interagem entre si para produzir os efeitos de sentido, pode-se dizer que o discurso do acórdão de 1995 tem a sua organização sintáxica marcada por três operações.

---

[14] CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA, op. cit., 1995, p. 305, parágrafo 59.
[15] Ibid., p. 305, parágrafo 61.

A afirmação da /vagueza/: a Nova Zelândia pede a reabertura do processo de 1974 com base numa interpretação extensiva da expressão *base do julgamento*. A sua metodologia hermenêutica transcende a literalidade seca do texto legal. Foge do /nítido/ plano de leitura do aresto, alicerça-se em argumentos não jurídicos e jurídicos externos, vai para o domínio do /vago/, o nebuloso não-escrito ou escrito em outras instâncias.

A negação da /vagueza/: a França faz a sua contestação e pede que a Corte se restrinja aos estritos termos do julgado de 1974. Para ela, o julgado dos anos 70 estabelece como que um contrato entre as partes. Os termos do contrato se projetam sobre o campo semântico dos testes atmosféricos. Extrapolar este campo semântico equivale a discutir um contrato com base em cláusulas não-escritas, não-pactuadas. Com estas, a França não se comprometeu. Ademais, a França ataca a /vagueza/ da Nova Zelândia quando anuncia que esta, além de não ter interesse legítimo de agir (não foi afetada a "base do julgamento"), ainda apresentou um pedido juridicamente impossível, visto que não há normas no Estatuto da Corte permitindo reabertura de processo a não ser por Pedido de Revisão ou por Embargos de Declaração.

A afirmação da /nitidez/: a Corte faz valer a interpretação literal e respeita a interpretação extensiva do aresto de 1974. A literalidade da exegese é /nítida/ e consulta mais aos interesses da segurança jurídica que a amplidão da

hermenêutica. A Corte se nega a tutelar os interesses da Nova Zelândia porque acolher a argumentação desta equivaleria a aceitar que um texto legal comporta múltiplos planos de leitura e que, nesta polifonia de vozes, é possível ouvir aquelas que ampliam o próprio sentido do texto, podendo desvinculá-lo dos nós semânticos que seus autores lhe imprimiram.

Fazendo uma ligeira concessão, a Corte diz que o pedido é juridicamente possível. Existe um procedimento especial para permitir que se realize um "Exame da Situação": é o próprio procedimento previsto no acórdão de 1974. Não se trata de procedimento usual, já estabelecido e regulamentado no estatuto.

Entretanto, mesmo sendo juridicamente possível, a Corte estabelece que a pretensão neozelandesa não é admissível porque não se concretizou o suposto que autoriza a reabertura do processo.

Constatada a existência de uma polaridade fundamental no discurso da Corte, a categoria /nitidez/ *vs.* /vagueza/, resta explicitar qual é a qualificação que estes dois termos recebem no discurso.

Pode-se dizer que /nitidez/ é o termo que recebe a qualificação positiva e /vagueza/ o termo qualificado negativamente. Ou melhor, pode-se utilizar a terminologia da própria semiótica greimasiana, e afirmar que /nitidez/ é o termo *eufórico* e /vagueza/ é o termo *disfórico.*

Eufórico é aquilo que o discurso valoriza. *Disfórico* é aquilo que o discurso desvaloriza.

É importante ressaltar que esta escala de valores, aqui reportada, não é a escala de valores do leitor do acórdão, qualquer que ele seja, e sim a escala plasmada no texto, por quem a concebeu: a Corte Internacional de Justiça.

Por outro lado, o discurso da Corte só compara /nitidez/ com /vagueza/ porque estes dois termos contêm algum traço que permite a comparação.

Usando uma ilustração do mundo da matemática: não se pode comparar o volume de um cubo com o volume de um quadrado. Os cubos têm volume porque são figuras espaciais. Os quadrados não têm volume porque são figuras planas.

O que se pode é comparar a área de um quadrado com a área de um círculo. Apesar de completamente contrastantes, quadrado e círculo têm um traço geométrico em comum: os dois são figuras planas.

Da mesma forma, /nitidez/ e /vagueza/, apesar de completamente contrárias, apresentam um traço semântico em comum: são ambas do campo da /legibilidade/.

Tanto /nitidez/ quanto / vagueza/ se manifestam como tipos de /legibilidade/. Como o discurso em tela valoriza a /nitidez/, esta se apresenta como

o símbolo máximo da /legibilidade/, enquanto a desvalorizada /vagueza/ é posta como a expressão da mais reduzida /legibilidade/.

Já seria o inverso, por exemplo, num texto de crítica literária de poesia. A /vagueza/ seria a forma mais excelsa de /legibilidade/, enquanto a /nitidez/ apresentar-se-ia como a forma mais baixa.

3.2 Nível narrativo

3.2.1 Semântica narrativa

No nível fundamental, foi feito um estudo da camada mais profunda do percurso gerativo de sentido.

Nesta camada profunda, estudam-se as estruturas mais abstratas que regem a organização do percurso gerativo de sentido. É como estudar a concepção urbanística que domina o traçado de uma cidade planejada.

Observou-se que o discurso, em seu nível mais profundo, está organizado em torno de valores que emanam dos termos de uma categoria semântica fundamental. Valor daquilo que é desejado e valor daquilo que é indesejado.

No caso da Corte Internacional de Justiça, os elementos semânticos fundamentais são /nitidez/ e /vagueza/. São ambos do domínio da /legibilidade/.

/Nitidez/ é o termo valorado positivamente, o termo eufórico. /Vagueza/ é o termo valorado negativamente, o termo disfórico.

Na semântica do nível narrativo, o que se estuda é a possibilidade de estes valores se apresentarem não como categorias semânticas puras e abstratas, e sim materializados em *objetos*.

Ao se revestirem da forma de *objetos*, os valores se habilitam a ter uma relação direta com os sujeitos. Estes podem tanto atrair quanto rejeitar os objetos, num jogo de valoração e desvaloração que transforma a semântica do discurso numa articulada movimentação de sentidos.

Deste modo, evidencia-se que o nível narrativo é uma camada intermediária do percurso gerativo de sentido. Não é tão abstrata quanto o nível fundamental e não chega a ser tão concreta quanto o nível discursivo.

É interessante, neste exato momento, a existência de um confronto de nomenclaturas entre os diversos semioticistas de extração greimasiana. José Luiz Fiorin usa o termo *objeto* para designar aquilo que Eric Landowski chama de *valor*.

De qualquer modo, tanto a palavra *objeto* quanto a palavra *valor* indicam o revestimento externo dos elementos semânticos. São estes objetos (ou valores) que constituem o motor que mobiliza a ação dos sujeitos.

É José Luiz Fiorin quem explica a maneira pela qual esta relação, entre *sujeitos* e *objetos* (é esta a nomenclatura que este trabalho prefere) modela a trama da semântica narrativa.

> A semântica do nível narrativo ocupa-se dos valores inscritos nos objetos. Numa narrativa, aparecem dois tipos de objetos: objetos modais e objetos de valor. Os primeiros são o querer, o dever, o saber e o poder fazer, são aqueles elementos cuja aquisição é necessária para realizar a performance principal. Os segundos são os objetos com que se entra em conjunção ou disjunção na performance principal. É preciso, no entanto, atentar para o fato de que nem sempre o valor do nível narrativo é idêntico ao objeto concreto manifestado no nível mais superficial do percurso gerativo. O valor do nível narrativo é o significado que tem um objeto concreto para o sujeito que entra em conjunção com ele. Assim, por exemplo, quando, num conto maravilhoso, uma fada dá ao príncipe uma espada mágica, para que ele mate o dragão que capturara a princesa, a espada é a concretização, num nível mais superficial, de um objeto modal, /poder-vencer/ (este sim elemento do nível narrativo). Os ovos de ouro, que a galinha da fábula punha, são a manifestação concreta do objeto-valor /riqueza/. Um objeto narrativo, por ser mais abstrato, pode ser concretizado de múltiplas maneiras[16].

Todas estas considerações tecidas por José Luiz Fiorin são válidas para a análise da camada narrativa de toda e qualquer classe de textos providos de narratividade.

É em Eric Landowski que se vai colher um inventário destas categorias direcionado especificamente para o universo do discurso jurídico:

> Reconhecido acima como uma especificação da função dita "fazer"- que, por definição, tem por efeito transformar "estados" -, o ato jurídico reproduz sua estrutura formal ao mesmo tempo que, por sua vez, tem como efeito particular transformar "situações jurídicas". *As transformações de estados*, a que já se fez alusão, são analisadas, convém precisar agora, como operações elementares de *conjunção* ou de *disjunção* entre sujeitos e valores: uns objetivos - *grosso modo*, o equivalente do

[16] FIORIN, José Luiz. *Elementos de análise de discurso*. 3. ed. São Paulo : Contexto, 1992, p. 28.

> que se chama em direito "bens corporais" -, outros modais, notadamente da ordem do poder-fazer e do dever-fazer, isto é, o equivalente quase exato desses "bens incorporais" que representam, tecnicamente falando, os "direitos", positivos e negativos, dos sujeitos. A conjunção de um ou outro desses valores ou desses "bens" como um sujeito determinado pode teoricamente resultar seja da atribuição que deles lhe foi feita transitivamente por outrem, seja de um ato reflexivo de apropriação; do mesmo modo, o estado que consiste em ser privado desses valores ("disjunto") decorrerá ora do fazer transitivo de um outro sujeito (espoliação por outrem), ora de um ato reflexivo (de renúncia)[17].

Nunca é demasiado recordar, neste ponto, que é necessário proceder um ajuste de terminologia. Os objetos-valor de José Luiz Fiorin são os valores objetivos de Eric Landowski. Os objetos modais de Fiorin são os valores modais de Landowski.

Um semelhante ajuste de nomenclaturas deve ser feito ao citar-se a semioticista Diana Luz Pessoa de Barros. A relação que Fiorin apresenta entre *objeto-valor* e *objeto-concreto* é a mesma que Pessoa de Barros visualiza entre *valor* e *objeto.*

Basta conferir o livro de Diana Luz Pessoa de Barros, *Teoria Semiótica do Texto:*

> No percurso gerativo, a semântica narrativa é o momento em que os elementos semânticos são selecionados e relacionados com os sujeitos. Para isso, esses elementos inscrevem-se como valores, nos objetos, no interior dos enunciados de estado. Em "História de uma gata", o

[17] LANDOWSKI, Eric. *A sociedade refletida.* São Paulo : Pontes, 1992, pp. 66-67.

> sujeito gata está em relação de conjunção com os valores de alimento, abrigo, proteção e amor, inseridos nos objetos manifestados como filé mignon, apartamento, carinhos.
> As relações do sujeito com os valores podem ser modificadas por determinações modais. A relação de junção existente entre o sujeito "gata" e o valor do "alimento" está determinada, no texto, como uma relação *desejável* - a gata *quer* o valor "alimento" - e possível - a gata *pode* ter a comida[18].

Utilizando-se a nomenclatura e o raciocínio de José Luiz Fiorin, incumbe fazer a pergunta: quais são os objetos-valor e os objetos modais que organizam a semântica narrativa do texto que estamos trabalhando?

Levando em consideração o discurso da Corte, pode-se dizer que /direito processual/ é o objeto-valor que ela apresenta; é o /direito processual/ que se constitui no objetivo último da Corte, enquanto sujeito e personagem do seu próprio discurso.

Mas deve-se notar que /direito processual/, sendo uma figura do nível narrativo, pode não transparecer diretamente no discurso. De fato, este objeto-valor se manifesta através do termo /processo/.

Assim, pode-se afirmar que /processo/ é o objeto concreto e /direito processual/ é o objeto-valor.

Nesta altura, coloca-se o ponto de intersecção entre o discurso da Corte e o discurso da Nova Zelândia, na forma em que ambos são retratados no texto do acórdão.

O discurso da Nova Zelândia também envolve o termo /processo/ como objeto concreto. A diferença é que a Nova Zelândia não indica este objeto concreto como manifestação de um objeto-valor. Para ela, o objeto concreto /processo/ é manifestação do objeto modal /poder-julgar/.

O que isto significa, em linguagem mais simplificada?

Significa que o discurso da Corte estabelece o direito processual como um fim em si mesmo. O processo, por sua vez, sendo a materialização concreta do direito processual, torna-se o objetivo último de si mesmo. O objetivo último do processo judicial é dar cumprimento às normas processuais.

No discurso da Nova Zelândia, diferentemente, o direito processual não é um fim em si mesmo. Ele está a serviço do direito substantivo, e, mais especificamente, no caso em tela, a serviço do direito ambiental internacional.

Para a Corte, parece haver uma hierarquia diversa. As normas de direito ambiental internacional só podem ser aplicadas quando há disponibilidade de mecanismos processuais, *bem específicos,* para dar a elas o modo adequado de operacionalização.

A Corte assume que a ineficácia de algumas normas substantivas em razão das constrições dos dispositivos processuais é uma dimensão inafastável do trabalho judiciário.

---

[18] BARROS, Diana Luz Pessoa de. *Teoria semiótica do texto.* São Paulo : Ática, 1990, p. 42.

Nega, desta maneira, a possibilidade de uma interpretação analógica e/ou extensiva das normas do processo com a finalidade de viabilizar a aplicação do direito material.

É esta flexibilidade interpretativa, que faz uma *leitura polissêmica* das normas de processo, que a Corte parece recusar em seu discurso.

Os juízes dissidentes da própria Corte, uma bancada minoritária de três juízes, advogam esta flexibilidade.

O juiz Christopher Gregory Weeramantry articula um contra-discurso ao discurso da Corte e ataca a decisão da maioria com embasamento filosófico:

> Este é um caso para o qual não existe nenhum modelo adequado - seja nas convenções internacionais, no costume internacional, nos princípios gerais do direito, nas decisões judiciais ou nos ensinamentos de publicistas. Ele representa um desafio para a Corte.
> Este é também um caso no qual os processos de raciocínio lógico podem bem levar a uma conclusão ou outra. Os processos de raciocínio estabelecidos nesta opinião dissidente levam à conclusão de que o julgamento da Corte em 1974 deixou aberta a possibilidade de que, na eventualidade de que um dano similar ocorresse por outros meios que não a testagem atmosférica, a Nova Zelândia estaria habilitada a trazer isto perante a Corte. O julgamento da Corte nesta demanda vem a chegar, também por uma cadeia lógica de raciocínio, à conclusão oposta, ou seja, de que a testagem atmosférica e apenas a testagem atmosférica constituía a temática do julgamento. O falecido professor Julius Stone, que, além de sua considerável posição no mundo do direito internacional, também foi um dos mais profundos pesquisadores do raciocínio jurídico em nosso tempo, referiu-se a estas situações como "as margens da escolha judiciária".

> (...) Daí vem um grande número de escritos que têm iluminado este assunto. Nesta Corte - talvez ainda mais do que em qualquer jurisdição domestica - estas reflexões relativas ao processo judiciário são mais do que nunca relevantes, pois a disciplina do direito internacional tem raízes filosóficas mais profundas que a maioria das ouras disciplinas jurídicas. Nomes tais como Llewellyn, Cardozo, Perelman, Julius Stone, para não mencionar numerosos outros, iluminam o caminho em direção a um entendimento de que as formas de raciocínio lógico não levam inevitavelmente a uma única conclusão[19].

Por detrás desta eleição de objetos - seja o processo como um fim-em si-mesmo, seja o processo como um instrumento a serviço de outros valores - o que está sendo colocado semanticamente é a divisão existente entre as diferentes filosofias do direito processual.

De um lado, coloca-se uma visão privatista do processo, enraizada na escola do pandectismo alemão, muito em voga no século passado. Na visão pandectista, que ainda marca profundamente a consciência e a formação de largos contingentes da magistratura, o sistema processual é visto basicamente como um sistema de direitos privados, direitos subjetivos que são tutelados pela própria mecânica do processo.

Na visão pandectista do processo, ainda não se vislumbrava o *direito de ação* como um direito próprio.

[19] WEERAMANTRY, Christopher G. in CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA, 1995, p. 359.

Na realidade, o que se apregoava é que o direito de ação seria o próprio direito subjetivo colocado em movimentação mediante a mecânica do processo.

Esta teoria, em que pese a sua razoabilidade lógica, traz algumas conseqüências extremamente paradoxais à práxis judiciária.

Uma destas conseqüências é exatamente a conclusão de que, se o sistema processual não oferece remédios para viabilizar a exigibilidade de um determinado direito, o referido direito deve ser considerado ineficaz. Ou inválido. Ou inexistente.

Tal raciocínio tem o condão de inverter perigosamente a hierarquia do ordenamento jurídico. Levado ao seu extremo, ele acaba colocando o direito substantivo na posição de servo do direito processual. Ou, utilizando uma metáfora, este raciocínio equivale a dizer que a inexistência de remédio específico para uma doença significa que a doença não existe, ou que não se deve buscar tratá-la com remédio de amplo espectro, porque este não é específico.

Com a evolução do pensamento processualista, colocou-se, no outro lado, uma vertente diametralmente oposta da questão.

A medida em que se foi visualizando o *direito de ação* como um direito autônomo, independente dos direitos subjetivos colocados pelas partes,

descortinou-se a possibilidade de se conferir ao processo outro horizonte de objetivos largamente transcendente à mera tutela dos interesses particulares.

Esta tendência, de orientação oposta ao pandectismo privatista, vem sendo conhecida como *visão publicista do processo.*

A sua orientação publicista reside exatamente em advogar que a movimentação do processo deve ser regida em vista de interesses sociais superiores, colocados acima dos interesses particulares das partes. Isto mesmo fora dos âmbitos onde é imperativa a defesa dos interesses da coletividade, tais como o direito processual penal.

Esta visão publicista do processo vem encontrando fundamentados expositores em terras brasileiras.

O professor Cândido Rangel Dinamarco, membro do corpo docente da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), imprimiu forte impulso na disseminação desta escola no país.

O seu livro *A Instrumentalidade do Processo* acabou emprestando título à própria corrente doutrinária. Nos dias de hoje, os adeptos da *Instrumentalidade do Processo* se vêem e são vistos como representantes de um caráter de assertivo publicismo na esfera do direito adjetivo.

No discurso desta corrente processual, predica-se a necessidade de duas operações semânticas.

Em primeiro lugar, um reencontro do lexema /processo/ com o seu significado primitivo.

Se se concebe o sentido do processo como um conjunto de instrumentos e acontecimentos que são movimentados, ao longo do tempo, com a finalidade pré-estabelecida de construir uma realidade que lhe inspira mas que lhe é exterior, está claro que o próprio significado lexical da palavra exige que o /processo/ esteja indexado a um "*telos*" (finalidade, no sentido normativo) que extrapole a mera trama procedimental.

E que "*telos*" é este?

Responder esta questão é achar o segundo lugar deste percurso teórico, a segunda operação semântica da "instrumentalidade do processo".

Para Cândido Rangel Dinamarco, este "*surplus*" na teleologia do processo, o seu "*telos*" fundamental, se desdobra em dimensões políticas, sociais e jurídicas.

Entre as finalidades sociais, o autor coloca basicamente duas metas: pacificar com justiça e educar os membros da sociedade para os seus direitos e obrigações.

Entre as finalidades políticas demarca três pontos fundamentais: afirmar a soberania do Estado, viabilizar o culto das liberdades públicas e a sua efetivação, bem como propiciar canais à participação democrática dos cidadãos.

Como escopo jurídico do processo, os instrumentalistas indicam a "atuação da vontade concreta do direito".

Com a determinação de todos estes objetivos, a escola publicista sinaliza a existência de múltiplos vetores sociológicos que movimentam, ou devem movimentar, a dinâmica do processo.

É interessante notar que os juízes dissidentes da Corte (e de certo modo, a própria Nova Zelândia) não chegaram a propor uma ampliação tão extensiva do campo semântico do processo. Não fizeram uso da categoria "instrumentalidade do processo" em toda a sua profundeza de implicações significativas.

Propõe-se muito mais a hierarquização do processo a outros elementos do próprio ordenamento normativo que a outra ordem de valores, sociais ou políticos - quaisquer que sejam.

Por mais ampla que seja a idéia neozelandesa de "direito ambiental internacional, é sempre alguma idéia de juridicidade que é reportada. Esta noção de direito é ampla o suficiente para abranger princípios e pareceres, tanto quanto regras *"stricto sensu"*, mas nunca resvala para um âmbito de normatividade estranho às estruturas institucionais, nem para qualquer tipo de sociologismo descontextualizado.

3.2.2 Sintaxe narrativa

No item "semântica narrativa", foi feito um estudo dos valores que estão presentes no discurso. Estes valores estão investidos em objetos. Os autores falam em *valores objetivos* e *valores modais*, ou então se reportam a *objetos-de-valor* e *objetos modais*.

Para desvendar a dimensão semântico-narrativa de um discurso, é essencial articular e responder à pergunta: o que é que desejam os sujeitos desta narrativa?

Desta maneira, a dimensão semântica de uma narrativa reside, basicamente, nos ideais perseguidos pelos sujeitos que estão presentes no discurso.

Estes ideais podem ser coisas concretas. Podem ser coisas abstratas. Pode ser o abstrato revestido no concreto. Podem ser também as modalidades do querer, do dever, do poder, do fazer.

No momento de se buscar a sintaxe da narrativa, cumpre formular uma outra pergunta: quais as ações empreendidas pelos sujeitos para conseguir aqueles valores?

Deste modo, podemos dizer que a *semântica narrativa* estuda a relação entre os sujeitos e objetos como uma *ligação psicologizada,* como um laço platônico construído de desejos, pensamentos, ponderações e possibilidades.

Já a *sintaxe narrativa* aborda a relação entre sujeitos e objetos como uma *ligação de movimento*, onde significados da semântica estão exteriorizados em atitudes dinâmicas dos sujeitos, que se mobilizam no tempo e no espaço em busca dos valores que desejam.

Este traço de *movimento*, que impregna a sintaxe da narrativa, fez com que muitos semioticistas a vissem como o *script* de um espetáculo onde, de uma certa maneira, é a própria aventura da humanidade que é representada.

É em Diana Luz Pessoa de Barros que se pode ler:

> A sintaxe narrativa deve ser pensada como um espetáculo que simula o fazer do homem que transforma o mundo. Para entender a organização narrativa de um texto, é preciso, portanto, descrever o espetáculo, determinar seus participantes e o papel que representam na historiazinha simulada.
> A semiótica parte dessa visão espetacular da sintaxe e propõe duas concepções complementares de narrativa: narrativa como mudança de estados, operada pelo fazer transformador de um sujeito que age no e sobre o mundo em busca dos valores investidos nos objetos; narrativa como sucessão de estabelecimentos e de rupturas de contratos entre um destinador e um destinatário, de que decorrem a comunicação e os conflitos entre sujeitos e a circulação de objetos. As estruturas narrativas simulam, por conseguinte, tanto a história do homem em busca de valores ou à procura de sentido quanto a dos contratos e dos conflitos que marcam os relacionamentos humanos[20].

Num nível bastante elementar, pode-se dizer que os enunciados se classificam em enunciados de estado e enunciados de fazer.

---

[20]BARROS, Diana Luz Pessoa de. *Teoria semiótica do texto*. São Paulo : Ática, 1990, p. 16.

Os enunciados de estado indicam a existência de uma junção entre um sujeito e um objeto. Esta junção pode ser conjuntiva (união) ou disjuntiva (separação).

Exemplo: "a Nova Zelândia está livre da poluição nuclear". Neste caso temos uma disjunção entre o sujeito Nova Zelândia e o objeto poluição nuclear.

Os enunciados de fazer, a seu turno, indicam as transformações na relação entre os sujeitos e os objetos, havendo uma transição de um enunciado de estado para outro.

Exemplo: "a Nova Zelândia passou a receber poluição nuclear". Aqui, temos um enunciado de fazer que indica uma transformação de um estado inicial disjunto (a Nova Zelândia *sem* poluição nuclear) para um estado conjunto (a Nova Zelândia *com* poluição nuclear).

As narrativas mínimas podem ser de privação (passagem de um estado conjunto para um estado disjunto) ou de liquidação da privação (passagem de um estado disjunto para um estado conjunto).

As transformações, por sua vez, podem ser reflexivas ou transitivas. São reflexivas quando o sujeito *transforma-se a si mesmo,* colocando-se como agente e ao mesmo tempo paciente do mesmo processo transformador. São transitivas quando um sujeito *transforma outro sujeito,* colocando-se um como agente e outro como paciente da transformação.

Quando um enunciado de estado se articula com um enunciado de fazer, de modo que o enunciado de fazer passa a presidir o enunciado de estado, temos um *programa narrativo.*

Como exemplo de *programa narrativo* pode-se utilizar a proposição "a França poluiu o Atol de Mururoa".

Neste enunciado, o sujeito do fazer é a França (ela é o agente, o que pratica a ação); o sujeito de estado é o Atol de Mururoa (é ele quem sofre a ação); a transformação é poluir (criar um estado de conjunção entre o sujeito Atol de Mururoa e o objeto poluição). Cuida-se aqui de uma transformação transitiva: é um sujeito (a França) quem altera o estado de outro sujeito (o Atol de Mururoa).

Da mesma maneira que a *oração* é o elemento sintáxico de base na gramática lingüística, o *programa narrativo* é o elemento sintático de base na gramática narrativa. Da mesma forma que uma oração é composta de três elementos (sujeito, predicado e verbo), o programa narrativo também tem os seus elementos integrantes.

Estes elementos integrantes, na nomenclatura de Diana Luz Pessoa de Barros, recebem o nome de *actantes sintáticos.*

É preciso observar, neste momento, que a maioria dos discursos está elaborada em torno de dispositivos cuja sofisticação transcende vastamente o nível da narrativa mínima.

Por esta razão, faz-se necessário articular a passagem do nível de narrativa mínima para o de narrativa complexa. Nesta linha de raciocínio, torna-se importante estudar como os sintagmas da narrativa se agrupam em agregados que estão contidos uns nos outros, organizando-se em esferas concêntricas de complexidade.

Sabe-se que as orações se agrupam em combinações maiores denominadas *períodos*. Semelhantemente, os *programas* narrativos se agrupam em unidades denominadas percursos.

Os *percursos narrativos*, por sua vez, se agregam em unidades ainda maiores denominadas *esquemas narrativos*.

Todo percurso equivale ao *script* de uma estória, um *script* bem básico.

A gramática da narrativa vem estudando, ao longo dos anos, três percursos fundamentais: o do sujeito, o do destinador-manipulador e o do destinador-julgador.

Fazendo um ligeiro ajuste terminológico, é útil observar que o "destinador-mandante" ou "legislante", da nomenclatura de Eric Landowski, preenche os critérios de "destinador-manipulador" no jargão mais genérico de Diana Barros. Em outros termos, pode-se dizer que "destinador-mandante" é uma espécie

do gênero destinador-manipulador". Semelhantemente, afirma-se que o "julgador" de Diana Barros é absolutamente igual ao "judicador" de Eric Landowski.

No percurso do sujeito, apresenta-se a metáfora mais expressiva da aventura do ser humano sobre a face da terra. Neste percurso coloca-se um personagem - o sujeito - cuja tarefa principal é o *fazer-ser*: transformar a realidade, criar coisas, alterar o estado do mundo em seu redor.

Usualmente, o percurso do sujeito é composto de dois programas narrativos: o de competência e o de performance.

No programa de competência, o actante sintático sujeito adquire uma modalidade (um saber-fazer ou um poder-fazer) que o habilita a praticar alguma ação transformadora no mundo.

No programa de performance, acontece o segundo momento do percurso do sujeito. Nesta fase, o actante sujeito - munido do saber ou do poder que recebeu no programa anterior - pratica a ação transformadora para a qual se preparou.

Deve-se observar que o sujeito ocupa diferentes posições ao longo do percurso narrativo. Por esta razão, afirma-se que ele deixa de se apresentar como actante sintático (a sua classificação no enunciado elementar e no interior de cada programa) e passa a definir-se como um *papel actancial*. Isto significa que a sua identidade é mutante e que ela se redefine nos diversos estágios do percurso.

Com relação ao percurso do destinador-manipulador, apresenta-se aí um *script* muito diferente da estória do sujeito. O manipulador não age diretamente sobre a realidade - o que ele faz é induzir os outros sujeitos a praticar a ação transformadora. Assim, pode-se dizer que o manipulador não *faz-ser*, ele *faz-saber*.

De que maneira o destinador-manipulador induz o destinatário (o elemento manipulado) a praticar a ação que ele deseja? Basicamente através de tentação, intimidação, provocação ou sedução.

A teoria da narrativa usualmente divide o percurso do destinador-manipulador em dois programas. Na primeira etapa, acontece a atribuição de *competência semântica*, ou seja, o destinador elabora uma linguagem que lhe permite colocar uma proposta ao destinatário. Na segunda etapa, ocorre a manipulação propriamente dita, através da atribuição de *competência modal*.

Nota-se que a semiótica especificamente jurídica de Eric Landowski cria o conceito de *destinador-mandante* ou *legislante*, com os mesmos traços de manipulador da semiótica narrativa geral.

Também no caso do destinador-legislante, verificam-se as mesmas etapas já reportadas. Na primeira etapa, a de atribuição de *competência semântica*, o destinador-mandante promulga uma norma jurídica, criando um padrão de conduta para os sujeitos-destinatários. Na segunda etapa, a de atribuição de *competência modal*, o destinador-mandante realiza a manipulação propriamente dita, induzindo

o destinatário a realizar aquela conduta mediante uma intimidação: se a norma não for cumprida, serão aplicados tais e tais castigos.

Examinados os percursos do sujeito e do destinador-manipulador, resta analisar o percurso do destinador-julgador.

Nesta vertente de percurso narrativo, o objetivo principal do destinador não é realizar transformações no mundo, e nem induzir os outros a realizá-las. O objetivo principal é sancionar as transformações que já foram feitas no passado, seja atribuindo recompensas, seja aplicando penalidades.

Do mesmo modo que o percurso do destinador-mandante se enquadra perfeitamente no trabalho do Poder Legislativo, o percurso do destinador-julgador se encontra sobremaneira tipificado no ofício do Poder Judiciário.

Num raciocínio bem simplificado, verifica-se que o Legislativo cria normas para regulamentar comportamentos futuros, enquanto o Judiciário produz sentenças para sancionar - positiva ou negativamente - as condutas passadas.

Analogamente aos outros modelos, o percurso do destinador-julgador também se desdobra em dois momentos (ou programas). Num primeiro momento, o da *sanção cognitiva*, o destinador-julgador declara se uma determinada conduta praticada pelo destinatário se encaixa num modelo pré-estabelecido de comportamento. Num segundo momento, o da *sanção pragmática*, o destinador

aplica uma retribuição bem concreta, premiando ou castigando o destinatário pelo ato que este praticou.

É bem verdade que há percursos do detinador-julgador onde está ausente o segundo momento, o da sanção pragmática.

É o caso das sentenças exclusivamente declaratórias, onde não há a aplicação de penalidades e tampouco a atribuição de recompensa.

Neste caso, existe pelo menos a *sanção cognitiva*, ou seja, a manifestação do juiz dizendo se tal conduta é certa ou errada, ou se se enquadra em determinado padrão pré-estabelecido juridicamente.

Isto posto, fica claro que os acórdãos da Corte Internacional de Justiça tipificam de maneira um tanto incompleta o percurso do destinador-julgador.

As decisões da Corte apresentam um forte conteúdo de *sanção cognitiva*, não conseguindo produzir, todavia, um resultado concreto de *sanção pragmática*.

Ou seja, a Corte possui amplos poderes para dizer o direito, sinalizando o que está certo e o que está errado - à luz do direito internacional - na conduta dos estados que se submetem à sua jurisdição. Seus poderes, entretanto, são muito reduzidos no que tange à possibilidade de forçar os estados a cumprir aquilo que ela decidiu. Desprovida de qualquer poderio econômico ou militar que lhe

permita sancionar os estados com penalidades concretas, ela só pode contar com a boa vontade dos governos.

Exposto isto, é importante observar que os personagens da narrativa têm, basicamente, duas identidades ao longo do percurso: uma identidade fixa e uma identidade mutante.

Esta identidade mutante tem a ver com as múltiplas posições que o personagem ocupa na progressão da narrativa. Estas posições, por serem mutantes, recebem o nome de *papéis actanciais*.

No percurso do sujeito, por exemplo, são dois os papéis actanciais ocupados pelo personagem sujeito: o papel actancial de sujeito competente (na primeira fase do percurso) e o papel de sujeito operador (na segunda fase).

Já no percurso do destinador-julgador, são dois os papéis actanciais do personagem julgador: o papel actancial de sancionador cognitivo (na primeira fase do percurso) e o papel actancial de sancionador pragmático (na segunda fase).

Entretanto, a diversidade de papéis actanciais assumidos não afeta a identidade profunda do personagem.

Mesmo exercendo diferentes papéis ao longo do percurso, pode-se dizer que o personagem é substancialmente o mesmo do começo ao fim do trajeto, mantendo - desta forma - uma identidade essencial fixa.

Que identidade fixa é esta? É a identidade do personagem enquanto *actante funcional.*

Assim, o personagem sujeito pode ser ora sujeito competente ora sujeito operador, mas será sempre sujeito - esta é a sua identidade profunda enquanto actante funcional.

Semelhantemente, o destinador-julgador primeiro exerce o papel de sancionador cognitivo e depois o de sancionador pragmático - mas será sempre destinador-julgador (esta é sua posição como actante funcional).

Por esta razão, afirma-se que todo actante funcional é um feixe de papéis actanciais.

Feitas estas observações, é necessário sublinhar que o percurso não é a instância suprema de organização da gramática narrativa.

Foi visto que o percurso narrativo é uma unidade que está acima do programa narrativo. Assim, um conjunto de programas articulados entre si forma um percurso.

Similarmente, a unidade que está acima do percurso chama-se *esquema narrativo.* O esquema é, deste modo, um conjunto de percursos.

Em uma narrativa muito simplificada, pode-se ter um conjunto unitário - ou seja, um esquema narrativo composto de apenas um percurso. Isto

raramente acontece, visto que a estrutura narrativa dos discursos na maioria dos casos se reveste de uma grande complexidade.

A distribuição dos percursos no esquema de uma narrativa complexa é o que se chama de *seqüência canônica*.

Em face de todo este equipamento conceitual aqui apresentado, resta saber como se pode aplicá-lo no estudo semiótico do caso Nova Zelândia x França.

O cumprimento desta tarefa pode começar com a pergunta: qual o esquema narrativo do processo judicial que se está estudando?

Pode-se estudar o processo Nova Zelândia x França como uma narrativa de sintaxe virtual - ou de sintaxe realizada.

No prisma da sintaxe virtual, estuda-se o processo como um conjunto de competências dos sujeitos envolvidos. Pergunta-se pelo conjunto de encaminhamentos que as partes poderiam ter dado ao processo. Pesquisa-se não a história real do processo como algo acontecido, mas sim como um conjunto de estórias virtuais que estão unidas por um esquema narrativo comum. É o processo como virtualidade.

Já se viu que toda sintaxe narrativa é movimento. Só que aqui o movimento é virtual.

No plano da sintaxe virtual, tem-se um estudo que parece dedicar-se a um jogo de xadrez. Estudam-se as peças do jogo e qual a função que cada uma delas desempenha na articulação da partida.

Cumpre agora analisar a posição de cada figura nesta narrativa.

A França coloca-se como sujeito de fazer. A sua competência é demarcada pelo destinador-mandante Corte Internacional de Justiça; a sua conduta é julgada pelo destinador-judicador Corte Internacional de Justiça. Em outras palavras, a conduta da França tanto é "competenciada" quanto é sancionada pela Corte.

A Nova Zelândia, no plano da sintaxe virtual coloca-se nesta mesma posição. Ela também é "competenciada" pelo destinador-mandante Corte Internacional de Justiça - que atua igualmente como destinador-judicador para sancionar o sujeito de fazer Nova Zelândia.

É extremamente interessante observar que a figura Corte Internacional de Justiça acumula duas posições neste esquema narrativo. Ela tanto é destinador-mandante (ou legislante) quanto destinador-judicador. Faz as vezes de dois actantes funcionais. Em outras palavras, a Corte funciona tanto como legislativo quanto como judiciário.

Trata-se de uma situação absolutamente anômala e excepcional. É o tipo de acumulação que as jurisdições domésticas em sua maioria rejeitam, só encontrando um certo trânsito na esfera do direito internacional.

A posição da Corte como destinador-mandante (ou legislante) se deve fundamentalmente ao fato de que ela tem competência para estabelecer normas de direito processual para si própria.

Ainda que não estabeleça normas de direito internacional substantivo, a Corte tem revestido as questões de rito de uma tal importância que as normas processuais acabam tendo, na prática, a mesma importância das normas de conduta.

Releva observar que Eric Landowski sinaliza uma notável distinção entre as posições de destinador-mandante e destinador-judicador.

O actante mandante (ou legislador) produz enunciados *a priori* para valorar a conduta futura das partes (a Corte fez isto em 74, mesmo declarando que esta não é a sua função intrínseca).

Já o actante judicador exerce a função típica de órgão judiciário, sancionando a conduta passada das partes mediante enunciados *a posteriori*, as sentenças.

Seguindo as pegadas de Eric Landowski, releva frisar que a Corte ocupa posições não apenas em relação às instâncias inferiores: as partes que espontaneamente a ela se submetem. A Corte também ocupa posição em relação às instâncias que lhe são superiores.

Nesta esfera, a Corte se coloca como um simples sujeito de fazer - a mesma posição que ocupam as nações jurisdicionadas quando a ela se subordinam.

Em relação às instâncias que estão acima dela, a Corte apresenta-se como sujeito de fazer "competenciado" pela Assembléia Geral das Nações Unidas e pelo Conselho de Segurança. Por ser órgão máximo da comunidade internacional na esfera judiciária, não pode em princípio ser sancionada por nenhuma outra Corte, pois não há nenhuma outra Corte que lhe seja superior. Está sujeita, entretanto, aos "julgamentos" cognitivos da opinião pública internacional.

Não se pode esquecer também aquilo que Eric Landowski chama de "metadestinador epistemológico". Nesta categoria, agrupa-se todo aquele complexo de saberes sobre o direito internacional que as comunidades diplomática e acadêmica vêm agregando ao longo dos anos.

É todo um conjunto de doutrinas, explicitamente formuladas ou não, que modelam e moldam o pensamento dos intelectuais e dos operadores do direito internacional.

Estas doutrinas, mesmo não estando positivadas em tratados ou em normas processuais internas da Corte, não deixam de revelar uma poderosa influência nas decisões que provêm da Corte de Haia.

Revelado todo o mecanismo da *sintaxe virtual* do material em análise, chega o momento de desvendar a sintaxe realizada.

Enquanto na *sintaxe virtual* se estuda o conjunto de competências enfeixadas nos sujeitos, o conjunto de habilidades que o discurso investe em cada um deles, na *sintaxe realizada* se estuda o modo pelo qual estas competências são (ou podem ser) utilizadas num determinado modelo de narrativa.

Enfim, a *sintaxe realizada* estuda o processo não como um conjunto de competências e habilidades, e sim como um conjunto de eventos "acontecíveis", concretizados ou passíveis de concretização.

Usando a metáfora do jogo de xadrez, afirma-se que a *sintaxe virtual* faz a sua pesquisa através da pergunta: qual a função de cada peça? Como é que cada uma das peças se locomove no tabuleiro? A partir daí, descobre-se que o cavalo se desloca em "L", o bispo move-se diagonalmente, a torre desliza em sentido horizontal e vertical, o rei só se movimenta uma casa de cada vez, a rainha avança em todas as direções.

Já a *sintaxe realizada* faz uma pergunta mais direta: qual o organograma desta (ou daquela) partida? Sabe-se que ao indagar pela *estrutura* de uma partida de xadrez, a sintaxe realizada está abordando a partida de xadrez não naquilo que ela tem de específico e singular. Está tentando, isto sim, pesquisar a partida de xadrez como um modelo de narrativa - ou seja, como um conjunto de lances e jogadas que podem se repetir (ou servir de exemplo) para outras partidas. É nisto que consiste uma partida de xadrez *estruturalmente* considerada.

