

DISSENTING OPINION OF JUDGE SIR GARFIELD BARWICK

I have already expressed my reasons for being unable to join in the Judgment of the Court in the case of *Australia v. France*. All those reasons apply with equal force in this case and need not be repeated.

The analysis of the exchanges between New Zealand and France prior to the lodgment of the Application results, in my opinion, in the emergence of a dispute between them as to their respective legal rights. It is apparent from the letter written on 19 February 1973 by the Ambassador of France to the Prime Minister of New Zealand that France early recognized that legal rights were involved in the matters which had been in discussion. The reply of the Prime Minister, written on 9 March 1973, made it quite clear in my opinion that New Zealand was asserting the existence of rights under international law and that France's acts in connection with the detonation of nuclear devices at Mururoa infringed those rights of New Zealand. As the letter of the Prime Minister of New Zealand to the President of France, written on 4 May 1973, points out, France disputed the existence of and the alleged breach of those rights. Thus in my opinion there was a legal dispute between the Parties prior to the lodging of the Application.

The various bases of claim made by the Applicant are subsumed under five headings in the Application (see para. 28) and in the Applicant's Memorial (see para. 190). They are not expressly spelled out individually in the pre-Application exchanges to the same extent but they are clearly all embraced in the formulae there employed. The basis of claim enumerated in these paragraphs of the Application and Memorial are all comprehended in the four bases of claim which are set out in my opinion in the case of *Australia v. France*. Thus, what I have said there as to those four bases of claim, is wholly applicable to the five bases of claim which the Applicant has enumerated in these proceedings. I need not specially differentiate between the four bases in the one case and the five bases of claim in the other.

Perhaps the emphasis respectively placed upon the unlawfulness of the testing of nuclear weapons and upon the infringement of sovereignty by the fall-out in New Zealand resulting from the detonation of nuclear devices, differs slightly in the two cases. This, in my opinion, does not require any special treatment in these reasons as the difference is not of any substantial importance.

The Applicant however, unlike Australia, did not seek an order of

OPINION DISSIDENTE DE SIR GARFIELD BARWICK

[Traduction]

J'ai déjà exposé mes raisons pour ne pas souscrire à l'arrêt de la Cour dans l'affaire *Australie c. France*. Ces raisons s'appliquent avec la même force dans la présente espèce et il n'y a pas lieu de les répéter ici.

L'analyse des échanges qui se sont déroulés entre la Nouvelle-Zélande et la France avant le dépôt de la requête montre comment un différend a pris corps entre ces deux Etats au sujet de leurs droits réciproques. La lettre que l'ambassadeur de France a adressée au premier ministre de Nouvelle-Zélande le 19 février 1973 atteste que la France a reconnu assez tôt que les problèmes en discussion mettaient en jeu des droits au sens juridique. La réponse du premier ministre, en date du 9 mars 1973, montre bien à mon avis que la Nouvelle-Zélande se réclame de droits consacrés par le droit international, et soutient que ces droits ont été enfreints par les activités françaises se rattachant à l'explosion d'engins nucléaires à Mururoa. Ainsi que le souligne la lettre du premier ministre de Nouvelle-Zélande au président de la République française, datée du 4 mai 1973, la France contestait aussi bien l'existence de ces droits que leur violation. A mon avis il existait donc un différend juridique entre les Parties avant le dépôt de la requête.

Les diverses bases de la demande sont énoncées sous cinq rubriques dans la requête (voir par. 28) et dans le mémoire du demandeur (voir par. 190). Il n'en est pas fait état séparément ni d'une manière aussi détaillée dans les échanges qui ont précédé le dépôt de la requête, mais il est clair qu'elles sont globalement visées par les formules employées à l'époque. Les chefs de demande mentionnés dans ces paragraphes de la requête et du mémoire sont tous compris dans les quatre bases de la demande énumérées dans mon opinion en l'affaire *Australie c. France*. Ainsi, ce que j'ai écrit dans cette opinion au sujet de ces quatre fondements de la demande s'applique en totalité aux cinq chefs de demande que le requérant a énoncés dans la présente instance. Il me paraît inutile de distinguer spécialement entre les quatre bases existant dans une affaire et les cinq qui sont invoquées dans l'autre.

