

## SEPARATE OPINION OF JUDGE SHAHABUDDEEN

I have voted for the Order of the Court but would like to explain my approach and reasoning with respect to the point of law whether a State requesting interim measures must establish a prima facie case as to the existence of the right sought to be preserved by the requested measures.

Issue was joined by the Parties on this important question (para. 21 of the Order). If Denmark was right in its submission that Finland was required to show a prima facie case as to the existence of the right sought to be preserved by the requested interim measures but that Finland had not done so, this sufficed to dispose of Finland's request. The ruling of the Court is set out in paragraph 22 of the Order. Having regard to the terms of the ruling, I consider it necessary to state my position. In my view, Finland was obliged to show a prima facie case in the sense of demonstrating a possibility of existence of the specific right of passage claimed in respect of drill ships and oil rigs in excess of a clearance height of 65 metres. Where Denmark's submission fails is on the ground, as I hold, that Finland did in fact succeed in demonstrating that possibility.

The problem presented is this: is it open to the Court by provisional measures to restrain a State from doing what it claims it has a legal right to do without having heard it in defence of that right, or without having required the requesting State to show that there is at least a possibility of the existence of the right for the preservation of which the measures are sought? The Court has never pronounced on the question. Scholarly opinion is divided on it<sup>1</sup>. And, no doubt, as in so many other areas, there

---

<sup>1</sup> See, for example, Giuseppe Tesaro, "Le misure cautelari della Corte internazionale di Giustizia", *Comunicazioni e studi*, 1975, Vol. 14, p. 873, at pp. 897 ff.; J. G. Merrills, "Interim Measures of Protection and the Substantive Jurisdiction of the International Court", *Cambridge Law Journal*, 1977, Vol. 36, p. 86, at pp. 100-102; J. B. Elkind, "The Aegean Sea Case and Article 41 of the Statute of the International Court of Justice", *Revue hellénique de droit international*, 1979, Vol. 32, p. 285, at p. 333; and Jerzy Sztucki, *Interim Measures in the Hague Court*, 1983, pp. 97, 123, 259, and 260; and compare Dr. E. Dumbauld, *Interim Measures of Protection in International Controversies*, 1932, pp. 160-161; Dr. M. H. Mendelson, "Interim Measures of Protection in Cases of Contested Jurisdiction", *British Year Book of International Law*, 1972-1973, Vol. 46, p. 259, at pp. 315-316, 321; V. S. Mani, "Notes and Comments on Interim Measures of Protection: ICJ Practice", *Indian Journal of International Law*, 1973, Vol. 13, p. 262, at pp. 265, 272; and, also by him, *International Adjudication: Procedural Aspects*, 1980, p. 293.

## OPINION INDIVIDUELLE DE M. SHAHABUDDEN

[Traduction]

J'ai voté en faveur de l'ordonnance de la Cour, mais j'aimerais expliquer ma démarche et mon raisonnement en ce qui concerne la question juridique de savoir si un Etat qui demande des mesures conservatoires doit établir *prima facie* le bien-fondé de sa thèse quant à l'existence du droit qu'il cherche à sauvegarder par ces mesures.

Les Parties ont engagé la controverse sur cette importante question (paragraphe 21 de l'ordonnance). Si le Danemark avait raison de prétendre que la Finlande était tenue d'établir *prima facie* le bien-fondé de sa thèse en ce qui concerne l'existence du droit qu'elle cherchait à sauvegarder par les mesures conservatoires, mais que la Finlande ne l'avait pas fait, cela suffisait à écarter la demande de la Finlande. La décision de la Cour est exposée au paragraphe 22 de l'ordonnance. Eu égard aux termes de cette décision, j'estime nécessaire de présenter ma position. A mon sens, la Finlande était tenue d'établir *prima facie* le bien-fondé de sa thèse, c'est-à-dire de démontrer la possibilité de l'existence du droit de passage spécifique qu'elle revendique à l'égard des navires de forage et des plates-formes pétrolières dont le tirant d'air dépasse 65 mètres. Si la prétention du Danemark ne tient pas, c'est, selon moi, parce que la Finlande a effectivement réussi à démontrer cette possibilité.

Le problème est le suivant: est-il loisible à la Cour, par des mesures conservatoires, d'empêcher un Etat de faire ce qu'il prétend avoir le droit de faire, sans l'avoir entendu défendre ce droit, ou sans avoir exigé de l'Etat requérant qu'il démontre au moins la possibilité de l'existence du droit pour la sauvegarde duquel les mesures sont demandées? La Cour ne s'est jamais prononcée sur la question. Quant à la doctrine, elle est divisée<sup>1</sup>. Par ailleurs, il ne fait pas de doute qu'ici comme dans tant

<sup>1</sup> Voir, par exemple, Giuseppe Tesaro, « Le misure cautelari della Corte internazionale di Giustizia », *Comunicazioni e studi*, 1975, vol. 14, p. 897 et suiv.; J. G. Merrills, « Interim Measures of Protection and the Substantive Jurisdiction of the International Court », *Cambridge Law Journal*, 1977, vol. 36, p. 100-102; J. B. Elkind, « The Aegean Sea Case and Article 41 of the Statute of the International Court of Justice », *Revue hellénique de droit international*, 1979, vol. 32, p. 333, et Jerzy Sztucki, *Interim Measures in the Hague Court*, 1983, p. 97, 123, 259 et 260; et comparer E. Dumbauld, *Interim Measures of Protection in International Controversies*, 1932, p. 160-161; M. H. Mendelson, « Interim Measures of Protection in Cases of Contested Jurisdiction », *British Year Book of International Law*, 1972-1973, vol. 46, p. 315-316, 321; V. S. Mani, « Notes and Comments on Interim Measures of Protection: ICJ Practice », *Indian Journal of International Law*, 1973, vol. 13, p. 265 et 272, et, du même auteur, *International Adjudication: Procedural Aspects*, 1980, p. 293.

is need for caution in having recourse to municipal law ideas on the subject.

