

SEPARATE OPINION OF JUDGE SHAHABUDDEN

A major point on which the Court has divided is whether Australia may be sued in the absence of New Zealand and the United Kingdom. I propose to give my reasons for agreeing with the decision of the Court on the point. Before proceeding, there is, however, an introductory matter to which I must refer. It concerns the principle of equality of States before the Court. It arises in the following way.

Nauru is one of the smallest States in the world; Australia is one of the larger. In his opening remarks, the Solicitor-General for the Commonwealth observed:

“There is no need for emotive arguments. It is not a case of David and Goliath, or of a tiny island and a large metropolitan power . . . Before this Court, of course, the equality of the Parties will be preserved. Rich or poor, large or small, the Court will ensure that their legal rights have equal protection.” (CR 91/15, p. 42, Solicitor-General Gavan Griffith, Q.C.)

Counsel for Nauru in his turn referred to the contrasting sizes of the Parties and said:

“Being a small democratic State, Nauru has firm faith in the rule of law in the affairs of nations. It has firm faith in this Court as the dispenser of international justice.” (CR 91/18, p. 31, Professor Mani.)

It seems to me that, whatever the debates relating to its precise content in other respects, the concept of equality of States has always applied as a fundamental principle to the position of States as parties to a case before the Court (*Consistency of Certain Danzig Legislative Decrees with the Constitution of the Free City, P.C.I.J., Series A/B, No. 65*, p. 66, Judge Anzilotti). In the words of President Basdevant, “Before this Court, there are no great or small States . . .” (*I.C.J. Yearbook 1950-1951*, p. 17). States of all kinds and sizes may bring their cases before the Court on a basis of perfect equality. Big States have a right to value this aspect as much as small. In the *Mavrommatis Concessions* case, Greece sued the United Kingdom before the Permanent Court of International Justice. At one stage in a lively debate, counsel for the United Kingdom found himself remarking that “even the great Powers are entitled to justice at the hands of this Tribunal” (*P.C.I.J., Series C, No. 5-I*, p. 64). So indeed they are; so are all States. The matter has never been in doubt.

OPINION INDIVIDUELLE DE M. SHAHABUDEEN

[Traduction]

La Cour s'est divisée sur le point essentiel de savoir si l'Australie peut être assignée en l'absence de la Nouvelle-Zélande et du Royaume-Uni. Je me propose de donner les raisons pour lesquelles j'approuve la décision de la Cour sur ce point. Mais il faut d'abord que j'évoque une question liminaire. Cette question concerne le principe de l'égalité des Etats devant la Cour. Elle se pose de la manière suivante.

Nauru est l'un des plus petits Etats du monde; l'Australie est l'un des plus grands. Dans ses remarques liminaires, le *Solicitor-General* du Commonwealth a dit :

« Il n'y a pas lieu de faire intervenir là les sentiments. Ce n'est pas David contre Goliath, ni une petite île contre une grande puissance métropolitaine... Devant la Cour, bien entendu, l'égalité des Parties sera préservée. Qu'elles soient riches ou pauvres, grandes ou petites, la Cour veillera à ce que leurs droits juridiques soient également protégés. » (CR 91/15, p. 42, le *Solicitor-General* Gavan Griffith, Q.C.)

De son côté, le conseil de Nauru, ayant relevé le contraste entre l'importance des Parties, a déclaré :

« Etant un petit Etat démocratique, Nauru a une foi profonde dans le règne du droit dans les affaires des nations, elle a une foi profonde en la Cour en tant que dispensatrice de la justice internationale. » (CR 91/18, p. 31, M. Mani.)

Quels que soient les débats concernant sa teneur précise à d'autres égards, il me semble que la notion d'égalité des Etats a toujours été appliquée comme un principe fondamental à la situation des Etats en tant que parties dans une affaire soumise à la Cour (*Compatibilité de certains décrets-lois dantzikois avec la constitution de la Ville libre*, C.P.J.I. série A/B n° 65, p. 66, M. Anzilotti). Pour reprendre les termes du Président Basdevant : « Devant la Cour, il n'y a ni grands ni petits Etats... » (*C.I.J. Annuaire 1950-1951*, p. 11.) Les Etats de toutes espèces et de toutes tailles peuvent saisir la Cour de leurs affaires sur une base de parfaite égalité. Les grands Etats sont en droit d'apprécier cette possibilité tout autant que les petits. Dans l'affaire des *Concessions Mavrommatis*, la Grèce a intenté devant la Cour permanente de Justice internationale une action contre le Royaume-Uni. Lors d'un débat animé, le conseil du Royaume-Uni en est venu à déclarer que « même les grandes puissances ont droit à la justice devant ce tribunal » (*C.P.J.I. série C n° 5-I*, p. 64). Tel est effectivement leur droit; tel est le droit de tous les Etats. Il n'y a jamais eu de doute à ce sujet.

To return to the question under examination, as to whether Australia may be sued alone, I consider that an affirmative answer is required for three reasons. First, the obligations of the three Governments under the Trusteeship Agreement were joint and several. Second, assuming that the obligations were joint, this did not by itself prevent Australia from being sued alone. Third, a possible judgment against Australia will not amount to a judicial determination of the responsibility of New Zealand and the United Kingdom. These propositions are developed below. I begin, however, with the initial question, over which the Parties also joined issue, as to whether the objection should be declared to be one which does not possess an exclusively preliminary character. Similar questions arose in relation to other Australian objections, but it is not proposed to deal with those. I would add, by way of general caveat, that any reference in this opinion to the obligation, or liability, or responsibility of Australia should be understood as resting on an assumption made for the purposes of argument. Whether or not Australia had any obligation, or liability, or responsibility is a matter for the merits.

PART I. WHETHER THE OBJECTION DOES NOT POSSESS AN EXCLUSIVELY PRELIMINARY CHARACTER

As is shown by the *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* case, where the Court declares that an objection does not possess, in the circumstances of the case, an exclusively preliminary character, the objection is not finally disposed of; the Court, at the merits stage, will return to the point and deal with it (see *I.C.J. Reports 1984*, pp. 425-426, and *I.C.J. Reports 1986*, pp. 29-31). That being so, a question would seem to arise as to how far Article 79, paragraph 7, of the existing Rules of Court is, in its practical operation, different from the earlier provisions of Article 62, paragraph 5, of the Rules of Court 1946 relating to joinder to the merits (see S. Rosenne, *Procedure in the International Court, A Commentary on the 1978 Rules of the International Court of Justice*, 1983, pp. 164-166; and Georg Schwarzenberger, *International Law as Applied by International Courts and Tribunals*, 1986, Vol. IV, p. 617). Because of the textual changes made in the Rules in 1972, the Court no longer says in terms that it is joining a preliminary point to the merits; but, the Court's functions not being activated by the use of formulae, the fact that the Court no longer says so does not by itself affect the substance of what it does.

Nor would it be right to suppose that prior to 1972 the Court considered that it had an unfettered discretion to order a preliminary objection to be joined to the merits. The use of the disjunctive "or" in the first sentence of Article 62, paragraph 5, of the Rules of Court 1946 conveyed no such

Pour revenir à la question à l'examen, celle de savoir si l'Australie peut être assignée seule, j'estime qu'il y a lieu de répondre affirmativement et cela pour trois raisons. Premièrement, les obligations des trois gouvernements en vertu de l'accord de tutelle étaient solidaires. Deuxièmement, à supposer que les obligations aient été conjointes, cela n'empêchait pas en soi d'engager des poursuites contre l'Australie seule. Troisièmement, un arrêt éventuellement rendu contre l'Australie n'équivaudra pas à une détermination judiciaire de la responsabilité de la Nouvelle-Zélande et du Royaume-Uni. Ces propositions seront développées plus loin. Je commence toutefois par la question initiale, controversée elle aussi entre les Parties, qui est celle de savoir si l'exception doit être déclarée ne pas posséder de caractère exclusivement préliminaire. Des questions similaires se sont posées en liaison avec d'autres exceptions de l'Australie, mais je n'ai pas l'intention d'en traiter. J'ajouterai, à titre de mise en garde de caractère général, que toute mention, dans cette opinion, de l'obligation, ou de l'engagement, ou de la responsabilité de l'Australie doit être comprise comme fondée sur une hypothèse présentée pour les besoins de la discussion. La question de savoir si l'Australie a ou non une obligation, ou un engagement, ou une responsabilité, est une question de fond.

PREMIÈRE PARTIE. LA QUESTION DE SAVOIR SI L'EXCEPTION NE POSSÈDE PAS UN CARACTÈRE EXCLUSIVEMENT PRÉLIMINAIRE

Comme le montre l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, le fait que la Cour déclare qu'une exception ne possède pas, dans les circonstances de l'espèce, un caractère exclusivement préliminaire n'écarte pas définitivement cette exception; au stade du fond, la Cour reviendra à la question et la règlera (voir *C.I.J. Recueil 1984*, p. 425-426, et *C.I.J. Recueil 1986*, p. 29-31). Dans ces conditions, il semble qu'il y ait lieu de se demander dans quelle mesure le paragraphe 7 de l'article 79 du Règlement actuel de la Cour diffère, dans son application pratique, des dispositions antérieures du paragraphe 5 de l'article 62 du Règlement de la Cour de 1946, qui a trait à la possibilité de joindre l'exception au fond (voir S. Rosenne, *Procedure in the International Court, A Commentary on the 1978 Rules of the International Court of Justice*, 1983, p. 164-166, et Georg Schwarzenberger, *International Law as Applied by International Courts and Tribunals*, 1986, vol. IV, p. 617). En raison des modifications apportées au texte du Règlement en 1972, la Cour ne peut plus dire expressément qu'elle joint au fond une question préliminaire; toutefois, l'exercice des fonctions de la Cour ne résultant pas de l'utilisation de formules, le fait qu'elle ne s'exprime plus dans ces termes n'a pas par lui-même pour effet de modifier substantiellement ce qu'elle fait.

Il ne serait pas juste non plus de supposer qu'avant 1972 la Cour estimait qu'elle disposait d'un pouvoir discrétionnaire et illimité pour ordonner de joindre au fond une exception préliminaire. L'emploi de la particule disjonctive «ou» dans la première phrase du paragraphe 5 de

notion. Speaking of its power to make such an order, in 1964 the Court expressly stated that it would

“not do so *except for good cause*, seeing that the object of a preliminary objection is to avoid not merely a decision on, but even any discussion of the merits” (*Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Preliminary Objections, I.C.J. Reports 1964*, p. 44; emphasis added).

That view reached back a long way (*Panevezys-Saldutiskis Railway, P.C.I.J., Series A/B, No. 76*, p. 24, Judges De Visscher and Rostworowski). The actual results may have been debatable in some cases, but I hesitate to imagine that the Court did not recognize that, in principle, wherever reasonably possible a preliminary objection should be determined at the preliminary stage. In the *Barcelona Traction* case, after reviewing the previous jurisprudence on the subject, the Court indicated the circumstances in which it would order a joinder. It said it would do so where

“the objection is so related to the merits, or to questions of fact or law touching the merits, that it cannot be considered separately without going into the merits (which the Court cannot do while proceedings on the merits stand suspended under Article 62), or without prejudging the merits before these have been fully argued” (*Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Preliminary Objections, I.C.J. Reports 1964*, p. 43).

What, however, is scarcely open to dispute is that the new Rules were intended to stress the need to decide a preliminary objection at the preliminary stage wherever reasonably possible, the well-known object being to avoid a repetition of the kind of situation which ultimately arose in the *Barcelona Traction* case and the criticisms attendant thereon (*Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Second Phase, I.C.J. Reports 1970*, p. 3). Fresh urgency has been imparted to the operation of the old criteria, particularly in respect of the Court's earlier thinking that a joinder should not be ordered “except for good cause” (“pour des motifs sérieux”). To the limited extent necessary to enable the Court to determine the objection, the merits may be explored, provided, always, that the issue raised is not so inextricably linked to the merits as to be incapable of determination without determining or prejudging the merits or some part thereof.

These considerations no doubt account for the caution observed by the Court in declaring an objection to be not exclusively preliminary in character. Since the introduction of the new provisions in 1972, the Court has made such a declaration in one case only, namely, the *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* case. There, certain objections, although not presented by the respondent as preliminary objections, were

l'article 62 du Règlement de la Cour de 1946 ne va pas dans ce sens. En 1964, la Cour, à propos de son pouvoir d'ordonner de joindre l'exception au fond, a expressément indiqué qu'elle

« ne le fera que *pour des motifs sérieux*, considérant que l'objet d'une exception préliminaire est d'éviter non seulement une décision mais aussi toute discussion du fond » (*Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, exceptions préliminaires, C.I.J. Recueil 1964*, p. 44; les italiques sont de moi).

Ce point de vue n'était pas nouveau (*Chemin de fer Panevezys-Saldutiskis, C.P.J.I. série A/B n° 76*, p. 24, MM. De Visscher et Rostworowski). Les résultats effectifs peuvent avoir été discutables dans certains cas, mais j'hésite à croire que la Cour n'ait pas reconnu qu'en principe, chaque fois que cela est raisonnablement possible, une exception préliminaire doit être tranchée au stade préliminaire. Dans l'affaire de la *Barcelona Traction*, après avoir passé en revue la jurisprudence en la matière, la Cour a indiqué les circonstances dans lesquelles elle ordonnerait la jonction. Elle a déclaré qu'elle le ferait là où

« l'exception est tellement liée au fond ou à des points de fait ou de droit touchant au fond qu'on ne saurait l'examiner séparément sans aborder le fond, ce que la Cour ne saurait faire tant que la procédure sur le fond est suspendue aux termes de l'article 62, ou sans préjuger le fond avant que celui-ci ait fait l'objet d'une discussion exhaustive » (*Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, exceptions préliminaires, C.I.J. Recueil 1964*, p. 43).

Ce qui n'est guère discutabile toutefois, c'est que le nouveau Règlement devait souligner la nécessité de régler une exception préliminaire au stade préliminaire chaque fois que cela était raisonnablement possible, le but bien connu étant d'éviter que se répètent le type de situation qui s'est présenté à la fin dans l'affaire de la *Barcelona Traction* et les critiques qui en résultent (*Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, deuxième phase, C.I.J. Recueil 1970*, p. 3). Une urgence nouvelle a été conférée à l'application des critères anciens, notamment en ce qui concerne la conception antérieure de la Cour selon laquelle la jonction ne devait pas être ordonnée, sauf « pour des motifs sérieux » (« except for good cause »). Le fond peut être examiné, dans la mesure limitée où cela est nécessaire pour permettre à la Cour de se prononcer sur l'exception, à condition, toujours, que le problème soulevé ne soit pas lié au fond de manière si inextricable qu'il soit impossible de se prononcer sans statuer sur le fond ou une partie du fond ou d'en préjuger.