O *esquema narrativo* deste processo envolve basicamente três percursos. Há o percurso do destinador-manipulador, há o percurso do sujeito e há o percurso do destinador-julgador.

No *percurso do destinador-manipulador*, o destinador Corte Internacional de Justiça propõe um contrato aos destinatários (França e Nova Zelândia) num primeiro momento. Este contrato consiste em a Corte dar por encerrado o processo de 1973 em vista do compromisso francês de não mais realizar testes nucleares atmosféricos, e em vista de estes testes serem a "temática" da demanda neozelandesa.

Num segundo momento, a Corte faz a persuasão propriamente dita, convencendo as partes a aceitar o contrato mediante o compromisso de que ela, a Corte, reabrirá o processo a pedido da Nova Zelândia caso *as bases do julgamento* viessem a ser afetadas.

No *percurso do sujeito*, temos os atos concretos da França e da Nova Zelândia. O sujeito França realiza a ação de efetuar testes nucleares subterrâneos em 1995. O sujeito Nova Zelândia realiza a ação de pedir a reabertura do processo de 1973 em vista destes testes.

Considerando que todo programa de performance pressupõe um programa de competência, é oportuno perguntar se França e Nova Zelândia não se prepararam para a prática destes atos.

Logicamente que esta preparação aconteceu. O governo francês se preparou militar e politicamente para realizar as explosões. A Nova Zelândia, por sua vez, deve ter feito os seus trabalhos políticos e estratégicos antes de recorrer à Corte Internacional de Justiça.

Ocorre que estas preparações, estes programas de competência, estão completamente ausentes do discurso da Corte. São irrelevantes para ela - por não terem significação jurídica. Só se conclui pela sua existência mediante um raciocínio de pressuposição.

Com relação ao *destinador-julgador,* deve-se enfatizar que este percurso está relacionado ao fazer da Corte Internacional de Justiça.

Este percurso é constituído basicamente de um programa de sanção cognitiva.

O destinador-julgador Corte Internacional de Justiça sanciona positivamente o destinatário França, determinando a não-reabertura do processo, uma vez que a Corte reconhece que os testes nucleares subterrâneos, realizados pela França, não ferem a "base do julgamento" de 1974.

Cumpre enfatizar que este percurso do destinador-julgador, aqui apresentado, se apresenta como variante incompleta. O que se vê aqui é um judicador que faz a *sanção cognitiva* sem realizar a *sanção pragmática.*

Isto está diretamente relacionado ao fato de que a Corte Internacional de Justiça só prolata sentenças *declaratórias* e desprovidas de eficácia reforçada. Ou seja, a Corte apenas "diz" o direito. Ela não emite ordens no sentido estrito desta palavra, uma vez que a Corte não tem competência e/ou mecanismos para forçar os estados a cumprir estas reflexões.

Por fim, resta encerrar estas reflexões sobre o nível narrativo do discurso jurídico, indagando sobre a própria consistência de pesquisar esta dimensão nos textos do direito.

Todos sabem que os textos jurídicos não possuem tessitura ficcional. Eles não contém a dimensão romanesca que se encontra nos romances e nos contos.

Entretanto, se os textos jurídicos não se apresentam como manifestações de narrativa, eles certamente que se revelam como manifestações de *narratividade*.

Aqui, o conceito de narratividade extrapola amplamente a idéia de atividade fabuladora.

Encontra-se a idéia de narratividade em todo o discurso que descreve o trabalho do ser humano como ente transformador de estados. Ou seja, a idéia de que há um estado inicial e um estado final em diversas situações do mundo real, e de que a mediação entre estes dois estados se dá pelo fazer transformador da pessoa humana.

Este conceito de narratividade está presente no discurso jurídico, mesmo que este discurso não seja uma narrativa no sentido estrito da palavra. Por esta razão, o estudo do discurso jurídico na perspectiva da gramática narrativa é uma tarefa essencial do semioticista que pesquisa o direito.

Eric Landowski enfatiza de modo muito especial esta pertinência:

> Avancemos nossa hipótese de maneira lapidar: se o "inconsciente", conforme se diz, é estruturado como uma linguagem, o "jurídico", por sua vez, enquanto linguagem, seria estruturado como uma narrativa. Não é, evidentemente, na superfície que essa fórmula pretende encontrar sua justificação: a legislação não é um romance, e longe de nós supor que os magistrados nos contam histórias! Em compensação , ela adquire um sentido se tivermos em vista a lógica, ou, mais exatamente, a gramática narrativa *subjacente* ao vasto conjunto constituído de discursos e de práticas bastante diversificadas de inteligibilidade geral e comum[21].

[21] LANDOWSKI, Eric. *A sociedade refletida.* São Paulo : Pontes, 1992, p. 62.

3.3 Nível discursivo

3.3.1 Semântica discursiva

No nível discursivo, o que se analisa é a camada mais concreta do percurso gerativo do sentido. Todas aquelas configurações que se apresentavam de maneira *abstrata* nos níveis fundamental e narrativo, passam a ser revestidas de uma roupagem *concreta* no discursivo.

É bem verdade que o fato de o discurso ser concreto não faz com que ele se confunda com o *texto*.

Mesmo sendo concreto, o discurso é uma realidade que integra o mundo do *conteúdo*. Já o texto pertence à esfera da *expressão*.

Deste modo, pode-se dizer que um discurso geralmente está veiculado em diversos textos. Um texto, por sua vez, pode ser a manifestação muito cristalina de um discurso - ou pode ser o cenário dramatúrgico de um diálogo conflituoso ou interativo, entre diversos discursos.

Esta algaravia discursiva, inscrita nas letras do texto, traduz um fenômeno que tem recebido diversas denominações. É o que se chama de *polifonia*,

em Oswald Ducrot, ou *dialogismo*, em Mikhael Bakhtin, ou mesmo *interdiscursividade*, conforme a nomenclatura de Dominique Maingueneau.

O fato é que os discursos interagem entre si das mais diversas maneiras que são possíveis. Há relações de conflito entre os discursos quando eles disputam a hegemonia de um determinado campo ou universo discursivo.

Há relações de cooperação quando dois discursos fornecem elementos de legitimação para um mesmo estatuto de verdades (científicas/ sociais/econômicas/filosóficas).

Existe, finalmente, uma relação de inclusão, quando um discurso trabalha um determinado campo semântico no mesmo diapasão dissertativo de um outro discurso mais genérico e abrangedor de outros campos semânticos.

Fazendo uma classificação um tanto esquemática - mas nem por isso menos útil - conclui-se que o discurso é uma produção *social* enquanto o texto é da esfera da criação *individual*.

Isto reflete o fato de que todo discurso está ligado a uma *formação ideológica*, e toda formação ideológica, por sua vez, revela a visão-de-mundo de um segmento , de uma categoria ou classe social.

Quando um indivíduo produz um texto, este texto, sendo uma composição lingüística da lavra de uma pessoa humana, refletirá a sua autoria de

algum modo. Mesmo que seja apenas nas marcas de estilo, esta autoria fica registrada.

Mas o autor do texto não transmite ali apenas a sua individualidade. Ele também veicula nas letras e nas fraturas do seu escrito, a voz coletiva da classe social de que faz parte. Esta voz social é exatamente o *discurso*.

É por isso que se diz que o texto é a expressão individualizada de uma manifestação social - que é o discurso.

Sendo uma manifestação social, a voz de uma coletividade, o discurso é o lugar onde se revela, de maneira mais cristalina, o aspecto *ideológico* da linguagem.

Sabe-se que a linguagem tem uma dimensão estrutural, profunda, que está além das determinações criadas pelas contingências sociais.

Assim, percebe-se que o sistema fonológico da língua portuguesa tem regras profundas que não tem qualquer veiculação com o mundo social dos falantes.

O complexo jogo entre vogais e consoantes é parte integrante destas regras. Certos encontros consonantais são proibidos por estas normas profundas (por exemplo, o encontro "*nl*" e "*ml*" no início de vocábulo), e estes parâmetros integram o sistema fonético da língua portuguesa já há séculos, valendo para todas as classes sociais e para todos os países que utilizam o idioma.

Estas regras profundas integram aquilo que se pode chamar de *gramática lingüística.*

Já no nível de superfície, o que se tem é um cenário completamente diverso.

Aqui, as determinações históricas e sociais, longe de se constituírem num elemento estranho, estão plasmadas no próprio núcleo discursivo da linguagem.

Estas determinações históricas e sociais modelam a visão-de-mundo que é transmitida pelo discurso. Visão-de-mundo que é usualmente chamada de ideologia.

Vê-se, por todas estas considerações que a Análise do Discurso quebra, de certa maneira, a visão dicotomizada de Saussure.

Para Saussure, o fenômeno da linguagem se divide em duas vertentes: língua e fala.

Pois a estes dois elementos, os lingüistas modernos acrescentam mais um: o discurso.

Saussure indicava que a língua seria o conjunto de regras profundas, coletivamente produzidas, enquanto a fala seria a utilização individual da linguagem.

Os modernos lingüistas, por sua vez, também concebem o discurso como uma produção coletiva, mas o seu conceito de coletividade se reveste de um caráter diferente do de Saussure.

A *coletividade* de Saussure era um ente abstrato.

Qual foi o grupo social que criou o sistema fonético da língua portuguesa? Esta resposta se perde no tempo e na história, torna-se uma indagação quase antropológica a ser trabalhada pelos especialistas da gramática histórica.

O que se sabe é que o sistema fonético do português não é produto de um trabalho individual - e nem foi produzido por uma classe social, como a burguesia, o proletariado, a aristocracia ou a classe média.

Este significado de *coletividade* em Saussure se reveste de um sentido antropológico, ancestral, quase mítico. Trata-se de um sentido despolitizado e, de certa forma, a-histórico.

Já a moderna Análise do Discurso demarca um novo horizonte significativo em sua idéia de *coletivo.*

Diferentemente das regras da língua, que são herdadas de uma instância ancestral remota, os discursos são produzidos pelas classes, pelos segmentos e pelas categorias sociais concretas em seu desempenho histórico.

Por esta razão todo discurso reflete, em sua produção e em sua interpretação, os múltiplos conflitos econômicos, sociais e políticos que atravessam a história do seu tempo.

A moderna Análise do Discurso, enquanto disciplina que busca estudar o discurso em seus múltiplos aspectos, está forçada a levar em conta estes conteúdos ideológicos da instância discursiva.

Não pode deixar de considerar, por outro lado, que a camada discursiva também se biparte em aspecto sintático e aspecto semântico.

A sintaxe do discurso se ocupa essencialmente de duas questões: a) os reflexos da enunciação no enunciado; b) as relações entre enunciador e enunciatário.

Os reflexos da enunciação têm a ver com as marcas, observáveis no próprio discurso, que denunciam as circunstâncias e as intenções com as quais ele foi produzido.

Entre estes reflexos, são particularmente dignos de nota os fenômenos de dissintonia - normalmente intencionais - entre enunciado e enunciação. São os casos em que o enunciado afirma uma coisa que é negada pela enunciação (antífrase ou ironia); os casos em que o enunciado nega algo que enunciação afirma (lítotes); os casos em que o enunciado atenua as verdades e fatos

da enunciação (eufemismo); ou os casos em que o enunciado se omite em dizer algo que está subentendido na enunciação (reticência).

Já o âmbito das relações entre enunciador e enunciatário enfoca o discurso como um fenômeno de comunicação: uma ponte que une duas extremidades, o emissor e o receptor.

Nestas relações se vislumbra todo o complexo de mecanismos pelos quais o enunciador procura influenciar os receptores do seu discurso. Entre estes mecanismos de convencimento, encontram-se os próprios reflexos da enunciação no enunciado. Ou seja, as dissintonias entre enunciação e enunciado são utilizadas maliciosamente pelo produtor do discurso para tornar a sua mensagem mais colorida e/ou aceitável.

Feitas estas observações, nota-se que a sintaxe discursiva - em suas duas linhas de pesquisa - focaliza a *dimensão argumentativa* do discurso.

É esta finalidade argumentativa que faz o organizador do discurso projetar reflexos da enunciação sobre o enunciado. É esta mesma finalidade que vai pautar as relações deste organizador com os leitores do seu discurso.

Assim, estudar a sintaxe de um discurso equivale a pesquisar os formatos argumentativos que nele estão subjacentes.

Expondo isto, coloca-se agora a necessidade de explorar um possível entendimento sobre *semântica do discurso*.

Por estrutura semântica do discurso entende-se o conjunto articulado de *temas* e/ou *figuras* que estão nele colocados.

Chamam-se *temas* as formulações abstratas de pensamento que permitem ao produtor do discurso articular e expressar a sua opinião sobre coisas e/ou acontecimentos. Quando diversos temas são alinhavados num discurso de modo coerente, apresenta-se aí um percurso *temático.*

Chamam-se *figuras* os mecanismos de metáfora através dos quais os temas passam a ser revestidos de uma cobertura simbólica, possibilitando que o produtor do discurso transmita a sua mensagem num veículo mais colorido e mais lúdico.

Assim, afirma-se que a *justiça* é um *tema* - ao passo que a imagem da deusa grega, segurando a balança de olhos vendados, é uma *figura.*

A mensagem do evangelho é um tema, enquanto a parábola que veicula esta mensagem é uma figura.

Considera-se que o estrato temático e o estrato figurativo são subcamadas da camada discursiva.

Deste modo, todo discurso possui, necessariamente uma camada temática - trata-se de um elemento obrigatório. Entretanto, pode apresentar ou não uma camada figurativa - trata-se de um elemento facultativo.

A camada temática pode estar - ou não - coberta de um revestimento figurativo. Tudo depende do gênero de discurso.

As novelas, os romances, os contos, as poesias líricas, por exemplo, constituem-se em *textos figurativos* - visto que as figuras dominam a superfície dos seus escritos, compondo percursos figurativos que não deixam nenhum tema a descoberto e preenchem a totalidade do discurso.

Já os discursos jurídico, científico e político entre outros, apresentam-se como discursos temáticos. Neles os temas são apresentados diretamente, sem a mediação das figuras. Não que as figuras estejam completamente ausentes dos discursos temáticos. Elas podem ser encontradas ali ou acolá, mas não em quantidade e em nível de organização suficientes a ponto de formar um percurso figurativo completo, uma parábola, uma metáfora ou qualquer outra ilustração de relevância.

Considerando que o acórdão que está em análise é um texto predominantemente *temático*, resta indagar quais são os *temas* que ele apresenta em sua trama.

Em primeiro lugar, cumpre destacar que o primeiro grande tema de qualquer discurso é a chamada *dêixis discursiva*.

A maior parte dos semioticistas greimasianos, entre os quais José Luiz Fiorin, embasado em Dominique Maingueneau, opta por situar a questão da *dêixis discursiva* no âmbito da semântica do discurso.

Por *dêixis discursiva,* entende-se o conjunto de coordenadas pessoais, espaciais e temporais que o cenário construído pelo discurso demonstra aos leitores.

É como se o discurso fosse uma peça de teatro. Ora, entender uma peça de teatro exige que se responda basicamente a três perguntas: quem são os personagens? qual é o lugar onde acontece a estória? em que época estão situados os acontecimentos?

Semelhantemente, o estudo do discurso também envolve questões desta natureza. Quem são o remetente e o destinatário do discurso? Qual é o *lugar* do discurso? Qual é o tempo que ele pressupõe?

Em Dominique Maingueneau, no seu livro *Novas Tendências em Análise do Discurso* , encontram-se algumas importantes definições sobre a idéia de *dêixis discursiva*

> Na língua, a "dêixis" define as coordenadas espaço-temporais implicadas em um ato de enunciação, ou seja, o conjunto de referências articuladas pelo triângulo
> EU <=> TU – AQUI – AGORA
> O que chamamos de dêixis discursiva possui a mesma função, mas manifesta-se em um nível diferente: o do universo de sentido que uma formação discursiva constrói através de sua enunciação. Em geral, as três instâncias da *dêixis discursiva* não correspondem a um

> número idêntico de designação nos textos, mas cada uma recobre uma família de expressões em relação de substituição. Distinguir-se-á nestas *dêixis* o *locutor* e o *destinatário discursivos*, a *cronografia* e a *topografia*.
> No discurso escolar da III República, por exemplo, trata-se de um universo onde o mesmo termo satura a três lugares: "a República" é, ao um só tempo, o locutor discursivo (e é ela que se dirige às crianças), a topografia (a República delimita o território da pátria) e a cronografia (a República é a última fase da história da França, de onde este discurso é enunciado). Apenas o destinatário, o aluno, parece escapar deste termo; mas é unicamente o afastamento que faz com que tudo funcione: o discurso escolar tem exatamente por função integrar estes alunos à República, sob a forma de cidadãos[22].

Municiado com este equipamento conceitual qualquer analista pode observar que existem duas *dêixis discursivas* no acórdão. "Pedido de um Exame da Situação".

Existe a *dêixis* dos juízes da bancada majoritária e existe a *dêixis* dos juízes dissidentes.

No discurso dos juízes majoritários, que acabou sendo assumido como o discurso da própria Corte - visto que está consubstanciado no texto principal do próprio acórdão; os diversos elementos das *dêixis* são colocados de maneira bem clara.

O locutor do discurso é a Corte Internacional de Justiça. Os destinatários discursivos (ou locutários) são as duas partes do processo: França e Nova Zelândia. Como destinatários secundários, colocam-se os outros estados que

---

[22] MAINGUENEAU, Dominique. *Novas tendências em análise do discurso.* Campinas : Pontes, 1989, pp. 41-42.

tentaram intervir no feito: Austrália, Samoa, Ilhas Salomão, Ilhas Marshall e Estados Federados da Micronésia.

A cronografia, ou seja, a localização temporal do discurso da Corte é o "tempo do processo". A topografia, ou seja, a localização espacial do discurso, é o espaço transnacional globalizado sob a jurisdição da Corte.

Quando se diz que a cronografia da Corte é o "tempo do processo" quer-se indicar, com esta expressão, que a corte se limita a julgar, estritamente, aquilo que lhe está sendo proposto naquele exato instante. A Corte não deseja invadir as competências do passado e do futuro, invasão que aconteceria se a Corte se pusesse a reinterpretar decisões que ela própria tomou em épocas passadas (1974), ou se pretendesse explicitamente criar um laço vinculante entre estas decisões e os casos futuros.

Observa-se que o discurso da Corte tem o seu contra-discurso na fala dos juízes dissidentes, os magistrados Christopher Weeramantry, Abdul Koroma e Geoffrey Palmer.

Este discurso está consolidado nas declaração de voto divergente que cada um destes juízes anexou ao acórdão (textos agregados à parte principal).

A *dêixis* da minoria dissidente tem uma conformação muito diversa daquela que caracteriza a *dêixis* da maioria vencedora.

As diferenças já começam pelo próprio locutor.

Visto que não têm respaldo para colocar o seu discurso como a "voz oficial da Corte Internacional de Justiça", os juízes dissidentes não têm outra alternativa a não ser falar em nome de si mesmos. Por isto, o locutor de cada um dos textos é "eu, o juiz fulano de tal".

Como o locutor é diferente, o locutário também passa a ser outro. O locutário, este sim, é a Corte Internacional de Justiça. A Corte, por sua vez, dirige o seu discurso às partes do processo, França e Nova Zelândia.

Trata-se de um diálogo desdobrado. A parte dialoga com o todo, enquanto o todo dialoga com as pessoas de fora.

A cronografia dos juízes dissidentes é o "tempo presente no sentido amplo". Vê-se que o discurso destes juízes se movimenta num agora ampliado, que envolve não apenas o passado próximo, mas também o futuro que há de vir.

Estes juízes não se limitam a trabalhar nos estritos marcos temporais do processo que está sendo examinado. Eles navegam na máquina do tempo e retrocedem até 1974, para reinterpretar as palavras de um antigo acórdão que pôs fim a um outro processo. Eles também avançam rumo ao futuro, para indagar sobre as novidades do direito ambiental internacional e também para dialogar, em nome da humanidade presente, com as gerações vindouras.

O discurso da Corte parece preocupado em erguer uma clara divisão entre o passado e o presente. Ele parece dizer "não podemos fazer a releitura de um processo de 1974 com base nas normas ambientais de 1995".

Esta preocupação está ausente no discurso dos juízes minoritários. Os princípios da não-retroatividade e da não-ultratividade dos enunciados jurídicos são extremamente flexibilizados naquela fala. É como se o passado se projetasse no presente e o presente invadisse o passado.

Com relação à topografia, o cenário do discurso dos juízes dissidentes é o espaço transnacional sob a jurisdição da Corte. Neste aspecto, tanto a Corte como um todo quanto os juízes dissidentes parecem conceber um mesmo auditório para as suas vozes. É um mínimo denominador comum que unifica os seus discursos.

Não falam para serem ouvidos na Haia, nem mesmo na Holanda. Falam para serem ouvidos por toda comunidade internacional.

Esta é a *dêixis* do discurso.

Examinado este elemento - que pode-se denominar *elemento dêitico* - incumbe abordar os outros itens que compõe o estoque temático do acórdão.

Entre estes, destacam-se os temas que vinculam o discurso do acórdão com outros discursos disseminados na comunidade internacional.

Este entrelaçamento entre a fala da Corte e a fala de outras organizações e grupos sociais, configura um fenômeno que é chamado de *interdiscursividade.*

A *interdiscursividade* é o conjunto de mecanismos pelos quais um discurso se articula e se acopla com outros discursos. Através de diversas formas de citação, um discurso menciona outro, costurando-se mutuamente numa rica tapeçaria onde os elementos de uma fala enriquece as outras falas às quais aquela se vincula.

A interdiscursividade é uma demonstração de *heterogeneidade* no discurso, ou seja, é um mecanismo que indica que o discurso está marcado pelas suas interações com outros discursos.

Às vezes a heterogeneidade é colocada de maneira bem explícita - aflorando na própria superfície *textual* do discurso. São as citações, as menções, as paráfrases, tudo aquilo que recebe o nome de *intertextualidade.*

Outras vezes a heterogeneidade é colocada num nível mais profundo, mais sutil, de modo que dificilmente é percebida no nível da superfície. Esta heterogeneidade, que se apresenta na instância do discurso mas que quase não se revela no texto, é a heterogeneidade que recebe o nome de *polifonia.*

No acórdão *Pedido de um Exame da Situação,* encontram-se os dois tipos de heterogeneidade.

O fenômeno interdiscursivo está colocado de maneira muito especial nas declarações de voto dos juízes dissidentes.

Existe um elemento de polifonia muito claro nestas declarações de voto. Pelo próprio fato de serem uma manifestação contrária à posição oficial da Corte, estas declarações transformam a posição da Corte no seu principal parceiro discursivo - uma interação que aparenta ser de amor e de ódio simultaneamente.

Por um lado, o texto dissidente manifesta-se contrário à posição da maioria. Por outro lado, o texto dissidente deixa claro que a posição da maioria é a sua própria razão de ser. O texto dissidente só existe em função da posição majoritária - é em razão dela que ele nasce, e é exatamente neste seu "ser do contra" que se define a sua identidade.

Além disso, as declarações de voto também entrelaçam com outros materiais com os quais articulam uma interdiscursividade colaborativa: os outros discursos jurídicos e o discurso científico-ecológico.

Os outros discursos jurídicos se apresentam num complexo de documentos de direito ambiental internacional que são mencionados em diversas ocasiões.

Estes documentos de direito ambiental internacional podem ser divididos, basicamente, em duas ramificações na metodologia dworkiniana: *hard law* e *soft law*.

Na classificação *hard law*, incluem-se todos os parâmetros de caráter estritamente normativo. São enunciados que possuem conteúdo, forma e comportamento pragmático de normas jurídicas. Os juízes podem até se negar a fazer a *aplicação* destas normas, por alguma razão técnica, a este ou aquele caso específico (alegando, por exemplo, a não-retroatividade das normas ou a autoridade da coisa julgada); o que os juízes não podem fazer é negar que estes enunciados são normas jurídicas, providas de validade, eficácia e vigor.

Entre as normas de *hard law* citadas pelos juízes dissidentes, encontram-se:

- A Convenção de Noumea, assinada em 25 de novembro de 1986;
- Tratado Euratom, assinado em 5 de março de 1957;
- Tratado de Banimento de Testes de Armas Nucleares na Atmosfera, no Espaço Exterior e debaixo da água, assinado em 5 de agosto de 1963;
- Tratado de Maastricht, assinado em 7 de fevereiro de 1992.

Todos os documentos supramencionados contêm normas *válidas* e *eficazes* de direito internacional que estabelecem padrões de conduta ambiental aos quais a França está subordinada. No caso dos Tratados Euratom e de Maastricht, o que se apresenta é um conjunto de normas de direito comunitário europeu que fixam

parâmetros de comportamento ecológico para os países europeus no território europeu, e, por analogia, em outras localidades do planeta.

Paralelamente aos enunciados de *hard law*, têm-se também os enunciados de *soft law*. O que se apresenta aqui não são normas jurídicas, no sentido estrito da palavra, e sim *princípios*.

A distinção entre *hard law* e *soft law* parece reproduzir, com as tinturas da filosofia de Ronald Dworkin, a distinção entre *normas mandamentais* e *normas programáticas*.

O fato é que os enunciados *soft law* estabelecem um direito internacional difuso.

São enunciados que não se revestem de um conteúdo jurídico no sentido estrito, colocando-se mais como um protocolo de intenções, um conjunto de diretrizes genéricas ou parâmetros de conduta. São programas de comportamento que se impõem muito mais à consciência ética do que ao repertório jurídico das nações.

Entre os enunciados de *soft law* apresentados, estampam-se:

- Declaração de Estocolmo sobre o Ambiente Humano, de 16 de junho de 1972;
- Declaração do Rio sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento, de 13 de junho de 1992;

- Objetivos e Princípios de Avaliação de Impacto Ambiental do Programa Ambiental das Nações Unidas (UNEP), de 1987;
- Acordo ASEAN, de 1985;
- Diretiva da Comunidade Européia para Avaliação Ambiental;
- Diretiva Operacional do Banco Mundial, de 1989.

A menção de todas estas *normas programáticas* como fonte de direito, por juízes da Corte Internacional de Justiça, indica a introdução de novos elementos temáticos no vasto campo discursivo do direito internacional.

Entre estes tópicos, coloca-se o tema da posição privilegiada da pessoa humana no universo discursivo das relações internacionais (pelo menos no campo deôntico). Ou seja, são os seres humanos - e não os estados - que devem ocupar o lugar central nas deliberações dos tribunais internacionais.

Por esta razão, grandes juristas da área vêm propondo a inserção do ser humano no rol das *pessoas de direito* no campo do direito internacional.

Esta tendência vem sendo brilhantemente representada no Brasil por Gerson de Britto Melo Boson, ilustre docente de direito internacional público da Universidade Federal de Minas Gerais:

> Pelas mesmas razões remontadas, não se pode negar a personalidade internacional do homem. Não vale a argüição da irregularidade ou transitoriedade com que, alguma vez, lhe tem sido conferido, individualmente, o *direito de ação* na ordem internacional; muito menos valerá o apontamento de que o art. 34, nº 1, do Estatuto

> da C. I. J., estipula que só os estados poderão ser partes em questões perante a Corte. Todo tribunal é uma construção jurídica, e a quem a faz cabe dizer, de acordo com as consciências do momento histórico que impuseram a sua criação, quais os elementos que podem ou não comparecer perante a mesma. A inferência de quem não pode postular na sua instância não é pessoa, sujeito de direito internacional, é uma gratuidade, porque a dedução correta é aquela de que os excluídos não têm o direito público subjetivo, a relação processual integrada pela Corte. Nada mais[23].

O chamado *polipersonalismo,* que inclui o ser humano e as organizações não-governamentais como sujeitos de direito internacional, é apenas uma faceta das grandes evoluções discursivas do direito internacional.

Trata-se de um discurso que está se abrindo (ou buscando) se abrir, para uma rica interação interdiscursiva com outras falas.

O direito internacional passa a admitir em seu *corpus* não apenas textos normativos mas também materiais deônticos de outras disciplinas.

A *verdade* do direito internacional deixa de ser ditada exclusivamente por juristas e passa a emergir também na fala de cientistas, de ativistas ecológicos, de movimentos sociais, de organizações internacionais e etc.

Cria-se desta maneira uma situação em que as *normas programáticas,* o *soft law,* passa a constituir-se num terreno intermediário entre o discurso das políticas públicas e o discurso *stricto sensu* do direito internacional. O que é hoje discutido num congresso de ecologistas, amanhã pode ser tema de uma

---

[23] BOSON, Gerson de Britto Mello. *Direito internacional público* : o estado em direito das gentes. Belo Horizonte : Del Rey, 1994, p. 132.

conferência das nações unidas e depois de amanhã fundamento de um voto na Corte Internacional de Justiça.

Esta posição, que vê o direito internacional como um elemento mais evolutivo e dinâmico, é a posição adotada pelos juízes dissidentes da Corte Internacional de Justiça.

Ainda não é a posição dominante na Corte, mas tem encontrado importantes adesões entre os especialistas da matéria.

É a profª Rosalyn Higgins, um dos maiores nomes do direito internacional no mundo contemporâneo, quem propõe um entrelaçamento franco entre direito internacional e políticas públicas. Diz ela, no seu livro *International Law and How We Use it*:

> Considerações políticas, apesar de se diferenciarem das *dificuldades,* são uma parte integral daquele processo decisório que nós chamamos de direito internacional; a avaliação das chamadas considerações estra-jurídicas é parte do processo jurídico, assim como é referência para a acumulação de decisões passadas e normas atuais. Uma recusa de reconhecer os fatores sociais e políticos não pode manter o direito neutro, uma vez que mesmo uma tal recusa não é desprovida de conseqüências sociais e políticas. Não há como evitar a relação essencial entre direito e política.[24]

[24] Policy cosiderations, although they differ from 'rubs', are an integral part of that decision making process which we call international law; the assessment of so-called extralegal considerations is part of the legal process, just as is reference to the accumulation of past decisions and current norms. A refusal to acknowledge political and social factors cannot keep law 'neutral', for even such a refusal is not without political and social consequence. There is no avoiding the essential relationship between law and politics. (HIGGINS, Rosalyn. *Problems and process* : international law and how we use it. Oxford (UK) : Oxford University Press (Clarendon), 1996, p. 5)

Estas considerações de ordem "política" (aqui no sentido de "políticas públicas" da comunidade internacional) permeiam amplamente o discurso dos juízes dissidentes.

Diferentemente do texto principal do acórdão, os juízes dissidentes constróem, em suas declarações de voto, uma hierarquia de objetos de valor completamente diversa.

Os juízes da maioria fundamentam a sua decisão com base exclusivamente em questões processuais. Já os juízes da minoria dissidente se ocupam largamente com os materiais do direito substantivo - convenções, tratados, declarações e etc.

Além disso, os juízes dissidentes fundamentam a sua decisão em materiais exteriores ao universo discursivo da juridicidade.

Estes materiais extra-jurídicos são provenientes, basicamente, do discurso científico-ecológico.

Esta heterogeneidade interdiscursiva é uma das características mais marcantes das declarações de voto dos dissidentes.

Os três juízes minoritários - Weeramantry, Koroma e Palmer - diferenciam-se da maioria exatamente por estarem abertos a este tipo de interação.

Para eles, a opinião dos cientistas que pesquisam ecossistemas, geologia marinha e eventos nucleares, revela ter a mesma importância de qualquer parecer jurídico.

Não se trata aqui de uma heterogeneidade constitutiva, uma influência sutil ou disfarçada. Os textos científicos são citados abertamente, e como fundamento para as decisões judiciais.

Entre os mais eminentes pesquisadores que são citados pelos juízes, avultam os nomes de Houron Tazieff, Hugh Atkinson e Jacques Cousteau.

Ora, já se sabe que os textos do discurso científico são usados como fundamentação de voto para os juízes dissidentes.

Em face disto, coloca-se a pergunta: por que estes juízes utilizam o discurso científico com esta finalidade fundamentadora?

A resposta para esta pergunta extravasa o domínio da semântica do discurso.

Realizar este gênero de pesquisa é tarefa de uma certa teoria da argumentação, e é mais do que oportuno ressaltar que os estudos da argumentação fazem parte de uma esfera que se denomina *sintaxe do discurso*.

3.3.2 Sintaxe Discursiva

Cumpre à sintaxe discursiva analisar os modelos argumentativos que são usados no texto.

É preciso observar que existem várias tipologias de argumentação aplicáveis ao discurso jurídico.

Pode-se mencionar, por exemplo, o estudo pioneiro de Chaïm Perelman e Lucie Olbrechts-Tyteca, o *Tratado da Argumentação*. Trata-se de uma tentativa de reconstruir a dignidade epistêmica da retórica, com base na noção aristotélica de dialética.

Tem-se também uma interessante tipologia dos argumentos jurídicos na obra de Tercio Sampaio Ferraz Jr. No seu livro *Introdução ao Estudo do Direito*, páginas 298 à 314, estampa-se o texto *Argumentação e Tópica*, onde o autor propõe um estudo dos procedimentos argumentativos a partir dos pensadores gregos e medievais, e sugere uma classificação para estes mesmos procedimentos.

Por outro lado, não se pode esquecer a valiosa contribuição do jurista norte-americano Duncan Kennedy, ilustre professor da Universidade de Harvard. No seu trabalho *A Semiotics of Legal Argument*, Duncan Kennedy expõe uma tipologia e uma classificação dos mecanismos argumentativos fazendo uso de categorias do estruturalismo. Baseia-se, principalmente, nas dicotomias estruturais concebidas pelo antropólogo Claude Lévi-Strauss.

No caso do acórdão *Pedido de um Exame da Situação,* tem-se uma rica variedade de tipos argumentativos.

Para analisar o acórdão parece particularmente útil a classificação de Duncan Kennedy.

Sabe-se que nas páginas 327 e 328 do seu livro, Duncan Kennedy divide os argumentos em *substantivos* e *sistêmicos.*

Os *argumentos substantivos* têm a ver com o "mérito" das decisões tomadas pelos juízes.

Já os *argumentos sistêmicos* têm a ver com a fundamentação processual destas decisões.

Os argumentos substantivos se subdividem em argumentos morais, argumentos do direito subjetivo, argumentos de bem-estar social e argumentos de expectativa.

Os argumentos sistêmicos, por sua vez, se subdividem em argumentos de administrabilidade e argumentos de competência institucional.

O argumento moral funda-se na idéia de que a decisão a ser tomada deve ser tal que recompense as condutas éticas e castigue as condutas anti-éticas, responsabilize as pessoas culpadas e libere as pessoas que não têm culpa.

O argumento do direito subjetivo parte da idéia de que o papel do judiciário é reconhecer qual das partes tem direito a uma prestação ou satisfação - da

outra parte e/ou do poder público - e entregar a ela aquilo que lhe "é de direito", conforme à lei ou aos princípios gerais de direito.

O argumento de bem-estar social funda-se na percepção de que é dever do judiciário tomar as decisões que estimulem condutas que tragam proveito e utilidade prática para a sociedade, e evitar decisões que estimulem condutas de efeito social duvidoso.

O argumento de expectativa baseia-se na idéia de que as decisões judiciais devem corresponder às expectativas e aspirações que a comunidade alimenta em relação ao judiciário.

No grupo dos argumentos sistêmicos, colocam-se os de administrabilidade e os de competência institucional.

O argumento da administrabilidade sugere que o judiciário só deve indicar um encaminhamento ao problema quando este encaminhamento tiver chances de ser implementado na prática.

O argumento de competência institucional parte da idéia de que uma correta decisão judicial implica em se saber quais são os limites de ação do Poder Judiciário, e qual deve ser o seu verdadeiro papel no contexto da sociedade.

De maneira explícita ou implícita, todos estes tipos argumentativos estão presentes no texto do acórdão.

Pode-se resumir os pontos do acórdão - tanto do texto principal quanto das declarações de voto divergente - de maneira a encaixá-los dentro da tipologia argumentativa de Duncan Kennedy.

Eis uma possível configuração:

a) Argumento moral - Não é ético nem admissível que qualquer um país (França ou outro qualquer) saia por aí explodindo artefatos nucleares - sem realizar avaliação de impacto ambiental - produzindo o risco de que outros povos sejam contaminados.

b) Argumento de direitos subjetivos - A Nova Zelândia tem o direito de ter a sua população e os seus ecossistemas marinhos preservados de qualquer risco de contaminação radioativa causada por explosões nucleares de qualquer natureza;

ou:

A França tem o direito de realizar explosões nucleares subterrâneas no interesse de sua segurança nacional em territórios que lhe pertencem, tal qual havia anunciado em 1974, visto que não se fez prova definitiva, até hoje, de que tais testes são nocivos ao meio-ambiente.

c) Argumento de bem-estar social - Caso a Corte Internacional de Justiça venha a liberar os testes nucleares franceses, como todos os

possíveis riscos de danos ecológicos que eles acarretam, estará criando um clima de grave intranqüilidade social entre os povos do Pacífico Sul; na eventualidade de ocorrer de fato uma catástrofe ecológica, seres humanos, plantas e animais, terão a sua saúde prejudicada num grau muito elevado; vidas poderão ser ceifadas;

ou:

A realização de testes nucleares subterrâneos é essencial para a defesa da segurança nacional francesa e, consequentemente, para a manutenção do equilíbrio geopolítico da Europa.

d) Argumento de expectativa - Toda a comunidade internacional espera que a Corte Internacional de Justiça se movimente no sentido de proteger os valores que são da mais alta relevância para a humanidade tais como a harmonia dos ecossistemas marinhos e o bem-estar, a saúde e a integridade das vidas humanas no Pacífico Sul. A comunidade internacional espera que a Corte Internacional de Justiça coloque estes valores acima de quaisquer tecnicalidades jurídicas;

ou:

Todos os estados que aceitaram se subordinar à jurisdição da Corte Internacional de Justiça esperam que esta Corte efetue os seus julgamentos com a mais absoluta imparcialidade, sem se deixar

arrastar pelas oscilações da opinião pública e sempre se mantendo nos estritos limites do direito internacional reconhecido.

e) Argumento de administrabilidade - Não é adequado à corte Internacional de Justiça preocupar-se com o fato de que os países por ela sancionados estão (ou não) cumprindo com aquilo que foi sentenciado. A função dela é exclusivamente declaratória, devendo dizer o direito nos casos em que é solicitada pelas nações a fazê-lo;

ou:

A Corte deve se manter num meio-termo entre as contingências do mundo concreto e os horizontes da utopia. Caso a Corte adote a postura quixotesca de "defender os interesses supremos da humanidade independente das limitações jurídicas" acabará tendo as suas decisões ignoradas pelas nações poderosas e acabará caindo no descrédito.

f) Argumento de competência institucional - Faz parte do rol de competências da Corte Internacional de Justiça - conforme o seu Estatuto e o seu Regimento - a possibilidade de ela criar normas processuais para si mesma, inclusive criando, por meio de um acórdão, um novo mecanismo para a reabertura de processo - que não àqueles já previstos nos dispositivos estatutários;

ou:

A Corte não tem competência para incluir o requerimento da Nova Zelândia na Pauta Geral visto que a França, que deveria ser o pólo passivo da relação processual, não concordou com a formação do vínculo jurisdicional.

Por outro lado, não se pode deixar de mencionar aqui a rica tipologia argumentativa de Tercio Sampaio Ferraz Jr., fortemente sintonizada com linha de pesquisa de Chaïm Perelman e Lucie Olbrechts-Tyteca.

Entre os protótipos retóricos citados por Ferraz Jr., destacam-se, entre outros, o argumento *ab absurdum,* o argumento *ab auctoritatem,* o argumento *ad hominem,* o argumento *ad rem,* e o argumento exemplar.

O argumento *ab absurdum* procura derivar do raciocínio do adversário todas as conseqüências possíveis e imagináveis, até chegar a uma conseqüência abertamente desagradável ou contraditória com os objetivos ou as crenças em comum. Busca demonstrar que, se for seguido até as últimas conseqüências, o raciocínio do adversário conduzirá a um resultado inaceitável.

