

## OPINION INDIVIDUELLE DE M. GROS

Bien que mon opinion sur cette affaire ne se fonde pas sur le raisonnement de la Cour tel qu'il est exprimé dans les motifs de la décision, j'ai voté pour le dispositif parce que l'arrêt met fin à l'action entamée par le demandeur et, en ce sens, rencontre les vues de ceux qui avaient, dès la première phase de l'examen judiciaire en juin 1973, considéré qu'il n'y avait pas de différend juridique. En jugeant que, aujourd'hui en tout cas, l'affaire entre les deux Etats n'a plus d'objet, la Cour y met un terme par une autre voie.

La Cour a adopté comme base juridique de son arrêt la nécessité de régler cette question de l'existence de l'objet du différend comme absolument préliminaire, même vis-à-vis des questions concernant sa compétence et des autres questions se rattachant à la recevabilité. L'arrêt ne traite que de la disparition de l'objet de la demande et aucune décision n'a été prise sur les questions touchant l'incompétence de la Cour ou l'irrecevabilité de la demande; il n'y a donc pas lieu de traiter ces questions. Reste le problème de l'inexistence d'un différend justiciable dès le début de l'affaire présentée à la Cour, sur lequel je crois nécessaire de donner quelques indications.

1. Pour rechercher si le procès manquait de base dès l'origine il faut évidemment partir de la requête introductive d'instance du 9 mai 1973 qui définit l'objet de la demande. Le demandeur prie la Cour d'« ordonner à la République française de ne plus faire de tels essais » [atmosphériques d'armes nucléaires dans le Pacifique Sud]. Cette demande est fondée sur une argumentation juridique en vingt-deux lignes dont la brièveté est compensée par l'indication *in fine* que, pour ces motifs « ou pour tout autre motif jugé pertinent par la Cour, la poursuite des essais ... n'est pas compatible avec les règles applicables du droit international ». J'ai rappelé dans une autre affaire que la confusion était fréquente entre motivation et conclusions *stricto sensu* et avait été critiquée par M. Basdevant (*C.I.J. Recueil 1974*, p. 137 et suiv.); elle persiste cependant et est singulièrement visible ici. Pour obtenir l'interdiction à l'avenir de ces essais nucléaires il fallait bien que le demandeur se fonde, même elliptiquement, sur des règles de droit opposables au défendeur et dont il laissait à la Cour, dans la requête, le soin de les découvrir et de choisir. Mais on ne voit pas comment il est possible, dans ces lignes qui précèdent la formulation de la demande et en sont détachées formellement et logiquement, de lire une demande de jugement déclaratoire par la Cour sur l'illicéité des essais. La question posée est celle de l'interdiction des essais français dans la région du Pacifique Sud parce que tous les essais nucléaires, où que ce

## SEPARATE OPINION OF JUDGE GROS

[*Translation*]

Although my opinion on this case is not based on the Court's reasoning as set out in the grounds of the Judgment, I voted in favour of the operative clause because the Judgment puts an end to the action commenced by the Applicant, and this coincides with the views of those who took the view, as long ago as the first phase of the Court's study of the case in June 1973, that there was no legal dispute. By finding that, today at least, the case between the two States no longer has any object, the Court puts an end to it by other means.

The Court has taken as legal basis of its Judgment the need to settle this question of the existence of the object of the dispute as absolutely preliminary, even in relation to questions concerning its jurisdiction and other questions relating to admissibility. The Judgment only deals with the disappearance of the object of the claim, and no decision has been taken on the questions concerning the Court's lack of jurisdiction or the inadmissibility of the claim; it is thus inappropriate to deal with these questions. But there remains the problem of the non-existence, from the outset of the case submitted to the Court, of any justiciable dispute, and on this point I find it necessary to make some observations.

1. In order to ascertain whether the proceedings were without foundation at the outset, the Application instituting proceedings, dated 9 May 1973, which defines the object of the claim, must clearly be taken as point of departure. The Applicant asked the Court to "order that the French Republic shall not carry out any further such tests" [sc., atmospheric tests of nuclear weapons in the South Pacific]. This request is based on 22 lines of legal argument which makes up for its brevity by observing finally that, for these reasons "or for any other reason that the Court deems to be relevant, the carrying out of further ... tests is not consistent with applicable rules of international law". I have had occasion in another case to recall that submissions, in the strict sense, have frequently been confused with reasons in support, a practice which has been criticized by Judge Basdevant (*I.C.J. Reports 1974*, pp. 137 ff.); such confusion still occurs however, and is particularly apparent in this case. In order to have these nuclear tests prohibited for the future, the Applicant had to base its contention, however elliptically, on rules of law which were opposable to the Respondent, rules which in its Application it left it to the Court to discover and select. But it is not apparent how it is possible to find in these few lines which precede the formulation of the claim, and which are both formally and logically distinct from it, a request for a declaratory judgment by the Court as to the unlawfulness of the tests. The question

soit et par qui que ce soit, seraient illicites selon le demandeur. Il fallait donc établir une motivation juridique, l'illicéité des expériences pour obtenir l'objet de la demande qui était une décision d'interdiction. La conclusion *stricto sensu* c'était l'interdiction, l'illicite étant le raisonnement justificatif.

2. La règle est que la Cour est saisie de l'objet précis de la demande de la manière où celle-ci a été formulée. L'affaire consistait en une demande d'interdiction des essais atmosphériques, parce que illicites. C'est un contentieux de légalité, non pas de responsabilité, sur laquelle ne porte pas la requête. Pour réussir, le demandeur devait établir que sa demande d'interdiction des essais atmosphériques français était fondée sur un comportement du Gouvernement français contraire à des règles de droit international opposables à ce gouvernement.

Mais il ne suffit pas de poser à la Cour une question, même apparemment juridique dans sa présentation, pour qu'il y ait objectivement un différend. Une formule de M. Morelli décrit bien la situation: « le simple fait que l'une des Parties affirme l'existence d'un différend ne prouve pas que ce différend existe réellement » (*C.I.J. Recueil 1962*, p. 565, voir aussi p. 564, 566 à 568) et j'avais évoqué le problème dès l'ordonnance du 22 juin 1973 en parlant de « faux différend » (*C.I.J. Recueil 1973*, p. 118) et de « litige inexistant » (*ibid.*, p. 120). J'avais alors insisté sur le caractère préliminaire, singulièrement en cas de défaut, de l'examen de l'existence réelle du différend pour qu'une affaire puisse être traitée par la Cour dans l'exercice régulier de sa fonction judiciaire. En décidant cet examen préliminaire, après beaucoup de délais et sans référence au défaut, la Cour affirme le principe de l'antériorité nécessaire de l'examen de la question de la réalité d'un différend. Le point est donc acquis. Rien dans la procédure de la Cour n'empêchait en juin 1973 l'examen de la question de savoir si le différend exposé à la Cour par le demandeur était dépourvu de réalité dès l'origine.

3. Lorsque la Cour se trouve devant plusieurs raisons invoquées pour soutenir qu'une affaire ne peut pas être jugée au fond, qu'il s'agisse de motifs d'incompétence ou d'irrecevabilité, elle a toujours pris le plus grand soin de ne pas se lier ni à un classement ni à une hiérarchie entre ces diverses motivations dont chacune peut aboutir au rejet de la demande. Dans l'affaire du *Cameroun septentrional*, la Cour a refusé de systématiser ces problèmes et de définir recevabilité et intérêt, en analysant en détail les faits de l'affaire qui lui permettraient d'établir sa décision (cf. *C.I.J. Recueil 1963*, p. 28):

raised is that of prohibition of French tests in the South Pacific region inasmuch as all nuclear tests, wherever and by whoever conducted, are, according to the Applicant, unlawful. Legal grounds, i.e., the unlawfulness of the tests, therefore had to be shown in order to achieve the object of the claim, namely a judicial prohibition. The submission, in the strict sense, was the prayer for prohibition, and the unlawfulness was the reasoning justifying it.

2. The rule is that the Court is seised of the precise object of the claim in the way in which this has been formulated. The present case consisted in a claim for prohibition of atmospheric tests on the ground that they were unlawful. This is a procedure for establishing legality (*contentieux de légalité*), not a procedure for establishing responsibility (*contentieux de responsabilité*), with which the Application does not concern itself. In order to succeed the Applicant had to show that its claim for prohibition of French atmospheric tests was based on conduct by the French Government which was contrary to rules of international law which were opposable to that Government.

But it is not sufficient to put a question to the Court, even one which as presented is apparently a legal question, for there to be, objectively, a dispute. The situation is well described by the words of Judge Morelli: "The mere assertion of the existence of a dispute by one of the parties does not prove that such a dispute really exists" (*I.C.J. Reports 1962*, p. 565; see also pp. 564 and 566-568), and even at the time of the Order of 22 June 1973 I had raised this question, when I referred to "an unreal dispute" (*I.C.J. Reports 1973*, p. 118) and "a dispute which [a State] alleges not to exist" (*ibid.*, p. 120). I then emphasized the preliminary nature, particularly in a case of failure to appear, of examination of the question of the real existence of the dispute before a case can be dealt with by the Court in the regular exercise of its judicial function. By deciding to effect such preliminary examination, after many delays, and without any reference to the voluntary absence of one of the Parties, the Court is endorsing the principle that examination of the question of the reality of the dispute is necessarily a matter which takes priority. This point is thus settled. There was nothing in the Court's procedure to prevent examination in June 1973 of the question whether the dispute described to the Court by the Applicant was, and had been from the outset, lacking in any real existence.

3. When several reasons are invoked before the Court in support of the contention that a case may not be judged on the merits—whether these reasons concern lack of jurisdiction or inadmissibility—the Court has always taken the greatest possible care not to commit itself either to any sort of classification of these various grounds, any of which may lead to dismissal of the claim, or to any sort of ranking of them in order. In the *Northern Cameroons* case, the Court refused to establish any system for these problems, or to define admissibility and interest, while analysing in detail the facts of the case which enabled it to arrive at its decision (cf. *I.C.J. Reports 1963*, p. 28):

«Certaines contradictions entre les thèses des Parties sont nées de ce que l'on n'attribuait pas le même sens à des mots tels que «inté-rêt» et «recevabilité». La Cour reconnaît que, dans des contextes différents, ces termes peuvent avoir des sens différents mais elle n'estime pas nécessaire en l'espèce d'en examiner la signification. Aux fins de la présente espèce, une analyse des faits tenant compte de certains principes directeurs peut suffire pour résoudre les questions qui retiennent l'attention de la Cour.»

Et plus loin, pages 29 et 30: «c'est toujours à la Cour qu'il appartient de déterminer si ses fonctions judiciaires sont en jeu».

Ainsi c'est un principe de bon sens que la Cour applique: si une constatation est suffisante par elle-même pour trancher le problème de compétence de la Cour, au sens le plus large du mot, c'est-à-dire de décider de l'impossibilité de juger une affaire, il est inutile de procéder à l'examen des autres motifs. Pour qu'il y ait une procédure sur le fond il faut qu'il y ait un objet de litige capable de jugement selon le rôle attribué à la Cour par son Statut; dans la présente affaire où de nombreux griefs d'incompétence et d'irrecevabilité furent soulevés, la question de l'absence d'objet de l'instance était celle qu'il fallait trancher la première précisément parce que, si elle était admise, l'affaire disparaissait sans débat. La notion de phase du fond n'a aucun sens dans une fausse instance, pas plus que la notion d'une phase juridiction-recevabilité, et encore moins d'une phase de mesures conservatoires derrière le mythe que ces mesures ne préjugent en rien la décision finale (sur ce point, cf. opinion dissidente sur l'ordonnance du 22 juin 1973, p. 123). Il faut bien du goût pour le formalisme pour invoquer comme intangibles les catégories habituelles de phases lorsque tout, dans une affaire, dépend de la reconnaissance qu'une requête était sans base, sans cause et qu'il n'existait aucun différend juridique dont la Cour puisse être saisie. C'est faire de la succession des phases dans l'examen des affaires par la Cour une sorte de rituel qui ne trouve aucune justification dans la conception générale du droit international, non formaliste. Il s'agit de pratiques dans la procédure de la Cour dont celle-ci règle l'organisation au mieux des intérêts de la justice. L'article 48 du Statut en remettant à la Cour la «direction du procès» n'a en rien qualifié l'exercice de ce droit par des règles formalistes et l'institution des phases n'exige pas nécessairement des plans successifs dans l'examen de toute affaire, ni pour les parties, ni pour la Cour.

4. Attendre quelques années — plus d'une année et demie s'est déjà écoulée — pour décider, sans hâte, d'abord qu'un tribunal est compétent pour la raison que les deux Etats sont formellement tenus par une clause juridictionnelle, sans déterminer la portée de cette clause, et joindre les questions de recevabilité au fond pour ensuite, peut-être, conclure au

“The arguments of the Parties have at times been at cross-purposes because of the absence of a common meaning ascribed to such terms as ‘interest’ and ‘admissibility’. The Court recognizes that these words in differing contexts may have varying connotations but it does not find it necessary in the present case to explore the meaning of these terms. For the purposes of the present case, a factual analysis undertaken in the light of certain guiding principles may suffice to conduce to the resolution of the issues to which the Court directs its attention.”

And further on, at page 30: “... it is always a matter for the determination of the Court whether its judicial functions are involved.”

Thus the principle which the Court applies is a common-sense one: if a finding is sufficient in itself to settle the question of the Court’s competence, in the widest sense of the word, that is to say to lead to the conclusion that it is impossible to give judgment in a case, there is no need to proceed to examine other grounds. For there to be any proceedings on the merits, the litigation must have an object capable of being the subject of a judgment consistently with the role attributed to the Court by its Statute; in the present case, where numerous objections as to lack of jurisdiction and inadmissibility were raised, the question of the absence of any object of the proceedings was that which had to be settled first for this very reason, namely that if it were held to be well founded, the case would disappear without further discussion. The concept of a merits phase has no meaning in an unreal case, any more than has the concept of a jurisdiction/admissibility phase, still less that of an interim measures phase, on the fallacious pretext that such measures in no way prejudice the final decision (on this point, see dissenting opinion appended to the Order of 22 June 1973, p. 123). In a case in which everything depends on recognizing that an Application is unfounded and has no *raison d’être*, and that there was no legal dispute of which the Court could be seised, a marked taste for formalism is required to rely on the inviolability of the usual categories of phases. To do so would be to erect the succession of phases in examination of cases by the Court into a sort of ritual, totally unjustified in the general conception of international law, which is not formalistic. These are procedural practices of the Court, which organizes its procedure according to the requirements of the interests of justice. Article 48 of the Statute, by entrusting the “conduct of the case” to the Court, did not impose any limitation on the exercise of this right by subjecting it to formalistic rules, and the institution of phases does not necessarily require successive stages in the examination of every case, either for the parties or for the Court.

