

## OPINION DISSIDENTE DE M. GROS

Je considère que les actes introductifs d'instance de la Nouvelle-Zélande et de l'Australie dans les affaires des *Essais nucléaires* sont rédigés en termes analogues, que les mêmes considérations de fait et de droit y sont invoquées et que les conclusions ont un objet identique. Dans la première plaidoirie, le 24 mai 1973, le conseil de la Nouvelle-Zélande a déclaré :

«La demande néo-zélandaise tient aux mêmes circonstances que la demande australienne et a les mêmes objectifs.»

Les demandes des deux gouvernements auraient dû être jointes, dès le début de la procédure, leur objet étant le même. C'est un procédé artificiel de maintenir l'apparence de deux affaires et, même si une jonction pouvait poser des problèmes de rédaction pour les décisions ultérieures de la Cour, il n'y avait pas là un obstacle sérieux. Dans les affaires du *Sud-Ouest africain* la Cour avait joint les deux demandes au moment de la désignation par les deux demandeurs d'un même juge *ad hoc*, ce que la Nouvelle-Zélande et l'Australie ont fait également dans les affaires actuelles. Puisque la Cour a décidé de ne pas procéder à la jonction des deux demandes dès le début de ces affaires et de réserver sa décision sur ce point, je n'ai rien à ajouter pour le moment sur le problème de jonction. Mais, la demande de mesures conservatoires de la Nouvelle-Zélande ayant fait l'objet d'une ordonnance séparée, je dois indiquer les raisons qui me conduisent à un dissentiment sur cette ordonnance. Dans les circonstances rappelées ci-dessus, ces raisons sont les mêmes que celles exposées dans mon opinion dissidente sur l'ordonnance du même jour relative à la demande présentée par l'Australie.

\*  
\*   \*  
\*

La déclaration d'acceptation de la juridiction de la Cour faite par le Gouvernement français le 20 mai 1966 exclut de cette juridiction : «... [les] différends concernant des activités se rapportant à la défense nationale.» Dans une communication faite à la Cour le 16 mai 1973 par le Gouvernement français cette réserve a été formellement invoquée. La limite fixée par ce gouvernement à son acceptation a été considérée par l'ordonnance comme ne créant pas un empêchement à l'exercice du pouvoir de la Cour d'accorder des mesures conservatoires en application de l'article 41 du Statut, la Cour estimant que le titre invoqué par le demandeur pour fonder la compétence de la Cour, l'Acte général de 1928, semblait suffisant,

## DISSENTING OPINION OF JUDGE GROS

[Translation]

In my view, the documents by which New Zealand and Australia instituted proceedings in the *Nuclear Tests* cases are drawn up in similar terms, the same considerations of fact and law are relied on therein, and the submissions are directed to an identical object. In his opening address on 24 May 1973, counsel for New Zealand stated that:

“New Zealand’s case arises out of the same set of circumstances as that of Australia, and has comparable objectives.”

The claims by these two Governments should have been joined, from the outset of the proceedings, their object being the same. It is artificial to keep up the appearance of there being two cases, and while a joinder might raise drafting problems for subsequent decisions of the Court, this could not constitute a serious obstacle to a joinder. In the *South West Africa* cases, the Court joined the two claims at the time when the two Applicants nominated the same judge *ad hoc*, which is what New Zealand and Australia have also done in the present cases. Since the Court has decided not to effect a joinder of the two claims from the outset of the cases, and to reserve its decision on the question, I have nothing further to say at present on the problem of joinder. But since the request made by New Zealand for interim measures of protection has been made the subject of a separate Order, I should state the reasons which have led me to dissent from that Order. In the circumstances referred to above, these reasons are the same as those set out in my dissenting opinion appended to the Order of the same date concerning the request made by Australia.

\*  
\*   \*  
\*

The declaration of acceptance of the Court’s jurisdiction made by the French Government on 20 May 1966 excludes from that jurisdiction: “... disputes concerning activities connected with national defence.” In a communication made to the Court on 16 May 1973 by the French Government that reservation was formally invoked. The bounds placed by that Government on its acceptance have been deemed by the Order not to create an impediment to the exercise of the Court’s power to grant provisional measures in application of Article 41 of the Statute, since the Court considered that the title invoked by the Applicant to found the jurisdiction of the Court, namely the General Act of 1928, seemed

*prima facie*, à la fois pour justifier provisoirement sa compétence et pour écarter l'application de la réserve de 1966 dans la phase des mesures conservatoires, sans préjuger sa décision ultérieure sur ces questions. Je n'ai donc rien à dire sur la substance des problèmes de juridiction et de recevabilité puisque toutes questions sans exception concernant le pouvoir de la Cour de se saisir de l'affaire telle qu'elle a été présentée dans la requête de la Nouvelle-Zélande sont renvoyées à la prochaine phase de la procédure, instituée dans le dispositif de l'ordonnance.

Mais la décision de la Cour indiquant des mesures conservatoires constitue une application que je n'ai pu approuver de deux articles du Statut de la Cour, les articles 53 et 41, et il convient donc que je donne les raisons de mon dissentiment successivement sur ces deux points qui sont relatifs à la seule phase des mesures conservatoires.

\*

\*      \*

Lorsque la Cour fut saisie le 9 mai 1973 de la requête introductive d'instance indiquant la République française comme défendeur, puis le 14 mai 1973 d'une demande sollicitant l'indication de mesures conservatoires, signification fut faite immédiatement au Gouvernement de la République française qui répondit le 16 mai 1973 par un document contestant formellement la compétence de la Cour et concluant à ce que l'affaire soit rayée du rôle. Il s'agit d'un document de vingt pages qui constitue une réponse aux communications de la Cour. La Cour, avant la première audience, a examiné comme dans toute affaire la question de la communication au public des documents relatifs à l'instance, selon l'article 48 du Règlement; dans une lettre à la Cour du 23 mai 1973 l'agent du demandeur a fait d'expresses réserves à la communication du document français du 16 mai 1973. Le conseil du Gouvernement de la Nouvelle-Zélande, à la première audience, le 24 mai 1973, a déclaré:

«Je rappelle, pour la reprendre à mon compte, l'argumentation présentée par le conseil australien afin d'établir que ce document n'a pas été soumis conformément au Règlement.»

