

## OPINION DISSIDENTE DE M. PETRÉN

Comme je ne saurais, à mon regret, me rallier à l'opinion de la majorité ni en ce qui concerne le renvoi à un stade ultérieur de la procédure des questions de la compétence de la Cour et de la recevabilité de la requête, ni en ce qui concerne l'indication de mesures conservatoires, je dois joindre à l'ordonnance une opinion dissidente.

A mon avis, le cadre commun dans lequel s'inscrivent les questions de la compétence de la Cour et de la recevabilité de la requête, ainsi que la question de l'indication de mesures conservatoires, se présente comme suit.

Avant d'entreprendre l'examen du fond d'une affaire, la Cour a, comme toute autre juridiction, le devoir de vérifier dans la mesure du possible sa propre compétence et la recevabilité de la requête. Que l'Etat contre lequel une requête est dirigée fasse défaut, n'y change rien. Au contraire, l'article 53 du Statut oblige la Cour à s'assurer de sa compétence et de la recevabilité de la requête sur la base des éléments à sa portée. Parmi ceux-ci se trouvent en la présente affaire les arguments avancés par la France dans la lettre remise par son ambassadeur et par l'Australie dans sa requête et dans ses plaidoiries des 21-25 mai 1973. La Cour a cependant le devoir de porter aussi son attention sur tous autres éléments qu'elle pourrait trouver pertinents. Que l'Australie ait demandé des mesures conservatoires ne dispense pas la Cour de l'obligation d'examiner d'abord les questions de sa compétence et de la recevabilité de la requête et est même de nature à la rendre plus urgente.

Pour que la Cour puisse se considérer comme compétente quant au fond de l'affaire, il faudrait, à mes yeux, qu'elle approuve au moins l'une des trois thèses suivantes tour à tour avancées par le Gouvernement australien :

- 1) la réserve faite par la France lors du renouvellement en 1966 de son acceptation de la juridiction de la Cour, réserve qui se réfère aux activités se rapportant à la défense nationale de la France, n'est pas valable;
- 2) les essais nucléaires envisagés dans la requête de l'Australie ne se rapportent pas à la défense nationale de la France;
- 3) l'Acte général de 1928 est resté en vigueur entre les Etats parties à cet acte en 1944, ce qui a pour conséquence que les réserves faites par de tels Etats en acceptant après 1945 la juridiction de la Cour inter-

## DISSENTING OPINION OF JUDGE PETRÉN

[*Translation*]

As, to my regret, I am unable to concur in the opinion of the majority either with regard to the deferment, to a later stage in the proceedings, of the questions of the Court's jurisdiction and the admissibility of the Application, or with regard to the indication of provisional measures, I have to append to the Order a dissenting opinion.

In my view, the questions of the Court's jurisdiction and of the admissibility of the Application, and also the question of the indication of provisional measures, fall into a common framework as follows:

Before undertaking the examination of the merits of the case, the *International Court of Justice*, like any other court, has the duty of making sure as far as possible that it possesses jurisdiction and that the application is admissible. The absence of the State against which application is made does not alter this requirement in any way. On the contrary, Article 53 of the Statute lays an obligation on the Court to satisfy itself as to its possession of jurisdiction and the admissibility of the application on the basis of the elements at its disposal. Among the latter in the present case are the arguments put forward by France in the letter handed in by its Ambassador, and by Australia in its Application and in its oral pleadings of 21-25 May 1973. It is, however, the Court's duty also to consider any other elements that it may find relevant. The fact that Australia has requested provisional measures does not dispense the Court from the obligation of beginning by an examination of the questions of its jurisdiction and of the admissibility of the Application; indeed, it makes that examination, if anything, more urgent.

For it to be possible for the Court to consider that it has jurisdiction on the merits of the case, it would, as I see it, be necessary for it to approve at least one of the three propositions put forward in turn by the Australian Government:

1. The reservation expressed by France when in 1966 it renewed its acceptance of the Court's jurisdiction, a reservation referring to activities connected with French national defence, is not valid;
2. The nuclear tests referred to in the Australian Application are not connected with French national defence;
3. The General Act of 1928 has remained in force as between States parties to that Act in 1944, the consequence of which is that reservations made by such States in accepting after 1945 the jurisdiction of the

nationale de Justice ne sont d'aucun effet dans leurs relations entre eux.