Il existe peut-être une certaine différence entre les deux affaires en ce qui concerne l'importance accordée dans chaque cas à l'illicéité des armes nucléaires et aux violations de souveraineté qu'entraînent les retombées produites par l'explosion d'engins nucléaires. Je ne crois pas qu'il vaille la peine de s'y arrêter spécialement, cette différence n'ayant à mon avis aucune portée essentielle.

Il reste que le demandeur n'a sollicité aucune injonction, contrairement

injunction. Its only claim was for a declaration. Its claim is expressed in its Application as follows:

“Accordingly, New Zealand asks the Court to adjudge and declare: That the conduct by the French Government of nuclear tests in the South Pacific region that give rise to radio-active fall-out constitutes a violation of New Zealand’s rights under international law, and that these rights will be violated by any further such tests.”

It is thus even more difficult in this case to support the view that the Applicant’s request for a declaration was but as a reason or foundation for an order of injunction or, as it is put, was merely a means to an end and not an end in itself. Any suggestion that the claim must be regarded as either a claim for a declaration or a claim for an injunction would be a false dichotomy. In truth the claim could seek both, as in the case of Australia but the claim of the Applicant does not.

In any case, as I pointed out in my opinion in the case of *Australia v. France*, it is only by a fallacious identification of the purpose being pursued by the initiation of the litigation with the substance of the claim actually made in the proceedings, is it concluded in the Judgment that the Applicant by its claim did not seek a declaration of right as a means of resolving its dispute with France as to the unlawfulness of the French nuclear activity at Mururoa and of its consequences.

Whatever may be said as to its motivation, the Application is in respect of a dispute as to the legality of the Respondent’s actions in exploding nuclear devices: so much is expressly conceded in the Judgment (see paras. 1 and 16). The Application in terms sought an adjudication upon questions of legal right as *the* method of resolving that dispute. Such an adjudication would result in *res judicata* binding both parties and, if the Applicant were successful, forming the basis for further action either of a litigious or diplomatic nature. A voluntary promise, even if binding, not to exercise what the Respondent still maintained was its right cannot be the equivalent or substitute for such an adjudication in these proceedings. It cannot properly be said, in my opinion, that because France has voluntarily “assumed an obligation as to conduct, concerning the effective cessation of nuclear tests, no further judicial action is required . . . that any further finding would have no *raison d’être*” (para. 59) or that:

“ . . . since the Court now finds that a commitment in this respect has been entered into by France, there is no occasion for a pronouncement in respect of rights and obligations of the Parties concerning the past—which in other circumstances the Court would be entitled and

à ce qu'avait fait l'Australie. Il ne cherche à obtenir qu'une déclaration. Dans la requête, sa conclusion est formulée en ces termes :

« *En conséquence, la Nouvelle-Zélande prie la Cour dire et juger que les essais nucléaires provoquant des retombées radioactives effectués par le Gouvernement français dans la région du Pacifique Sud constituent une violation des droits de la Nouvelle-Zélande au regard du droit international et que ces droits seront enfreints par tout nouvel essai.* »

Il est donc encore plus difficile en l'espèce de soutenir que la déclaration demandée par le requérant ne servirait qu'à motiver ou à fonder une injonction ou, comme on l'a dit, ne serait qu'un simple moyen en vue d'une fin et non pas une fin en soi. Ce n'est que par une dichotomie abusive qu'on peut prétendre que la demande tend ou bien à une déclaration ou bien à une injonction. En réalité, la demande peut viser les deux objectifs ensemble, comme dans l'affaire australienne, encore que ce ne soit pas le cas ici.

De toute manière, ainsi que je l'ai souligné dans mon opinion en l'affaire *Australie c. France*, ce n'est que par une assimilation fallacieuse du dessein poursuivi en introduisant l'instance et de la substance de la demande effectivement présentée que l'arrêt peut arriver à conclure que le demandeur ne sollicitait pas une déclaration sur les droits en cause comme moyen de résoudre son différend avec la France au sujet de l'illégalité des activités nucléaires françaises à Mururoa et des conséquences qu'elles comportent.