L'argumentation ainsi reprise était la suivante:

«Ni la Cour ni l'Australie ne doivent être obligées d'examiner les arguments invoqués par une partie, quand celle-ci les présente, non pas à la barre, mais de façon irrégulière ou extra-judiciaire. Selon nous, il faut s'en tenir strictement au principe selon lequel les parties doivent présenter leur argumentation régulièrement devant la Cour; si elles s'abstiennent de comparaître, la Cour ne doit prendre en considération aucune déclaration qu'elles viendraient à faire en dehors de ses procédures établies. Cette règle a été en tout temps essentielle pour maintenir l'intégrité de la procédure judiciaire à tous les niveaux. Nous sommes persuadés que la Cour fera clairement savoir qu'elle ne tiendra compte d'aucune déclaration de ce genre.»

sufficient, *prima facie*, both to justify its competence provisionally and to rule out the application of the 1966 reservation in the interim measures phase, without prejudging its later decision on these questions. I have therefore nothing to say on the substance of the problems of jurisdiction and admissibility, since every question, without exception, concerning the Court's power to take jurisdiction in the case as presented in the Application of New Zealand has been deferred to the next phase of the proceedings, instituted in the operative part of the Order.

But the decision of the Court indicating provisional measures constitutes an application which I cannot approve of two Articles of the Statute of the Court, Articles 53 and 41, and it is therefore proper that I should give the reasons for my dissent, successively on these two points which relate to the one phase of *provisional measures*.

\*  
\*       \*  
\*

When the Court was seised on 9 May 1973 of the Application instituting proceedings and indicating the French Republic as respondent, and then on 14 May 1973 of a request for the indication of interim measures of protection, the fact was signified forthwith to the Government of the French Republic, which replied on 16 May 1973 by a document formally contesting the jurisdiction of the Court and submitting that the case should be removed from the list. This was a document of 20 pages which constitutes a reply to the communications of the Court. The Court, before the first hearing, examined as in every case the question of the communication to the public of the documents in the proceedings, in accordance with Article 48 of the Rules of Court; in a letter to the Court dated 23 May 1973 the Agent of the Applicant made express reservations to the communication of the French document of 16 May 1973. On 24 May 1973, at the first hearing, counsel for the Government of New Zealand stated:

“I recall and adopt the proposition put forward by Australian counsel that this document was not submitted in accordance with the Rules of the Court.”

The proposition thus adopted was as follows:

“Neither the Court nor Australia should have to deal with contentions advanced by a party if not made in Court but irregularly or outside the Court. We submit that strict adherence should be had to the requirements that parties must put their case regularly before the Court and that, if they fail to appear, then the Court should not take notice of any statement they may make outside the framework of the Court's established process. This rule has been a fundamental one throughout the ages for maintaining the integrity of the judicial process at every level. We trust that the Court will make clear that it will not take such statements into account.”

Et à la date de la présente ordonnance, le document français n'a toujours pas été communiqué au public, alors que la requête néo-zélandaise et les comptes rendus des plaidoiries de la Nouvelle-Zélande le furent à partir du 24 mai 1973.

Le fondement d'une telle attitude ne peut se trouver que dans une certaine interprétation de l'article 53 du Statut ou de la procédure de la Cour dans les matières préliminaires.

L'article 53 du Statut de la Cour traite de la situation des Etats qui contestent la juridiction de la Cour par un défaut de comparaître ou de conclure. Le défaut est un acte reconnu dans la procédure de la Cour, traité par un article qui est contenu dans le chapitre III du Statut intitulé «Procédure» et c'est en vain qu'on chercherait dans les intentions des auteurs du Statut la volonté de pénaliser l'Etat qui fait défaut. La thèse contraire a été plaidée sans l'appui d'aucune autorité et doit être écartée. Certes le défaut d'un Etat ne doit pas porter préjudice à l'action intentée par un autre Etat et le défaut ne peut interrompre le cours de la justice. Mais le défaut est réglementé par l'article 53 qui décide de ses conséquences et, devant un défaut constaté, il faut appliquer cet article. Or c'est ce que la Cour n'a pas fait; l'ordonnance relève, dans le paragraphe 12, un défaut de comparaître, mais tient compte des conclusions du document adressé à la Cour par le Gouvernement français pour demander la radiation de l'affaire du rôle. Or s'il y a conclusions du gouvernement cité comme défendeur dans l'affaire, il n'y a pas défaut faute de conclure. En ne se prononçant ni dans un sens ni dans l'autre, et en renvoyant à une date ultérieure sa décision sur les conclusions du Gouvernement français la Cour donne une interprétation de l'article 53 qui me paraît erronée.

Ce n'est pas là un problème mineur et je regrette que la Cour l'ait renvoyé à une phase ultérieure. En indiquant à l'ouverture de la première audience que la demande de radiation de l'affaire faite par le Gouvernement français, dont «il a été dûment pris acte» serait examinée «le moment venu», le Président ne réglait qu'un problème immédiat mais l'ordonnance a reporté encore l'échéance. Et cette remise indique que la Cour estime possible de traiter le Gouvernement français à la fois comme partie à l'instance principale (cf. paragraphes 33 et 34 de l'ordonnance et la fixation d'un délai pour un contre-mémoire français) et comme en défaut dans la phase actuelle puisqu'on constate aux paragraphes 12 et 35 son défaut de comparaître. Mais si le Gouvernement français a fait défaut et indiqué formellement son intention de rester en dehors de l'instance principale, d'une manière qui ne laisse place à aucun doute, il fallait appliquer l'article 53 qui prévoit les effets du défaut, et cela immédiatement.

Il ne me paraît pas conforme aux règles de la procédure d'écarter provisoirement l'application de l'article 53 dans la présente affaire pour la raison qu'il s'agit d'une phase de mesures conservatoires. Dès le début,

And still, on the date of the present Order, the French document has not been communicated to the public, whereas the New Zealand Application and the records of the oral arguments of New Zealand were made public as from 24 May 1973.

The foundation for such an attitude can only be found in a certain interpretation of Article 53 of the Statute or of the procedure of the Court in preliminary matters.