O argumento *ab auctoritatem* tenta demonstrar que a postura do argumentador está sintonizada com a opinião de outras vozes, sabidamente doutas e eruditas, que são reconhecidas no meio social como sumidades nas áreas em que atuam.

No argumento *ad hominem* (também chamado *ex concessis*), o argumentador faz uma concessão ao adversário aceitando uma das premissas do seu raciocínio. Tenta provar que, mesmo que esta premissa seja verdadeira, a conclusão do raciocínio é incorreta.

No argumento a *contrario sensu*, o argumentador afirma que tudo aquilo que não está expressamente desqualificado no discurso normativo é juridicamente lícito.

O argumento *ad rem* declara que uma determinada tese é consistente em virtude dos dados factuais e dos conteúdos de verdade sobre os quais ela está alicerçada. Subdivide-se em argumento *a causa* (a tese é verdadeira em virtude das causas do fenômeno que está sendo analisado); argumento *a loco* (a tese é verdadeira em virtude do local onde o fenômeno aconteceu); argumento *a tempore* (a tese é verdadeira em virtude da época em que o fato ocorreu/ ou deixou de ocorrer); argumento *a modo* (a tese é verdadeira em virtude do modo com que o ato foi praticado).

O argumento exemplar justifica a solução proposta pelo argumentador indicando que esta solução já foi utilizada diversas vezes, e com sucesso, em ocasiões anteriores.

Considerada esta classificação argumentativa, é possível enquadrar diversas proposições do acórdão (texto principal e declarações de voto dissidentes) nos protótipos apresentados

Um possível enquadramento:

1) Argumento *ab absurdum* - Se for acolhido o argumento da França, ficará estabelecido que o que a Corte condena não é a injusta agressão, mas sim o instrumento com que esta agressão é consumada. É como se um juiz dissesse: "é proibido machucar alguém com arma de fogo, mas é permitido fazê-lo com o uso de outro instrumento";

2) Argumento *ab auctoritatem* - É fato incontestável que novas explosões nucleares nos Atóis de Mururoa e Fangataufa irão produzir um risco gravíssimo de fragmentação geológica dos atóis com a conseqüente liberação de materiais radioativos nas águas oceânicas, porque esta é a conclusão a que chegaram ilustres cientistas do porte de Houron Tazieff, Hugh Atkinson e Jacques Cousteau;

3) Argumento *a contrario sensu* - Em nenhum trecho do acórdão de 1974 se encontra sequer um dispositivo condenando ou declarando inseguros os testes nucleares subterrâneos. Conseqüentemente, é de

supor que os referidos testes - a partir da perspectiva do acórdão de 1974 - devem ser considerados juridicamente lícitos;

4) Argumento *ad hominem* - Supondo que não existam provas científicas concludentes de que os testes nucleares subterrâneos apresentem potencial de contaminação ecológica - ainda assim a França estaria obrigada a patrocinar a realização de uma abrangente avaliação de impacto ambiental;

5) Argumento *ad rem* - Existe - em tese - a possibilidade de a Nova Zelândia solicitar a reabertura do processo de 1973. Esta possibilidade, entretanto, não se materializou até o presente momento, visto que não se verificou *a causa* que autorizaria a reabertura do processo: a ocorrência de um evento que afetasse a *base do julgamento* de 1974;

6) Argumento exemplar - O fato de um estado estar contestando a jurisdição da Corte Internacional de Justiça não é motivo para a Corte negar-se a deferir medida cautelar contra este mesmo estado, visto que a Corte tem concedido este tipo de medida cautelar de maneira constante e exemplar no desenvolvimento de sua jurisprudência.

Tudo isto considerado, observa-se que estas abordagens dos procedimentos argumentativos constituem um possível encaminhamento para os estudos da *sintaxe do discurso jurídico.*

São estes, basicamente, os tipos argumentativos encontrados no texto do acórdão.

Deste modo, considera-se encerrada esta explanação do percurso gerativo do sentido no discurso da Corte Internacional de Justiça.

Conclusões

Feita toda esta análise semiótica de um acórdão da Corte Internacional de Justiça, resta interrogar quais são as grandes conclusões que se pode tirar deste trabalho.

Há vários e interessantes pontos a considerar.

Um deles é o fato de que o discurso da Corte comporta um nível razoável de heterogeneidade. Paralelamente com o discurso que é hegemônico, predominante, a fala da Corte se articula com um número bem significativo de vozes divergentes, os contra-discursos dos juízes minoritários.

Se bem que este trabalho esteja alinhado com a proposta de estudar o discurso jurídico positivado - é forçoso reconhecer que o próprio texto oficial da Corte (que é o *corpus* desta análise) indica a existência de diversas interpretações do que é direito.

É bem verdade que alguns autores, como o próprio Landowski, alertam para o perigo de se confundir "semiótica do direito" com semiótica das interpretações do direito". No caso de uma análise jurisprudencial, no entanto, fica patente que as diferentes interpretações do direito são constitutivas da própria

essência do tribunal como órgão judicante colegiado. A algaravia das diversas vozes, de vários juízes, é mesmo um traço intencionalmente projetado para os órgão judiciais das modernas democracias.

Nesta polifonia argumentativa, restou comprovado que são diversas as construções contemporâneas de concepção do direito internacional.

Existem visões teleológicas - que colocam o direito internacional como um meio para se alcançar fins determinados (os valores supremos da comunidade internacional) e há ainda outra visão - que descortina o direito internacional numa perspectiva formalista, como fim em si mesmo.

Há ainda as múltiplas divergências sobre as diversas possibilidades de processualização do direito internacional.

Ainda que não seja o objetivo central desta dissertação, não se pode deixar de mencionar que o discurso do direito internacional vem sendo instrumentalizado para as mais diversas finalidades no mundo contemporâneo. Entre estas finalidades, existem as que são explicitadas no nível discursivo e existem outras que ficam subentendidas no inconsciente político do mundo diplomático.

E isto não acontece apenas com o direito internacional - acontece também com todos os outros discursos que lhe são circundantes.

Para que serve, por exemplo, o discurso ecológico no mundo atual?

Ninguém irá negar que o discurso ecológico, em numerosas ocasiões, está a serviço da própria ecologia, no sentido ético da palavra, ou seja, a serviço do direito do ser humano a usufruir de um meio-ambiente sadio. Colocam-se também aqui os chamados "direitos das gerações futuras", que implica no dever da geração atual de manter o planeta sadio e habitável para os seus descendentes, deste século e de outros que virão.

Mas é imperioso notar que há casos em que o discurso ecológico é usado para acobertar poderosos interesses comerciais. Com a criação e divulgação do chamado "selo verde", quem garante que ele não será usado para garantir mercado consumidor para mercadorias "ecologicamente corretas" dos países industrializados?

Da mesma forma, o discurso da proteção aos direitos trabalhistas acabou por se constituir numa arma de dois fios cortantes. Todos sabem que os países ricos reclamam dos baixos níveis de salário que os países pobres pagam a seus empregados, os trabalhadores do terceiro mundo. Os países industrializados alegam que o reduzido preço da mão-de-obra no terceiro mundo produz uma competitividade desleal e artificial nos preços das mercadorias do hemisfério sul.

Resta articular uma pergunta inevitável: o que é que os governos do norte estão querendo proteger: os trabalhadores do terceiro mundo ou parques

industriais dos Estados Unidos e da Europa? Não é fácil formular uma resposta simples para uma pergunta tão complexa.

De uma forma ou de outra, estas intenções governamentais, explícita ou implicitamente, transparecem nos discursos e nos textos oficiais.

Isto sem falar, obviamente, do discurso da defesa dos legítimos interesses estratégicos nacionais - tão bem exemplificados na iniciativa francesa de explodir bombas nucleares no Pacífico Sul. O discurso estratégico parece ser apenas uma exteriorização de outro discurso que é ainda mais enraizado em muitos povos, o nacionalismo.

O rompante nuclear do governo Jacques Chirac tem as características de uma dúplice mensagem inscrita na mesma locução. As bombas atômicas do governo francês são na realidade um texto - mudo porém tonitruante ... e com dois destinatários: o povo francês e a Alemanha.

Ao seu próprio povo, o governo francês reafirma que a França ainda é detentora daquela virtude abstrata que é a "vontade de poder". Cabe ao nacionalismo representar a função de código eficiente que legitima o governo e o vincula às aspirações mais profundas do povo.

À vizinha Alemanha, o governo francês envia seu sutil recado: "apostamos no futuro da União Européia, na unificação proposta pelo Tratado de

Maastricht, mas jamais aceitaremos ficar em posição de fragilidade militar, jamais aceitaremos o papel de presa fácil para qualquer aventura prussiana dos alemães".

Por todas estas considerações apresentadas, pode-se afirmar que o direito internacional mobiliza um vasto leque de racionalidades. Uma destas racionalidades é a racionalidade jurídica, no sentido estrito da palavra. É o discurso da juridicidade como modelo de coesão e de coerência - uma metodologia que hierarquiza e avalia os outros discursos num parâmetro eminentemente lógico.

Além desta racionalidade estritamente jurídica, outras racionalidades permeiam o discurso do direito internacional.

Apresentam-se uma racionalidade econômica, uma racionalidade humanitária, uma racionalidade geopolítica e uma racionalidade ecológica, entre outras.

No acórdão da Corte Internacional de Justiça, objeto deste trabalho, todas estas racionalidades estão presentes. Algumas se colocam de modo explícito e declarado. Outras estão presentes de maneira velada e implícita.

É claro que a França, ao discutir as explosões de Mururoa na Corte Internacional de Justiça, tentou revestir a sua racionalidade geopolítica com um revestimento jurídico no sentido estrito.

A Nova Zelândia, por sua vez, resolveu se defender dos perigos do dano nuclear e compareceu à Corte apresentando um dos mais potentes repertórios discursivos do mundo contemporâneo: a racionalidade ecológica.

Curiosamente, o discurso ecológico tem eficácia direta no mundo da mídia, mas no universo forense ele necessita de tradução. Ele carece da colaboração de um interdiscurso, um programa de mediação que lhe forneça um léxico e uma gramática compatível com o sistema operacional da máquina judiciária.

Além disso, toda esta multiplicidade de discursos que coabitam e atravessam o âmbito do direito internacional é potencializado pela grande variedade de *exegeses* e *hermenêuticas* que incidem na própria esfera interna deste espaço discursivo.

A polarização aqui referida, dos juízes - uns em relação aos outros, e no interior da voz de cada juiz, consubstanciam, na fala da Corte Internacional de Justiça, um fenômeno que se pode chamar de polifonia do direito internacional.

Ou seja, no próprio registro formal do direito internacional, é possível observar uma série de possibilidades de ênfases diferenciadas, as quais sinalizam uma variedade muito grande de caminhos interpretativos - às vezes complementares, às vezes divergentes.

Este conceito de polifonia, que se encontra na lingüística argumentativa do lingüista francês Oswald Ducrot, é um elemento extremamente relevante do direito internacional tal qual ele se apresenta nos dias de hoje.

Ele tem a ver com a própria natureza diplomática do direito internacional e com o fato de não haver uma estrutura centralizada de poder subordinando os países.

Deste modo, todas as instâncias internacionais de solução de conflito (inclusive a Corte Internacional de Justiça) devem ser enquadradas como instâncias mediadoras de discursos - tanto quanto instâncias arbitradoras - considerando que estes dois aspectos estão sempre presentes.

Esta dúplice função do direito internacional, mediar os discursos e contrabalançar os fatores de poder político, estão na essência do seu papel no mundo contemporâneo.

É tal caracterísitca que permite o estudo do direito internacional por abordagens como a sociossemiótica jurídica, de Eric Landowski, ou a teoria semiótica do direito, de Bernard Jackson.

São abordagens que permitem vislumbrar como as relações de poder são criadas/refletidas na malha do discurso jurídico. São estudos que ajudam a entender que o enunciado jurídico, ao se estruturar como narrativa, constrói uma "ficção jurídica" extremamente eficiente sobre a realidade do mundo social.

Esta virtualidade do direito internacional é, paradoxalmente, a sua fraqueza e a sua força.

É a sua fraqueza porque enfatiza uma realidade muito difícil de negar: o direito internacional não tem força coercitiva. A eficácia de uma decisão da Corte Internacional de Justiça depende do quanto os países envolvidos estão dispostos a abdicar de sua soberania em favor de uma pacífica e gentil convivência internacional.

Por outro lado, a virtualidade é também sua força, afinal, nenhuma nação, por mais poderosa que seja, militar ou economicamente, está dispensada de legitimar os seus procedimentos e interesses com o discurso do direito, da ética e da boa-vizinhança.

São exatamente os órgãos de direito internacional, tais como a Corte Internacional de justiça, que demarcam o espaço mais propício à operacionalização destes discursos.

E é exatamente esta virtualidade do direito internacional que permite a um país secundário como a Nova Zelândia levar a juízo um país rico e poderoso como a França.

Todas estas reflexões aqui apresentadas ilustram de maneira muito clara o intercâmbio extremamente enriquecedor que pode haver entre a semiótica, a lingüística argumentativa e a teoria geral do direito intenracional.

A semiótica não apenas analisa o discurso da teoria do direito internacional, mas também dialoga com esta teoria. Através de suas sutis distinções conceituais, a semiótica estimula a teoria do direito a repropor os velhos/novos problemas da argumentação, do discurso e das racionalidades jurídicas, favorecendo a formulação de respostas mais consistentes para estes mesmos problemas.

Esta aplicação da semiótica se torna particularmente valiosa no campo do direito internacional, visto que trata-se de uma área do direito que apresenta extraordinárias lacunas na sua formulação conceitual.

Lacunas, aliás, que permitem a muitos estudiosos questionar a própria juridicidade do direito internacional, negando-lhe espaço na esfera normativa para situá-lo no campo da moral.

De um modo ou de outro, o que se pode afirmar é que a validade e a eficácia do direito internacional se distinguem sobremaneira das dos outros campos jurídicos. Elas estão muito mais ligadas a fatores argumentativos que a fatores coercitivos.

Eis aí mais uma razão para se construir o seu alicerce teórico a partir de um sólido estudo semiótico.

No meio deste intenso entrecruzamento de discursos produzidos por países dos mais diversos quadrantes do globo, termina-se indagando qual foi a voz

que a Corte Internacional de Justiça apresentou à comunidade das nações no caso Nova Zelândia X França.

Ao texto contundente dos clarões e dos barulhos da bomba atômica, a Corte respondeu com uma locução não menos estranha. A sua locução estava no extremo oposto dos graus da escala Richter.

Era um texto muito significativo.

Era feito de silêncio.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACCIOLY, Hildebrando. *Manual de direito internacional público.* São Paulo : Saraiva, 1988.

AUSTIN, John Langshaw. *Sentido e percepção.* São Paulo : Martins Fontes, 1993.

_____. *Cómo hacer cosas con palabras.* Barcelona : Paidós, 1996.

BARROS, Diana Luz Pessoa de. *Teoria do discurso* : fundamentos semióticos. São Paulo : Atual, 1988.

_____. *Teoria semiótica do texto.* São Paulo : Ática, 1990.

BOSON, Gerson de Britto Mello. *Direito internacional público* : o estado em direito das gentes. Belo Horizonte : Del Rey, 1973.

BRANDÃO, Helena Nagamine. *Introdução à análise do discurso.* Campinas : Pontes, 1993.

CASSESE, Antonio. *International law in a divided world.* Oxford (UK) : Oxford University Press (Clarendon), 1994.

CHABROL, Claude; BARTHES, Roland; ALEXANDRESCU, Sorin *et al. Semiótica narrativa e textual.* São Paulo : Cultrix, 1977.

CHUEIRI, Vera Karam de. *Filosofia do direito e modernidade* : Dworkin e a possibilidade de um discurso instituinte de direitos. Curitiba : JM, 1995.

CINTRA, Antonio Carlos de A.; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo.* 7. ed. ampl. e at. São Paulo : RT, 1990.

CITELLI, Adilson. *Linguagem e persuasão.* 4. ed. São Paulo : Ática, 1989.

COHEN, Morris R.. *Introducción a la lógica.* México : Tezontle, 1992.

CORACINI, Maria José. *Um fazer persuasivo* : o discurso subjetivo da ciência. Campinas : Pontes, 1991.

CORREAS, Óscar. *Introdução à sociologia jurídica.* Porto Alegre : Críticas Jurídicas, 1996.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Request for an Examination of the Situation in Accordance with Paragraph 63 of the Court's Judgment of 20 December 1974 in the Nuclear Tests (New Zealand v. France) Case.* The Hague, 1995.

_____. *Nuclear Tests (New Zealand v. France) Case.* The Hague, 1974.

_____. *Yearbook 1993 - 1994.* The Hague, 1994.

DAVIES, Margaret. *Delimiting the law* : postmodernism and the politics of law. London : Pluto Press, 1996.

DEELY, John. *Semiótica básica.* São Paulo : Ática, 1990.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo.* São Paulo : RT, 1987.

DOUZINAS, Costas; WARRINGTON, Ronnie; McVEIGH, Shaun. *Postmodern jurisprudence* : the law of text in the texts of law. London : Routledge, 1993.

DUCROT, Oswald. *Princípios de semântica lingüística* : dizer e não-dizer. São Paulo : Cultrix, 1977.

_____. *Provar e dizer* : leis lógicas e leis argumentativas. São Paulo : Global, 1981.

_____. *O dizer e o dito.* Campinas : Pontes, 1987.

ECO, Umberto. *Os limites da interpretação.* São Paulo : Perspectiva, 1995.

ESCALLE, Marie-Christine; ESCANDE, Jacques; GIROUD, Jean-Claude. *Iniciação à análise estrutural.* São Paulo : Edições Paulinas, 1983.

FAIRCLOUGH, Norman. *Language and power.* 8. ed. New York : Longman, 1994.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Direito, retórica e comunicação.* São Paulo : Saraiva, 1973.

_____. *Introdução ao estudo do direito.* São Paulo : Atlas, 1988.

_____. *Teoria da norma jurídica.* Rio de Janeiro : Forense, 1986.

FIORIN, José Luiz. *O Regime de 1964* : discurso e ideologia. São Paulo : Atual, 1988.

_____. *Elementos de análise do discurso.* 3. ed. São Paulo : Contexto, 1992.

_____. *As astúcias da enunciação* : as categorias de pessoa, espaço e tempo. São Paulo : Ática, 1996.

_____. *Linguagem e ideologia.* 3. ed. São Paulo : Ática, 1993.

GROUPE D'ENTREVERNES. *Analyse sémiotique des textes.* 6. éd. Lyon : Presses Universitaires de Lyon, 1988.

GUIMARÃES, Eduardo. *Texto e argumentação.* Campinas : Pontes, 1987.

HIGGINS, Rosalyn. *Problems and process :* international law and how we use it. Oxford (UK) : Oxford University Press (Clarendon), 1996.

JACKSON, Bernard S.. *Law, fact and narrative coherence.* Liverpool : Deborah Charles Publications, 1991.

_____. (Ed.). *Legal semiotics and the sociology of law.* Oñati : The Oñati International Institute for the Sociology of Law, 1994.

KENNEDY, Duncan. *A semiotics of legal argument.* Dordrecht : Kluwer, 1994.

KOCH, Ingedore Grunfeld Villaça. *Argumentação e linguagem.* 2. ed. São Paulo : Cortez, 1987.

_____; FÁVERO, Leonor Lopes. *Lingüística textual: introdução.* 3 ed. São Paulo : Cortez, 1994.

LAHUD, Michel. *A propósito da noção de dêixis.* São Paulo : Ática, 1979.

LANDOWSKI, Eric. *A sociedade refletida.* São Paulo : Pontes, 1992.

_____; GREIMAS, Algirdas Julien. *Análise do discurso em ciências sociais.* São Paulo : Global, 1986.

MAINGUENEAU, Dominique. *Novas tendências em análise do discurso.* Campinas : Pontes, 1989.

_____. *Elementos de lingüística para o texto literário.* São Paulo : Martins Fontes, 1996.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de direito internacional público.* Rio de Janeiro : Freitas Bastos, 1980.

NASCIMENTO E SILVA, Geraldo Eulálio. *Direito ambiental internacional.* Rio de Janeiro : Thex, 1995.

NICHOLSON, M. *Formal theories in international relations.* Cambridge (UK) : Cambridge University Press, 1989.

NÖTH, Winfried. *Panorama da semiótica :* de Platão a Peirce. São Paulo : Annablume, 1995.

_____. *A semiótica no século XX.* São Paulo : Annablume, 1996.

ORLANDI, Eni Puccinelli. *A linguagem e seu fundamento* : as formas do discurso. 4. ed. Campinas : Pontes, 1996.

PARRET, Herman. *Enunciação e pragmática.* Campinas : Pontes, 1988.

PEREIRA, A . G. *Curso de direito internacional público.* Lisboa : Ática, 1970.

PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS - TYTECA, Lucie. *Tratado da argumentação* : a nova retórica. São Paulo : Martins Fontes, 1996.

RANGEL, Vicente Marotta. *Direito e relações internacionais.* São Paulo : RT, 1971.

RECHSTEINER, Beat Walter. *Direito internacional privado* : teoria e prática. São Paulo : Saraiva, 1996.

RECTOR, Monica. *Para ler Greimas.* Rio de Janeiro : Francisco Alves, 1978.

RODRIGUES, Adriano Duarte. *As dimensões da pragmática na comunicação.* Rio de Janeiro : Diadorim, 1995.

SEARLE, John. *Actos de habla.* 4. ed. Madrid : Catedra, 1994.

SEITENFUS, Ricardo. *Manual das organizações internacionais.* Porto Alegre : Livraria do Advogado, 1997.

TODOROV, Tzvetan; DUCROT, Oswald. *Dicionário das ciências da linguagem.* Lisboa : Publicações Dom Quixote, 1991.

TRINDADE, Antonio A . Cançado. *Direito das organizações internacionais.* Brasília : UnB, 1990.

_____. *Princípios do direito internacional contemporâneo.* Brasília : UnB, 1981.

VAN DIJK, Teuen Adrianus. *Texto y contexto.* 3. ed . Madrid : Catedra, 1988.

_____. *La ciencia del texto.* Barcelona : Paidós, 1989.

_____. *Estructuras y funciones del discurso.* 8. ed . México : Siglo Veintiuno, 1993.

WARAT, Luiz Alberto. *Introdução geral ao direito.* Porto Alegre : S.A . Fabris Editor, 1994. v . I : Interpretação da lei, temas para uma reformulação.

_____. *O direito e sua linguagem.* 2ª versão. Porto Alegre : S. A . Fabris Editor, 1984.

ANEXO

RECUEIL DES ARRÊTS,
AVIS CONSULTATIFS ET ORDONNANCES

DEMANDE D'EXAMEN DE LA SITUATION AU TITRE DU PARAGRAPHE 63 DE L'ARRÊT RENDU PAR LA COUR LE 20 DÉCEMBRE 1974 DANS L'AFFAIRE DES *ESSAIS NUCLÉAIRES (NOUVELLE-ZÉLANDE c. FRANCE)*

ORDONNANCE DU 22 SEPTEMBRE 1995

1995

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE

REPORTS OF JUDGMENTS,
ADVISORY OPINIONS AND ORDERS

REQUEST FOR AN EXAMINATION OF THE SITUATION IN ACCORDANCE WITH PARAGRAPH 63 OF THE COURT'S JUDGMENT OF 20 DECEMBER 1974 IN THE *NUCLEAR TESTS (NEW ZEALAND* v. *FRANCE)* CASE

ORDER OF 22 SEPTEMBER 1995

Mode officiel de citation:
Demande d'examen de la situation au titre du paragraphe 63 de l'arrêt rendu par la Cour le 20 décembre 1974 dans l'affaire des Essais nucléaires (Nouvelle-Zélande c. France), *C.I.J. Recueil 1995*, p. 288

Official citation:
Request for an Examination of the Situation in Accordance with Paragraph 63 of the Court's Judgment of 20 December 1974 in the Nuclear Tests (New Zealand *v.* France) *Case*, *I.C.J. Reports 1995*, p. 288

ISSN 0074-4441
ISBN 92-1-070730-3

N° de vente:
Sales number **666**

ORDONNANCE

DEMANDE D'EXAMEN DE LA SITUATION AU TITRE DU PARAGRAPHE 63 DE L'ARRÊT RENDU PAR LA COUR LE 20 DÉCEMBRE 1974 DANS L'AFFAIRE DES *ESSAIS NUCLÉAIRES* *(NOUVELLE-ZÉLANDE c. FRANCE)*

REQUEST FOR AN EXAMINATION OF THE SITUATION IN ACCORDANCE WITH PARAGRAPH 63 OF THE COURT'S JUDGMENT OF 20 DECEMBER 1974 IN THE *NUCLEAR TESTS* *(NEW ZEALAND* v. *FRANCE)* CASE

22 SEPTEMBER 1995

ORDER

DEMANDE D'EXAMEN DE LA SITUATION AU TITRE DU PARAGRAPHE 63 DE L'ARRÊT RENDU PAR LA COUR LE 20 DÉCEMBRE 1974 DANS L'AFFAIRE DES *ESSAIS NUCLÉAIRES (NOUVELLE-ZÉLANDE c. FRANCE)*

ORDONNANCE

Présents: M. BEDJAOUI, *Président*; M. SCHWEBEL, *Vice-Président*; MM. ODA, GUILLAUME, SHAHABUDDEEN, WEERAMANTRY, RANJEVA, HERCZEGH, SHI, FLEISCHHAUER, KOROMA, VERESHCHETIN, FERRARI BRAVO, M^me^ HIGGINS, *juges*; sir Geoffrey PALMER, *juge* ad hoc; M. VALENCIA-OSPINA, *Greffier*.

La Cour internationale de Justice,

Ainsi composée,

Après délibéré en chambre du conseil,

Vu l'article 48 du Statut de la Cour,

Vu l'arrêt rendu par la Cour le 20 décembre 1974 en l'affaire des *Essais nucléaires (Nouvelle-Zélande c. France)*, et en particulier son paragraphe 63,

Rend l'ordonnance suivante:

1. Considérant que, le 21 août 1995, le Gouvernement néo-zélandais a déposé au Greffe une «Demande d'examen de la situation»; qu'il y est indiqué que la demande en question a «pour origine un projet d'action

REQUEST FOR AN EXAMINATION OF THE SITUATION IN ACCORDANCE WITH PARAGRAPH 63 OF THE COURT'S JUDGMENT OF 20 DECEMBER 1974 IN THE *NUCLEAR TESTS (NEW ZEALAND* v. *FRANCE)* CASE

ORDER

Present: *President* BEDJAOUI; *Vice-President* SCHWEBEL; *Judges* ODA, GUILLAUME, SHAHABUDDEEN, WEERAMANTRY, RANJEVA, HERCZEGH, SHI, FLEISCHHAUER, KOROMA, VERESHCHETIN, FERRARI BRAVO, HIGGINS; *Judge* ad hoc Sir Geoffrey PALMER; *Registrar* VALENCIA-OSPINA.

The International Court of Justice,

Composed as above,

After deliberation,

Having regard to Article 48 of the Statute of the Court,

Having regard to the Judgment delivered by the Court on 20 December 1974 in the *Nuclear Tests (New Zealand* v. *France)* case, and in particular its paragraph 63,

Makes the following Order:

1. Whereas on 21 August 1995 the New Zealand Government filed in the Registry a "Request for an Examination of the Situation"; whereas it is indicated therein that the Request concerned "aris[es] out of a pro-

annoncé par la France qui, s'il se réalise, remettra en cause le fondement de l'arrêt rendu par la Cour le 20 décembre 1974 dans l'affaire des *Essais nucléaires (Nouvelle-Zélande c. France)*»; et qu'il y est précisé que «[l]e fait immédiat donnant lieu à la présente phase de l'affaire est une décision annoncée par la France dans une déclaration aux médias faite le 13 juin 1995» par le président de la République française, selon laquelle «la France procéderait à une dernière série de huit essais d'armes nucléaires dans le Pacifique Sud à partir de septembre 1995»;

2. Considérant que, dans ladite «Demande d'examen de la situation», il est rappelé que la Cour, au terme de son arrêt du 20 décembre 1974, a décidé qu'il n'y avait pas lieu de statuer sur la demande soumise par la Nouvelle-Zélande en 1973, cette demande étant devenue sans objet du fait des déclarations par lesquelles la France s'était engagée à ne pas procéder à de nouveaux essais nucléaires dans l'atmosphère; et considérant qu'il y est par ailleurs souligné que la Cour a inclus dans le même arrêt un paragraphe 63 «pour le cas où la France cesserait éventuellement par la suite de se conformer à ses engagements relatifs aux essais dans l'atmosphère, ou que l'un des fondements de l'arrêt vienne à cesser d'être applicable»;

3. Considérant que la Nouvelle-Zélande fonde expressément sa «Demande d'examen de la situation» sur le paragraphe 63 de l'arrêt du 20 décembre 1974, ainsi libellé:

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

qu'elle affirme tenir de ce paragraphe le «droit» de solliciter, dans le cas prévu, «la reprise de l'affaire introduite par la requête du 9 mai 1973»; et qu'elle observe que le dispositif de l'arrêt considéré ne peut être interprété comme révélant de la part de la Cour une intention de clore définitivement l'instance;

4. Considérant que, dans sa «Demande d'examen de la situation», la Nouvelle-Zélande fait valoir que le passage clef du paragraphe 63 de l'arrêt du 20 décembre 1974 est le membre de phrase «si le fondement du présent arrêt était remis en cause, le requérant pourrait demander un examen de la situation conformément aux dispositions du Statut»; que, bien que le «fondement» de l'arrêt de la Cour n'y soit pas expressément déterminé, il est très probable que la Cour a entendu se référer aux déclarations assorties d'effets juridiques par lesquelles la France avait pris

posed action announced by France which will, if carried out, affect the basis of the Judgment rendered by the Court on 20 December 1974 in the *Nuclear Tests (New Zealand* v. *France)* case"; and it is stated therein that "the immediate circumstance giving rise to the present phase of the Case is a decision announced by France in a media statement of 13 June 1995" by the President of the French Republic, according to which "France would conduct a final series of eight nuclear weapons tests in the South Pacific starting in September 1995";

2. Whereas in that "Request for an Examination of the Situation" it is recalled that the Court, at the end of its Judgment of 20 December 1974, found that it was not called upon to give a decision on the claim submitted by New Zealand in 1973, that claim no longer having any object, by virtue of the declarations by which France had undertaken not to carry out further atmospheric nuclear tests; and whereas, moreover, New Zealand emphasizes therein that the Court included in that Judgment paragraph 63 "to cover the possibility that France might subsequently cease to comply with its undertakings regarding atmospheric testing or that something else underlying the Court's Judgment was no longer applicable";

3. Whereas New Zealand expressly founds its "Request for an Examination of the Situation" on paragraph 63 of the Judgment of 20 December 1974, worded 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);

whereas it asserts that this paragraph gives it the "right", in such circumstances, to request "the resumption of the case begun by Application on 9 May 1973"; and whereas it observes that the operative part of the Judgment concerned cannot be construed as showing any intention on the part of the Court definitively to close the case;

4. Whereas in its "Request for an Examination of the Situation" New Zealand argues that the key passage in paragraph 63 of the Judgment of 20 December 1974 is the phrase "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"; that, although this passage does not expressly identify the "basis" of the Court's Judgment, it is most likely that the Court intended to refer to the declarations constituting legal obligations, by which France had entered into a binding com-

l'engagement contraignant de ne plus procéder à des essais nucléaires dans l'atmosphère dans la région du Pacifique Sud; que, cependant, il était précisé dans la requête de 1973 que le différend portait sur la contamination radioactive de l'environnement causée par des essais nucléaires de quelque nature que ce soit; que le champ d'application de l'arrêt de 1974 doit être appréhendé non pas au regard des essais atmosphériques en tant que tels, mais plutôt au regard de l'objet réel et déclaré de la requête; qu'en 1974 la France procédait uniquement, dans le Pacifique, à des essais atmosphériques et que ceux-ci constituaient alors la principale préoccupation de la Nouvelle-Zélande; que la Cour avait donc «fait correspondre» l'engagement de la France à la principale préoccupation de la Nouvelle-Zélande et avait cru pouvoir considérer le différend comme réglé, mais qu'elle n'aurait certainement pas établi une telle «correspondance» si elle avait pu prévoir, en 1974, que le passage aux essais souterrains ne ferait pas disparaître les risques de contamination; que, selon divers éléments de preuve scientifiques, les essais nucléaires souterrains à Mururoa et à Fangataufa ont déjà entraîné une certaine contamination du milieu marin et risquent de donner lieu à une nouvelle contamination, potentiellement importante; que le fondement de l'arrêt de 1974 s'en trouve modifié et qu'en conséquence la Nouvelle-Zélande est en droit de demander la reprise de l'instance introduite en 1973, les bases de compétence de la Cour demeurant l'Acte général du 26 septembre 1928 pour le règlement pacifique des différends internationaux ainsi que l'acceptation par la France de la clause facultative telle que formulée au moment du dépôt de la requête initiale;

5. Considérant que, dans sa «Demande d'examen de la situation», la Nouvelle-Zélande soutient qu'en vertu tant de dispositions conventionnelles expresses (celles de la convention sur la protection des ressources naturelles et de l'environnement de la région du Pacifique Sud du 25 novembre 1986, ou «convention de Nouméa») que du droit international coutumier issu d'une pratique largement répandue la France est tenue d'effectuer une étude d'impact sur l'environnement avant de procéder à tout nouvel essai nucléaire à Mururoa et à Fangataufa; et qu'elle soutient en outre que la conduite de la France est illicite en ce qu'elle provoque ou a des chances de provoquer l'introduction de matières radioactives dans le milieu marin, la France étant tenue, avant de procéder à ses nouveaux essais nucléaires souterrains, d'apporter la preuve qu'ils n'auront pas pour effet d'introduire de telles matières dans ce milieu, conformément au «principe de précaution» très largement accepté dans le droit international contemporain;

6. Considérant qu'au terme de sa «Demande d'examen de la situation» la Nouvelle-Zélande précise que les droits dont elle demande la protection entrent tous dans le cadre des droits invoqués au paragraphe 28 de sa requête de 1973, mais que, pour le moment, elle demande seulement la reconnaissance des droits qui seraient affectés de façon préjudiciable par la pénétration dans le milieu marin de substances radioactives en conséquence des nouveaux essais qui doivent être effectués aux

mitment not to carry out further atmospheric nuclear tests in the South Pacific region; that, however, it was stated in the Application of 1973 that the dispute concerned nuclear contamination of the environment arising from nuclear testing of whatever nature; that the scope of the Judgment of 1974 must be measured not by reference to atmospheric testing as such, but rather by reference to the true and stated object of the Application; that in 1974 the only mode of testing used by France in the Pacific was atmospheric and such tests were then New Zealand's primary concern; that the Court had therefore "matched" the French undertaking with New Zealand's primary concern and had felt able to treat the dispute as resolved, but that the "matching" would doubtless not have been made had it realized, in 1974, that a shift to underground testing would not remove the risks of contamination; that, according to a variety of scientific evidence, underground nuclear testing at Mururoa and Fangataufa has already led to some contamination of the marine environment and risks leading to further, potentially significant, contamination; that the basis of the 1974 Judgment has therefore been altered and that, consequently, New Zealand is entitled to seek a resumption of the proceedings instituted in 1973, the bases of the jurisdiction of the Court remaining the General Act for the Pacific Settlement of International Disputes of 26 September 1928, as well as France's acceptance of the Optional Clause as it stood at the time of the original Application;

5. Whereas in its "Request for an Examination of the Situation" New Zealand contends that, both by virtue of specific treaty undertakings (in the Convention for the Protection of the Natural Resources and Environment of the South Pacific Region of 25 November 1986 or "Noumea Convention") and customary international law derived from widespread international practice, France has an obligation to conduct an environmental impact assessment before carrying out any further nuclear tests at Mururoa and Fangataufa; and it further contends that France's conduct is illegal in that it causes, or is likely to cause, the introduction into the marine environment of radioactive material, France being under an obligation, before carrying out its new underground nuclear tests, to provide evidence that they will not result in the introduction of such material to that environment, in accordance with the "precautionary principle" very widely accepted in contemporary international law;

6. Whereas at the end of its "Request for an Examination of the Situation" New Zealand states that the rights for which it seeks protection all fall within the scope of the rights invoked in paragraph 28 of the 1973 Application, but that, at the present time, it seeks recognition only of those rights that would be adversely affected by entry into the marine environment of radioactive material as a result of the further tests to be carried out at Mururoa or Fangataufa Atolls, and of its entitlement to

atolls de Mururoa ou de Fangataufa, et de son droit à être protégée et à bénéficier d'une évaluation correctement réalisée de l'impact sur l'environnement; et considérant que, dans ces limites, la Nouvelle-Zélande prie la Cour 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»;

7. Considérant que la «Demande d'examen de la situation» présentée par la Nouvelle-Zélande était accompagnée d'une lettre de l'ambassadeur de Nouvelle-Zélande aux Pays-Bas datée du 21 août 1995, par laquelle le Greffier était informé, d'une part, de la désignation par la Nouvelle-Zélande d'un agent et de deux coagents et, d'autre part, de la démission du très honorable sir Garfield Barwick, juge *ad hoc* désigné par la Nouvelle-Zélande en 1973, et de la désignation, pour le remplacer, du très honorable sir Geoffrey Palmer;

8. Considérant qu'outre sa «Demande d'examen de la situation» le Gouvernement néo-zélandais a aussi déposé au Greffe, le 21 août 1995, une «Nouvelle demande en indication de mesures conservatoires», dans laquelle il est notamment fait référence au document précédent, ainsi qu'à l'ordonnance en indication de mesures conservatoires rendue par la Cour le 22 juin 1973; considérant que, dans ce nouveau document, les mesures conservatoires ci-après sont demandées «à titre prioritaire et vu l'urgence», en application des articles 33 de l'Acte général du 26 septembre 1928 et 41 du Statut de la Cour:

«1) que la France s'abstienne de procéder à de nouveaux essais nucléaires aux atolls de Mururoa et de Fangataufa;
2) que la France procède, à l'égard des essais nucléaires qu'elle se propose d'effectuer, à une évaluation de l'impact sur l'environnement conformément à des normes internationales reconnues et qu'elle s'abstienne de procéder à ces essais, si cette évaluation ne démontre pas que lesdits essais ne provoqueront aucune contamination radioactive du milieu marin;
3) que la France et la Nouvelle-Zélande veillent à ce qu'aucune mesure ne soit prise qui soit susceptible d'aggraver ou d'étendre le différend soumis à la Cour, ou de porter atteinte aux droits de

protection and to the benefit of a properly conducted Environmental Impact Assessment; and whereas, within these limits, New Zealand asks the Court 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";

7. Whereas the "Request for an Examination of the Situation" submitted by New Zealand was accompanied by a letter dated 21 August 1995 from the Ambassador of New Zealand to the Netherlands, by which the Registrar was informed of the appointment by New Zealand of an Agent and two Co-Agents and also of the resignation of the Right Honourable Sir Garfield Barwick, Judge *ad hoc* chosen by New Zealand in 1973, and the choice of the Right Honourable Sir Geoffrey Palmer to replace him;

8. Whereas, in addition to its "Request for an Examination of the Situation", the New Zealand Government also filed in the Registry, on 21 August 1995, a "Further Request for the Indication of Provisional Measures", in which reference is made, *inter alia*, to the preceding document, as well as to the Order for the Indication of Provisional Measures made by the Court on 22 June 1973; whereas in that new document the following provisional measures are requested "as a matter of priority and urgency", in accordance with Article 33 of the General Act of 26 September 1928 and Article 41 of the Statute of the Court:

"(1) that France refrain from conducting any further nuclear tests at Mururoa and Fangataufa Atolls;
(2) that France undertake an environmental impact assessment of the proposed nuclear tests according to accepted international standards and that, unless the assessment establishes that the tests will not give rise to radioactive contamination of the marine environment, France refrain from conducting the tests;