4. To wait several years—more than a year and a half has already elapsed—in order to reach the unhurried conclusion that a court is competent merely because the two States are formally bound by a jurisdictional clause, without examining the scope of that clause, and then to join the questions of admissibility to the merits, only subse-

fond qu'il n'y a pas de fond ne serait pas une bonne manière d'administrer la justice.

Il est sans pertinence de dire que, avec cette vue des choses, l'Etat qui fait défaut serait plus vite libéré d'un procès que l'Etat qui répond par des exceptions préliminaires; en dehors du problème du défaut (cf. sur ce point par. 23 et suiv. ci-après), lorsqu'on est en présence de l'hypothèse d'une instance inexistante, pouvant même impliquer un abus du droit de saisir le juge, aucune raison n'apparaît d'attendre pour en juger, sinon des habitudes ou même des routines.

Dans les affaires du *Sud-Ouest africain*, dans l'arrêt du 21 décembre 1962 (*C.I.J. Recueil 1962*, p. 328), avant d'étudier les exceptions préliminaires de compétence et de recevabilité soulevées par le défendeur, la Cour a, *proprio motu*, soulevé le problème de l'existence d'un différend réel entre les demandeurs et le défendeur (voir aussi l'opinion de M. Morelli sur ce point, *C.I.J. Recueil 1962*, p. 564 à 568).

5. Les faits de l'affaire ne laissent pas de doute selon moi sur l'inexistence du différend dès la présentation de la requête.

Dans la série de notes diplomatiques adressées au Gouvernement français par le Gouvernement australien entre 1963 et la fin de 1972 (requête, p. 35 à 49), à aucun moment n'a été avancé l'argument de l'illicéité des expériences françaises pour justifier une demande d'arrêt de ces expériences qui serait fondée sur des règles de droit international opposables au Gouvernement français. La formule de protestation exprime des « regrets » que le Gouvernement français procède à ces essais et l'on expose de « vives inquiétudes » chez les populations de la région (requête, p. 43, 45 et 47). On pense si peu du côté australien à une règle opposable aux essais de la France qu'on déclare souhaiter « voir universellement appliqué et accepté » le traité de 1963 sur les essais nucléaires (note du 2 avril 1970, requête, p. 45; dans les mêmes termes exactement, note du 20 avril 1971, requête, p. 47, et note du 29 mars 1972, requête, p. 49). Il n'est pas question d'illicéité, pas davantage de dommages occasionnés et de responsabilité internationale, seulement d'une opposition de principe à tous les essais nucléaires par tous Etats, avec une constance absolue jusqu'à la note du 3 janvier 1973, où pour la première fois le Gouvernement australien demande au Gouvernement français « de s'abstenir de tous nouveaux essais » qu'il estime contraires au droit (requête, p. 51); c'est la note qui ouvre le contentieux avec ce changement complet d'attitude.

La raison du changement est donnée par le Gouvernement australien dans sa requête:

« Dans sa note [du 3 janvier 1973], le Gouvernement australien indiquait explicitement qu'à son avis les essais français étaient illégaux et que, s'il ne pouvait obtenir du Gouvernement français une entière assurance qu'aucune nouvelle expérience ne serait faite, son seul recours serait d'user des voies de droit internationales appro-

quently to arrive (perhaps) at the conclusion on the merits that there were no merits, would not be a good way of administering justice.

The observation that, on this view of the matter, a State which declined to appear would more rapidly be rid of proceedings than a State which replied by raising preliminary objections, is irrelevant; apart from the problem of non-appearance (on this point cf. paras. 23 to 29 below), when the hypothesis arises that the case is an unreal one, with the possible implication that there was a misuse of the right of seising the Court, there is no obvious reason why a decision should be delayed unless from force of habit or routine.

In the Judgment of 21 December 1962 in the *South West Africa* cases, (*I.C.J. Reports 1962*, p. 328), the Court, before examining the preliminary objections to jurisdiction and admissibility raised by the Respondent, itself raised *proprio motu* the problem of the existence of a genuine dispute between the Applicants and the Respondent (see also the opinion of Judge Morelli on this point, *I.C.J. Reports 1962*, pp. 564-568).

5. The facts of the case leave no room for doubt, in my opinion, that there was no dispute even at the time of the filing of the Application.

In the series of diplomatic Notes addressed to the French Government by the Australian Government between 1963 and the end of 1972 (Application, pp. 34-48), at no time was the argument of the unlawfulness of the French tests advanced to justify a claim for cessation of such tests, based on rules of international law opposable to the French Government. The form of protests used expresses "regrets" that the French Government should carry out such tests, and mention is made of the "deep concern" aroused among the peoples of the area (Application, pp. 42, 44 and 46). So little was it thought on the Australian side that there was a rule which could be invoked against France's tests that it is said that the Government of Australia would like "to see universally applied and accepted" the 1963 test ban treaty (Note of 2 April 1970, Application, p. 44; in the same terms exactly, Note of 20 April 1971, Application, p. 46, and Note of 29 March 1972, Application, p. 48). There is no question of unlawfulness, nor of injury caused by the tests and international responsibility, but merely of opposition in principle to all nuclear tests by all States, with complete consistency up to the Note of 3 January 1973, in which for the first time the Australian Government invites the French Government "to refrain from any further . . . tests", which it regards as unlawful (Application, Ann. 9, p. 51); this, then, was the Note which, by a complete change of attitude, paved the way to the lawsuit.

The reason for the change was given by the Australian Government in paragraph 14 of its Application:

"In its Note [of 3 January 1973], the Australian Government indicated explicitly that in its view the French tests were unlawful and unless the French Government could give full assurances that no further tests would be carried out, the only course open to the Australian Government would be the pursuit of appropriate interna-

priées. En exprimant ainsi avec plus de force le point de vue précédemment exposé au nom de l'Australie, le Gouvernement traduisait très directement les convictions du peuple australien, qui venait d'élire une administration travailliste, tenue par un programme où figurait la déclaration suivante: «Les travaillistes s'opposent à la mise au point, à la prolifération, à la possession et à l'emploi des armes nucléaires, chimiques et bactériologiques.» (Requête p. 9-11, par. 14.)

On remarquera aussi au paragraphe 15 qui suit: «Le Gouvernement australien soutenait [dans ses notes des 3 janvier et 7 février 1973] que la poursuite des essais par la France était illégale et demandait leur cessation.»

6. Le fond du débat n'est donc plus le même; on «soutient» l'illicéité et l'on «demande» la cessation des essais parce que le parti travailliste est opposé à la mise au point, à la possession et à l'emploi des armes nucléaires et que le Gouvernement est lié par son programme électoral. Cette raison du changement d'administration est dénuée de toute pertinence; l'Etat demeure lié par ses comportements dans les relations internationales, quelles que soient les promesses électorales. Si, pendant dix ans les gouvernements australiens ont traité les expériences dans le Pacifique comme gênantes mais non illicites, sous réserve de certaines protestations de principe et de manifestations d'inquiétudes, l'argument d'un programme électoral ne suffit pas à écarter cette constatation expresse des éléments juridiques d'une situation.

Dans la requête le demandeur a bien aperçu à l'avance que son changement d'attitude posait un problème sérieux et il a tenté de le voiler en disant qu'il ne faisait qu'exprimer «avec plus de force le point de vue précédemment exposé au nom de l'Australie». Il est facile de montrer que le point de vue précédent était totalement différent. En plus des notes diplomatiques des dix années antérieures à 1973 qui sont décisives et démontrent que le Gouvernement australien n'invoquait aucune base juridique à l'encontre de la décision du Gouvernement français de procéder à des essais dans la région du Pacifique Sud, il suffira de rappeler que l'Australie s'est associée à diverses explosions atmosphériques sur son propre territoire ou à l'entour et qu'elle s'est, par sa conduite, prononcée sans équivoque sur la licéité de ces expériences et de celles faites par d'autres Etats dans le Pacifique.

7. La première explosion nucléaire atmosphérique du Royaume-Uni eut lieu le 3 octobre 1952 aux îles Montebello, situées près de la côte nord-ouest de l'Australie. C'est le ministre australien de la défense qui annonça que l'expérience avait réussi et le premier ministre australien la décrivit comme «une nouvelle preuve du fait très important que le développement de la science dans le Commonwealth britannique se fait à un niveau extrêmement élevé» (*Keesing's Contemporary Archives*, 11-18 octobre 1952, p. 12497). Le premier ministre du Royaume-Uni envoya un message de félicitations au premier ministre d'Australie. Marine,

tional legal remedies. In thus expressing more forcefully the point of view previously expounded on behalf of Australia, the Government was reflecting very directly the conviction of the Australian people who had shortly before elected a Labour Administration, pledged to a platform which contained the following statement: 'Labour opposes the development, proliferation, possession and use of nuclear, chemical and bacteriological weapons'." (Application, pp. 8-10.)

In the succeeding paragraph 15 the following will also be noticed: "The Government of Australia claimed [in its Notes of 3 January and 7 February 1973] that the continuance of testing by France is illegal and called for the cessation of tests."

6. Thus the basis of the discussion is no longer the same; it is "claimed" that the tests are unlawful, and France is "invited" to stop them because the Labour Party is opposed to the development, possession and use of nuclear weapons, and the Government is bound by its electoral programme. This reason, the change of government, is totally irrelevant; a State remains bound by its conduct in international relations, whatever electoral promises may have been made. If for ten years Australian governments have treated tests in the Pacific as unwelcome but not unlawful, subject to certain protests on principle and demonstrations of concern, an electoral programme is not sufficient argument to do away with this explicit appreciation of the legal aspects of the situation.

The Applicant, as it happens, perceived in advance that its change of attitude gave rise to a serious problem, and it endeavoured in the Application to cover it up by saying that it had done no more than express "more forcefully the point of view previously expounded on behalf of Australia". It can easily be shown that the previous viewpoint was totally different. Apart from the diplomatic Notes of the ten years prior to 1973, which are decisive, and which show that the Government of Australia did not invoke any legal grounds to oppose the decision of the French Government to conduct tests in the South Pacific region, it will be sufficient to recall that Australia has associated itself with various atmospheric explosions above or in the vicinity of its own territory, and that by its conduct it has expressed an unequivocal view on the lawfulness of those tests and those carried out by other States in the Pacific.

7. The first atmospheric nuclear explosion effected by the United Kingdom occurred on 3 October 1952 in the Montebello Islands, which are situated near the north-west coast of Australia. It was the Australian Minister of Defence who announced that the test had been successful, and the Prime Minister of Australia described it as "one further proof of the very important fact that scientific development in the British Commonwealth is at an extremely high level" (*Keesing's Contemporary Archives*, 11-18 October 1952, p. 12497). The Prime Minister of the United Kingdom sent a message of congratulation to the Prime Minister

aviation et autres services du Gouvernement australien étaient associés à la préparation et à la réalisation de l'expérience; trois zones de sécurité avaient été interdites au survol et à la navigation, sous peine de prison et d'amendes.

Le 15 octobre 1953 une autre expérience britannique eut lieu à Woomera, en Australie, avec nouvelle zone interdite de 80 000 milles carrés. Le ministre britannique de l'approvisionnement, parlant à la Chambre des communes, avait annoncé le 24 juin 1953 la nouvelle série d'expériences, qui était préparée en collaboration avec le Gouvernement australien et avec l'aide de la marine et de l'aviation australiennes (*Keesing's*, 1953, p. 13222).

Deux nouvelles séries d'expériences britanniques eurent lieu en 1956, l'une aux îles Montebello (16 mai et 19 juin), l'autre à Maralinga, en Australie du Sud (27 septembre, 4, 11 et 21 octobre). Le premier ministre australien par intérim, commentant les retombées, déclara qu'aucun danger pour la santé ne pouvait en résulter. Des militaires australiens étaient présents comme observateurs pendant la deuxième série d'expériences (*Keesing's*, 1956, p. 14940). Le Gouvernement britannique indiqua le 7 août 1956 que le Gouvernement australien avait fourni une entière coopération et que divers départements ministériels australiens avaient donné une aide appréciée sous la coordination du ministre australien de l'approvisionnement. La seconde expérience de cette série fut observée par ce ministre et des membres du Parlement australien (*Keesing's*, 1956, p. 15248).

Le premier ministre britannique déclarait le 7 juin 1956:

« Les Gouvernements de Sa Majesté en Australie et en Nouvelle-Zélande ont accepté d'apporter au groupe spécial diverses formes d'aide et d'appui à partir des territoires australien et néo-zélandais. Nous en sommes extrêmement reconnaissants. » (*Hansard*, 1956, col. 1283.)

8. Une participation active à des expériences atmosphériques répétées pendant plusieurs années constitue, en soi, la reconnaissance que de telles expériences étaient conformes aux règles du droit international. Pour démontrer que les expériences actuelles ne seraient plus licites un effort a été fait pour soutenir, d'une part, que ce qui est louable de la part de certains Etats est exécration de la part d'autres, d'autre part, que les expériences atmosphériques sont devenues illicites depuis le temps où l'Australie elle-même contribuait aux retombées nucléaires.

9. Le 3 mars 1962, après que le Gouvernement des Etats-Unis eut décidé d'effectuer des essais nucléaires dans le Pacifique Sud, le ministre australien des affaires extérieures a dit:

« Le Gouvernement australien ... a d'ores et déjà exprimé ses vues, à savoir que s'il apparaissait nécessaire aux Etats-Unis de procéder, pour la sécurité du monde libre, à des essais nucléaires dans l'atmosphère, les Etats-Unis devraient avoir toute latitude pour ce faire. » (Requête, p. 37.)

of Australia. The Navy and Air Force and other Australian government departments were associated with the preparation and execution of the test; three safety-zones were forbidden for overflight and navigation, on pain of imprisonment and fines.