Article 53 of the Statute of the Court deals with the situation of States which contest the jurisdiction of the Court by failing to appear or to present submissions. Such deliberate non-participation is an act recognized in the procedure of the Court, being dealt with by an article which is contained in Chapter III of the Statute, entitled "Procedure", and nowhere in the intentions of the authors of the Statute would one be able to find any will to penalize the State which does not appear. The contrary proposition has been pleaded without the support of any authority and should be dismissed. Certainly, the absence of a State ought not to prejudice the action instituted by another State, and may not be allowed to interrupt the course of justice. But non-appearance is regulated by Article 53, which lays down what its consequences must be and, when non-appearance is noted, that Article must be applied. But that is what the Court did not do; the Order notes failure to appear, in paragraph 12, but takes into account the submissions of the document addressed to the Court by the French Government for the purpose of requesting that the case be removed from the list. Now, if there exist submissions of the Government cited as respondent in the case, there is no default for want of submissions. By pronouncing neither in one sense nor in the other, and by deferring to a later date its decision on the submissions of the French Government, the Court is giving an interpretation of Article 53 which I find erroneous.

That is not a minor problem and I regret that the Court should have deferred it to a later phase. By indicating at the opening of the first hearing that the French Government's request for the removal of the case from the list, which had "been duly noted", would be dealt with "in due course", the President was only settling an immediate problem, but the Order has postponed the moment of decision still further. And that postponement implies that the Court considers it possible to treat the French Government both as a party to the main proceedings (cf. paras. 33 and 34 of the Order and the fixing of a time-limit for a French Counter-Memorial) and as being in default in the present phase, because its failure to appear is noted in paragraphs 12 and 35. But if the French Government has failed to appear and formally indicated its intention to remain outside the main proceedings, in a way which leaves no room for doubt, it was necessary to apply Article 53, which lays down the effects of default, and to apply it immediately.

It does not seem to me to be in accordance with the rules of procedure to suspend the application of Article 53 provisionally in the present case on the ground that this is an interim measures phase. Thus right from the

une erreur d'interprétation est ainsi commise sur l'article 53. Il est inutile de rappeler la jurisprudence constante de la Cour quant à l'interprétation de son propre Statut : « C'est à la Cour elle-même et non pas aux parties qu'il appartient de veiller à l'intégrité de la fonction judiciaire de la Cour » (*Cameroun septentrional, C.I.J. Recueil 1963*, p. 29). Il appartenait donc à la Cour de décider, selon ses propres motifs, si son Statut et son Règlement prévoient des formalités indispensables pour que des conclusions présentées autrement soient tenues pour irrecevables et si, dans cette hypothèse, l'article 53 devait être appliqué à un double défaut, absence et défaut de conclure. Rien de cela ne fut fait et le statut du document français demeure incertain. Contesté formellement par le demandeur dans son existence même, la décision sur ses conclusions renvoyée à plus tard, il est impossible de déduire de l'ordonnance si ce document est ou non une pièce du dossier dont il devait être tenu compte, à l'égal des observations du demandeur. Car, si le Statut et le Règlement n'interdisent pas de « conclure » de la manière choisie dans cette affaire, le document français aurait dû être reçu comme observations du défendeur ; et dans le cas inverse, rejeté, et l'article 53 appliqué comme il le fut dans l'arrêt du 2 février 1973 (*Compétence en matière de pêcheries, Royaume-Uni c. Islande, arrêt, C.I.J. Recueil 1973*, paragraphe 12).

Le renvoi par la Cour de l'application des effets de l'article 53 aux phases ultérieures de l'affaire est donc une décision implicite de refus d'application de l'article 53 à une phase de mesures conservatoires. C'est une thèse qui mérite examen. En bref, cette thèse est que le défaut n'aurait pas nécessairement les mêmes conséquences selon les phases d'une affaire et que, si l'article 53 prévoit bien certains effets dans son paragraphe 2, ces effets pourraient être écartés lorsqu'il s'agit d'une demande de mesures conservatoires, malgré l'intention manifeste de l'Etat absent du procès.

On pouvait aussi soutenir que l'article 53 n'ouvre de droit à faire constater le défaut qu'à la partie intéressée à le faire, mais que la Cour ne peut y procéder *proprio motu*. Il suffira de dire que, même s'il en était ainsi, ce qui n'est pas le cas selon moi, en l'espèce le demandeur a implicitement invoqué l'article 53 dans les conditions ci-dessus rappelées en se référant aux dispositions applicables du Statut et du Règlement. Mais le Gouvernement français a fait savoir dans une lettre du 21 mai 1973 qu'il n'était « pas partie à cette affaire » ; il semble difficile de ne pas voir dans ses déclarations du 16 mai et du 21 mai une volonté formelle de défaut. La Cour ne pouvait ignorer à la fois les positions prises par le demandeur et par l'Etat absent, alors qu'elles coïncidaient pour lui faire constater un défaut de comparaître.

Il faudrait ajouter qu'il y aurait une sorte d'abus de la procédure à vouloir utiliser un défaut de comparaître comme une violation des règles

outset an error in interpretation has been made with regard to Article 53. I need not recall the consistent jurisprudence of the Court as to the interpretation of its Statute: "The Court itself, and not the parties, must be the guardian of the Court's judicial integrity" (*Northern Cameroons, Judgment, I.C.J. Reports 1963*, p. 29). It was therefore for the Court to decide, on the basis of its own reasons, whether its Statute and Rules lay down formalities which are indispensable, so that submissions made in any other way are to be treated as inadmissible, and whether, on that hypothesis, Article 53 should be applied to a twofold default, absence from the proceedings and failure to make submissions. Nothing of the kind was done, and the status of the French document remains uncertain. Objection to it, on the level of its very existence, has been taken by the Applicant, the decision on the submissions made in it has been postponed; it is impossible to deduce from the Order whether this document is or is not a pleading in the case which should have been taken into account on a footing of equality with the observations of the Applicant. For if the Statute and Rules of Court do not forbid the making of "submissions" in the way which was selected in this case, the French document should have been admitted as the observations of the respondent; and on the opposite assumption, it should have been rejected, and Article 53 applied as it was in the Judgment of 2 February 1973 (*Fisheries Jurisdiction (United Kingdom v. Iceland)*, *Jurisdiction of the Court, Judgment, I.C.J. Reports 1973*, para. 12).