Quelle que soit l'interprétation qu'on puisse donner de ses mobiles, la requête concerne un différend sur la licéité des actes du défendeur consistant à faire exploser des engins nucléaires : l'arrêt le reconnaît d'ailleurs expressément (voir par. 1 et 16). Il ressort des termes mêmes de la requête qu'elle tendait à obtenir une décision sur des questions de droits au sens juridique et que c'est par cette méthode que le différend devait être réglé. Une telle décision aurait force de chose jugée et lierait les deux parties ; rendue en faveur du demandeur, elle servirait de base à toute action future — contentieuse ou diplomatique. Une promesse volontaire, même obligatoire, de ne pas exercer ce que le défendeur continue à considérer comme un droit ne saurait représenter l'équivalent ou le substitut d'une décision semblable en la présente instance. A mon avis, on ne peut pas légitimement prétendre que, parce que la France a volontairement « assumé une obligation de comportement sur la cessation effective des expériences atmosphériques, aucune autre action judiciaire n'est nécessaire [et] qu'aucune autre constatation n'aurait de raison d'être » (par. 59), ni que :

« Puisque la Cour conclut qu'une obligation a été assumée par la France à cet égard, il n'y a pas lieu qu'elle se prononce sur les droits et les obligations des Parties dans le passé — ce que la Cour aurait le droit et même le devoir de faire en d'autres circonstances — quelle

even obliged to make—whatever the date by reference to which such pronouncement might be made” (para. 54).

Such statements in the Judgment are in my opinion on their face erroneous and indicative of a failure on the part of the Court to perform its judicial duty of decision (Art. 38 of the Statute).

Of course, such a promise by France *if accepted by the Applicant* might well result in a compromise of the litigation. Despite, and with due respect to the assertion to the contrary in the Judgment (para. 57), it is, in my opinion, with the compromise of the litigation rather than with the settlement of the dispute between the Parties that the Court in this case as in the case of *Australia v. France* has, erroneously as I think, concerned itself.

The terms of the Applicant’s request seem wide enough to embrace tests which had occurred before the Application was lodged. The claim then proceeds that any further tests will violate French rights under international law. But this circumstance does not call in my opinion for any different reasoning from that which I have used nor any qualifications of the opinion I have expressed in the case of *Australia v. France*.

It should be mentioned however that throughout the pre-Application exchanges, the Applicant expressly and consistently reserved its “right to hold the French Government responsible for any damage or losses incurred by New Zealand or the Pacific Islands for which New Zealand has special responsibility or concern, as a result of the weapons tests”, which France intended to conduct. As consistently and as expressly, France denied that the Applicant had any such right. The fact of this reservation may be added to the other considerations to which I adverted in my opinion in the case of *Australia v. France*, for concluding that the Applicant is not debarred from seeking compensation from France for the results of the atomic detonations at Mururoa. It could clearly have done so in my opinion in these proceedings as to the results of the 1973 and 1974 series of tests, in the latter of which the Applicant has asserted that the “fall-out levels recorded for the 1974 test series have been significantly higher than those measured in 1972 and 1973”. Whether the Applicant in its final submission could have sought compensation in respect of these pre-Application detonations need not be decided but it is to my mind clear that if a declaration of unlawfulness had been made the Applicant would have been able to make it the basis for claims upon France for compensation in respect of such explosions.

My comments made in the case of *Australia v. France* as to the use sought to be made in the Judgment of the introduction and of a comment made upon the communiqué of 8 June 1974 by the Applicant, apply equally to this case. Such introduction and comment were in no sense related to the question the Court has decided. Further, nothing in the statement of the Prime Minister of New Zealand made on 1 November 1974 was directed to that question. Neither the observations of the

que soit la date par rapport à laquelle un tel prononcé pourrait être fait.» (Par. 54.)

A mon avis ces déclarations qui figurent dans l'arrêt sont de toute évidence erronées et montrent que la Cour ne s'est pas acquittée de son obligation judiciaire de statuer (art. 38 du Statut).

Bien sûr, *si le demandeur avait accepté* une telle promesse de la part de la France, cela aurait fort bien pu se traduire par un compromis. Malgré cela, et en dépit de l'assertion contraire qui figure dans l'arrêt (par. 57), c'est plutôt d'une solution de compromis que du règlement du différend entre les Parties que la Cour s'est préoccupée, à tort selon moi, dans la présente espèce comme dans l'affaire *Australie c. France*.

Les termes de la conclusion précitée paraissent suffisamment larges pour englober les essais effectués avant le dépôt de la requête. Il est dit ensuite que les droits de la Nouvelle-Zélande au regard du droit international seront enfreints par tout nouvel essai. Mais ce facteur, selon moi, ne doit pas m'inciter à suivre ici un raisonnement différent ni à modifier l'opinion que j'ai exprimée dans l'affaire *Australie c. France*.