Ces considérations expliquent sans doute la prudence dont la Cour a fait preuve en déclarant qu'une exception n'était pas exclusivement préliminaire par nature. Depuis l'introduction des nouvelles dispositions en 1972, la Cour n'a fait cette déclaration que dans une seule affaire, à savoir celle des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*. Dans cette affaire, certaines exceptions, bien que le défendeur ne les ait

considered in the light of the procedural provisions relating to preliminary objections (*I.C.J. Reports 1984*, p. 425, para. 76). The Court declared one of the objections to be not exclusively preliminary in character (*ibid.*). At the merits stage this objection, which related to jurisdiction, was upheld (*I.C.J. Reports 1986*, p. 38, para. 56). Had it not been for the fact that other grounds of jurisdiction existed, the result would have been a replay of the *Barcelona Traction* situation. Possibly, any criticisms could have been met in the circumstances of the case. In the case at bar, I am not confident that this would be so if the particular objection under consideration were declared to be not exclusively preliminary in character but ultimately came to be upheld at the merits stage. In that event (unlike the position in the *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* case), the consequence would be the immediate and total collapse of Nauru's case. Unless it could be convincingly shown that the point could not have been determined at the preliminary stage, it would be difficult to parry criticisms about waste of time, expense and effort, not to mention evasion of the Court's responsibilities.

Nauru's position was that Australia's objection did not have an exclusively preliminary character and could not be determined now, but that, if it had that character, it should be rejected. Australia countered that the objection did have an exclusively preliminary character and should be upheld. By implication, the Court has agreed with Australia's contention that the objection did have an exclusively preliminary character. In my view, the Court was right.

What is Nauru's case? Though variously stated, it comes to this: Nauru is saying that Australia was administering Nauru pursuant to the Trusteeship Agreement; that this Agreement (read with the Charter and in the light of general international law) required Australia to use the governmental powers exercised by it under the Agreement to ensure the rehabilitation of worked-out phosphate lands; but that, in administering the Territory, Australia breached this obligation.

Australia's objection is this: the obligation to ensure rehabilitation (if it existed) was, by virtue of the terms of the Trusteeship Agreement, a joint obligation of Australia, New Zealand and the United Kingdom, with the result that Australia alone could not be sued because

- (i) a party to a joint obligation cannot be sued alone;
- (ii) a judgment against Australia in respect of the joint obligation would amount to an impermissible determination of the responsibility of New Zealand and the United Kingdom (both non-parties) in relation to the same obligation (see Judgment, para. 48).

It will be argued below that the existence of the particular obligation to ensure rehabilitation has at this stage to be assumed. Clearly also no ques-

pas présentées comme des exceptions préliminaires, ont été examinées à la lumière des règles de procédure relatives aux exceptions préliminaires (*C.I.J. Recueil 1984*, p. 425, par. 76). La Cour a déclaré que l'une des exceptions n'était pas de caractère exclusivement préliminaire (*ibid.*). Au stade du fond, cette exception, qui avait trait à la compétence, a été retenue (*C.I.J. Recueil 1986*, p. 38, par. 56). N'était le fait qu'il existait d'autres motifs de compétence, il en serait résulté une répétition de la situation dans l'affaire de la *Barcelona Traction*. Dans les circonstances de l'espèce, on aurait peut-être pu répondre aux critiques. Dans l'affaire qui nous occupe, je ne suis pas certain qu'il en serait ainsi dans le cas où l'exception particulière en question aurait été déclarée de nature non exclusivement préliminaire, mais serait finalement retenue au stade du fond. Dans ce cas (au contraire de la situation dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*), la cause de Nauru serait immédiatement réduite à néant. A moins que l'on ne puisse montrer de façon convaincante que la question ne pouvait pas avoir été réglée au stade préliminaire, il sera difficile d'éviter les critiques au sujet du gaspillage de temps, de dépenses et d'efforts, pour ne rien dire du manquement aux responsabilités incombant à la Cour.

Selon le point de vue de Nauru, l'exception avancée par l'Australie n'a pas de caractère exclusivement préliminaire et ne peut être prise en compte maintenant et si elle avait ce caractère, elle devrait être rejetée. L'Australie réplique que l'exception possède un caractère exclusivement préliminaire et doit être retenue. La Cour a implicitement admis la validité de l'affirmation de l'Australie selon laquelle l'exception a un caractère exclusivement préliminaire. A mon avis, la Cour avait raison.

Quels sont les arguments de Nauru? Ils ont été énoncés de diverses manières, mais reviennent à ceci : Nauru déclare que l'Australie administrait Nauru conformément à l'accord de tutelle, que cet accord (interprété à la lumière de la Charte et du droit international général) impose à l'Australie l'obligation de faire usage des pouvoirs d'administration exercés par elle en vertu de l'accord pour assurer la remise en état des terres à phosphates épuisées, mais que l'Australie a failli à cette obligation dans l'administration du Territoire.

L'exception avancée par l'Australie est la suivante : l'obligation d'assurer la remise en état (si elle existait) était, en vertu des termes de l'accord de tutelle, une obligation conjointe de l'Australie, de la Nouvelle-Zélande et du Royaume-Uni, avec ce résultat que l'Australie ne pouvait pas être assignée seule parce que :

- i) une partie à une obligation conjointe ne peut être assignée seule ;
- ii) un arrêt prononcé contre l'Australie au sujet de l'obligation conjointe équivaldrait à une détermination inadmissible de la responsabilité de la Nouvelle-Zélande et du Royaume-Uni (qui ne sont parties ni l'une ni l'autre) en liaison avec la même obligation (voir arrêt, par. 48).

Il sera soutenu plus loin que l'existence de l'obligation particulière d'assurer la remise en état doit être admise à ce stade. Il est clair aussi

tion arises at this point as to whether there was in fact a breach of the obligation. The remaining questions are questions of law which can be answered now. They are clearly of a preliminary character.

With respect to the question whether the particular obligation under the Trusteeship Agreement was joint, it seems to me that it is open to the Court to take the position, as I think it in effect has, that whatever the precise juridical basis of the obligations of the three Governments under the Trusteeship Agreement, Nauru is not precluded from suing Australia alone. On this approach, the Court is not called upon to say, and has not said, whether or not the particular obligation was joint, as asserted by Australia (see Judgment, para. 48).

However, if the Court were called upon to determine whether the obligation was joint, this determination could be made by considering the terms of the Trusteeship Agreement and those terms alone. Previous or subsequent facts could not make the obligation joint if it was not joint under the Trusteeship Agreement. Correspondingly, if the obligation was joint under the Trusteeship Agreement, previous or subsequent facts could not make it other than joint.

I do not intend to suggest that none of the facts may be considered. The facts are useful, but their utility lies in the assistance they provide in understanding how the Trusteeship Agreement came to be constructed in the way it was and how it worked in practice. In this respect, an abundance of facts has been presented by both sides, and I shall be referring to some of these. But the facts do not themselves constitute the foundation of the particular issues of law now calling for decision. The situation is materially different from one in which the question whether a case against a State is maintainable in the absence of other States may conceivably depend directly on facts which could only be explored and ascertained at the merits (cf. arguments in *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua, Jurisdiction and Admissibility*, Memorial of Nicaragua, p. 141, Section "C"; CR 84/19, p. 47, Mr. J. N. Moore; and L. F. Damrosch, "Multilateral Disputes", in L. F. Damrosch (ed.), *The International Court of Justice at a Crossroads*, 1987, pp. 391-393).

I must now explain why I consider that it has to be assumed at this stage that Australia had an obligation to ensure rehabilitation under the Trusteeship Agreement, as alleged by Nauru. The reason is that the question whether the obligation existed is part of the merits and, these being preliminary proceedings, the elements of the merits have to be assumed (see *Nottebohm, I.C.J. Reports 1955*, p. 34, Judge Read, dissenting); they cannot be determined now.

In some national systems, a wide range of points of law relating to the merits may be set down for argument in advance of the normal hearing on the merits, provided that all the relevant material is before the Court. The governing criterion is that the point (which might for convenience be

qu'aucune question ne se pose à ce stade sur le point de savoir s'il y avait effectivement manquement à l'obligation. Les questions restantes sont des questions de droit auxquelles il peut être répondu maintenant.

En ce qui concerne la question de savoir si l'obligation particulière aux termes de l'accord de tutelle était conjointe, il me semble qu'il est loisible à la Cour d'estimer, comme je pense qu'elle l'a fait, que rien n'empêche Nauru d'engager des poursuites contre la seule Australie, quelle que soit la base juridique précise des obligations des trois Etats aux termes de l'accord de tutelle. Avec cette approche, la Cour n'est pas tenue de dire, et elle n'a pas dit, si l'obligation particulière est conjointe, comme l'affirme l'Australie, ou ne l'est pas (voir arrêt, par. 48).

Toutefois, si la Cour avait à se prononcer sur le point de savoir si l'obligation était conjointe, elle pourrait le faire en prenant en considération les termes de l'accord de tutelle et eux seuls. Des faits antérieurs ou ultérieurs ne peuvent conférer de caractère conjoint à l'obligation si elle n'est pas conjointe aux termes de l'accord de tutelle. D'une manière correspondante, si l'obligation était conjointe aux termes de l'accord de tutelle, des faits antérieurs ou postérieurs ne pouvaient modifier son caractère d'obligation conjointe.

Il n'est pas dans mes intentions de soutenir qu'aucun des faits ne peut être pris en considération. Les faits sont utiles, mais leur utilité réside dans l'aide qu'ils apportent à la compréhension de la manière dont l'accord de tutelle en est venu à être interprété comme il l'a été et de la manière dont il s'appliquait dans la pratique. A cet égard, quantité de faits ont été présentés par les deux Parties, et je reviendrai sur certains d'entre eux. Mais les faits ne constituent pas par eux-mêmes le fondement des questions de droit au sujet desquelles une décision doit intervenir maintenant. La situation est essentiellement différente de celle dans laquelle la question de savoir si une instance introduite contre un Etat est recevable en l'absence d'autres Etats peut dépendre directement de faits qui ne peuvent être examinés et déterminés qu'à propos du fond (voir écritures et plaidoiries, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci, compétence et recevabilité*, mémoire du Nicaragua, p. 141, section « C »; CR 84/19, p. 47, M. J. N. Moore; et L. F. Damrosch, « Multilateral Disputes », dans L. F. Damrosch (dir. publ.), *The International Court of Justice at a Crossroads*, 1987, p. 391-393).

Je dois expliquer maintenant pourquoi j'estime qu'à ce stade il y a lieu d'admettre que l'Australie avait l'obligation d'assurer la remise en état en vertu de l'accord de tutelle, ce que soutient Nauru. La raison en est que la question de savoir si l'obligation existait relève du fond et, s'agissant ici d'une procédure préliminaire, il y a lieu d'admettre les éléments du fond (voir *Nottebohm, C.I.J. Recueil 1955*, p. 34, opinion dissidente de M. Read); il ne peut en être décidé maintenant.

Dans certains systèmes nationaux, un large éventail de questions de droit touchant au fond peut donner lieu à discussion avant les audiences habituelles consacrées au fond, à condition que la Cour soit saisie de tous les éléments pertinents. Le critère décisif est que la question (que par

called a preliminary objection on the merits) must be one which, if decided in one way, will be decisive of the litigation or at any rate of some substantial issue in the action¹. The object is, of course, to save time, effort and cost. There have been arguments (though not in this case) as to whether preliminary objections on the merits may competently be made before this Court². However, while reserving my opinion on that point, I would note that the Court's jurisprudence (including paragraphs 36, 38, 56 and 68 of today's Judgment) has proceeded on the basis of a long-standing distinction between preliminary objections and the merits, even though one may argue as to whether the distinction, itself rather general and never easy to draw, was accurately applied in particular cases.

What are the merits? Broadly speaking

“the merits of a dispute consist of the issues of fact and law which give rise to a cause of action, and which an applicant State must establish in order to be entitled to the relief claimed” (*Anglo-Iranian Oil Co., Preliminary Objection, I.C.J. Reports 1952*, p. 148, Judge Read, dissenting).

To establish its case on the merits, Nauru must prove, *inter alia*, first, that Australia had an obligation under the Trusteeship Agreement to ensure rehabilitation and, second, that Australia was in breach of that obligation. An argument that Australia did not have that substantive obligation would accordingly concern the merits and lack a preliminary character. It would touch the substance, as amounting to an assertion that there was no obligation under international law which Australia could have breached in relation to Nauru (see the general reasoning in *Electricity Company of Sofia and Bulgaria, P.C.I.J., Series A/B, No. 77*, pp. 82-83; *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Preliminary Objections, I.C.J. Reports 1964*, pp. 44-46, and Judge Morelli, dissenting, at pp. 110-112; *ibid.*, *Second Phase, I.C.J. Reports 1970*, pp. 226 ff., Judge Morelli, concurring; and *South West Africa, Second Phase, I.C.J. Reports 1966*, p. 19, para. 7). An argument of that kind would go not to the

¹ See, as to English law, *The Supreme Court Practice, 1979*, Vol. 1, London, 1978, pp. 282-284, Order 18/11/1-4. And see *Northern Cameroons, I.C.J. Reports 1963*, separate opinion of Judge Fitzmaurice, pp. 106-107; *Nuclear Tests (Australia v. France), Interim Protection, I.C.J. Reports 1973*, dissenting opinion of Judge Gros, p. 121; and *Nuclear Tests (Australia v. France), I.C.J. Reports 1974*, separate opinion of Judge Gros, p. 292.

² See, generally, and compare Judge Morelli, in *Rivista di diritto internazionale*, Vol. 47, 1964, p. 3; Vol. 54, 1971, p. 5; Vol. 58, 1975, pp. 5 and 747; Giuseppe Sperduti, *ibid.*, Vol. 53, 1970, p. 461; Vol. 57, 1974, p. 649; Vol. 58, 1975, p. 657; Roberto Ago, *Comunicazioni e studi*, Vol. 14, 1975, p. 1, at p. 11, footnote 22; Ugo Villani, *Italian Yearbook of International Law*, 1975, Vol. 1, p. 206, at p. 207; and S. Rosenne, *op. cit.*, p. 160, as to Article 79 of the new Rules “implying a re-definition of the qualification *preliminary*”.

commodité on peut désigner comme exception préliminaire quant au fond) doit, si une décision est prise dans un sens donné, avoir un effet décisif sur le litige ou, à tout le moins, sur une question importante dans l'affaire¹. Le but est évidemment de faire des économies de temps, d'efforts et de frais. Il y a eu discussion (mais pas dans la présente affaire) sur le point de savoir si la présentation à la Cour d'exceptions préliminaires quant au fond est justifiée². Je noterai toutefois, tout en réservant mon opinion sur ce point, que la jurisprudence de la Cour (y compris les paragraphes 36, 38, 56 et 68 de l'arrêt de ce jour) s'appuie sur une distinction établie de longue date entre les exceptions préliminaires et le fond, encore qu'on puisse se demander si cette distinction a été appliquée avec justesse dans certains cas.