The Court's postponement of the application of the effects of Article 53 until the later stages of the case is thus an implicit decision to refuse to apply Article 53 to an interim measures phase. This is a position which merits examination. Shortly expressed, the argument is that default does not necessarily have the same consequences in all phases of a case, and that while Article 53 does, in paragraph 2, lay down certain effects, those effects may be set aside when dealing with a request for interim measures of protection, despite the manifest intention of the State which is absent from the proceedings.

It could also be maintained that while Article 53 provides the party interested in note being taken of default with the right to have that done, it does not do more, and the Court cannot take note of it *proprio motu*. It will be sufficient to observe in this respect that even if this were so, which in my view it is not, the Applicant has in the present case implicitly invoked Article 53 in the circumstances mentioned above, by making reference to the applicable provisions of the Statute and Rules of Court. But the French Government has indicated in a letter of 21 May 1973 that it is "not a party to this case"; it would appear difficult not to see in its statements of 16 and 21 May a formal intention to fail to appear. The Court surely could not overlook both the position taken up by the Applicant and that of the absent State, when they were at one in seeking that it take note of a failure to appear.

It should be added that it would be a sort of abuse of procedure to seek to make use of a failure to appear as a breach of the rules of procedure



de procédure entraînant la perte du droit d'être entendu par la Cour, en créant une pénalité que le Statut lui-même interdit formellement dans l'article 53 dont l'effet principal est que, le défaut constaté, la Cour «doit s'assurer non seulement qu'elle a compétence aux termes des articles 36 et 37, mais que les conclusions sont fondées en fait et en droit». Il est insolite de soutenir une chose et son contraire; devant le défaut de comparaître, en repoussant toute décision sur les effets de ce défaut, la Cour a permis une certaine rupture de l'égalité nécessaire entre les Etats devant le juge.

La juridiction de la Cour est limitée d'une part aux Etats qui l'ont acceptée, d'autre part aux obligations formellement consenties. Juge d'attribution, la Cour doit veiller avant tout à ne pas outrepasser la compétence qu'elle tient de son Statut et de l'acceptation volontaire de sa juridiction par des Etats, chacun de ceux-ci déterminant librement l'étendue de la juridiction reconnue à la Cour.

Un Etat est ou n'est pas soumis au juge. S'il ne l'est pas, il ne peut être traité comme une «partie» à un litige qui ne serait pas justiciable. La position prise par la Cour est qu'un Etat qui se tient pour étranger à une affaire, qui fait défaut et affirme son déclinatoire de la juridiction de la Cour ne peut obtenir de la Cour qu'une remise à plus tard de l'examen de son droit. Ce n'est pas ce que dit l'article 53. Le défaut de comparaître est un moyen reconnu dans la procédure de la Cour pour contester la juridiction et ce serait créer une obligation non prévue dans le Statut que d'obliger un Etat à défendre sa prétention d'une autre manière que le défaut. Il a été soutenu que la seule manière de contester la juridiction de la Cour est d'utiliser l'exception préliminaire. La manière dont les Etats contestent la compétence de la Cour ne leur est pas imposée par un formalisme inconnu dans la procédure de la Cour; lorsqu'ils estiment que cette compétence est inexistante, il peuvent choisir de rester en dehors de ce qui, selon eux, est un faux différend. L'article 53 en est la preuve, et la Cour doit alors s'assurer de sa propre compétence et de la réalité du différend qu'on lui soumet. Certes un Etat qui fait défaut court un risque, celui de ne pas fournir à la Cour tous les éléments possibles pour l'appréciation de sa demande de rejet d'une instance. Mais c'est un risque qu'il est seul maître de prendre et de comparer à celui qui résulterait pour lui d'une attente prolongée pendant une procédure à laquelle il ne veut pas prendre part à propos d'une affaire qu'il estime entièrement en dehors de la compétence du juge. Certaines indications sur la portée de l'ordonnance du 22 juin 1973 montrent que la possibilité de remises successives n'est pas exclue.

La Cour permanente de Justice internationale avait déjà mis en garde contre l'idée qu'une requête suffit à créer un litige justiciable: «la compétence de la Cour ne saurait dépendre seulement de la manière dont la requête est formulée» (*C.P.J.I. série A n° 6*, p. 15).

Si, comme je le pense, le défaut prévu à l'article 53 n'est pas sanctionné

incurring the loss of the right to be heard by the Court, and thus create a penalty which the Statute itself formally forbids in Article 53, the main effect of which is that, when a failure to appear has been noted, the Court "must . . . satisfy itself, not only that it has jurisdiction in accordance with Articles 36 and 37, but also that the claim is well founded in fact and law". It is not usual to advance at one and the same time an argument and its opposite; faced with a failure to appear, the Court, by postponing any decision on the effects of the failure to appear, has allowed some infringement of the equality which States must enjoy before a court.

The jurisdiction of the Court is limited on the one hand to the States which have accepted it, and on the other to commitments freely entered into. As a court of specific jurisdiction, the Court must above all take care not to exceed the competence it derives from its Statute and from the voluntary acceptance of its jurisdiction by States, each of which freely determines the scope of the jurisdiction it confers upon the Court.

A State either is or is not subject to a tribunal. If it is not, it cannot be treated as a "party" to a dispute, which would be non-justiciable. The position which the Court has taken is that a State which regards itself as not concerned in a case, which fails to appear, and affirms its refusal to accept the jurisdiction of the Court, cannot obtain from the Court anything more than a postponement of the consideration of its rights. This is not what Article 53 says. Failure to appear is a means of denying jurisdiction which is recognized in the procedure of the Court, and to oblige a State to defend its position otherwise than by failure to appear would be to create an obligation not provided for in the Statute. It has been argued that the only way of challenging the jurisdiction of the Court is to employ a preliminary objection. The way in which States challenge the Court's jurisdiction is not imposed upon them by a formalism which is unknown in the procedure of the Court; when they consider that such jurisdiction does not exist, they may choose to keep out of what, for them, is an unreal dispute. Article 53 is the proof of this, and the Court must then satisfy itself of its own jurisdiction, and of the reality of the dispute brought before it. A State which fails to appear does of course run a risk, that of not supplying the Court with all possible material for the consideration of its application for dismissal of the case. But that is a risk which the State, and it alone, is free to choose to take, and to compare with the risk which it would run as the result of a long drawn-out procedure in which it does not wish to participate, with regard to a matter which it considers to be wholly outside the Court's jurisdiction. Certain indications given in connection with the Order of 22 June 1973 show that the possibility of successive deferments is not ruled out.

