

SEPARATE OPINION OF JUDGE SHAHABUDDEEN

The growing recognition of the need to protect the natural environment is striking. Contemporary international law has been developing responsively. I understand New Zealand's concerns and agree with its case on several points. I agree that it was entitled to come to the Court, entitled to a hearing, entitled to a judge *ad hoc*, and that it was not shut out by the words in paragraph 63 of the 1974 Judgment, "in accordance with the provisions of the Statute". If I do not go the remainder of the way, the reason lies in what appears to me to be substantial legal obstacles, some of which I would like to explain.

I. THE QUESTION OF THE BASIS OF THE JUDGMENT

The central point in New Zealand's case is that the basis of the 1974 Judgment lay in an assumption by the Court that underground tests were safe, that more recent scientific evidence disproves that assumption, and that consequently the basis of the Judgment has been affected within the meaning of paragraph 63 of the Judgment.

A question could arise as to whether the true position was that the Court made an assumption that underground tests were safe, or whether it acted on an understanding that New Zealand was satisfied that such tests were safe, the Court itself being in no position to judge of a complex technical matter not put in issue and not examined. However, whether the distinction between these two possibilities can be made and, if so, with what significance are questions which need not be pursued for the reasons given in Sections II and III below.

II. WHETHER NEW ZEALAND'S REQUEST IS WITHIN THE LIMITS OF THE DISPUTE

Paragraph 64 of New Zealand's present Request states:

"The 1973 Application makes it clear that the dispute was in its origin about nuclear *contamination* of the environment arising from nuclear testing of whatever nature. The 'atmospheric' feature was merely incidental to the 'contamination' feature, which was of the essence."

OPINION INDIVIDUELLE DE M. SHAHABUDDEEN

[Traduction]

La reconnaissance de plus en plus large de la nécessité de protéger le milieu naturel est frappante, et le développement du droit international contemporain en tient compte. Je comprends les inquiétudes de la Nouvelle-Zélande et, à plusieurs égards, je partage son point de vue. Je souscris à l'idée qu'elle avait le droit de saisir la Cour, d'être entendue, de désigner un juge *ad hoc*, et je reconnais que l'expression «conformément aux dispositions du Statut» figurant au paragraphe 63 de l'arrêt de 1974 ne créait aucun empêchement à cet égard. Si je ne vais pas plus loin sur cette voie, c'est parce que je perçois plusieurs obstacles juridiques importants dont quelques-uns méritent à mon sens une explication.

I. LA QUESTION DU FONDEMENT DE L'ARRÊT

La clef de l'argumentation de la Nouvelle-Zélande est que le fondement de l'arrêt de 1974 résidait dans le postulat posé par la Cour que les essais nucléaires souterrains étaient inoffensifs, que des preuves scientifiques plus récentes contredisent ce postulat et que, dès lors, le fondement de l'arrêt a été remis en cause selon les prévisions du paragraphe 63 de celui-ci.

On pourrait se demander si en réalité la Cour a supposé que les essais souterrains étaient inoffensifs ou si elle a statué en supposant que la Nouvelle-Zélande était convaincue de l'innocuité de ce type d'essais, la Cour elle-même n'étant pas en mesure de trancher une question technique complexe dont elle n'avait pas été saisie et qu'elle n'avait pas examinée. Cependant, eu égard aux raisons exposées aux sections II et III ci-après, il n'y a pas lieu de s'attarder sur l'opportunité d'une distinction entre ces deux hypothèses, ni sur la portée, le cas échéant, de cette distinction.

II. LA DEMANDE DE LA NOUVELLE-ZÉLANDE S'INSCRIT-ELLE DANS LE CADRE DU DIFFÉREND?

Au paragraphe 64 de sa demande actuelle, la Nouvelle-Zélande affirme :

«il est précisé dans la requête de 1973 que le différend portait, originellement, sur la *contamination* radioactive de l'environnement causée par des essais nucléaires de quelque nature que ce soit. L'élément «atmosphère» n'était qu'accessoire par rapport à l'élément «contamination», qui était l'élément essentiel.»