On 15 October 1953 a further British test was carried out at Woomera in Australia, with a new forbidden zone of 80,000 square miles. The British Minister of Supply, addressing the House of Commons on 24 June 1953, announced the new series of tests, which had been prepared in collaboration with the Australian Government and with the assistance of the Australian Navy and Air Force (*Keesing's Contemporary Archives* 1953, p. 13222).

Two further series of British tests took place in 1956, one in the Montebello Islands (on 16 May and 19 June), the other at Maralinga in South Australia (27 September, 4, 11 and 21 October). The acting Prime Minister of Australia, commenting on fall-out, stated that no danger to health could arise therefrom. Australian military personnel were present as observers during the second series of tests (*Keesing's Contemporary Archives*, 1956, p. 14940). The British Government stated on 7 August 1956 that the Australian Government had given full co-operation, and that various Australian government departments had contributed valuable assistance under the co-ordinating direction of the Australian Minister for Supply. The second test of this series was observed by that Minister and members of the Australian Parliament (*Keesing's Contemporary Archives*, 1956, p. 15248).

The British Prime Minister stated on 7 June 1956:

“Her Majesty’s Governments in Australia and New Zealand have agreed to make available to the task force various forms of aid and ancillary support from Australian and New Zealand territory. We are most grateful for this.” (*Hansard*, House of Commons, 1956, Col. 1283.)

8. Active participation in repeated atmospheric tests over several years in itself constitutes admission that such tests were in accordance with the rules of international law. In order to show that the present tests are not lawful, an effort has been made to argue, first, that what is laudable on the part of some States is execrable on the part of others and, secondly, that atmospheric tests have become unlawful since the time when Australia itself was making its contribution to nuclear fall-out.

9. On 3 March 1962, after the Government of the United States had decided to carry out nuclear tests in the South Pacific, the Australian Minister for External Affairs said that:

“... the Australian Government ... has already made clear its view that if the United States should decide it was necessary for the security of the free world to carry out nuclear tests in the atmosphere, then the United States must be free to do so” (Application, Ann. 3, p. 36).

Quelques jours après cette déclaration, le 16 mars 1962, le Gouvernement australien autorisait les Etats-Unis à utiliser l'île Christmas (sur l'île Christmas du 24 avril au 30 juin, plus de vingt essais, et sur l'île Johnston du 9 juillet au 4 novembre 1962, essais à très grande altitude).

Le Gouvernement australien déclarait également dans un aide-mémoire du 9 septembre 1963 :

« Après la signature du traité interdisant les essais nucléaires dans l'atmosphère, dans l'espace extra-atmosphérique et sous l'eau, le Gouvernement australien reconnaît aussi que les Etats-Unis doivent prendre les précautions nécessaires pour se réserver la possibilité d'effectuer des essais dans l'éventualité, soit d'une violation du traité, soit de l'exercice par certains autres Etats de leur droit de dénoncer le traité. » (*Ibid.*, p. 39.)

Par contre, cinq ans plus tard, ne pensant qu'aux expériences françaises et chinoises, le Gouvernement australien écrivait :

« Le 5 avril 1968, à Wellington (Nouvelle-Zélande), le Conseil de l'ANZUS (Australie-Nouvelle-Zélande-Etats-Unis) a fait figurer la déclaration suivante dans le communiqué publié à l'issue de la réunion qu'il venait de tenir :

« Ayant constaté que la Chine communiste et la France poursuivent leurs essais d'armes nucléaires dans l'atmosphère, les ministres ont réaffirmé leur opposition à tous les essais d'armes nucléaires dans l'atmosphère effectués au mépris de l'opinion mondiale telle qu'elle s'exprime dans le traité interdisant les essais d'armes nucléaires. » (*Ibid.*, p. 43.)

10. Dans une autre occasion le Gouvernement australien avait déjà manifesté le même sens de la différence. Au Conseil de tutelle, examinant en 1954 certains dommages causés aux îles Marshall par des expériences nucléaires de la Puissance administrante, le délégué australien n'a suivi aucune des délégations qui critiquaient le principe même de ces expériences.

11. Il n'est pas injuste de constater que, pour le Gouvernement australien, ce qui est excellent pour les alliés qui pourraient le protéger ne l'est pas pour d'autres : *Quod licet Jovi non licet bovi*. C'est au moment où le délégué des Etats-Unis révèle aux Nations Unies que son gouvernement détient 615 385 fois l'équivalent de la première bombe atomique (Commission politique, 21 octobre 1974) que le Gouvernement australien exige du Gouvernement français qu'il renonce à produire des armes atomiques.

Il reste à dire brièvement comment cette position constante du Gouvernement australien, de 1963 à fin 1972, jusqu'au changement exposé au paragraphe 5 ci-dessus, empêche sur le plan juridique le demandeur de paraître devant la Cour pour prétendre que, parmi les expériences nu-

A few days after this statement, on 16 March 1962, the Australian Government gave the United States its permission to make use of Christmas Island (where more than 20 tests were carried out between 24 April and 30 June, while tests at very high altitude were carried out at Johnston Island from 9 July to 4 November 1962).

In an aide-mémoire of 9 September 1963 the Australian Government likewise stated:

“Following the signature of the Treaty Banning Nuclear Tests in the Atmosphere, in Outer Space and Under Water, the Australian Government also recognizes that the United States must take such precautions as may be necessary to provide for the possibility that tests could be carried out in the event, either of a breach of the Treaty, or of some other States exercising their right to withdraw from the Treaty.” (*Ibid.*, p. 38.)

In contrast, five years later, with solely the French and Chinese tests in mind, the Australian Government wrote:

“On 5 April 1968, in Wellington, New Zealand, the Australia-New Zealand-United States (ANZUS) Council, included the following statement in the communiqué issued after the meeting:

‘Noting the continued atmospheric testing of nuclear weapons by Communist China and France, the Ministers reaffirmed their opposition to all atmospheric testing of nuclear weapons in disregard of world opinion as expressed in the Nuclear Test Ban Treaty.’ ” (*Ibid.*, Ann. 5, p. 42.)

10. On another occasion the Australian Government had already evinced the same sense of discrimination. In 1954, in the Trusteeship Council, when certain damage caused the Marshall Islands by the nuclear tests of the administering authority was under consideration, the Australian delegate could not go along with the views of any of the delegations who objected to the tests in principle.

11. It is not unjust to conclude that, in the eyes of the Australian Government, what should be applauded in the allies who might protect it is to be frowned upon in others: *Quod licet Jovi non licet bovi*. It is at the time when the delegate of the United States has been revealing to the United Nations that his Government possesses the equivalent of 615,385 times the original Hiroshima bomb (First Committee, 21 October 1974) that the Australian Government seeks to require the French Government to give up the development of atomic weapons.

It remains for me briefly to show how this constant attitude of the Australian Government, from 1963 to the end of 1972, i.e., up to the change described in paragraph 5 above, forms a legal bar to the Applicant's appearing before the Court to claim that, among nuclear tests,

cléaires, on peut en choisir certaines pour en déclarer l'illicéité et les interdire seules. Il y a en effet de nombreux empêchements parmi lesquels la Cour était déjà en mesure de choisir, en juin 1973, pour déclarer l'affaire sans objet. Pour simplifier prenons la raison majeure: le principe de l'égalité des Etats.

12. La prétention du demandeur d'imposer une certaine politique de défense nationale à un autre Etat est une intervention dans les affaires intérieures de cet Etat dans un domaine où une telle intervention est particulièrement inadmissible. Le Gouvernement du Royaume-Uni s'exprimait ainsi sur ce point, le 2 juillet 1973:

« La question de savoir si la France doit ou non développer sa puissance nucléaire ne nous concerne pas. C'est à elle seule qu'il appartient d'en décider. » (*Hansard*, col. 60.)

Dans son livre *The Function of Law in the International Community* (Oxford, 1933, p. 188) M. Hersch Lauterpacht (plus tard sir Hersch) écrivait:

« c'est étendre la fonction judiciaire jusqu'au point de rupture que de vouloir lui faire trancher la question de savoir si un différend est politique en ce sens qu'il met en jeu l'indépendance, les intérêts vitaux ou l'honneur de l'Etat. On peut donc douter qu'un tribunal quelconque puisse, dans l'exercice de sa fonction judiciaire, passer outre à l'affirmation d'un Etat qu'un différend touche à sa sécurité ou à ses intérêts vitaux. Comme nous l'avons vu, les intérêts en question sont d'une nature si subjective qu'elle exclut l'application de toute norme objective, non seulement dans le cas de traités généraux d'arbitrage mais aussi dans le cas de chaque différend. »

La Cour a eu connaissance du projet de loi déposé par le Gouvernement français en 1929 devant le Parlement pour autoriser l'adhésion à l'Acte général de Genève du 26 septembre 1928; il comportait une réserve formelle excluant « les différends ayant trait à des prétentions de nature à porter atteinte à l'organisation de la défense nationale ». Le 11 juillet 1929, le rapporteur de la Commission des affaires étrangères a expliqué que la réserve était inutile:

« Au reste, les termes mêmes dans lesquels l'exposé des motifs la présente en montrent l'inutilité. « En l'absence de dispositions contractuelles résultant de conventions existantes ou de celles qui seront conclues sous l'action de la Société des Nations en matière de limitation des armements, dit le texte, litiges ayant trait à des prétentions de nature à porter atteinte à l'organisation de la défense nationale. » Or, précisément parce que ces dispositions n'existent pas, comment une juridiction arbitrale pourrait-elle statuer dans un conflit de ce genre autrement qu'en reconnaissant que chaque Etat est actuellement maître d'organiser sa défense nationale ainsi qu'il l'entend? Imagine-t-on une jurisprudence arbitrale prétorienne substituant

certain can be selected to be declared unlawful and they alone prohibited. Indeed the Court, in June 1973, already had a choice among numerous impediments on which it might have grounded a finding that the case was without object. For simplicity's sake let us take the major reason: the principle of the equality of States.

12. The Applicant's claim to impose a certain national defence policy on another State is an intervention in that State's internal affairs in a domain where such intervention is particularly inadmissible. The United Kingdom Government stated on this point on 2 July 1973 as follows:

“... we are not concerned ... with the question of whether France should or should not develop her nuclear power. That is a decision entirely for France ...” (*Hansard*, col. 60).

In *The Function of Law in the International Community* (Oxford 1933, p. 188) Mr. (later Sir) Hersch Lauterpacht wrote:

“... it means stretching judicial activity to the breaking-point to entrust it with the determination of the question whether a dispute is political in the meaning that it involves the independence, or the vital interests, or the honour of the State. It is therefore doubtful whether any tribunal acting judicially can override the assertion of a State that a dispute affects its security or vital interests. As we have seen, the interests involved are of a nature so subjective as to exclude the possibility of applying an objective standard not only in regard to general arbitration treaties, but also in regard to each individual dispute.”

The draft law which the French Government laid before its Parliament in 1929 to enable its accession to the General Act of Geneva of 26 September 1928 has been drawn to the Court's attention; this draft embodied a formal reservation excluding “disputes connected with claims likely to impair the organization of the national defence”. On 11 July 1929 the rapporteur of the parliamentary Committee on Foreign Affairs explained that the reservation was unnecessary:

“Moreover the very terms in which the *exposé des motifs* presents it show how unnecessary it is. ‘In the absence of contractual provisions arising out of existing treaties or such treaties as may be concluded at the instigation of the League of Nations in the sphere of armaments limitation,’ says the text: ‘disputes connected with claims likely to impair the organization of the national defence.’ But, precisely because these provisions do not exist, how could an arbitration tribunal rule upon a conflict of this kind otherwise than by recognizing that each State is at present wholly free to organize its own national defence as it thinks fit? Is it imagined that the action of some praetorian arbitral case-law might oust or at any rate range

son action à celle de Genève ou, en tout cas, dépassant celle-ci? Le danger apparaît comme un peu chimérique.» (*Documents parlementaires*, Chambre des députés, 1929, ann. 1368, p. 407, 408, ann. 2031, p. 1143.)

L'exposé des motifs du projet de loi d'adhésion insiste fermement sur le caractère indispensable de la compétence du Conseil de la Société des Nations, pour «apprécier les facteurs d'ordre politique ou d'ordre moral susceptibles de peser dans le règlement de certains conflits n'ayant pas un caractère strictement juridique», litiges «dont la gravité politique peut éventuellement être telle que le recours au Conseil soit indispensable» (*eod. loc.*, p. 407). Telle était la position officielle du Gouvernement français qu'éclaire ici aussi le rapporteur de la Commission des affaires étrangères qui insiste sur la combinaison du recours au conseil et du règlement juridictionnel (*eod. loc.*, ann. 2031, p. 1142).

13. Il n'est pas déraisonnable de penser que le monde contemporain est encore convaincu du bon sens des observations citées au paragraphe précédent (cf. l'arrangement de Luxembourg du 29 janvier 1966 entre les membres de la Communauté économique européenne sur les «intérêts très importants»). Mais il y a plus qu'un aspect négatif dans l'absence d'objet de la demande australienne. Le principe de l'égalité devant le droit est constamment invoqué, réaffirmé et inscrit dans les textes les plus solennels. Ce principe perdrait toute signification si l'attitude «à chacun sa règle» était tolérée dans la pratique des Etats et devant le juge. Sir Gerald Fitzmaurice a exposé ce qu'il faut penser à ce sujet dans son rapport spécial à l'Institut de droit international «The Future of Public International Law» (1973, p. 35 à 41).