The Permanent Court of International Justice gave a warning against the notion that an Application is sufficient to create a justiciable dispute: ". . . the Court's jurisdiction cannot depend solely on the wording of the Application." (*Certain German Interests in Polish Upper Silesia, Jurisdiction, Judgment No. 6, 1925, P.C.I.J., Series A, No. 6, p. 15.*)

If, as I think, failure to appear as provided for in Article 53 is not in

en soi, il devient évident que les raisons de ce défaut, lorsqu'elles ont été formulées clairement, doivent être examinées par la Cour de façon complète et surtout qu'il faut les accepter ou les rejeter formellement et sans délai. L'idée que le défaut n'est pas opposable à la Cour et au demandeur parce qu'il s'agit d'une demande de mesures conservatoires me paraît donc manquer de pertinence.

En premier lieu personne ne conteste «le lien qui doit exister, en vertu de l'article 61, paragraphe 1 [aujourd'hui article 66, paragraphe 1], du Règlement, entre une demande en indication de mesures conservatoires et la requête initiale» (*Compétence en matière de pêcheries (Royaume-Uni c. Islande)*, ordonnance du 17 août 1972, paragraphe 12). Une demande de mesures provisoires est donc une phase particulière mais non pas indépendante de la requête initiale; il n'y a pas de magie des mots et il est impossible de croire qu'on puisse écarter des problèmes de compétence, de recevabilité et de réalité de la requête principale en indiquant simplement que ces points essentiels pour le juge d'attribution qu'est la Cour ne sont tenus pour acquis que provisoirement, *prima facie*, sans qu'ils soient préjugés. C'est dans chaque affaire, en fonction des problèmes juridictionnels au sens le plus large, des circonstances et «*du droit de chacun*» (article 41 — c'est moi qui souligne) qu'il convient de décider s'il est possible d'indiquer des mesures conservatoires et il faut que les formules employées correspondent aux réalités.

Telle n'est pas l'analyse du pouvoir institué dans l'article 41 du Statut qui a été faite dans la présente instance. La Cour, par le renvoi de la décision sur les effets du défaut, a adopté une thèse d'indépendance complète de la demande de mesures conservatoires par rapport à l'affaire objet de la requête.

Il est inutile de se référer à certains systèmes juridiques internes qui connaîtraient une telle indépendance car la Cour a ses propres règles de procédure et doit les appliquer dans son système juridictionnel tel qu'il a été établi sur la base d'une juridiction acceptée volontairement, en fonction d'une certaine société internationale. C'est un fait de la vie internationale que le recours au juge n'est pas obligatoire; la Cour doit veiller à ce qu'une telle obligation ne soit pas introduite par le biais de demandes de mesures conservatoires, à l'égard d'États dont la conviction visible et proclamée est qu'ils n'ont accepté aucun lien avec la Cour, soit de façon générale, soit dans une matière déterminée.

S'il s'agissait d'un Etat dont le défaut fût dû à une absence totale de juridiction de la Cour, soit faute de clause juridictionnelle valable, soit en raison du caractère irrecevable de la demande principale, la décision immédiate d'incompétence vis-à-vis de la requête introductive d'instance elle-même serait prise sans délai; la décision de la Cour dans la présente affaire est que, malgré l'affirmation qu'une matière a été formellement exclue de la compétence de la Cour et que l'Etat auteur de cette affirmation se considère comme en dehors de la juridiction de la Cour pour tout

itself subject to any sanction, it becomes evident that the reasons for such failure to appear, when they have been clearly stated, must be examined fully by the Court, and above all they must be formally accepted or rejected, and that without delay. The idea that a failure to appear is not opposable to the Court and to the Applicant because it is a case of a request for interim measures of protection is therefore, in my view, beside the point.

In the first place, no-one disputes "the connection which must exist under Article 61, paragraph 1, [now Art. 66, para. 1] of the Rules between a request for interim measures of protection and the original Application filed with the Court" (*Fisheries Jurisdiction (United Kingdom v. Iceland), Interim Protection, Order of 17 August 1972, I.C.J. Reports 1972, para. 12*). A request for interim measures of protection is thus a particular phase, but one which is not independent of the original Application; there is no magic in words, and it is impossible to believe that problems of jurisdiction, admissibility and reality of the principal Application can be conjured away simply by stating that these points, which are essential for a court of specific jurisdiction like this Court, are just being taken for granted provisionally, *prima facie*, without their being prejudged. It is in each individual case by reference to the jurisdictional problems in the widest sense, to the circumstances, and to the "*respective rights of either party*" (Art. 41, *emphasis added*) that a decision should be taken as to whether it is possible to indicate interim measures, and the forms of words used must correspond to reality.

Such was not the analysis of the power instituted in Article 41 of the Statute which was carried out in the present instance. The Court, by putting off the decision on the effects of non-appearance, embraced the proposition that a request for provisional measures is utterly independent in relation to the case which is the subject of the Application.

It is no use referring to certain domestic systems of law which feature such independence, because the Court has its own rules of procedure and must apply them in its jurisdictional system, which, as a corollary of a certain kind of international society, has been established on the basis of the voluntary acceptance of jurisdiction. It is a fact of international life that recourse to adjudication is not compulsory; the Court has to take care lest, by the indirect method of requests for provisional measures, such compulsion be introduced *vis-à-vis* States whose patent and proclaimed conviction is that they have not accepted any bond with the Court, whether in a general way or with regard to a specified subject-matter.

If it were a question of a State whose non-appearance was due to the total absence of the Court's jurisdiction, whether for want of a valid jurisdictional clause or by reason of the inadmissible character of the principal claim, the immediate decision of lack of jurisdiction in regard to the Application instituting proceedings itself would be taken without delay; the decision of the Court in the present case is that, despite the affirmation that a certain subject-matter has been formally excluded from the jurisdiction of the Court, and the fact that the State which made that

ce qui se rapporte à cette matière, il est possible d'indiquer des mesures conservatoires sans préjuger le droit de cet Etat.