New Zealand's position is that the 1974 Judgment incorrectly assumed that its 1973 Application was limited to the question of the legality of atmospheric testing.

I accept that New Zealand was opposed to nuclear contamination arising from nuclear testing of any kind. Evidence of this is to be seen at various places in the pleadings and other material placed before the Court in 1973-1974 (see *I.C.J. Pleadings, Nuclear Tests*, Vol. II, pp. 4, 18, 22 and 301). The question is how far was this general opposition to contamination from nuclear testing of any kind made the subject of the dispute presented in the particular case which New Zealand brought against France in 1973. The bringing of the case was no doubt motivated by New Zealand's general opposition to contamination from nuclear testing of any kind; however, the framework of the case would fall to be determined by more specific considerations governing the designing of any concrete piece of litigation.

In determining what the 1973 case was about, it is necessary to start with the concept of a legal dispute. As the Court remarked in its Judgment of 20 December 1974, "the existence of a dispute is the primary condition for the Court to exercise its judicial function" (*I.C.J. Reports 1974*, p. 476, para. 58).

The case for New Zealand is that its present Request does not introduce a new case, but rather represents a continuation of its 1973 case. It follows that the Request hinges on the dispute presented by the 1973 case and cannot expand it. So the question is, what was the dispute presented in that case?

After references in New Zealand's 1973 Application to discussions between the two sides, paragraph 8 of the Application stated:

"The French Government . . . made it plain that it did not accept the contention that its programme of atmospheric nuclear testing in the South Pacific involved a violation of international law. There is, accordingly, a dispute between the Government of New Zealand and the French Government as to the legality of atmospheric nuclear tests in the South Pacific region." (*I.C.J. Pleadings, Nuclear Tests*, Vol. II, p. 4.)

That passage fell under the heading "The Subject of the Dispute". Paragraph 10 of the Application, falling under the same heading, added:

"Having failed to resolve through diplomatic means the dispute that exists between it and the French Government, the New Zealand Government is compelled to refer the dispute to the International Court of Justice." (*Ibid.*)

Thus, the dispute which was referred by New Zealand to the Court in 1973 was one "as to the legality of atmospheric nuclear tests". It is not

La position de la Nouvelle-Zélande est que la Cour, dans son arrêt de 1974, a supposé à tort que sa requête de 1973 était limitée à la question de la licéité des essais atmosphériques.

La Nouvelle-Zélande était certes opposée à la contamination radioactive causée par des essais nucléaires de quelque type que ce soit. On en trouve la preuve en plusieurs endroits des pièces de procédure et dans d'autres documents produits devant la Cour en 1973 et en 1974 (voir *C.I.J. Mémoires, Essais nucléaires*, vol. II, p. 4, 18, 22 et 301). La question est de savoir dans quelle mesure cette opposition de nature générale à la contamination radioactive causée par des essais nucléaires de quelque type que ce soit constituait l'objet du différend dans l'instance particulière que la Nouvelle-Zélande a introduite contre la France en 1973. Il ne fait aucun doute que l'introduction de l'instance était motivée par l'opposition générale de la Nouvelle-Zélande à la contamination radioactive causée par toute forme d'essais nucléaires. Néanmoins, le cadre de l'affaire doit être déterminé par des considérations plus précises régissant la définition de tout litige concret.

Pour décider quel était l'objet de l'instance de 1973, il faut partir du concept de différend d'ordre juridique. Comme la Cour l'a fait observer dans son arrêt du 20 décembre 1974 «[l]'existence d'un différend est ... la condition première de l'exercice de sa fonction judiciaire» (*C.I.J. Recueil 1974*, p. 476, par. 58).

La thèse de la Nouvelle-Zélande est que sa demande actuelle n'introduit pas une nouvelle instance mais constitue au contraire la continuation de son instance de 1973. Il s'ensuit que la demande s'appuie sur le différend qui faisait l'objet de l'affaire de 1973 et qu'elle ne peut en élargir la portée. La question est dès lors de savoir quel était le différend soumis à la Cour dans cette affaire.