To indicate interim measures without requiring the requesting State to demonstrate some arguable basis for the existence of the right which is sought to be protected would seem to present a problem of reconciliation with the exceptional character of the procedure — a problem of some delicacy, regard being had to the consensual nature of the Court's jurisdiction. As observed by Dumbauld:

“Interim measures always constitute an exceptional remedy. They derogate from the usual rule that a plaintiff can not obtain relief until he has thoroughly proved his case, and all defenses and objections of his adversary have been heard and considered.” (Dr. E. Dumbauld, *Interim Measures of Protection in International Controversies*, 1932, p. 184.)

No doubt, Dumbauld had that consideration in mind when stating:

“Indication of interim measures is to be made if the ‘Court considers’ (‘estime’) that circumstances so require. It thus appears that a *prima facie* showing of probable right and probable injury is all that is required.” (*Ibid.*, pp. 160-161, para. 9.)

The exceptional character of interim measures, to which Dumbauld drew attention, assumes added significance when it is recalled that it is not settled whether the jurisprudence of the Court allows for compensating a party for any injury suffered in complying with an interim measure should the latter be eventually found to have been unjustified; that point, raised in this case, did not fall for decision and remains undecided.

Possibly the most influential factor contributing to a discernible and perhaps understandable general impression that the Court should not consider whether there is a *prima facie* case as to the existence of the right claimed is the need to avoid any appearance of prejudice. That danger must not be overlooked; it is clearly of special importance in the sensitive field of litigation between States. However, that consideration needs to be balanced against the reflection that the State which is sought to be constrained may itself have an interest in showing that the requesting State has failed to demonstrate a possibility of the existence of the right sought to be protected: in this case, for example, it is Denmark, the Respondent, which is raising the question whether the right claimed by Finland, the Applicant, exists. As for the requesting State, any opposition by it to a requirement to establish the possible existence of the right claimed can hardly rest on grounds of prejudice; for any complaint on such grounds is met by the circumstance that it would *ex hypothesi* have had an

d'autres domaines il faut faire preuve d'une grande circonspection avant d'emprunter au droit interne des idées sur ce chapitre.

Indiquer des mesures conservatoires sans obliger l'Etat requérant à démontrer qu'il existe un fondement défendable à l'existence du droit qu'il cherche à protéger semblerait difficile à concilier avec le caractère exceptionnel de cette procédure. C'est là un problème assez délicat, compte tenu de la nature consensuelle de la compétence de la Cour. Ainsi que Dumbauld l'a fait observer :

« Les mesures conservatoires sont toujours une voie de recours exceptionnelle. Elles constituent en effet une dérogation par rapport à la règle habituelle selon laquelle le plaignant ne peut obtenir ce qu'il demande tant qu'il n'a pas pleinement établi le bien-fondé de sa thèse et que tous les arguments et toutes les objections de son adversaire n'ont pas été entendus et examinés. » (E. Dumbauld, *Interim Measures of Protection in International Controversies*, 1932, p. 184.)

Il n'est pas douteux que c'est à cela que pensait Dumbauld lorsqu'il a écrit :

« Des mesures conservatoires doivent être indiquées si la Cour « estime » (« considers ») que les circonstances l'exigent. Il semble donc que la seule chose qui soit exigée soit de démontrer *prima facie* la probabilité d'un droit et d'un préjudice. » (*Ibid.*, p. 160-161, par. 9.)

Le caractère exceptionnel des mesures conservatoires, sur lequel Dumbauld appelle l'attention, revêt une signification accrue si on rappelle qu'il n'a pas encore été établi si la jurisprudence de la Cour permet d'indemniser une partie de tout préjudice qu'elle aurait subi en se conformant à une mesure conservatoire dans le cas où il serait finalement jugé que cette mesure était injustifiée; ce point, qui a été soulevé en l'espèce, n'a pas appelé de décision et n'est pas encore tranché.

Le facteur peut-être le plus important qui ait contribué à créer l'impression générale qui semble se dégager, et qui est sans doute compréhensible, à savoir que la Cour ne doit pas se demander si l'existence du droit revendiqué a été établie *prima facie*, est la nécessité d'éviter de paraître en quelque manière préjuger du fond. Ce danger ne saurait être oublié; il est à l'évidence d'une importance particulière dans le domaine délicat des litiges entre Etats. Toutefois, en contrepois de cette considération, il importe de rappeler que l'Etat dont on cherche à limiter l'action peut lui-même avoir intérêt à montrer que l'Etat requérant n'a pas réussi à prouver la possibilité de l'existence du droit qu'il veut voir protéger: en l'espèce, par exemple, c'est le Danemark, le défendeur, qui soulève la question de savoir si le droit revendiqué par la Finlande, le demandeur, existe. Quant à l'Etat requérant, il peut difficilement s'opposer à l'exigence d'établir la possibilité de l'existence du droit qu'il revendique, au motif que cela risquerait de préjuger l'affaire au fond; le fait qu'il aurait eu, par hypo-

opportunity to meet the requirement. Also, in measuring the danger of prejudice, it has to be borne in mind that what the Court is considering is not whether the right sought to be preserved definitively exists, but whether the requesting State has shown any possibility of its existence. As general judicial experience shows, that distinction is not artificial; it is real. Certainly, a finding that such a possibility exists clearly falls short of constituting an interim judgment.

It is improbable that the Court is bound by a mere assertion of rights even where these are manifestly incapable of existing in law. If this is conceded, as it is by Finland, some colour is lent to the view that the Court must be concerned with satisfying itself affirmatively of the possible existence of the rights claimed, the required degree of proof being dependent on the character and circumstances of the particular case. I shall approach the matter on the basis of the requesting State happening to be also the applicant in the main proceedings, as in this case.