(3) that France and New Zealand ensure that no action of any kind is taken which might aggravate or extend the dispute submitted to the Court or prejudice the rights of the other Party in

l'autre Partie pour ce qui est de mettre en œuvre les décisions que la Cour pourra prendre en l'espèce»;

et considérant qu'au terme du même document la Nouvelle-Zélande «prie par ailleurs le Président de la Cour d'exercer les pouvoirs qu'il tient du Règlement, en attendant que la Cour exerce ses propres pouvoirs»;

9. Considérant que la «Nouvelle demande en indication de mesures conservatoires» présentée par la Nouvelle-Zélande était accompagnée de deux lettres en date du 21 août 1995, l'une du ministre des affaires étrangères de Nouvelle-Zélande et l'autre de l'ambassadeur de Nouvelle-Zélande aux Pays-Bas, dans lesquelles l'urgence de la situation était invoquée et le Président était également prié d'exercer les pouvoirs prévus au paragraphe 3 de l'article 66 du Règlement de 1972, «en vigueur à l'époque de l'introduction de l'instance en 1973»;

10. Considérant que le Greffier a fait tenir le jour même une copie de l'ensemble de ces lettres et documents au Gouvernement français; qu'il a transmis une copie de la «Demande d'examen de la situation» et de la «Nouvelle demande en indication de mesures conservatoires» au Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies; et qu'il a avisé du dépôt de ces documents tous les Etats admis à ester devant la Cour;

11. Considérant que, le 23 août 1995, le Gouvernement australien a déposé au Greffe un document intitulé «Requête à fin d'intervention présentée par le Gouvernement australien au titre de l'article 62 du Statut»; que, le 24 août 1995, les Gouvernements du Samoa et des Iles Salomon ont déposé l'un et l'autre un document intitulé «Requête à fin d'intervention fondée sur l'article 62 — Déclaration d'intervention fondée sur l'article 63» dont les termes étaient analogues; et que, le 25 août 1995, des documents analogues portant le même titre ont été déposés, respectivement, par le Gouvernement des Iles Marshall et le Gouvernement des Etats fédérés de Micronésie; et considérant que ces cinq documents se réfèrent tant à la «Demande d'examen de la situation» qu'à la «Nouvelle demande en indication de mesures conservatoires» présentées par la Nouvelle-Zélande;

12. Considérant que le Greffier a fait tenir copie de ces documents aux Gouvernements néo-zélandais et français, ainsi qu'au Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies, et qu'il a avisé du dépôt desdits documents tous les Etats admis à ester devant la Cour;

13. Considérant que, par une lettre en date du 28 août 1995, reçue au Greffe le même jour, l'ambassadeur de France aux Pays-Bas, se référant aux deux demandes présentées par la Nouvelle-Zélande le 21 août 1995, a notamment fait savoir à la Cour que son gouvernement considérait qu'aucune base ne pouvait fonder, ne fût-ce que *prima facie*, la compétence de la Cour pour connaître de ces demandes; que la démarche de la Nouvelle-Zélande ne s'inscrivait pas dans le cadre de l'affaire ayant fait l'objet de l'arrêt du 20 décembre 1974, car cette affaire portait exclusivement, comme la Cour l'a souligné elle-même au paragraphe 29 dudit arrêt, sur des essais atmosphériques; que, la Cour ayant jugé, à la suite de

respect of the carrying out of whatever decisions the Court may give in this case";

and whereas at the end of that document New Zealand "separately request[s] the President of the Court to exercise his powers under the Rules pending the exercise by the Court of its powers";

9. Whereas the "Further Request for the Indication of Provisional Measures" submitted by New Zealand was accompanied by two letters dated 21 August 1995, one from the Minister for Foreign Affairs of New Zealand, and the other from the Ambassador of New Zealand to the Netherlands, in which the urgency of the situation was referred to and the President was also asked to exercise the powers provided for under Article 66, paragraph 3, of the 1972 Rules of Court, "in force at the time of the institution of the proceedings in 1973";

10. Whereas the same day the Registrar transmitted a copy of all those letters and documents to the French Government; whereas he transmitted a copy of the "Request for an Examination of the Situation" and of the "Further Request for the Indication of Provisional Measures" to the Secretary-General of the United Nations; and whereas he notified all States entitled to appear before the Court of the filing of those documents;

11. Whereas on 23 August 1995, the Australian Government filed in the Registry a document entitled "Application for Permission to Intervene under the Terms of Article 62 of the Statute Submitted by the Government of Australia"; whereas on 24 August 1995 the Governments of Samoa and Solomon Islands each filed a document, similar in content, entitled "Application for Permission to Intervene under Article 62/Declaration of Intervention under Article 63"; and whereas on 25 August 1995 similar documents bearing the same titles were filed, respectively, by the Government of the Marshall Islands and the Government of the Federated States of Micronesia; and whereas these five documents refer both to the "Request for an Examination of the Situation" and to the "Further Request for the Indication of Provisional Measures" submitted by New Zealand;

12. Whereas the Registrar transmitted copies of these documents to the Governments of New Zealand and France, as well as to the Secretary-General of the United Nations, and notified all States entitled to appear before the Court of the filing of those documents;

13. Whereas by letter dated 28 August 1995, received in the Registry the same day, the Ambassador of France to the Netherlands, referring to the two Requests submitted by New Zealand on 21 August 1995, informed the Court, among other things, that his Government considered that no basis existed which might found, even if only prima facie, the jurisdiction of the Court to entertain those Requests; that the action by New Zealand did not fall within the framework of the case which had been the object of the Judgment of 20 December 1974, since that case related exclusively, as the Court itself emphasized in paragraph 29 of that Judgment, to atmospheric tests; that since the Court considered, following the

l'annonce de la décision prise par la France de mettre fin aux essais atmosphériques et de passer au stade des essais souterrains, que la demande de la Nouvelle-Zélande de 1973 était sans objet, ladite demande n'existait plus et la démarche néo-zélandaise du 21 août 1995 ne pouvait dès lors pas s'y rattacher; que, la Cour n'ayant manifestement pas compétence en l'absence de consentement de la France, ni la question de la désignation d'un juge *ad hoc* ni celle de l'indication de mesures conservatoires ne se posaient; et qu'enfin la démarche de la Nouvelle-Zélande ne pouvait faire l'objet d'une inscription au rôle général de la Cour;

14. Considérant que copie de cette lettre a immédiatement été transmise par le Greffier au Gouvernement néo-zélandais;

15. Considérant qu'au cours d'une réunion que le Président de la Cour a tenue le 30 août 1995 avec les représentants de la Nouvelle-Zélande et de la France, ceux-ci ont exprimé des points de vue d'emblée très différents au sujet de la nature juridique des demandes néo-zélandaises et de leurs effets; et que le Président a invité les deux Etats, s'ils le souhaitaient, à assister la Cour en lui faisant brièvement connaître leur position, dans un «aide-mémoire informel», sur les points discutés lors de la réunion;

16. Considérant que la Nouvelle-Zélande a déposé son aide-mémoire au Greffe le 5 septembre 1995, en en soulignant le caractère officieux et en précisant qu'il ne constituait pas un nouvel exposé complet de sa position et ne pouvait être considéré comme épuisant son droit d'exposer officiellement et publiquement ses vues sur les questions soulevées par le Président et par la lettre de l'ambassadeur de France en date du 28 août 1995;

17. Considérant que, dans ledit aide-mémoire, la Nouvelle-Zélande rappelle que la Cour a conclu, dans son ordonnance en indication de mesures conservatoires du 22 juin 1973, que «les dispositions invoquées par le demandeur se présentent comme constituant, *prima facie*, une base sur laquelle la compétence de la Cour pourrait être fondée» (*C.I.J. Recueil 1973*, p. 138, par. 18); que la Nouvelle-Zélande indique que la question supplémentaire de savoir si l'instance en cours est la continuation de celle à laquelle s'applique cette conclusion de la Cour doit elle-même être considérée comme une question de compétence — ou s'y apparentant — et peut dès lors être tranchée sur la base des critères appliqués aux autres questions de compétence dans le cadre d'une procédure de demande de mesures conservatoires; et qu'elle en conclut qu'étant en l'espèce saisie d'une nouvelle demande en indication de mesures conservatoires la Cour doit seulement rechercher, au stade considéré, s'il y a continuité *prima facie* de l'instance introduite le 9 mai 1973;

18. Considérant que, dans son aide-mémoire, la Nouvelle-Zélande soutient qu'une telle continuité *prima facie* est établie; que le paragraphe 63 de l'arrêt du 20 décembre 1974 lui confère un droit de reprendre l'instance de 1973 et qu'il découle clairement de son libellé que la Cour n'avait pas l'intention de clore l'affaire, comme l'atteste en particulier l'indication selon laquelle la dénonciation par la France de l'Acte général de 1928 ne saurait en soi faire obstacle à la présentation d'une

announcement of the decision taken by France to terminate atmospheric tests and pass to the stage of underground testing, that the claim submitted by New Zealand in 1973 had no object, that claim no longer existed and New Zealand's action of 21 August 1995 could not therefore be linked to it; that as the Court manifestly lacked jurisdiction in the absence of the consent of France, neither the question of the choice of a judge *ad hoc*, nor that of the indication of provisional measures, arose; and that, lastly, the action of New Zealand could not properly be the object of entry in the General List;

14. Whereas a copy of that letter was immediately transmitted by the Registrar to the Government of New Zealand;

15. Whereas, during a meeting held by the President of the Court on 30 August 1995 with the representatives of New Zealand and France, the latter expressed views which from the outset were very different regarding the legal nature of the New Zealand Requests and of their effects; and whereas the President invited the two States, if they so wished, to assist the Court by briefly presenting, in an "informal *aide-mémoire*", their positions on the points discussed at the meeting;

16. Whereas New Zealand filed its *aide-mémoire* in the Registry on 5 September 1995, stressing its non-official character and declaring that it was not a complete restatement of its position and could not be regarded as sufficient to meet New Zealand's entitlement to a formal and public presentation of its position in relation to the issues raised by the President and by the letter from the French Ambassador dated 28 August 1995;

17. Whereas in that *aide-mémoire* New Zealand recalls that the Court concluded, in its Order for the Indication of Provisional Measures of 22 June 1973, that "the provisions invoked by the Applicant appear, prima facie, to afford a basis on which the jurisdiction of the Court might be founded" (*I.C.J. Reports 1973*, p. 138, para. 18); whereas New Zealand indicates that the additional question whether the present proceedings are a continuation of those to which that finding of the Court applies must itself be considered as a question of jurisdiction — or as analogous to one — and can therefore be determined by reference to the same criteria as are applied to other questions of jurisdiction in the context of proceedings for the indication of provisional measures; and whereas it concludes therefrom that, since in this instance the Court is seised with a new request for the indication of provisional measures, it only has to determine, at the stage under consideration, whether there is a prima facie case of continuity of the proceedings commenced on 9 May 1973;

18. Whereas in its *aide-mémoire* New Zealand contends that such prima facie continuity is established; that paragraph 63 of the Judgment of 20 December 1974 confers upon it a right to resume the 1973 proceedings and that its wording clearly shows that the Court had no intention to close the case, as evinced, in particular, by the statement that the denunciation by France of the General Act of 1928 could not by itself constitute an obstacle to the presentation of a request for an examination of the

demande d'examen de la situation; que la «remise en cause» du «fondement» de l'arrêt, que ledit paragraphe pose comme condition à la reprise de l'instance, ne vise pas seulement la reprise éventuelle par la France d'essais nucléaires dans l'atmosphère, mais «tous faits nouveaux susceptibles de réveiller les craintes de la Nouvelle-Zélande de voir des substances radioactives artificielles provenant des essais français contaminer le milieu marin du Pacifique»; et que de tels «faits nouveaux» existent en l'espèce car la France n'a pas établi, comme elle en a l'obligation en vertu des règles conventionnelles et coutumières du droit international de l'environnement contemporain, qu'aucune contamination du milieu marin ne résultera des nouveaux essais en dépit des dommages subis cumulativement par les atolls;

19. Considérant qu'au terme de son aide-mémoire la Nouvelle-Zélande déclare que, eu égard à la continuité au moins présumée de l'instance et au principe de l'égalité des parties, elle est en droit de désigner un nouveau juge *ad hoc*, qui doit être immédiatement admis à siéger; et qu'elle ajoute que la continuité de l'instance implique aussi le maintien de la base de compétence invoquée en 1973, la reprise de l'affaire au stade de la procédure qu'elle avait atteint au 20 décembre 1974, et l'application du Règlement de la Cour adopté le 6 mai 1946, tel que revisé le 10 mai 1972;

20. Considérant que copie de l'aide-mémoire de la Nouvelle-Zélande a été transmise à la France par le Greffier;

21. Considérant que la France a déposé son aide-mémoire au Greffe le 6 septembre 1995 en précisant que la présentation de ce document ne s'inscrivait nullement dans le cadre d'une procédure régie par le Statut et le Règlement de la Cour, ne constituait en aucune manière l'acceptation de la part du Gouvernement français de la juridiction de la Cour, et ne préjugeait en rien de son attitude ultérieure;

22. Considérant que, dans son aide-mémoire, la France soutient d'abord que l'affaire introduite par la requête du 9 mai 1973 a été définitivement close par l'arrêt du 20 décembre 1974 et que la «Demande d'examen de la situation» présentée par la Nouvelle-Zélande le 21 août 1995 n'a aucun rapport avec le dispositif de l'arrêt du 20 décembre 1974; que les allégations de la Nouvelle-Zélande selon lesquelles l'affaire ne serait pas close parce que, d'une part, la requête initiale n'était pas limitée aux essais atmosphériques et, d'autre part, la Cour ne pouvait à l'époque envisager les effets négatifs qu'auraient les essais souterrains, sont manifestement incompatibles avec le raisonnement suivi par la Cour dans son arrêt de 1974; qu'il résulte tant de la structure que des termes dudit arrêt (en particulier des termes de son paragraphe 29) que la Cour a considéré que le différend entre les deux Etats portait exclusivement sur les essais atmosphériques, et que cette position a été partagée non seulement par les juges ayant joint à l'arrêt une opinion dissidente mais aussi, à l'époque, par la Nouvelle-Zélande elle-même; que le paragraphe 63 de l'arrêt limite l'éventualité d'une demande d'examen de la situation à l'hypothèse dans laquelle «le fondement [de l']arrêt [serait] remis en cause» et que, à

situation; that the effect upon the "basis" of the Judgment, which the paragraph concerned sets as a condition of the resumption of the case, does not relate only to the possible resumption by France of atmospheric nuclear tests, but also to "any developments that might reactivate New Zealand's concern that French testing could produce contamination of the Pacific marine environment by any artificial radioactive material"; and that such "developments" exist in this instance, since France has not shown, as it has a duty to do under the conventional and customary rules of contemporary international environmental law, that no contamination of the marine environment will result from the new tests despite the cumulative damage to the atolls;

19. Whereas at the end of its *aide-mémoire* New Zealand states that, in view of the — at least presumed — continuity of the proceedings and of the principle of the equality of the Parties, it is entitled to choose a new judge *ad hoc*, who must be admitted to the bench forthwith; and whereas it adds that the continuity of the proceedings also implies the maintenance of the jurisdictional basis relied on in 1973, the resumption of the case at the procedural stage which it had reached on 20 December 1974, and the application of the Rules of Court adopted on 6 May 1946 as amended on 10 May 1972;

20. Whereas a copy of the *aide-mémoire* of New Zealand was transmitted to France by the Registrar;

21. Whereas France filed its *aide-mémoire* in the Registry on 6 September 1995, indicating that the document submitted in no way formed part of proceedings governed by the Statute and Rules of Court, in no way constituted acceptance by the French Government of the jurisdiction of the Court and in no way prejudiced its future position;

22. Whereas in its *aide-mémoire* France contends initially that the case instituted by the Application of 9 May 1973 was definitively closed by the Judgment of 20 December 1974 and that the "Request for an Examination of the Situation" submitted by New Zealand on 21 August 1995 has no connection with the operative part of the Judgment of 20 December 1974; that the allegations of New Zealand that the case is not closed because, on the one hand, the initial Application was not limited to atmospheric tests and, on the other hand, the Court could not at the time envisage the negative effects of underground tests, are manifestly incompatible with the reasoning followed by the Court in its Judgment of 1974; that both the structure and the terms of that Judgment (in particular, the terms of its paragraph 29) show that the Court considered that the dispute between the two States related exclusively to atmospheric tests, and that that view was shared not only by the Judges having appended a dissenting opinion to the Judgment, but also, at the time, by New Zealand itself; that paragraph 63 of the Judgment limits the possibility of a request for an examination of the situation to the eventuality of "the basis of [the] Judgment [being] affected" and that in the light of the con-

la lumière du contexte dans lequel s'inscrit ce paragraphe, ledit «fondement» ne peut être compris que comme étant «la coïncidence entre [l']engagement des autorités françaises de ne plus procéder à des essais atmosphériques et les demandes *en ce sens* de la Nouvelle-Zélande»; que les essais souterrains sont en dehors du champ de la requête néo-zélandaise de 1973 et de l'arrêt de la Cour de 1974, et que c'est l'engagement de la France de ne plus procéder à des essais atmosphériques, indissociablement lié à l'annonce faite par elle de son intention de procéder à des essais souterrains, qui a constitué la *ratio decidendi* de la décision de la Cour selon laquelle l'objet du différend avait disparu; et que, en conséquence, la demande néo-zélandaise du 21 août 1995 ayant un objet nouveau, elle ne saurait être rattachée à l'arrêt du 20 décembre 1974;

23. Considérant que, dans son aide-mémoire, la France soutient en outre que la demande néo-zélandaise du 21 août 1995 ne peut être rattachée à aucune disposition du Statut; que le paragraphe 63 de l'arrêt du 20 décembre 1974 ne se suffit en aucune manière à lui-même et indique expressément que la démarche dont il évoque la possibilité est subordonnée au respect des «dispositions du Statut»; que le Statut de la Cour circonscrit les pouvoirs de celle-ci et prescrit la conduite que les Etats doivent tenir; que la «Demande d'examen de la situation» présentée par la Nouvelle-Zélande n'est et ne peut être ni une demande en interprétation ni une demande en revision; et que, même s'il s'agissait d'une requête nouvelle, une telle requête tomberait inévitablement sous le coup du paragraphe 5 de l'article 38 du Règlement de la Cour qui exclurait son inscription au rôle général et tout acte de procédure «tant que l'Etat contre lequel la requête est formée n'a pas accepté la compétence de la Cour aux fins de l'affaire»;

24. Considérant qu'au terme de son aide-mémoire la France déclare que, «[f]aute d'affaire relevant de la juridiction de la Cour, aucun acte de procédure ne peut être effectué»; qu'il s'ensuit l'exclusion de toute audience publique et de toute procédure incidente, et qu'il en résulte en particulier que la «Nouvelle demande en indication de mesures conservatoires» présentée par la Nouvelle-Zélande ne saurait être examinée par la Cour; et que la France ne soulève aucune sorte d'exceptions préliminaires au sens de l'article 79 du Règlement de la Cour, le problème posé en l'espèce à la Cour se situant «en amont» et la solution de ce problème constituant un «préalable catégorique» qui ne relève d'aucune procédure incidente;

25. Considérant que copie de l'aide-mémoire de la France a été transmise à la Nouvelle-Zélande par le Greffier;

26. Considérant que, le 7 septembre 1995, la Nouvelle-Zélande a déposé au Greffe un document intitulé «Aide-mémoire supplémentaire» dans lequel étaient commentés certains passages de l'aide-mémoire de la France; et que le Greffier a fait tenir copie de ce document au Gouvernement français;

27. Considérant que, le 8 septembre 1995, le Greffier a adressé à la Nouvelle-Zélande et à la France des lettres identiques ainsi libellées:

text of that paragraph, the "basis" can be understood only as "the 'match' between [the] commitment by the French authorities to hold no further tests in the atmosphere and New Zealand's claims *to that effect*"; that underground tests are outside the scope of New Zealand's Application of 1973 and of the Court's Judgment of 1974, and that it was France's commitment to undertake no further atmospheric tests, indissociably linked to its announcement of its intention to carry out underground tests, which constituted the *ratio decidendi* of the Court's decision to the effect that the object of the dispute had disappeared; and that consequently, as the New Zealand Request of 21 August 1995 had a new object, it could not be linked to the Judgment of 20 December 1974;

23. Whereas in its *aide-mémoire* France further contends that New Zealand's Request of 21 August 1995 cannot be brought within any provision of the Statute; that paragraph 63 of the Judgment of 20 December 1974 is in no manner sufficient of itself and expressly states that the possible steps to which it alludes are subject to compliance with the "provisions of the Statute"; that the Statute of the Court circumscribes the powers of the Court and prescribes the conduct that States must observe; that the "Request for an Examination of the Situation" submitted by New Zealand is not and cannot be either a request for interpretation or an application for revision; and that even if it were a matter of a new application, such an application would inevitably be subject to Article 38, paragraph 5, of the Rules of Court, which would preclude its entry in the General List and any procedural action "unless and until the State against which such application is made consents to the Court's jurisdiction for the purposes of the case";

24. Whereas at the end of its *aide-mémoire* France states that "in the absence of a case coming within the jurisdiction of the Court, no procedural action can be taken"; that the result of this is the preclusion of any public hearing and any incidental proceedings, and that, consequently, in particular, the "Further Request for the Indication of Provisional Measures" submitted by New Zealand cannot be examined by the Court; and that France is not in any sense making preliminary objections within the meaning of Article 79 of the Rules of Court, since the problem facing the Court in this case is "anterior" and the solution to this problem is a "categorical prerequisite" not related to any incidental proceedings;

25. Whereas a copy of the French *aide-mémoire* was transmitted to New Zealand by the Registrar;

26. Whereas on 7 September 1995 New Zealand filed in the Registry a document entitled "Supplementary *aide-mémoire*", which contained comments on certain passages in the French *aide-mémoire*; and whereas the Registrar transmitted a copy of that document to the French Government;

27. Whereas on 8 September 1995 the Registrar addressed to New Zealand and France identical letters worded as follows:

«La Cour a tenu ce jour une séance privée aux fins, notamment, de permettre au Président de consulter ses collègues sur diverses questions afférentes à la présentation desdits documents. A l'issue de cette réunion, il a été convenu que la Cour tiendra le lundi 11 septembre 1995 à 15 heures une séance publique à l'effet de permettre à la Nouvelle-Zélande et à la France de lui faire connaître leurs vues sur la question suivante: «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)*?»

Aux fins de cette séance, et compte tenu de la composition qui était celle de la Cour au moment du prononcé dudit arrêt, le très honorable sir Geoffrey Palmer, désigné pour siéger en qualité de juge *ad hoc* par la Nouvelle-Zélande, viendra compléter la Cour et prendra l'engagement solennel requis.

Les arrangements sus-indiqués ne doivent en rien préjuger de toute décision que la Cour prendra ultérieurement quant à l'existence ou non d'une affaire devant elle»;

28. Considérant que, au cours d'une réunion que le Président de la Cour a tenue avec les représentants de la Nouvelle-Zélande et de la France le 11 septembre 1995, il a été convenu que la Cour tiendrait trois séances publiques sur la question susmentionnée, chaque Etat disposant d'un temps de parole égal et ayant la possibilité de présenter une brève réponse;

29. Considérant que, à l'ouverture de la séance publique du 11 septembre 1995 (après-midi) consacrée à la question sus-indiquée, le Président de la Cour a annoncé que, le 6 septembre 1995, il avait reçu une lettre du premier ministre de Nouvelle-Zélande, dans laquelle celui-ci, se référant à l'essai nucléaire effectué la veille à Mururoa par le Gouvernement français, réitérait les demandes déjà formulées précédemment par le Gouvernement néo-zélandais, qui tendaient à ce que le Président use des pouvoirs qui lui sont reconnus au paragraphe 3 de l'article 66 du Règlement de 1972; et considérant que le Président a déclaré qu'il avait été extrêmement sensible à ces demandes et que celles-ci avaient retenu toute son attention, mais que les pouvoirs qui lui sont reconnus par la disposition susmentionnée du Règlement de 1972, comme par le paragraphe 4 de l'article 74 du Règlement en vigueur, s'inscrivent expressément dans le cadre d'une procédure incidente en indication de mesures conservatoires, et qu'il lui eût été dès lors difficile de donner suite auxdites demandes sans nécessairement préjuger des questions soumises à la Cour;

30. Considérant que, lors des séances publiques tenues les 11 et 12 septembre 1995 pour permettre à la Nouvelle-Zélande et à la France de faire connaître leurs vues sur la question posée par la Cour, des exposés oraux ont été présentés:

"The Court today held a private meeting in order, *inter alia*, to enable the President to consult his colleagues on various matters relating to the submission of the documents concerned. At the close of that meeting, it was agreed that on Monday 11 September 1995 at 3 p.m. the Court will hold a public sitting in order to enable New Zealand and France to inform it of their views on the following question: '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)*?'

For the purposes of that sitting, and bearing in mind the composition of the Court at the time when the Judgment was delivered, the Right Honourable Sir Geoffrey Palmer, chosen to sit as Judge *ad hoc* by New Zealand, will join the Court and make the necessary solemn declaration.

The above arrangements shall in no way prejudice any decision which the Court will subsequently take regarding the existence or not of a case before it";

28. Whereas, at a meeting held by the President of the Court with the representatives of New Zealand and France on 11 September 1995, it was agreed that the Court would hold three public sittings on the above-mentioned question, each State being allotted equal speaking time and the opportunity to present a brief reply;

29. Whereas, at the opening of the public sitting of 11 September 1995 (afternoon) devoted to the above-mentioned question, the President of the Court announced that, on 6 September 1995, he had received a letter from the Prime Minister of New Zealand in which the latter, referring to the nuclear test carried out the previous day at Mururoa by the French Government, reiterated the Requests already made by the New Zealand Government that the President should use the powers conferred upon him by Article 66, paragraph 3, of the 1972 Rules of Court; and whereas the President stated that he had been fully aware of the import of those Requests, to which he had given his full attention, but that the powers conferred upon him by the above-mentioned provision of the 1972 Rules of Court, as well as by Article 74, paragraph 4, of the Rules now in force, expressly applied to incidental proceedings for the indication of provisional measures, and that it would therefore have been difficult for him to accede to those Requests without necessarily prejudging the issues submitted to the Court;

30. Whereas, at the public sittings held on 11 and 12 September 1995 in order to enable New Zealand and France to make known their views on the question put by the Court, oral statements were presented:

au nom de la Nouvelle-Zélande:

par l'honorable Paul East, Q.C., *agent*,
M. John McGrath, Q.C.,
M. Elihu Lauterpacht, C.B.E., Q.C.,
sir Kenneth Keith, Q.C.,
M. Don MacKay;

au nom de la France:

par M. Marc Perrin de Brichambaut,
M. Pierre-Marie Dupuy,
M. Alain Pellet,
sir Arthur Watts, K.C.M.G., Q.C.;

et considérant qu'au cours desdites séances des questions ont été posées par des juges, auxquelles la Nouvelle-Zélande et la France ont ultérieurement répondu par écrit, dans le délai prévu;

31. Considérant qu'au cours de leurs exposés oraux la Nouvelle-Zélande et la France ont essentiellement confirmé les vues qu'elles avaient déjà exprimées par écrit, tout en développant certains aspects de leur argumentation;

32. Considérant que, dans ses exposés oraux, la Nouvelle-Zélande a réitéré sa position fondamentale en soutenant que le paragraphe 63 de l'arrêt du 20 décembre 1974 lui réservait expressément le droit de rouvrir, dans certaines circonstances, l'instance introduite par la requête du 9 mai 1973; que ledit arrêt n'avait statué de manière décisive que sur deux points, à savoir que les déclarations d'intention de la France à propos des essais nucléaires en atmosphère avaient créé des obligations internationales, et que, la Cour ayant déduit de déclarations officielles de la Nouvelle-Zélande que ces engagements répondaient et correspondaient aux principales préoccupations néo-zélandaises, l'affaire ne comportait plus d'objet; qu'il n'y avait donc pas chose jugée en ce qui concerne certaines questions soulevées dans la requête néo-zélandaise de 1973 et que l'effet du paragraphe 63 était de ne pas clore définitivement cette instance; que l'expression «si le fondement du présent arrêt était remis en cause» devait être interprétée au sens large et que le droit de revenir devant la Cour serait activé «si un facteur sur lequel reposait son arrêt de 1974 cessait d'être applicable par suite de la conduite future de la France»; que l'expression «le fondement de l'arrêt» ne devait pas être interprétée comme visant exclusivement l'engagement de la France de ne pas procéder à de nouveaux essais dans l'atmosphère; que la requête de la Nouvelle-Zélande, à la différence de celle de l'Australie, ne se limitait pas aux essais «atmosphériques» et que la conclusion formulée par la Cour au paragraphe 29 de l'arrêt du 20 décembre 1974, selon laquelle la demande de la Nouvelle-Zélande devait s'interpréter comme uniquement applicable aux essais en atmosphère, ne pouvait être comprise qu'à la lumière du fait que «personne ne s'[était] interrogé à l'époque sur le point de savoir si les essais nucléaires souterrains pouvaient avoir le même genre de conséquences

on behalf of New Zealand:

by The Honourable Paul East, Q.C., *Agent*,
Mr. John McGrath, Q.C.,
Mr. Elihu Lauterpacht, C.B.E., Q.C.,
Sir Kenneth Keith, Q.C.,
Mr. Don MacKay;

on behalf of France:

by Mr. Marc Perrin de Brichambaut,
Mr. Pierre-Marie Dupuy,
Mr. Alain Pellet,
Sir Arthur Watts, K.C.M.G., Q.C.;

and whereas during those sittings questions were put by Judges, to which New Zealand and France subsequently replied in writing, within the prescribed time-limit;

31. Whereas in their oral statements New Zealand and France essentially confirmed the views they had already expressed in writing, while developing certain aspects of their argument;

32. Whereas in its oral statements New Zealand reiterated its essential position, contending that paragraph 63 of the Judgment of 20 December 1974 expressly reserved to it the right, in certain circumstances, to reopen the case instituted by the Application of 9 May 1973; that the Judgment concerned had conclusively decided only two things, namely, that the French statements of intention in relation to atmospheric testing had created binding obligations in international law and that, since the Court had concluded from official New Zealand statements that those commitments met and matched New Zealand's primary concerns, the case no longer had any object; that there was thus no *res judicata* in respect of certain issues raised in New Zealand's 1973 Application and that, by virtue of paragraph 63, those proceedings were not definitively closed; that the words "if the basis of this Judgment were to be affected" should be given a broad interpretation, and that the right to return to the Court would be activated "if a factor underlying the Court's Judgment of 1974 ceased to be applicable on account of future conduct by France"; that the words "the basis of the Judgment" should not be taken to refer solely to France's undertaking to conduct no further atmospheric tests; that New Zealand's Application, unlike that of Australia, was not limited to "atmospheric" testing, and the Court's conclusion, in paragraph 29 of the Judgment of 20 December 1974, that New Zealand's claim was to be interpreted as applying only to atmospheric tests, must be understood on the sole basis that "no thought [had been] given at that time to whether underground nuclear testing might lead to some of the same environmental consequences that were the subject of New Zealand's Application"; that one of the assumptions underlying the Judgment was that "cessation of atmospheric testing would end contamination of the environment by

écologiques que celles qui faisaient l'objet de la requête néo-zélandaise»; que l'un des postulats de l'arrêt était «que mettre fin aux essais dans l'atmosphère ferait cesser la contamination de l'environnement par des déchets radioactifs» étant donné que les preuves scientifiques disponibles en 1974 indiquaient que les essais atmosphériques étaient dangereux mais que les essais souterrains pouvaient être considérés comme inoffensifs; et que, s'agissant là d'un élément du «fondement» de l'arrêt de la Cour, si ce fondement devait être remis en cause, les conditions nécessaires pour que la Nouvelle-Zélande puisse revenir devant la Cour seraient remplies;

33. Considérant que, dans ses exposés oraux, la Nouvelle-Zélande a expliqué dans le détail que des preuves scientifiques récentes en nombre de plus en plus grand démontraient les effets potentiellement nuisibles et dommageables des essais souterrains dans les régions du Pacifique Sud proches des atolls de Mururoa et de Fangataufa, ainsi que la réalité du danger de contamination du milieu marin; que, selon les experts, la poursuite ininterrompue des essais avait eu pour effet cumulatif d'affaiblir si sérieusement la structure de l'atoll de Mururoa qu'à la suite de nouveaux essais l'atoll «pourrait soit s'ouvrir en deux soit se désintégrer d'une telle façon qu'il déverserait dans l'océan une partie des déchets radioactifs qui s'y sont accumulés»; que, par conséquent, était erroné le postulat de l'arrêt de 1974 selon lequel l'abandon des essais atmosphériques réduirait les risques à néant; et que le fondement de l'arrêt avait ainsi été remis en cause par des changements intervenus dans les faits;

34. Considérant qu'au cours de ses exposés oraux la Nouvelle-Zélande a soutenu en outre que l'évolution du droit pouvait remettre en cause le fondement de l'arrêt de 1974, étant donné que la Cour, au moment du prononcé de cet arrêt, ne pouvait ignorer les signes qui laissaient présager «une avancée appréciable dans l'évolution des normes et des procédures» dans le domaine du droit international de l'environnement; que cette évolution était effectivement survenue dans le droit international coutumier et du fait de la convention de Nouméa; que le droit coutumier en vigueur appliquait au milieu marin des mesures de contrôle spécialement rigoureuses qui, en règle générale, y interdisaient l'introduction de matières radioactives, et que, plus spécifiquement, «était interdite toute introduction dans le milieu marin de matières radioactives résultant d'essais nucléaires»; que la Nouvelle-Zélande n'était astreinte qu'à une norme de preuve *prima facie* lorsqu'elle cherchait à démontrer que la France violait ses obligations; et que l'adoption, dans le droit de l'environnement, du «principe de précaution» avait pour effet d'imposer, à l'Etat désirant se comporter d'une manière susceptible d'avoir des effets dommageables pour l'environnement, la charge de prouver au préalable que ses activités ne provoqueraient pas de contamination;

35. Considérant que la Nouvelle-Zélande a fait valoir de nouveau, dans ses exposés oraux, que l'article 12 de la convention de Nouméa faisait obligation à la France de «[prendre] toutes les mesures appropriées pour prévenir, réduire et combattre la pollution de la zone d'application de la

radioactive material" because in 1974 the available scientific evidence suggested that while atmospheric tests were dangerous, underground testing was believed to be safe; and that, since this was part of the "basis" of the Court's Judgment, if that basis were to be affected, the conditions for New Zealand to return to the Court would have been met;

33. Whereas in its oral statements New Zealand explained in detail that there was a growing body of recent scientific evidence of the potentially adverse and detrimental effects of underground testing in the South Pacific regions of Mururoa and Fangataufa Atolls, and that contamination of the marine environment was a real risk; that the cumulative effect of continued testing on Mururoa Atoll had created a situation which experts now believed had seriously weakened its physical structure so that there was a risk that further tests would cause the atoll to "split open or disintegrate in such a way as to discharge into the ocean some part of the quantity of radioactive waste that has accumulated there"; that, consequently, the assumption made in the 1974 Judgment that the abandonment of atmospheric testing would put an end to the risks was erroneous, and that the basis of the Judgment had been affected by virtue of changes in the factual situation;

34. Whereas during its oral statements New Zealand further contended that changes in the law were capable of affecting the basis of the 1974 Judgment, since the Court must have been aware at the time of the Judgment in 1974 of "the prospect of a significant forward surge in the evolution of standards and procedures" in the field of international environmental law; that such an evolution had indeed taken place both in customary international law and by virtue of the Noumea Convention; that, under current customary law, especially stringent controls applied to the marine environment, so that, in general, the introduction of radioactive material into the marine environment was forbidden; and that, specifically, "any introduction of radioactive material into the marine environment as a result of nuclear tests" was forbidden; that the standard of proof to which New Zealand should be subject in seeking to demonstrate that France was in breach of its obligations was a prima facie test; and that by virtue of the adoption into environmental law of the "Precautionary Principle", the burden of proof fell on a State wishing to engage in potentially damaging environmental conduct to show in advance that its activities would not cause contamination;

35. Whereas New Zealand reiterated in its oral statements that Article 12 of the Noumea Convention required France to "take all appropriate measures to prevent, reduce and control pollution in the Convention Area which might result from the testing of nuclear devices"; that

convention qui pourrait résulter de l'expérimentation d'engins nucléaires»; que l'article 16 de ladite convention prescrivait de procéder à une évaluation de l'impact sur l'environnement avant d'entreprendre tous grands projets «qui pourraient avoir une incidence sur le milieu marin»; que le droit coutumier imposait une obligation analogue; que, de plus, cette obligation ne faisait l'objet d'aucune exception reconnue par le droit international et concernant la sécurité nationale; que le principe de précaution obligeait la France à procéder à une évaluation de cette nature avant d'entreprendre les activités en question, ainsi qu'à démontrer qu'il n'existait aucun risque lié auxdites activités; et que l'inexécution de ces obligations par la France avait remis en cause le fondement de l'arrêt de 1974;

36. Considérant que, dans ses exposés oraux, la Nouvelle-Zélande, en ce qui concerne la signification de l'expression «conformément aux dispositions du Statut», utilisée au paragraphe 63 de l'arrêt du 20 décembre 1974, a avancé que sa demande actuelle ne saurait être confondue avec une demande de revision au titre de l'article 61 du Statut, qui exigerait qu'ait été découvert un fait essentiel qui, s'il avait été connu à l'époque, aurait eu pour effet qu'un arrêt différent aurait été prononcé; que le paragraphe 63 définissait lui-même les circonstances de son application, à titre de «procédure dérivée distincte» autorisée par la Cour dans l'arrêt de 1974 sans aucune base statutaire et dans l'exercice de son pouvoir inhérent de déterminer sa propre procédure; que la Cour n'aurait pas jugé utile d'affirmer un pouvoir prévu dans le Statut; et que, selon l'interprétation correcte, une fois autorisé, l'examen demandé «doit se poursuivre dans le cadre des dispositions générales du Statut et aussi du Règlement, régissant la procédure dans toute affaire»;

37. Considérant que le Gouvernement néo-zélandais a en conséquence conclu qu'il devait répondre par l'affirmative à la question posée par la Cour aux deux Etats, telle que formulée dans la lettre du Greffier en date du 8 septembre 1995;

38. Considérant que, dans ses exposés oraux, le Gouvernement français a rappelé sa position fondamentale suivant laquelle le problème posé à la Cour, et sur lequel la Nouvelle-Zélande et la France avaient été invitées à s'exprimer, était un problème qui n'était pas même préliminaire, mais véritablement préalable à tout acte de procédure formelle, l'affaire introduite devant la Cour par la requête néo-zélandaise du 9 mai 1973 ayant été définitivement close par l'arrêt du 20 décembre 1974 dont le dispositif et les motifs possèdent l'autorité de la chose jugée; qu'en réponse à l'argumentation de la Nouvelle-Zélande, et tout en précisant que tel n'était pas l'objet des débats qui devaient occuper la Cour, le Gouvernement français a présenté des données aux fins, d'une part, de démontrer l'innocuité à court et à plus long terme des essais nucléaires souterrains et, d'autre part, d'établir que la France souscrivait très activement aux exigences les plus récentes du droit international en matière de prévention des dommages à l'environnement;

39. Considérant que, dans ses exposés oraux, le Gouvernement français, se référant aux mots «si le fondement du présent arrêt était remis en

Article 16 of that Convention required the carrying out of an environmental impact assessment before any major project "which might affect the marine environment" was embarked upon; that a similar obligation existed under customary law; that, moreover, such obligation was not subject to any exception recognized in international law concerning national security; that the Precautionary Principle required France to carry out such an assessment as a precondition for undertaking the activities, and to demonstrate that there was no risk associated with them; and that France's failure to comply with these obligations had affected the basis of the 1974 Judgment;