Dans sa requête de 1973, la Nouvelle-Zélande, après avoir fait état des discussions entre les deux parties, indiquait au paragraphe 8 :

«Le Gouvernement français a clairement indiqué ... qu'il n'acceptait pas la thèse selon laquelle son programme d'expériences nucléaires en atmosphère dans le Pacifique Sud constituait une violation du droit international. Il y a donc un différend entre le Gouvernement néo-zélandais et le Gouvernement français en ce qui concerne la légalité des essais nucléaires atmosphériques dans la région du Pacifique Sud.» (*C.I.J. Mémoires, Essais nucléaires*, vol. II, p. 4.)

Ce passage se trouve dans la partie de la requête intitulée «Objet du différend», tout comme le paragraphe 10 qui ajoute :

«N'ayant pu résoudre par la voie diplomatique le différend qui l'oppose au Gouvernement français, le Gouvernement néo-zélandais se trouve contraint de le porter devant la Cour internationale de Justice.» (*Ibid.*)

Par conséquent, le différend dont la Nouvelle-Zélande a saisi la Cour en 1973 portait sur «la légalité des essais nucléaires atmosphériques». Ce

that the Court assumed that this was the dispute, and even less that it assumed so erroneously: New Zealand said that that was the dispute; it did so in the operative part of its Application by which it formally defined its complaint and referred it to the Court.

The foregoing view of the dispute, as one which concerned the legality of atmospheric nuclear tests, was maintained in paragraph 188 of New Zealand's 1973 Memorial. Under the heading "Nature of the Claim Which Is the Subject of the Dispute and of the Legal Rights for Which New Zealand Seeks Protection", that paragraph read:

"The dispute between New Zealand and France is of a legal character. New Zealand claims that the atmospheric testing of nuclear weapons by France in the South Pacific is undertaken in violation of legal obligations owed by France to New Zealand. France has denied and continues to deny this claim." (*I.C.J. Pleadings, Nuclear Tests*, Vol. II, p. 203.)

Against this background it is not surprising that, at the beginning of the oral proceedings relating to jurisdiction and admissibility, President Lachs referred to the Application as having "instituted proceedings against France in respect of a dispute as to the legality of atmospheric nuclear tests in the South Pacific region" (*ibid.*, p. 250). The remark drew no objection from the Bar.

That view of the purpose of the proceedings was maintained by the Court after reviewing all of the material before it, including the arguments of New Zealand. Summing up its conclusion in paragraph 29 of the Judgment, the Court said, in a key passage recalled in today's Order:

"the New Zealand claim is to be interpreted as applying only to atmospheric tests, not to any other form of testing, and as applying only to atmospheric tests so conducted as to give rise to radio-active fall-out on New Zealand territory" (*I.C.J. Reports 1974*, p. 466; and see, *ibid.*, p. 458, para. 1, and p. 461, para. 16).

New Zealand has not sought to contest the submission of France that nothing in any of the dissenting opinions appended to the Judgment questioned that part of the Court's finding (*Aide-mémoire* of France, 6 September 1995, para. 15). The limits of the dispute, as both positively and negatively defined by the Court in that finding, still control the debate. The legality of underground tests lies outside of those limits.

III. WHETHER NEW ZEALAND'S REQUEST IS OTHERWISE AUTHORIZED BY PARAGRAPH 63 OF THE JUDGMENT

It is necessary to bear in mind the substantive nature of the reliefs being sought by New Zealand in respect of the underground tests now

n'est pas la Cour qui a présumé, à fortiori à tort, que tel était le différend : c'est la Nouvelle-Zélande qui l'a défini ainsi, dans la partie essentielle de sa requête où elle explicitait formellement sa demande et la soumettait à la Cour.