Qu'est-ce alors que le fond? Pour reprendre les termes employés par M. Read:

«le fond d'un différend comprend les points de fait et de droit qui donnent lieu à une cause d'action et qu'un Etat demandeur doit établir pour avoir droit à la réparation demandée» (*Anglo-Iranian Oil Co., exception préliminaire, C.I.J. Recueil 1952*, p. 148, opinion dissidente).

Pour établir le bien-fondé de son argumentation quant au fond, Nauru doit prouver, entre autres, d'abord que l'Australie était tenue, aux termes de l'accord de tutelle, d'assurer la remise en état et, en second lieu, que l'Australie avait violé cette obligation. Soutenir que l'Australie n'avait pas cette obligation fondamentale concernerait donc le fond et n'aurait pas de caractère préliminaire. Cela toucherait le fond de l'affaire puisque cela équivaldrait à dire qu'il n'existait pas d'obligation en droit international à laquelle l'Australie aurait pu manquer à l'égard de Nauru (voir le raisonnement général dans *Compagnie d'électricité de Sofia et de Bulgarie, C.P.J.I. série A/B n° 77*, p. 82-83; *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, exceptions préliminaires, C.I.J. Recueil 1964*, p. 44-46, et opinion dissidente de M. Morelli, p. 110-112; *ibid.*, deuxième phase, *C.I.J. Recueil 1970*, p. 226 et suiv., opinion individuelle de M. Morelli; et *Sud-Ouest africain, deuxième phase, C.I.J. Recueil 1966*, p. 19, par. 7). Un

¹ Voir, en ce qui concerne le droit anglais, *The Supreme Court Practice, 1979*, vol. 1, Londres, 1978, p. 282-284, ordonnance 18/11/1-4. Voir aussi *Cameroun septentrional, C.I.J. Recueil 1963*, opinion individuelle de sir Gerald Fitzmaurice, p. 106-107; *Essais nucléaires (Australie c. France), mesures conservatoires, C.I.J. Recueil 1973*, opinion dissidente de M. Gros, p. 121; et *Essais nucléaires (Australie c. France), C.I.J. Recueil 1974*, opinion individuelle de M. Gros, p. 292.

² Voir, pour les aspects généraux du problème, M. Morelli, dans *Rivista di diritto internazionale*, vol. 47, 1964, p. 3; vol. 54, 1971, p. 5; vol. 58, 1975, p. 5 et 747; Giuseppe Sperduti, *ibid.*, vol. 53, 1970, p. 461; vol. 57, 1974, p. 649; vol. 58, 1975, p. 657; Roberto Ago, *Comunicazioni e studi*, vol. 14, 1975, p. 11, note 22; et Ugo Villani, *Italian Yearbook of International Law*, 1975, vol. I, p. 207; et J. Rosenne, *op. cit.*, p. 160, sur le point de savoir si l'article 79 du nouveau Règlement « implique une nouvelle définition du terme *préliminaire* ».

question whether Australia could be sued alone, but to the question whether Australia could be adjudged liable, even if it could be sued alone.

Consequently, the question whether Australia had the obligation to ensure rehabilitation cannot be determined in this phase of the proceedings; it can only be determined at the merits stage. The existence of the obligation has simply to be assumed at this point. This being so, the only issues now open are the issues of law referred to above, that is to say, whether the obligation (if it existed) was joint, and, if it was, whether the propositions at (i) and (ii) above are well founded. These issues can be determined now and cannot justifiably be reserved for the merits. Nothing relating to the establishment at the merits stage of the existence of the alleged obligation to ensure rehabilitation can provide a reason for not dealing with those issues now.

In my opinion, the Court acted correctly in refraining from declaring that the objection as to the absence from the proceedings of New Zealand and the United Kingdom does not possess an exclusively preliminary character. So I pass to the objection itself, beginning with a background reference to Australia's position under the Trusteeship Agreement.

PART II. AUSTRALIA'S POSITION UNDER THE TRUSTEESHIP AGREEMENT

An appreciation of Australia's position under the Trusteeship Agreement should take account of two factors, first, the evolution of Australia's international personality during the Mandate period, and, second, the legal character of a trusteeship agreement.

The first factor relates to the external aspects of the constitutional evolution of the relations between component units of the British Empire (see, generally, Sir Ivor Jennings, *Constitutional Laws of the Commonwealth*, Vol. 1, *The Monarchies*, 1957, pp. 18 ff.). It is probable that the underlying doctrine of the unity of the British Crown, which was then current, explains the fact that, although Nauru was in practice administered by Australia under the 1920 Mandate, the latter was conferred simply on "His Britannic Majesty". Traces of the doctrine are perhaps discernible even in the case of the Mandate for New Guinea, in which the Mandatory was described as "His Britannic Majesty for and on behalf of the Government of the Commonwealth of Australia (hereinafter called the Mandatory)" (Art. 1 of the Mandate, 17 December 1920, Procès-Verbal of the Eleventh Session of the Council of the League of Nations, held at Geneva, p. 102; see also the second and third preambular paragraphs, and A. C. Castles, "International Law and Australia's Overseas Territories", in *International Law in Australia*, ed. D. P. O'Connell, 1965, pp. 294-295).

By contrast, Article 2 of the 1947 Trusteeship Agreement for Nauru

tel argument concernerait non pas la question de savoir si l'Australie pouvait être assignée seule, mais celle de savoir si l'Australie pouvait être déclarée responsable, même si elle pouvait être assignée seule.

En conséquence, on ne peut dire, à cette phase de l'instance, si l'Australie était tenue d'assurer la remise en état; ce n'est qu'à la phase du fond qu'il est possible de se prononcer à ce sujet. Dans la phase actuelle, il faut simplement admettre l'existence de l'obligation. Cela étant, les seules questions à traiter maintenant sont les questions de droit mentionnées plus haut, c'est-à-dire savoir si l'obligation (en admettant qu'elle ait existé) était conjointe, et, dans l'affirmative, si ce qui est énoncé plus haut, sous i) et ii), est bien fondé. Il est possible de se prononcer maintenant sur ces questions, dont le renvoi à la phase du fond ne se justifierait pas. Rien de ce qui a trait à l'établissement, dans la phase du fond, de l'existence d'une obligation d'assurer la remise en état ne peut fournir de raison de ne pas traiter ces questions maintenant.

A mon avis, la Cour a agi correctement en s'abstenant de déclarer que l'exception au sujet de l'absence de la Nouvelle-Zélande et du Royaume-Uni ne possédait pas de caractère exclusivement préliminaire. Je passe donc à l'exception elle-même, en commençant par un rappel de la position de l'Australie dans le cadre de l'accord de tutelle.

DEUXIÈME PARTIE. LA SITUATION DE L'AUSTRALIE PAR RAPPORT À L'ACCORD DE TUTELLE

Pour évaluer la situation de l'Australie par rapport à l'accord de tutelle, il faut tenir compte de deux facteurs, dont le premier est l'évolution de la personnalité internationale de l'Australie durant l'exercice du mandat et le second le caractère juridique d'un accord de tutelle.

Le premier facteur a trait aux aspects extérieurs de l'évolution constitutionnelle des relations entre les composantes de l'Empire britannique (voir pour l'ensemble de la question, sir Ivor Jennings, *Constitutional Laws of the Commonwealth*, vol. 1, *The Monarchies*, 1957, p. 18 et suiv.). Il est probable que la doctrine sous-jacente de l'unité de la Couronne britannique, courante à l'époque, explique le fait que, dans la pratique, bien que Nauru ait été administrée par l'Australie en vertu du mandat de 1920, celui-ci ait été conféré simplement à «Sa Majesté britannique». Des traces de cette doctrine sont peut-être discernables même dans le cas du mandat pour la Nouvelle-Guinée, où le mandataire était défini comme étant «Sa Majesté britannique, agissant pour le Gouvernement du Commonwealth de l'Australie (ci-après dénommé le mandataire) et en son nom» (article 1 du mandat, 17 décembre 1920, procès-verbal de la onzième session du Conseil de la Société des Nations, tenue à Genève, p. 102; voir aussi les deuxième et troisième paragraphes du préambule; et A. C. Castles, «International Law and Australia's Overseas Territories», dans *International Law in Australia*, publié sous la direction de D. P. O'Connell, 1965, p. 294-295).

Au contraire, l'article 2 de l'accord de tutelle de 1947 pour le territoire

made a separate reference to each of the three Governments when speaking of the "Governments of Australia, New Zealand and the United Kingdom" as having been "designated as the joint Authority which will exercise the administration of the Territory". Further, as will be shown below, by the Agreement itself Australia was given the leading role. The material before the Court makes it clear that during the Mandate period Australia had been moving in the direction of securing a progressively greater degree of practical control over the administration of Nauru, an aspiration which had been earlier manifested in the expression of a desire by Australia to annex the Island before the granting of the Mandate. Correspondingly, by 1947, what Chief Justice Sir Garfield Barwick elegantly called the "imperceptible and, in relative terms, the uneventful nature of the progress of Australia from a number of separate dependent colonies to a single independent and internationally significant nation" had run its full course¹.

With respect to the second factor, trusteeship agreements exhibit peculiarities which have left the precise legal character of such agreements open to some degree of speculation, as is evidenced by an interesting literature on the subject. Professor Clive Parry's conclusion is this:

"As actually achieved in the form of treaties between the United Nations and the several administering authorities, the trusteeship agreements are legal acts distinct from the Charter. They possess, however, a dispositive (or conveyancing) as well as a contractual character. In their 'dispositive' aspect they are not independent of the Charter. Together with the relevant provisions of the Charter they constitute a quasi-statutory basis for the trusteeship system as in fact applied to specific territories. They have, as has the régime which they inaugurate and govern, an objective character. This is perhaps their most important aspect." (Clive Parry, "The Legal Nature of the Trusteeship Agreements", *British Year Book of International Law*, Vol. 27, 1950, p. 164, at p. 185.)

These remarks may be borne in mind, in conjunction with the evolution of Australia's international personality, in considering Article 4 of the Trusteeship Agreement relating to Nauru, which provided as follows:

"The Administering Authority will be responsible for the peace, order, good government and defence of the Territory, and for this

¹ See generally, D. P. O'Connell, "The Evolution of Australia's International Personality", in *International Law in Australia*, ed. D. P. O'Connell, 1965, Chap. 1, and the foreword by Sir Garfield Barwick; D. P. O'Connell and James Crawford, "The Evolution of Australia's International Personality", in *International Law in Australia*, 2nd ed. by K. W. Ryan, 1984, p. 21; and W. A. Wynes, *Legislative, Executive and Judicial Powers in Australia*, 5th ed., p. 56.

de Nauru mentionne séparément chacun des trois gouvernements en parlant des « Gouvernements de l'Australie, de la Nouvelle-Zélande et du Royaume-Uni » comme étant « conjointement désignés ... comme l'autorité qui exercera l'administration du territoire ». En outre, comme nous le montrerons plus loin, l'accord lui-même confère à l'Australie le rôle dirigeant. Les documents dont est saisie la Cour montrent clairement que durant la période du mandat l'Australie a évolué de façon à s'assurer un contrôle pratique progressivement croissant sur l'administration de Nauru, aspiration qui s'était manifestée antérieurement par l'expression du désir de l'Australie d'annexer l'île, avant que le mandat ne lui soit confié. D'où vient qu'en 1947 ce que sir Garfield Barwick appelait élégamment « le progrès imperceptible et, en termes relatifs, sans histoire de l'Australie, partie d'un certain nombre de colonies distinctes pour aboutir à une nation unique, indépendante et internationalement importante », avait achevé son cours¹.

En ce qui concerne le deuxième facteur, les accords de tutelle présentent des particularités qui ont laissé une certaine place aux conjectures quant au caractère juridique précis de tels accords, comme le montrent d'intéressantes études consacrées à la question. Le professeur Clive Parry formule la conclusion suivante :

« Tels qu'ils sont réalisés sous la forme de traités entre l'Organisation des Nations Unies et les diverses autorités administrantes, les accords de tutelle sont des actes juridiques distincts de la Charte. Toutefois, ils possèdent en même temps le caractère de traités de disposition et celui de contrats. Sous leur aspect de traités de disposition, ils ne sont pas indépendants de la Charte. Ils constituent, avec les dispositions pertinentes de la Charte, une base quasi légale pour le système de tutelle tel qu'il est appliqué en fait à des territoires déterminés. Ils ont, comme le régime qui les instaure et les gouverne, un caractère objectif. C'est là peut-être leur aspect le plus important. » (Clive Parry, « The Legal Nature of the Trusteeship Agreements », *British Year Book of International Law*, vol. 27, 1950, p. 185.)

Il y a lieu de garder présentes à l'esprit ces remarques, en même temps que l'évolution de la personnalité internationale de l'Australie, en examinant l'article 4 de l'accord de tutelle pour Nauru, qui dispose :

« L'autorité chargée de l'administration répondra de la paix, de l'ordre, de la bonne administration et de la défense du territoire. A

¹ On trouvera des considérations générales sur ce problème dans D. P. O'Connell, « The Evolution of Australia's International Personality », dans *International Law in Australia*, publié sous la direction de D. P. O'Connell, 1965, chap. I, et la préface de sir Garfield Barwick; D. P. O'Connell et James Crawford, « The Evolution of Australia's International Personality », dans *International Law in Australia*, 2^e éd. par K. W. Ryan, 1984, p. 21; et W. A. Wynnes, *Legislative, Executive and Judicial Powers in Australia*, 5^e éd., p. 56.

purpose, in pursuance of an Agreement made by the Governments of Australia, New Zealand and the United Kingdom, the Government of Australia will, on behalf of the Administering Authority and except and until otherwise agreed by the Governments of Australia, New Zealand and the United Kingdom, continue to exercise full powers of legislation, administration and jurisdiction in and over the Territory.”

As a result of the dual contractual and “quasi-statutory” character of a trusteeship agreement, and whatever might have been the earlier implications of the first factor mentioned above, it is possible to read this provision, which came into force in 1947, as providing (with the approval of the General Assembly), first, for full powers of administration to be vested in the three Governments as constituting the Administering Authority, and, second, for these powers to be delegated by them to Australia. This interpretation is supported by other elements of the Trusteeship Agreement. It is difficult, therefore, to resist Australia’s argument that, however extensive was its administrative authority over Nauru, that authority fell to be regarded in law as having been exercised by it on behalf of all three Governments.