It seems that the Court has come to adopt a *prima facie* test of jurisdiction over the merits when deciding whether to indicate interim measures (see *Nuclear Tests (Australia v. France), Interim Protection, I.C.J. Reports 1973*, p. 99, at p. 101, para. 13, and p. 102, para. 17; *Nuclear Tests (New Zealand v. France), Interim Protection, I.C.J. Reports 1973*, p. 135, at p. 137, para. 14, and p. 138, para. 18; *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran, Provisional Measures, I.C.J. Reports 1979*, p. 7, at p. 13, para. 15, and p. 14, paras. 18 and 20; and *Arbitral Award of 31 July 1989 (Guinea-Bissau v. Senegal), Provisional Measures, I.C.J. Reports 1990*, p. 64, at pp. 68-69, paras. 20 and 22). It appears to be also settled that the power of the Court to indicate interim measures is distinct from its jurisdiction over the merits (see Dumbauld, *op. cit.*, pp. 165, 186; M. O. Hudson, *The Permanent Court of International Justice, 1920-1942*, New York, 1943, p. 425; *Anglo-Iranian Oil Co., Preliminary Objection, I.C.J. Reports 1952*, p. 93, at pp. 102-103; *Interhandel, Interim Protection, I.C.J. Reports 1957*, p. 105, at p. 118, *per* Judge Lauterpacht; S. Rosenne, *The Law and Practice of the International Court*, 1965, Vol. 1, pp. 422-423; and Sir Gerald Fitzmaurice, *The Law and Procedure of the International Court of Justice*, 1986, Vol. 2, pp. 533 ff.). This being so, in considering whether it has *prima facie* jurisdiction over the merits, the Court is not considering whether it has power to indicate interim measures (for this rests on another basis), but is rather considering whether the case is a fit and proper one for exercising that power. In other words, the question whether substantive jurisdiction *prima facie* exists is germane to the "circumstances" within the meaning of Article 41 of the Statute (see M. O. Hudson, "The Thirtieth Year of the World Court", *American Journal of International Law*, 1952, Vol. 46, p. 1, at p. 22; and *Aegean Sea Continental Shelf, Interim Protection, I.C.J. Reports 1976*, p. 3, at

thèse, l'occasion de respecter cette exigence suffirait en effet à répondre à toute objection ainsi motivée. En outre, dans l'évaluation du risque qu'il y a à préjuger du fond, il faut se rappeler que ce que la Cour examine ce n'est pas la question de savoir si le droit qu'on cherche à sauvegarder existe effectivement, mais si l'Etat requérant a démontré une quelconque possibilité de son existence. L'expérience judiciaire générale enseigne que cette distinction n'est pas artificielle, mais bien réelle. A n'en pas douter, une décision constatant qu'une telle possibilité existe est à l'évidence loin de constituer un arrêt provisionnel.

Il est improbable que la Cour soit liée par la seule affirmation de certains droits, même s'il est manifeste que leur existence est juridiquement impossible. Si ce fait est admis, comme il l'est par la Finlande, le point de vue selon lequel la Cour doit se soucier d'obtenir confirmation effective de la possibilité de l'existence des droits revendiqués s'en trouve revigoré; la mesure dans laquelle cette preuve doit être faite dépend de la nature et des circonstances de chaque espèce. J'examinerai la question en me plaçant dans l'hypothèse où l'Etat requérant se trouve également être le demandeur dans l'affaire principale, comme dans la présente espèce.

Il semble que la Cour en soit venue à adopter l'usage de vérifier *prima facie* sa compétence pour connaître du fond lorsqu'elle décide s'il y a lieu d'indiquer des mesures conservatoires (voir *Essais nucléaires (Australie c. France), mesures conservatoires, C.I.J. Recueil 1973*, p. 101, par. 13, et p. 102, par. 17; *Essais nucléaires (Nouvelle-Zélande c. France), mesures conservatoires, C.I.J. Recueil 1973*, p. 137, par. 14, et p. 138, par. 18; *Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran, mesures conservatoires, C.I.J. Recueil 1979*, p. 13, par. 15, et p. 14, par. 18 et 20; *Sentence arbitrale du 31 juillet 1989 (Guinée-Bissau c. Sénégal), mesures conservatoires, C.I.J. Recueil 1990*, p. 68-69, par. 20 et 22). Il semble également établi que le pouvoir de la Cour d'indiquer des mesures conservatoires est distinct de sa compétence pour connaître du fond (voir Dumbauld, *op. cit.*, p. 165 et 186; M. O. Hudson, *The Permanent Court of International Justice, 1920-1942*, New York, 1943, p. 425; *Anglo-Iranian Oil Co., exception préliminaire, C.I.J. Recueil 1952*, p. 102 et 103; *Interhandel, mesures conservatoires, C.I.J. Recueil 1957*, p. 118, opinion individuelle de M. Lauterpacht; S. Rosenne, *The Law and Practice of the International Court*, 1965, vol. 1, p. 422 et 423; sir Gerald Fitzmaurice, *The Law and Procedure of the International Court of Justice*, 1986, vol. 2, p. 533 et suiv.). Cela étant, lorsqu'elle examine si elle a, *prima facie*, compétence pour connaître du fond, la Cour ne se demande pas si elle a le pouvoir d'indiquer des mesures conservatoires (ce pouvoir reposant sur une autre base), mais elle se demande plutôt si l'affaire se prête bien à l'exercice de ce pouvoir. En d'autres termes, la question de savoir si la compétence au fond existe *prima facie* se rapporte aux « circonstances », au sens de l'article 41 du Statut (voir M. O. Hudson, « The Thirtieth Year of the World Court », *American Journal of International Law*, 1952, vol. 46, p. 22; et *Plateau continental de la mer Egée, mesures conservatoires, C.I.J. Recueil*

pp. 15-16, *per* President Jiménez de Aréchaga; cf. Judge Mosler, *ibid.*, at p. 25).

But jurisdiction over the merits is merely one element which the applicant must establish in order to succeed in the substantive case which it has brought — a truth undiminished, in my view, by the importance of that element or by the fact that it may be argued as a preliminary issue. If the applicant cannot make out a *prima facie* case of substantive jurisdiction, this circumstance shows that it has no possibility of succeeding. Why should the applicant be limited to being required to show a *prima facie* case in respect of only one of the elements which it must establish if it is to succeed? It is easy to appreciate that proof of the definitive existence of the right claimed cannot be part of the “circumstances” within the meaning of Article 41 of the Statute, but is rather a matter for the merits. It is less easy to accept that this applies to the establishment of a possibility of the existence of the right. It is not suggested that the requesting State should anticipate and meet each and every issue which could arise at the merits. How far it should do so in any particular case will depend on the nature and circumstances of the case. What is important is that enough material should be presented to demonstrate the possibility of existence of the right sought to be protected. I am not certain that this view is necessarily at variance with the position taken in the joint declaration of Vice-President Ammoun and Judges Forster and Jiménez de Aréchaga in the *Fisheries Jurisdiction* cases (*I.C.J. Reports 1972*, p. 12, at p. 18, and p. 30, at p. 36). If it is, I would respectfully differ.