Dans le jugement que la Cour doit porter sur toute demande de mesures provisoires l'urgence n'est pas une considération dominante et exclusive; il faut rechercher entre les deux notions de juridiction et d'urgence un équilibre qui varie avec les données de chaque affaire. Si la juridiction est évidente et l'urgence aussi, il n'y a aucune difficulté mais c'est une hypothèse exceptionnelle. Lorsque la juridiction n'est pas évidente, qu'il y ait urgence ou non, la Cour doit prendre le temps nécessaire pour un examen des problèmes posés qui soit de nature à entraîner sa conviction, ce qu'elle pouvait faire sans délai exagéré dans la présente affaire à l'égard de diverses objections à son pouvoir de juger l'affaire telle qu'elle est décrite dans la requête principale.

Il n'y a pas de présomption de compétence de la Cour en faveur du demandeur, ni de présomption d'incompétence en faveur du défendeur; il y a un droit de chacun à un examen utile et sérieux de sa thèse.

Un Etat n'a pas à attendre deux ans ou davantage avant que la Cour vérifie sa prétention qu'il n'existe pas de différend justiciable, car dans ce cas il n'y a rien à débattre; l'autre Etat auteur de la demande dont la réalité est contestée a évidemment un droit égal à faire reconnaître l'existence du différend qu'il invoque. Mais l'égalité entre ces prétentions est rompue si, par le biais de l'urgence alléguée de l'indication de mesures conservatoires, une présomption joue en faveur du demandeur sans vérification sérieuse par le juge de l'objection. On a plaidé de la part du demandeur que les argumentations sur tous ces problèmes seraient exposées ultérieurement; cela seul, en soi, est la négation de la prétention de l'autre Etat d'être immédiatement mis hors d'un litige inexistant selon lui. Ainsi, pour maintenir l'égalité entre les parties, dans un cas où des objections relatives à la contexture du différend lui-même sont élevées, le traitement prioritaire de ces objections est une nécessité. Dans leur opinion dissidente commune sir Arnold McNair et MM. Basdevant, Klaestad et Read écrivaient sur la question de l'obligation d'arbitrage:

«Rien dans la déclaration de 1926 n'indiquant une intention de tenir pour suffisantes des considérations *prima facie*, nous estimons, sur la base du principe ci-dessus rappelé et de l'application qui en a été constamment faite, que le Royaume-Uni ne peut être déclaré tenu d'accepter la procédure d'arbitrage par application de la déclaration de 1926 que s'il est établi d'une manière qui satisfasse la conviction de la Cour que le différend relatif à la validité de la réclamation Ambatielos rentre dans la catégorie de ceux pour lesquels le Royaume-Uni a consenti à l'arbitrage par la déclaration de 1926.»  
(*Ambatielos*, fond: *obligation d'arbitrage*, C.I.J. Recueil 1953, p. 29.)

affirmation considers itself to be outside the jurisdiction of the Court in regard to everything connected with that subject-matter, it is possible to indicate provisional measures without prejudging the rights of that State.

In the decision which the Court has to take on any request for provisional measures, urgency is not a dominant and exclusive consideration; one has to seek, between the two notions of jurisdiction and urgency, a balance which varies with the facts of each case. If the jurisdiction is evident and the urgency also, then there is no difficulty, but that is an exceptional hypothesis. When the jurisdiction is not evident, whether there is urgency or not, the Court must take the time needed for such an examination of the problems arising as will enable it to decide one way or the other, and that is something which it could have done without undue delay in the present instance with regard to various objections to its power to judge the case as described in the principal Application.

There is no presumption of the Court's jurisdiction in favour of the applicant, nor any presumption of its lack of jurisdiction in favour of the respondent; there is only the right of each of them to a proper and serious examination of its position.

A State does not have to wait two years or more for the Court to vindicate its claim that no justiciable dispute exists, for if that is the case there is nothing to be argued over; the other State, which has submitted the claim whose reality is contested, evidently has an equal right to have the Court acknowledge the existence of the dispute it invokes. But the equality between these claims is upset if, by the indirect means of the allegedly urgent necessity for the indication of provisional measures, a presumption operates in favour of the applicant without the Court's carrying out any serious appraisal of the objection. On behalf of the Applicant it has been pleaded that argument on all these problems will be presented later; that in itself is a negation of the claim of the other State to be immediately relieved of a dispute which it alleges not to exist. Thus, to maintain equality between the parties, in a case where objections relating to the very stuff of the dispute are raised, the priority treatment of these objections is a necessity. In their joint dissenting opinion, Judges McNair, Basdevant, Klaestad and Read wrote, with reference to the question of the obligation to submit to arbitration:

“Since there is nothing in the Declaration of 1926 to indicate an intention that prima facie considerations should be regarded as sufficient, it is our opinion, based on the principle referred to above and the way in which this principle has been invariably applied, that the United Kingdom can only be held to be under an obligation to accept the arbitral procedure by application of the Declaration of 1926 if it can be established to the satisfaction of the Court that the difference as to the validity of the *Ambatielos* claim falls within the category of differences in respect of which the United Kingdom consented to arbitration in the Declaration of 1926.” (*Ambatielos, Merits, I.C.J. Reports 1953, p. 29.*)

M. Winiarski a pris position aussi en faveur de la priorité de certaines questions de recevabilité par rapport aux questions de compétence (avis concernant *Certaines dépenses des Nations Unies*, *C.I.J. Recueil 1962*, p. 449). De même, dans une opinion individuelle de sir Gerald Fitzmaurice :

«Il est cependant d'autres exceptions n'ayant pas le caractère d'exceptions à la compétence de la Cour qui peuvent et, à strictement parler, doivent être examinées *préalablement* à toute question de compétence. Ainsi, une exception d'après laquelle la requête n'a pas révélé qu'il existait véritablement un différend entre les parties doit être discutée avant la compétence, car, s'il n'y a pas de différend, il n'y a rien à propos de quoi la Cour puisse envisager sa compétence ou son incompétence. C'est pour cette raison qu'une telle exception concernerait plutôt la recevabilité que la compétence...»

«Dans le domaine général du droit international, il n'y a rien qui corresponde aux procédures applicables dans la plupart des systèmes juridiques nationaux et où l'on prévoit l'élimination relativement tôt au cours de l'instance, avant que le tribunal soit appelé à trancher, des demandes considérées comme inacceptables ou ne pouvant être examinées pour un motif *a priori*. Etant donné l'absence d'un «filtrage» analogue dans le domaine juridictionnel où la Cour se meut, on doit considérer le droit de prendre des mesures semblables, pour des motifs semblables, comme entrant dans les pouvoirs inhérents ou dans la compétence de la Cour en tant que tribunal international.» (*Cameroun septentrional*, *C.I.J. Recueil 1963*, p. 109, 106-107.)