But, although form is not unimportant, international law places emphasis on substance rather than on form (*Mavrommatis Palestine Concessions*, P.C.I.J., Series A, No. 2, p. 34; *Interhandel*, I.C.J. Reports 1959, p. 60, Judge Spender; *Barcelona Traction, Light and Power Company Limited, Preliminary Objections*, I.C.J. Reports 1964, pp. 62-63, Judge Koo; and, *ibid.*, Second Phase, I.C.J. Reports 1970, p. 127, Judge Tanaka). Some notice may, therefore, be taken of the extent and exclusiveness of the powers enjoyed by Australia, and, in particular, of certain differences between its position and that of New Zealand and the United Kingdom which could have a bearing on some of the issues to be examined.

The provisions of the Trusteeship Agreement do not readily yield up the reality of the actual power structure which they laid down. The first part of Article 4 of the Agreement had the effect of vesting plenary powers of government in the three Governments as constituting the Administering Authority; but the second part of the provision made it clear that, for all practical purposes, those powers could be exercised only by Australia, which was given the right to “continue to exercise full powers of legislation, administration and jurisdiction in and over the Territory”. The authority so conferred on Australia could be revoked by subsequent agreement by the three Governments, but, clearly, there could be no such revocation without the consent of Australia. In fact, there was no revocation: the Agreement made by the three Governments in 1965, while providing for a measure of subordinate governmental authority to be exercised by the Nauruans, had the effect of further diminishing the role of New Zealand and the United Kingdom in relation to that of Australia. Thus, Australia had exclusive authority to administer Nauru for all practi-

cette fin, en vertu d'un accord conclu entre les Gouvernements de l'Australie, de la Nouvelle-Zélande et du Royaume-Uni, le Gouvernement de l'Australie continuera à exercer dans ledit territoire pleins pouvoirs législatifs, administratifs et judiciaires, au nom de l'autorité chargée de l'administration — à moins que les trois gouvernements susmentionnés en décident autrement et jusqu'au moment où une décision dans ce sens interviendrait.»

En raison de la nature double, à la fois contractuelle et « quasi légale », que revêt un accord de tutelle, et quelle qu'ait pu être au début la portée du premier facteur mentionné ci-dessus, on peut interpréter cette disposition, qui est entrée en vigueur en 1947, comme prévoyant (avec l'approbation de l'Assemblée générale), premièrement, pleins pouvoirs d'administration à confier aux trois gouvernements en tant qu'ils constituent l'autorité administrante et, deuxièmement, la délégation par eux de ces pouvoirs à l'Australie. D'autres éléments de l'accord de tutelle viennent à l'appui de cette interprétation. C'est pourquoi il est difficile de résister à l'argument de l'Australie selon lequel son autorité administrative sur Nauru, si grande qu'elle ait été, en est venue à être considérée en droit comme ayant été exercée par elle au nom des trois gouvernements.

Mais si les formes ne sont pas dénuées d'importance, le droit international fait porter l'accent sur la substance plutôt que sur les formes (*Concessions Mavrommatis en Palestine, C.P.J.I. série A n° 2*, p. 34; *Interhandel, C.I.J. Recueil 1959*, p. 60, M. Spender; *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, exceptions préliminaires, C.I.J. Recueil 1964*, p. 62-63, M. Koo; et *ibid., deuxième phase, C.I.J. Recueil 1970*, p. 127, M. Tanaka). On peut donc prendre en compte, dans une certaine mesure, la portée et le caractère exclusif des pouvoirs dont disposait l'Australie et, en particulier, certaines différences entre sa situation et celle de la Nouvelle-Zélande et du Royaume-Uni, qui peuvent avoir des incidences sur quelques-unes des questions à examiner.

Les dispositions de l'accord de tutelle ne donnent pas d'idée précise de la structure réelle du pouvoir qu'elles ont établi. La première partie de l'article 4 de l'accord avait pour effet de conférer pleins pouvoirs d'administration aux trois gouvernements en tant qu'ils constituaient l'autorité administrante; mais la deuxième partie de la disposition précisait qu'à toutes fins pratiques ces pouvoirs ne pouvaient être exercés que par l'Australie, à laquelle était conféré le droit de continuer « à exercer dans ledit territoire pleins pouvoirs législatifs, administratifs et judiciaires ». L'autorité ainsi conférée à l'Australie pouvait être révoquée par un accord ultérieur des trois gouvernements, mais il était clair que cette révocation ne pouvait intervenir sans le consentement de l'Australie. En fait, il n'y pas eu révocation: l'accord conclu par les trois gouvernements en 1965, s'il prévoyait que les Nauruans exerceraient une certaine autorité administrative, de caractère subordonné, a eu pour effet de réduire encore le rôle de la Nouvelle-Zélande et du Royaume-Uni par rapport à celui de l'Australie. Ainsi, l'Australie avait pratiquement l'autorité exclusive pour l'admi-

cal purposes, as well as the even more significant power to prevent any diminution or withdrawal of that authority. Australia's controlling position continued unimpaired right up to independence.

The implications for an appreciation of the real power structure established by the Trusteeship Agreement are important. Take Article 5, paragraph 1, of the Trusteeship Agreement. This recorded an undertaking by the "Administering Authority" that

"It will co-operate with the Trusteeship Council in the discharge of all the Council's functions under Articles 87 and 88 of the Charter."

Or, consider Article 5, paragraph 2 (*b*), of the Trusteeship Agreement, under which the "Administering Authority" undertook to

"Promote, as may be appropriate to the circumstances of the Territory, the economic, social, educational and cultural advancement of the inhabitants."

It is not clear to me that the Administering Authority could do any of these things without an appropriate exercise by Australia of its "full powers of legislation, administration and jurisdiction in and over the Territory". However, the Trusteeship Agreement did not reserve to the Administering Authority any competence to direct or control the way in which Australia chose to exercise its "full powers", and the evidence does not suggest that Australia acknowledged that the Administering Authority had any such competence as of right. In so far as the Administering Authority had any functions under the Trusteeship Agreement that could be discharged without an exercise by Australia of its "full powers of legislation, administration and jurisdiction in and over the Territory" (which seems doubtful), such functions had nothing to do with the substance of the claims presented by Nauru. And this is apart from the consideration that, in the first place, the Administering Authority could not act without the concurrence of Australia. The Parties to the case were agreed that the Administering Authority was not a separate subject of international law or a legal entity distinct from its three member Governments. These could act only by agreement, and there could be no agreement if Australia objected.

Australia submitted that it acted with the concurrence of New Zealand and the United Kingdom in appointing Administrators of the Trust Territory (Preliminary Objections of the Government of Australia, Vol. I, paras. 36, 45, 334 ff., and 341). However, none of the pertinent documents suggests that New Zealand and the United Kingdom had any legal basis on which to demand to be consulted as of right, let alone demand that their concurrence be obtained. New Zealand and the United Kingdom participated in the negotiations and ensuing agreement for the transfer of the phosphate undertaking to Nauruan control; but the real basis on which they were acting there was the commercial one which they occupied as part-owners of the undertaking and future purchasers of Nauruan phosphates. In so far as the negotiations embraced the subject of rehabili-

nistration de Nauru, de même que le pouvoir, plus important encore, d'empêcher toute réduction ou tout retrait de cette autorité. La position dominante de l'Australie a duré sans entrave jusqu'à l'indépendance.

Les incidences à faire entrer en ligne de compte pour évaluer la structure réelle du pouvoir établi par l'accord de tutelle sont importantes. Prenons par exemple le paragraphe 1 de l'article 5 de l'accord de tutelle. Le texte établit que l'« autorité chargée de l'administration » s'engage :

« A coopérer avec le Conseil de tutelle dans l'exercice de toutes les fonctions de ce conseil prévues aux articles 87 et 88 de la Charte. »

Ou encore, considérons le paragraphe 2 *b*) de l'article 5 de l'accord de tutelle, par lequel l'« autorité chargée de l'administration » s'engage :

« A favoriser, d'une manière appropriée aux conditions particulières du Territoire, le progrès économique et social de ses habitants... »

Je ne vois pas comment l'autorité administrante pouvait faire l'une quelconque de ces choses sans que l'Australie exerce de manière appropriée « dans ledit territoire pleins pouvoirs législatifs, administratifs et judiciaires ». Toutefois, l'accord de tutelle ne conférait pas à l'autorité administrante les moyens d'orienter ou de contrôler la manière dont l'Australie exerçait ses « pleins pouvoirs », et les indications disponibles ne portent pas à croire que l'Australie reconnaissait à l'autorité administrante la possession de plein droit de ces moyens. Dans la mesure où l'accord de tutelle conférait à l'autorité administrante des fonctions dont il était possible de s'acquitter sans que l'Australie exerce « dans ledit territoire pleins pouvoirs législatifs, administratifs et judiciaires » (ce qui paraît douteux), ces fonctions étaient sans rapport avec le fond des griefs formulés par Nauru, et cela indépendamment du fait que d'abord l'autorité administrante ne pouvait agir sans le consentement de l'Australie. Les Parties étaient convenues de ce que l'autorité administrante n'était ni un sujet distinct de droit international, ni une entité juridique distincte des trois gouvernements qui en étaient membres. Ceux-ci ne pouvaient agir que par accord et il ne pouvait y avoir accord s'il y avait objection de la part de l'Australie.

L'Australie a soutenu qu'elle agissait avec l'accord de la Nouvelle-Zélande et du Royaume-Uni en nommant les administrateurs du territoire sous tutelle (exceptions préliminaires de l'Australie, vol. 1, par. 36, 45, 334 et suiv. et 341). Toutefois, aucun des documents pertinents ne porte à croire que la Nouvelle-Zélande et le Royaume-Uni pouvaient s'appuyer sur une base juridique quelconque pour exiger d'être consultés de plein droit, et encore moins pour exiger que leur accord soit obtenu. La Nouvelle-Zélande et le Royaume-Uni ont participé aux négociations et à l'accord qui en est résulté pour le transfert sous administration nauruane de l'entreprise d'exploitation de phosphates; mais la base réelle sur laquelle ils agissaient était la base commerciale qui était la leur en tant que propriétaires partiels de l'entreprise et futurs acheteurs de phosphates

tation, this did not show that New Zealand and the United Kingdom had any control of the actual administration of the Trust Territory: under the Trusteeship Agreement their responsibility for non-rehabilitation could exist without such control. The law is familiar with situations in which a party may become contractually liable for the acts of another though having no power of direction or control over them. Possibly, the concurrence of New Zealand and the United Kingdom was legally required in respect of a proposal, such as that relating to resettlement, which premised a modification of the fundamental basis of the original arrangements, or that relating to independence, which premised the termination of the Trusteeship Agreement itself; but I am unable to see that there was any such requirement, as a matter of law, where the normal administration of the Territory was concerned.

The first preamble of the Trusteeship Agreement recalled that, under the Mandate, the Territory of Nauru had "been administered . . . by the Government of Australia on the joint behalf of the Governments of Australia, New Zealand, and the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland". Thus, the Trusteeship Agreement itself recognized that the administration of the Island had in practice been in the hands of Australia during the Mandate. This, of course, continued under the Trusteeship (see para. 43 of the Judgment). The position was, I think, correctly summed up by counsel for Nauru as follows:

"Nauru was administered as an integral portion of Australian territory. Its administration bore no relation to the territory of any other State. As far as can be discovered, no governmental official of either New Zealand or the United Kingdom lived on Nauru during the period from 1920 to early 1968, or performed governmental acts there. Throughout the whole of that period, the government officials on Nauru, the Administrator and the persons responsible to him, were Australian public servants, answerable to other Australian public servants in Canberra, and in no sense subject to the direction or control of any other Government. Article 22 of the Covenant referred to administration 'under the laws of the Mandatory': in fact, those laws were Australian. No British or New Zealand law was ever applied to Nauru." (CR 91/20, pp. 75-76, Professor Crawford.)

The international agreements which applied to Nauru were a selection of international agreements to which Australia was a party (*ibid.*, p. 78). Although independence had been agreed to by all three Governments, the Nauru Independence Act 1967 was an Australian enactment; no counter-part legislation was enacted by New Zealand or the United Kingdom. Until independence the flag — the only one — which flew in Nauru was the Australian flag.

I am not persuaded by Australia's argument that its governmental

nauruans. Dans la mesure où les négociations s'étendaient à la question de la remise en état, il n'en ressortait pas que la Nouvelle-Zélande et le Royaume-Uni détenaient un pouvoir quelconque sur l'administration effective du territoire sous tutelle: en vertu de l'accord de tutelle, leur responsabilité pour la non-remise en état pouvait exister sans ce pouvoir. Les situations où une partie peut devenir contractuellement responsable des actes commis par une autre sans avoir le pouvoir de les diriger ou de les contrôler sont bien connues en droit. L'accord de la Nouvelle-Zélande et du Royaume-Uni pouvait être juridiquement requis s'agissant d'une proposition comme celle concernant la réinstallation, qui supposait une modification de la base fondamentale des arrangements conclus à l'origine ou celle concernant l'indépendance, qui supposait la fin de l'accord de tutelle lui-même; mais je ne vois pas qu'il y ait eu, en droit, une exigence de ce genre, s'agissant de l'administration normale du Territoire.

Le premier préambule de l'accord de tutelle rappelait que, sous le mandat, le Territoire de Nauru avait «été administré ... par le Gouvernement de l'Australie, au nom des Gouvernements de l'Australie, de la Nouvelle-Zélande et du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord». Ainsi donc, l'accord de tutelle lui-même reconnaissait le fait que, pratiquement, l'administration de l'île avait été entre les mains de l'Australie durant l'exercice du mandat. Cela s'est évidemment poursuivi sous le régime de tutelle (arrêt, par. 43). Je crois que la situation a été correctement résumée par le conseil de Nauru, comme suit:

« Nauru a été administré comme une partie intégrante du territoire australien. Son administration n'était liée au territoire d'aucun autre Etat. Pour autant qu'on puisse le savoir, aucun représentant du Gouvernement de la Nouvelle-Zélande ou du Royaume-Uni n'a vécu à Nauru pendant la période qui s'est écoulée entre 1920 et le début de 1968 ou n'y a accompli des actes de gouvernement. Pendant toute la durée de cette période, les agents gouvernementaux à Nauru, c'est-à-dire l'administrateur et les personnes relevant de lui, étaient des fonctionnaires australiens qui relevaient d'autres fonctionnaires australiens à Canberra et qui n'étaient aucunement soumis à la direction ou au contrôle d'un autre gouvernement. L'article 22 du Pacte mentionnait que l'administration devait être conduite «sous les lois du mandataire» et, en fait, ces lois étaient des lois australiennes. Aucune loi britannique ou néo-zélandaise n'a jamais été appliquée à Nauru. » (CR 91/20, p. 75-76, M. Crawford.)