Although the Court, it would seem, has not so far had occasion to respond definitively to the question under examination, it may be useful to consider the way in which the matter has from time to time been treated at the bar of the Court, and sometimes by the Court itself. In brief, while I recognize that other interpretations of the material are not excluded, it would appear that in some cases the shape of the arguments was objectively designed to prove, or to disprove, the possibility of the existence of the right claimed, even where this purpose was not explicitly declared.

In the *Legal Status of the South-Eastern Territory of Greenland* case, President Adatci did indeed indicate to counsel that the merits should not be encroached upon in arguments on interim measures (*P.C.I.J., Series C, No. 69*, pp. 16, 32 and 48). That notwithstanding, the Order later made by the Court had occasion to note that —

“according to the statement by M. Steglich-Petersen [counsel for Denmark], ‘the Norwegian request for provisional measures has no foundation in Article 41 of the Statute and Article 57 of the Rules’ — which deal only with the preservation of the rights of one or other Party — seeing that, according to him, Norway possesses no right in the territory in question capable of forming the subject of

1976, p. 15 et 16, opinion individuelle de M. Jiménez de Aréchaga, Président, et p. 25, opinion individuelle de M. Mosler).

La compétence au fond n'est cependant qu'un élément que le demandeur doit établir pour obtenir gain de cause dans l'instance qu'il a introduite — vérité que ne diminue en rien, à mon sens, l'importance de cet élément ou le fait qu'il puisse être débattu à titre de question préliminaire. Si le demandeur ne peut établir *prima facie* l'existence de la compétence au fond, cette circonstance montre qu'il n'a aucune chance de succès. Pourquoi limiter le demandeur à devoir faire la preuve *prima facie* d'un seul des éléments qu'il devra établir pour obtenir gain de cause? On comprend aisément que la preuve de l'existence effective du droit revendiqué ne peut faire partie des « circonstances » au sens de l'article 41 du Statut, mais relève plutôt du fond. Il est moins facile d'admettre la même affirmation en ce qui concerne l'établissement de la possibilité de l'existence du droit. Il n'est pas donné à entendre ici que l'Etat requérant doit prévoir chacune des questions qui peuvent surgir lors de l'examen du fond et y répondre. La mesure dans laquelle il doit le faire dans chaque cas dépend de la nature et des circonstances de l'affaire. Ce qui importe, c'est qu'il présente des éléments suffisants pour prouver la possibilité de l'existence du droit qu'il cherche à voir sauvegarder. Je ne suis pas certain que ce point de vue soit nécessairement différent de la position adoptée dans la déclaration commune de M. Ammoun, Vice-Président, et de MM. Forster et Jiménez de Aréchaga dans les affaires sur la *Compétence en matière de pêcheries* (C.I.J. Recueil 1972, p. 18 et 36). S'il l'est, je me permets respectueusement de différer d'opinion.

Bien que la Cour n'ait apparemment pas jusqu'à présent eu l'occasion de répondre de façon définitive à la question examinée ici, il peut être utile de voir la manière dont cette question a été traitée, à l'occasion, devant la Cour et, parfois, par la Cour elle-même. Pour résumer, bien que je reconnaisse que d'autres interprétations des textes ne soient pas exclues, il semble que dans certaines affaires l'argumentation ait été objectivement façonnée de manière à prouver ou à réfuter la possibilité de l'existence du droit revendiqué, même lorsque cet objectif n'était pas explicitement déclaré.

Dans l'affaire du *Statut juridique du territoire du sud-est du Groënland*, M. Adatci, Président, avait effectivement indiqué aux conseils qu'il ne fallait pas empiéter sur le fond dans l'argumentation sur les mesures conservatoires (C.P.J.I. série C n° 69, p. 16, 32 et 48). Néanmoins, dans l'ordonnance qu'elle rendit ultérieurement, la Cour eut l'occasion de faire remarquer ce qui suit :

« aux termes de l'exposé de M. Steglich-Petersen [conseil du Danemark], « la demande norvégienne qui a pour objet l'indication de mesures conservatoires ne trouve pas d'appui dans l'article 41 du Statut et l'article 57 du Règlement » — lesquels ne traitent que de la préservation des droits de l'une ou de l'autre Partie —, étant donné que, selon lui, la Norvège n'est bénéficiaire, dans le territoire dont il



a measure of protection" (*P.C.I.J., Series A/B, No. 48*, p. 277, at p. 282).

It will be seen that, as in the present case, it was the State which was sought to be constrained (Denmark, then as now) which was effectively asserting that the State requesting interim measures had failed to prove the existence of any rights susceptible of being protected by such measures. The decision turned on other considerations, but this does not affect the point now being made as to the way counsel for the respondent understood the requirements of the case.

Some basis seems to exist for thinking that certain aspects of the legal merits were considered in a provisional way by the Court in the case of the *Anglo-Iranian Oil Co., Interim Protection (I.C.J. Reports 1951*, p. 89, at pp. 92-93), and in the *Fisheries Jurisdiction* cases, *Interim Protection (I.C.J. Reports 1972*, p. 12, at p. 15, and p. 30, at p. 33) (see the discussion in Dr. M. H. Mendelson, "Interim Measures of Protection in Cases of Contested Jurisdiction", *British Year Book of International Law*, 1972-1973, Vol. 46, p. 259, at p. 316).