Les questions qui se posent ainsi à la Cour ne touchent pas au fond de l'affaire. Elles se situent dans un contexte général de droit international et, à mes yeux, la Cour n'aurait pas eu besoin de nouvelles explications du Gouvernement australien pour les résoudre et elle aurait pu et dû les trancher sur la base des éléments dont elle dispose.

A ce sujet, il y a lieu de signaler que la question de compétence met en cause la mesure dans laquelle l'Acte général de 1928 a pu survivre à la disparition de la Société des Nations et de ses organes ainsi que l'effet éventuel d'une telle survie sur les réserves faites par les Etats parties à l'Acte en acceptant la juridiction de la Cour actuelle. Or l'article 63 du Statut exigeait que ces Etats fussent avertis sans délai que pareilles questions étaient soumises à la Cour en la présente affaire. S'ils en avaient été avertis, ils auraient déjà eu l'occasion de manifester leur étonnement, leur satisfaction ou leur indifférence devant la thèse du Gouvernement australien évoquée sous 3 ci-dessus. Mais le fait que la notification requise n'ait pas encore été faite ne justifie pas que la Cour invite aujourd'hui le Gouvernement australien à présenter, à un stade ultérieur de la procédure, un nouvel exposé sur la question de compétence.

Je suis donc d'avis que la Cour n'aurait pas dû ouvrir à cette fin une nouvelle phase de l'affaire mais qu'elle aurait au contraire dû demander au Gouvernement australien d'achever son argumentation à cet égard au stade actuel de l'affaire.

Comme la Cour a maintenant différé sa décision sur la question de compétence, je ne saurais indiquer déjà ici comment j'apprécie les différents éléments se rapportant à son examen.

Néanmoins, la demande du Gouvernement australien en indication de mesures conservatoires m'oblige à examiner si les conditions pour que la Cour puisse indiquer de telles mesures sont remplies.

Parmi ces conditions, il en est qui se rapportent à la question de compétence. A ce sujet, le Gouvernement australien s'est référé, entre autres éléments, aux ordonnances rendues par la Cour le 17 août 1972 dans les deux affaires relatives à la *Compétence en matière de pêcheries*. Dans chacune de ces ordonnances, la Cour a considéré que, lorsqu'elle est saisie d'une demande en indication de mesures conservatoires, elle n'a pas besoin, avant d'indiquer ces mesures, de s'assurer de manière concluante de sa compétence quant au fond de l'affaire, mais qu'elle ne doit cependant pas appliquer l'article 41 de son Statut lorsque son incompetence est manifeste.

Le Gouvernement australien a voulu tirer de ce considérant la conclusion que c'est seulement quand l'incompétence de la Cour est manifeste qu'elle ne doit pas appliquer l'article 41 du Statut. Pareille interprétation ne saurait être acceptée. Le considérant fait simplement allusion à deux situations extrêmes: l'une dans laquelle la compétence de la Cour est

International Court of Justice are without effect in their relations among themselves.

The questions thus raised for the Court do not concern the merits of the case. They occur in a general framework of international law and, in my view, the Court would not have needed any further explanations from the Australian Government in order to resolve them, and it could and should have settled them on the basis of the elements at its disposal.

In this connection, it should be pointed out that the question of jurisdiction raises the issue of the extent to which the 1928 General Act can have survived the disappearance of the League of Nations and its organs, as also of the effect, if any, of such survival on the reservations made by States parties to that Act when accepting the jurisdiction of the present Court. Now Article 63 of the Statute required that these States should be notified without delay that such questions were submitted to the Court in the present case. If they had been so notified, they would already have had the opportunity of manifesting their astonishment, their satisfaction or their indifference in regard to the contention of the Australian Government mentioned under 3 above. But the fact that the required notification has not yet been made does not justify the Court in today inviting the Australian Government to present, at a later stage in the proceedings, further argument on the question of jurisdiction.

I am therefore of the opinion that the Court should not have opened a new phase of the case for that purpose but, on the contrary, should have requested the Australian Government to complete its argument on that issue in the present stage of the case.

As the Court has now deferred its decision on the question of jurisdiction, I am unable to indicate here and now my own assessment of the various factors entering into the consideration of that question.

Nevertheless, the Australian Government's request for the indication of provisional measures obliges me to examine whether the pre-conditions for the Court's ability to indicate such measures have been fulfilled.