C'est cet ensemble de questions de compétence et de recevabilité qui ont été renvoyées par la Cour à la prochaine phase; il appartiendra alors à la Cour, et alors seulement, de décider dans son arrêt le sort de ces questions.

Il y a désormais une certaine tendance à considérer que les ordonnances du 17 août 1972 sur les pêcheries ont en quelque sorte consolidé le droit en matière de mesures conservatoires. Mais chaque cas doit être examiné selon ses mérites et, comme le dit l'article 41, selon «les circonstances». Or le cas de l'Islande était entièrement différent quant aux circonstances. La Cour s'était rendu compte de l'existence de sa propre compétence, l'urgence était admise, la réalité et la définition précise de l'objet du différend n'étaient pas contestées; enfin le droit des Etats demandeurs qui fut sauvegardé par les ordonnances était reconnu comme un droit actuellement exercé tandis que la prétention de l'Islande était une modification du droit existant. Il suffit d'énumérer ces points pour voir que la situation est entièrement différente aujourd'hui; pour le dernier point c'est même une situation inverse puisque les demandeurs se fondent sur une prétention à la modification du droit positif actuel en demandant à la Cour

President Winiarski also expressed himself in favour of the priority of certain questions of admissibility over questions of jurisdiction (*Certain Expenses of the United Nations (Article 17, paragraph 2, of the Charter)*, *I.C.J. Reports 1962*, p. 449). Sir Gerald Fitzmaurice likewise, in a separate opinion, said:

“There are however other objections, not in the nature of objections to the competence of the Court, which can and strictly should be taken in *advance* of any question of competence. Thus a plea that the Application did not disclose the existence, properly speaking, of any legal dispute between the parties, must precede competence, for if there is no dispute, there is nothing in relation to which the Court can consider whether it is competent or not. It is for this reason that such a plea would be rather one of admissibility or receivability than of competence.”

“In the general international legal field there is nothing corresponding to the procedures found under most national systems of law, for eliminating at a relatively early stage, before they reach the court which would otherwise hear and decide them, claims that are considered to be objectionable or not entertainable on some *a priori* ground. The absence of any corresponding ‘filter’ procedures in the Court’s jurisdictional field makes it necessary to regard a right to take similar action, on similar grounds, as being part of the inherent powers or jurisdiction of the Court as an international tribunal.” (*Northern Cameroons, I.C.J. Reports 1963*, pp. 105 and 106 f.)

It is this nexus of questions of jurisdiction and of admissibility which has been deferred by the Court to the next phase; it will then be for the Court, and then alone, to decide the fate of these questions in its judgment.

A certain tendency has arisen to consider that the Orders of 17 August 1972 in the *Fisheries Jurisdiction* cases have, as it were, consolidated the law concerning provisional measures. But each case must be examined according to its own merits and, as Article 41 says, according to “the circumstances”. Now the case of Iceland was entirely different in circumstances. The Court had developed an awareness of the existence of its own jurisdiction, the urgency was admitted, the reality and the precise definition of the dispute were not contested; finally, the right of the Applicant States which was protected by the Orders was recognized as being a right currently exercised, whereas the claim of Iceland constituted a modification of existing law. It suffices to enumerate these points to show that the situation is entirely different today; so far as the last point is concerned, the situation is now even the reverse, since the Applicants stand upon a claim to the modification of existing positive law when



de reconnaître l'existence d'une règle interdisant le dépassement d'un seuil de pollution atomique.

\*  
\*   \*  
\*

C'est en présence d'une telle situation que la Cour s'est trouvée pour appliquer l'article 41 du Statut dans la présente affaire. Les objections qui étaient faites ou pouvaient l'être à la compétence de la Cour et à la recevabilité de la demande ont un caractère prioritaire absolu. L'article 41 ne donne pas à la Cour un pouvoir discrétionnaire mais une compétence liée par les conditions établies dans ce texte; il faut que «les circonstances l'exigent» et que les mesures soient nécessaires pour conserver le «droit de chacun», ce qui recouvre le même examen du fait et du droit que l'article 53, paragraphe 2, impose à la Cour, en plus de cette obligation générale pour tout juge, y compris le juge de référé, de s'assurer de sa propre compétence; c'est ce que rappelle l'article 36, paragraphe 6. Or, l'examen du fait et du droit qui est la condition de toute décision sur des mesures conservatoires ne peut être systématiquement remis à plus tard avec l'indication que le pouvoir de la Cour fondé sur l'article 41 du Statut «présuppose qu'un préjudice irréparable ne doit pas être causé aux droits en litige devant le juge et qu'aucune initiative concernant les questions litigieuses ne doit anticiper sur l'arrêt de la Cour» (ordonnance, paragraphe 21). C'est résoudre par une simple affirmation le problème de l'existence des «circonstances» auxquelles se réfère l'article 41. L'article 41 oblige la Cour à rechercher si les circonstances exigent qu'elle utilise le pouvoir d'indiquer des mesures et elle ne peut l'exercer, même si les circonstances l'exigent, que si sa décision peut sauvegarder le droit de chacun... mais si l'Etat cité en défense invoque l'absence totale de pouvoir de la Cour et s'il n'y a pas véritablement d'objet de la demande, où serait le droit à conserver?

Ce qui a été dit plus haut sur le caractère absolument prioritaire de certaines objections montre qu'il est impossible d'échapper à la nécessité de trancher de telles objections avant d'indiquer des mesures conservatoires; s'il n'y a pas de droit, il n'y a rien à conserver. Si la demande manque d'objet, la requête principale tombe, et avec elle la demande de mesures conservatoires. L'objection est d'un caractère si fondamental quant aux bases mêmes de la juridiction de la Cour qu'il me semble être un abus de mots de dire qu'un droit à agir dans de telles circonstances pourrait exister *prima facie*.