In the *Nuclear Tests* case (*Australia v. France*), though not appearing, France had challenged Australia's position on the merits (*I.C.J. Reports 1973*, p. 99, at pp. 104-105, para. 28). Responding to the challenge, Solicitor-General Ellicott, Q.C., made what he described as an "outline statement of the substantive law applicable to the merits of Australia's claim", and added:

"In my submission this outline should suffice to show the serious and well-founded character of the Australian case in support of its contention that French conduct of nuclear tests in the South Pacific Ocean is not consistent with applicable rules of international law." (*I.C.J. Pleadings, Nuclear Tests*, Vol. I, p. 189.)

Counsel for Australia was endeavouring to combat the French position to the point of showing that, in effect, Australia did have an arguable case on the merits. Now, it is true that the Court confined itself to saying that —

"for the purpose of the present proceedings it suffices to observe that the information submitted to the Court, including Reports of the United Nations Scientific Committee on the Effects of Atomic Radiation between 1958 and 1972, does not exclude the possibility that damage to Australia might be shown to be caused by the deposit on Australian territory of radio-active fall-out resulting from such tests and to be irreparable" (*I.C.J. Reports 1973*, p. 99, at p. 105, para. 29; and see, *ibid.*, p. 135, at p. 141, para. 30).

Thus the Court did not say that such possible damage to Australia might be violative of some possible right of Australia; and I do not minimize the value of this fact for opposing arguments. It does, however, seem some-

s'agit, d'aucun droit susceptible de faire l'objet d'une mesure conservatoire» (*C.P.J.I. série A/B n° 48*, p. 282).

On aura constaté que, comme dans la présente espèce, c'est l'Etat dont on cherchait à limiter l'action (à l'époque, comme aujourd'hui, le Danemark) qui affirmait effectivement que l'Etat qui demandait des mesures conservatoires n'avait pas réussi à prouver l'existence de droits quelconques qui fussent susceptibles d'être protégés par de telles mesures. La décision fut fondée sur d'autres considérations, mais cela n'enlève rien à l'argument développé ici en ce qui concerne la manière dont le conseil du défendeur avait compris les exigences de l'affaire.

Il semble justifié de penser que certains aspects de la question juridique de fond ont été examinés de façon provisoire par la Cour dans l'affaire de l'*Anglo-Iranian Oil Co., mesures conservatoires* (*C.I.J. Recueil 1951*, p. 92 et 93) et dans les affaires de la *Compétence en matière de pêcheries, mesures conservatoires* (*C.I.J. Recueil 1972*, p. 15 et p. 33) (voir à ce sujet M. H. Mendelson, « Interim Measures of Protection in Cases of Contested Jurisdiction », *British Year Book of International Law, 1972-1973*, vol. 46, p. 316).

Dans l'affaire des *Essais nucléaires (Australie c. France)*, bien qu'elle n'ait pas comparu, la France avait contesté la position de l'Australie sur le fond (*C.I.J. Recueil 1973*, p. 104 et 105, par. 28). Relevant le gant, M. Elliott, Q.C., *Solicitor-General* d'Australie, fit ce qu'il décrivit lui-même comme un « bref exposé général du droit applicable, sur le fond, à la demande de l'Australie », après quoi il ajouta :

« Cet exposé devrait suffire, selon moi, à montrer le sérieux et le bien-fondé des arguments invoqués par l'Australie à l'appui de sa thèse, selon laquelle la poursuite, par la France, d'essais nucléaires dans le Pacifique Sud n'est pas compatible avec les règles applicables du droit international. » (*C.I.J. Mémoires, Essais nucléaires*, vol. I, p. 189.)

Le conseil de l'Australie s'efforçait de combattre la position française jusqu'à démontrer que l'Australie avait bel et bien une position défendable sur le fond. Certes, il est vrai que la Cour se borna à dire ce qui suit :

« aux fins de la présente procédure, il suffit de noter que les renseignements soumis à la Cour, y compris les rapports du Comité scientifique des Nations Unies pour l'étude des effets des rayonnements ionisants présentés entre 1958 et 1972, n'excluent pas qu'on puisse démontrer que le dépôt en territoire australien de substances radioactives provenant de ces essais cause un préjudice irréparable à l'Australie » (*C.I.J. Recueil 1973*, p. 105, par. 29; voir aussi *ibid.*, p. 141, par. 30).

La Cour n'a donc pas dit que ce préjudice possible qui serait causé à l'Australie pouvait violer un droit possible de celle-ci; je ne sous-estime pas la valeur de ce fait pour mes contradicteurs éventuels. Il semble cepen-

what improbable that the Court could recognize “the possibility” that Australia might be able to show irreparable damage from radio-active fall-out on its own territory resulting from French nuclear tests without at the same time assuming that Australia could also show at least a possibility that such damage was in violation of some Australian right. The argument of counsel to this effect could scarcely have been absent from the mind of the Court when making the statement cited above and proceeding to indicate provisional measures affecting a major French programme.

In the *Aegean Sea Continental Shelf* case, Professor O’Connell, for Greece, conceived his position thus: “We are required only to show that prima facie Greece has rights which are threatened” (*I.C.J. Pleadings, Aegean Sea Continental Shelf*, p. 89). He restated the substance of that understanding on two further occasions (*ibid.*, at pp. 97 and 115).

Reference may also be made to *I.C.J. Pleadings, United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran*, at pages 21 ff. and 25 ff., for extensive arguments in support of the substance of the United States claim. Rejecting an Iranian argument that the United States request implied “that the Court should have passed judgment on the actual substance of the case submitted to it”, the Court said that —

“a request for provisional measures must by its very nature relate to the substance of the case since, as Article 41 expressly states, their object is to preserve the respective rights of either party; . . .” (*United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran, Provisional Measures, I.C.J. Reports 1979*, p. 7, at p. 16, para. 28; emphasis added).

Although it was not to be understood as making any definitive decisions, the Court was clearly concerned to satisfy itself affirmatively that there was a case for holding that the rights sought to be protected by provisional measures did exist in international law and were in fact being violated (*ibid.*, pp. 17-20, paras. 34-43). The particular circumstances of the case may explain the lengths to which the Court went into the merits, but that the Court did at all go into the merits would seem to rest on more general considerations suggestive of recognition that a State requesting interim measures must satisfy the Court that it has an arguable case in favour of the existence of the rights sought to be preserved pending a final decision.