36. Whereas in its oral statements, with regard to the meaning of the words "in accordance with the provisions of the Statute" used in paragraph 63 of the Judgment of 20 December 1974, New Zealand contended that the nature of its present Request must be distinguished from an application for revision under Article 61 of the Statute, which would require the discovery of an essential fact which, had it been known at the time, would have caused a different judgment to be made; that paragraph 63 defined the circumstances for its own application as a "separate derivative proceeding" authorized by the Court in its 1974 Judgment, without any express basis in the Statute, and in the exercise of its inherent right to determine its own procedure; that the Court would not have found it necessary to express a right already provided by the Statute; and that the correct interpretation was that the examination requested, once allowed, "must continue in terms of the general statutory and indeed regulatory requirements for the procedure of any case";

37. Whereas the New Zealand Government consequently concluded that it should reply in the affirmative to the question put by the Court to both States, as formulated in the letter from the Registrar dated 8 September 1995;

38. Whereas in its oral statements the French Government recalled its essential position that the problem put to the Court, and on which New Zealand and France had been invited to express their views, was a problem which was not even preliminary, but truly a prerequisite of any formal act of procedure, the case brought before the Court by the New Zealand Application of 9 May 1973 having been definitively closed by the Judgment of 20 December 1974, whose operative part and reasons have the authority of *res judicata*; that in reply to the arguments put forward by New Zealand, while maintaining that this was not the subject of the debate with which the Court should be concerned, the French Government submitted data with a view to demonstrating, on the one hand, the harmlessness of underground nuclear tests in the short and longer term and to show, on the other, that France very actively endorsed the latest requirements of international law in the field of environmental protection;

39. Whereas in its oral statements the French Government, referring to the words "if the basis of this Judgment were to be affected" used in

cause», utilisés au paragraphe 63 de l'arrêt du 20 décembre 1974, a soutenu que ledit «fondement» de l'arrêt de 1974 était déterminé par l'objet de la requête néo-zélandaise de 1973 et par la nature de l'engagement pris par la France en 1974 quant à son comportement futur; que la requête néo-zélandaise, ainsi qu'il résultait notamment du paragraphe 29 de l'arrêt de la Cour du 20 décembre 1974, ne visait que la cessation des essais dans l'atmosphère susceptibles de provoquer des retombées sur le territoire de la Nouvelle-Zélande; que la Nouvelle-Zélande ne saurait, sans porter atteinte au principe de la bonne foi, tenter de modifier unilatéralement, par une nouvelle demande, le sens et la portée de sa requête de 1973, tels que déterminés à l'époque par la Cour avec force obligatoire; que l'engagement pris par la France en 1974 comprenait deux volets indissociables, à savoir, d'une part, la fin des tirs nucléaires dans l'atmosphère et, d'autre part, le passage à un autre type d'essais, les essais souterrains; que le dispositif de l'arrêt du 20 décembre 1974 constatait que, du fait de cet engagement, il avait été satisfait à l'objet de la requête néo-zélandaise; que la Nouvelle-Zélande s'était estimée apaisée à l'époque par le passage aux essais souterrains en raison des garanties de sécurité offertes par ceux-ci et que, dans ses dépositions, elle n'apportait aucune preuve ou présomption d'un danger imprévu apparu récemment dans les atolls; que le fondement de l'arrêt de 1974 ne pouvait être remis en cause par la reprise d'essais souterrains annoncée en 1995, car c'était du fait même du passage à ce type d'essais que l'objet de la requête néo-zélandaise avait été satisfait; et qu'il était dès lors démontré que la première condition posée au paragraphe 63 dudit arrêt pour qu'une «demande d'examen de la situation» puisse être présentée n'était pas, en l'espèce, remplie;

40. Considérant que, dans ses exposés oraux, la France, se référant aux mots «conformément aux dispositions du Statut» utilisés au paragraphe 63 de l'arrêt de 1974, a soutenu que les seules dispositions du Statut de nature à permettre l'«examen de la situation» envisagé au paragraphe 63 de l'arrêt du 20 décembre 1974 étaient l'article 60, qui vise l'interprétation d'un arrêt, l'article 61, relatif à la revision d'un arrêt, et le paragraphe 1 de l'article 40 du Statut, aux termes duquel «les affaires sont portées devant la Cour», le cas échéant, «par une requête adressée au Greffier»; que la Nouvelle-Zélande n'invoquait aucune de ces dispositions; que sa «Demande d'examen de la situation» ne constituait pas une demande d'interprétation de l'arrêt du 20 décembre 1974, la Nouvelle-Zélande sollicitant non l'interprétation dudit arrêt, mais la réouverture d'une instance déclarée close par la Cour; que la démarche de la Nouvelle-Zélande s'apparentait davantage à une demande de revision de l'arrêt de 1974, cet Etat insistant sur l'existence de faits nouveaux, mais qu'il était manifeste que les conditions posées par l'article 61 du Statut n'étaient pas remplies, la décision française prise en 1995 de procéder à une ultime série d'essais souterrains n'ayant par définition pas existé avant le prononcé de l'arrêt, et le délai de dix ans prévu au paragraphe 5 de l'article 61 du Statut ayant expiré; que la «Demande d'examen de la

paragraph 63 of the Judgment of 20 December 1974, contended that the said "basis" of the 1974 Judgment was determined by the subject-matter of the New Zealand Application of 1973 and by the nature of the commitment entered into by France in 1974 as to its future conduct; that the New Zealand Application, as appears in particular from paragraph 29 of the Court's Judgment of 20 December 1974, was concerned only with the ending of tests in the atmosphere likely to cause fallout on the territory of New Zealand; that New Zealand could not, without breaching the principle of good faith, attempt unilaterally to modify, by means of a fresh request, the meaning or scope of its 1973 Application, as determined at the time by the Court with binding force; that the commitment entered into by France in 1974 had two inseparable aspects, namely, on the one hand, an end to nuclear explosions in the atmosphere and, on the other, the shift to a new type of testing, underground testing; that the operative part of the Judgment of 20 December 1974 found that, owing to that commitment, the object of the New Zealand Application had been satisfied; that New Zealand had at that time considered itself reassured by the shift to underground testing because of the safety guarantees it offered and that, in its statements, it advanced no evidence or presumption of an unforeseen danger recently arising in the atolls; that the basis of the 1974 Judgment could not be affected by the resumption of underground testing announced in 1995, for the very reason that it was by the shift to testing of this type that the object of the New Zealand Application had been satisfied; and that it was consequently demonstrated that the first condition set in paragraph 63 of the said Judgment for submission of a "Request for an Examination of the Situation" had not, in the present instance, been fulfilled;

40. Whereas in its oral statements France, referring to the words "in accordance with the provisions of the Statute", used in paragraph 63 of the 1974 Judgment, contended that the only provisions of the Statute capable of permitting the "examination of the situation" contemplated by paragraph 63 of the Judgment of 20 December 1974 were Article 60, concerning the interpretation of a judgment, Article 61, relating to the revision of a judgment, and Article 40, paragraph 1, of the Statute, whereby "cases are brought before the Court", as appropriate, "by a written application addressed to the Registrar"; that New Zealand relied on none of those provisions; that its "Request for an Examination of the Situation" did not constitute a request for interpretation of the Judgment of 20 December 1974, since New Zealand was not seeking the interpretation of the said Judgment but the reopening of proceedings declared closed by the Court; that the action by New Zealand was more akin to a request for revision of the 1974 Judgment, New Zealand insisting on the existence of new facts, but that it was manifest that the conditions imposed by Article 61 of the Statute had not been fulfilled, the French decision taken in 1995 to conduct a final series of underground tests not having by definition existed prior to delivery of the Judgment, and the time-limit of ten years provided for in Article 61, paragraph 5, of the

situation» soumise par la Nouvelle-Zélande présentait, quant à son contenu, les apparences d'une requête, mais que la Nouvelle-Zélande prétendait en même temps qu'il n'y avait pas de nouvelle affaire; que la Nouvelle-Zélande entendait, par ladite demande, saisir la Cour d'un différend entièrement nouveau auquel seraient, selon elle, applicables des règles juridiques nouvelles; que, dans l'hypothèse d'une requête nouvelle, la Nouvelle-Zélande aurait dû indiquer un lien juridictionnel «actuel» entre elle-même et la France, et que, en l'absence de pareille indication, il y avait lieu d'appliquer le paragraphe 5 de l'article 38 du Règlement de la Cour; que, si tel était le cas, et faute de consentement de la France, la requête ou demande néo-zélandaise ne pourrait être inscrite au rôle général de la Cour et qu'aucun acte de procédure ne pourrait être effectué; et qu'il était dès lors démontré que la seconde condition posée au paragraphe 63 de l'arrêt de 1974 pour qu'une «demande d'examen de la situation» puisse être présentée n'était pas, en l'espèce, remplie;

41. Considérant qu'au cours de ses exposés oraux le Gouvernement français a par ailleurs indiqué que, faute de procédure principale, il ne saurait y avoir de procédures incidentes; que la Cour ne saurait par suite connaître de la «Nouvelle demande en indication de mesures conservatoires» présentée par la Nouvelle-Zélande et que, au demeurant, les conditions auxquelles la jurisprudence de la Cour soumet l'indication de mesures conservatoires n'étaient pas, en l'espèce, remplies; et que la Cour ne saurait davantage connaître des «requêtes à fin d'intervention» et «déclarations d'intervention» déposées par cinq gouvernements au Greffe de la Cour;

42. Considérant que le Gouvernement français a en conséquence conclu qu'il devait répondre par la négative à la question posée par la Cour aux deux Etats, telle que formulée dans la lettre du Greffier en date du 8 septembre 1995;

43. Considérant que, dans les réponses écrites que la Nouvelle-Zélande et la France ont apportées à des questions posées par des juges au cours des séances publiques, les deux Etats ont précisé certaines des thèses qu'ils avaient antérieurement exposées; et considérant notamment que la Nouvelle-Zélande, sur la base d'une analyse textuelle du paragraphe 63 de l'arrêt de 1974, et en se référant en particulier à la position des mots «conformément aux dispositions du Statut», a insisté d'une part sur le fait que ces mots ne pouvaient que se référer à la procédure applicable à l'examen de la situation — et non à la nécessité de recourir à une des voies expressément prévues par le Statut —, et d'autre part sur le fait qu'elle aurait été en droit, si elle l'avait voulu, de présenter sa demande d'examen sous la forme d'une requête au sens de l'article 40 du Statut — en invoquant les mêmes bases de compétence que dans sa requête initiale de 1973 et compte tenu des indications données à cet égard au paragraphe 63 de l'arrêt — ou sous la forme d'une demande d'interprétation au titre de l'article 60 dudit Statut;

* * *

Statute having expired; that the "Request for an Examination of the Situation" submitted by New Zealand had the appearance, in regard to its content, of an application but that New Zealand claimed, at the same time, that there was no new case; that New Zealand was seeking, through the said Request, to seise the Court of an entirely new dispute to which, according to New Zealand, new legal rules applied; that, in the event of a fresh application, New Zealand would have had to indicate a "present-day" jurisdictional link between itself and France, and that, in the absence of such indication, Article 38, paragraph 5, of the Rules of Court became applicable; that, if such were the case, and failing the consent of France, the New Zealand application or request could not be entered in the General List and no procedural steps could be taken; that it was consequently demonstrated that the second condition set in paragraph 63 of the 1974 Judgment for submission of a "request for an examination of the situation" had not, in the present instance, been fulfilled;

41. Whereas in the course of its oral statements the French Government also indicated that, for want of a principal proceeding, there could not be any incidental proceedings; that the Court could not therefore deal with the "New Request for the Indication of Provisional Measures" submitted by New Zealand and that the conditions laid down by the jurisprudence of the Court for the indication of provisional measures had moreover not, in the present instance, been fulfilled; and that the Court could not deal, either, with the "Applications for Permission to Intervene" and "Declarations of Intervention" filed by five Governments in the Registry of the Court;

42. Whereas the French Government consequently concluded that it had to reply in the negative to the question put by the Court to both States, as formulated in the letter from the Registrar dated 8 September 1995;

43. Whereas in the written replies given by New Zealand and France to the questions put by the Judges during the public sittings the two States clarified some of the arguments they had previously put forward; and whereas, *inter alia*, New Zealand, on the basis of a textual analysis of paragraph 63 of the 1974 Judgment and referring in particular to the position of the words "in accordance with the provisions of the Statute", maintained that: those words could only refer to the procedure applicable to an examination of the situation — and not to the need to have recourse to one of the courses of action expressly laid down by the Statute — and also that it would have been entitled, had it so wished, to submit its request for an examination in the form of a written application within the meaning of Article 40 of the Statute — invoking the same bases of jurisdiction as in its initial Application of 1973 and bearing in mind the indications given in this respect in paragraph 63 of the Judgment — or in the form of a request for interpretation according to Article 60 of the Statute;

* * *

44. Considérant que la Nouvelle-Zélande présente une «Demande d'examen de la situation» au titre du paragraphe 63 de l'arrêt rendu par la Cour le 20 décembre 1974 en l'affaire des *Essais nucléaires (Nouvelle-Zélande c. France)*; qu'une telle demande, même s'il est contesté *in limine* qu'elle réponde aux conditions posées audit paragraphe, ne doit pas moins faire l'objet d'une inscription au rôle général de la Cour, à seule fin de permettre à celle-ci de déterminer si ces conditions sont remplies; et qu'en conséquence la Cour a donné instruction au Greffier de procéder, conformément au paragraphe 1 *b)* de l'article 26 du Règlement, à l'inscription de cette demande au rôle général de la Cour;

* * *

45. Considérant que la Nouvelle-Zélande fonde sa demande sur le paragraphe 63 de l'arrêt du 20 décembre 1974 aux termes duquel:

> «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»;

46. Considérant qu'il convient en l'espèce de répondre *in limine* à la question suivante: «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)*?»; et que la Cour a par suite limité la présente procédure à ladite question;

47. Considérant que cette question comporte deux volets; que l'un a trait aux voies procédurales envisagées par la Cour au paragraphe 63 de son arrêt de 1974 lorsqu'elle y a précisé que «le requérant pourrait demander un examen de la situation *conformément aux dispositions du Statut*»; et que l'autre volet a trait au point de savoir si le «fondement» de cet arrêt a été «remis en cause» au sens de son paragraphe 63;

* *

48. Considérant que, s'agissant du premier volet de la question posée, la Nouvelle-Zélande s'exprime dans les termes suivants:

> «le paragraphe 63 est un mécanisme qui permet la continuation ou la reprise de l'instance de 1973 et 1974. La Cour alors n'a pas statué de manière complète et définitive. La Cour prévoyait que la suite des événements pourrait, en bonne justice, exiger que la Nouvelle-

44. Whereas New Zealand has submitted a "Request for an Examination of the Situation" under paragraph 63 of the Judgment delivered by the Court on 20 December 1974 in the *Nuclear Tests (New Zealand* v. *France)* case; whereas such a request, even if it is disputed *in limine* whether it fulfils the conditions set in that paragraph, must nonetheless be the object of entry in the General List of the Court for the sole purpose of enabling the latter to determine whether those conditions are fulfilled; and whereas, consequently, the Court has instructed the Registrar, pursuant to Article 26, paragraph 1 *(b)*, of its Rules, to enter that Request in the General List;

* * *

45. Whereas New Zealand bases its Request on paragraph 63 of the Judgment of 20 December 1974, which provides:

> "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";

46. Whereas, in the present instance, the following question has to be answered *in limine*: "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)*?"; and whereas the Court has consequently limited the present proceedings to that question;

47. Whereas that question has two elements; whereas one concerns the courses of procedure envisaged by the Court in paragraph 63 of its 1974 Judgment, when it stated that "the Applicant could request an examination of the situation *in accordance with the provisions of the Statute*"; and whereas the other concerns the question whether the "basis" of that Judgment has been "affected" within the meaning of paragraph 63 thereof;

* *

48. Whereas, as to the first element of the question before it, New Zealand expresses the following view:

> "paragraph 63 is a mechanism enabling the continuation or the resumption of the proceedings of 1973 and 1974. They were not fully determined. The Court foresaw that the course of future events might in justice require that New Zealand should have that oppor-

Zélande ait la possibilité de poursuivre l'affaire qu'elle avait engagée et dont le déroulement avait été interrompu en 1974. A cette fin, elle a autorisé au paragraphe 63 cette procédure dérivée»;

49. Considérant que la Nouvelle-Zélande prétend que

«le paragraphe 63 [lui] donne ... le droit, dans des circonstances déterminées, «de demander un examen de la situation conformément aux dispositions du Statut» [et que] ces mots indiquent clairement que la présentation d'une demande aux fins d'un tel examen s'inscrit dans le cadre de la même affaire et ne constitue pas une affaire nouvelle»;

et qu'elle ajoute par ailleurs qu'en visant «les dispositions du Statut» le paragraphe 63 ne pouvait que se référer aux dispositions concernant la procédure applicable à l'examen de la situation une fois la demande introduite;

50. Considérant que la Nouvelle-Zélande indique en outre explicitement qu'elle ne recherche ni l'interprétation de l'arrêt de 1974 au titre de l'article 60 du Statut, ni sa revision au titre de l'article 61;

51. Considérant que la France, quant à elle, fait valoir ce qui suit:

«comme la Cour elle-même l'a expressément précisé, la démarche dont elle évoque la possibilité est subordonnée au respect des «dispositions du Statut» ... Le Gouvernement français remarque d'ailleurs incidemment que, quand bien même la Haute Juridiction ne l'eût pas spécifié, le principe ne s'en serait pas moins imposé: toute l'activité de la Cour est gouvernée par le Statut qui circonscrit les pouvoirs de la Cour et prescrit la conduite que les Etats doivent tenir, sans qu'il leur soit possible d'y déroger, fût-ce par voie d'accord...; il en résulte à fortiori qu'un Etat ne saurait agir unilatéralement devant la Cour en l'absence de toute base statutaire.

Or la Nouvelle-Zélande n'invoque aucune disposition du Statut et ne saurait en invoquer aucune qui soit susceptible de fonder sa démarche en droit: il ne s'agit ni d'une demande en interprétation ou en revision ... ni d'une requête nouvelle, dont l'inscription au rôle général de la Cour serait, au demeurant, totalement exclue...»;

52. Considérant qu'en prévoyant expressément, au paragraphe 63 de son arrêt du 20 décembre 1974, que, dans les circonstances qui y sont précisées, «le requérant pourrait demander un examen de la situation *conformément aux dispositions du Statut*», la Cour ne peut avoir entendu limiter l'accès du requérant à des voies procédurales qui, telles le dépôt d'une nouvelle requête (Statut, art. 40, par. 1), d'une demande en interprétation (Statut, art. 60) ou d'une demande en revision (Statut, art. 61), lui auraient en tout état de cause été ouvertes;

53. Considérant qu'en insérant le membre de phrase sus-indiqué au paragraphe 63 de son arrêt la Cour n'a pas exclu l'organisation d'une procédure spéciale pour le cas où les circonstances définies audit paragraphe,

tunity to continue its case, the progress of which was stopped in 1974. And to this end in paragraph 63 the Court authorized these derivative proceedings";

49. Whereas New Zealand claims that it

"is given a right, in stated circumstances 'to request an examination of the situation in accordance with the provisions of the Statute'. Those words are only capable of meaning that the presentation of a Request for such an examination is to be part of the same case and not of a new one";

and whereas it adds, furthermore, that, in pointing to "the provisions of the Statute", paragraph 63 could only be referring to the provisions concerning the procedure applicable to the examination of the situation once the Request is made;

50. Whereas New Zealand furthermore explicitly states that it is not seeking an interpretation of the 1974 Judgment under Article 60 of the Statute, nor a revision of that Judgment under Article 61;

51. Whereas France, for its part, stated as follows:

"As the Court itself has expressly stated, the possible steps to which it alludes are subject to compliance with the 'provisions of the Statute' . . . The French Government incidentally further observes that, even had the Court not so specified, the principle would nevertheless apply: any activity of the Court is governed by the Statute, which circumscribes the powers of the Court and prescribes the conduct that States must observe without it being possible for them to depart therefrom, even by agreement . . .; as a result and *a fortiori*, a State cannot act unilaterally before the Court in the absence of any basis in the Statute.

Now New Zealand does not invoke any provision of the Statute and could not invoke any that would be capable of justifying its procedure in law. It is not a request for interpretation or revision . . ., nor a new Application, whose entry in the General List would, for that matter, be quite out of the question . . .";

52. Whereas, in expressly laying down, in paragraph 63 of its Judgment of 20 December 1974, that, in the circumstances set out therein, "the Applicant could request an examination of the situation *in accordance with the provisions of the Statute*", the Court cannot have intended to limit the Applicant's access to legal procedures such as the filing of a new application (Statute, Art. 40, para. 1), a request for interpretation (Statute, Art. 60) or a request for revision (Statute, Art. 61), which would have been open to it in any event;

53. Whereas by inserting the above-mentioned words in paragraph 63 of its Judgment, the Court did not exclude a special procedure, in the event that the circumstances defined in that paragraph were to arise, in

c'est-à-dire une «remise en cause» du «fondement» de l'arrêt, se présenteraient;

54. Considérant que l'organisation d'une telle procédure apparaît comme indissociablement liée, aux termes de ce paragraphe, à l'existence desdites circonstances; et que, si les circonstances en question ne se produisent pas, cette procédure spéciale ne peut être ouverte;

* *

55. Considérant que la Cour doit maintenant se pencher sur le second volet de la question posée et déterminer *si le fondement de son arrêt du 20 décembre 1974 a été remis en cause* par les faits auxquels la Nouvelle-Zélande se réfère, et si la Cour peut en conséquence procéder à un examen de la situation au sens du paragraphe 63 dudit arrêt; et que, pour ce faire, elle doit au préalable préciser quel est le fondement de cet arrêt en procédant à l'analyse de son texte;

56. Considérant que la Cour, en 1974, a pris comme point de départ de son raisonnement la requête déposée par la Nouvelle-Zélande en 1973; qu'elle a affirmé dans son arrêt du 20 décembre 1974 qu'il était de son devoir «de circonscrire le véritable problème en cause et de préciser l'objet de la demande»; qu'elle a ensuite ajouté qu'«[i]l n'a jamais été contesté que la Cour est en droit et qu'elle a même le devoir d'interpréter les conclusions des parties», cela étant «l'un des attributs de sa fonction judiciaire» (*C.I.J. Recueil 1974*, p. 466, par. 30); et qu'elle a poursuivi comme suit:

> «Dans les circonstances de l'espèce, il appartient à la Cour, ainsi qu'il a été mentionné, de s'assurer de l'objet véritable du différend, de l'objet et du but de la demande... Pour ce faire, elle doit prendre en considération non seulement les conclusions du demandeur mais l'ensemble de la requête, les arguments qu'il a développés devant la Cour et les autres documents dont il a été fait état...» (*Ibid.*, p. 467, par. 31);

57. Considérant que, dans cette perspective, la Cour s'est notamment référée à une déclaration du premier ministre néo-zélandais selon laquelle

> «la possibilité de nouveaux essais atmosphériques demeure ouverte. Tant que nous n'avons pas l'assurance que les essais nucléaires de cette nature ont définitivement pris fin, le différend entre la Nouvelle-Zélande et la France subsiste...»;

et qu'elle a conclu

> «qu'aux fins de la requête 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» (*Ibid.*, p. 466, par. 29);

other words, circumstances which "affected" the "basis" of the Judgment;

54. Whereas such a procedure appears to be indissociably linked, under that paragraph, to the existence of those circumstances; and whereas, if the circumstances in question do not arise, that special procedure is not available;

* *

55. Whereas the Court must now consider the second element of the question raised and determine whether *the basis of its Judgment of 20 December 1974 has been affected* by the facts to which New Zealand refers and whether the Court may consequently proceed to examine the situation as contemplated by paragraph 63 of that Judgment; and whereas, to that end, it must first define the basis of that Judgment by an analysis of its text;

56. Whereas the Court, in 1974, took as the point of departure of its reasoning the Application filed by New Zealand in 1973; whereas it affirmed in its Judgment of 20 December 1974 that it was its duty "to isolate the real issue in the case and to identify the object of the claim"; whereas it subsequently added that "it has never been contested that the Court is entitled to interpret the submissions of the parties, and in fact is bound to do so", this being "one of the attributes of its judicial function" (*I.C.J. Reports 1974*, p. 466, para. 30); and whereas it continued as follows:

> "In the circumstances of the present case, as already mentioned, the Court must ascertain the true subject of the dispute, the object and purpose of the claim . . . In doing so it must take into account not only the submission, but the Application as a whole, the arguments of the Applicant before the Court, and other documents referred to . . ." (*ibid.*, p. 467, para. 31);

57. Whereas, in the light of this, the Court referred, among other things, to a statement made by the Prime Minister of New Zealand that

> "[t]he option of further atmospheric tests has been left open. Until we have an assurance that nuclear testing of this kind is finished for good, the dispute between New Zealand and France persists . . .";

and whereas it found that

> "for purposes of the Application, the New Zealand claim is to be interpreted as applying only to atmospheric tests, not to any other 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" (*ibid.*, p. 466, para. 29);

58. Considérant que la Cour a d'ailleurs rendu à la même date, le 20 décembre 1974, un arrêt en l'affaire des *Essais nucléaires (Australie c. France)*, dans laquelle l'Australie lui avait demandé, en termes exprès, «*de dire et juger* que ... la poursuite des essais atmosphériques d'armes nucléaires ... n'est pas compatible avec les règles applicables du droit international» (*C.I.J. Recueil 1974*, p. 256, par. 11); qu'après avoir examiné la requête de l'Australie la Cour a utilisé, au paragraphe 60 dudit arrêt, un libellé identique à celui du paragraphe 63 de l'arrêt rendu en l'affaire des *Essais nucléaires (Nouvelle-Zélande c. France)* et qu'elle a adopté, dans les deux arrêts, des dispositifs de la même teneur; et qu'il en découle que, pour la Cour, les deux affaires se présentaient comme identiques par leur objet, qui concernait exclusivement des essais atmosphériques;

59. Considérant que la Cour, en formulant ces conclusions en 1974, avait traité la question de savoir si la Nouvelle-Zélande avait pu, lors du dépôt de sa requête introductive d'instance de 1973, viser des objectifs plus larges que la cessation des essais nucléaires dans l'atmosphère — «principale préoccupation» du Gouvernement néo-zélandais, selon les termes qu'il emploie aujourd'hui; et que, la tâche actuelle de la Cour se limitant à l'analyse de l'arrêt de 1974, elle ne peut rouvrir cette question;

60. Considérant en outre que la Cour a pris connaissance, à l'époque, du communiqué publié le 8 juin 1974 par la présidence de la République française, par lequel celle-ci déclarait

> «qu'au point où en est parvenue l'exécution de son programme de défense en moyens nucléaires la France sera en mesure de passer au stade des tirs souterrains aussitôt que la série d'expériences prévues pour cet été sera achevée» (*ibid.*, p. 469, par. 35);

qu'elle s'est également référée à d'autres déclarations officielles des autorités françaises sur le même sujet; et qu'elle a conclu, au sujet de l'ensemble de ces déclarations,

> «[qu'il] convient de les considérer comme constituant un engagement de l'Etat, étant donné leur intention et les circonstances dans lesquelles elles sont intervenues» (*ibid.*, p. 474, par. 51);

61. Considérant que les déclarations unilatérales des autorités françaises ont été faites publiquement, en dehors de la Cour, et *erga omnes*, et ont exprimé l'intention du Gouvernement français de mettre fin à ses essais atmosphériques; qu'en comparant l'engagement pris par la France avec la demande formulée par la Nouvelle-Zélande la Cour a constaté qu'elle était «en présence d'une situation où l'objectif du demandeur [avait] été effectivement atteint» (*ibid.*, p. 475, par. 55); et qu'en conséquence elle a indiqué que, «la demande ayant manifestement perdu son objet, il n'y a rien à juger» (*ibid.*, p. 477, par. 62);

62. Considérant que le fondement de l'arrêt que la Cour a rendu dans l'affaire des *Essais nucléaires (Nouvelle-Zélande c. France)* était en

58. Whereas on the same date, 20 December 1974, the Court furthermore delivered a Judgment in the *Nuclear Tests (Australia* v. *France)* case, in which Australia had asked, in express terms, that it "*adjudge and declare* that . . . the carrying out of further atmospheric nuclear weapon tests . . . is not consistent with applicable rules of international law" (*I.C.J. Reports 1974*, p. 256, para. 11); whereas, having considered the Application of Australia, the Court employed in paragraph 60 of that Judgment a form of words identical to the one used in paragraph 63 of the Judgment in the *Nuclear Tests (New Zealand* v. *France)* case and adopted, in both Judgments, operative parts with the same content; and whereas for the Court the two cases appeared identical as to their subject-matter which concerned exclusively atmospheric tests;

59. Whereas the Court, in making these findings in 1974, had dealt with the question whether New Zealand, when filing its Application of 1973 instituting proceedings, might have had broader objectives than the cessation of atmospheric nuclear tests — the "primary concern" of the Government of New Zealand, as it now puts it; and whereas, since the current task of the Court is limited to an analysis of the Judgment of 1974, it cannot now reopen this question;

60. Whereas, moreover, the Court, at that time, took note of the communiqué issued by the Office of the President of the French Republic on 8 June 1974, stating that

> "in view of the stage reached in carrying out the French nuclear defence programme France will be in a position to pass on to the stage of underground explosions as soon as the series of tests planned for this summer is completed" (*ibid.*, p. 469, para. 35);

whereas it likewise referred to other official declarations of the French authorities on the same subject; and whereas it concluded, with reference to all those statements, that

> "they must be held to constitute an engagement of the State, having regard to their intention and to the circumstances in which they were made" (*ibid.*, p. 474, para. 51);

61. Whereas the unilateral declarations of the French authorities were made publicly outside the Court and *erga omnes*, and expressed the French Government's intention to put an end to its atmospheric tests; whereas the Court, comparing the undertaking entered into by France with the claim asserted by New Zealand, found that it faced "a situation in which the objective of the Applicant [had] in effect been accomplished" (*ibid.*, p. 475, para. 55); and accordingly indicated that "the object of the claim having clearly disappeared, there is nothing on which to give judgment" (*ibid.*, p. 477, para. 62);

62. Whereas the basis of the Judgment delivered by the Court in the *Nuclear Tests (New Zealand* v. *France)* case was consequently France's

conséquence l'engagement pris par la France de ne plus procéder à des essais nucléaires atmosphériques; que, dès lors, ledit fondement n'aurait été remis en cause que dans le cas d'une reprise par la France de ses essais nucléaires dans l'atmosphère; et que cette hypothèse ne s'est pas réalisée;

63. Considérant qu'en analysant l'arrêt qu'elle a rendu en 1974 la Cour est parvenue à la conclusion que ledit arrêt portait exclusivement sur des essais nucléaires atmosphériques; qu'il n'est en conséquence pas possible à la Cour de prendre maintenant en considération des questions relatives à des essais nucléaires souterrains; et que la Cour ne peut dès lors tenir compte des arguments tirés par la Nouvelle-Zélande d'une part des conditions dans lesquelles la France a procédé, depuis 1974, à des essais nucléaires souterrains et d'autre part de l'évolution du droit international au cours des dernières décennies — et notamment de la conclusion, le 25 novembre 1986, de la convention de Nouméa —, non plus que des arguments tirés par la France de la conduite du Gouvernement néo-zélandais depuis 1974;

64. Considérant par ailleurs que la présente ordonnance est sans préjudice des obligations des Etats concernant le respect et la protection de l'environnement naturel, auxquelles la Nouvelle-Zélande et la France ont toutes deux, en l'espèce, réaffirmé leur attachement;

65. Considérant que le fondement de l'arrêt rendu le 20 décembre 1974 en l'affaire des *Essais nucléaires (Nouvelle-Zélande c. France)* n'a pas été remis en cause; que la «Demande d'examen de la situation» présentée par la Nouvelle-Zélande le 21 août 1995 n'entre dès lors pas dans les prévisions du paragraphe 63 dudit arrêt; et qu'elle doit par suite être écartée;

66. Considérant que, ainsi qu'il a été indiqué au paragraphe 44 ci-dessus, la «Demande d'examen de la situation» présentée par la Nouvelle-Zélande au titre du paragraphe 63 de l'arrêt de 1974 a été inscrite au rôle général de la Cour à seule fin de permettre à celle-ci de déterminer si les conditions fixées par ce texte sont en l'espèce remplies; et qu'à la suite de la présente ordonnance la Cour a donné instruction au Greffier, agissant au titre du paragraphe 1 *b)* de l'article 26 du Règlement, de procéder à la radiation de cette demande du rôle général à compter du 22 septembre 1995;

* * *

67. Considérant qu'il découle des conclusions auxquelles la Cour est parvenue au paragraphe 65 ci-dessus qu'elle doit également écarter la «Nouvelle demande en indication de mesures conservatoires» présentée par la Nouvelle-Zélande, ainsi que la «requête à fin d'intervention» présentée par l'Australie, et les «requêtes à fin d'intervention» et «déclarations d'intervention» présentées par le Samoa, les Iles Salomon, les Iles Marshall et les Etats fédérés de Micronésie — qui, toutes, se rattachent à titre incident à la «Demande d'examen de la situation» présentée par la

undertaking not to conduct any further atmospheric nuclear tests; whereas it was only, therefore, in the event of a resumption of nuclear tests in the atmosphere that that basis of the Judgment would have been affected; and whereas that hypothesis has not materialized;

63. Whereas, in analysing its Judgment of 1974, the Court has reached the conclusion that that Judgment dealt exclusively with atmospheric nuclear tests; whereas consequently it is not possible for the Court now to take into consideration questions relating to underground nuclear tests; and whereas the Court cannot, therefore, take account of the arguments derived by New Zealand, on the one hand from the conditions in which France has conducted underground nuclear tests since 1974, and on the other from the development of international law in recent decades — and particularly the conclusion, on 25 November 1986, of the Noumea Convention — any more than of the arguments derived by France from the conduct of the New Zealand Government since 1974;

64. Whereas moreover the present Order is without prejudice to the obligations of States to respect and protect the natural environment, obligations to which both New Zealand and France have in the present instance reaffirmed their commitment;

65. Whereas the basis of the Judgment delivered on 20 December 1974 in the *Nuclear Tests (New Zealand* v. *France)* case has not been affected; whereas the "Request for an Examination of the Situation" submitted by New Zealand on 21 August 1995 does not therefore fall within the provisions of paragraph 63 of that Judgment; and whereas that Request must consequently be dismissed;

66. Whereas, as indicated in paragraph 44 above, the "Request for an Examination of the Situation" submitted by New Zealand in accordance with paragraph 63 of the 1974 Judgment has been entered in the General List for the sole purpose of allowing the Court to determine whether the conditions laid down in that text have been fulfilled in the present case; and whereas, following the present Order, the Court has instructed the Registrar, acting pursuant to Article 26, paragraph 1 *(b)*, of the Rules, to remove that Request from the General List as of 22 September 1995;

* * *

67. Whereas it follows from the conclusions reached by the Court in paragraph 65 above that it must likewise dismiss the "Further Request for the Indication of Provisional Measures" submitted by New Zealand, as well as the "Application for Permission to Intervene" submitted by Australia, and the "Applications for Permission to Intervene" and "Declarations of Intervention" submitted by Samoa, Solomon Islands, the Marshall Islands and the Federated States of Micronesia — all of which are proceedings incidental to the "Request for an Examination of the

Nouvelle-Zélande; et considérant que la Cour a donné instruction au Greffier d'en informer les Etats concernés en leur notifiant le texte de la présente ordonnance;

* * *

68. En conséquence,

LA COUR,

1) Par douze voix contre trois,

Dit que la «Demande d'examen de la situation» au titre du paragraphe 63 de l'arrêt rendu par la Cour le 20 décembre 1974 en l'affaire des *Essais nucléaires (Nouvelle-Zélande c. France)*, présentée par la Nouvelle-Zélande le 21 août 1995, n'entre pas dans les prévisions dudit paragraphe 63 et doit par suite être écartée;

POUR: M. Bedjaoui, *Président*; M. Schwebel, *Vice-Président*; MM. Oda, Guillaume, Shahabuddeen, Ranjeva, Herczegh, Shi, Fleischhauer, Vereshchetin, Ferrari Bravo, M^me^ Higgins, *juges*;

CONTRE: MM. Weeramantry, Koroma, *juges*; sir Geoffrey Palmer, *juge* ad hoc;

2) Par douze voix contre trois,

Dit que la «Nouvelle demande en indication de mesures conservatoires» présentée par la Nouvelle-Zélande à la même date doit être écartée;

POUR: M. Bedjaoui, *Président*; M. Schwebel, *Vice-Président*; MM. Oda, Guillaume, Shahabuddeen, Ranjeva, Herczegh, Shi, Fleischhauer, Vereshchetin, Ferrari Bravo, M^me^ Higgins, *juges*;

CONTRE: MM. Weeramantry, Koroma, *juges*; sir Geoffrey Palmer, *juge* ad hoc;

3) Par douze voix contre trois,

Dit que la «requête à fin d'intervention» présentée par l'Australie le 23 août 1995, et les «requêtes à fin d'intervention» et «déclarations d'intervention» présentées par le Samoa et les Iles Salomon le 24 août 1995, ainsi que par les Iles Marshall et les Etats fédérés de Micronésie le 25 août 1995, doivent également être écartées.

POUR: M. Bedjaoui, *Président*; M. Schwebel, *Vice-Président*; MM. Oda, Guillaume, Shahabuddeen, Ranjeva, Herczegh, Shi, Fleischhauer, Vereshchetin, Ferrari Bravo, M^me^ Higgins, *juges*;

CONTRE: MM. Weeramantry, Koroma, *juges*; sir Geoffrey Palmer, *juge* ad hoc.

Fait en français et en anglais, le texte français faisant foi, au Palais de la Paix, à La Haye, le vingt-deux septembre mil neuf cent quatre-vingt-quinze, en trois exemplaires, dont l'un restera déposé aux archives

Situation submitted by New Zealand, and whereas the Court instructed the Registrar to so inform the States concerned in notifying them of the text of the present Order;

* * *

68. Accordingly,

THE COURT,

(1) By twelve votes to three,

Finds that the "Request for an Examination of the Situation" in accordance with paragraph 63 of the Judgment of the Court of 20 December 1974 in the *Nuclear Tests (New Zealand* v. *France)* case, submitted by New Zealand on 21 August 1995, does not fall within the provisions of the said paragraph 63 and must consequently be dismissed;

IN FAVOUR: *President* Bedjaoui; *Vice-President* Schwebel; *Judges* Oda, Guillaume, Shahabuddeen, Ranjeva, Herczegh, Shi, Fleischhauer, Vereshchetin, Ferrari Bravo, Higgins;

AGAINST: *Judges* Weeramantry, Koroma; *Judge* ad hoc Sir Geoffrey Palmer;

(2) By twelve votes to three,

Finds that the "Further Request for the Indication of Provisional Measures" submitted by New Zealand on the same date must be dismissed;

IN FAVOUR: *President* Bedjaoui; *Vice-President* Schwebel; *Judges* Oda, Guillaume, Shahabuddeen, Ranjeva, Herczegh, Shi, Fleischhauer, Vereshchetin, Ferrari Bravo, Higgins;

AGAINST: *Judges* Weeramantry, Koroma; *Judge* ad hoc Sir Geoffrey Palmer;

(3) By twelve votes to three,

Finds that the "Application for Permission to Intervene" submitted by Australia on 23 August 1995, and the "Applications for Permission to Intervene" and "Declarations of Intervention" submitted by Samoa and Solomon Islands on 24 August 1995, and by the Marshall Islands and the Federated States of Micronesia on 25 August 1995, must likewise be dismissed.

IN FAVOUR: *President* Bedjaoui; *Vice-President* Schwebel; *Judges* Oda, Guillaume, Shahabuddeen, Ranjeva, Herczegh, Shi, Fleischhauer, Vereshchetin, Ferrari Bravo, Higgins;

AGAINST: *Judges* Weeramantry, Koroma; *Judge* ad hoc Sir Geoffrey Palmer.

Done in French and in English, the French text being authoritative, at the Peace Palace, The Hague, this twenty-second day of September, one thousand nine hundred and ninety-five, in three copies, one of which will

de la Cour et les autres seront transmis respectivement au Gouvernement de la Nouvelle-Zélande et au Gouvernement de la République française.