Lorsque la Cour déclare sur la base de l'article 41 qu'une décision indiquant des mesures conservatoires ne préjuge ni la juridiction, ni le fond, ce n'est pas une constatation destinée à rassurer les Etats sur le caractère temporaire et aléatoire de cette décision; c'est l'affirmation que l'examen de l'affaire par la Cour selon les critères de l'article 41 du Statut lui permet, dans les circonstances de cette affaire, de penser que sa décision ne

they ask the Court to recognize the existence of a rule forbidding the overstepping of a threshold of atomic pollution.

\*  
\*       \*  
\*

Such was the situation with which the Court found itself confronted when the application of Article 41 of the Statute in the present case was to be considered. The objections which were made or could be made to the jurisdiction of the Court and the admissibility of the claim have a character of absolute priority. Article 41 does not give the Court a discretionary power but a competence bound by the conditions laid down in that text; it is necessary that "circumstances so require" and that the measures should be necessary to preserve "the respective rights of either party", which covers the same examination of fact and of law that Article 53, paragraph 2, imposes on the Court, in addition to the general obligation upon every judge, including a judge of urgent cases, to satisfy himself that he has jurisdiction; that is what Article 36, paragraph 6, recalls. Now, the examination of fact and of law which is the condition of any decision on provisional measures cannot be systematically put off until later with the indication that the Court's power under Article 41 of the Statute "presupposes that irreparable prejudice should not be caused to rights which are the subject of dispute in judicial proceedings and that the Court's judgment should not be anticipated by reason of any initiative regarding the matters in issue before the Court" (Order, para. 21). That is to solve by a mere assertion the problem of the existence of the "circumstances" to which Article 41 refers. Article 41 obliges the Court to see whether the circumstances require it to use the power of indicating measures and, even if circumstances so require, it can only exercise that power if its decision will be able to preserve the respective rights of either party. But if the State cited as respondent invokes the Court's total absence of power, and if the subject of the claim is really non-existent, what rights would there be to preserve?

What has been said above with regard to the character of absolute priority attaching to certain objections shows that it is impossible to escape from the necessity of settling such objections before indicating measures of protection; if there are no rights, there is nothing to protect. If the claim has no subject, the principal application falls to the ground, and with it the request for provisional measures. The objection is of so fundamental a nature in regard to the very bases of the Court's jurisdiction that it seems to me to be a misuse of language to say that a *jus standi* to act in such circumstances could exist *prime facie*.

When the Court declares on the basis of Article 41 that a decision indicating provisional measures prejudices neither the jurisdiction nor the merits, that is not a finding which is likely to reassure States as to the temporary and circumstantial nature of that decision; it is an assertion that the examination of the case by the Court in accordance with the criteria of Article 41 of the Statute enables it, in the circumstances of this

peut pas, effectivement, préjuger sa juridiction ni la qualité pour agir. Il ne s'agit pas d'une sorte de formule rituelle, mais de la garantie que la Cour est satisfaite que l'article 41 a été correctement interprété et appliqué à une certaine affaire. Mais si une indication de mesures conservatoires préjuge en réalité la juridiction ou l'existence d'un droit à agir, la Cour n'a pas le pouvoir de décider ces mesures parce que les conditions posées par l'article 41 du Statut ne seraient pas respectées. Ces conditions n'ayant pas été remplies dans la présente affaire il y a un excès de pouvoir dans l'application de l'article 41 par l'ordonnance du 22 juin 1973 indiquant des mesures conservatoires.

\*  
\* \* \*

Dans la présente affaire, sur un point de grande importance, la Cour a passé outre à l'une des conditions d'acceptation d'une demande de mesures conservatoires. Dans l'affaire de l'*Usine de Chorzów*, la Cour permanente de Justice internationale a refusé d'indiquer des mesures conservatoires parce que la demande tendait à obtenir un jugement provisionnel adjugeant une partie des conclusions de la requête et que, par conséquent, «la demande ... ne rentre pas dans les termes des dispositions du Statut et du Règlement» (*C.P.J.I. série A n° 12*, p. 10). Il s'agit bien d'une condition de portée générale pour l'interprétation de l'article 41 du Statut de la Cour permanente de Justice internationale qui était identique à l'article 41 actuel, et de la reconnaissance d'une exigence de la procédure en matière de juridiction incidente. Il serait en effet contraire à la nature d'une procédure incidente, par définition, qu'elle permette de régler le litige dont elle n'est qu'un élément accessoire.

La comparaison de la demande principale (requête, paragraphe 28, conclusions du demandeur) et de la demande de mesures provisoires (demande, paragraphes 2-3 et 51) montre qu'il s'agissait bien d'une demande de jugement provisionnel. La demande de mesures conservatoires devait donc être rejetée pour ce motif également.

(Signé) André GROS.

case, to consider that its decision cannot in fact prejudice either its jurisdiction or the question of *jus standi*. It is not just a kind of ritual formula, but a warranty that the Court is satisfied that Article 41 has been correctly interpreted and applied to a certain case. But if in reality an indication of provisional measures prejudices the jurisdiction or the existence of *jus standi*, the Court does not have the power to grant these measures, because the condition laid down by Article 41 of the Statute will not have been respected. These conditions not having been fulfilled in the present case, the application of Article 41 in the Order of 22 June 1973 indicating provisional measures constitutes an action *ultra vires*.

\*  
\*       \*  
\*

In the present case, on a point of great importance, the Court has ignored one of the conditions for the acceptance of a request for provisional measures. In the case concerning the *Factory at Chorzów*, the Permanent Court of International Justice refused to indicate provisional measures because the request could be regarded as designed to obtain an interim judgment in favour of a part of the claim formulated in the Application and that, consequently, "the request [was] not covered by the terms of the provisions of the Statute and Rules" (*P.C.I.J., Series A, No. 12*, p. 10). Here we have a condition of general scope for the interpretation of Article 41 of the Statute of the Permanent Court of International Justice, which was identical to the present Article 41, and the recognition of a procedural requirement operating in regard to interlocutory jurisdiction. For it would indeed, by definition, be contrary to the nature of interlocutory proceedings if they enabled the dispute of which they were only an accessory element to be disposed of.

Comparison between the principal claim (Application, para. 28, submissions of the Applicant) and of the request for provisional measures (Request, paras. 2 f, and 51) shows that the latter was indeed designed to obtain an interim judgment. The request for provisional measures ought therefore to have been rejected on that ground also.

(Signed) André GROS.