Cette manière d'envisager le différend comme portant sur la licéité des essais nucléaires atmosphériques a été reprise au paragraphe 188 du mémoire soumis par la Nouvelle-Zélande en 1973. Sous le titre « Nature de la demande qui fait l'objet du différend et des droits dont la Nouvelle-Zélande sollicite la protection », ce paragraphe était ainsi libellé :

« Le différend qui oppose la Nouvelle-Zélande à la France a un caractère juridique. La Nouvelle-Zélande prétend que les essais atmosphériques d'armes nucléaires effectués par la France dans le Pacifique Sud violent les obligations juridiques de la France envers la Nouvelle-Zélande. La France a nié et continue à nier cette assertion. » (*C.I.J. Mémoires, Essais nucléaires*, vol. II, p. 203.)

Dans ce contexte, il n'est pas surprenant qu'à l'ouverture des audiences sur la compétence et la recevabilité, M. Lachs, Président, ait dit que la requête avait « introduit une instance contre la France relativement à un différend sur la légalité des essais nucléaires atmosphériques dans la région du Pacifique Sud » (*ibid.*, p. 250). Cette remarque n'a soulevé aucune contestation de la part des conseils.

La Cour a maintenu cette conception du but de l'instance après avoir examiné la totalité des éléments dont elle avait été saisie, y compris l'argumentation de la Nouvelle-Zélande. En résumant sa conclusion au paragraphe 29 de l'arrêt, la Cour a dit, dans un passage essentiel qui est rappelé dans l'ordonnance rendue aujourd'hui :

« la demande de la Nouvelle-Zélande doit s'interpréter comme uniquement applicable aux essais atmosphériques, et non à des essais d'un autre type, et comme uniquement applicable à des essais en atmosphère réalisés de façon à provoquer des retombées radioactives sur le territoire néo-zélandais » (*C.I.J. Recueil 1974*, p. 466; voir aussi, *ibid.*, p. 458, par. 1, et p. 461, par. 16).

La Nouvelle-Zélande n'a pas tenté de réfuter l'affirmation de la France selon laquelle aucun des auteurs d'opinions dissidentes jointes à l'arrêt n'avait contesté cet élément de la conclusion de la Cour (aide-mémoire de la France, 6 septembre 1995, par. 15). Le cadre du différend, défini de manière à la fois positive et négative par la Cour dans cette conclusion, cerne toujours le débat. Or, la licéité des essais souterrains se trouve hors de ce cadre.

III. LE PARAGRAPHE 63 DE L'ARRÊT AUTORISE-T-IL D'UNE AUTRE MANIÈRE LA DEMANDE DE LA NOUVELLE-ZÉLANDE ?

Il faut garder à l'esprit le caractère substantiel des chefs de demande de la Nouvelle-Zélande en ce qui concerne les essais souterrains actuellement

being conducted by France. New Zealand is not simply asking the Court to reconsider the matters complained of in its 1973 Application in the light of the new situation; it is asking for substantive reliefs in respect of the new situation in like manner as it would if, instead of its request, it had brought a new case. Its request for an examination of the situation is asking for declarations as to the legality of the underground tests; its request for an indication of provisional measures is seeking measures restraining France from conducting the tests. The acts complained of are new acts. Was a request within the meaning of paragraph 63 of the 1974 Judgment intended to extend to such a case?

The reservation in paragraph 63 of the 1974 Judgment was not intended, in my opinion, to enable the Court to assume and exercise competence over fresh matters not covered by such jurisdictional bond, if any, as existed between the Parties when the Application was brought in 1973. Where the Court has jurisdiction at the time when an Application is brought, the *Nottebohm* principle entitles it to continue to exercise that jurisdiction in relation to the dispute presented in the Application notwithstanding that the jurisdiction was terminated during the course of the proceedings. The last sentence of paragraph 63 of the 1974 Judgment sought to treat a request made pursuant to that paragraph as falling within the operation of that principle, in the same way that the principle would have applied to the original case had it continued; the sentence could not be construed as an attempt by the Court, by force of its own decision, to vest itself with jurisdiction not otherwise available to it. I have not been able to find any principle of law which entitles the Court to exercise a terminated jurisdiction over fresh acts occurring after the termination, in this case some 21 years after the jurisdiction (if it existed) was terminated. A request which leads to that result is not, in my opinion, a request within the meaning of paragraph 63 of the Judgment.