Le Président,
(Signé) Mohammed BEDJAOUI.

Le Greffier,
(Signé) Eduardo VALENCIA-OSPINA.

M. SCHWEBEL, Vice-Président, et MM. ODA et RANJEVA, juges, joignent des déclarations à l'ordonnance.

M. SHAHABUDDEEN, juge, joint à l'ordonnance l'exposé de son opinion individuelle.

MM. WEERAMANTRY et KOROMA, juges, et sir Geoffrey PALMER, juge *ad hoc*, joignent à l'ordonnance les exposés de leur opinion dissidente.

(Paraphé) M.B.
(Paraphé) E.V.O.

be placed in the archives of the Court and the others transmitted to the Government of New Zealand and the Government of the French Republic, respectively.

(Signed) Mohammed BEDJAOUI,
President.

(Signed) Eduardo VALENCIA-OSPINA,
Registrar.

Vice-President SCHWEBEL, Judges ODA and RANJEVA append declarations to the Order of the Court.

Judge SHAHABUDDEEN appends a separate opinion to the Order of the Court.

Judges WEERAMANTRY, KOROMA and Judge *ad hoc* Sir Geoffrey PALMER append dissenting opinions to the Order of the Court.

(Initialled) M.B.
(Initialled) E.V.O.

While concurring with the Court's disposition of the substance of the Requests of New Zealand, I have reservations about some of the procedures which have been followed.

In my view, it was obvious from the outset that New Zealand was entitled to move in pursuance of the express authorization provided by the Court in paragraph 63 of its Judgment of 20 December 1974 in the *Nuclear Tests (New Zealand* v. *France)* case. Claims that there could be no case, that New Zealand could act only to seek the interpretation or revision of the Judgment or to bring a new case, that there was no room for appointment of agents or a judge *ad hoc*, that the President was not entitled to exercise his authority under the Rules of Court to call upon the Parties to act in such a way as would enable any order the Court might make on the request for provisional measures to have its appropriate effects, and that the Court could not have oral hearings, accordingly were misplaced. The action of New Zealand was singular, in pursuance of a singular provision in the Court's Judgment of 20 December 1974. But France's reaction was in my view tantamount to an objection to the admissibility of New Zealand's Requests, and should have been so treated.

In the end, and in the essentials, the Court did assimilate France's objections to New Zealand's Requests to an objection to admissibility, in so far as it seated the Judge *ad hoc* designated by New Zealand, and held oral hearings at which the Parties submitted their arguments on the threshold question put by the Court to them. Whatever the reservations expressed, it is plain that when fifteen judges gathered in their robes in the Great Hall of Justice of the Peace Palace, and when Judge *ad hoc* Sir Geoffrey Palmer took his oath of office, the Members of the Court did not meet, Pirandello style, in search of a courtroom or a case, but conducted an oral hearing on a phase of a case.

(Signed) Stephen SCHWEBEL.

[Traduction]

Bien que je souscrive à la décision prise par la Cour quant au fond des demandes de la Nouvelle-Zélande, je fais des réserves sur certaines des procédures qui ont été suivies.

A mon avis, il était d'emblée évident que la Nouvelle-Zélande était fondée à agir en vertu de l'autorisation expresse que la Cour avait énoncée au paragraphe 63 de son arrêt du 20 décembre 1974 en l'affaire des *Essais nucléaires (Nouvelle-Zélande c. France)*. En conséquence, il était erroné de prétendre qu'il n'y avait pas d'affaire, que la Nouvelle-Zélande pouvait seulement demander l'interprétation ou la revision de l'arrêt ou introduire une nouvelle instance, qu'il n'y avait pas lieu de désigner des agents ou un juge *ad hoc*, que le Président n'avait pas le droit d'exercer le pouvoir que le Règlement lui confère d'inviter les Parties à agir de manière que toute ordonnance de la Cour sur la demande en indication de mesures conservatoires puisse avoir les effets voulus, et que la Cour ne pouvait tenir d'audiences. La démarche de la Nouvelle-Zélande était singulière, s'inscrivant dans le cadre d'une disposition singulière de l'arrêt rendu par la Cour le 20 décembre 1974. Mais à mon sens, la réaction de la France équivalait à une exception à la recevabilité des demandes présentées par la Nouvelle-Zélande et elle aurait dû être traitée comme telle.

En fin de compte, et pour l'essentiel, la Cour a effectivement assimilé les objections opposées par la France aux demandes de la Nouvelle-Zélande à une exception d'irrecevabilité, en ce qu'elle a fait siéger le juge *ad hoc* désigné par la Nouvelle-Zélande et tenu des audiences au cours desquelles les Parties ont fait valoir leurs moyens sur la question liminaire que la Cour leur avait posée. Quelles qu'aient été les réserves exprimées, il est clair que, lorsque quinze juges revêtus de leur robe se sont rassemblés dans la grande salle de justice du Palais de la Paix et que sir Geoffrey Palmer, juge *ad hoc*, a fait sa déclaration solennelle, les membres de la Cour n'étaient pas, à la manière de Pirandello, à la recherche d'un prétoire ou d'une affaire, mais qu'ils tenaient audience sur une phase d'une affaire.

(Signé) Stephen SCHWEBEL.

DECLARATION OF JUDGE ODA

I fully support the Order which dismisses New Zealand's request to re-open the *Nuclear Tests (New Zealand* v. *France)* case of 1973-1974, as I share the reasoning with regard to the matters of procedure leading to the refusal of that request. But, as the Member of the Court from the only country which has suffered the devastating effects of nuclear weapons, I feel bound to express my personal hope that no further tests of any kind of nuclear weapons will be carried out under any circumstances in future.

(Signed) Shigeru ODA.

DÉCLARATION DE M. ODA

[Traduction]

Je souscris pleinement à l'ordonnance qui écarte la demande de la Nouvelle-Zélande tendant à rouvrir l'affaire des *Essais nucléaires (Nouvelle-Zélande c. France)* de 1973-1974, tout comme je partage le raisonnement de la Cour quant aux motifs de procédure qui l'ont conduite à écarter cette demande. Toutefois, en ma qualité de membre de la Cour ressortissant du seul pays qui a subi les effets dévastateurs des armes nucléaires, je me dois d'exprimer, à titre personnel, le vœu qu'il ne soit plus jamais procédé, en aucune circonstance, à aucun essai de quelque arme nucléaire que ce soit.

(Signé) Shigeru ODA.

Le caractère unique de la présente décision justifiait à mon avis le respect de la structure du raisonnement adopté dans le paragraphe 63 de l'arrêt de 1974. Il aurait été préférable, dans ces conditions, de traiter en premier lieu ce que le paragraphe 48 de l'ordonnance qualifie de second volet de la question. Les conclusions auxquelles est parvenue d'ailleurs la Cour sur le «point de savoir si le «fondement» de cet arrêt a été «remis en cause» au sens de son paragraphe 63» rendaient sans objet les développements consacrés aux questions procédurales. La démarche adoptée dans l'ordonnance, contrairement aux prescriptions du paragraphe 63 de l'arrêt de 1974, privilégie le formalisme procédural sur le fond du droit.

(Signé) Raymond RANJEVA.

[Translation]

The unique nature of the present decision in my view justified adhering to the structure of the reasoning adopted in paragraph 63 of the 1974 Judgment. Hence it would have been preferable to deal first with what paragraph 48 of the Order terms the second part of the question. Moreover, the conclusions reached by the Court regarding "the question whether the 'basis' of that Judgment has been 'affected' within the meaning of paragraph 63 thereof" rendered the developments devoted to procedural questions without object. The approach adopted in the Order, contrary to the requirements of paragraph 63 of the Judgment of 1974, favours procedural formalism over legal substance.

(Signed) Raymond RANJEVA.

SEPARATE OPINION OF JUDGE SHAHABUDDEEN

The growing recognition of the need to protect the natural environment is striking. Contemporary international law has been developing responsively. I understand New Zealand's concerns and agree with its case on several points. I agree that it was entitled to come to the Court, entitled to a hearing, entitled to a judge *ad hoc*, and that it was not shut out by the words in paragraph 63 of the 1974 Judgment, "in accordance with the provisions of the Statute". If I do not go the remainder of the way, the reason lies in what appears to me to be substantial legal obstacles, some of which I would like to explain.

I. The Question of the Basis of the Judgment

The central point in New Zealand's case is that the basis of the 1974 Judgment lay in an assumption by the Court that underground tests were safe, that more recent scientific evidence disproves that assumption, and that consequently the basis of the Judgment has been affected within the meaning of paragraph 63 of the Judgment.

A question could arise as to whether the true position was that the Court made an assumption that underground tests were safe, or whether it acted on an understanding that New Zealand was satisfied that such tests were safe, the Court itself being in no position to judge of a complex technical matter not put in issue and not examined. However, whether the distinction between these two possibilities can be made and, if so, with what significance are questions which need not be pursued for the reasons given in Sections II and III below.

II. Whether New Zealand's Request Is within the Limits of the Dispute

Paragraph 64 of New Zealand's present Request states:

> "The 1973 Application makes it clear that the dispute was in its origin about nuclear *contamination* of the environment arising from nuclear testing of whatever nature. The 'atmospheric' feature was merely incidental to the 'contamination' feature, which was of the essence."

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.»

New Zealand's position is that the 1974 Judgment incorrectly assumed that its 1973 Application was limited to the question of the legality of atmospheric testing.

I accept that New Zealand was opposed to nuclear contamination arising from nuclear testing of any kind. Evidence of this is to be seen at various places in the pleadings and other material placed before the Court in 1973-1974 (see *I.C.J. Pleadings, Nuclear Tests*, Vol. II, pp. 4, 18, 22 and 301). The question is how far was this general opposition to contamination from nuclear testing of any kind made the subject of the dispute presented in the particular case which New Zealand brought against France in 1973. The bringing of the case was no doubt motivated by New Zealand's general opposition to contamination from nuclear testing of any kind; however, the framework of the case would fall to be determined by more specific considerations governing the designing of any concrete piece of litigation.

In determining what the 1973 case was about, it is necessary to start with the concept of a legal dispute. As the Court remarked in its Judgment of 20 December 1974, "the existence of a dispute is the primary condition for the Court to exercise its judicial function" (*I.C.J. Reports 1974*, p. 476, para. 58).

The case for New Zealand is that its present Request does not introduce a new case, but rather represents a continuation of its 1973 case. It follows that the Request hinges on the dispute presented by the 1973 case and cannot expand it. So the question is, what was the dispute presented in that case?

After references in New Zealand's 1973 Application to discussions between the two sides, paragraph 8 of the Application stated:

> "The French Government . . . made it plain that it did not accept the contention that its programme of atmospheric nuclear testing in the South Pacific involved a violation of international law. There is, accordingly, a dispute between the Government of New Zealand and the French Government as to the legality of atmospheric nuclear tests in the South Pacific region." (*I.C.J. Pleadings, Nuclear Tests*, Vol. II, p. 4.)

That passage fell under the heading "The Subject of the Dispute". Paragraph 10 of the Application, falling under the same heading, added:

> "Having failed to resolve through diplomatic means the dispute that exists between it and the French Government, the New Zealand Government is compelled to refer the dispute to the International Court of Justice." *(Ibid.)*

Thus, the dispute which was referred by New Zealand to the Court in 1973 was one "as to the legality of atmospheric nuclear tests". It is not

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

that the Court assumed that this was the dispute, and even less that it assumed so erroneously: New Zealand said that that was the dispute; it did so in the operative part of its Application by which it formally defined its complaint and referred it to the Court.

The foregoing view of the dispute, as one which concerned the legality of atmospheric nuclear tests, was maintained in paragraph 188 of New Zealand's 1973 Memorial. Under the heading "Nature of the Claim Which Is the Subject of the Dispute and of the Legal Rights for Which New Zealand Seeks Protection", that paragraph read:

> "The dispute between New Zealand and France is of a legal character. New Zealand claims that the atmospheric testing of nuclear weapons by France in the South Pacific is undertaken in violation of legal obligations owed by France to New Zealand. France has denied and continues to deny this claim." (*I.C.J. Pleadings, Nuclear Tests*, Vol. II, p. 203.)

Against this background it is not surprising that, at the beginning of the oral proceedings relating to jurisdiction and admissibility, President Lachs referred to the Application as having "instituted proceedings against France in respect of a dispute as to the legality of atmospheric nuclear tests in the South Pacific region" *(ibid.*, p. 250). The remark drew no objection from the Bar.

That view of the purpose of the proceedings was maintained by the Court after reviewing all of the material before it, including the arguments of New Zealand. Summing up its conclusion in paragraph 29 of the Judgment, the Court said, in a key passage recalled in today's Order:

> "the New Zealand claim is to be interpreted as applying only to atmospheric tests, not to any other 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; and see, *ibid.*, p. 458, para. 1, and p. 461, para. 16).

New Zealand has not sought to contest the submission of France that nothing in any of the dissenting opinions appended to the Judgment questioned that part of the Court's finding (*Aide-mémoire* of France, 6 September 1995, para. 15). The limits of the dispute, as both positively and negatively defined by the Court in that finding, still control the debate. The legality of underground tests lies outside of those limits.

III. Whether New Zealand's Request Is Otherwise Authorized by Paragraph 63 of the Judgment

It is necessary to bear in mind the substantive nature of the reliefs being sought by New Zealand in respect of the underground tests now

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'opinons 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

being conducted by France. New Zealand is not simply asking the Court to reconsider the matters complained of in its 1973 Application in the light of the new situation; it is asking for substantive reliefs in respect of the new situation in like manner as it would if, instead of its request, it had brought a new case. Its request for an examination of the situation is asking for declarations as to the legality of the underground tests; its request for an indication of provisional measures is seeking measures restraining France from conducting the tests. The acts complained of are new acts. Was a request within the meaning of paragraph 63 of the 1974 Judgment intended to extend to such a case?

The reservation in paragraph 63 of the 1974 Judgment was not intended, in my opinion, to enable the Court to assume and exercise competence over fresh matters not covered by such jurisdictional bond, if any, as existed between the Parties when the Application was brought in 1973. Where the Court has jurisdiction at the time when an Application is brought, the *Nottebohm* principle entitles it to continue to exercise that jurisdiction in relation to the dispute presented in the Application notwithstanding that the jurisdiction was terminated during the course of the proceedings. The last sentence of paragraph 63 of the 1974 Judgment sought to treat a request made pursuant to that paragraph as falling within the operation of that principle, in the same way that the principle would have applied to the original case had it continued; the sentence could not be construed as an attempt by the Court, by force of its own decision, to vest itself with jurisdiction not otherwise available to it. I have not been able to find any principle of law which entitles the Court to exercise a terminated jurisdiction over fresh acts occurring after the termination, in this case some 21 years after the jurisdiction (if it existed) was terminated. A request which leads to that result is not, in my opinion, a request within the meaning of paragraph 63 of the Judgment.

Conclusion

As will appear from other opinions appended to the Order, the case raises important questions of principle concerning the role and functions of the Court.

In this respect, it is right to recall that the title of the Court is the "International Court of Justice". However, it is also useful to bear in mind that the "Justice" spoken of is not justice at large; as in the case of courts of justice generally, it is "the primary function of the Court to administer justice based on law" (*Aerial Incident of 27 July 1955 (Israel v. Bulgaria), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1959*, p. 191, joint dissenting opinion). That is made clear by Article 38, paragraph 1, of the Statute, which provides that the Court's "function is to decide in accordance with international law such disputes as are sub-

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

mitted to it . . .". It is for this reason that the Court is sometimes referred to in its own jurisprudence as "a court of law" (*North Sea Continental Shelf, Judgment, I.C.J. Reports 1969*, p. 165, Vice-President Koretsky, dissenting opinion; *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1971*, p. 23, para. 29; and *Fisheries Jurisdiction (Federal Republic of Germany* v. *Iceland), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1974*, p. 192, para. 45); and that, indeed, was how the Court described itself in its 1974 Judgment in this case (*Nuclear Tests (New Zealand* v. *France), I.C.J. Reports 1974*, p. 476, para. 58).

It does not follow from the fact that the Court may also be described as a court of law that it administers the law mechanically. Lacking the full measure of the judicial power available to some national courts, it has nevertheless found opportunity for enterprise and even occasional boldness. Especially where there is doubt, its forward course is helpfully illuminated by broad notions of justice. However, where the law is clear, the law prevails.

The law is clear that the Court cannot act unless there is a dispute before it, and then only within the limits of the dispute. The dispute which New Zealand referred to the Court in 1973 arose out of a claim by New Zealand which the Court found applied "only to atmospheric tests, *not to any other form of testing*" (emphasis added). The Court would have been acting *ultra petita* in 1974 had it sought to adjudicate on the legality of underground tests (supposing it had been asked to do so), these being another form of testing. It is in respect of the legality of underground tests that New Zealand's present Request seeks relief. The matters sought to be so raised do not fall within the limits of the 1973 dispute by which the Court is still bound.

It is for these reasons that, although agreeing with New Zealand on some points, I have not found it possible to accept its main arguments.

(Signed) Mohamed SHAHABUDDEEN.

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 SHAHABUDDEEN.

DISSENTING OPINION OF JUDGE WEERAMANTRY

TABLE OF CONTENTS

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

OPINION DISSIDENTE DE M. WEERAMANTRY

[Traduction]

TABLE DES MATIÈRES

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

HAS NEW ZEALAND MADE OUT A PRIMA FACIE CASE? 347

The approach to the question of proof 347
The scientific fact-finding missions 348

The nature of underground nuclear tests 350
The structure of Mururoa and Fangataufa atolls 351
The impact upon the atolls of previous explosions 352
The impact upon Mururoa of the proposed new series of explosions 352

The internationally accepted safety standards for the storage of radioactive wastes 353
The danger to marine life of the release of radioactive substances into the ocean 355
The possibility of accident 357

The position of the intervenors 358

CONCLUDING REMARKS 359

LA NOUVELLE-ZÉLANDE A-T-ELLE ÉTABLI SA THÈSE *PRIMA FACIE*? 347

La question de la preuve 347
Les missions d'enquête scientifique 348

La nature des essais nucléaires souterrains 350
La structure des atolls de Mururoa et de Fangataufa 351
L'impact des explosions précédentes sur les atolls 352
Les répercussions sur Mururoa de la nouvelle série d'explosions projetée 352
Les normes de sécurité admises à l'échelon international quant au stockage des déchets radioactifs 353
Le danger que la libération de substances radioactives dans l'océan représente pour la vie marine 355
La possibilité d'accidents 357

La situation des Etats demandant à intervenir 358

CONCLUSIONS 359

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

INTRODUCTION

Unusual Nature of New Zealand's Request

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

Paragraph 63 of that Judgment reads as follows:

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

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

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

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

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

INTRODUCTION

Le caractère inhabituel de la demande néo-zélandaise

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

Le paragraphe 63 de cet arrêt est ainsi libellé:

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

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

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

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

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

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

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

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

Background to the Court's Judgment in 1974

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

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

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

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

Questions of Jurisdiction and Admissibility

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Les questions de compétence et de recevabilité

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

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

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

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

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

Some Preliminary Questions

Is the 1974 Case Dead?

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

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

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

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

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

> «qu'on ne saurait supposer à priori que de telles demandes échappent complètement à la juridiction de la Cour ou que le Gouvernement néo-zélandais ne soit pas en mesure d'établir à l'égard de ces demandes l'existence d'un intérêt juridique autorisant la Cour à accueillir la requête» (*Essais nucléaires (Nouvelle-Zélande c. France), mesures conservatoires, C.I.J. Recueil 1973*, p. 140, par. 24).

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

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

Quelques questions préliminaires

L'affaire de 1974 est-elle close?

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

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

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

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

— the Court was within its undoubted inherent powers of regulating its own procedure in making this provision in the Judgment;

— the Court was concerned with possible future events which might undermine the basis of the Judgment;
— the Court deliberately chose a procedure other than revision or interpretation.

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

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

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

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

Is Paragraph 63 Self-contradictory?

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Can New Zealand's Request Be Disposed of Administratively?

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Correspondence between New Zealand's Complaints in 1973 and 1995

New Zealand's Complaints in 1973

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

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

"The rights to be protected are:

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

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

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

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

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

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

La coïncidence entre les griefs de la Nouvelle-Zélande en 1973 et en 1995

Les griefs de la Nouvelle-Zélande en 1973

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

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

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

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

including New Zealand, to the preservation from unjustified artificial radio-active contamination of the terrestrial, maritime and aerial environment and, in particular, of the environment of the region in which the tests are conducted and in which New Zealand, the Cook Islands, Niue and the Tokelau Islands are situated;

(iii) the right of New Zealand that no radio-active material enter the territory of New Zealand, the Cook Islands, Niue or the Tokelau Islands, including their air space and territorial waters, as a result of nuclear testing;

(iv) the right of New Zealand that no radio-active material, having entered the territory of New Zealand, the Cook Islands, Niue or the Tokelau Islands, including their airspace and territorial waters, as a result of nuclear testing, cause harm, including apprehension, anxiety and concern to the people and Government of New Zealand, and of the Cook Islands, Niue and the Tokelau Islands;

(v) the right of New Zealand to freedom of the high seas, including freedom of navigation and overflight and the freedom to explore and exploit the resources of the sea and the sea-bed, without interference or detriment resulting from nuclear testing.

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

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

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

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

iii) le droit de la Nouvelle-Zélande à ce qu'aucun déchet radioactif ne pénètre sur son territoire, y compris son espace aérien et ses eaux territoriales, ou ceux des îles Cook, des îles Nioué et Tokélaou, à la suite d'essais nucléaires;

iv) le droit de la Nouvelle-Zélande à ce qu'aucun déchet radioactif ayant pénétré sur son territoire, y compris son espace aérien et ses eaux territoriales ou ceux des îles Cook, des îles Nioué et Tokélaou, à la suite d'expérimentations nucléaires, ne cause un préjudice, notamment des appréhensions, de l'anxiété et de l'inquiétude, aux habitants et aux Gouvernements de la Nouvelle-Zélande, des îles Cook, des îles Nioué et Tokélaou;

v) le droit de la Nouvelle-Zélande à la liberté de la haute mer, y compris la liberté de navigation et de survol, et la liberté d'explorer et d'exploiter les ressources de la mer et du fond des mers, sans subir de gêne ou de préjudice en raison des essais nucléaires.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

The State of Knowledge in 1974

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

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

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

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

L'état des connaissances en 1974

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

According to the material placed before the Court by New Zealand, underground tests produce all the five species of damage specified in paragraph 2 of its Request for the Indication of Interim Measures of Protection, dated 14 May 1973: namely, (i) violation of the right to be free of radioactive fallout[1]; (ii) violation of the right to the preservation from unjustified, artificial radioactive contamination of the terrestrial, maritime and aerial environment; (iii) violation of the right that New Zealand air space and territorial waters be free of the entry of radioactive material; (iv) the apprehension, anxiety and concern resulting from such entry; (v) violation of the right to exploitation of the resources of the sea without interference or detriment resulting from nuclear testing.

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

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

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

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

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

Au vu des éléments soumis à la Cour par la Nouvelle-Zélande, on constate que les essais souterrains engendrent les cinq types de préjudice spécifiés au paragraphe 2 de la demande en indication de mesures conservatoires du 14 mai 1973, à savoir: i) la violation du droit à ce qu'aucune expérience nucléaire provoquant des retombées radioactives n'ait lieu[1]; ii) la violation du droit à ce que le milieu terrestre, maritime et aérien soit protégé contre une contamination injustifiée résultant d'une radioactivité artificielle; iii) la violation du droit de la Nouvelle-Zélande à ce qu'aucun déchet radioactif ne pénètre dans son espace aérien ou ses eaux territoriales; iv) les appréhensions, l'anxiété et l'inquiétude causées par la pénétration de ces déchets; v) la violation du droit d'exploiter les ressources de la mer sans subir de gêne ou de préjudice en raison des essais nucléaires.

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

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

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

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

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

According to the material placed before the Court by New Zealand, underground tests produce all the five species of damage specified in paragraph 2 of its Request for the Indication of Interim Measures of Protection, dated 14 May 1973: namely, (i) violation of the right to be free of radioactive fallout[1]; (ii) violation of the right to the preservation from unjustified, artificial radioactive contamination of the terrestrial, maritime and aerial environment; (iii) violation of the right that New Zealand air space and territorial waters be free of the entry of radioactive material; (iv) the apprehension, anxiety and concern resulting from such entry; (v) violation of the right to exploitation of the resources of the sea without interference or detriment resulting from nuclear testing.

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

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

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

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

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

Au vu des éléments soumis à la Cour par la Nouvelle-Zélande, on constate que les essais souterrains engendrent les cinq types de préjudice spécifiés au paragraphe 2 de la demande en indication de mesures conservatoires du 14 mai 1973, à savoir: i) la violation du droit à ce qu'aucune expérience nucléaire provoquant des retombées radioactives n'ait lieu[1]; ii) la violation du droit à ce que le milieu terrestre, maritime et aérien soit protégé contre une contamination injustifiée résultant d'une radioactivité artificielle; iii) la violation du droit de la Nouvelle-Zélande à ce qu'aucun déchet radioactif ne pénètre dans son espace aérien ou ses eaux territoriales; iv) les appréhensions, l'anxiété et l'inquiétude causées par la pénétration de ces déchets; v) la violation du droit d'exploiter les ressources de la mer sans subir de gêne ou de préjudice en raison des essais nucléaires.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Some Principles of Interpretation

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

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

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

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

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

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

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

Quelques principes d'interprétation

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

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

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

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

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

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

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

Significance of Opening Sentence of Paragraph 63

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

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

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

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

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

Significance of the Last Sentence of Paragraph 63

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

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

La portée de la phrase liminaire du paragraphe 63

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

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

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

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

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

La portée de la dernière phrase du paragraphe 63

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

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

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

The Special Need for a Precautionary Clause

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

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

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

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

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

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

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

La nécessité particulière d'une clause de précaution

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

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

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

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

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

The Grant of Interim Measures

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

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

The Approach of the Court to Preliminary Measures in 1973

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

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

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

SOME RELEVANT LEGAL PRINCIPLES

The Inter-Temporal Principle

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

L'indication de mesures conservatoires

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

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

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

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

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

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

QUELQUES PRINCIPES JURIDIQUES PERTINENTS

Le principe de l'intertemporalité

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

The Concept of Intergenerational Rights

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

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

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

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

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

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

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

La notion de droits appartenant aux générations futures

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

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

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

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

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

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

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

The Precautionary Principle

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

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

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

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

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

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

Le principe de précaution

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Environmental Impact Assessment (EIA)

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

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

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

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

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

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

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

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

Evaluation de l'impact sur l'environnement

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

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

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

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

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

(e) An identification and description of measures available to mitigate adverse environmental impacts of the proposed activity and alternatives, and an assessment of those measures;

(f) An indication of gaps in knowledge and uncertainties which may be encountered in compiling the required information;

(g) An indication of whether the environment of any other State or areas beyond national jurisdiction is likely to be affected by the proposed activity or alternatives;

(h) A brief, non-technical summary of the information provided under the above headings." (Hohmann, *op. cit.*, p. 188.)

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

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

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

The Illegality of Introducing Radioactive Waste into the Marine Environment

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

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

e) l'identification et la description des mesures existantes visant à atténuer les effets négatifs de l'activité proposée et des autres solutions possibles sur l'environnement, et une évaluation de ces mesures;

f) une indication des carences en matière de connaissances et des incertitudes rencontrées dans la mise au point de l'information nécessaire;

g) une indication permettant de savoir si l'environnement de tout autre Etat ou de régions ne relevant pas de la juridiction nationale risque d'être affecté par l'activité proposée ou par les autres solutions possibles;

h) un bref résumé non technique de l'information fournie au titre des rubriques précédentes» (doc. UNEP/G.C.14/17, *loc. cit.*).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

The President also observed:

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

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

The Principle that Damage Must Not Be Caused to Other Nations

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

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

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

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

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

Le Président a également fait observer:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Has New Zealand Made Out a Prima Facie Case?

The Approach to the Question of Proof

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

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

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

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

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

> «Aucune des dispositions de la présente convention ne porte atteinte au droit souverain des Etats d'exploiter, de mettre en valeur et de gérer leurs ressources naturelles selon leurs politiques propres en tenant compte de leur devoir de protéger l'environnement. Chaque partie doit faire en sorte que les activités exercées dans les limites de sa juridiction ou sous son contrôle ne causent pas de dommage à l'environnement dans d'autres Etats ou dans des zones situées au-delà des limites de sa juridiction nationale.» (*Internationale Umweltrecht*, 986:87/14.)

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

La Nouvelle-Zélande a-t-elle établi sa thèse *prima facie*?

La question de la preuve

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

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

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

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

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

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

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

The Scientific Fact-finding Missions

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

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

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

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

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

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

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

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

Les missions d'enquête scientifique

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

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

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

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

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

These matters are dealt with in the ensuing paragraphs.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

The structure of Mururoa and Fangataufa atolls

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

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

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

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

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

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

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

The McEwan study, already referred to, observes that:

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

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

La structure des atolls de Mururoa et de Fangataufa

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

The impact upon the atolls of previous explosions

The Atkinson Report concludes:

"The integrity of the carbonate part of the atoll has been impaired.

— Fissures have formed in the limestones as a result of testing.

— Surface subsidence to the order of 1 m has affected over 1 km^2 of the north-eastern region and 1.5 km^2 of the south-west margin. Such subsidence is the direct result of cumulative compaction in the limestones, and propagated by testing.
— Submarine slides, particularly along the southern margin, have resulted from a number of tests at Mururoa. The effect of these slides is to strip the outer rim of the atoll of its protective impermeable limestone.

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

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

The impact upon Mururoa of the proposed new series of explosions

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

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

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

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

L'impact des explosions précédentes sur les atolls

Le rapport de la mission Atkinson conclut:

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

— Des fissures se sont formées dans les couches calcaires à la suite des essais.
— Des affaissements superficiels de l'ordre d'un mètre se sont produits sur environ 1 km^2 dans la zone nord-est et 1,5 km^2 sur la marge sud-ouest. Ils résultent directement du tassement cumulé des couches calcaires, accentué par les essais.
— Des glissements de terrain sous-marins, particulièrement le long de la marge méridionale, se sont produits à la suite d'un certain nombre d'essais effectués à Mururoa. Ces glissements ont pour effet de dépouiller le bord extérieur de l'atoll de sa couche calcaire imperméable de protection.

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

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

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

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

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

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

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

The internationally accepted safety standards for the storage of radioactive wastes

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

The French reply was:

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

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

> *"Criterion No. 7: Site geology*
>
> The repository shall be located at sufficient depth to protect adequately the emplaced waste from external events and processes in

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

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

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

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

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

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

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

La France a fourni la réponse suivante:

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

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

> *«Critère n° 7: Géologie du site de dépôt*
>
> Le dépôt doit être enterré à une profondeur suffisante pour bien isoler les déchets qu'il contient des événements et des processus exté-

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

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

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

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

Paragraph 22.1 of the Report observed that:

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

and paragraph 22.8 observed that:

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

(a) Promote research and development of methods for the safe and environmentally sound treatment, processing and disposal, including deep geological disposal, of high-level radioactive waste;

(b) Conduct research and assessment programmes concerned with evaluating the health and environmental impact of radioactive waste disposal." (*Ibid.*, p. 372.)

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

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

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

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

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

Le paragraphe 22.1 du rapport fait observer que:

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

et il est précisé au paragraphe 22.8 que:

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

a) promouvoir les recherches et la mise au point de méthodes permettant d'assurer, de manière sûre et écologique, le traitement, la transformation et l'évacuation, y compris dans des formations géologiques profondes, des déchets hautement radioactifs;

b) réaliser des programmes de recherche et d'évaluation concernant l'évaluation de l'impact sanitaire et environnemental de l'élimination des déchets radioactifs.» (*Ibid.*, p. 293.)

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

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

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

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

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

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

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

The question may well arise whether the French Government can indeed offer any sort of assurance that the by-products released from over 100 nuclear explosions would be safely contained within the fragile structure of Mururoa for several multiples of tens of thousands of years. The possibility of such contamination must therefore be viewed with concern. The atoll has already sustained fissure cracks in consequence of prior explosions totalling the fire power of over 150 Hiroshima-type explosions[1]. A Pacific islander could indeed have serious fears as to whether this brittle and porous island structure could withstand internally the force of even one Hiroshima-type explosion. By and large, the Pacific islanders live in total dependence upon the sea, and it is not to be wondered at that some of them are waiting at the door of this Court in

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

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

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

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

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

Il est permis de se demander si le Gouvernement français peut réellement garantir d'une façon ou d'une autre que les produits dérivés générés par plus d'une centaine d'explosions nucléaires resteront confinés en toute sécurité dans la fragile structure de Mururoa pendant plusieurs dizaines de milliers d'années. On doit donc s'inquiéter de l'éventualité d'une telle contamination. L'atoll s'est déjà fissuré par suite d'explosions précédentes dont la puissance de feu totale représente plus de cent cinquante fois celle de la bombe d'Hiroshima[1]. Tout habitant des îles du Pacifique pourrait assurément nourrir de sérieuses craintes quant à la capacité de la structure friable et poreuse de l'île de résister intrinsèquement à la force dégagée par l'explosion, ne fût-ce que d'une seule bombe du même type que celle d'Hiroshima. Dans l'ensemble, les habitants des

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

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

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

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

The possibility of accident

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

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

Other accidents cited by New Zealand are:

"*(a)* In June 1987 officials on Mururoa admitted to Cousteau the accidental release of approximately 1.5 teraBecquerels of radioactive iodine plus other volatile material.

(b) In 1992 scientists of the Combined Radiological Safety Service on Mururoa acknowledged that 0.2 teraBecquerels of radioactive iodine had been accidentally released in 1990 in similar

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

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

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

La possibilité d'accidents

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

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

La Nouvelle-Zélande a mentionné les autres accidents suivants:

«*a)* En juin 1987, les autorités françaises à Mururoa ont concédé au commandant Cousteau qu'il y avait eu une fuite accidentelle d'environ 1,5 térabecquerel d'iode radioactive et d'autres matières volatiles.

b) En 1992, les experts du service intégré de sûreté radiologique de Mururoa ont reconnu que 0,2 térabecquerel d'iode radioactive avait été accidentellement libéré en 1990 dans des circonstances

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

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

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

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

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

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

The Position of the Intervenors

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

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

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

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

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

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

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

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

La situation des Etats demandant à intervenir

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

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

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

Concluding Remarks

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

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

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

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

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

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

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

Conclusions

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

The relevance of this approach to seminal cases like the *Nuclear Tests* cases has not passed unnoticed. Amidst the vast scholarly literature generated by the decisions of 1973 and 1974[1] are discussions examining the decisions in the light of the philosophical approaches of the Legal

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

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

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

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

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

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

La pertinence de cette approche pour des affaires marquantes comme celle des *Essais nucléaires* n'est pas passée inaperçue. Dans plusieurs des nombreux articles de doctrine qu'ont suscités les décisions de 1973 et de 1974[1], ces dernières sont examinées sous l'angle des courants de pensée

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

Realist and Sociological Schools of Jurisprudence[1], for they have a vital bearing upon the international judicial process. The limits of logic and black-letter legal analysis will no doubt be similarly examined in the light of the Court's determination of this case.

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

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

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

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

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

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

philosophiques correspondant aux écoles réaliste et sociologique du droit[1], compte tenu de leur importance capitale pour le processus judiciaire international. Les limites de la logique et de l'analyse juridique formaliste seront sans aucun doute examinées de façon analogue à la suite de la décision que vient de rendre la Cour en l'espèce.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

I regret that the Court has not availed itself of the opportunity to enquire more fully into this matter and of making a contribution to some of the seminal principles of the evolving corpus of international environmental law[1]. The Court has too long been silent on these issues and, in the words of ancient wisdom, one may well ask "If not now, when?"

(Signed) Christopher Gregory WEERAMANTRY.

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

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

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

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

Je regrette que la Cour n'ait pas saisi l'occasion d'examiner de façon plus approfondie cette question et d'apporter sa contribution à certains des principes les plus féconds de l'ensemble en voie d'évolution du droit international de l'environnement[1]. La Cour est restée trop longtemps silencieuse sur ces problèmes, et l'on peut se demander en reprenant une question empreinte de sagesse traditionnelle: «Si ce n'est maintenant, quand se prononcera-t-elle?»

(Signé) Christopher Gregory WEERAMANTRY.

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

In the present Order the Court, responding to a Request for an Examination of the Situation filed by New Zealand on 21 August 1995, and a Further Request for the Indication of Provisional Measures to direct France not to carry out further nuclear tests in the South Pacific region, also filed on 21 August 1995, found that:

> "the 'Request for an Examination of the Situation' in accordance with paragraph 63 of the Judgment of the Court of 20 December 1974 in the *Nuclear Tests (New Zealand* v. *France)* case, submitted by New Zealand on 21 August 1995, *does not fall within the provisions of the said paragraph 63 and must consequently be dismissed*" (para. 68 (1); emphasis added).

I respectfully disagree with this finding and wish to dissociate myself from it for the reasons set out hereunder.

At the outset, however, I feel bound to observe that this is the second time that New Zealand has brought a case on the issue of nuclear tests in the Pacific region; and that on both occasions the Court has declined to consider the merits of its case.

The Court's function is to decide disputes that are submitted to it (Art. 38, para. 1, of the Statute); accordingly, if the Court has jurisdiction conferred on it and the case is admissible, the Court is duty-bound to hear and determine a case submitted to it.

On neither occasion has the Court found that it was unable to consider the merits of New Zealand's claim on account of a lack of jurisdiction or because the claim was found to be inadmissible.

In 1973, New Zealand presented an Application to the Court asking it to adjudge and declare:

> "That the conduct by the French Government of *nuclear tests* in the South Pacific region that give rise to radio-active fall-out constitutes a violation of New Zealand's rights under international law, and that these rights will be violated by any further such tests." (*Nuclear Tests (New Zealand* v. *France), I.C.J. Reports 1974*, p. 460, para. 11; emphasis added.)

Its submissions in the Memorial were worded as follows:

> "the Government of New Zealand submits to the Court that it is entitled to a declaration and judgment that —

[Traduction]

Dans la présente ordonnance, la Cour, en réponse à une demande d'examen de la situation déposée par la Nouvelle-Zélande le 21 août 1995 et à une nouvelle demande en indication de mesures conservatoires également déposée le 21 août 1995 tendant à ce que la France s'abstienne de procéder à de nouveaux essais nucléaires dans la région du Pacifique Sud, a conclu que:

> «la «Demande d'examen de la situation» au titre du paragraphe 63 de l'arrêt rendu par la Cour le 20 décembre 1974 en l'affaire des *Essais nucléaires (Nouvelle-Zélande c. France)*, présentée par la Nouvelle-Zélande le 21 août 1995, *n'entre pas dans les prévisions dudit paragraphe 63 et doit par suite être écartée*» (par. 68, al. 1; les italiques sont de moi).

Je me permets respectueusement de ne pas souscrire à cette conclusion et de m'en dissocier pour les raisons exposées ci-après.

Au préalable, je me dois cependant d'observer que c'est la deuxième fois que la Nouvelle-Zélande soumet à la Cour un différend concernant la question des essais nucléaires dans la région du Pacifique et que, chaque fois, la Cour a refusé d'examiner l'affaire au fond.

La Cour a pour mission de régler les différends qui lui sont soumis (article 38, paragraphe 1, du Statut); dès lors, elle est tenue d'examiner une affaire qui lui est soumise et de statuer, si elle a compétence et si la demande est recevable.

Or, en aucune des deux occasions la Cour n'a conclu qu'elle n'était pas en mesure d'examiner la demande de la Nouvelle-Zélande au fond parce qu'elle n'était pas compétente ou parce que la demande était irrecevable.

En 1973, la Nouvelle-Zélande a présenté à la Cour une requête, par laquelle elle priait la Cour de dire et juger:

> «que les *essais nucléaires* provoquant des retombées radioactives effectués par le Gouvernement français dans la région du Pacifique Sud constituent une violation des droits de la Nouvelle-Zélande au regard du droit international, et que ces droits seront enfreints par tout nouvel essai» (*Essais nucléaires (Nouvelle-Zélande c. France), arrêt, C.I.J. Recueil 1974*, p. 460, par. 11; les italiques sont de moi).