In the case of the *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, *Provisional Measures*, the Order of the Court carefully set out the relevant circumstances, together with a reference to supporting evidence from Nicaragua, and stated:

dant quelque peu improbable que la Cour ait pu reconnaître que l'Australie « puisse » démontrer qu'un préjudice irréparable lui était causé par le dépôt sur son territoire de substances radioactives provenant des essais nucléaires français sans en même temps supposer que l'Australie pourrait également démontrer qu'il existait au moins une possibilité qu'un tel préjudice viole quelque droit australien. Il est difficile d'imaginer que les arguments présentés à cet effet par le conseil n'aient pas été présents à l'esprit de la Cour lorsqu'elle adopta la déclaration citée plus haut et indiqua des mesures conservatoires qui touchaient un important programme de la France.

Dans l'affaire du *Plateau continental de la mer Egée*, le professeur O'Connell, parlant au nom de la Grèce, formulait ainsi sa position : « Nous sommes seulement tenus de démontrer que *prima facie* la Grèce a des droits qui sont menacés » (*C.I.J. Mémoires, Plateau continental de la mer Egée*, p. 89). Il réitéra cette idée à deux autres reprises (*ibid.*, p. 97 et 115).

On peut également se référer à *C.I.J. Mémoires, Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran* (p. 21 et suiv. et 25 et suiv.) pour une longue argumentation à l'appui du fond de la demande des Etats-Unis. Rejetant un argument de l'Iran selon lequel la demande formulée par les Etats-Unis impliquait « que la Cour ait jugé de la substance même de l'affaire qui lui [était] soumise », la Cour a déclaré que

« une demande en indication de mesures conservatoires a nécessairement, par sa nature même, un lien avec la substance de l'affaire puisque, comme l'article 41 l'indique expressément, son objet est de protéger le droit de chacun... » (*Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran, mesures conservatoires, C.I.J. Recueil 1979*, p. 16, par. 28 ; les italiques sont de moi).

Bien qu'il n'y eût pas lieu d'en conclure qu'elle rendait une quelconque décision définitive, la Cour se souciait manifestement d'obtenir confirmation effective de ce qu'elle était fondée à considérer que les droits que l'on cherchait à faire protéger par des mesures conservatoires existaient bien au regard du droit international et qu'ils étaient effectivement violés (*ibid.*, p. 17-20, par. 34-43). Les circonstances particulières de l'affaire peuvent expliquer pourquoi la Cour a été si loin dans l'examen du fond, mais le fait même qu'elle ait examiné le fond semble tenir à des considérations plus générales, impliquant qu'elle reconnaissait qu'un Etat qui lui demande d'indiquer des mesures conservatoires doit convaincre la Cour qu'il a une position défendable pour étayer l'existence des droits qu'il cherche à protéger en attendant un arrêt définitif.

En l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique)*, *mesures conservatoires*, la Cour a soigneusement exposé dans son ordonnance les circonstances pertinentes, en se référant aux éléments de preuve présentés par le Nicaragua, et a déclaré :

“Whereas the Court has available to it considerable information concerning the facts of the present case, including official statements of United States authorities; whereas, the Court, in the context of the present proceedings on a request for provisional measures, has in accordance with Article 41 of the Statute to consider the circumstances drawn to its attention as requiring the indication of provisional measures, but cannot make definitive findings of fact, and the right of the respondent State to dispute the facts alleged and to submit arguments in respect of the merits must remain unaffected by the Court’s decision” (*I.C.J. Reports 1984*, p. 169, at p. 182, para. 31; and see, *ibid.*, pp. 181-182, paras. 29-30).

Of course the Court could not “make definitive findings of fact” at that stage; but it is at the same time improbable that it had not developed an awareness that the “considerable information concerning the facts”, which was before it, was sufficient to disclose that Nicaragua did at least have an arguable case on the substance of its claim.

It is not proper mechanically to impute to the Court the positions taken or assumed by counsel, particularly where the Court has not spoken. On the other hand, it is equally not right to seek to appreciate the positions taken by the Court abstracted from their forensic context. As is well known, it is frequently the case that recourse to the arguments of counsel is necessary for an understanding of what in fact a court was doing.

I do not say that all of the cases — and they are not many — speak consistently for the interpretation proposed, or that each of them is equally illuminating; and it would certainly be wrong to overstate the possible supportive value of any of them for that interpretation. But, taking them cumulatively, the general pattern of advocacy employed by counsel, and also the reaction of the Court on some occasions, as in the *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran* case, would appear to be objectively consistent with Judge Anzilotti’s understanding of the law as expressed in his dissenting opinion in the case of the *Polish Agrarian Reform and German Minority*, when he said:

“If the *summaria cognitio*, which is characteristic of a procedure of this kind, enabled us to take into account the *possibility* of the right claimed by the German Government, and the *possibility* of the danger to which that right was exposed, I should find it difficult to imagine any request for the indication of interim measures more just, more opportune or more appropriate than the one which we are considering.” (*P.C.I.J., Series A/B, No. 58*, p. 175, at p. 181; emphasis as in the original.)

This dictum was referred to by counsel in two later cases (see *I.C.J. Pleadings, Anglo-Iranian Oil Co. (Interim Measures)*, at pp. 415-416, per Sir Frank Soskice, Q.C., and *I.C.J. Pleadings, Fisheries Jurisdiction*

« Considérant que la Cour dispose de nombreuses informations sur les faits de la présente espèce, y compris des déclarations officielles des autorités des Etats-Unis; que la Cour, dans le contexte de la présente procédure, doit, conformément à l'article 41 du Statut, examiner si les circonstances portées à son attention exigent l'indication de mesures conservatoires, mais n'est pas habilitée à conclure définitivement sur les faits, et que sa décision doit laisser intact le droit du défendeur de contester les faits allégués et de faire valoir ses moyens sur le fond » (*C.I.J. Recueil 1984*, p. 182, par. 31; voir aussi *ibid.*, p. 181-182, par. 29-30).