Les accords internationaux qui s'appliquaient à Nauru se trouvaient parmi les accords internationaux auxquels l'Australie était partie (*ibid.*, p. 78). Les trois gouvernements ont approuvé l'indépendance, mais le *Nauru Independence Act* de 1967 était une loi australienne; ni la Nouvelle-Zélande ni le Royaume-Uni n'ont promulgué de législations correspondantes. Jusqu'à l'indépendance, le drapeau — le seul — qui flottait à Nauru était le drapeau australien.

Je ne suis pas convaincu par l'argument avancé par l'Australie selon

authority was excluded from the phosphate industry by reason of Article 13 of the Nauru Island Agreement 1919, reading:

“There shall be no interference by any of the three Governments with the direction, management, or control of the business of working, shipping, or selling the phosphates, and each of the three Governments binds itself not to do or to permit any act or thing contrary to or inconsistent with the terms and purposes of this Agreement.”

Referring to this provision, in the case of *Tito v. Waddell*, Megarry, V.-C., observed — correctly, if I may say so — that:

“This article established the independence of the British Phosphate Commissioners as against any one or two of the three governments, though not, of course, against all three acting in concert.” ([1977] 3 All ER 129, at p. 166.)

Article 13 of the Nauru Island Agreement could not apply to Australia as Administrator for the reason that, in administering Nauru under authority delegated by all three Governments, its acts would in substance have been the acts of all three Governments “acting in concert”, and not the acts of Australia alone.

It is not possible to conceive of the major industry of a Territory (irrespective of ownership) being entirely beyond the competence of the legislative, executive and judicial powers of the Territory, in whomsoever these are vested. Consequently, to hold that the governmental powers of the Australian-appointed Administrator did not extend to the phosphate industry and that this was exclusively within the competence of the three Governments acting through the British Phosphate Commissioners (BPC) is effectively to hold that governmental powers concerning all matters relating to the industry were exercisable by the three Governments acting through BPC. This in turn amounts to saying that there were two governments in Nauru, namely, an economic government administered by the three Governments acting through BPC with exclusive responsibility for the Territory’s main industry, and another government administered by Australia with responsibility for residual matters. I cannot read the Trusteeship Agreement as meaning that the régime which it introduced in Nauru in 1947 consisted of two such governments. It is, I think, unquestionable that all governmental power must derive from the Trusteeship Agreement (see, as to a mandate, *International Status of South West Africa, I.C.J. Reports 1950*, p. 133). BPC (whose undertaking could equally have been carried on by an ordinary commercial company as, indeed, had been earlier the case) did not profess to be exercising governmental powers under the Trusteeship Agreement: it simply had no standing under that Agreement. On the other hand, as the legislative and other evidence shows, Australia did not consider that its Administrator was wholly without competence over the industry. The Trusteeship Agree-

lequel son autorité de gouvernement était exclue du domaine de l'industrie des phosphates en raison de l'article 13 de l'accord de 1919 relatif à l'île de Nauru, ainsi conçu :

« Les trois gouvernements s'engagent à ne pas intervenir dans la direction, la gestion ou le contrôle des opérations d'exploitation, d'expédition ou de vente des phosphates; chacun des trois gouvernements s'engage à n'accomplir et à ne permettre d'accomplir aucun acte ou aucune chose contraire aux dispositions et fins du présent accord ou incompatible avec celles-ci. »

Se référant à cette disposition dans l'affaire *Tito v. Waddell, Megarry, V-C.*, a fait observer — à juste titre, si je puis dire —, que :

« Cet article établissait l'indépendance des British Phosphate Commissioners à l'égard de l'un ou de deux quelconques des trois gouvernements, mais non pas, bien entendu, à l'égard de tous les trois agissant de concert. » ([1977] 3 *All ER* 129, p. 166.)

L'article 13 de l'accord relatif à Nauru ne pouvait s'appliquer à l'Australie en tant qu'administrateur pour la raison que, du fait de l'administration de Nauru sous l'autorité déléguée par les trois gouvernements, les actes de l'Australie auraient, en substance, été les actes des trois gouvernements « agissant de concert », et non pas les actes de la seule Australie.

Il n'est pas concevable que l'industrie principale d'un territoire (indépendamment de la question de la propriété) échappe entièrement aux pouvoirs législatifs, exécutifs et judiciaires du territoire, quels que soient ceux auxquels ils sont dévolus. En conséquence, soutenir que les pouvoirs de gouvernement de l'administrateur nommé par l'Australie ne s'étendaient pas à l'industrie des phosphates et que celle-ci relevait exclusivement de la compétence des trois gouvernements agissant par l'intermédiaire des British Phosphate Commissioners (BPC), c'est soutenir en fait que les pouvoirs d'administration concernant toutes les questions relatives à cette industrie pouvaient être exercés par les trois gouvernements agissant par l'intermédiaire des BPC. Et cela équivaut à dire qu'il y avait deux administrations à Nauru, à savoir, une administration économique relevant des trois gouvernements agissant par l'intermédiaire des BPC et ayant la responsabilité exclusive de l'industrie principale du Territoire, et une autre administration, relevant de l'Australie et ayant la responsabilité des autres questions. Je ne peux interpréter l'accord de tutelle comme signifiant que le régime qu'il a introduit à Nauru en 1947 comprenait deux gouvernements de cette espèce. Il me paraît incontestable que l'ensemble des pouvoirs de gouvernement doivent découler de l'accord de tutelle (au sujet du mandat, voir *Statut international du Sud-Ouest africain, C.I.J. Recueil 1950*, p. 133). Les BPC (dont les activités auraient aussi bien pu être exercées par une société commerciale ordinaire, ce qui d'ailleurs avait été le cas antérieurement) ne prétendaient pas exercer des pouvoirs de gouvernement dans le cadre de l'accord de tutelle: ils n'avaient tout simplement pas ce pouvoir en vertu de l'accord. D'autre part, ainsi qu'il

ment was concluded on the basis that all governmental functions in Nauru, though formally vested in all three Governments, would be exercised by Australia alone. It is untenable to suppose that the "full powers of legislation, administration and jurisdiction in and over the Territory", which were conferred on Australia by the Trusteeship Agreement, were not "full" enough to extend to the overwhelming bulk of the Territory's economy.

Part of the problem concerns the correct appreciation of Nauru's case. There could be an impression that Nauru's claims directly concern Australia's part in the commercial operations of the phosphate industry. That impression would not be accurate. No doubt, Nauru's case has many branches; but the essence of the case — whether it is well founded or not being a matter for the merits — is that Australia, while having under the Trusteeship Agreement "full powers of legislation, administration and jurisdiction in and over the Territory", failed to exercise these comprehensive governmental powers so as to regulate the phosphate industry in such a way as to secure the interests of the people of Nauru (CR 91/20, p. 83, and CR 91/22, p. 45, Professor Crawford). In particular, says Nauru, there was failure to institute the necessary regulatory measures to ensure the rehabilitation of worked-out areas, not in the case of mining in any country, but in the case of large-scale open-cast mining in the minuscule area of this particular Trust Territory. The consequence, according to Nauru, was that the Territory became, or was in danger of becoming, incapable of serving as the national home of the people of Nauru, contrary to the fundamental objectives of the Trusteeship Agreement and of the Charter of the United Nations. In this respect, the question, as I understand it, is not simply whether rehabilitation was required by such environmental norms as were applicable at the time; the question is whether rehabilitation was required by an implied obligation of Australia under the Trusteeship Agreement not to allow the destruction of the small national homeland of the Nauruan people, or any substantial part of it, through an unregulated industrial process which went so far as to result at one stage in the making and consideration of serious proposals for resettlement of the Nauruan people altogether outside of Nauru. That, I think, is Nauru's case.

There is no basis for suggesting that New Zealand and the United Kingdom had any capacity, as of right, to require Australia to use the governmental powers, which it alone could exercise, for the purpose of legally ensuring rehabilitation. No doubt, having accepted that Australia was acting on their behalf, with the possibility that they could in consequence be liable for its acts, New Zealand and the United Kingdom had an interest in seeing that Australia discharged the responsibilities of the Administering Authority in a satisfactory way. But "the existence of an 'interest' does not

ressort des preuves d'ordre législatif et autres, l'Australie ne considérait pas son administrateur comme totalement privé de compétence en ce qui concerne l'industrie. L'accord de tutelle a été conclu sur la base de l'exercice, par l'Australie seule, de toutes les fonctions de gouvernement à Nauru, bien que celles-ci eussent, formellement, été confiées aux trois gouvernements. On ne peut absolument pas soutenir que l'exercice, « dans ledit territoire [des] pleins pouvoirs législatifs, administratifs et judiciaires » qui avait été conféré à l'Australie par l'accord de tutelle n'était pas suffisamment « plein » pour s'étendre à la quasi-totalité de l'économie du Territoire.

Une partie du problème réside dans la juste appréciation de la cause de Nauru. On pourrait avoir l'impression que les griefs de Nauru concernent directement la part de l'Australie dans les activités commerciales de l'industrie des phosphates. Cette impression ne serait pas juste. Certes, la cause de Nauru contient de nombreux éléments, mais son essence — son bien-fondé étant une question qui relève du fond — est que l'Australie, si elle possédait aux termes de l'accord de tutelle « dans ledit territoire pleins pouvoirs législatifs, administratifs et judiciaires », n'a pas exercé ces vastes pouvoirs de gouvernement pour réglementer l'industrie des phosphates de manière à sauvegarder les intérêts du peuple de Nauru (CR 91/20, p. 83, et CR 91/22, p. 45, M. Crawford). Nauru déclare qu'en particulier l'on a omis d'adopter les mesures réglementaires nécessaires pour assurer la remise en état des terres épuisées, non pas dans le cas de l'exploitation minière d'un pays quelconque, mais dans le cas de l'exploitation minière à ciel ouvert à grande échelle sur la superficie minuscule de ce territoire sous tutelle particulier. La conséquence, selon Nauru, c'est que le Territoire devenait, ou était en danger de devenir, incapable de servir de foyer national du peuple nauruan, ce qui est contraire aux objectifs fondamentaux de l'accord de tutelle et de la Charte des Nations Unies. A cet égard, la question, telle que je la conçois, n'est pas simplement de savoir si la remise en état était exigée par les normes en matière d'environnement applicables à l'époque; la question est de savoir si la remise en état était exigée aux termes d'une obligation implicite incombant à l'Australie en vertu de l'accord de tutelle de ne pas permettre la destruction du petit foyer national du peuple nauruan, ni d'une partie substantielle de ce foyer, par un processus industriel non réglementé allant si loin qu'il avait abouti, à un moment donné, à la formulation et à l'examen de propositions sérieuses de réinstallation du peuple nauruan hors de Nauru. Je pense que c'est cela qui constitue la thèse de Nauru.

Rien ne fonde à soutenir que la Nouvelle-Zélande et le Royaume-Uni avaient, en droit, la capacité d'exiger de l'Australie qu'elle utilise les pouvoirs de gouvernement, qu'elle seule pouvait exercer, aux fins d'assurer légalement la remise en état. Indubitablement, la Nouvelle-Zélande et le Royaume-Uni, ayant accepté que l'Australie agisse en leur nom, avec la possibilité qu'ils puissent en conséquence être tenus de ses actes, avaient intérêt à veiller à ce qu'elle s'acquitte de manière satisfaisante de ses responsabilités d'autorité administrante. Mais « ce n'est pas parce qu'un

of itself entail that this interest is specifically juridical in character" (*South West Africa, Second Phase, I.C.J. Reports 1966*, p. 34, para. 50). An interest is not always a right (*Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Second Phase, I.C.J. Reports 1970*, pp. 36, 38, and Judge Morelli at pp. 235-237): in this case, given the terms of Article 4 of the Trusteeship Agreement, New Zealand and the United Kingdom had no capacity as of right to control the course of Australia's conduct of the administration of the Island. Presumably, they had some influence; but, as Jenks remarked, even where influence is considerable, "influence is less than power" (C. W. Jenks, *The World Beyond the Charter*, 1969, p. 99).

Judge Hudson once warned that "[a] juristic conception must not be stretched to the breaking-point" (*Lighthouses in Crete and Samos, P.C.I.J., Series A/B, No. 71*, p. 127). In the circumstances of that case, he had occasion to add that "a ghost of a hollow sovereignty cannot be permitted to obscure the realities of [the] situation" in Crete. No questions of sovereignty arise here; nevertheless, those remarks may be borne in mind in considering the realities of the situation in Nauru. In law, Australia was acting on behalf of all three Governments; and Australia is right in saying that this circumstance was consistently reflected in the positions taken by the United Nations and by Nauru. But it would be erroneous to suppose that New Zealand and the United Kingdom were also administering Nauru in the sense of having any real say in its administration; they had none.

PART III. THE OBLIGATIONS OF THE THREE GOVERNMENTS WERE JOINT AND SEVERAL, WITH THE CONSEQUENCE THAT AUSTRALIA COULD BE SUED ALONE

I come now to the question whether the obligations of the three Governments were joint, as contended by Australia, or whether they were joint and several, as contended by Nauru.

I understood counsel for Australia to be accepting that the international case-law does not support the Australian view that the obligations of the three Governments were joint, even if he considered that neither does it support the Nauruan view that the obligations were joint and several (CR 91/21, pp. 63-64, Professor Pellet, stating that "le match est nul").

As regards the work produced by the International Law Commission, which was laid by either side before the Court, the statement of counsel for Australia was this:

"the International Law Commission has never expressly adopted a position on the problem under consideration, displaying great reticence as regards the very idea of joint and several liability" (*ibid.*, p. 65).

intérêt existe que cet intérêt a un caractère spécifiquement juridique» (*Sud-Ouest africain, deuxième phase, C.I.J. Recueil 1966*, p. 34, par. 50). Un intérêt n'est pas toujours un droit (*Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, deuxième phase, C.I.J. Recueil 1970*, p. 36, 38, et M. Morelli, p. 235-237): en l'occurrence, étant donné les termes de l'article 4 de l'accord de tutelle, la Nouvelle-Zélande et le Royaume-Uni n'avaient pas de capacité, en droit, d'exercer un contrôle sur la conduite, par l'Australie, de l'administration de l'île. On peut présumer qu'ils avaient une certaine influence; mais, comme le fait observer M. Jenks, même lorsque l'influence est considérable, «l'influence est moins que le pouvoir» (C. W. Jenks, *The World Beyond the Charter*, 1969, p. 99).