Les conclusions énoncées dans le mémoire étaient libellées comme suit:

> «Le Gouvernement néo-zélandais s'estime fondé à ce que la Cour dise et juge que:

(a) the Court has jurisdiction to entertain the Application filed by New Zealand and to deal with the merits of the dispute; and
(b) the Application is admissible" (*Nuclear Tests (New Zealand* v. *France), I.C.J. Reports 1974*, p. 460, para. 11).

In its Judgment of 20 December 1974, the Court stated as follows:

> "The type of tests to which the proceedings relate is described in the Application as 'nuclear tests in the South Pacific region that gave rise to radio-active fall-out', the type of testing contemplated not being specified. However, New Zealand's case has been argued mainly in relation to atmospheric tests; and the statements quoted in paragraphs 26, 27 and 28 above, particularly those of successive Prime Ministers of New Zealand, of 11 June and 1 November 1974, show that an assurance 'that nuclear testing of this kind', that is to say, testing in the atmosphere, 'is finished for good' would meet the object of the New Zealand claim. The Court therefore considers that, for purposes of the Application, the New Zealand claim is to be interpreted as applying only to atmospheric tests, not to any other 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" (*ibid.*, p. 466, para. 29),

and:

> "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." (*Ibid.*, p. 477, para. 63.)

On 21 August 1995 New Zealand presented the Court with a Request to examine the situation arising

> "out of a proposed action announced by France which will, if carried out, affect the basis of the Judgment rendered by the Court on 20 December 1974 in the *Nuclear Tests (New Zealand* v. *France)* case" (para. 1).

The Court responded by saying that:

> "the 'Request for an Examination of the Situation' in accordance with paragraph 63 of the Judgment of the Court of 20 December 1974 in the *Nuclear Tests (New Zealand* v. *France)* case, submitted

a) la Cour a compétence pour connaître de la requête déposée par la Nouvelle-Zélande et pour examiner le différend au fond;
b) la requête est recevable» (*Essais nucléaires (Nouvelle-Zélande c. France), arrêt, C.I.J. Recueil 1974*, p. 460, par. 11).

La Cour, dans son arrêt du 20 décembre 1974, a affirmé ce qui suit:

> «Les essais que l'instance concerne sont définis dans la requête comme «les essais nucléaires provoquant des retombées radioactives effectués ... dans la région du Pacifique Sud», le caractère de ces essais n'étant pas précisé. La Nouvelle-Zélande n'en a pas moins surtout défendu sa cause du point de vue des essais réalisés en atmosphère et les déclarations citées aux paragraphes 26, 27 et 28, en particulier celles qu'ont faites les 11 juin et 1er novembre 1974 les premiers ministres de Nouvelle-Zélande qui se sont succédé, montrent qu'une assurance selon laquelle «les essais nucléaires de cette nature», autrement dit les essais en atmosphère, «ont définitivement pris fin» répondrait à l'objet de la demande néo-zélandaise. La Cour considère donc qu'aux fins de la requête 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.» (*Ibid.*, p. 466, par. 29.)

Et elle a ajouté:

> «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.» (*Ibid.*, p. 477, par. 63.)

Le 21 août 1995, la Nouvelle-Zélande a présenté à la Cour une demande d'examen de la situation ayant pour origine

> «un projet d'action annoncé par la France qui, s'il se réalise, remettra en cause le fondement de l'arrêt rendu par la Cour le 20 décembre 1974 dans l'affaire des *Essais nucléaires (Nouvelle-Zélande c. France)*» (par. 1).

La Cour a répondu en disant que:

> «la «Demande d'examen de la situation» au titre du paragraphe 63 de l'arrêt rendu par la Cour le 20 décembre 1974 en l'affaire des *Essais nucléaires (Nouvelle-Zélande c. France)*, présentée par la

by New Zealand on 21 August 1995, *does not fall within the provisions of the said paragraph 63 and must consequently be dismissed"* (Order, para. 68 (1); emphasis added).

As I have already stated, I cannot support this finding and wish to be dissociated from it.

In substantiating its Request for an examination, New Zealand stated that the basis of its claim was the right conferred on it by paragraph 63 of the 1974 Judgment rendered by the Court in the *Nuclear Tests (New Zealand* v. *France)* case (*I.C.J. Reports 1974*, p. 477, see above).

The French Government, in a letter dated 28 August 1995, expressed the conviction that the Judgment of 20 December 1974 could in no event today serve as a basis for the jurisdiction of the Court; that the present action by New Zealand did not fall within the 1973-1974 case, which related exclusively to atmospheric tests; that the present action by New Zealand could no longer be related to that case as the 1973 claim no longer existed.

The French Government also stated that since France had not given its consent to the action by New Zealand, the Court lacked jurisdiction to entertain the action.

Because of the unprecedented nature of the Request by New Zealand, and in the interest of justice, the Court had invited the two States to inform it of their views on the following question:

> "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)*?"

Responding to the question, New Zealand had argued that the Requests were a continuation of the proceedings commenced in 1973, when it sought from the Court a determination that the conduct 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.

New Zealand drew the attention of the Court to the fact that, at the time the Court heard oral arguments on jurisdiction and admissibility in relation to the case, during and after which several authoritative statements were made by the French authorities relating to atmospheric testing, the Court imputed to the French Government the assurance that those statements were legally binding undertakings and took the view that the claim of New Zealand was to be interpreted as applying to atmospheric tests only. The Court accordingly concluded that, as a consequence of the undertaking by France, the essential concerns of New Zealand had been met.

In further responding to the question put by the Court, New Zealand pointed out that the Court, having reached the above conclusion, reserved

Nouvelle-Zélande le 21 août 1995, *n'entre pas dans les prévisions dudit paragraphe 63 et doit par suite être écartée*» (présente ordonnance, par. 68, al. 1; les italiques sont de moi).

Comme je l'ai déjà dit, je ne puis souscrire à cette conclusion et tiens à m'en dissocier.

Pour étayer sa demande d'examen, la Nouvelle-Zélande a affirmé qu'elle fondait celle-ci sur le droit que lui conférait le paragraphe 63 de l'arrêt rendu par la Cour en 1974 en l'affaire des *Essais nucléaires (Nouvelle-Zélande c. France)* (*C.I.J. Recueil 1974*, p. 477, voir ci-dessus).

Le Gouvernement français, dans une lettre en date du 28 août 1995, a exprimé sa conviction que l'arrêt du 20 décembre 1974 ne pouvait en aucun cas fonder aujourd'hui la compétence de la Cour, que la démarche actuelle de la Nouvelle-Zélande ne s'inscrivait nullement dans le cadre de l'affaire de 1973-1974, laquelle portait exclusivement sur les essais atmosphériques, et que ladite démarche ne pouvait pas s'y rattacher car la demande présentée en 1973 n'existait plus.

Le Gouvernement français a également affirmé qu'en l'absence de consentement de la France la Cour n'avait pas compétence pour connaître de l'action intentée par la Nouvelle-Zélande.

Vu que la demande de la Nouvelle-Zélande était sans précédent, la Cour a invité les deux Etats, dans l'intérêt de la justice, à lui faire connaître leurs vues sur la question suivante:

> «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 21 décembre 1974 en l'affaire des *Essais nucléaires (Nouvelle-Zélande c. France)*?»

En réponse à cette question, la Nouvelle-Zélande a soutenu que les demandes constituaient une continuation de l'instance introduite en 1973, dans le cadre de laquelle elle avait prié la Cour de dire et juger que les essais nucléaires provoquant des retombées radioactives effectués 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.

La Nouvelle-Zélande a rappelé qu'à l'époque la Cour avait entendu des exposés oraux sur les questions de compétence et de recevabilité, durant et après lesquels plusieurs déclarations officielles avaient été faites par les autorités françaises au sujet des essais atmosphériques, que la Cour avait interprété ces déclarations comme constituant de la part du Gouvernement français des engagements juridiquement contraignants et qu'elle avait considéré que la demande de la Nouvelle-Zélande devait s'interpréter comme uniquement applicable aux essais atmosphériques. La Cour avait en conséquence conclu que les engagements pris par la France répondaient aux préoccupations essentielles de la Nouvelle-Zélande.

Poursuivant sa réponse à la question posée par la Cour, la Nouvelle-Zélande a souligné qu'après être parvenue à cette conclusion la Cour

to New Zealand the right as spelt out in paragraph 63 to return to the Court in the event of the basis of the Judgment being affected.

New Zealand stated that underlying the 1974 Judgment was the assumption that the decision by France to cease atmospheric testing and switch to underground testing met New Zealand's immediate concern about contamination of the environment; however, it contended that its wider concerns as stated in its Application remained, and that no thought had at the time been given to whether underground nuclear testing might lead to some of the same environmental consequences that had been the subject of its 1973 Application.

New Zealand also asserted that as only atmospheric testing was taking place in the South Pacific region in 1974, underground testing was not in issue, and that the Court had no evidence that such testing either could or could not lead to radioactive contamination of any part of the environment.

Among several other reasons which New Zealand advanced as having motivated the 1974 Judgment, it stated that the most likely one the Court had in mind in formulating paragraph 63 was the idea that the resumption of nuclear testing by France at some future time could give rise to artificial radioactive contamination of the environment in a manner not foreseen in 1974, and which could affect the basis of the Judgment.

New Zealand says its reading flows from the conclusion that France could not have reserved the right to radioactive contamination of the marine environment by methods other than atmospheric testing — i.e., by underground testing — at the time France made its unilateral commitment.

New Zealand suggested that France had abandoned atmospheric testing in favour of underground testing because at the time atmospheric testing was the only known method of causing the contamination of which New Zealand complained, while underground testing was thought not to present such risks. Therefore, said New Zealand, what was in issue in 1973-1974 was testing that could cause radioactive contamination, not only of the territory of other States, but also of the marine environment in which other States had an interest.

New Zealand suggested that France had decided to resort to underground testing because it was at that time thought to be free of the risk of causing radioactive contamination of the environment.

New Zealand stated that it had decided to "Request for an Examination of the Situation" in pursuance of the right reserved to it by the Court in the 1974 Judgment, because of increasing scientific evidence which had emerged of late and because of its concern about the possible environmental impacts of underground testing.

avait réservé à la Nouvelle-Zélande le droit, énoncé au paragraphe 63, de revenir devant elle si le fondement de l'arrêt était remis en cause.

La Nouvelle-Zélande a déclaré que l'arrêt de 1974 reposait sur le postulat que la décision de la France de mettre fin aux essais en atmosphère et de passer à des essais souterrains répondait aux préoccupations immédiates de la Nouvelle-Zélande relatives à la contamination de l'environnement; elle a cependant soutenu que ses préoccupations plus générales, telles qu'elle les avait exposées dans sa requête, demeuraient, et que personne n'avait demandé à l'époque si les essais nucléaires souterrains pouvaient avoir le même genre de conséquences écologiques que celles qui faisaient l'objet de la requête de 1973.

La Nouvelle-Zélande a également fait valoir que, puisqu'en 1974 il n'était procédé dans la région du Pacifique Sud qu'à des essais atmosphériques, les essais souterrains n'étaient pas en cause, et que la Cour ne disposait d'aucun élément quant au risque éventuel de contamination radioactive d'une partie quelconque de l'environnement que comportaient des essais de ce type.

Parmi plusieurs autres motifs que la Nouvelle-Zélande a avancés comme expliquant l'arrêt de 1974, le plus vraisemblable était selon elle que la Cour, en formulant le paragraphe 63, envisageait que la reprise par la France d'essais nucléaires à un moment ou à un autre pourrait provoquer une contamination radioactive artificielle de l'environnement d'une manière imprévisible en 1974, ce qui pourrait remettre en cause le fondement de l'arrêt.

Selon la Nouvelle-Zélande, cette interprétation procède de la conclusion que la France, lorsqu'elle a assumé son engagement unilatéral, n'a pas pu s'être réservé le droit de provoquer une contamination radioactive du milieu marin par des méthodes autres que des essais en atmosphère, c'est-à-dire par des essais souterrains.

La Nouvelle-Zélande a dit que la France avait renoncé aux essais atmosphériques pour passer aux essais souterrains parce qu'à l'époque les essais atmosphériques étaient la seule méthode connue susceptible de provoquer la contamination dont la Nouvelle-Zélande tirait grief, alors que les essais souterrains étaient censés ne pas présenter ce genre de risque. Dès lors, a poursuivi la Nouvelle-Zélande, l'instance de 1973-1974 portait sur les essais susceptibles de provoquer une contamination radioactive non seulement du territoire d'autres Etats, mais aussi du milieu marin dans lequel d'autres Etats avaient un intérêt.

La Nouvelle-Zélande a fait valoir que la France avait décidé de recourir aux essais souterrains parce que ceux-ci, à l'époque, étaient censés ne présenter aucun risque de contamination radioactive de l'environnement.

La Nouvelle-Zélande a déclaré qu'elle avait décidé de présenter une «Demande d'examen de la situation» en vertu du droit que la Cour lui avait réservé dans l'arrêt de 1974, en raison de preuves scientifiques en nombre de plus en plus grand qui étaient récemment apparues et de sa préoccupation quant à l'impact possible sur l'environnement des essais souterrains.

In attempting to demonstrate that its Request was covered by paragraph 63, New Zealand stated that a noted vulcanologist, Professor Pierre Vincent, writing on the environmental risks of nuclear testing at Mururoa, had stated that:

> "All the factors now known to be conducive to the destabilisation of volcanoes — major weathering and fracturing of materials, and steep sides — are present at Mururoa. In view of that fact, the shock wave produced by one of the planned new explosions, even if it were conducted beneath the lagoon, could be big enough to cause one or more of the large 'pre-perforated' blocks to shear away. This situation, which has no parallel anywhere else, can only be described as high-risk.
>
> The immediate consequence of such a destabilisation would be a sudden spill-out of part of the radioactive 'stockpile' into the sea and the formation of a tidal wave — or, more accurately speaking, a tsunami — which would threaten the lives of those living not only in Mururoa but in neighbouring archipelagoes." (Request, Ann. 5.)

Another scientist, Dr. Colin Summerhayes, a Director of Oceanographic Sciences in the United Kingdom, writing in the *Independent* newspaper of London on 9 September 1995 in relation to volcanic islands like Mururoa stated that they are:

> "inherently unstable and may fail, given an appropriate trigger like an earthquake or a very large explosion. Failure is likely to cause a giant submarine landslide which may demolish parts of the island and could create a tidal wave that may itself damage coastal installations on other islands nearby."

Dr. Summerhayes further stated that the creation of such a tidal wave was "a genuine threat to coasts as far away as New Zealand and Australia". New Zealand also pointed out that the French Atomic Agency Commission itself, in data it had itself presented, had shown that the largest tests of the 1970s and 1980s at Mururoa had had unanticipated effects.

New Zealand further asserted that France itself had acknowledged that there had been accidents and accidental releases of radioactivity during post-test sampling operations.

It further stated that it had a reasonably founded concern that what France had already done to the two atolls might cumulatively have so weakened their structures that further tests would develop the weaknesses and fracture the structures in such a way as to cause a substantial escape of radioactive material and risks to the marine environment, and

Pour tenter de démontrer que sa demande relevait du paragraphe 63, la Nouvelle-Zélande s'est référée à un article écrit par un éminent vulcanologue, M. Pierre Vincent, à propos des risques que présentent pour l'environnement les essais nucléaires effectués à Mururoa, où il est dit:

> «Tous les facteurs que l'on sait maintenant favoriser la déstabilisation d'un volcan sont rassemblés à Mururoa: altération et fracturation importante des matériaux, fortes pentes des flancs. Compte tenu de ces faits, l'onde de choc d'une prochaine explosion, même produite sous le lagon, pourrait être suffisante pour détacher un ou plusieurs de ces grands panneaux prédécoupés. C'est là une situation sans équivalent ailleurs, qu'il faut bien qualifier de situation à haut risque.
>
> Les conséquences immédiates d'une déstabilisation seraient le déversement brutal d'une partie du stockage radioactif dans l'océan, et la formation d'un raz de marée (ou plus exactement d'un tsunami) qui menacerait, outre les personnes résidant à Mururoa, celles qui vivent dans les archipels voisins.» (Demande, annexe 5.)

Un autre scientifique, M. Colin Summerhayes, directeur de l'Institut des sciences océanographiques du Royaume-Uni, a, dans un article publié dans l'*Independent* de Londres le 9 septembre 1995, indiqué à propos des îles volcaniques telles que Mururoa qu'elles étaient

> «intrinsèquement instables et susceptibles de s'affaisser sous l'effet d'un facteur déclenchant suffisant tel qu'un tremblement de terre ou une explosion de très grande puissance. Un tel affaissement provoquerait probablement un gigantesque glissement sous-marin qui pourrait anéantir des parties de l'île et créer un raz de marée qui, à son tour, pourrait endommager les équipements côtiers situés sur les îles alentour.»

M. Summerhayes a ajouté que la formation d'un raz de marée de ce genre constituait «une menace réelle pour les côtes, fussent-elles aussi éloignées que celles de la Nouvelle-Zélande ou de l'Australie». La Nouvelle-Zélande a également souligné que le commissariat français à l'énergie atomique avait lui-même communiqué des informations selon lesquelles les tirs les plus puissants des années soixante-dix et quatre-vingt effectués à Mururoa avaient eu des effets inattendus.

La Nouvelle-Zélande a de plus soutenu que la France elle-même avait reconnu qu'il s'était produit des accidents ainsi que des fuites accidentelles de radioactivité au cours d'opérations de prélèvement d'échantillons après les essais.

Elle a affirmé en outre que les effets cumulés des essais pratiqués par la France sur les deux atolls avaient tellement affaibli leur structure que l'on pouvait raisonnablement craindre que de nouveaux essais aient pour résultat d'accentuer cette fragilité et de fracturer cette structure de manière à libérer des quantités substantielles de matières radioactives et à mettre

that there was now good reason to fear that those risks were substantially greater than had previously been believed.

The foregoing matters provide new evidence regarding the cumulative effect of underground testing which has occasioned the serious concerns felt by the South Pacific nations.

According to New Zealand, the Noumea Convention of 1986, to which France is a party, requires France to cease testing at least until an Environmental Impact Assessment has been completed. It also suggested that new developments in international law, particularly the precautionary principle, place the onus of proof on France to offer satisfactory evidence that underground testing is safe.

As to the standard of proof to be applied by the Court in determining whether it has competence or jurisdiction to entertain its Requests, New Zealand submitted that the prima facie rather than definitive standard should apply as in the case of requests for provisional measures of protection.

New Zealand submitted that, applying the prima facie standard to the situation faced by New Zealand in 1995, the Court would find that paragraph 63 would "appear, prima facie, to afford a basis on which the jurisdiction of the Court might be founded" (Request, para. 12).

In further considering the scope and operation of paragraph 63, New Zealand reminded the Court of what is stated in that paragraph, namely, "the Court observes that if the basis of this Judgment were to be affected, the Applicant could request an examination of the situation . . ." (*ibid.*, para. 61).

New Zealand pointed out that with the announcement of 13 June 1995 by the French Government, a situation had arisen that the Court had in mind in the Judgment of 1974; that the Request of 21 August 1995 sought the continuation of the proceedings New Zealand had commenced in 1973; that even though those proceedings had been the subject of a Judgment delivered on 20 December 1974, that Judgment did not bring the case to an end; that the current Request was another phase in those proceedings and that the right to bring the Request derived from the 1974 Judgment.

New Zealand further stated that the paragraph not only granted it the right to bring the Request, but also preserved the jurisdictional basis of the case when it stated that the denunciation by France on 2 January 1974 of the General Act for the Pacific Settlement of International Disputes of 1928 did not divest the Court of the jurisdiction it already possessed; that in adopting that form of words, the Court exercised its inherent power to preserve its jurisdiction in the case to be used in appropriate circumstances when the occasion demanded, and in the interest of justice.

As to the meaning of the words "to request an examination of the situation in accordance with the provisions of the Statute", New Zealand

en péril le milieu marin, et que l'on avait aujourd'hui de bonnes raisons de penser que ces risques étaient sensiblement plus importants qu'on ne l'avait cru auparavant.

Ces données constituent de nouveaux éléments de preuve quant aux effets cumulés des essais souterrains, qui expliquent les graves préoccupations des nations du Pacifique Sud.

Selon la Nouvelle-Zélande, la convention de Nouméa de 1986 à laquelle la France est partie fait obligation à celle-ci de mettre fin à ses essais au moins jusqu'à ce qu'ait été réalisée une évaluation de l'impact sur l'environnement. La Nouvelle-Zélande a aussi fait valoir que l'évolution du droit international, en particulier le principe de précaution, impose à la France d'apporter une preuve satisfaisante du caractère inoffensif des essais souterrains.

Quant à la norme de preuve à appliquer par la Cour pour déterminer si elle a compétence pour connaître des demandes, la Nouvelle-Zélande a soutenu qu'il s'agissait, comme dans le cas d'une demande en indication de mesures conservatoires, d'une norme *prima facie* et non absolue.

En appliquant la norme *prima facie* à la situation à laquelle la Nouvelle-Zélande doit faire face en 1995, la Cour conclurait que le paragraphe 63 se présente «comme constituant, *prima facie*, une base sur laquelle la compétence de la Cour pourrait être fondée» (demande d'examen de la situation, par. 12).

Examinant ensuite la portée et l'application du paragraphe 63, la Nouvelle-Zélande a rappelé à la Cour ce qu'elle avait prévu dans ce paragraphe, à savoir: «La Cour fait observer que, si le fondement du présent arrêt était remis en cause, le requérant pourrait demander un examen de la situation...» (*Ibid.*, par. 61.)

La Nouvelle-Zélande a souligné que l'annonce faite le 13 juin 1995 par le Gouvernement français avait créé une situation du genre de celle qu'envisageait la Cour lorsqu'elle a rendu son arrêt en 1974; que la demande du 21 août 1995 visait à la continuation de l'instance introduite par la Nouvelle-Zélande en 1973; que bien que cette instance ait donné lieu à un arrêt rendu le 20 décembre 1974, celui-ci n'avait pas mis un terme à l'affaire; que ladite demande constituait une nouvelle phase de l'instance; et que le droit de la présenter découlait des termes de l'arrêt de 1974.

La Nouvelle-Zélande a en outre affirmé que le paragraphe 63 non seulement lui conférait le droit de présenter sa demande, mais préservait aussi la base de compétence en l'espèce en ce qu'il énonçait que la dénonciation par la France, le 2 janvier 1974, de l'Acte général pour le règlement pacifique des différends internationaux de 1928 ne privait pas la Cour de la compétence qu'elle possédait déjà, et qu'en s'exprimant en ces termes la Cour avait exercé son pouvoir inhérent de préserver sa compétence dans cette affaire pour l'exercer dans des circonstances appropriées si la situation l'exigeait, et dans l'intérêt de la justice.

Quant à la signification de l'expression «demander un examen de la situation conformément aux dispositions du Statut», la Nouvelle-Zélande

postulated that the Court meant that the presentation of a "Request for an Examination" was to be part of the same case, and not a new one; but acknowledged that even when the Court had used its inherent power, as it had done in this case, in order that a particular method of procedure might be followed, it must recognize that jurisdiction must be conceived of in terms of what had founded the original case. It suggested that the provisions of the Statute referred to in paragraph 63 were those of Article 36 (1) and (2). On the other hand, New Zealand argued that the obligation to proceed in accordance with the Statute might extend beyond any particular statutory provision; and that it might be intended that examination would continue in accordance with the general statutory and regulatory requirements for the procedure of any case.

New Zealand drew attention to the Court's inherent power to accommodate the particular requirements of a case.

It pointed out that its Request should not be regarded as an Application for Revision under Article 61 of the Statute; that its case does not deal with the discovery of an essential fact discovered after the Judgment that would require its correction and rectification, but rather that paragraph 63 of the 1974 Judgment was intended to allow for further consideration of the subject-matter of the case only in defined circumstances; that there was no reason why the Court should have wished to limit the French undertaking to ten years, as Article 61 expressly provides. In New Zealand's view, the Court was not referring to revision under paragraph 63, but to the possibility of a separate derivative proceeding which in the 1974 Judgment it had expressly authorized.

New Zealand also advanced the argument that, as a result of the evolution of the law, there is now no basis for assuming that the law permits underground testing; that, on the contrary, international law in general and the Noumea Convention in particular impose on France an obligation not to contaminate the environment with radioactive material.

The Noumea Convention of 25 November 1986 (to which New Zealand and France together with other States are parties), New Zealand pointed out, is concerned with the protection of the natural resources and environment of the South Pacific region, and that Article 12 of that treaty provides that:

> "The Parties shall take all appropriate measures to prevent, reduce and control pollution in the Convention Area which might result from the testing of nuclear devices."

New Zealand takes the position that France is under an obligation to carry out an Environmental Impact Assessment, in accordance with Article 16 of the Treaty, before embarking on nuclear testing, to determine whether such tests are environmentally acceptable to the location and that no radioactive material will be introduced into the environment as a

a posé en principe que, selon les prévisions de la Cour, la présentation d'une «demande d'examen» ferait partie intégrante de la même affaire et ne constituerait pas une affaire nouvelle; elle a toutefois reconnu que même lorsque la Cour exerçait son pouvoir inhérent, comme elle l'avait fait en l'espèce, dans le but d'ouvrir une voie procédurale particulière, il lui fallait admettre que sa compétence devait reposer sur le fondement invoqué initialement. La Nouvelle-Zélande a estimé que les dispositions du Statut visées au paragraphe 63 étaient celles des paragraphes 1 et 2 de l'article 36. Par ailleurs, elle a fait valoir que l'obligation de procéder conformément au Statut pouvait ne pas être limitée à une disposition particulière de celui-ci, l'idée étant que l'examen devrait se poursuivre conformément aux dispositions générales du Statut et du Règlement applicables à la procédure suivie dans toute affaire.

La Nouvelle-Zélande a souligné le pouvoir inhérent qu'a la Cour de tenir compte des circonstances particulières d'une affaire.

Elle a signalé que sa demande ne devait pas être considérée comme une demande en revision au titre de l'article 61 du Statut; qu'il ne s'agissait pas de la découverte d'un fait essentiel survenue après le prononcé de l'arrêt qui exigerait la correction et la rectification de celui-ci, mais que le paragraphe 63 de l'arrêt de 1974 visait plutôt à permettre un réexamen ultérieur de l'objet de l'affaire dans certaines circonstances uniquement; que la Cour n'avait aucune raison de limiter à dix ans, comme le prévoit expressément l'article 61, l'engagement pris par la France. Pour la Nouvelle-Zélande, la Cour, au paragraphe 63, envisageait non pas une revision, mais la possibilité d'une procédure dérivée distincte qu'elle avait expressément autorisée dans son arrêt de 1974.

La Nouvelle-Zélande a fait valoir aussi que, par suite de l'évolution du droit, rien ne permet actuellement de supposer que les essais souterrains sont licites; qu'au contraire le droit international en général et la convention de Nouméa en particulier imposent à la France l'obligation de ne pas contaminer l'environnement par des substances radioactives.

Selon la Nouvelle-Zélande, la convention de Nouméa du 25 novembre 1986 (à laquelle la Nouvelle-Zélande et la France, entre autres Etats, sont parties) traite de la protection des ressources naturelles et de l'environnement de la région du Pacifique Sud, et son article 12 est ainsi libellé:

> «Les Parties prennent toutes les mesures appropriées pour prévenir, réduire et combattre la pollution de la zone d'application de la convention qui pourrait résulter de l'expérimentation d'engins nucléaires.»

La Nouvelle-Zélande estime qu'avant d'entreprendre des essais nucléaires la France a l'obligation de procéder à une évaluation de l'impact sur l'environnement conformément à l'article 16 de la convention, afin de déterminer si les effets de ces essais sont acceptables pour l'environnement local et de s'assurer qu'ils ne donneront lieu à l'introduction d'aucune

result of those tests. New Zealand maintains that France has not carried out such an assessment, or that there is no available evidence to show that it has done so.

New Zealand contends that apart from France's obligation under the Noumea Convention to carry out an Environmental Impact Assessment of the proposed underground nuclear tests, it is also obliged under customary international law to carry out such an assessment in relation to any activity which is likely to cause significant damage to the environment, particularly where such effects are likely to be transboundary in nature. In its view, nuclear tests, because of their significant deposits of radioactive material which could be released into the immediate marine environment, must be preceded by such an assessment. That obligation, according to New Zealand, is founded on concordant State practice, the 1987 UNEP Goals and Principles of Environmental Impact Assessment, Articles 205 and 206 of the 1982 United Nations Law of the Sea Convention, the 1985 ASEAN Agreement, the European Community Environment Assessment Directive, the 1989 World Bank Operational Directive, the 1991 Espoo Convention, the 1991 Protocol on Environmental Protection to the Antarctic Treaty and the 1992 Convention on Biological Diversity, as well as the Euratom Treaty, all of which serve as a legal basis and as an illustration of the international standards accepted by France as applicable in this sphere of activity. New Zealand submits that France's refusal to carry out such a procedure for this class of activity is illegal.

As further evidence of the general obligation on France to conduct an Environmental Impact Assessment, New Zealand refers to Principle 21 of the Stockholm Declaration on the Human Environment and Principle 2 of the Rio Declaration on Environment and Development of 1992, which takes the form of a binding treaty for the South Pacific region in Article 4 (6) of the Noumea Convention, which provides that:

> "Each Party shall ensure that activities within its jurisdiction or control do not cause damage to the environment of other States or of areas beyond the limits of its national jurisdiction."

It is also part of New Zealand's case that the introduction of radioactive material into the oceans is a matter of special concern to the international community, and calls for the most extensive, if not absolute, prohibition. This principle, says New Zealand, is recognized by France both in terms of Agenda 21, paragraph 22.5 *(c)*, of the 1992 United Nations Conference on Environment and Development and in Article 10

matière radioactive dans l'environnement. La Nouvelle-Zélande soutient que la France n'a effectué aucune évaluation de ce type, ou tout au moins que rien ne prouve qu'elle en ait effectué une.

La Nouvelle-Zélande soutient qu'indépendamment de l'obligation qui incombe à la France, en vertu de la convention de Nouméa, de procéder à une évaluation de l'impact sur l'environnement des essais nucléaires souterrains envisagés, la France est aussi tenue, en vertu du droit international coutumier, d'effectuer une telle évaluation à propos de toute activité de nature à causer un dommage significatif à l'environnement, notamment lorsque le dommage risque d'avoir un caractère transfrontière. Pour la Nouvelle-Zélande, cette évaluation doit précéder les essais nucléaires, eu égard à l'importance des dépôts de matières radioactives susceptibles d'être libérées dans le milieu marin immédiat. Cette obligation est fondée selon elle sur une pratique concordante des Etats, ainsi que sur les buts et principes de l'évaluation de l'impact sur l'environnement énoncés par le Programme des Nations Unies pour l'environnement (PNUE) en 1987, les articles 205 et 206 de la convention des Nations Unies sur le droit de la mer de 1982, l'accord de l'Association des nations de l'Asie du Sud-Est (ANASE) de 1985, la directive des Communautés européennes concernant l'évaluation des incidences de certains projets publics et privés sur l'environnement, la directive opérationnelle de la Banque mondiale de 1989, la convention d'Espoo de 1991, le protocole de 1991 au traité sur l'Antarctique, relatif à la protection de l'environnement, la convention de 1992 sur la diversité biologique et le traité instituant l'Euratom; c'est là le fondement juridique et l'illustration des normes internationales que la France reconnaît comme applicables dans ce domaine d'activité. La Nouvelle-Zélande affirme que le refus par la France de mener à bien cette procédure pour ce type d'activité est illicite.

A titre de preuve supplémentaire de l'obligation générale qui incombe à la France d'effectuer une évaluation de l'impact sur l'environnement, la Nouvelle-Zélande invoque le principe 21 de la déclaration de Stockholm sur l'environnement ainsi que le principe 2 de la déclaration de Rio de 1992 sur l'environnement et le développement, et souligne que pour la région du Pacifique Sud le principe revêt la forme d'une obligation conventionnelle contraignante, le paragraphe 6 de l'article 4 de la convention de Nouméa étant ainsi libellé:

> «Chaque partie doit faire en sorte que les activités exercées dans les limites de sa juridiction ou sous son contrôle ne causent pas de dommage à l'environnement dans d'autres Etats ou dans des zones situées au-delà des limites de sa juridiction nationale.»

La thèse de la Nouvelle-Zélande est en outre que l'introduction de matières radioactives dans les océans est particulièrement préoccupante pour la communauté internationale et qu'elle doit faire l'objet d'une interdiction extrêmement rigoureuse, voire absolue. Ce principe, selon la Nouvelle-Zélande, est reconnu par la France dans le cadre tant du paragraphe 22.5 *c)* du programme Action 21, adopté par la conférence

of the Noumea Convention whereby: "The Parties agree to prohibit the dumping of radioactive wastes or other radioactive matter in the Convention area."

In sum, New Zealand maintains that France has accepted stringent requirements — which have now become law — which prohibit it from introducing radioactive material into the marine environment, and even prohibit the storage of radioactive wastes (including the produce of nuclear tests) unless there is compelling evidence to the effect that such storage will not lead to the introduction of radioactive material into the marine environment.

Another of the legal bases cited for its claim that France will be in breach of international law with the resumption of testing derives from the binding Treaty Banning Nuclear Weapon Testing in the Atmosphere, in Outer Space and Under Water, of 5 August 1963, which proclaims in its preamble the objective of States "to achieve the discontinuation of all test explosions of nuclear weapons for all time" and the desire "to put an end to the contamination of man's environment by radioactive substances".

New Zealand is of the conviction that contemporary international law does not countenance the continuance of nuclear testing which causes radioactive contamination of the environment outside the territory of the testing State.

In summing up its response to the question posed by the Court, New Zealand maintained that since 1974 the situation had changed so radically as to have materially affected the basis of the Judgment; that such changes had struck at the rationale on which the case was barred from proceeding in 1974 so as to warrant its resumption in 1995; that the Court's assumption that the cessation of atmospheric testing would protect New Zealand's right had been affected by further evidence in 1995 when France resumed underground testing in the South Pacific region of Mururoa and Fangataufa and that this would have had potentially adverse and detrimental effects on those atolls.

New Zealand submitted that the conditions for resuming the case have accordingly been met; that there is now real evidence that New Zealand's original concerns that there should be no contamination of the marine environment have been reactivated by the underground testing carried out by France, and that the evidence of risk is compelling.

Responding to the question posed by the Court as to whether the Request by New Zealand fell within the provisions of paragraph 63 of the 1974 Judgment, France argued that there was no case in the legal sense in terms of the Statute and Rules of Court. France stated that there was a fundamental difference between the *Nuclear Tests (New Zealand* v. *France)* case of 1973 and the Request of 1995. The 1974 Judgment,

des Nations Unies sur l'environnement et le développement de 1992, que de l'article 10 de la convention de Nouméa, ainsi libellé: «Les parties conviennent d'interdire l'immersion de déchets radioactifs ou autres matières radioactives dans la zone d'application de la convention.»

En somme, la Nouvelle-Zélande soutient que la France a accepté des obligations rigoureuses — qui sont désormais devenues le droit — qui lui interdisent d'introduire des matières radioactives dans le milieu marin et qui prohibent même le stockage de déchets radioactifs (y compris le produit des essais nucléaires), à moins qu'il ne soit établi en toute certitude que l'opération n'aura pas pour résultat de faire pénétrer des matières radioactives dans le milieu marin.

Un autre moyen juridique invoqué par la Nouvelle-Zélande pour affirmer que la France contreviendra au droit international en reprenant les essais découle du traité du 5 août 1963 interdisant les essais d'armes nucléaires dans l'atmosphère, dans l'espace extra-atmosphérique et sous l'eau, dont les dispositions sont obligatoires et qui énonce en son préambule l'objectif que se fixent les Etats «d'assurer l'arrêt de toutes les explosions expérimentales d'armes nucléaires à tout jamais» et leur désir «de mettre un terme à la contamination du milieu ambiant de l'homme par des substances radioactives».

La Nouvelle-Zélande est convaincue que le droit international contemporain n'autorise pas la poursuite d'essais nucléaires qui provoquent une contamination radioactive de l'environnement en dehors du territoire de l'Etat qui procède aux essais.

En résumant sa réponse à la question posée par la Cour, la Nouvelle-Zélande a conclu que depuis 1974 la situation avait subi des changements tels que le fondement de l'arrêt était substantiellement remis en cause; que ces changements avaient affecté le motif qui avait empêché l'affaire de se poursuivre en 1974, et qu'ils justifiaient donc sa reprise en 1995; que le postulat de la Cour selon lequel la cessation des essais en atmosphère protégerait les droits de la Nouvelle-Zélande avait été remis en cause par des éléments nouveaux apparus en 1995 lors de la reprise par la France des essais souterrains à Mururoa et à Fangataufa dans la région du Pacifique Sud, et que ces essais auraient des effets potentiellement nuisibles et dommageables sur ces atolls.

La Nouvelle-Zélande a fait valoir que les conditions de reprise de l'instance étaient donc remplies, qu'il était désormais véritablement établi que les préoccupations initiales de la Nouvelle-Zélande, soucieuse d'éviter toute contamination du milieu marin, avaient été ravivées par les essais souterrains effectués par la France et que le risque était attesté par des preuves décisives.

Dans sa réponse à la question posée par la Cour quant au point de savoir si la demande de la Nouvelle-Zélande entrait dans les prévisions du paragraphe 63 de l'arrêt de 1974, la France a fait valoir qu'il n'y avait pas d'affaire au sens juridique, en vertu du Statut et du Règlement de la Cour. Selon elle, il y avait une différence fondamentale entre l'affaire des *Essais nucléaires (Nouvelle-Zélande c. France)* de 1973 et la demande

according to France, related to nuclear tests producing effects in New Zealand, Niue, the Cook Islands and Tokelau and not to the South Pacific region as a whole, whereas the 1995 Request concerns the marine environment of the South Pacific region.

France further argued that the Request by New Zealand did not meet the provisions of the Statute — especially Article 40 — nor did the Request fall under Articles 60 or 61 of the Statute relating respectively to an application for interpretation or a request for a revision of the Judgment. France also contended that the 1974 Judgment could not have contemplated underground testing, since that type of testing was not in issue at the time.

It further argued that since the law invoked by New Zealand was new law, that law would require a new case, but that as New Zealand had submitted that the Request was not a new case, there was no procedural foundation for the Request to stand on; that the Court therefore had no statutory basis on which to pronounce on New Zealand's Request; that New Zealand's Request, therefore, did not fall within the provisions of paragraph 63 of the 1974 Judgment.

France also contended that the Judgment excluded New Zealand's broader concerns as the Court had the right and duty to identify the object of the claim. France suggested that what the Court contemplated in paragraph 63 was a hypothetical future examination of the case, and New Zealand's interpretation of that text as enabling it to reopen the case was a misreading of the paragraph.

France also contested the scientific evidence presented by New Zealand, saying that the level of radioactivity found in the atolls was the same as was to be found in far-away countries and regions, and that New Zealand had not been affected by radioactivity emanating from the nuclear tests; nor had the continuation of the tests had any effects on the environment.

It asserted that fracturing as a result of the tests on the atolls was normal, and that there was no risk of geological disaster; that, after twenty years of testing, radioactivity in the environment of Mururoa was slight.

As far as the relevant Conventions requiring certain actions to be taken, France stated that it had contributed greatly to the development of the law; that hazardous wastes and underground tests are not one and the same thing; that France has complied with the precautionary principle and was complying fully with the international law of the environment.

France rejected the *res ipsa loquitur* principle which New Zealand had advanced regarding the burden of proof and maintained that such burden rested upon New Zealand.