Evidemment la Cour ne pouvait pas « conclure définitivement sur les faits » à ce stade; cependant, il est improbable qu'elle n'ait pas pris conscience de ce que les « nombreuses informations sur les faits » dont elle était saisie suffisaient à révéler que le Nicaragua avait au moins une position défendable pour étayer le fond de sa demande.

On ne saurait imputer automatiquement à la Cour les positions prises ou adoptées par des conseils, surtout lorsque la Cour ne s'est pas prononcée. Mais on aurait également tort de vouloir comprendre les positions prises par la Cour en faisant abstraction du contexte de l'argumentation. Il est bien connu qu'il faut fréquemment se reporter aux arguments des conseils pour comprendre ce qu'a fait réellement un tribunal.

Je ne dis pas que toutes ces affaires — et elles ne sont pas nombreuses — vont systématiquement dans le sens de l'interprétation proposée, ni qu'elles sont toutes également parlantes; et l'on aurait certainement tort d'exagérer la valeur éventuelle de l'une quelconque d'entre elles à l'appui de cette interprétation. Mais si l'on considère l'effet cumulatif de ces affaires, le schéma général de l'argumentation des conseils, comme aussi la réaction de la Cour à certaines occasions, par exemple dans l'affaire du *Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran*, semble concorder objectivement avec l'interprétation du droit qu'énonçait M. Anzilotti dans son opinion dissidente en l'affaire de la *Réforme agraire polonaise et minorité allemande*, lorsqu'il déclarait :

« Si la *summaria cognitio*, qui est le propre de ce genre de procédure, permettait de retenir la *possibilité* du droit revendiqué par le Gouvernement allemand et la *possibilité* du danger auquel ce droit serait exposé, il me serait difficile d'imaginer une demande en indication de mesures conservatoires plus juste, plus opportune, plus appropriée que celle dont il s'agit. » (*C.P.J.I. série A/B n° 58*, p. 181, les mots sont en italiques dans l'original.)

Cette déclaration a été invoquée par des conseils dans deux affaires ultérieures (voir *C.I.J. Mémoires, Anglo-Iranian Oil Co.* (mesures conservatoires), p. 415-416, sir Frank Soskice, Q.C., et *C.I.J. Mémoires, Compé-*

(Interim Measures), Vol. I, at pp. 99-100, *per* Sir Peter Rawlinson, Q.C.). In the latter case, counsel remarked:

“Judge Anzilotti on a preliminary view in that case, and taking into account merely a possible danger to a possible right of the Applicant, was prepared to order the Respondent to suspend a major programme of agrarian reform taking place in its own territory.” (*Ibid.*, p. 100.)

Judge Anzilotti was indeed prepared to do so, but only, as counsel recognized, if he was satisfied of “the *possibility* of the right claimed by the German Government, and the *possibility* of the danger to which that right was exposed”. Save on the basis of this minimum assurance, he could scarcely have gone as far as to be prepared to “order the Respondent to suspend a major programme of agrarian reform taking place in its own territory”.

It is difficult to conceive how it could be otherwise in respect of the major programme of construction taking place in the territory of the Respondent in the present case. Could the Court really have stopped the construction of a multi-billion dollar project by the Respondent in its own territory without first satisfying itself that the requesting State could at least show a possibility of the existence of the right which it was seeking to have protected? It seems to me that only the clearest and most compelling legal authority could oblige the Court to accept that it could properly do so. No authority of that level of cogency is to my mind presented in such literature as there is on the subject. I certainly do not see how anything in the “circumstances” of the case could possibly have led the Court to act in that way. Urgency may justify summary application of, not dispensation with, what appears to me to be a requirement rooted in deep principle.

The fact that the Court has reserved to itself the right under Article 75 of the Rules of Court to exercise its power under the Statute to indicate interim measures *proprio motu* would not seem sufficient to suggest that the Court may exercise that power without first considering whether there is any possibility of the existence of the right sought to be protected.

I may add that, though I appreciate it, I am not persuaded by argument that a requirement for *prima facie* proof of the possible existence of the right sought to be protected would involve a duplication of the substantive hearing. This might be so if the requesting State was required to meet every issue capable of arising at the merits. However, as suggested above, that is not the position, it being sufficient if enough material is presented to disclose the possibility of the existence of the right claimed. In this case, for example, it is, in my opinion, sufficient that Denmark accepts that Finland has a right of passage through the Great Belt; that Denmark has been aware of the fact that since 1972 to the present Finland has from time to time passed through the Great Belt several drill ships and oil rigs in excess of a clearance height of 65 metres; and that, in full knowledge of this, Den-

*tence en matière de pêcheries* (mesures conservatoires), vol. I, p. 99-100, sir Peter Rawlinson, Q.C.). Dans la dernière affaire, le conseil observait :

« M. Anzilotti, à la suite d'un examen préliminaire de cette affaire, et tenant compte seulement de la possibilité d'un danger possible pour un droit possible du demandeur, était disposé à ordonner au défendeur de suspendre un vaste programme de réforme agraire entrepris sur son propre territoire. » (*Ibid.*, p. 100.)

M. Anzilotti y était effectivement disposé, mais seulement, comme le reconnaissait le conseil, s'il était convaincu de la « possibilité du droit revendiqué par le Gouvernement allemand et [de] la possibilité du danger auquel ce droit serait exposé ». Sans ce minimum d'assurance, il n'aurait guère pu aller jusqu'à être disposé à « ordonner au défendeur de suspendre un vaste programme de réforme agraire entrepris sur son propre territoire ».

On conçoit mal comment il pourrait en aller autrement s'agissant du vaste programme de construction entrepris sur le territoire du défendeur en l'espèce. La Cour aurait-elle vraiment pu arrêter la construction d'un projet de plusieurs milliards de dollars, entrepris par le défendeur sur son propre territoire, sans s'assurer d'abord que l'Etat requérant pouvait au moins démontrer la possibilité de l'existence du droit qu'il cherchait à faire protéger ? Il me semble que seule l'autorité juridique la plus claire et la plus convaincante pouvait obliger la Cour à admettre qu'elle pouvait le faire légitimement. Or, à mon avis, il n'existe dans la doctrine publiée à ce sujet aucune autorité ayant pareille force. Je ne vois certainement rien dans les « circonstances » de l'affaire qui aurait pu amener la Cour à agir de cette façon. Quant à l'urgence, elle peut justifier que l'on applique de façon sommaire ce qui me semble être une exigence ancrée dans un principe fondamental — mais non qu'on y passe outre.