Among those pre-conditions, certain relate to the question of jurisdiction. In that connection the Australian Government has referred *inter alia* to the Orders made by the Court on 17 August 1972 in the two *Fisheries Jurisdiction* cases. In both of these Orders the Court considered that on a request for provisional measures it need not, before indicating them, finally satisfy itself that it had jurisdiction on the merits of the case, but that it ought not to act under Article 41 of the Statute if the absence of jurisdiction was manifest.

The Australian Government sought to draw from this considerandum the conclusion that it is only when the absence of the Court's jurisdiction is manifest that it ought not to act under Article 41 of the Statute. It is not possible to accept such an interpretation. The paragraph in question simply alludes to two extreme situations: one in which the jurisdiction of

établie de manière concluante et l'autre dans laquelle son incompétence est manifeste. Il dit que l'existence de la première situation n'est pas une condition nécessaire pour que la Cour puisse indiquer des mesures conservatoires et que, dans la seconde situation, elle ne doit pas en indiquer, constatation qui va de soi et ne prête pas à conclusions plus vastes. Le considérant ne dit pas selon quels critères il faut, dans la zone s'étendant entre la compétence établie de manière concluante et l'incompétence manifeste, tracer la limite entre les situations qui permettent l'application de l'article 41 et celles qui ne le permettent pas. Ce n'est que dans un considérant ultérieur, également commun aux deux ordonnances précitées, que l'on trouve une réponse à cette question. La Cour y indique qu'elle considère qu'une disposition dans un instrument émanant des Parties se présente comme constituant *prima facie* une base sur laquelle la compétence de la Cour pourrait être fondée.

En la présente affaire il ressort du paragraphe 13 de l'ordonnance que la Cour s'est inspirée de ce précédent, car elle y exprime l'opinion qu'elle ne doit pas indiquer de mesures conservatoires si les dispositions invoquées par le demandeur ne se présentent pas comme constituant *prima facie* une base sur laquelle la compétence de la Cour pourrait être fondée. Je peux me rallier à cette formule qui, à mes yeux, signifie qu'il ne suffit pas, pour l'applicabilité de l'article 41 du Statut, qu'un simple commencement de preuve, envisagé isolément, indique la possibilité de la compétence de la Cour, mais qu'il faut une probabilité résultant d'un examen de l'ensemble des éléments dont dispose la Cour.

Force m'a donc été de procéder à un tel examen. Le résultat en a été que je ne trouve pas probable que les trois thèses du Gouvernement australien ou l'une quelconque d'entre elles puissent fournir une base sur laquelle fonder la compétence de la Cour. Pour la raison déjà indiquée, je me vois empêché de développer au présent stade de la procédure les appréciations m'ayant conduit à cette conclusion, qui m'interdit de voter en faveur de l'indication de mesures conservatoires.

A côté de la question de la compétence de la Cour se pose celle de la recevabilité de la requête de l'Australie. Sous ce terme j'entends l'examen de toutes questions qui se posent pour décider si la Cour a été valablement saisie de l'affaire. Dans cette optique il y a cependant avant tout lieu de se demander si, d'une manière générale, les essais atmosphériques d'armes nucléaires sont déjà régis par des normes de droit international, ou s'ils n'appartiennent pas à un domaine hautement politique où les normes concernant leur légalité ou illégalité internationale sont encore en gestation.

Certes l'existence des armes nucléaires et les essais servant à les perfectionner et à les multiplier occupent une place de premier plan parmi les hantises actuelles du genre humain. Conjurer leur spectre relève cependant en premier lieu des forces politiques. Il faut espérer que celles-ci réussiront un jour à établir un état de choses à la fois politique et juridique

the Court is finally established and another in which the absence of jurisdiction is manifest. It says that the existence of the first situation is not a necessary pre-condition for the indication of provisional measures and that, in the second situation, the Court should not indicate such measures, which is a self-evident observation that does not lend itself to broader conclusions. The paragraph does not say in accordance with what criteria, within the area lying between finally established jurisdiction and manifest absence of jurisdiction, the line must be drawn between the situations which permit the application of Article 41 and those which do not permit it. It is only in a later paragraph, which the two Orders also have in common, that a reply is found to that question. There the Court indicates that it considers that a provision in an instrument emanating from the Parties appears, *prima facie*, to afford a possible basis on which the jurisdiction of the Court might be founded.