Dans le cas présent le demandeur a essayé de présenter à la Cour comme objet d'un différend juridique une demande d'interdiction d'actes auxquels il s'est lui-même livré ou associé, en soutenant que ces actes étaient alors non seulement licites mais à encourager pour la défense d'une certaine catégorie d'Etats. Or le demandeur a négligé une partie de la déclaration du premier ministre du Royaume-Uni devant la Chambre des communes, le 7 juin 1956, où celui-ci avait exprimé des remerciements à l'Australie pour sa collaboration aux expériences britanniques (par. 7 ci-dessus). Le premier ministre disait aussi :

«Je ne vois certainement pas pour quelle raison notre pays ne procéderait pas à des expériences analogues à celles qui ont été effectuées tant par les Etats-Unis que par la Russie soviétique. Nous ne faisons rien de plus. J'ai déjà dit que nous sommes prêts à participer à la mise au point de systèmes de limitation. Je pense personnellement que cela est souhaitable et que c'est possible.» (*Hansard*, col. 1285.)

Le 2 juillet 1973 l'*Attorney-General* analysait ainsi la position juridique du Gouvernement britannique :

beyond that of Geneva? That would seem to be a somewhat chimaerical danger.” (*Documents parlementaires: Chambre des députés*, 1929, Ann. 1368, pp. 407 f.; Ann. 2031, p. 1143.)

The *exposé des motifs* of the draft law of accession, lays strong emphasis on the indispensability of the competence of the Council of the League of Nations for the “appraisal of the political or moral factors likely to be relevant to the settlement of certain conflicts not strictly legal in character”, disputes “which are potentially of such political gravity as to render recourse to the Council indispensable” (*ibid.*, p. 407). Such was the official position of the French Government upon which the rapporteur of the Foreign Affairs Committee likewise sheds light here when he stresses the combination of resort to the Council and judicial settlement (*ibid.*, p. 1142).

13. It is not unreasonable to believe that the present-day world is still persuaded of the good sense of the observations quoted in the preceding paragraph (cf. the Luxembourg arrangement of 29 January 1966, between the member States of the European Economic Community, on “very important interests”). But there is more than one negative aspect to the want of object of the Australian claim. The principle of equality before the law is constantly invoked, reaffirmed and enshrined in the most solemn texts. This principle would become meaningless if the attitude of “to each his rule” were to be tolerated in the practice of States and in courts. The proper approach to this matter has been exemplified in Sir Gerald Fitzmaurice’s special report to the Institute of International Law: “The Future of Public International Law” (1973, pp. 35-41).

In the present case the Applicant has endeavoured to present to the Court, as the object of a legal dispute, a request for the prohibition of acts in which the Applicant has itself engaged, or with which it has associated itself, while maintaining that such acts were not only lawful but to be encouraged for the defence of a certain category of States. However, the Applicant has overlooked part of the statement made by the Prime Minister of the United Kingdom in the House of Commons on 7 June 1956, when he expressed his thanks to Australia for its collaboration in the British tests (para. 7 above). The Prime Minister also said:

“Certainly, I do not see any reason why this country should not make experiments similar to those that have been carried out by both the United States and Soviet Russia. That is all that we are doing. I have said that we are prepared to work out systems of limitation. Personally, I think it desirable and I think it possible.” (*Hansard*, col. 1285.)

On 2 July 1973, the position of the British Government was thus analysed by the Attorney-General:

« Même si la France a violé une obligation internationale, ce n'est pas une obligation qu'elle devait quant au fond au Royaume-Uni et il ne semble pas qu'un droit subjectif propre dont le Royaume-Uni serait titulaire ait été enfreint. » (*Hansard*, col. 99.)

Ceci malgré la position géographique des îles Pitcairn, dans le Pacifique.

Le demandeur s'est disqualifié par son comportement et ne peut présenter une demande fondée sur un « double standard » de conduite et de droit. Ce qui était bon pour l'Australie aux côtés du Royaume-Uni et des Etats-Unis ne peut être illicite pour d'autres Etats. La Cour permanente de Justice internationale a appliqué le principe *allegans contraria non audiendus est* dans l'affaire des *Prises d'eau à la Meuse* (C.P.J.I. série A/B n° 70, p. 25).

14. Dans l'argumentation née en 1973 pour les besoins de la présente affaire on a aussi prétendu que l'attitude différente du Gouvernement australien à l'égard du Gouvernement français s'expliquait par le fait que, à l'époque des explosions auxquelles le Gouvernement australien s'était associé et qu'il déclarait louables en soi, la conscience du danger des retombées n'était pas encore aiguë. La lecture des rapports du Comité scientifique des Nations Unies sur les effets des radiations ionisantes, établi par l'Assemblée générale en 1955, montre qu'il n'en est rien. S'il est exact de dire que les informations sont devenues plus nombreuses et plus précises au cours des années, les rapports de ce comité ont constamment rappelé que « les essais antérieurs à 1963 représentent encore de loin la plus grande série d'événements produisant une contamination globale radioactive » (rapport 1972, chap. I, p. 3).

Quant à la conscience de dangers particuliers pour l'Australie le Comité consultatif national sur les radiations, désigné par le Gouvernement australien en mai 1957, était chargé de donner des avis sur toute question relative aux effets des radiations sur la communauté australienne. La Cour a pu prendre connaissance des rapports de 1967 (deux rapports), 1969, 1971 et 1972; le rapport de mars 1967 indique que le précédent rapport était de 1965, qu'il traitait en détail la question des retombées sur l'environnement australien et les effets sur l'homme:

« A l'époque le comité était parvenu à la conclusion que les essais d'armes nucléaires français qui devaient avoir lieu dans l'océan Pacifique Sud n'entraîneraient probablement aucun risque appréciable pour la santé de la population australienne. » (Rapport au premier ministre, mars 1967, par. 3.)

Cette même formule est reprise dans le rapport de mars 1967, paragraphe 11, pour la première série des essais français de juillet à octobre 1966 et dans le rapport de décembre 1967, paragraphe 11, après examen des effets de la deuxième série d'essais en juin et juillet 1967 en tenant

“... even if France is in breach of an international obligation, that obligation is not owed substantially to the United Kingdom, and there is no substantive legal right of the United Kingdom which would seem to be infringed” (*Hansard*, col. 99).

And that despite the geographical position in the Pacific of Pitcairn Island.

The Applicant has disqualified itself by its conduct and may not submit a claim based on a double standard of conduct and of law. What was good for Australia along with the United Kingdom and the United States cannot be unlawful for other States. The Permanent Court of International Justice applied the principle “*allegans contraria non audiendus est*” in the case of *Diversion of Water from the Meuse, Judgment, 1937, P.C.I.J., Series A/B, No. 70*, page 25.

14. In the arguments devised in 1973 for the purposes of the present case, it was also claimed that the difference in the Australian Government’s attitude vis-à-vis the French Government was to be explained by the fact that, at the time of the explosions with which the Australian Government had associated itself and which it declared to be intrinsically worthy of approval, awareness of the danger of fall-out had not yet reached the acute stage. One has only to read the reports of the United Nations Scientific Committee on the Effects of Atomic Radiation, a committee set up by the General Assembly in 1955, to see that such was not the case. While it is true to say that more abundant and accurate information has become available over the years, the reports of this committee have constantly recalled that: “Those [tests of nuclear weapons] carried out before 1963 still represent by far the largest series of events leading to global radio-active contamination.” (UNSCEAR Report 1972, Chap. I, p. 3.)

As for awareness of particular risks to Australia, the National Radiation Advisory Committee was set up by the Australian Government in May 1957 for the purpose of advising on all questions concerning the effects of radiation on the Australian population. The Court has had cognizance of the reports of 1967 (two reports), 1969, 1971 and 1972; the report of March 1967 indicates that the previous report dated from 1965, and that it dealt in detail with the question of fall-out over the Australian environment and the effects upon man:

“The Committee at that time was satisfied that the proposed French nuclear weapons tests in the South Pacific Ocean were unlikely to lead to a significant hazard to the health of the Australian population.” (Report to the Prime Minister, March 1967, para. 3.)

This same form of words is repeated in paragraph 11 of the March 1967 report, in reference to the first series of French tests, which took place in the period July-October 1966, and also in paragraph 11 of the report for December 1967, issued following a study of the effects of the second series

compte des doses de radiation de ces deux séries. Le rapport de mars 1969 du Comité national australien au premier ministre concerne les essais français de juillet à septembre 1968 et reprend dans le paragraphe 12 la conclusion citée ci-dessus du rapport de mars 1967, paragraphe 3. Le rapport du Comité en mars 1971 rappelle au paragraphe 3 que les retombées de tous les essais français, en 1966, 1967, 1968, ne constituaient pas un risque pour la santé de la population australienne. La formule du paragraphe 12 conclut de la manière traditionnelle, en ce qui concerne les essais de 1970. L'absence de risque est encore reconnue dans le rapport du Comité national en juillet 1972 aux paragraphes 8, 9 et 11. Mais, avec la nouvelle administration australienne, ce comité scientifique est dissous; un rapport sera demandé par le premier ministre le 12 février 1973 à l'Académie australienne des sciences dont le Conseil désignera un comité qui fera un rapport sur les effets biologiques des retombées; les conclusions de ce rapport firent l'objet d'un examen avec des savants français en mai 1973, à la veille de la requête introductive d'instance. Les discussions continuent, semble-t-il, même entre savants australiens, à la suite de ce dernier rapport.

15. Pour que les « expériences analogues » du Gouvernement français soient un objet de différend que la Cour puisse traiter il faudrait en tout cas que, à un certain moment de l'histoire du développement des armes nucléaires, ce qui était licite soit devenu illicite. C'est la démonstration de ce changement qui serait nécessaire pour relever le demandeur de la disqualification résultant de son comportement: ce qui, entre 1963 et fin 1972, a été présenté par l'Australie comme un conflit d'intérêts, une opposition de vues politiques sur les problèmes de prolifération des armes atomiques, leur mise au point, leur détention et leur emploi, donc comme la contestation de la prétention française au développement de l'arme nucléaire de façon indépendante, n'a pas changé de nature juridique par le seul effet du changement opéré par un nouveau gouvernement australien dans la présentation formelle des thèses antérieures. Il faudrait prouver qu'entre les explosions antérieures à 1963 et les explosions postérieures la communauté internationale soit passée du non-droit au droit.

16. La recherche de la Cour sur ce point pouvait prendre place dès juin 1973 parce qu'il ne s'agit que de vérification préliminaire de problèmes entièrement détachés du fond, quelles que soient les vues qu'on puisse avoir sur le côté sacramentel de la distinction entre les phases d'une procédure (cf. par. 3 ci-dessus). En effet si le traité du 5 août 1963 interdisant les essais nucléaires dans l'atmosphère, dans l'espace extra-atmosphérique et sous l'eau n'est pas opposable à la France, il n'y a pas de litige dont l'Australie puisse saisir la Cour et une décision de rejet n'exige aucun examen du contenu du traité.

17. On sait que la forme multilatérale donnée au traité du 5 août 1963 n'est qu'un élément parmi plusieurs pour l'analyse juridique du caractère opposable de ce traité aux Etats qui n'y sont pas parties. Il suffira de dire que la préparation du texte, sa rédaction, le système inégal entre les

of tests (June-July 1967) and taking radiation doses from both series into account. The report which the Australian NRAC addressed to the Prime Minister in March 1969 concerned the French tests of July-September 1968 and repeated in its paragraph 12 the conclusions cited above from paragraph 3 of the March 1967 report. The Committee's March 1971 report recalls in its paragraph 3 that fall-out from all the French tests, in 1966, 1967 and 1968, did not constitute a hazard to the health of the Australian population. The form of words used in paragraph 12 of that report comes to the traditional conclusion as to the tests held in 1970. The absence of risk is again recognized in the report issued by the NRAC in July 1972 (paras. 8, 9 and 11). When, however, the new administration took office in Australia, this scientific committee was dissolved. On 12 February 1973 the Prime Minister requested a report of the Australian Academy of Science, the Council of which appointed a committee to report on the biological effects of fall-out; the conclusions of this report were considered at a joint meeting with French scientists in May 1973, shortly before the filing of the Application instituting proceedings. It appears that the debate over this last-mentioned report is continuing even between Australian scientists.

15. For the similar experiments of the French Government to be the subject of a dispute with which the Court can deal, it would at all events be necessary that what used to be lawful should have become unlawful at a certain moment in the history of the development of nuclear weapons. What is needed to remove from the Applicant the disqualification arising out of its conduct is proof that this change has taken place: what Australia presented between 1963 and the end of 1972 as a conflict of interests, a clash of political views on the problems of the preparation, development, possession and utilization of atomic weapons, i.e., as a challenge to France's assertion of the right to the independent development of nuclear weapons, cannot have undergone a change of legal nature solely as a result of the alteration by a new government of the formal presentation of the contention previously advanced. It would have to be proved that between the pre-1963 and subsequent explosions the international community effected a passage from non-law to law.

16. The Court's examination of this point could have taken place as early as June 1973, because it amounts to no more than the preliminary investigation of problems entirely separate from the merits, whatever views one may hold on the sacrosanctity of the distinction between the different phases of the same proceedings (cf. para. 3 above). The point is that if the Treaty of 5 August 1963 Banning Nuclear Tests in the Atmosphere, in Outer Space and Under Water is not opposable to France, there is no dispute which Australia can submit to the Court, and dismissal would not require any consideration of the contents of the Treaty.

17. The multilateral form given to the Treaty of 5 August 1963 is of course only one of several elements where the legal analysis of the extent of its opposability to States not parties to it is concerned. One need only say that the preparation and drafting of the text, the unequal régime as

parties pour la ratification d'amendements et le régime de contrôle ont permis de classer le traité comme créant un statut bipolaire, accepté par un nombre important d'Etats, mais non obligatoire pour les Etats restés en dehors du traité. En effet, la conduite postérieure au traité des Etats qui en assument la responsabilité principale permet de ne pas s'attarder. Aucune des trois Puissances nucléaires qualifiées de « parties originaires » dans l'article 2 du traité n'a jamais fait savoir aux autres Puissances nucléaires non parties au traité que ce texte créait une obligation quelconque à leur égard; au contraire les trois parties originaires, encore aujourd'hui, appellent les Puissances non parties à adhérer au traité. Le délégué soviétique à la Conférence du désarmement, à l'ouverture de la session du 20 février 1974, a déclaré que la négociation pour mettre fin aux expériences nucléaires « exige la participation de tous les Etats nucléaires ». A la Commission politique de l'Assemblée générale, le 21 octobre 1974, le délégué des Etats-Unis disait que l'un des buts était de faire appel à la coopération des pays qui n'ont pas encore ratifié le traité de 1963. Les déclarations du Gouvernement du Royaume-Uni sont dans le même sens; lors d'un débat au Parlement, le 2 juillet 1973, le ministre d'Etat pour les affaires étrangères et du Commonwealth, a dit:

« Dès 1960, cependant, les Français et les Chinois ont refusé de souscrire à quelque accord international que ce soit sur les essais. Ils ne sont donc pas liés par les obligations du traité d'interdiction des essais de 1963...