Le fait que la Cour se soit réservé le droit, en vertu de l'article 75 de son Règlement, d'exercer le pouvoir que lui donne le Statut d'indiquer d'office des mesures conservatoires, ne semble pas suffisant pour laisser entendre que la Cour peut exercer ce pouvoir sans d'abord examiner s'il y a une quelconque possibilité que le droit que l'on cherche à protéger existe.

Je puis ajouter que tout en appréciant sa valeur, je ne suis pas convaincu par l'argument selon lequel demander une preuve *prima facie* de l'existence possible du droit que l'on cherche à protéger ferait double emploi avec l'examen du fond. Cela pourrait être le cas si l'Etat requérant était tenu de répondre à chaque question susceptible de se poser dans l'examen du fond. Or, nous l'avons vu, il n'en est pas ainsi, puisqu'il suffit de présenter assez d'éléments pour montrer la possibilité de l'existence du droit que l'on fait valoir. En l'espèce, par exemple, il suffit, à mon avis, que le Danemark admette que la Finlande a un droit de passage par le Grand-Belt; que le Danemark ait eu connaissance de ce que, de 1972 à ce jour, la Finlande a fait passer en tant que de besoin par le Grand-Belt plusieurs navires de forage et plates-formes pétrolières d'un tirant d'air dépassant



mark has never objected to their passage and still does not, as indeed it has affirmed at the hearing. The possibility, thus signified, of the existence of the right claimed may conceivably be negated by other circumstances; but these matters are for the merits.

Judge Anzilotti's formula, referred to above, appears to be potentially less productive of any risk of prejudice than the prima facie test, as commonly understood; and I prefer it. But I think that the fine distinctions known to municipal law in this field need not detain enquiry; and that accordingly, for purposes of international litigation, the substance is largely the same whether one speaks of a prima facie test, or of a test as to whether there is a serious issue to be tried<sup>1</sup>, or of a test as to whether there is possible danger to a possible right.

My conclusion is that a State requesting interim measures, such as Finland, is required to establish the possible existence of the rights sought to be protected in the sense in which Judge Anzilotti spoke of the Court, by a *summam cognitio*, taking "into account the possibility of the right claimed . . . and the possibility of the danger to which that right was exposed". In my opinion, the opposite cannot credibly be argued after the *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran* case. However, for the reasons given above, I think Finland has met that test. It is on other grounds that its request fails.

(Signed) Mohamed SHAHABUDDEN.

---

<sup>1</sup> In one national jurisdiction a revised test as to whether there is a serious issue to be tried has seemingly not wholly displaced the prima facie test, and doubt has been expressed as to whether it greatly affects the results reached by the latter (see *The Supreme Court Practice, 1991*, London, 1990, Vol. 1, Part 1, Order 29/1/2, p. 498; *American Cyanamid Co. v. Ethicon Ltd.* [1975] AC 396 HL; *Fellowes and Son v. Fisher* [1976] 1 QB 122 CA; *N.W.L. Ltd. v. Woods* [1979] 3 All ER 614 HL; *Duport Steels Ltd. v. Sirs* [1980] 1 All ER 529 HL; and *Cayne v. Global Natural Resources Ltd.* [1984] 1 All ER 225 CA).

65 mètres ; et que, en pleine connaissance de ce fait, le Danemark ne se soit jamais opposé à leur passage et ne s'y oppose toujours pas, comme d'ailleurs il l'a affirmé à l'audience. La possibilité, ainsi indiquée, de l'existence du droit revendiqué peut éventuellement être infirmée par d'autres circonstances ; mais cela relève du fond.

La formule de M. Anzilotti, évoquée ci-dessus, semble moins susceptible de créer un risque de préjuger du fond que la vérification *prima facie* telle qu'elle est couramment comprise ; et je la préfère. Je crois cependant qu'il n'est pas nécessaire de s'attarder aux distinctions subtiles que connaît le droit interne dans ce domaine ; et que par conséquent, pour les besoins des litiges internationaux, cela revient en substance au même de parler de vérifier le fondement *prima facie*, ou de vérifier si la question à juger est sérieuse<sup>1</sup> ou encore de vérifier s'il existe un danger possible pour un droit possible.

Ma conclusion est qu'un Etat qui demande des mesures conservatoires, comme la Finlande, est tenu d'établir l'existence possible des droits qu'il cherche à faire protéger au sens où M. Anzilotti disait que la Cour tenait compte, par *summaria cognitio*, de « la possibilité du droit revendiqué ... et [de] la possibilité du danger auquel ce droit serait exposé » ; à mon avis, on ne peut pas sérieusement arguer du contraire après l'affaire du *Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran*. Quoi qu'il en soit, pour les raisons indiquées ci-dessus, je crois que la Finlande a établi cette possibilité. C'est pour d'autres motifs que sa demande n'est pas acceptable.

(Signé) Mohamed SHAHABUDDEEN.

---

<sup>1</sup> Une juridiction nationale a adopté un moyen révisé pour déterminer si la question à juger est sérieuse ; ce moyen ne semble pas avoir entièrement remplacé la vérification *prima facie* et des doutes ont été exprimés sur le point de savoir si les résultats obtenus sont très différents (voir *The Supreme Court Practice, 1991*, Londres, 1990, vol. 1, première partie, ordonnance 29/1/2, p. 498 ; *American Cyanamid Co. v. Ethicon Ltd.* [1975] AC 396 HL ; *Fellowes and Son v. Fisher* [1976] 1 QB 122 CA ; *N.W.L. Ltd. v. Woods* [1979] 3 All ER 614 HL ; *Dupont Steels Ltd. v. Sirs* [1980] 1 All ER 529 HL ; et *Cayne v. Global Natural Resources Ltd.* [1984] 1 All ER 225 CA).