M. Hudson a autrefois énoncé l'avertissement qu'«une conception juridique ne doit pas être tendue jusqu'au point de menacer rupture» (*Phares en Crète et à Samos, C.P.J.I. série A/B n° 71*, p. 127). Dans le cadre de cette affaire, il a eu l'occasion d'ajouter que «l'on ne saurait laisser obscurcir les réalités de [la] situation [en Crète] par l'ombre d'une souveraineté dépourvue de substance». Aucun problème de souveraineté ne se pose ici; néanmoins, on peut garder présentes à l'esprit ces remarques en considérant les réalités de la situation à Nauru. En droit, l'Australie agissait au nom des trois gouvernements; et l'Australie a raison de dire que cette circonstance était constamment reflétée dans les positions prises par l'Organisation des Nations Unies et par Nauru. Mais il serait erroné de supposer que la Nouvelle-Zélande et le Royaume-Uni administraient aussi Nauru au sens où elles auraient effectivement eu leur mot à dire dans son administration; ils ne l'avaient pas.

TROISIÈME PARTIE. LES OBLIGATIONS DES TROIS GOUVERNEMENTS
SONT SOLIDAIRES, CE QUI A POUR CONSÉQUENCE
QUE L'AUSTRALIE PEUT ÊTRE ASSIGNÉE SEULE

J'en viens maintenant à la question de savoir si les obligations des trois gouvernements étaient conjointes, comme le soutient l'Australie, ou si elles étaient solidaires, comme le soutient Nauru.

Je crois comprendre que le conseil de l'Australie admet que la jurisprudence internationale ne vient pas à l'appui du point de vue australien, selon lequel les obligations des trois gouvernements étaient conjointes, même s'il estime qu'il ne vient pas non plus à l'appui du point de vue de Nauru, selon lequel les obligations étaient solidaires (CR 91/21, p. 63-64, M. Pellet, disant que «le match est nul»).

En ce qui concerne les travaux de la Commission du droit international, dont la Cour a été saisie par les deux Parties, le conseil de l'Australie a déclaré:

«la Commission du droit international n'a jamais expressément pris position sur le problème à l'examen tout en se montrant fort réticente ... vis-à-vis de l'idée même de solidarité» (*ibid.*, p. 65, M. Pellet).

But reticence is not resistance. The Parties disputed the precise meaning of paragraph 2 of the commentary on Article 27 of the Commission's Draft Articles on State Responsibility of 1978. That paragraph states in relevant part:

“A similar conclusion is called for in cases of parallel attribution of a single course of conduct to several States, as when the conduct in question has been adopted by an organ common to a number of States. According to the principles on which the articles of chapter II of the draft are based, the conduct of the common organ cannot be considered otherwise than as an act of each of the States whose common organ it is. If that conduct is not in conformity with an international obligation, then two or more States will concurrently have committed separate, although identical, internationally wrongful acts. It is self-evident that the parallel commission of identical offences by two or more States is altogether different from participation by one of those States in an internationally wrongful act committed by the other.” (*Yearbook of the International Law Commission*, 1978, Vol. II, Part Two, p. 99.)

It is not necessary to enter into the general aspects of the difficult question carefully examined by the Commission as to when a State is to be regarded as participating in the internationally wrongful act of another State. It suffices to note that the Commission considered that, where States act through a common organ, each State is separately answerable for the wrongful act of the common organ. That view, it seems to me, runs in the direction of supporting Nauru's contention that each of the three States in this case is jointly and severally responsible for the way Nauru was administered on their behalf by Australia, whether or not Australia may be regarded technically as a common organ.

Judicial pronouncements are scarce. However, speaking with reference to the possibility that a non-party State had contributed to the injury in the *Corfu Channel* case, Judge Azevedo did have occasion to say:

“The victim retains the right to submit a claim against one only of the responsible parties, *in solidum*, in accordance with the choice which is always left to the discretion of the victim, in the purely economic field; whereas a criminal judge cannot, in principle, pronounce an accomplice or a principal guilty without at the same time establishing the guilt of the main author or the actual perpetrator of the offence.” (*I.C.J. Reports 1949*, p. 92.)¹

On the facts, the *Corfu Channel* case allows for a number of distinctions.

¹ As to the last point, however, compare, in English law, *Archbold, Pleading, Evidence and Practice in Criminal Cases*, 40th ed., p. 1898, para. 4136; *Halsbury's Laws of England*, 4th ed., Vol. 11 (1), pp. 49-50, para. 50; and *R v. Howe* [1987] 1 All ER 771 HL.

Mais réticence n'est pas résistance. Les Parties ont débattu du sens précis du paragraphe 2 du commentaire de l'article 27 du projet d'articles de la Commission sur la responsabilité des Etats, de 1978. La partie pertinente de ce paragraphe est ainsi conçue :

« Une conclusion similaire s'impose dans les cas d'attribution parallèle d'un comportement unique à plusieurs Etats. C'est ce qui arrive lorsque le comportement en question a été adopté par un organe commun d'une pluralité d'Etats. D'après les principes qui inspirent les articles du chapitre II du projet, le comportement de l'organe commun ne peut en effet qu'être considéré comme un fait de chacun des Etats dont il est l'organe commun. Si ce comportement n'est pas conforme à une obligation internationale, il se trouvera alors que deux ou plusieurs Etats auront commis parallèlement des faits internationalement illicites distincts, encore qu'identiques. Mais il va de soi que la perpétration parallèle par deux ou plusieurs Etats d'infractions identiques est tout à fait autre chose que la participation par l'un de ces Etats à un fait internationalement illicite commis par l'autre Etat. » (*Annuaire de la Commission du droit international*, 1978, vol. II, deuxième partie, p. 112.)

Il n'est pas nécessaire de s'étendre sur les aspects généraux de la question délicate, soigneusement examinée par la Commission, qui est de savoir quand un Etat doit être considéré comme participant au fait internationalement illicite d'un autre Etat. Il suffit de noter que, de l'avis de la Commission, lorsque des Etats agissent par l'intermédiaire d'un organe commun, chaque Etat est séparément responsable du fait illicite de l'organe commun. Il me semble que ce point de vue va dans le même sens que l'affirmation de Nauru selon laquelle, dans cette affaire, chacun des trois Etats est solidairement responsable de la manière dont Nauru a été administrée en leur nom par l'Australie, que l'Australie puisse ou non être considérée, strictement parlant, comme un organe commun.

Les décisions judiciaires sont rares. Toutefois, parlant de la possibilité qu'a eue un Etat non partie de contribuer aux dommages causés dans l'affaire du *Détroit de Corfou*, M. Azevedo a eu l'occasion de dire :

« La victime conserve la faculté de présenter la demande contre un seul des responsables, *in solidum*, d'après un choix qui est toujours laissé à sa discrétion, dans le domaine purement économique, tandis qu'un magistrat criminel ne doit pas, en principe, se prononcer sur la responsabilité d'un complice ou d'un mandant, sans établir en même temps l'imputabilité par rapport à l'auteur principal ou à l'exécutant matériel de l'infraction. »¹ (*C.I.J. Recueil 1949*, p. 92.)

Sur les faits, l'affaire du *Détroit de Corfou* permet de faire un certain

¹ En ce qui concerne ce dernier point, voir toutefois, en droit anglais, *Archbold, Pleading, Evidence and Practice in Criminal Cases*, 40^e éd., p. 1898, par. 4136; *Halsbury's Laws of England*, 4^e éd., vol. 11 (1), p. 49-50, par. 50; et *R v. Howe* [1987] 1 All ER 771 HL.

However, it is to be observed that Judge Azevedo's basic view of the general law was that the right to sue "one only of the responsible parties, *in solidum*" was available to the injured party "in accordance with the choice which is *always* left to the discretion of the victim, in the purely economic field . . ." (emphasis added). This approach would seem to be consistent with the view that Nauru does have the right to sue Australia alone.

If domestic analogies are to be considered, the most likely area lies within the broad principles of the law of trust in English law and of cognate institutions in other systems. A United Nations Trusteeship must not, of course, be confused with a trust as understood in any specific system of municipal law; but, used with discretion, the principles relating to the latter are not unhelpful in elucidating the nature of the former. As Judge McNair said, in relation to Mandates, it "is primarily from the principles of the trust that help can be obtained on the side of private law" (*International Status of South West Africa, I.C.J. Reports 1950*, p. 151; and see, *ibid.*, pp. 148, 149, 152, and the *Namibia* case, *I.C.J. Reports 1971*, p. 16, at p. 214, Judge de Castro). Now, the applicable rule in the English law of trusts has been stated thus:

"Where several trustees are implicated in a breach of trust, there is no primary liability for it between them, but they are all jointly and severally liable to a person who is entitled to sue in respect of it." (*Halsbury's Laws of England*, 4th ed., Vol. 48, p. 522, para. 939; see also, *ibid.*, p. 539, para. 971, and *ibid.*, Vol. 35, para. 68.)

This being so, I do not find it surprising that, in regard to Nauru, the view has been expressed "that the three countries are jointly and severally responsible under international law for the administration of the territory" (A. C. Castles, "International Law and Australia's Overseas Territories", in *International Law in Australia*, ed. D. P. O'Connell, 1965, p. 332). I think this view is to be preferred to the view that the responsibility was exclusively joint.

This conclusion, that the obligation to ensure rehabilitation (if it existed) was joint and several, disposes of Australia's contention that proceedings will not lie against one only of the three Governments. It should also dispose of Australia's contention that any judgment against Australia will amount to a judgment against New Zealand and the United Kingdom. But Australia does not think so; it considers that, even if the obligation was joint and several, a judgment against it would still imply a determination of the responsibility of New Zealand and the United Kingdom. The issue concerning the implications of a possible judgment against Australia for New Zealand and the United Kingdom is not being examined here; it will be examined in Part V. However, to anticipate the conclusion reached there, even if the obligation was joint, a judgment

nombre de distinctions. Il convient toutefois de faire observer que, selon la conception de M. Azevedo en matière de droit commun, le droit d'intenter une action « contre un seul des responsables *in solidum* » est ouvert à la partie lésée « d'après un choix qui est *toujours* laissé à [la] discrétion [de la victime] dans le domaine purement économique... » (les italiques sont de moi). Ce mode d'approche semble compatible avec le point de vue selon lequel Nauru a effectivement le droit d'assigner l'Australie seule.

S'il faut examiner les analogies tirées du droit interne, le domaine le plus approprié se trouve dans les grands principes du droit des *trusts* en droit anglais et des institutions apparentées d'autres systèmes. Certes, une tutelle de l'Organisation des Nations Unies ne doit pas être confondue avec un *trust* au sens d'un système déterminé de droit interne; mais, utilisés avec discernement, les principes applicables à celui-ci ne sont pas dépourvus de valeur pour aider à élucider la nature de celle-là. Comme l'a déclaré M. McNair à propos des mandats, « c'est principalement des principes du « trust » que l'on peut s'aider, en ce qui est de l'aspect de droit privé » (*Statut international du Sud-Ouest africain, C.I.J. Recueil 1950*, p. 151; voir aussi *ibid.*, p. 148, 149, 152; et l'affaire de la *Namibie, C.I.J. Recueil 1971*, p. 214, M. de Castro). Or, la règle applicable dans le droit anglais des *trusts* a été énoncée de la manière suivante :

« Quand plusieurs *trustees* sont impliqués dans la violation d'un *trust*, il n'existe pas de responsabilité principale de ce chef dans leurs relations mutuelles : ils sont tous solidairement responsables envers quiconque est fondé à intenter une action pour ladite violation. » (*Halsbury's Laws of England*, 4^e éd., vol. 48, p. 522, par. 939; voir aussi *ibid.*, p. 539, par. 971, et *ibid.*, vol. 35, par. 68.)

Cela étant, je ne suis pas surpris qu'à propos de Nauru on ait exprimé l'avis « que les trois pays sont solidairement responsables de l'administration du Territoire en droit international » (A. C. Castles, « International Law and Australia's Overseas Territories », dans *International Law in Australia*, publié sous la direction de D. P. O'Connell, 1965, p. 332). J'estime que cette manière de voir les choses est préférable à celle qui consiste à dire que la responsabilité était uniquement conjointe.

Cette conclusion, à savoir que l'obligation de veiller à la remise en état (si elle existait) était solidaire, prive de toute portée l'allégation de l'Australie selon laquelle l'instance ne peut être intentée contre l'un des trois Etats seulement. Elle devrait aussi ôter tout fondement à l'allégation australienne d'après laquelle toute décision prononcée contre l'Australie équivaudra à une décision contre la Nouvelle-Zélande et le Royaume-Uni. Mais l'Australie n'est pas de cet avis; selon elle, même si l'obligation était solidaire, prononcer une décision contre elle équivaudrait à statuer sur la responsabilité de la Nouvelle-Zélande et du Royaume-Uni. La question des effets qu'une éventuelle décision défavorable à l'Australie produirait à l'égard de la Nouvelle-Zélande et du Royaume-Uni n'est pas ici à l'examen; on l'étudiera dans la cinquième partie. Cependant, pour

against Australia will not amount to a determination of the responsibility of New Zealand and the United Kingdom. This conclusion, if correct, would apply *a fortiori* if the obligation was joint and several.

PART IV. EVEN IF THE OBLIGATIONS OF THE THREE GOVERNMENTS WERE JOINT, THIS BY ITSELF DID NOT PREVENT AUSTRALIA FROM BEING SUED ALONE

Assuming that I am wrong in the foregoing, the result would be no different, in my opinion, even if the obligations of the three Governments under the Trusteeship Agreement were joint. It is possible, as I think is recognized in paragraphs 48 and 49 of the Judgment of the Court, to see Australia's argument as raising two questions: first, whether the fact that an obligation is joint by itself means that a suit will not lie against one co-obligor alone; and, second, whether a judgment against one co-obligor will constitute a determination of the responsibility of the other co-obligors and a resulting breach of the consensual basis of the Court's jurisdiction. The second question is examined in Part V; the first is considered below.

On the question being considered, I agree with Australia that "there are in reality two separate and distinct issues", namely, "whether Australia alone can be sued, and, if so, whether it can be sued for the whole damage" (Preliminary Objections of the Government of Australia, Vol. I, p. 131, para. 320). However, in my view, if the answer to the first issue is that Australia alone can be sued, the second issue, concerning the extent of the damage for which it may be sued, is a matter for the merits. The two issues being admittedly "separate and distinct", once it is accepted that Australia alone may be sued, I do not see how the question of the exact extent of the damage for which it is responsible can be made to take the form of a plea in bar of a suit otherwise properly brought against it. I believe this approach accords with the position taken by the Court in paragraph 48 of the Judgment. Accordingly, I shall be focusing on the first of these two issues, that is to say, whether Australia alone may be sued in respect of a joint obligation.