Il convient cependant de relever que, tout au long des échanges qui ont précédé la requête, le demandeur a toujours réservé expressément son «droit de rendre le Gouvernement français responsable de tous dommages ou de toutes pertes que viendraient à subir la Nouvelle-Zélande ou les îles du Pacifique dont elle a spécialement la responsabilité ou la charge à la suite des essais d'armes» que la France se proposait d'effectuer. La France a nié tout aussi expressément et avec la même constance que le demandeur possédât ce droit. Cette réserve est à prendre en considération en plus de tous les autres éléments dont j'ai fait état dans mon opinion en l'affaire *Australie c. France* et qui m'amènent à conclure que rien n'empêcherait le requérant de demander à la France réparation des conséquences des explosions atomiques de Mururoa. Il est clair que dans la présente instance il aurait pu formuler une telle demande à raison des essais de 1973 et de 1974, dont les derniers, selon lui, ont provoqué des «niveaux de retombées ... sensiblement plus élevés que ceux qui avaient été mesurés en 1972 et 1973». Il est inutile de rechercher si, dans sa conclusion finale, le demandeur aurait pu prétendre à réparation au titre des explosions qui ont précédé le dépôt de la requête, mais il est évident, selon moi, que si la Cour avait déclaré les essais illicites, le demandeur aurait pu s'en prévaloir pour chercher à obtenir de la France le versement de dommages-intérêts à raison de ces explosions.

Ce que j'ai dit dans l'affaire *Australie c. France* du parti que l'arrêt prétend tirer de la référence faite par le demandeur au communiqué du 8 juin 1974 et des observations qu'il lui a inspirées s'applique également ici. Cette référence et ces observations du demandeur ne se rapportaient en aucune façon à la question que la Cour a tranchée. De plus, rien dans la déclaration du premier ministre de la Nouvelle-Zélande faite le 1^{er} novembre 1974 ne concernait cette question. Ni les observations du deman-

Applicant on the communiqué of 8 June 1974 nor the said statement of the Prime Minister afford in my opinion any justification for not notifying and hearing the Applicant upon the question the Court has now decided.

Here, as in the case of *Australia v. France*, the Court in my opinion has failed in a basic respect to comply with the requirements of its judicial process. It has decided a question of which the Applicant has had no notice and by the use of material which the Applicant was unaware had been introduced into evidence in the proceedings. The injustice of this course is obvious. Further, unaided by analysis and argument which undoubtedly could have contributed in my opinion to a right conclusion of fact and a proper understanding of the substance of the Applicant's claims, the Court has reached what in my opinion is an insupportable conclusion. It has failed to decide the questions of jurisdiction and of admissibility, isolated by its Order of 22 June 1973 in order that there should be an early decision upon them.

As in the case of *Australia v. France*, I am unable to join in the Judgment which follows from an unjust procedure and which produces a result which I cannot accept as right and proper in the circumstances.

(Signed) G. E. BARWICK.

deur sur le communiqué du 8 juin 1974 ni ladite déclaration du premier ministre ne sauraient justifier selon moi que le demandeur n'ait pas été avisé de la question que la Cour vient de trancher et n'ait pas été entendu à ce sujet.

Dans la présente instance, comme dans l'affaire *Australie c. France*, je pense que, sur un point fondamental, la Cour n'a pas satisfait aux exigences de sa fonction judiciaire. Elle a statué sur une question dont le demandeur n'avait pas été informé et en utilisant des éléments dont le demandeur ignorait qu'ils eussent été introduits en tant que preuves. L'injustice du procédé est patente. De plus, sans le bénéfice des analyses et des arguments qui, j'en suis sûr, auraient facilité une bonne interprétation des faits et une compréhension exacte de la substance des prétentions du demandeur, la Cour est parvenue selon moi à une conclusion que rien ne justifie. Elle ne s'est pas prononcée sur les questions de compétence et de recevabilité, que son ordonnance du 22 juin 1973 avait mises à part pour que la Cour puisse les trancher rapidement.

Comme dans l'affaire *Australie c. France*, je ne puis m'associer à un arrêt qui est le fruit d'une procédure injuste et qui a abouti à un résultat que je ne saurais tenir pour exact et approprié dans les circonstances de l'espèce.

(Signé) G. E. BARWICK.