En 1963 le Gouvernement de Sa Majesté ainsi que le Gouvernement des Etats-Unis ont demandé instamment au Gouvernement français de signer le traité d'interdiction partielle des essais.

En tant qu'instigateurs et que signataires du traité, nous sommes gravement préoccupés de voir se poursuivre les essais nucléaires dans l'atmosphère et nous invitons tous les gouvernements qui ne l'ont pas encore fait à adhérer au traité. Ce point de vue est bien connu des Gouvernements français et chinois. Il a été exposé par plusieurs gouvernements successifs. » (*Hansard*, col. 58 et 59.)

18. Le comportement des parties originaires qui ont établi par accord mutuel les règles du statut nucléaire actuel montre que les Etats nucléaires qui ont refusé d'adhérer à ce statut ne peuvent être considérés comme y étant soumis par l'effet d'une construction doctrinale qui serait contraire aux intentions formellement exprimées des instigateurs et responsables de ce statut. Le Gouvernement français, pour ce qui le concerne, a toujours refusé d'admettre l'existence d'une règle qui lui soit opposable, dans de nombreuses déclarations.

19. Le traité du 3 juillet 1974, signé à Moscou entre les Etats-Unis et l'Union des Républiques socialistes soviétiques, relatif à la limitation des essais souterrains d'armes nucléaires (Nations Unies, *Documents officiels de l'Assemblée générale*, doc. A/9698, 9 août 1974, ann. I) comporte le considérant suivant dans le préambule:

between the parties for the ratification of amendments, and the system of supervision have enabled the Treaty to be classified as, constructively, a bi-polar statute, accepted by a large number of States but not binding on those remaining outside the Treaty. There is in fact no necessity to linger on the subject in view of the subsequent conduct of the States assuming the principal responsibility for the Treaty. None of the three nuclear Powers described as the "Original Parties" in Article II of the Treaty has ever informed the other nuclear Powers, not parties thereto, that this text imposed any obligation whatever upon them; on the contrary, the three Original Parties, even today, call upon the Powers not parties to accede to the Treaty. The Soviet delegate to the Disarmament Conference declared at the opening of the session on 20 February 1974 that the negotiations for the termination of nuclear tests "required the participation of all nuclear States". On 21 October 1974, in the First Committee of the General Assembly, the delegate of the United States said that one of the aims was to call for the co-operation of States which had not yet ratified the 1963 Treaty. Statements to the same effect have been made on behalf of the Government of the United Kingdom; on 2 July 1973 the Minister of State for Foreign and Commonwealth Affairs stated during a parliamentary debate:

"As far back as 1960, however, the French and the Chinese declined to subscribe to any international agreement on testing. They are not bound, therefore, by the obligations of the test ban treaty of 1963 ...

In 1963 Her Majesty's Government, as well as the United States Government, urged the French Government to sign the partial test ban treaty.

As initiators and signatories of the treaty, we are seriously concerned at the continuation of nuclear tests in the atmosphere, and we urge that all Governments which have not yet done so should adhere to it. This view is well known to the French and Chinese Governments. It has been stated publicly by successive Governments." (*Hansard*, cols. 58 and 59.)

18. The conduct of the Original Parties which laid down the rules of the present nuclear statute by mutual agreement shows that those nuclear States which have refused to accede to this statute cannot be considered as subjected thereto by virtue of a doctrinal construction contrary to the formally expressed intentions of the sponsors and guardians of the Statute. The French Government, for its part, has always refused to recognize the existence of a rule opposable to it, as many statements made by it show.

19. The Treaty which the United States and the Union of Soviet Socialist Republics signed in Moscow on 3 July 1974, on the limitation of underground nuclear testing (United Nations, *General Assembly Official Records*, A/9698, 9 August 1974, Ann. I) contains the following preambular paragraph:

« Rappelant la volonté exprimée par les Parties au Traité de 1963 interdisant les essais d'armes nucléaires dans l'atmosphère, l'espace extra-atmosphérique et sous l'eau, dans le préambule de cet instrument, de chercher à obtenir l'arrêt de toutes les explosions expérimentales d'armes nucléaires à tout jamais et de poursuivre les négociations à cette fin. » (Comp. le deuxième considérant du préambule du traité de 1963.)

Le traité de 1974 comporte, comme le traité de 1963, le droit pour chaque partie de se retirer du traité si des événements extraordinaires ont compromis « ses intérêts suprêmes ».

20. La vérification de l'inexistence d'une règle de droit international applicable à la France se posait bien sur le plan de l'inexistence de différend justiciable. Décider que le traité de 1963 n'est pas invocable contre la France ne suppose qu'une décision sur un fait juridique établi par le texte et par la conduite constante des auteurs du statut juridique en cause. Décider de même qu'il ne s'est pas établi de coutume contre des Etats qui refusent ce statut avec constance, règle coutumière déniée aussi par les positions prises postérieurement au traité qui en serait l'expression, comme on l'a vu aux paragraphes précédents, ne serait pas non plus autre chose qu'une vérification de l'existence d'une source d'obligation.

En ne procédant pas à la vérification de l'existence d'une source quelconque d'obligation à l'égard du Gouvernement français, et ceci de façon préliminaire, la Cour a refusé de faire justice à un Etat qui, dès le premier jour, a manifesté son opposition formelle à un procès qu'il déclarait sans objet et dont il demandait la radiation du rôle; ce que la Cour ne fera que vingt mois plus tard.

21. Le caractère de la querelle entre le Gouvernement australien et le Gouvernement français est celui d'un conflit d'intérêts politiques portant sur une question, les expériences nucléaires, qui n'est qu'un élément non détachable de l'ensemble des problèmes posés par l'existence des armes nucléaires et qui ne peuvent présentement être abordés et réglés que par la négociation.

La Cour disait en 1963: « un tribunal n'a pas simplement pour fonction de fournir une base d'action politique alors qu'aucune question juridique concernant des droits effectifs n'est en jeu » (*Cameroun septentrional, C.I.J. Recueil 1963, p. 37*).

En l'absence d'une règle opposable au Gouvernement français pour obtenir de la Cour une déclaration d'interdiction des seuls essais français l'affaire tombe entièrement. Je ne dirai donc rien sur d'autres motifs de rejet immédiat de la demande, par manque de qualification du demandeur, tels que l'inadmissibilité tant d'une *actio popularis* que celle d'une action *erga omnes* déguisée en action contre un seul Etat. L'accumulation des retombées crée un problème global; ce n'est pas seulement la dernière goutte qui fait déborder un vase (comp. le refus de tribunaux des Etats-

“Recalling the determination expressed by the Parties to the 1963 Treaty Banning Nuclear Weapon Tests in the Atmosphere, in Outer Space and Under Water in its preamble to seek to achieve the discontinuance of all test explosions of nuclear weapons for all time, and to continue negotiations to this end.” (Cf. the second preambular paragraph of the 1963 Treaty.)

Like the 1963 Treaty, the Treaty of 1974 embodies the right of each party to withdraw from the treaty if extraordinary events jeopardize “its supreme interests”.

20. To determine whether a rule of international law applicable to France did or did not exist was surely an operation on the same level as the ascertainment of the non-existence of a justiciable dispute. To find that the Treaty of 1963 cannot be relied on against France requires merely the determination of a legal fact established by the text and by the consistent conduct of the authors of the legal statute in question. Similarly, to find that no custom has come into being which is opposable to those States which steadfastly declined to accept that statute, when moreover (as we have seen in the foregoing paragraphs) the existence of such customary rule is disproved by the positions adopted subsequent to the treaty supposed to give it expression, would merely be to verify the existence of a source of obligation.

By not proceeding, as a preliminary, to verification of the existence of any source of obligation opposable to the French Government, the Court refused to render justice to a State which, from the very outset, manifested its categorical opposition to proceedings which it declared to be without object and which it requested the Court to remove from the list; an action which the Court was not to take until 20 months had elapsed.

21. The character of the quarrel between the Australian Government and the French Government is that of a conflict of political interests concerning a question, nuclear tests, which is only one inseparable element in the whole range of the problems to which the existence of nuclear weapons gives rise and which at present can be approached and settled only by means of negotiations.

As the Court said in 1963, “it is not the function of a court merely to provide a basis for political action if no question of actual legal rights is involved” (*Northern Cameroons, I.C.J. Reports 1963, p. 37*).

In the absence of any rule which can be opposed to the French Government for the purpose of obtaining from the Court a declaration prohibiting the French tests and those alone, the whole case must collapse. I shall therefore say nothing as to the other grounds on which the claim can be dismissed at the outset on account of the Applicant's want of standing, such as the inadmissibility either of an *actio popularis* or of an action *erga omnes* disguised as an action against a single State. The accumulation of fall-out is a world-wide problem; it is not merely the last straw which

Unis d'admettre le recours du professeur Linus Pauling et autres requérants qui demandaient l'arrêt des essais nucléaires américains dans le Pacifique <sup>1</sup>).

\*  
\*   \*  
\*

22. Il me reste à faire de brèves observations sur la conduite de ce procès devant la Cour, depuis l'origine, par rapport à certains principes généraux du fonctionnement régulier de la justice internationale. Les motifs adoptés dans l'arrêt ne permettent pas, en effet, de saisir divers problèmes soulevés par la conduite du procès quant à l'article 53 et à l'article 54 du Statut de la Cour.

23. Il s'est produit, en somme, un malentendu lors de l'inscription des questions de compétence et de recevabilité dans l'ordonnance du 22 juin 1973 comme objet de la phase décidée « pour [les] régler aussi rapidement que possible », car les opinions individuelles et dissidentes en juin 1973 montrent d'une part que, pour un certain nombre de membres de la Cour, le problème de l'existence de l'objet du litige devait être tranché dans la nouvelle phase, mais que, d'autre part, une majorité était décidée à ne traiter dans cette phase que la question de la compétence de la Cour, *stricto sensu*, et celle de l'intérêt juridique du demandeur, et à joindre toutes autres questions au fond, y compris la question de l'existence d'un objet du procès. Le résultat de la phase compétence-recevabilité ne pouvait donc être, au mieux, qu'une décision sur la compétence et sur l'intérêt juridique du demandeur et si elle était positive, tout le reste étant joint au fond, la décision effective était renvoyée à une phase fort lointaine. Il eût donc été plus « rapide » de ne pas séparer compétence-recevabilité et fond. La raison de ce refus de décider sur le caractère « préliminaire » de l'existence d'un différend justiciable en 1973 se trouve dans une interprétation de l'article 53 qui consiste à appliquer au défaut l'article 67 du règlement de la Cour visant les exceptions préliminaires dans une procédure contradictoire, cette analogie entraînant une véritable violation de l'article 53 du Statut.

24. Le malentendu sur la portée de la phase décidée par l'ordonnance du 22 juin 1973 n'a pas été sans effet devant la Cour; l'opposition apparente entre le paragraphe 23 et le paragraphe 35 de l'ordonnance a permis au demandeur, s'inspirant exclusivement du premier de ces paragraphes, de déclarer à la Cour, à l'audience du 6 juillet 1974, que la seule question de recevabilité était celle de l'intérêt juridique, sauf indication contraire demandée de la Cour; indication que donna le Président le 9 juillet:

<sup>1</sup> Cour du district de Columbia, 31 juillet 1958, 164 Federal Supplement, p. 390; Cour d'appel, 12 avril 1960, 278 Federal Reporter, 2<sup>e</sup> série, p. 252-255.

breaks the camel's back (cf. the refusal of United States courts to admit the proceedings brought by Professor Linus Pauling and others who claimed that American nuclear tests in the Pacific should stop<sup>1</sup>).

\*  
\*   \*  
\*

22. I have still certain brief observations to make as to the conduct, from the very outset, of these proceedings before the Court, in relation to certain general principles of the regular functioning of international adjudication, for the conduct of the proceedings gave rise to various problems, concerning Articles 53 and 54 of the Statute of the Court, whose existence will not be evident to the reader of the Judgment, given the adopted grounds of decision.

23. What happened, in sum, was that a misunderstanding arose when the questions of jurisdiction and admissibility were written into the Order of 22 June 1973 as the prescribed subject-matter of the phase which had been decided upon "to resolve [them] as soon as possible"; for the separate and dissenting opinions of June 1973 reveal on the one hand that, for certain Members of the Court, the problem of the existence of the object of the dispute should be settled in the new phase, whereas a majority of judges, on the other hand, had made up their minds to deal in that phase solely with the questions of the jurisdiction of the Court *stricto sensu*, and of the legal interest of the Applicant, and to join all other questions to the merits, including the question whether the proceedings had any object. At best, therefore, the jurisdiction/admissibility phase could only result in a decision on jurisdiction and the legal interest of the Applicant, and if that decision were positive, all the rest being joined to the merits, the real decision would have been deferred to an extremely remote phase. A settlement would therefore have been possible "sooner" if jurisdiction/admissibility and merits had not been separated. The reason for this refusal in 1973 to decide on the "preliminary" character of the question concerning the existence of a justiciable dispute is to be found in an interpretation of Article 53 consisting of the application to a default situation of Article 67 of the Rules of Court, governing preliminary objections in adversary proceedings, the analogy thus provoking a veritable breach of Article 53 of the Statute.

24. The misunderstanding on the scope of the phase decided on by the Order of 22 June 1973 was not without effect before the Court: the apparent contradiction between paragraph 23 and paragraph 35 of the Order enabled the Applicant to say to the Court, at the hearing of 6 July 1974, that the only question of admissibility was that of "legal interest", subject to any indication to the contrary from the Court. That indication was given by the President on 9 July: "The Court will of course appre-

<sup>1</sup> District Court for the District of Columbia, 31 July 1958, 164 Federal Supplement, p. 390; Court of Appeals, 12 April 1960, 278 Federal Reporter, Second Series, pp. 252-255.