While refraining from citing and discussing particular texts, I cannot say that I have the impression that the valuable work of the International Law Commission, which was placed before the Court by the Parties, was directed to the question of pure principle as to whether a party to an act done at one level or another of association with another party may be sued alone. In so far as the work of the Commission deals with acts of that kind, it appears to be directed to the question whether, in a suit brought against any one such party, the claim may be for the entirety of the resulting

anticiper la conclusion à laquelle on aboutit dans cette partie, même si l'obligation était conjointe, rendre un arrêt contre l'Australie n'équivaudra pas à statuer sur la responsabilité de la Nouvelle-Zélande et du Royaume-Uni. Cette conclusion, si elle est exacte, s'applique à plus forte raison au cas où l'obligation serait solidaire.

QUATRIÈME PARTIE. MÊME SI LES OBLIGATIONS DES TROIS GOUVERNEMENTS
ÉTAIENT CONJOINTES, CELA, PRIS EN SOI, N'EMPÊCHAIT PAS D'ASSIGNER
L'AUSTRALIE SEULE

Si l'on suppose que je me trompe dans ce qui précède, cela ne change rien au résultat, me semble-t-il, même au cas où les obligations qui incombaient aux trois gouvernements en vertu de l'accord de tutelle auraient été conjointes. Comme l'arrêt de la Cour le reconnaît, me semble-t-il, aux paragraphes 48 et 49, il est possible de considérer que l'argumentation de l'Australie pose deux questions : premièrement celle de savoir si le fait qu'une obligation soit conjointe signifie, en soi, qu'une action ne peut être intentée contre l'un des coobligés seul ; et deuxièmement, celle de savoir si prononcer une décision contre l'un des coobligés équivaut à statuer sur la responsabilité des autres, ce qui entraîne la violation de la base consensuelle de la compétence de la Cour. La deuxième question est examinée dans la cinquième partie ; la première est étudiée ci-dessous.

A propos de la question dont il s'agit, je suis d'accord avec l'Australie pour admettre « qu'il y a en réalité dans cette affaire deux questions séparées et distinctes », à savoir : « l'Australie peut-elle être assignée seule ? Dans l'affirmative, peut-elle être poursuivie pour la totalité du préjudice ? » (Exceptions préliminaires de l'Australie, vol. 1, p. 131, par. 320.) Toutefois, me semble-t-il, si l'on répond à la première question en disant que l'Australie peut être assignée seule, la deuxième question, relative à l'ampleur du préjudice pour lequel elle peut être assignée, concerne le fond. En admettant que les deux questions soient « séparées et distinctes », dès lors qu'on accepte la possibilité d'assigner l'Australie seule, je ne vois pas comment la question de l'ampleur précise du préjudice dont elle est responsable peut revêtir la forme d'une exception d'irrecevabilité opposée dans une instance par ailleurs dûment introduite contre elle. Je pense que cette façon de voir s'accorde avec la position prise par la Cour au paragraphe 48 de l'arrêt. J'examinerai donc surtout la première de ces deux questions, celle de savoir si l'Australie peut être assignée seule pour une obligation conjointe.

J'évite de citer et de discuter des textes déterminés, mais je ne puis dire que j'ai l'impression que les précieux travaux de la Commission du droit international, que les Parties ont présentés à la Cour, portaient sur la question de pur principe de savoir si une partie à un acte accompli à quelque niveau d'association avec une autre partie peut être assignée seule. Dans la mesure où les travaux de la Commission traitent d'actes de cette nature, ils semblent porter sur le point de savoir si, dans une instance introduite contre une telle partie, la demande peut être formée pour la totalité du

damage or only for such part as is proportionate to the extent of that party's own participation in the causative act, done in the exercise of its separate sovereign power. If a joint obligation is conceived of as an obligation which in law is capable of existing only in relation to all the co-obligors as a group, without any one of them being individually subject to it, this would be a ground for saying that proceedings will not lie against any one of them separately. On this aspect, Australia's pleadings are open to different interpretations (CR 91/20, p. 63, Professor Crawford, and Preliminary Objections of the Government of Australia, Vol. I, p. 3, para. 2, penultimate sentence, and p. 131, para. 321). However, I do not think that Australia is contending that, standing by itself, it was not subject to the obligations of the Trusteeship Agreement; if it were, it would, for reasons given under Part I above, be raising an issue of the merits, since it would in effect be saying that the obligation at international law, which Nauru alleges that it breached, simply did not exist. The general tendency of doctrinal writings, as I appreciate them, does not take the matter any further.

While properly acknowledging the need for caution in transposing legal concepts from domestic societies to the international community, both Parties presented municipal law materials and sought some support from them for their respective contentions. I am not acquainted with non-Anglo-Saxon legal systems but, subject to the same need for circumspection — a need that I emphasize — I will consider briefly the position in English law, as I understand it.

In the case of a joint tort, in English law the plaintiff can always sue any or all of the tortfeasors, because, as it was said over two hundred years ago, "a tort is in its nature the separate act of each individual" (*Egger v. Viscount Chelmsford* [1964] 3 All ER 412 CA; and *Clerk and Lindsell on Torts*, 16th ed., p. 179, para. 2.53). This rule applies also to torts committed by partners (*Halsbury's Laws of England*, 4th ed., Vol. 35, para. 67). The real problem was different; it was this, that "recovery of judgment against one of a number of joint tortfeasors operated as a bar to any further action against the others, even though the judgment remained unsatisfied" (*Clerk and Lindsell on Torts*, 16th ed., p. 180, para. 2.54). This bar was removed by Section 6 of the Law Reform (Married Women and Tortfeasors) Act 1935 (replaced by the Civil Liability (Contribution) Act 1978), under which judgment against one joint tortfeasor is no bar to action against others, subject to considerations of aggregation and costs. Clearly, however, even before the 1935 enactment, there was nothing in principle to prevent the plaintiff from suing one only of a number of joint tortfeasors.

In the case of joint contractors the procedural position in 1967 was stated thus:

"A defendant has a *prima facie* right to have his co-contractor

préjudice causé ou seulement pour une part proportionnée au degré de participation de la partie dont il s'agit, dans l'exercice de son pouvoir souverain individuel, à l'acte qui a causé ledit préjudice. Si l'on entend, par obligation conjointe, une obligation qui ne peut exister, en droit, que vis-à-vis de tous les coobligés, envisagés comme un groupe, sans incomber à aucun d'eux à titre individuel, il pourrait y avoir là une raison de dire que l'action ne saurait être intentée contre aucun d'eux séparément. De ce point de vue, les exposés de l'Australie se prêtent à différentes interprétations (CR 91/20, p. 63, M. Crawford, et exceptions préliminaires de l'Australie, vol. 1, p. 3, par. 2, avant-dernière phrase, et p. 131, par. 321). Je ne crois pourtant pas que l'Australie soutienne qu'elle n'était pas elle-même tenue des obligations issues de l'accord de tutelle; si elle le soutenait, elle soulèverait, pour des raisons indiquées dans la première partie ci-dessus, une question de fond, puisqu'en fait elle dirait que l'obligation en droit international qui, selon Nauru, aurait été violée par elle, n'existait tout simplement pas. La tendance générale des auteurs, dans la doctrine telle que je la comprends, ne va pas plus loin à ce propos.

Les deux Parties, tout en reconnaissant dûment la nécessité d'user de prudence quand on transpose dans la communauté internationale des concepts juridiques provenant de sociétés nationales, ont versé aux débats des données de droit interne et se sont efforcées de s'en servir pour justifier leurs allégations respectives. Je ne connais pas bien les systèmes juridiques autres que les systèmes anglo-saxons, mais, sous réserve du même besoin de prudence, sur lequel j'insiste, j'examinerai brièvement la situation en droit anglais, telle que je la comprends.

Dans le cas d'un délit civil imputable à plusieurs personnes, en droit anglais, le demandeur peut toujours assigner l'un quelconque des auteurs du délit, ou tous, car, comme on l'a dit il y a plus de deux cents ans, « un *tort* [délict civil] est par nature l'acte séparé de chaque individu » (*Egger v. Viscount Chelmsford* [1964] 3 *All ER* 412 CA; et *Clerk and Lindsell on Torts*, 16^e éd., p. 179, par. 2.53). Cette règle s'applique aussi aux délits civils commis par des associés (*Halsbury's Laws of England*, 4^e éd., vol. 35, par. 67). Le problème véritable était autre; il consistait en ceci que « le jugement obtenu contre l'un des coauteurs d'un délit rendait irrecevable toute nouvelle action intentée contre les autres, même si le jugement n'avait pas été exécuté » (*Clerk and Lindsell on Torts*, 16^e éd., p. 180, par. 2.54). Cette irrecevabilité fut abrogée par l'article 6 du *Law Reform (Married Women and Tortfeasors) Act* de 1935 (remplacé par le *Civil Liability (Contribution) Act* de 1978), en vertu duquel le jugement prononcé contre l'un des coauteurs d'un délit ne fait pas obstacle à une action contre les autres, sous réserve de considérations de cumul et de frais. Toutefois, à l'évidence, même avant l'adoption de la loi de 1935, rien en principe n'empêchait le demandeur d'assigner un seul des coauteurs d'un délit.

Dans le cas de contractants conjoints, la situation, du point de vue de la procédure, fut définie comme suit en 1967 :

« A première vue un défendeur a le droit d'appeler en garantie un

joined as defendant and in the absence of special circumstances showing that [an] order [staying the proceedings until joinder was effected] should not be made, it is the practice to make it; . . . But if it is shown that there is any good reason to the contrary, e.g., that the new party is out of the jurisdiction (*Wilson v. Balcarres, etc., Co.* [1893] 1 QB 422), or that every effort has been made to serve him without success, then the action may be allowed to proceed without joinder (*Robinson v. Geisel* [1894] 2 QB 685, CA).” (*The Supreme Court Practice 1967*, Vol. 1, p. 154, Order 15/4/10; and see *Chitty on Contracts*, 26th ed., Vol. 1, pp. 807-808, para. 1303, and G. H. Treitel, *The Law of Contract*, 6th ed., p. 444.)

The related common law rule was that “an action against a joint contractor served to bar any other proceedings against another joint contractor” (*Chitty on Contracts*, 26th ed., Vol. 1, p. 807, para. 1303). This rule was later abolished by Section 3 of the Civil Liability (Contribution) Act 1978, under which a plaintiff may sue one of several joint contractors without prejudice to his right to sue others later (*ibid.*, p. 809, para. 1306, and *The Supreme Court Practice, 1991*, Vol. 1, London, 1990, p. 185, Order 15/4/10).

Nauru argues persuasively that

“the Court is not competent in the present proceedings to interpret any provisions in the Optional Clause declarations of the United Kingdom and New Zealand that they might seek to rely on if they were parties to proceedings commenced by Nauru” (CR 91/20, p. 90, Professor Crawford);

and certainly the position under the two declarations is not equally clear. But, if the Court may not make any interpretation of its own, it may nevertheless notice that it is Australia, the proponent of the preliminary objection, which is itself affirming that the Court would not have jurisdiction under those declarations against New Zealand and the United Kingdom if Nauru were to sue them (CR 91/17, pp. 20, 21, 26, 46, 48, Professor Pellet; and Preliminary Objections of the Government of Australia, Vol. I, p. 138, para. 346). In my view, the possibility, insisted on by Australia itself, that there would be no jurisdiction in respect of New Zealand and the United Kingdom constitutes a reasonable approximation to the exception in English law (even as it stood before 1978) which permitted of an action being brought against one of a number of joint contractors if, for reasons of jurisdiction or service, it was not practicable to join the others. That possibility also serves to attract attention to the Court’s statement in 1984 to the effect that, in the absence of any system of compulsory intervention, and barring the operation of the *Monetary Gold* principle (an aspect dealt with in the following Part), “it must be open to the Court, and indeed its duty, to give the fullest decision it may in the circumstances of

contractant conjoint à titre de codéfendeur et, s'il ne résulte de circonstances spéciales [qu'une] ordonnance [prononçant le sursis à statuer jusqu'à la jonction de l'appel en garantie] ne doit pas être prononcée, il est conforme à la pratique habituelle d'en prononcer une; ... Si toutefois l'existence d'une bonne raison en sens contraire est établie, par exemple que la nouvelle partie n'est pas dans le ressort (*Wilson v. Balcarres, etc., Co.* [1893] 1 QB 422), ou que tout a été fait en vain pour lui notifier l'assignation, alors il peut être décidé de laisser l'instance se poursuivre sans jonction (*Robinson v. Geisel* [1894] 2 QB 685, CA).» (*The Supreme Court Practice 1967*, vol. 1, p. 154, ordonnance 15/4/10. Voir aussi *Chitty on Contracts*, 26^e éd., vol. 1, p. 807-808, par. 1303, et G. H. Treitel, *The Law of Contract*, 6^e éd., p. 444.)

La règle connexe de *common law* était: «l'instance introduite contre un contractant conjoint servait à faire obstacle à toute autre procédure engagée contre un autre contractant conjoint» (*Chitty on Contracts*, 26^e éd., vol. 1, p. 807, par. 1303). Plus tard cette règle fut abrogée par l'article 3 du *Civil Liability (Contribution) Act* de 1978, aux termes duquel un demandeur peut assigner un des contractants conjoints sans préjudice de son droit d'assigner les autres par la suite (*ibid.*, p. 809, par. 1306, et *The Supreme Court Practice*, 1991, vol. 1, Londres, 1990, p. 185, ordonnance 15/4/10).

Nauru soutient de façon convaincante que

«la Cour n'a pas compétence, dans la présente instance, pour interpréter les dispositions des déclarations faites en vertu de la clause facultative du Royaume-Uni et de la Nouvelle-Zélande qu'ils pourraient invoquer s'ils étaient parties à une instance introduite par Nauru» (CR 91/20, p. 90, M. Crawford);

et la situation instaurée en vertu des deux déclarations n'est pas également claire dans les deux cas. Cependant, si la Cour ne peut d'aucune manière formuler sa propre interprétation, elle n'en a pas moins la faculté de constater que c'est l'Australie, l'auteur de l'exception préliminaire, qui affirme elle-même que la Cour ne serait pas compétente aux termes de ces déclarations pour se déclarer compétente vis-à-vis de la Nouvelle-Zélande et du Royaume-Uni si Nauru les assignait (CR 91/17, p. 20, 21, 26, 46, 48, M. Pellet; et exceptions préliminaires de l'Australie, vol. I, p. 138, par. 346). Selon moi la possibilité, sur laquelle insiste l'Australie elle-même, qu'il n'y ait pas de compétence à l'égard de la Nouvelle-Zélande et du Royaume-Uni, représente à peu de chose près l'exception prévue en droit anglais (même avant 1978), qui autorisait à introduire une instance contre des contractants conjoints si, pour des raisons touchant la compétence ou la notification de l'assignation, il n'était pas possible de mettre en cause les autres dans la même instance. Cette éventualité sert aussi à attirer l'attention sur ce qu'a déclaré la Cour en 1984, à savoir qu'en l'absence de tout système d'intervention obligatoire et sauf au cas où s'applique le principe de l'*Or monétaire* (on examinera cet aspect de la

each case" (*Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya/Malta)*, *Application for Permission to Intervene*, *I.C.J. Reports 1984*, p. 25, para. 40).