France submitted that the Request of New Zealand neither fell within the terms of paragraph 63 nor met the conditions set therein.

de 1995. En effet, l'arrêt rendu en 1974 concernait des essais nucléaires produisant des effets en Nouvelle-Zélande, à Nioué, aux îles Cook et à Tokélaou, et non la région du Pacifique Sud dans son ensemble, alors que la demande de 1995 portait sur le milieu marin de cette région.

La France a fait valoir par ailleurs que la demande de la Nouvelle-Zélande n'était pas conforme aux dispositions du Statut, notamment à l'article 40, et qu'elle ne relevait pas non plus des articles 60 ou 61 du Statut relatifs respectivement à une demande en interprétation et à une demande en revision de l'arrêt. La France a soutenu aussi que l'arrêt de 1974 n'avait pu envisager des essais souterrains, ce type d'essais n'étant pas en cause à l'époque.

Elle a fait valoir en outre que, le droit invoqué par la Nouvelle-Zélande étant un droit nouveau, il ne pourrait être examiné que dans le cadre d'une nouvelle affaire, mais que la Nouvelle-Zélande ayant affirmé que sa demande n'introduisait pas une affaire nouvelle cette demande ne reposait sur aucun fondement de procédure; que, dès lors, aucune base statutaire ne permettait à la Cour de se prononcer sur la demande de la Nouvelle-Zélande et que, par suite, cette demande n'entrait pas dans les prévisions du paragraphe 63 de l'arrêt rendu en 1974.

La France a soutenu aussi que l'arrêt avait exclu les préoccupations plus larges de la Nouvelle-Zélande, la Cour ayant le droit et le devoir de préciser l'objet de la demande. Selon la France, ce que la Cour envisageait au paragraphe 63 était un examen hypothétique futur de l'affaire, et c'était à tort que la Nouvelle-Zélande interprétait ce texte comme permettant à la Cour de rouvrir l'affaire.

En outre, la France a contesté les preuves scientifiques présentées par la Nouvelle-Zélande, en affirmant que le niveau de radioactivité constaté dans les atolls était le même que celui observé dans des pays et régions éloignés, que la Nouvelle-Zélande n'avait pas été touchée par la radioactivité dégagée par les essais nucléaires et que la poursuite des essais n'avait eu aucun effet sur l'environnement.

La France a affirmé que les fractures provoquées par les essais dans les atolls étaient normales, qu'il n'y avait aucun risque de catastrophe géologique et qu'après vingt années d'essais l'environnement de Mururoa ne présentait qu'une faible radioactivité.

S'agissant des conventions pertinentes prescrivant que certaines mesures soient prises, la France a fait valoir qu'elle avait beaucoup contribué au développement du droit, que les essais souterrains n'étaient pas synonymes de déchets dangereux, que la France s'était conformée au principe de précaution et qu'elle respectait intégralement le droit international de l'environnement.

La France a rejeté le principe *res ipsa loquitur* avancé par la Nouvelle-Zélande concernant la charge de la preuve et soutenu que cette charge incombait à la Nouvelle-Zélande.

La France a conclu que la demande de la Nouvelle-Zélande n'entrait pas dans les prévisions du paragraphe 63 et ne remplissait pas non plus les conditions énoncées dans ce paragraphe.

[illegible] France, through its letter, *aide-mémoire*, and its presentation during the oral hearings, attempted to show in every material particular that the Requests of New Zealand had no legal basis, and also denied that the Court was competent to entertain the Request.

In my view, the Court took the right decision when it invited the two States to inform it of their views as to whether the Requests submitted by New Zealand fell within the provisions of paragraph 63 of the Court's 1974 Judgment in the *Nuclear Tests (New Zealand* v. *France)* case. The burden of establishing the legal basis of the Request rested upon New Zealand, for it was New Zealand that had submitted the Request, and it was for New Zealand to establish that the Request fell within the provisions of paragraph 63.

In my considered opinion, the standard of proof the Court should have applied as to whether New Zealand had established the legal basis of its Request should have been on a prima facie basis.

It seems to me that when it put the question for both States to address, the Court was attempting to determine whether it was competent to consider the main Request and the Further Request submitted by New Zealand in which the Court was asked to indicate interim provisional measures under Article 41 of the Statute to restrain France from resuming underground nuclear testing in the South Pacific region.

New Zealand had advanced the argument that the Court's jurisdiction to entertain both Requests was derived from paragraph 63 of the Judgment. France contested this.

In the *Nuclear Tests (New Zealand* v. *France)* case in 1973-1974, New Zealand had founded the jurisdiction of the Court on:

> "*(a)* Article 17 of the General Act of Geneva for the Pacific Settlement of International Disputes of 1928, in combination with Articles 36 (1) and 37 of the Statute of the Court, and
>
> *(b)* the declarations respectively of New Zealand and France under Article 36 (2) — the optional clause — of the Statute, in combination with paragraph 5 of the same Article." (*Judgment, I.C.J. Reports 1974*, p. 509, para. 59, joint dissenting opinion.)

The Court ruled that the provisions invoked by New Zealand appeared, prima facie, to afford a basis on which its jurisdiction might be founded (*Nuclear Tests (New Zealand* v. *France), Interim Protection, Order of 22 June 1973, I.C.J. Reports 1973*, p. 138).

Thus, when making its Order indicating provisional measures, the Court applied the prima facie test in order to determine a basis on which its jurisdiction might be founded.

In that Order the Court recalled that, by the terms of Article 41 of the Statute, the Court might indicate interim measures of protection only

L'instance a ainsi été liée dès lors que la France, par sa lettre, son aide-mémoire et ses exposés au cours de la procédure orale, s'est efforcée de montrer dans le moindre détail que les demandes de la Nouvelle-Zélande étaient dépourvues de base juridique, en niant par ailleurs que la Cour eût compétence pour connaître de la demande.

A mon avis, la Cour a eu raison d'inviter les deux Etats à lui faire connaître leurs vues sur le point de savoir si les demandes présentées par la Nouvelle-Zélande entraient dans les prévisions du paragraphe 63 de l'arrêt rendu par la Cour en 1974 en l'affaire des *Essais nucléaires (Nouvelle-Zélande c. France)*. La charge d'établir le fondement juridique de la demande incombait à la Nouvelle-Zélande, qui avait pris l'initiative de la présenter, et il incombait aussi à la Nouvelle-Zélande de prouver que sa demande entrait dans les prévisions du paragraphe 63.

Tout bien considéré, je suis d'avis que la norme de preuve que la Cour aurait dû appliquer pour décider si la Nouvelle-Zélande avait établi le fondement juridique de sa demande était une norme *prima facie*.

Il me semble que lorsque la Cour a demandé aux deux Etats de faire connaître leurs vues sur la question, c'était dans le but de déterminer si elle avait compétence pour examiner la demande principale et la nouvelle demande, présentées par la Nouvelle-Zélande, dans laquelle la Cour était priée d'indiquer des mesures conservatoires en vertu de l'article 41 du Statut tendant à ce que la France s'abstienne de reprendre des essais nucléaires souterrains dans la région du Pacifique Sud.

La Nouvelle-Zélande a soutenu que la compétence de la Cour pour connaître des deux demandes procédait du paragraphe 63 de l'arrêt, ce que la France a contesté.

Dans l'affaire des *Essais nucléaires (Nouvelle-Zélande c. France)* de 1973-1974, la Nouvelle-Zélande avait fondé la compétence de la Cour sur:

> «*a)* l'article 17 de l'Acte général de Genève pour le règlement pacifique des différends internationaux de 1928, rapproché des articles 36, paragraphe 1, et 37 du Statut de la Cour, et,
>
> *b)* les déclarations faites par la Nouvelle-Zélande et la France en vertu de l'article 36, paragraphe 2, c'est-à-dire de la clause facultative du Statut, rapproché du paragraphe 5 du même article» (arrêt, *C.I.J. Recueil 1974*, p. 509, par. 59, opinion dissidente commune).

La Cour avait conclu que les dispositions invoquées par la Nouvelle-Zélande se présentaient comme constituant, *prima facie*, une base sur laquelle la compétence de la Cour pouvait être fondée (*Essais nucléaires (Nouvelle-Zélande c. France), mesures conservatoires, ordonnance du 22 juin 1973, C.I.J. Recueil 1973*, p. 138).

Ainsi, lorsqu'elle a rendu son ordonnance en indication de mesures conservatoires, la Cour a appliqué la norme *prima facie* pour déterminer la base sur laquelle sa compétence pouvait être fondée.

Dans cette ordonnance, la Cour a rappelé qu'aux termes de l'article 41 du Statut elle ne pouvait indiquer des mesures conservatoires que si elle

when it considered that circumstances so required in order to preserve the rights of either Party; that New Zealand had alleged that the series of French nuclear tests had added to radioactive fallout on New Zealand territory, and that it had further contended that there was an immediate possibility of a further atmospheric nuclear test being carried out by France which would cause New Zealand harm. Taking these factors into consideration, the Court ordered both Parties not to take any action which might aggravate or extend the dispute submitted to the Court or prejudice the rights of the other Party (*I.C.J. Reports 1973*, p. 142).

In recent years a settled case-law has emerged in the Court which allows issues relating to incidental jurisdiction to be decided if title to jurisdiction can be adduced and is not manifestly invalid, and if the circumstances so require (case concerning *Anglo-Iranian Oil Co., Interim Protection, I.C.J. Reports 1951*, p. 89, cases concerning *Fisheries Jurisdiction (United Kingdom* v. *Iceland), Interim Protection* and *Fisheries Jurisdiction (Federal Republic of Germany* v. *Iceland), Interim Protection, I.C.J. Reports 1972*, pp. 12 and 30). The Court has taken the position that the mere fact that a State has challenged the basis of its jurisdiction does not suffice to prevent it from indicating interim measures of protection; nor need it come to the conclusion that where it has jurisdiction to deal with the merits of a case it must decide whether to grant interim provisional measures of protection.

Given the seriousness of the matter New Zealand has raised in its Request, and the weight of the evidence presented both in terms of facts and the law, it is my considered opinion that it has clearly shown both that its Request has a legal basis and that it falls within the provisions of paragraph 63. Had the Court applied the appropriate standard of proof, it would have come to the conclusion that New Zealand had established a prima facie case for the Court not only to have granted its request for the indication of provisional measures of protection, but to have assumed jurisdiction to consider the merits of the Request.

With regard to France's contention that the Court lacked jurisdiction to entertain the Request, New Zealand argued that the Court's jurisdiction was derived from the 1974 Judgment itself, when the Court in that Judgment stated that:

> "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, para. 63).

New Zealand agreed that its Request is not based on any of the provisions of the Statute as such. However, its view of the Court's position

estimait que les circonstances l'exigeaient pour sauvegarder les droits de chacune des Parties; que la Nouvelle-Zélande avait allégué que la série d'essais nucléaires réalisés par la France avait intensifié les retombées radioactives sur le territoire néo-zélandais et qu'elle avait fait valoir en outre qu'il se pouvait que la France procédât immédiatement à un nouvel essai atmosphérique qui serait nuisible à la Nouvelle-Zélande. Compte tenu de ces facteurs, la Cour a ordonné aux deux Parties d'éviter tout acte propre à aggraver ou étendre le différend dont la Cour était saisie ou à porter atteinte aux droits de l'autre Partie (*C.I.J. Recueil 1973*, p. 142).

Ces dernières années est apparue une jurisprudence constante de la Cour selon laquelle celle-ci peut se prononcer sur des questions relevant de sa compétence incidente si un titre de compétence peut être produit qui ne soit pas manifestement dépourvu de validité, et pour autant que les circonstances l'exigent (affaire de l'*Anglo-Iranian Oil Co., mesures conservatoires, C.I.J. Recueil 1951*, p. 89; affaires de la *Compétence en matière de pêcheries (Royaume-Uni c. Islande), mesures conservatoires*, et *Compétence en matière de pêcheries (République fédérale d'Allemagne c. Islande), mesures conservatoires, C.I.J. Recueil 1972*, p. 12 et p. 30). La Cour a estimé que le simple fait qu'un Etat conteste la base de sa compétence ne suffit pas à l'empêcher d'indiquer des mesures conservatoires et qu'elle n'a pas besoin de conclure qu'ayant compétence pour examiner une affaire au fond elle doit en conséquence statuer sur la demande en indication de mesures conservatoires.

Vu la gravité du problème que soulevait la Nouvelle-Zélande dans sa demande, et le poids des moyens tant de fait que de droit qui ont été présentés, je suis d'avis, tout bien considéré, que la Nouvelle-Zélande a clairement démontré d'une part que sa demande avait une base juridique et d'autre part qu'elle entrait dans les prévisions du paragraphe 63. Si la Cour avait appliqué la norme de preuve appropriée, elle serait parvenue à la conclusion que la Nouvelle-Zélande avait établi *prima facie* une base suffisante pour que la Cour non seulement fasse droit à sa demande en indication de mesures conservatoires, mais se déclare aussi compétente pour examiner la demande au fond.

En ce qui concerne l'argument de la France selon lequel la Cour n'avait pas compétence pour connaître de la demande, la Nouvelle-Zélande a fait valoir que la compétence de la Cour procédait de l'arrêt de 1974 lui-même, la Cour ayant prévu dans cet arrêt que:

> «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, par. 63).

La Nouvelle-Zélande a reconnu que sa demande n'était fondée sur aucune disposition expresse du Statut. Toutefois, selon elle, la position de

was that, having regard to the manifest connection between the Request and the terms of the 1974 Judgment, the Court would receive and process that Request made to it in the same manner as it would any other request or application made to it by a State party to the Statute.

It anticipated that the Court would then deal with the Request in a procedurally predictable way, and that if France were to consider that the Court lacked competence or jurisdiction to deal with the matter, it would appear and so argue, with the Court either sustaining the objections, in which event the proceedings would come to an end, or rejecting them, whereupon the case would proceed in the normal way. New Zealand argued that it was this kind of predictable procedure, based on the Statute which the Court had contemplated and its subordinate Rules, to which the Court in 1974 was referring by the use of the words "in accordance with the provisions of the Statute" in paragraph 63.

This explanation of the Court's intent in 1974 appears cogent, reasonable and persuasive. The Court had apparently envisaged a situation in which New Zealand or any other State party might want to request an "examination of a situation" affecting the Judgment, although New Zealand or those other States might not be in a position to do so as France had disconnected its jurisdictional link with the Court.

To guard against such a contingency, the Court decided, using its inherent powers, and in the interest of the administration of justice, that the jurisdictional link which it had found to exist when New Zealand filed its Application in 1973 must be preserved and serve as the jurisdictional link for a possible request for an examination of the situation, were the basis of the Judgment to be affected.

As I have stated, this argument seems to me very plausible, for even if, as France contends, the basis of the Court's Judgment related to France's unilateral declarations with reference to atmospheric and underground testing, if New Zealand or any other State had misconstrued the basis and submitted a request, founding the Court's jurisdiction on paragraph 63, France would have been obliged to present a formal objection to the Court, or the Court itself would have had to determine whether a jurisdictional link existed.

Only after such a determination would the Court have been able to decide whether or not any such link existed. The test to be applied by the Court at this stage, in my view, should be the prima facie one, and if met should have entitled the Court to assume jurisdictional title.

New Zealand contended that its Request should not be considered as application for revision in accordance with Article 61 of the Statute. This position seems accurate to me, for it appears unlikely that the Court would have contemplated a revision as the route whereby New Zealand could come to the Court, given the conditions laid down in the Article which provides that such an application must be based on some new fact of a decisive nature which was unknown to the Court and to the

la Cour était que, vu le lien manifeste qui existait entre la demande et les termes de l'arrêt de 1974, la Cour recevrait et traiterait cette demande portée devant elle de la même façon que toute autre demande ou requête dont elle serait saisie par un Etat partie au Statut.

La Nouvelle-Zélande prévoyait que la Cour traiterait alors la demande suivant une procédure prévisible; si la France estimait que la Cour n'était pas compétente en l'espèce, elle comparaîtrait et ferait valoir ses moyens en ce sens, après quoi la Cour soit retiendrait les exceptions, ce qui mettrait un terme à l'instance, soit les rejetterait, auquel cas l'affaire se poursuivrait normalement. La Nouvelle-Zélande a fait valoir que c'est ce type de procédure prévisible, fondée sur le Statut envisagé en même temps que le Règlement qui en procède, qu'avait visée la Cour en 1974 par les mots «conformément aux dispositions du Statut» au paragraphe 63.

Cette explication de l'intention qui animait la Cour en 1974 paraît pertinente, rationnelle et convaincante. La Cour avait apparemment envisagé une situation dans laquelle la Nouvelle-Zélande ou tout autre Etat partie pourrait vouloir demander l'«examen d'une situation» remettant en cause l'arrêt, alors que la Nouvelle-Zélande ou cet autre Etat ne serait peut-être pas en mesure de le faire vu que la France avait rompu son lien juridictionnel avec la Cour.

Pour parer à cette éventualité, la Cour a décidé, dans l'intérêt de l'administration de la justice et en usant de ses pouvoirs inhérents, que le lien juridictionnel dont elle avait constaté l'existence au moment où la Nouvelle-Zélande avait déposé sa requête en 1973 devait être préservé pour s'appliquer à une éventuelle demande d'examen de la situation si le fondement de l'arrêt était remis en cause.

Comme je l'ai dit, cette thèse me paraît tout à fait plausible; en effet, à supposer même, comme la France le soutient, que le fondement de l'arrêt de la Cour se rapportât aux déclarations unilatérales de la France concernant les essais atmosphériques et souterrains, si la Nouvelle-Zélande ou tout autre Etat en avait fait une interprétation erronée et avait présenté une demande en fondant la compétence de la Cour sur le paragraphe 63, la France aurait été tenue de présenter une exception formelle à la Cour, ou la Cour elle-même aurait dû déterminer l'existence éventuelle d'un lien juridictionnel.

C'est seulement après avoir ainsi procédé que la Cour aurait été à même de décider s'il existait ou non un tel lien. A ce stade, il aurait fallu à mon avis que la Cour applique le critère *prima facie* lequel, s'il y avait été satisfait, aurait permis à la Cour de présumer un titre de compétence.

La Nouvelle-Zélande a affirmé que sa demande ne devait pas être considérée comme une demande en revision en vertu de l'article 61 du Statut. Cette thèse me paraît exacte, car il est improbable que la Cour ait envisagé la revision comme voie de sa saisine éventuelle par la Nouvelle-Zélande, vu les conditions posées dans cet article, à savoir que la revision ne peut être demandée qu'en raison d'un fait nouveau de caractère décisif qui était inconnu de la Cour et de la partie qui demande la revision, et

party claiming revision, and since the Article precludes any application for revision after ten years. I agree that there was no reason why the Court would have wished to so restrict New Zealand or any other State for that matter if the basis of the Judgment had been affected. Furthermore, paragraph 63 did not anticipate the discovery of new facts but rather provided for an examination of the subject-matter of the Judgment. It is thus clear that New Zealand's Request cannot be debarred under Article 61 of the Statute.

I, therefore, concur with the Court's finding that a special procedure was envisaged in the event that the circumstances defined in paragraph 63 had arisen, in other words, circumstances which "affected" the "basis" of the Judgment.

The Court, according to its Order, has decided that the basis of the Judgment delivered on 20 December 1974 in the *Nuclear Tests (New Zealand* v. *France)* case has not been affected, and hence the "Request for an Examination of the Situation" submitted by New Zealand does not therefore fall within the provisions of paragraph 63 of that Judgment, and cannot therefore give effect to it.

In reaching this conclusion, the Court has found that the basis of the 1974 Judgment in the *Nuclear Tests (New Zealand* v. *France)* case was France's undertaking not to conduct further nuclear tests in the atmosphere, and that it was in the event of a resumption of atmospheric nuclear testing that the basis of the Judgment would have been affected, which hypothesis has not materialized.

This reading of the Judgment, which is preferred by the majority of the Members of the Court, while respectable, is not unassailable or free from doubt. Any such doubts in the reading of the Judgment, given the nature and gravity of the Request, should have been resolved in favour of the State alleging that the basis of the Judgment had been affected.

In my view, the issue whether the basis of the 1974 Judgment has been affected is, to a very large extent, a question of fact. New Zealand has stated that though the 1974 Judgment was based on the French Government's undertaking not to conduct any atmospheric nuclear tests, it maintained that, in both its 1973 Application instituting proceedings and in its written submission, it relied upon concerns going beyond just atmospheric testing. Its Application of 9 May 1973 stated as follows:

> "New Zealand asks the Court to adjudge and declare:
>
> That the conduct by the French Government of *nuclear tests* in the South Pacific region that give rise to radio-active fall-out constitutes a violation of New Zealand's rights under international law, and that these rights will be violated by any further such tests." (*I.C.J. Reports 1974*, p. 460, para. 11; emphasis added.)

In its Application also filed on 9 May 1973,

étant donné que l'article exclut toute demande de revision après l'expiration d'un délai de dix ans. J'estime moi aussi que la Cour n'avait aucune raison de vouloir imposer une telle restriction à la Nouvelle-Zélande, ni d'ailleurs à un quelconque autre Etat dans ce contexte, si le fondement de l'arrêt était remis en cause. En outre, le paragraphe 63 n'envisageait pas la découverte de faits ultérieurs mais prévoyait au contraire un examen de l'objet même de l'arrêt. Il est donc évident que la demande de la Nouvelle-Zélande ne pouvait pas être rejetée par application des dispositions de l'article 61 du Statut.

Je souscris donc à la conclusion de la Cour selon laquelle une procédure spéciale était envisagée, au cas où se produiraient les circonstances définies au paragraphe 63, c'est-à-dire des circonstances «remettant en cause» le «fondement» de l'arrêt.

Dans son ordonnance, la Cour a décidé que le fondement de l'arrêt rendu le 20 décembre 1974 en l'affaire des *Essais nucléaires (Nouvelle-Zélande c. France)* n'avait pas été remis en cause, que dès lors la «Demande d'examen de la situation» présentée par la Nouvelle-Zélande n'entrait pas dans les prévisions du paragraphe 63 de l'arrêt et que par suite elle ne pouvait lui donner effet.

Pour parvenir à cette conclusion, la Cour a estimé que le fondement de l'arrêt rendu en 1974 en l'affaire des *Essais nucléaires (Nouvelle-Zélande c. France)* était l'engagement pris par la France de ne plus procéder à des essais nucléaires en atmosphère, et que c'est dans l'hypothèse d'une reprise des essais nucléaires en atmosphère que le fondement de l'arrêt aurait été remis en cause, hypothèse qui ne s'est pas réalisée.

Cette interprétation de l'arrêt qui a la préférence de la majorité des membres de la Cour est certes respectable, mais elle n'exclut ni la critique ni le doute. Or tout doute éventuel à cet égard aurait dû, vu la nature et la gravité de la demande, être résolu en faveur de l'Etat qui allègue que le fondement de l'arrêt a été remis en cause.

A mon avis, le point de savoir si le fondement de l'arrêt de 1974 a été remis en cause est très largement une question de fait. La Nouvelle-Zélande a dit que, bien que l'arrêt de 1974 ait été fondé sur l'engagement du Gouvernement français de ne pas procéder à des essais nucléaires en atmosphère, elle avait fait valoir, tant dans sa requête introductive d'instance de 1973 que dans ses conclusions écrites, des préoccupations qui n'étaient pas limitées aux essais atmosphériques. Sa requête du 9 mai 1973 était ainsi libellée:

> «La Nouvelle-Zélande prie la Cour de dire et juger que les *essais nucléaires* provoquant des retombées radioactives effectués par le Gouvernement français dans la région du Pacifique Sud constituent une violation des droits de la Nouvelle-Zélande au regard du droit international et que ces droits seront enfreints par tout nouvel essai.» (*C.I.J. Recueil 1974*, p. 460, par. 11; les italiques sont de moi.)

L'Australie, dans une requête déposée également le 9 mai 1973, s'exprimait en ces termes:

"*The Government of Australia asks the Court to adjudge and declare* that . . . the carrying out of further *atmospheric nuclear weapon* tests in the South Pacific Ocean is not consistent with applicable rules of international law.

And to Order

that the French Republic shall not carry out any further such tests." (*I.C.J. Reports 1974*, p. 256, para. 11; second emphasis added.)

It can be seen that despite the similarity of the two Applications, New Zealand's concerns were not limited to nuclear atmospheric testing; they were wider. Evidently, even though the two Applications were similar, the Court decided to deal separately with the two actions, presumably because they were not identical. But as the Court's Order now states:

> "having considered the Application of Australia, the Court employed in paragraph 60 of that Judgment a form of words identical to the one used in paragraph 63 of the Judgment in the *Nuclear Tests (New Zealand* v. *France)* case and adopted, in both Judgments, operative parts with the same content" (para. 58).

The Court stated that its decision was reached after it had ascertained the true subject of the dispute, and the object and purpose of the claim, taking account not only of the submission, but of the Application as a whole, the arguments of the Applicant before the Court, and other documents referred to.

Responding to this position taken by the Court in reaching its decision, New Zealand had stated that the 1974 Judgment conclusively decided only two things, namely, that the French statements of intention in relation to atmospheric testing were obligations binding in international law and that, since the Court had concluded from official New Zealand statements that those commitments met and matched New Zealand's primary concern, the case no longer had any object.

In my view, New Zealand's contention is correct, namely, that there was no *res judicata* in respect of the issues raised in its 1973 Application, and that the words "if the basis of this Judgment were to be affected" gave it the right to return to the Court; a right that would be activated if a factor underlying the Court's Judgment of 1974 ceased to be applicable on account of future conduct by France. New Zealand further contends that the basis of the Judgment should not be taken to refer solely to France's undertaking to cease further atmospheric testing.

My own reading of paragraph 63 is that, the Court in its 1974 Judgment having taken into consideration the circumstances then prevailing, namely, atmospheric tests in the Pacific, Australia's concerns about atmospheric tests, as well as the New Zealand Application, France's commitment to cease atmospheric testing led the Court to believe that

«*Le Gouvernement australien prie la Cour de dire et juger* que ... la poursuite des *essais atmosphériques d'armes nucléaires* dans l'océan Pacifique Sud n'est pas compatible avec les règles applicables du droit international et

Ordonner

à la République française de ne plus faire de tels essais.» (*C.I.J. Recueil 1974*, p. 256, par. 11; les deuxièmes italiques sont de moi.)

On voit donc que, malgré la ressemblance des deux requêtes, les préoccupations de la Nouvelle-Zélande n'étaient pas limitées aux essais nucléaires atmosphériques; elles étaient plus larges. Evidemment, en dépit des traits communs aux deux requêtes, la Cour a décidé de les traiter séparément, probablement parce qu'elles n'étaient pas identiques. Aux termes de sa présente ordonnance la Cour déclare cependant:

> «qu'après avoir examiné la requête de l'Australie, la Cour a utilisé, au paragraphe 60 dudit arrêt, un libellé identique à celui du paragraphe 63 de l'arrêt rendu en l'affaire des *Essais nucléaires (Nouvelle-Zélande c. France)* et qu'elle a adopté, dans les deux arrêts, des dispositifs de la même teneur» (par. 58).

La Cour a indiqué qu'elle avait pris sa décision après s'être assurée de l'objet véritable du différend, ainsi que de l'objet et du but de la demande, en prenant en considération non seulement les conclusions du demandeur mais l'ensemble de la requête, les arguments qu'il avait développés devant la Cour et les autres documents dont il avait été fait état.

En réponse à la position ainsi prise par la Cour pour parvenir à sa décision, la Nouvelle-Zélande a fait valoir que l'arrêt de 1974 n'avait statué de manière décisive que sur deux points, à savoir que les déclarations d'intention de la France à propos des essais en atmosphère avaient créé des obligations internationales et que, la Cour ayant déduit de déclarations officielles de la Nouvelle-Zélande que ces engagements répondaient et correspondaient à la principale préoccupation néo-zélandaise, l'affaire ne comportait plus d'objet.

A mon avis, la Nouvelle-Zélande a raison de dire qu'il n'y avait pas chose jugée quant aux questions soulevées dans sa requête de 1973, que l'expression «si le fondement du présent arrêt était remis en cause» lui donnait le droit de revenir devant la Cour, et que ce droit serait activé si un facteur sur lequel reposait l'arrêt rendu par la Cour en 1974 cessait d'être applicable par suite de la conduite future de la France. En outre, selon la Nouvelle-Zélande, le fondement de l'arrêt ne devait pas être interprété comme visant exclusivement l'engagement de la France de cesser les essais atmosphériques.

Selon moi, le sens du paragraphe 63 est que la Cour, ayant pris en considération dans son arrêt de 1974 l'ensemble des circonstances qui existaient alors, à savoir les essais atmosphériques dans le Pacifique, les préoccupations de l'Australie quant aux essais atmosphériques, ainsi que la requête de la Nouvelle-Zélande, a cru pouvoir déduire de l'engagement

cessation of atmospheric testing would end contamination of the environment by radioactive material.

The Court thus believed itself to meet New Zealand's primary concerns as far as it related to atmospheric testing, but its wider concerns relating to radioactive fallout from *nuclear testing* remained. New Zealand's reading of an implied understanding that underground testing would not result in radioactive contamination is not therefore without considerable merit.

It thus seems to me that New Zealand was not contesting that atmospheric testing constituted the object of the 1974 Judgment; what it *now* contends is that the object has been affected by radioactive fallout resulting from underground testing. The Court, in my view, should have given more careful consideration to this construction of the Judgment, while taking into account New Zealand's original Application and the evidence presented with the Request.

New Zealand had informed the Court that there is now a growing body of scientific evidence pointing to the potentially adverse and detrimental effects of underground testing in the South Pacific region of the Mururoa and Fangataufa atolls, and showing that contamination of the marine environment is a real risk. It seems to me that this would serve as evidence relating to the basis of the 1974 Judgment. What New Zealand complained about in 1973 was the radioactive effects of *testing*, and if the assumption then made that underground testing produces no radioactive effects no longer holds true, then, in my opinion, the basis of the 1974 Judgment must have been affected. There is merit in the contention that the 1974 Judgment met the concerns — including New Zealand's — in relation to atmospheric testings. However, as radioactive contamination is now said to be caused by underground testing, this, if proved, would seem to affect the basis of the Judgment, and would entitle a party to make use of the channel provided by paragraph 63 as New Zealand has done.

With reference to the law, New Zealand alleged that France is in breach of international law, both conventional and customary, by failing to comply with its obligation not to introduce radioactive material into the environment.

Under contemporary international law, there is probably a duty not to cause gross or serious damage which can reasonably be avoided, together with a duty not to permit the escape of dangerous substances. This trend is reflected in treaties such as the Moscow Treaty of 1963 Banning Nuclear Weapon Testing in the Atmosphere, in Outer Space and Under Water (about 130 States are now parties to this Treaty, according to which they undertake to prohibit, prevent and not to carry out any nuclear weapon test explosions at any place under their jurisdiction or control in the atmosphere, including outer space, or under water, includ-

de la France de cesser ses essais en atmosphère que cette cessation mettrait fin à la contamination de l'environnement par des matières radioactives.

La Cour a cru ainsi répondre aux principales préoccupations de la Nouvelle-Zélande concernant les essais atmosphériques, mais les préoccupations plus générales de celle-ci quant aux retombées radioactives des *essais nucléaires* demeuraient. L'interprétation de la Nouvelle-Zélande selon laquelle il était implicitement entendu que les essais souterrains ne provoqueraient pas de contamination radioactive est donc loin d'être dépourvue de fondement.

Il me semble donc que la Nouvelle-Zélande n'a pas contesté que les essais atmosphériques constituaient l'objet de l'arrêt de 1974; ce qu'elle soutient *aujourd'hui*, c'est que cet objet est remis en cause par les retombées radioactives imputables aux essais souterrains. A mon avis, la Cour aurait dû examiner de plus près cette interprétation de l'arrêt, tout en tenant compte de la requête initiale de la Nouvelle-Zélande et des éléments de preuve produits à l'appui de la demande.

La Nouvelle-Zélande a expliqué à la Cour qu'il existait aujourd'hui des données scientifiques de plus en plus nombreuses démontrant les effets potentiellement nuisibles et dommageables des essais souterrains dans la région du Pacifique Sud proche des atolls de Mururoa et de Fangataufa, ainsi que la réalité du danger de contamination du milieu marin. Il me semble que ce sont là des faits touchant au fondement de l'arrêt de 1974. En 1973, la Nouvelle-Zélande fondait ses griefs sur les effets radioactifs des *essais*; dès lors, si le postulat formulé à l'époque quant à l'absence d'effet radioactif des essais souterrains n'est plus valable, il en résulte à mon avis que le fondement de l'arrêt de 1974 est nécessairement remis en cause. L'argument selon lequel cet arrêt répondait aux préoccupations, notamment celles de la Nouvelle-Zélande relatives aux essais atmosphériques n'est pas dépourvu de valeur. Toutefois, puisque l'on dit aujourd'hui que les essais souterrains provoquent une contamination radioactive, ce fait, s'il était avéré, remettrait apparemment en cause le fondement de l'arrêt et permettrait à une partie d'emprunter la voie ouverte par le paragraphe 63, comme la Nouvelle-Zélande l'a fait.

Sur le terrain du droit, la Nouvelle-Zélande a allégué que la France avait enfreint le droit international, tant conventionnel que coutumier, en ne respectant pas l'obligation qui est la sienne de ne pas introduire de matières radioactives dans l'environnement.

En vertu du droit international contemporain, il existe probablement une obligation de ne pas causer un dommage grave ou sérieux qui pourrait raisonnablement être évité, ainsi qu'un devoir de ne pas permettre la fuite de substances dangereuses. Cette tendance est consacrée dans des instruments comme le traité de Moscou de 1963 interdisant les essais d'armes nucléaires dans l'atmosphère, dans l'espace extra-atmosphérique et sous l'eau, auquel quelque cent trente Etats sont aujourd'hui parties. Aux termes de ce traité, les Etats s'engagent à interdire, à empêcher et à s'abstenir d'effectuer toute explosion expérimentale d'arme nucléaire en

ing territorial waters or the high seas), the 1967 Treaty on Principles Governing the Activities of States in the Exploration and Use of Outer Space, including the Moon and Other Celestial Bodies, and the 1971 Treaty on the Prohibition of the Emplacement of Nuclear Weapons and Other Weapons of Mass Destruction on the Seabed and the Ocean Floor and in the Subsoil Thereof, which have as their object the prevention of radioactive contamination of the environmental areas to which they are related. It is reflected in the United Nations Convention on the Law of the Sea, Part XII of which is on the protection and preservation of the marine environment.

Given this trend, it can be argued that nuclear testing as such is not only prohibited, but would be considered illegal if it would cause radioactive fallout.

It is New Zealand's case that resumed French testing could produce contamination of the Pacific marine environment by artificial radioactive material.

In my view the evidence, though not conclusive, is sufficient to show that a risk of radioactive contamination of the marine environment may be brought about as a result of the resumed tests. The Court should have taken cognizance of the legal trend prohibiting nuclear testing with radioactive effect, and it should have proceeded to an examination of the situation within the framework of the 1973 *Nuclear Tests* case. The Court should also have indicated the interim measures of protection as requested.

In the light of the above considerations, the Court should have decided that New Zealand's Request for an Examination of the Situation falls within the provisions of the 1974 Judgment and should have taken action on it.

In pursuance of the New Zealand Request, the Australian Government and the Governments of Samoa, Solomon Islands, the Marshall Islands and the Federated State of Micronesia filed Applications for permission to intervene.

The Australian Government applied under Article 62 of the Statute, while Solomon Islands and Samoa each filed a document entitled "Application for Permission to Intervene under Article 62/Declaration of Intervention under Article 63", and the Governments of the Marshall Islands and the Federated States of Micronesia submitted similar documents.

In the Order, the majority of the Members of the Court stated that since the "Request for an Examination of the Situation" submitted by New Zealand did not fall within the provisions of paragraph 63 of the Judgment of 1974, the applications for permission to intervene also had no object and could not be the subject of any action.

Since the States concerned, as well as New Zealand, face the risk of radioactive fallout in the South Pacific region, and in view of the fact that

tout lieu relevant de leur juridiction ou de leur contrôle, dans l'atmosphère, y compris l'espace extra-atmosphérique, ou sous l'eau, y compris les eaux territoriales ou la haute mer. Cette tendance est reflétée aussi dans le traité de 1967 sur les principes régissant les activités des Etats en matière d'exploration et d'utilisation de l'espace extra-atmosphérique, y compris la Lune et les autres corps célestes et dans le traité de 1971 interdisant de placer des armes nucléaires et d'autres armes de destruction massive sur le fond des mers et des océans ainsi que dans leur sous-sol, qui visent à prévenir la contamination radioactive des zones du milieu naturel auxquelles ils s'appliquent. Elle trouve enfin son expression dans la convention des Nations Unies sur le droit de la mer, dont la partie XII traite de la protection et de la préservation du milieu marin.

Eu égard à cette tendance, on peut soutenir que les essais nucléaires non seulement sont interdits en eux-mêmes, mais qu'ils seraient considérés comme illicites s'ils provoquaient des retombées radioactives.

La thèse de la Nouvelle-Zélande est que la reprise des essais par la France pourrait provoquer une contamination du milieu marin du Pacifique par des matières radioactives artificielles.

A mon avis, les données disponibles, bien que non décisives, suffisent à montrer que la reprise des essais crée un risque de contamination radioactive du milieu marin. La Cour aurait dû prendre acte du courant du droit qui interdit les essais nucléaires provoquant une contamination radioactive, et elle aurait dû procéder à un examen de la situation dans le cadre de l'affaire des *Essais nucléaires* de 1973. La Cour aurait dû aussi indiquer les mesures conservatoires qui lui étaient demandées.

Vu les considérations qui précèdent, la Cour aurait dû donner suite à la demande néo-zélandaise d'examen de la situation après avoir conclu qu'elle entrait dans les prévisions de l'arrêt de 1974.

A la suite de la demande de la Nouvelle-Zélande, le Gouvernement australien et les Gouvernements respectifs du Samoa, des Iles Salomon, des Iles Marshall et des Etats fédérés de Micronésie ont chacun déposé une requête à fin d'intervention.

Le Gouvernement australien a invoqué l'article 62 du Statut, tandis que les Gouvernements des Iles Salomon et du Samoa ont déposé l'un et l'autre un document intitulé «Requête à fin d'intervention fondée sur l'article 62 — Déclaration d'intervention fondée sur l'article 63», et que des documents analogues ont été déposés, respectivement, par le Gouvernement des Iles Marshall et le Gouvernement des Etats fédérés de Micronésie.

Dans l'ordonnance, il a été dit par la majorité des membres de la Cour que puisque la «Demande d'examen de la situation» présentée par la Nouvelle-Zélande n'entrait pas dans les prévisions du paragraphe 63 de l'arrêt de 1974, les requêtes à fin d'intervention étaient également sans objet et qu'il ne pouvait y être donné suite.

Vu que les Etats intéressés, ainsi que la Nouvelle-Zélande, sont confrontés au risque de retombées radioactives dans la région du Pacifique

they are parties to the relevant multilateral and regional conventions, it is regrettable that they were not granted the opportunity to present their views on the Request to the Court.

In view of the foregoing considerations, I am unable to associate myself either with the Order of the Court or with most of its findings.

(Signed) Abdul G. KOROMA.

Sud, et qu'ils sont parties aux conventions multilatérales et régionales pertinentes, il est regrettable que la possibilité ne leur ait pas été accordée de faire connaître à la Cour leurs vues sur la demande.

Eu égard aux considérations qui précèdent, je ne peux souscrire ni à l'ordonnance de la Cour ni à la plupart de ses conclusions.

(Signé) Abdul G. KOROMA.

DISSENTING OPINION OF JUDGE SIR GEOFFREY PALMER

TABLE OF CONTENTS

	Pages
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

	Pages
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 *prima facie*	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 sidestepping 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 radioactive 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[aient] 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 offrait 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 Etats-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 Etats-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 Etats-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

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 «totalement 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 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 revisé 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 droit, 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

Articles 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 vulcanologist 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 vulcanologue 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. A 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*, 5e éd., 1984, p. 169-173; Richard A. Epstein, *Cases and Materials on Torts*, 5e 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 (2e 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 convient de 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* (2e 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 Quaterly*, 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.