CONCLUSION

As will appear from other opinions appended to the Order, the case raises important questions of principle concerning the role and functions of the Court.

In this respect, it is right to recall that the title of the Court is the "International Court of Justice". However, it is also useful to bear in mind that the "Justice" spoken of is not justice at large; as in the case of courts of justice generally, it is "the primary function of the Court to administer justice based on law" (*Aerial Incident of 27 July 1955 (Israel v. Bulgaria)*, *Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1959*, p. 191, joint dissenting opinion). That is made clear by Article 38, paragraph 1, of the Statute, which provides that the Court's "function is to decide in accordance with international law such disputes as are sub-

effectués par la France. La Nouvelle-Zélande ne demande pas simplement à la Cour de réexaminer, compte tenu de la situation nouvelle, les questions qui avaient fait l'objet de sa requête de 1973. Elle demande des décisions de fond à l'égard de la situation nouvelle, tout comme si, au lieu de sa demande, elle avait porté devant la Cour une affaire nouvelle. Sa demande d'examen de la situation vise à ce que la Cour se prononce sur la licéité des essais souterrains, et sa demande en indication de mesures conservatoires vise à obtenir des mesures empêchant la France de procéder aux essais. Les actes dont il est tiré grief sont des actes nouveaux. S'agit-il là d'un cas auquel une demande au sens du paragraphe 63 de l'arrêt de 1974 était censée s'étendre?

A mon avis, la réserve énoncée au paragraphe 63 de l'arrêt de 1974 ne visait pas à permettre à la Cour de s'attribuer et d'exercer une compétence à l'égard de questions nouvelles n'entrant pas dans le cadre de la relation juridictionnelle qui pouvait éventuellement exister entre les Parties lorsque la requête a été déposée en 1973. Si la Cour a compétence lors de l'introduction d'une instance, le principe affirmé à l'occasion de l'affaire *Nottebohm* lui permet de continuer à exercer cette compétence à l'égard du différend exposé dans la requête, même si la compétence est dénoncée en cours d'instance. La dernière phrase du paragraphe 63 de l'arrêt de 1974 signifiait qu'une demande présentée en vertu de ce paragraphe relèverait de l'application de ce principe, tout comme celui-ci se serait appliqué à l'affaire initiale si celle-ci s'était poursuivie. Cette phrase ne saurait être interprétée comme une tentative, de la part de la Cour, de s'arroger de son propre chef une compétence qui n'aurait pas autrement été la sienne. Je n'ai trouvé aucun principe de droit qui autorise la Cour à exercer une compétence qui a été dénoncée à l'égard de faits nouveaux survenus après la dénonciation, en l'occurrence quelque vingt et un ans après l'extinction de la compétence (à supposer qu'elle ait existé). Une demande qui tend à ce résultat n'est pas, à mon avis, une demande aux fins du paragraphe 63 de l'arrêt.

CONCLUSION

Ainsi qu'il appert d'autres opinions jointes à l'ordonnance, cette affaire soulève d'importantes questions de principe concernant le rôle et les fonctions de la Cour.

A cet égard, il convient de rappeler que la Cour est dénommée «Cour internationale de Justice», en gardant toutefois à l'esprit que le terme «justice» n'est pas entendu ici au sens large. Tout comme pour les tribunaux en général, «la fonction principale de la Cour [est] d'administrer la justice sur la base du droit» (*Incident aérien du 27 juillet 1955 (Israël c. Bulgarie), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1959*, p. 191, opinion dissidente collective). C'est ce qu'indique clairement le paragraphe 1 de l'article 38 du Statut qui énonce que la mission de la Cour «est de régler conformément au droit international les différends qui lui

mitted to it . . .”. It is for this reason that the Court is sometimes referred to in its own jurisprudence as “a court of law” (*North Sea Continental Shelf, Judgment, I.C.J. Reports 1969*, p. 165, Vice-President Koretsky, dissenting opinion; *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1971*, p. 23, para. 29; and *Fisheries Jurisdiction (Federal Republic of Germany v. Iceland), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1974*, p. 192, para. 45); and that, indeed, was how the Court described itself in its 1974 Judgment in this case (*Nuclear Tests (New Zealand v. France), I.C.J. Reports 1974*, p. 476, para. 58).