« La Cour appréciera bien entendu la question de la recevabilité sous tous les aspects qu'elle considère pertinents. »

Ce procédé des allusions couvertes et contradictoires où se retrouvent parfois les oppositions exposées dans les opinions n'est pas sans danger. On le voit pour cette ordonnance du 22 juin 1973 comme pour les essais d'utilisation des paragraphes 33 et 34 de l'arrêt *Barcelona Traction* en ignorant l'existence des paragraphes incompatibles, les paragraphes 89 à 91, précisément destinés à qualifier et limiter le premier prononcé. Celui-ci était sans rapport direct avec l'objet de l'arrêt et glissé comme un repère pour un usage ultérieur; mais il faut voir tous les repères.

25. L'article 53 du Statut a été examiné par la Cour dès l'origine de l'affaire, c'est-à-dire dès le 16 mai 1973 lors de la réception de la lettre du Gouvernement français déclarant son défaut et en exposant les raisons et, il me semble, mal appliqué à l'espèce. Il faut revenir d'une manière générale sur l'interprétation de la règle contenue dans l'article 53.

C'est refuser de voir les faits tels qu'ils sont que parler de deux parties dans un procès où l'une a fait défaut et affirmé à chaque occasion qu'elle ne prendra aucune part dans la procédure. Lorsqu'un défaut est affirmé et ouvertement constaté, le fait est qu'il n'y a plus qu'une partie dans l'instance. La fiction selon laquelle on dit que l'Etat absent est quand même partie à l'instance tant que la Cour n'a pas reconnu son incompétence est sans justification. En vérité un défaut met en cause trois intérêts distincts, ceux de la Cour, du demandeur et du défendeur; le système qui consiste à ignorer totalement la décision de défaut du défendeur et de la priver d'effet n'est ni juste, ni raisonnable. Dans l'affaire actuelle, par un refus de comparaître motivé le défendeur a déclaré que, en ce qui le concerne, il n'y a pas de procès et il l'a répété chaque fois que la Cour l'a consulté. Même si la Cour ne constate pas immédiatement ce défaut, cependant un acte de défaut, avec des conséquences juridiques, existe de la part du défendeur. D'ailleurs, d'après l'article 53, le demandeur peut demander qu'il en soit pris acte immédiatement et des conséquences tirées. C'est ce qu'il a fait ici en disant en 1973 que la Cour avait l'obligation d'appliquer ses règles de procédure, sans indiquer lesquelles, et de refuser de tenir compte des opinions et documents irrégulièrement présentés selon lui par le défendeur. Et la Cour a, partiellement, accepté cette vue, en ne procédant pas à toutes les communications possibles au défendeur.

En ne tenant pas compte du défaut du défendeur, on a abouti à octroyer des délais pour des pièces qu'on savait ne pas devoir attendre, pour maintenir une égalité de principe entre les parties alors que, en fait, celle qui se présente a été favorisée. Rien n'eût empêché la Cour de fixer

ciate the question of admissibility in all the aspects which it considers relevant.”

This process of covert and contradictory allusions, in which the conflicts of views expressed in the opinions sometimes reappear, is not without its dangers. This is evident both as regards this Order of 22 June 1973 and as regards the attempts to make use of paragraphs 33 and 34 of the Judgment in the *Barcelona Traction* case without taking account of the existence of paragraphs inconsistent with these, i.e., paragraphs 89 to 91, which were in fact intended to qualify and limit the scope of the earlier pronouncement. That pronouncement was in fact not directly related to the subject of the judgment, and was inserted as a sort of bench-mark for subsequent use; but all bench-marks must be observed.

25. Article 53 of the Statute has had the Court's attention from the outset of the proceedings, i.e., ever since the receipt on 16 May 1973 of a letter from the French Government declaring its intention not to appear and setting forth its reasons; but, in my view, it has been wrongly applied. A further general examination of the interpretation of the rule embodied in Article 53 is required.

To speak of two parties in proceedings in which one has failed to appear, and has on every occasion re-affirmed that it will not have anything to do with the proceedings is to refuse to look facts in the face. The fact is that when voluntary absence is asserted and openly acknowledged there is no longer more than one party in the proceedings. There is no justification for the fiction that, so long as the Court has not recognized its lack of jurisdiction, a State which is absent is nevertheless a party in the proceedings. The truth of the matter is that, in a case of default, three distinct interests are affected: that of the Court, that of the applicant and that of the respondent; the system of wholly ignoring the respondent's decision not to appear and of depriving it of effect is neither just nor reasonable. In the present case, by its reasoned refusal to appear the Respondent has declared that, so far as it is concerned, there are no proceedings, and this it has repeated each time the Court has consulted it. Even if the Court refrains for a time from recording that default, the fact remains that the Respondent has performed an act of default from which certain legal consequences flow. Moreover, the applicant is entitled under Article 53 to request immediately that judicial note be taken thereof and the consequences deduced. That is what the Applicant did, in the present instance, when it said in 1973 that the Court was under an obligation to apply its rules of procedure, without indicating which, and to refuse to take account of views and documents alleged by the Applicant to have been irregularly presented by the Respondent. And the Court partially accepted this point of view, in not effecting all communications to the Respondent which were possible.

The result of not taking account of the Respondent's default has been the granting of time-limits for pleadings which it was known would not be forthcoming, in order to maintain theoretical equality between the parties, whereas in fact the party which appeared was favoured. There was

pour le défendeur présumé un délai abrégé, d'un mois par exemple, réservant la possibilité théorique d'une déclaration dans ce délai que l'Etat en défaut se ravisait et demandait un délai normal pour produire un mémoire.

26. Lorsqu'il s'est agi de recevoir ou convoquer l'agent du demandeur au cours de la procédure en 1973, il y eut véritable rupture de l'égalité entre les parties dans la mesure où certaines de ces actions ou démarches du demandeur ne furent pas connues du défendeur présumé (sur ce point cf. par. 31 et 33 ci-après.)

La Cour a sans doute suivi des errements antérieurs sur cette question des délais mais les précédents ne devraient pas être confondus avec des règles obligatoires; chaque affaire présente des traits particuliers et ce serait une justice mécanique, celle qui reproduirait simplement les décisions de procédure antérieures. Ici, à la différence des affaires sur la *Compétence en matière de pêcheries*, la Cour n'a jamais été informée de négociations entre les Parties après le dépôt de la requête et les doubles délais accordés n'avaient même pas la justification, qu'ils pouvaient avoir dans ces affaires, de permettre le progrès de telles négociations; et la réalité du différend juridique n'avait jamais soulevé le moindre doute, dès l'origine.

27. Interpréter l'article 53 du Statut comme s'il n'avait aucun effet propre ne me paraît pas avoir été l'intention des auteurs de l'article. Le but de l'article 53 n'est pas de permettre de poursuivre un procès à loisir sans tenir compte des positions prises par le défendeur en défaut; le demandeur a le droit que le procès continue, certes, mais pas à son gré, la Cour livrée à des indications unilatérales sur le fait et le droit; le texte de l'article 53 a été conçu pour éviter une telle rupture d'équilibre en faveur du demandeur. Lorsque celui-ci demande qu'on lui adjuge ses conclusions, ce qu'il n'a pas expressément fait sur la base de l'article 53 mais ce qui était le résultat de ses observations et de ses conclusions tant en juin 1973 lors de la demande de mesures conservatoires que dans la phase à laquelle l'arrêt met fin aujourd'hui, on sacrifierait au formalisme en soutenant que l'absence de référence expresse à l'article 53 change la situation. Il faut bien constater que l'examen du fait et du droit prévu à l'article 53 n'a jamais commencé puisque la Cour a jugé en 1973 que les conséquences du défaut pouvaient être jointes aux questions de compétence et de recevabilité et que, finalement, la question des effets du défaut n'aura pas été traitée. Donc dans cette affaire tout s'est passé comme si l'article 53 était sans portée propre.

28. Si l'on retourne aux sources, le rapporteur du Comité consultatif des juristes avait déclaré (PV, p. 590) que le comité s'était inspiré des exemples de la jurisprudence anglaise et américaine pour formuler ce qui était alors l'article 52 du Statut sur le défaut. Lord Phillimore, membre du comité, avait fait insérer la phrase qui survit en grande part: « La Cour, avant d'y faire droit, doit s'assurer que ces conclusions, reposant

nothing to prevent the Court from fixing a short time-limit for the presumptive Respondent—one month, for example—the theoretical possibility being left open of a statement by the State in default during that time, to the effect that it had changed its mind and requested a normal time-limit for the production of a Memorial.

26. When it came to receiving or calling in the Agent of the Applicant in the course of the proceedings in 1973, there was a veritable breach of the equality of the Parties in so far as some of these actions or approaches made by the Applicant were unknown to the presumptive Respondent. (On this point, cf. paras. 31 and 33 below.)

On this question of time-limits the Court has doubtless strayed into paths already traced, but precedents should not be confused with mandatory rules; each case has its own particular features and it is mere mechanical justice which contents itself with reproducing the decisions of previous proceedings. In the present case the Court was never, as in the *Fisheries Jurisdiction* cases, informed of negotiations between the Parties after the filing of the Application, and the double time-limits accorded did not even have the justification, which they might have had in the above-mentioned cases, of enabling progress to be made in such negotiations; and there was never the slightest doubt, from the outset, on the question of the existence of a genuine legal dispute.

27. It is not my impression that the authors of Article 53 of the Statute intended it to be interpreted as if it had no effect of its own. It is not its purpose to enable proceedings to be continued at leisure without regard to the positions adopted by the absent respondent; it is true that the applicant is entitled to see the proceedings continue, but not simply as it wishes, with the Court reliant on unilateral indications of fact and law; the text of Article 53 was designed to avoid such an imbalance in favour of the applicant. When the latter calls upon the Court to decide in favour of its claim, which the present Applicant did not do explicitly on the basis of Article 53 but which resulted from its observations and submissions both in June 1973, at the time of the request for interim measures of protection, and in the phase which the Judgment brings to a close today, it would be formalistic to maintain that the absence of any explicit reference to Article 53 changes the situation. It must needs be realized that the examination of fact and law provided for in Article 53 has never begun, since the Court held in 1973 that the consequences of the non-appearance could be joined to the questions of jurisdiction and admissibility, and that, in the end, the question of the effects of non-appearance will not have been dealt with. Thus this case has come and gone as if Article 53 had no individual significance.

28. If we return to the sources, we note that the rapporteur of the Advisory Committee of Jurists (PV, p. 590) stated that the Committee had been guided by the examples of English and American jurisprudence in drafting what was then Article 52 of the Statute on default. Lord Phillimore, a member of the Committee, had had inserted the sentence which in large measure has survived: "The Court must, before [deciding in

sur des preuves sérieuses, sont fondées en fait et en droit.» Les mots qui disparurent dans l'examen par l'Assemblée de la Société des Nations furent considérés comme inutiles et faisant double emploi avec la formule qui demeura. L'examen par la Cour en 1922 n'apporte guère qu'une lumière, en raison de la personnalité des juges qui se prononcèrent sur un projet d'article du règlement proposé par M. Anzilotti:

«Si la réponse à une requête se borne à soulever l'exception d'incompétence, ou si l'Etat mis en cause omet de répondre dans le délai fixé par la Cour, celle-ci statue sur la compétence, par arrêt spécial, avant toute autre procédure.» (*C.P.J.I série D n° 2*, p. 522.)

M. Max Huber appuya le texte. Lord Finlay ne le trouvait pas nécessaire parce que de toute manière, même sans texte, la Cour devrait examiner sa compétence en premier lieu

«et que la question de savoir si elle rendrait sur ce point un arrêt séparé ou inclus dans l'arrêt final était une simple question d'opportunité à apprécier dans chaque cas d'espèce» (*ibid.*, p. 214).

Le texte de M. Anzilotti fut écarté par sept voix contre cinq. L'impression générale que donnent l'influence reconnue à la jurisprudence anglaise et les observations de lord Phillimore puis de lord Finlay est que la Cour se proposait d'appliquer l'article 53 dans un souci de vérification sérieuse de toutes les données avancées par le demandeur en cas de défaut du défendeur et ceci selon les circonstances de chaque affaire. On sait que dans le système britannique de grandes précautions sont prises pour s'assurer qu'une affaire est fondée sur une cause juridique valable, à un stade tout à fait préliminaire, parfois confié à des magistrats différents de ceux qui jugeraient l'affaire (cf. l'opinion de sir Gerald Fitzmaurice dans l'affaire du *Cameroun septentrional* (*C.I.J. Recueil 1963*, p. 107) sur cette idée du « filtrage » d'affaires à éliminer à un stade préliminaire considérée « comme entrant dans les pouvoirs inhérents ou dans la compétence de la Cour en tant que tribunal international »).

Entre cette interprétation et celle que la Cour a donnée à l'article 53 dans la présente affaire il y a toute la différence entre un pragmatisme soucieux d'équilibre véritable entre les droits de deux Etats et un formalisme réglementaire qui traite l'Etat absent comme s'il était partie à une procédure contradictoire, ce que par définition il n'est pas.

\*  
\*      \*

favour of the claim], satisfy itself that the claim is supported by conclusive evidence and well founded in fact and law." The words which disappeared in the course of the consideration of the text by the Assembly of the League of Nations were regarded as unnecessary and as merely overlapping the effect of the formula retained. The matter was clarified in only one respect by the Court's 1922 discussion, on account of the personality of the judges who expressed their views on a draft article proposed for the Rules of Court by Judge Anzilotti:

"If the response to an application is confined to an objection to the jurisdiction of the Court, or if the State affected fails to reply within the period fixed by the Court, the latter shall give a special decision on the question of jurisdiction before proceeding further with the case." (*P.C.I.J., Series D, No. 2, p. 522.*)

Judge Huber supported the text. Lord Finlay did not feel that the article was necessary, because,

"... even if there was no rule on the subject, the Court would always consider the question of its jurisdiction before proceeding further with the case. It would have to be decided in each particular case whether the judgment with regard to the jurisdiction should be delivered separately or should be included in the final judgment" (*ibid.*, p. 214).