In the present case, it appears from paragraph 13 of the Order that the Court has been guided by that precedent, for it there expresses the opinion that it ought not to indicate interim measures unless the provisions invoked by the Applicant appear, *prima facie*, to afford a basis on which the jurisdiction of the Court might be founded. I can agree to this formula, which in my view signifies that for Article 41 of the Statute to be applicable it is not sufficient for a mere adumbration of proof, considered in isolation, to indicate the possibility of the Court's possessing jurisdiction: that there must also be a probability transpiring from an examination of the whole of the elements at the Court's disposal.

I have therefore been impelled to carry out such an examination. In the event, however, I do not find it probable that the three propositions of the Australian Government, or any one of them, may afford a basis on which to found the jurisdiction of the Court. For the reason already mentioned, I find myself, at the present stage of the proceedings, prevented from setting forth the considerations which have led me to that conclusion and preclude me from voting for the indication of provisional measures.

Alongside the question of the Court's jurisdiction, there arises that of the admissibility of Australia's Application. As I understand that term, it includes the examination of every question that arises in connection with the ascertainment of whether the Court has been validly seised of the case. But what is first and foremost necessary from that point of view is to ask oneself whether atmospheric tests of nuclear weapons are, generally speaking, already governed by norms of international law, or whether they do not still belong to a highly political domain where the norms concerning their international legality or illegality are still at the gestation stage.

Certainly, the existence of nuclear weapons and the tests serving to perfect and multiply them, are among the foremost subjects of dread for mankind today. To exorcise their spectre is, however, primarily a matter for statesmen. One must hope that they will one day succeed in establishing a state of affairs, both political and legal, which will shield the whole

qui mettra l'humanité tout entière à l'abri de l'angoisse créée par les armements nucléaires. Entre-temps, se pose la question de savoir si le moment est déjà venu où une juridiction internationale est le destinataire approprié d'une requête telle que celle qui a été dirigée en la présente affaire contre l'une seulement des puissances nucléaires actuelles.

L'ordonnance renvoie la question de la recevabilité de la requête, comme celle de la compétence de la Cour, à un stade ultérieur de la procédure. Je ne saurais me rallier à cette décision, car je pense que la Cour aurait pu et dû régler pendant sa présente session l'ensemble des questions préliminaires et urgentes qui se posent en l'espèce et sur lesquelles il incombe à la Cour de prendre position *proprio motu*.

Pour ne pas anticiper sur mon vote éventuel dans la nouvelle phase de l'affaire, je crois devoir ne rien dire de plus sur la question de la recevabilité de la requête. Je ne trouve d'ailleurs pas nécessaire de répondre à la question de savoir s'il apparaît comme probable que la requête soit recevable, ce qui représente l'une des conditions pour que la Cour puisse franchir le seuil de l'article 41 de son Statut et indiquer des mesures conservatoires. Ayant déjà trouvé l'article 41 inapplicable dans le cas d'espèce, à cause de l'improbabilité de ce que la France puisse, malgré la réserve qu'elle a faite à son acceptation de la juridiction de la Cour, être tenue pour justiciable en cette affaire, je n'ai pas besoin de me prononcer sur d'autres aspects de la question de l'applicabilité de l'article 41.

(Signé) S. PETRÉN.

of mankind from the anxiety created by nuclear arms. Meanwhile there is the question whether the moment has already come when an international tribunal is the appropriate recipient of an application like that directed in the present case against but one of the present nuclear Powers.

The Order defers the question of the admissibility of the Application, like that of the Court's jurisdiction, to a later stage in the proceedings. I am unable to concur in this decision, because I consider that the Court could and should have settled in its present session the whole of the preliminary and urgent questions which arise in the case and concerning which it is incumbent upon the Court to take up a position *proprio motu*.

To avoid anticipating such vote as I may cast in the new phase of the proceedings, I must, I feel, refrain from saying anything more on the question of the admissibility of the Application. I do not, moreover, find it necessary to answer the question whether it appears probable that the Application is admissible, which constitutes one of the conditions enabling the Court to cross the threshold of Article 41 of its Statute and indicate provisional measures. Having already found Article 41 inapplicable in this instance owing to the improbability that France, despite the reservation it has attached to its acceptance of the Court's jurisdiction, could be held subject thereto in the present case, I have no need to pronounce upon any other aspects of the question of the applicability of Article 41.

(Signed) S. PETRÉN.

---