It does not follow from the fact that the Court may also be described as a court of law that it administers the law mechanically. Lacking the full measure of the judicial power available to some national courts, it has nevertheless found opportunity for enterprise and even occasional boldness. Especially where there is doubt, its forward course is helpfully illuminated by broad notions of justice. However, where the law is clear, the law prevails.

The law is clear that the Court cannot act unless there is a dispute before it, and then only within the limits of the dispute. The dispute which New Zealand referred to the Court in 1973 arose out of a claim by New Zealand which the Court found applied “only to atmospheric tests, not to any other form of testing” (emphasis added). The Court would have been acting *ultra petita* in 1974 had it sought to adjudicate on the legality of underground tests (supposing it had been asked to do so), these being another form of testing. It is in respect of the legality of underground tests that New Zealand’s present Request seeks relief. The matters sought to be so raised do not fall within the limits of the 1973 dispute by which the Court is still bound.

It is for these reasons that, although agreeing with New Zealand on some points, I have not found it possible to accept its main arguments.

(Signed) Mohamed SHAHABUDEEN.

sont soumis...» C'est pour cette raison que, dans sa propre jurisprudence, la Cour est parfois désignée comme un «tribunal judiciaire» qui «juge en droit» (*Plateau continental de la mer du Nord, arrêt, C.I.J. Recueil 1969*, p. 165, opinion dissidente de M. Koretsky, Vice-Président; *Conséquences juridiques pour les Etats de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1971*, p. 23, par. 29, et *Compétence en matière de pêcheries (République fédérale d'Allemagne c. Islande), fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1974*, p. 192, par. 45); c'est d'ailleurs ainsi que la Cour s'est décrite dans l'arrêt qu'elle a rendu en 1974 dans cette affaire (*Essais nucléaires (Nouvelle-Zélande c. France), C.I.J. Recueil 1974*, p. 476, par. 58).

Il ne faudrait pas pour autant en déduire que la Cour administre le droit de manière mécanique. Bien qu'elle ne jouisse pas de la plénitude des pouvoirs judiciaires dont disposent certains tribunaux nationaux, la Cour a néanmoins trouvé certaines occasions de faire preuve d'initiative, voire parfois de hardiesse. Notamment en cas de doute, sa ligne de conduite est utilement éclairée par des principes généraux de justice. Mais lorsque le droit est clair, c'est lui qui prévaut.

Or, il est clair en droit que la Cour ne peut agir que si elle est saisie d'un différend et qu'elle est alors tenue de rester dans le cadre de ce différend. Le différend dont la Cour a été saisie en 1973 procédait d'une demande de la Nouvelle-Zélande que la Cour a interprétée comme «uniquement applicable aux essais atmosphériques, *et non à des essais d'un autre type*» (les italiques sont de moi). En 1974, la Cour aurait agi *ultra petita* si elle avait tenté de se prononcer sur la licéité des essais souterrains (à supposer qu'elle en ait été priée), s'agissant là d'un autre type d'essais. La demande actuelle de la Nouvelle-Zélande vise à obtenir une décision quant à la licéité des essais souterrains. Les questions qu'elle cherche ainsi à soulever n'entrent pas dans le cadre du différend de 1973 que la Cour reste tenue de respecter.

C'est pour ces motifs que, bien qu'étant d'accord avec la Nouvelle-Zélande sur certains points, je n'ai pas jugé possible d'accueillir ses principaux moyens.

(Signé) Mohamed SHAHABUDEEN.