Judge Anzilotti's text was rejected by 7 votes to 5. The general impression given by the influence English jurisprudence was recognized to possess, and by the observations first of Lord Phillimore and then of Lord Finlay, is that the Court intended to apply Article 53 in a spirit of conscientious verification of all the points submitted by the applicant when the respondent was absent from the proceedings, and that it would have regard to the circumstances of each case. As is well known, in the British system important precautions are taken at a wholly preliminary stage of a case to make sure that the application stands upon a genuinely legal claim, and the task of ascertaining whether this is so is sometimes entrusted to judges other than those who would adjudicate (cf. Sir Gerald Fitzmaurice's opinion in the *Northern Cameroons* case (*I.C.J. Reports 1963*, pp. 106 f.), regarding "filter" procedures whereby, as "part of the inherent powers or jurisdiction of the Court as an international tribunal", cases warranting removal can be eliminated at a preliminary stage).

Between this interpretation and that which the Court has given of Article 53 in the present case, there is all the difference that lies between a pragmatic concern to hold a genuine balance between the rights of two States and a procedural formalism that treats the absent State as if it were a party in adversary proceedings, which it is not, by definition.

\*  
\*   \*  
\*

29. Le 22 juin 1973, avant que la Cour ne prononce sa décision à l'audience, une déclaration publique du premier ministre d'Australie faite à Melbourne le 21 juin, largement diffusée par la presse australienne<sup>1</sup>, était parvenue en Europe, déclaration selon laquelle la Cour avait accepté par huit voix contre six la demande de l'Australie.

30. Il faut en premier lieu indiquer que, par inadvertance ou une autre raison, la Cour n'a connu cette divulgation qu'après avoir procédé à la lecture de sa décision à l'audience du 22 juin; on peut penser qu'elle eût retardé la lecture de l'ordonnance, le 22 juin, s'il en avait été autrement. Les suites de cet incident n'ayant fait l'objet que de deux communiqués publiés l'un le 8 août 1973, l'autre le 26 mars 1974, il serait difficile d'en décrire le déroulement si la Cour n'avait finalement décidé le 13 décembre 1974 que quelques documents seraient publiés dans sa collection *Mémoires, plaidoiries et documents* relatifs à l'affaire<sup>2</sup>. En tenant compte des éléments de presse et de ces documents publics ou communiqués il me paraît nécessaire d'expliquer pourquoi j'ai voté le 21 mars 1974 contre la décision de la Cour prise, par onze voix contre trois, de clore ses investigations sur la portée et les origines de la divulgation publique de la décision du 22 juin 1973 par le premier ministre d'Australie. La Cour a voté sur une résolution qui est reproduite dans le communiqué de presse du 26 mars 1974.

Personne ne contestera, on veut le croire, que si un chef de gouvernement d'un Etat partie à un procès divulgue une décision de la Cour avant que celle-ci soit publique, il y a violation des prescriptions de l'article 54, paragraphe 3, du Statut: « Les délibérations de la Cour sont et demeurent secrètes. » A l'heure de la divulgation, le 21 juin, la décision n'était encore qu'un texte délibéré et adopté par la Cour, couvert par le secret de l'ar-

---

<sup>1</sup> Un journal de Melbourne a publié le 22 juin l'article suivant:

« *Le Premier ministre: Nous avons gagné l'affaire des essais nucléaires.* M. Whitlam, Premier ministre, a déclaré hier soir que l'Australie gagnera son affaire devant la Cour internationale de Justice par une majorité de huit voix contre six. M. Whitlam a indiqué qu'on lui avait dit que la Cour rendrait sa décision dans les vingt-deux heures. Le Premier ministre a fait cette prédiction dans une causerie prononcée au cours du dîner annuel de l'Institut de droit de Victoria. Il a déclaré: « En ce qui concerne la haute Cour, on me dit que la décision sera rendue dans environ vingt-deux heures. La majorité en notre faveur sera de huit voix contre six. » Quand, après le dîner, on lui a demandé des précisions, M. Whitlam s'est refusé à tout commentaire et a dit que ses paroles n'étaient pas pour publication. Plusieurs centaines de membres de l'Institut de droit, et parmi eux quelques juges importants, ont participé à ce dîner. En faisant sa prédiction selon laquelle la Cour allait se prononcer par huit voix contre six, M. Whitlam a mis sa main sur le micro qui était sous le contrôle d'un reporter de l'Australian Broadcasting Corporation. »

<sup>2</sup> Quatre documents seront ainsi publiés dont deux ont déjà été communiqués au Gouvernement français (voir par. 31 ci-après), les deux autres sont des rapports faits à la Cour.

29. On 22 June 1973, before the Court's decision had been read at a public sitting, a public statement which had been made by the Prime Minister of Australia on 21 June at Melbourne, and which had been widely reported by the Australian press<sup>1</sup>, reached Europe; in it the Prime Minister stated that the Court had acceded by 8 votes to 6 to Australia's request.

30. It must first be explained that, whether by inadvertence or for some other reason, the Court was not aware of that disclosure until after its decision had been read out at the public sitting of 22 June; it can be imagined that the Court would otherwise have postponed the reading of the Order on 22 June. As the aftermath of this incident has only been dealt with in two communiqués, one issued on 8 August 1973 and the other on 26 March 1974, it would be difficult to describe it if the Court had not finally decided on 13 December 1974 that certain documents would be published in the volume of *Pleadings, Oral Arguments, Documents* to be devoted to this case<sup>2</sup>. Taking into account certain press items and these public documents or communiqués, I find it necessary to explain why I voted on 21 March 1974 against the Court's decision, by 11 votes to 3, to close its investigations on the scope and origins of the public disclosure by the Prime Minister of Australia of the decision of 22 June 1973. The Court's vote was on a resolution reproduced in the press communiqué of 26 March 1974.

It is to be hoped that no-one will dispute the view that, if the head of government of a State party to a case discloses a decision of the Court before it is made public, there has been a breach of the prescriptions of Article 54, paragraph 3, of the Statute: "The deliberations of the Court shall take place in private and remain secret." At the moment of the disclosure, on 21 June, the decision was as yet no more than a text which

---

<sup>1</sup> A Melbourne newspaper printed on 22 June the following article:

"*The Prime Minister: We've won N-test case.* The Prime Minister (Mr. Whitlam) said last night that Australia would win its appeal to the International Court of Justice by a majority of eight votes to six. Mr. Whitlam said he had been told the Court would make a decision within 22 hours. The Prime Minister made the prediction while addressing the annual dinner of the Victorian Law Institute. He said: 'On the matter of the High Court, I am told a decision will be given in about 22 hours from now. The majority in our favour is going to be eight to six.' When asked to elaborate on his comments after the dinner, Mr. Whitlam refused to comment, and said his remarks were off the record. The dinner was attended by several hundred members of the Law Institute, including several prominent judges. While making the prediction that the Court would vote eight to six, Mr. Whitlam placed his hand over a microphone. The microphone was being monitored by an ABC reporter."

<sup>2</sup> Four documents are to be published in this way. Two (see para. 31 below) have already been communicated to the French Government; the others are reports to the Court.

article 54. Dans une lettre du 27 juin 1973 <sup>1</sup>, le premier ministre d'Australie s'est référé aux explications fournies, le même jour, par une lettre du coagent de l'Australie <sup>1</sup>, et il a exprimé ses regrets à la Cour « sur la situation embarrassante dans laquelle elle a pu se trouver du fait de [ses] remarques ». D'après le coagent, la déclaration du premier ministre, le 21 juin, n'était qu'une conjecture, les conseillers juridiques de l'Australie estimaient que la décision serait peut-être favorable mais à une faible majorité et les commentaires de presse antérieurs aux propos du premier ministre avaient indiqué parfois que l'Australie l'emporterait de peu.

31. Quelles qu'aient été ces tentatives d'explications des propos du premier ministre, puis celles de l'agent et du coagent du Gouvernement australien à diverses reprises, les faits parlent d'eux-mêmes. L'enquête entamée sur la demande de membres de la Cour dès l'après-midi du 22 juin 1973 a été close neuf mois plus tard sans qu'aucune indication précise soit donnée dans la résolution du 21 mars 1974 sur les conclusions qui en pouvaient résulter. Les seuls éléments publiés jusqu'à présent ou communiqués au gouvernement constamment considéré comme défendeur par la Cour et, à ce titre, en droit d'être informé complètement, ce qui ne fut pas le cas, sont : la lettre du premier ministre d'Australie du 27 juin 1973 et la lettre du coagent du même jour <sup>2</sup>; le texte d'une déclaration de l'*Attorney-General* australien des 21-22 juin 1973 <sup>2</sup>; le communiqué du 8 août 1973; une réponse du premier ministre à une question, à la Chambre des représentants d'Australie, sur les circonstances dans lesquelles il a été mis au courant des détails du jugement de la Cour (*Hansard* australien, 12 septembre 1973); une résolution de la Cour du 24 janvier 1974 décidant d'interroger l'agent australien <sup>2</sup> (le compte rendu de ces entretiens n'a pas été communiqué au défendeur et ne sera pas publié); le communiqué du 26 mars 1974 <sup>3</sup>.

Il m'a paru contraire à l'intérêt de la Cour dans un incident aussi sérieux, où son délibéré de 1973 est exposé au soupçon, de laisser ce soupçon intact et de ne pas faire ce qu'il faut pour le lever. Je dirai seulement que l'explication divinatoire invoquée par le premier ministre et le développement de cette explication par l'agent avec ce rôle de pythie attribué aux conseillers australiens n'ont rien apporté de positif dans les recherches de la Cour et doivent être laissés à la seule responsabilité de leurs auteurs.

<sup>1</sup> Communiquée au Gouvernement français le 29 mars 1974, par décision de la Cour.

<sup>2</sup> Documents communiqués au Gouvernement français par lettre du 29 mars 1974.

<sup>3</sup> Une lettre de l'agent australien au Greffier en date du 28 février 1974 sera reproduite dans *Mémoires, plaidoiries et documents*; elle se rapporte à l'interrogatoire.

had been deliberated and adopted by the Court and was covered by the rule of secrecy embodied in Article 54. In a letter of 27 June 1973<sup>1</sup>, the Prime Minister of Australia referred to the explanations furnished on that same date by a letter from the Co-Agent of Australia<sup>1</sup> and expressed his regret "at any embarrassment which the Court may have suffered as a result of my remarks". According to the Co-Agent, the Prime Minister's statement of 21 June had been no more than a speculative comment, inasmuch as a view had been current among Australian advisers to the effect that the decision could be in Australia's favour, but by a small majority, while press comment preceding the Prime Minister's remarks had speculated in some instances that Australia would win by a narrow margin.

31. But whatever endeavours may have been made to explain the Prime Minister's statement, whether at the time or, subsequently, by the Agent and Co-Agent of Australia on various occasions, the facts speak for themselves. The enquiry opened at the request of certain Members of the Court on the very afternoon of 22 June 1973 was closed nine months later without the Court's having given any precise indication, in its resolution of 21 March 1974, as to the conclusions that might have been reached in consequence. The only elements so far published, or communicated to the Government which was constantly regarded by the Court as the Respondent and had therefore the right to be fully informed, which was by no means the case, are: the Australian Prime Minister's letter of 27 June 1973 and the Co-Agent's letter of the same date<sup>2</sup>; the text of a statement made by the Attorney-General of Australia on 21-22 June 1973<sup>2</sup>; the communiqué of 8 August 1973; the reply by the Prime Minister to a question put in the Australian House of Representatives on the circumstances in which he had been apprised of the details of the Court's decision (Australian *Hansard*, 12 September 1973); a resolution by which the Court on 24 January 1974 decided to interrogate the Agent of Australia<sup>2</sup> (the minutes of these conversations were not communicated to the Respondent and will not be published); the communiqué of 26 March 1974<sup>3</sup>.

I found it contrary to the interests of the Court, in the case of so grave an incident, one which lays its 1973 deliberation open to suspicion, to leave that suspicion intact and not to do what is necessary to remove it. I will merely observe that the crystal-gazing explanation relied on by the Prime Minister and the Agent's statements enlarging thereon, with the attribution of an oracular role to the Australian advisers, brought the Court no positive enlightenment in its enquiry and should be left to the sole responsibility of their authors.

<sup>1</sup> Communicated to the French Government, by decision of the Court, on 29 March 1974.

<sup>2</sup> Documents communicated to the French Government with a letter of 29 March 1974.

<sup>3</sup> A letter of 28 February 1974 from the Agent of Australia to the Registrar is to be reproduced in the *Pleadings, Oral Arguments, Documents* volume; it is connected with the interrogation.

32. Si l'on soutenait que le chef d'un gouvernement n'a pas à donner de justifications à la Cour sur des propos tenus en dehors et que d'ailleurs, même si ces propos étaient regrettables, le mal était fait et sans conséquences pour l'affaire devant la Cour, cette thèse me semblerait inexacte. Les propos en question se réfèrent à une décision de la Cour et peuvent laisser croire à la violation de leur obligation de secret par des personnes ayant connu le délibéré, avec les perspectives que cette supposition aurait ouvertes si elle avait été confirmée.

33. En constatant le 21 mars 1974 qu'elle ne pouvait aller plus loin et en le faisant savoir publiquement, la Cour a stigmatisé l'incident et indirectement signifié qu'elle n'acceptait pas l'excuse de la divination de ses décisions, mais elle a reconnu qu'il n'était pas possible, selon son appréciation, d'en découvrir plus sur les origines de la divulgation.

J'ai voté contre cette résolution et la clôture de l'enquête parce que j'estime que cette enquête devait être poursuivie, que les premiers résultats n'étaient pas sans conséquences ni sans développements possibles, alors surtout que tous les moyens d'investigation ouverts à la Cour n'avaient pas été utilisés (art. 48, 49 et 50 du Statut). Telle n'était pas l'opinion de la Cour qui a voulu traiter ses investigations comme relevant d'une enquête d'ordre intérieur. Il m'a semblé, au contraire, que l'incident de la divulgation est un élément du procès devant la Cour — et c'est pourquoi le défendeur absent en a été tenu partiellement informé par la Cour notamment par lettre du 31 janvier 1974 — et que la Cour avait pleine compétence pour régler judiciairement un tel incident par toute procédure qu'elle déciderait d'instituer (comp. la décision de la Cour sur « la compétence nécessaire pour permettre [à l'Organisation des Nations Unies] de s'acquitter effectivement de ses fonctions » (*C.I.J. Recueil 1949*, p. 179). Comment admettre a priori que la poursuite de l'enquête aurait manqué d'efficacité sans avoir essayé d'organiser une telle enquête et, même si les circonstances laissaient prévoir des refus de s'expliquer ou des évasions, la constatation de ces refus ou évasions n'aurait pas été inefficace et aurait constitué en soi une censure.

34. Les délais mis à commencer à s'occuper de la divulgation sont un indice des hésitations à aller jusqu'au fond de l'incident; entre le 22 juin et le 8 août 1973 six semaines s'écoulaient avant de publier le plus anodin des communiqués, à effet lénifiant et qui ne représente pas des vues unanimes. Pendant plus de six mois un seul document sera produit comportant l'analyse documentée des divulgations successives de la presse sur la progression de l'affaire devant la Cour jusqu'à l'éclat de la divulgation publique du résultat et du vote de la Cour par le premier ministre, le 21 juin, à Melbourne<sup>1</sup>. Cette analyse de faits publics montre que l'affaire a été accompagnée d'une suite de rumeurs dont les agents de diffusion sont connus mais dont seule l'origine n'a pas été dévoilée. Le 21 mars

<sup>1</sup> C'est l'un des documents dont la Cour a, le 13 décembre 1974, décidé de publier le contenu dans *Mémoires, plaidoiries et documents*.

32. Were it maintained that a head of government did not have to justify to the Court any statements made out of court and that moreover, even if his statement was regrettable, the harm was done and could not affect the case before the Court, I would find these propositions incorrect. The statement in question concerned a decision of the Court and could lead to a belief that persons privy to its deliberations had violated their obligation to keep it secret, with all the consequences that supposition would have entailed if confirmed.

33. In concluding on 21 March 1974 that it could not pursue the matter further, and in making this publicly known, the Court stigmatized the incident and indirectly signified that it could not accept the excuse that its decisions had been divined, but it recognized that, according to its own assessment, it was not possible to uncover anything further as to the origins of the disclosure.

I voted against this declaration and the closure of the enquiry because I consider that the investigation should have been pursued, that the initial results were not inconsequential and could be used as a basis for further enquiry, especially when not all the means of investigation available to the Court had been made use of (Statute, Arts. 48, 49 and 50). Such was not the opinion of the Court, which decided to treat its investigations as belonging to an internal enquiry. My understanding, on the contrary, was that the incident of the disclosure was an element in the proceedings before the Court—which is why the absent Respondent was kept partly informed by the Court, in particular by a letter of 31 January 1974—and that the Court was fully competent to resolve such an incident by judicial means, using any procedure it might decide to set up (cf. the Court's decision on "the competence required to enable [the] functions [of the United Nations] to be effectively discharged" (*I.C.J. Reports 1949*, p. 179)). How could one suppose *a priori* that pursuit of the enquiry would have been ineffectual without having attempted to organize such an enquiry? Even if circumstances suggested that refusals to explain or evasions could be expected, to note those refusals or evasions would not have been ineffectual and would have been a form of censure in itself.

34. Symptomatic of the hesitation to get to the bottom of the incident was the time taken to begin looking into the disclosure: six weeks, from 22 June to 8 August 1973, were to elapse before the issue of the mildest of communiqués, palliative in effect and not representing the unanimous views of the Court. For more than six months, all that was produced was a single paper embodying a documented analysis of the successive press disclosures on the progress of the proceedings before the Court up to the dramatic public disclosure of the result and of the Court's vote by the Prime Minister on 21 June in Melbourne<sup>1</sup>. This analysis of facts publicly known demonstrates how the case was accompanied by a succession of rumours whose disseminators are known but whose source is not

---

<sup>1</sup> This is one of the documents which the Court, on 13 December 1974, decided to publish in the *Pleadings, Oral Arguments, Documents* volume.

1974 les recherches sont arrêtées et les diverses voies d'investigation et de réflexion ouvertes par cette analyse comme par le second rapport ne seront pas poursuivies.

J'estime que les indices et les admissions déjà connus ouvraient la voie de la recherche au lieu de la clore. Une suite d'erreurs, d'oublis, de tolérances, d'absence de réactions à des démarches ou actions insolites, dont chacune prise isolément aurait pu être considérée comme sans signification particulière mais qui assument une telle signification par leur cumul et leur impunité; des entretiens imprudents à des moments impropres, dont il n'existe pas de compte rendu, tout cela concourt à créer un sentiment d'imprécision et d'embarras comme si un refus de constater les faits et d'en rechercher la trame pouvait en effacer la réalité et qu'un silence attristé fut le seul remède et la seule solution.

35. Le mal a été fait et constaté (rapport de la Cour aux Nations Unies 1973-1974, par. 23; débat à la Sixième Commission de l'Assemblée générale, 1<sup>er</sup> octobre 1974, A/C.6/SR.1466, p. 6; réponses du ministre des affaires étrangères de France à des députés, *J.O.*, 26 janvier 1974, n° 7980, et *J.O.*, 20 juillet 1974, n° 11260). Même si on ne peut, présentement, découvrir plus sur l'origine et le développement du processus de la divulgation, comme la Cour l'a déclaré dans sa résolution du 21 mars 1974, je demeure convaincu qu'une enquête judiciairement menée aurait pu éclaircir les cheminements des multiples divulgations constatées dans cette affaire, dont la continuité et l'exactitude laissent penser que la vérité n'était pas hors de portée de la Cour. Tel est le sens de mon refus de la résolution du 21 mars 1974 clôturant une investigation entamée avec hésitation, menée sans persistance et conclue sans raison:

\*  
\*       \*  
\*

36. Parmi les leçons qu'il faudra tirer de cette affaire où un conflit d'intérêts politiques a été paré de la forme d'un différend juridique, j'en relèverai une qui appelle une attention particulière. Avant cette instance l'Acte général d'arbitrage se trouvait, depuis 1939, dans une sorte de clair-obscur, formellement en vigueur si l'on ne tenait compte que de dénonciation expresse, plutôt en sommeil:

« A vrai dire il règne au sujet de l'Acte général un climat d'indifférence ou d'oubli qui fait douter de son maintien en vigueur, tout au moins de celui de 1928. » (*L'arbitrage obligatoire: une panacée illusoire*, p. 259, par Henri Rolin, 1959.)

Après qu'on eut présenté ce traité à la Cour, avec de grands développements, comme une base largement ouverte de juridiction, le comportement des Etats formellement considérés comme parties est notable. Le Gouvernement français est le premier à dénoncer l'Acte général le 2 janvier 1974, puis le 6 février 1974 le Gouvernement du Royaume-Uni en

unmasked. On 21 March 1974 the investigation was stopped, and the various paths of enquiry and deduction opened up by this analysis as also by the second report will not be pursued.

I consider that the indications and admissions that had already come to light opened the path of enquiry instead of closing it. A succession of mistakes, forgettings, tolerations, failures to react against uncalled-for overtures or actions, each one of which taken in isolation could have been considered devoid of particular significance, but which assume such significance by their accumulation and impunity; unwise conversations at improper moments, of which no minutes exist: all this combines to create a sense of vagueness and embarrassment, as if a refusal to acknowledge and seek to unravel the facts could efface their reality, as if a saddened silence were the only remedy and the sole solution.

35. The harm was done, and has been noted (report of the Court to the United Nations 1973-1974, para. 23; debate in the Sixth Committee of the General Assembly, 1 October 1974, A/C.6/SR.1466, p. 6; parliamentary answers by the French Minister for Foreign Affairs on 26 January 1974, *Journal Officiel* No. 7980, and 20 July 1974, *Journal Officiel* No. 11260). Even if it is not, at the present moment, possible to discover more concerning the origin and development of the process of disclosure, as the Court has stated in its resolution of 21 March 1974, I remain convinced that a judicially conducted enquiry could have elucidated the channels followed by the multiple disclosures noted in this case, the continuity and accuracy of which suggest that the truth of the matter was not beyond the Court's reach. Such is the meaning of my refusal of the resolution of 21 March 1974 terminating an investigation which was begun with reluctance, conducted without persistence and concluded without reason.

\*  
\*   \*   \*

36. Among the lessons to be learned from this case, in which a conflict of political interests has been clothed in the form of a legal dispute, I would point to one which I feel to merit special attention. Before these proceedings were instituted, the General Act, ever since 1939, had been dwelling in a kind of chiaroscuro, formally in force if one took account only of express denunciation, but somewhat dormant:

“So far as the General Act is concerned, there prevails, if truth be told, a climate of indifference or obliviousness which casts some doubt on its continuance in force, at least where the Act of 1928 is concerned.” (H. Rolin, *L'arbitrage obligatoire: une panacée illusoire*, 1959, p. 259.)

After the General Act had, with great elaboration, been presented to the Court as a wide-open basis of possible jurisdiction, the behaviour of the States formally considered as parties thereto is noteworthy. The French Government was the first to denounce the General Act, on 2 January 1974, then on 6 February 1974 the Government of the United

fait autant. Le Gouvernement de l'Inde, depuis juin 1973, a fait connaître à la Cour puis aux Nations Unies son opinion sur la caducité de l'Acte général (voir aussi la nouvelle déclaration de l'Inde acceptant la juridiction de la Cour aux termes de l'article 36, paragraphe 2, le 15 septembre 1974). Ainsi la seule constatation par des États qui ont une grande habitude de la justice internationale et de l'arbitrage que l'Acte général pourrait être effectivement appliqué au lieu des déclarations d'acceptation de la juridiction de la Cour formulées avec plus de réserve leur fait déclarer, les uns qu'ils y mettent fin officiellement, l'autre qu'il le tient pour caduc. La cause de la justice internationale n'a pas été avancée en essayant d'imposer, apparemment pour une raison formelle, la compétence de la Cour à l'encontre d'États pour qui, visiblement, l'Acte général n'était plus la juste mesure de leur acceptation de la juridiction internationale.

M. Charles De Visscher avait montré à l'avance que le juge doit se garder de substituer des vues doctrinales et systématisées à l'examen indispensable des intentions des États, définissant ainsi l'obligation de réserve du juge international :

« L'homme de droit est assez naturellement porté à se méprendre sur le caractère des tensions politiques comme sur celui des conflits qu'elles engendrent. Il est enclin à n'y voir que « l'objet d'un litige », à enfermer dans les termes de la dialectique juridique ce qui est au premier chef réfractaire au raisonnement, à réduire à l'ordre ce qui n'est que dynamisme effréné, en un mot à vouloir dépolitiser ce qui est politique par essence. Il ne s'agit pas seulement ici, comme on l'a trop répété, d'une insuffisance du mécanisme de transformation du droit, non plus que de lacunes dans la réglementation juridique. Il s'agit d'une sphère où *a priori* le droit ne pénètre qu'exceptionnellement. Le droit ne peut intervenir que s'il est en présence d'éléments qui lui sont assimilables, c'est-à-dire de faits ou d'exigences que leur régularité et une correspondance minima avec un ordre social donné permettent de soumettre à une analyse raisonnée, de classer sous quelque catégorie connue, de ramener à un jugement objectif de valeur, susceptible à son tour de servir de base à l'application des normes établies. » (*Théories et réalités en droit international public*, 1970, p. 96.)

Une certaine tendance à saisir le juge de conflits essentiellement politiques pour obtenir un début de législation judiciaire, si elle se confirmait, aboutirait à l'institution sur le plan international du gouvernement des juges ; une telle notion est si contraire aux réalités de la communauté internationale actuelle que le fondement même de la juridiction serait atteint.

(Signé) A. GROS.

Kingdom did likewise. The Government of India, since June 1973, has informed the Court and the United Nations of its opinion as to the General Act's having lapsed (see also the new declaration by which India, on 15 September 1974, accepted the jurisdiction of the Court under Article 36, paragraph 2, of the Statute). Thus we see that States with substantial experience of international adjudication and arbitration have only to note that there is some possibility of the General Act's being actually applied, instead of declarations less unreservedly accepting the jurisdiction of the Court, to announce either (in two cases) that they are officially putting an end to it or (in the other) that they consider it to have lapsed. The cause of international adjudication has not been furthered by an attempt to impose the Court's jurisdiction, apparently for a formal reason, on States in whose eyes the General Act was, quite clearly, no longer a true yardstick of their acceptance of international jurisdiction.

Mr. Charles De Visscher had already shown that courts should take care not to substitute doctrinal and systematized views for the indispensable examination of the intentions of States. This is how he defined the obligation upon the international judge to exercise reserve:

"The man of law, naturally enough, tends to misunderstand the nature both of political tensions and of the conflicts they engender. He is inclined to see in them only 'the object of a dispute', to enclose within the terms of legal dialectic something which is pre-eminently refractory to reasoning, to reduce to order something wholly consisting of unbridled dynamism, in a word, to try to depoliticize something which is political of its essence. Here it is not merely a question, as is all too often repeated, of a deficiency in the mechanism of law-transformation, or of gaps in the legal regulation of things. We are dealing with a sphere into which, *a priori*, it is only exceptionally that law penetrates. Law can only intervene in the presence of elements it can assimilate, i.e., facts or imperatives possessing a regularity and at least minimum correspondence with a given social order that enable them to be subjected to reasoned analysis, classified within some known category, and reduced to an objective value-judgment capable of serving in its turn as a basis for the application of established norms." (*Théories et réalités en droit international public*, 1970, p. 96.)

There is a certain tendency to submit essentially political conflicts to adjudication in the attempt to open a little door to judicial legislation and, if this tendency were to persist, it would result in the institution, on the international plane, of government by judges; such a notion is so opposed to the realities of the present international community that it would undermine the very foundations of jurisdiction.

(Signed) A. GROS.