One of the books cited by Australia, and relied on by it, in its survey of domestic legal systems, was Glanville Williams, *Joint Obligations*, London, 1949 (Preliminary Objections of the Government of Australia, Vol. I, p. 128, para. 309). The particular reference was to page 35, paragraph 2. Two pages earlier, speaking of joint promises, that learned author expressed the view that "Bowen L.J. stated the rule clearly" when he said:

"There is in the cases of joint contract and joint debt as distinguished from the cases of joint and several contract and joint and several debt, only one cause of action. The party injured may sue at law all the joint contractors or *he may sue one*, subject in the latter case to the right of the single defendant to plead in abatement; but whether an action in the case of a joint debt is brought against one debtor or against all the debtors . . . it is for the same cause of action — there is only one cause of action. This rule, though the advantage or disadvantage of it may have been questioned in times long past, has now passed into the law of this country." (Glanville Williams, *op. cit.*, pp. 33-34, citing *Re Hodgson, Beckett v. Ramsdale*, (1885) 31 Ch. D. 177, at p. 188, CA; emphasis added.)

Subject to the right to plead in abatement, Glanville Williams did not appear to think that the fact that a contractual obligation is joint operates in principle to preclude the plaintiff from suing one only of the joint contractors.

It does not appear to me that recourse to municipal law, in so far as I have been able to explore it, yields any satisfactory analogies supportive of the suggested existence of any rule of international law precluding the present action on the ground that the obligation was joint. On balance, the general trend of the references given by the Parties to non-Anglo-Saxon legal systems is not, I believe, at variance with this conclusion (see, also, the authorities cited in the Memorial of the United States of America of 2 December 1958 in *I.C.J. Pleadings, Aerial Incident of 27 July 1955*, pp. 229 ff.).

As has often been remarked, to overestimate the relevance of private law analogies is to overlook significant differences between the legal framework of national societies and that of the international community, as well as differences between the jurisdictional basis and powers of the Court and those of national courts; "lock, stock and barrel" borrowings would of course be wrong (*International Status of South West Africa*, *I.C.J. Reports 1950*, p. 148, Judge McNair). On the other hand, nothing in

question dans la partie suivante), « la Cour doit avoir la faculté, et elle a en fait l'obligation, de se prononcer aussi complètement que possible dans les circonstances de chaque espèce » (*Plateau continental (Jamahiriya arabe libyenne c. Malte), requête à fin d'intervention, C.I.J. Recueil 1984, p. 25, par. 40*).

L'un des ouvrages cités par l'Australie et sur lequel elle se fonde dans son examen des systèmes de droit interne était celui de Glanville Williams, *Joint Obligations*, Londres, 1949 (exceptions préliminaires de l'Australie, vol. I, p. 128, par. 309). Le passage auquel elle renvoyait figurait au paragraphe 2 de la page 35. Deux pages plus haut, à propos des promesses conjointes, cet éminent auteur exprime l'avis que « Bowen L. J. a clairement énoncé la règle » quand il a dit :

« Dans les cas de contrats créant des obligations conjointes et des dettes conjointes, par opposition aux cas de contrats créant des obligations solidaires et des dettes solidaires, l'action n'a qu'une seule cause. La partie lésée peut assigner tous les contractants conjoints, ou elle peut en assigner un seul, sous réserve, dans cette hypothèse du droit du défendeur unique, d'invoquer la réduction de responsabilité; mais, dans le cas d'une dette conjointe, que l'instance soit introduite contre un seul débiteur ou contre tous, elle l'est pour une seule et même cause — l'action n'a qu'une seule cause. Bien que les avantages et inconvénients de cette règle aient pu être débattus à des époques reculées, elle fait maintenant partie du droit de ce pays. » (Glanville Williams, *op. cit.*, p. 33-34, citant *Re Hodgson, Beckett v. Ramsdale*, (1885) 31 Ch. D. 177, p. 188, CA; les italiques sont de moi.)

Sous réserve du droit de plaider la réduction de responsabilité, Glanville Williams ne semblait pas estimer que le fait qu'une obligation contractuelle soit conjointe ait en principe pour effet d'empêcher le demandeur d'assigner un seul des contractants conjoints.

Il ne me semble pas que le recours au droit interne, dans la mesure où j'ai pu l'étudier, fournisse des analogies satisfaisantes à l'appui de l'existence que l'on veut prêter à une règle de droit international excluant la présente action au motif que l'obligation était conjointe. Tout bien considéré, l'orientation générale des indications données par les Parties sur les systèmes juridiques autres que les systèmes anglo-saxons ne s'écarte pas, me semble-t-il, de cette conclusion (voir aussi les sources citées dans le mémoire des Etats-Unis d'Amérique du 2 décembre 1958 dans *C.I.J. Mémoires, Incident aérien du 27 juillet 1955*, p. 229 et suiv.).

Comme on l'a souvent fait observer, surestimer la pertinence des analogies tirées du droit privé revient à ne pas tenir compte de différences importantes entre le cadre juridique des sociétés nationales et celui de la communauté internationale, ni de différences entre ce que sont d'une part le fondement de la compétence de la Cour et ses pouvoirs, d'autre part l'équivalent quand il s'agit des tribunaux internes; il ne faudrait évidemment pas faire des emprunts « en bloc » (*Statut international du Sud-Ouest*

those differences requires mechanical disregard of the situation at municipal law; to speak of a joint obligation is necessarily to speak of a municipal law concept. The compulsory or involuntary character of municipal jurisdiction, with its facilities for enforcing contribution among co-obligors, does not, I think, wholly account for the fact that, at municipal law, a suit may be competently brought against one co-obligor in respect of a joint obligation. If for any reason it is impossible to enforce or obtain contribution among the co-obligors, this does not absolve an available co-obligor from liability to the obligee. The obligee is not entitled to collect the full amount repetitively from each of the co-obligors; but he is entitled to collect the full amount by suing any or all of them. Possibly, at international law, there could be a question as to whether a suit against one co-obligor may be for the full amount; but I am unable to see how this could affect his liability in principle to separate suit.

Further, any question whether there is a right of contribution would constitute a separate dispute between co-obligors to be separately resolved by any appropriate means of peaceful settlement. As indicated above, international judicial settlement differs from municipal judicial settlement in important ways; though it is in a real sense the ultimate method of peaceful settlement of international disputes, it does not enjoy the jurisdictional primacy enjoyed by municipal judicial settlement among other settlement mechanisms. The fact that recourse to the Court may not be open to a party seeking contribution is not decisive (cf. *J. H. Rayner Ltd. v. Department of Trade* [1990] 2 AC 418 HL, at p. 480, letter F). The claim to contribution may be pursued in other ways. This perspective is not, I believe, very different in principle from that adopted by counsel for Australia when he argued, as I understood him, to the effect that a decision of the Court upholding Australia's preliminary objection as to the absence of New Zealand and the United Kingdom would result in Nauru not obtaining any legal ruling on the merits, but would not deprive Nauru of the opportunity of pursuing its claim in other ways (CR 91/21, p. 68). In international law a right may well exist even in the absence of any juridical method of enforcing it (Eugène Borel, "Les voies de recours contre les sentences arbitrales", *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, Vol. 52 (1935-II), pp. 39-40). Thus, whether there is a right to contribution does not necessarily depend on whether there exists a juridical method of enforcing contribution.

In considering whether the legal rule contended for by Australia exists, I would remind myself of the following statement by Charles De Visscher:

africain, C.I.J. Recueil 1950, p. 148, M. McNair). De surcroît, rien dans ces différences n'oblige à méconnaître de façon mécanique la situation en droit interne; parler d'une obligation conjointe, c'est nécessairement parler d'un concept de droit interne. Le caractère obligatoire ou involontaire de la compétence des tribunaux internes, joint aux possibilités d'exécution forcée pour faire payer les coobligés, ne me semble pas expliquer entièrement qu'en droit interne une instance puisse être dûment introduite contre un seul coobligé pour une obligation conjointe. S'il s'avère impossible, pour une raison quelconque, de s'assurer une contribution des coobligés ou de leur en faire imposer le paiement, cela n'exempte pas de sa responsabilité envers le créancier un coobligé accessible. Le créancier n'est pas fondé à se faire payer le montant total successivement par chacun des coobligés; mais il a le droit de se faire payer le montant total en assignant l'un quelconque d'entre eux ou en les assignant tous. Peut-être pourrait-on se demander, en droit international, si un seul coobligé peut être assigné en paiement de la somme totale; mais je ne vois pas quelle incidence cela aurait en principe sur la possibilité de l'attirer dans une instance séparée.

De plus, toute question relative à l'existence d'un droit de contribution constituerait un différend distinct entre coobligés, qui devrait être réglé séparément par tout moyen de règlement pacifique approprié. Comme on l'a indiqué plus haut, le règlement par voie judiciaire internationale diffère sensiblement du règlement par voie judiciaire interne; bien qu'il soit en un sens réel l'ultime mode de règlement pacifique des différends internationaux, il ne bénéficie pas de la primauté juridictionnelle qui appartient au règlement judiciaire interne parmi d'autres procédés. Le fait qu'une partie cherchant à obtenir une contribution puisse n'avoir pas la faculté de saisir la Cour n'est pas décisif (cf. *J. H. Rayner Ltd. v. Department of Trade* [1990] 2 AC 418 HL, p. 480, lettre F). Il y a d'autres moyens de se prévaloir du droit d'obtenir une contribution. Une telle manière de voir ne me paraît pas, en principe, très différente de celle qu'a adoptée le conseil de l'Australie quand il a soutenu, si je l'ai bien compris, qu'une décision de la Cour faisant droit à l'exception préliminaire que l'Australie fonde sur l'absence de la Nouvelle-Zélande et du Royaume-Uni aurait pour effet d'empêcher Nauru d'obtenir aucun prononcé judiciaire au fond, mais ne priverait pas Nauru de la faculté de faire valoir sa réclamation par d'autres procédés (CR 91/21, p. 68). Dans le domaine international, un droit peut exister même en l'absence d'une voie juridique par laquelle on puisse le faire valoir (Eugène Borel, « Les voies de recours contre les sentences arbitrales », *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, t. 52 (1935-II), p. 39-40). Ainsi, le droit de contribution ne dépend pas nécessairement de l'existence d'une méthode judiciaire pour assurer l'exécution de la contribution.

En recherchant si la règle de droit invoquée par l'Australie existe, je crois souhaitable de ne pas perdre de vue le texte suivant de Charles De Visscher:

“The temptation to formalism, and the proneness to generalization by abstract concepts and to premature systematization, represent one of the most serious dangers to which international-law doctrine is still exposed. It escapes only by constant return to respect for facts and by exact observation of the concrete and very special conditions which in the international domain contribute to forming the legal rule and govern its applications. Of course the legal rule never embraces social reality in all its fullness and complexity. Attempting to do so, law would risk compromising its proper ends as well as overshooting its possibilities. If abstraction carried to an extreme degenerates into unreality, individualization pushed to excess leads to the destruction of the rule. International justice especially must maintain a proper relationship between social data and the rules designed to govern them.” (Charles De Visscher, *Theory and Reality in Public International Law*, trans. P. E. Corbett, 1968, p. 143.)

Possibly, these words could offer comfort to both of the competing points of view on the question whether there is a legal rule precluding an action against one only of a number of joint actors. The implications of holding that there is such a rule can only be grasped and evaluated by reference to concrete cases exemplifying its operation.

In this case, Australia (which is before the Court) accepts that it “exercised actual administration of the territory of Nauru” (Preliminary Objections of the Government of Australia, Vol. I, p. 136, para. 339); its argument is that it was doing so on behalf of itself, New Zealand and the United Kingdom as together constituting the Administering Authority. I do not understand it to be saying that in law there is no conceivable basis on which it could be individually subject to the obligations of the Trusteeship Agreement; it contends that the issue whether it was in breach of those obligations can only be determined in a suit brought against itself, New Zealand and the United Kingdom. So the substance of the matter is this: it is not a question of Nauru proposing a technical device for attaching responsibility to Australia for something which Australia did not itself do or for breach of an obligation which Australia could not conceivably have in law, but rather a question of Australia proposing a formula precluding the Court from adjudicating on the issue whether Australia’s own acts were in breach of its trusteeship obligations, on the ground that these obligations were jointly shared by Australia with two other States on whose behalf Australia was acting but which are not parties to the proceedings.

It seems to me that to hold, in such circumstances, that there exists a rule of law, as asserted by Australia, which has the effect of barring these proceedings in the absence of New Zealand and the United Kingdom on the ground that the obligation was joint is to import a level of formalism and abstraction that is incompatible with the “proper relationship between

« La tentation du formalisme, le penchant à la généralisation par concepts abstraits et à une systématisation prématurée représentent l'un des plus sérieux dangers auxquels reste exposée la doctrine du droit international. Elle n'y échappe que par un constant retour au respect des faits, par une exacte observation des conditions concrètes et très particulières qui, dans le milieu international, contribuent à la formation et déterminent les incidences de la règle de droit. Assurément, celle-ci n'atteint-elle jamais la réalité sociale dans toute sa plénitude et sa complexité. A le vouloir tenter, le droit s'exposerait à compromettre ses fins propres comme à dépasser ses possibilités. Si l'abstraction conduite à l'extrême verse dans l'irréalité, l'individualisation poussée à l'excès mène à la destruction de la règle. C'est surtout à la justice internationale qu'il appartient de maintenir un juste rapport entre les données sociales et les normes destinées à les régir. » (Charles De Visscher, *Théories et réalités en droit international public*, 2^e éd., 1955, p. 176.)

Ce langage pourrait peut-être apporter du réconfort aux deux points de vues opposés sur la question de savoir s'il y a une règle de droit qui empêche d'assigner seulement un auteur lorsqu'il y a plusieurs auteurs ayant des obligations conjointes. Les effets d'une décision affirmant l'existence d'une telle règle ne peuvent être compris et appréciés que par rapport à des cas concrets illustrant sa mise en œuvre.

En l'espèce, l'Australie (qui a comparu devant la Cour) admet qu'elle a « procédé à l'administration effective du Territoire de Nauru » (exceptions préliminaires de l'Australie, vol. I, p. 136, par. 339); son argument consiste à dire qu'elle l'a fait en son nom propre, au nom de la Nouvelle-Zélande et au nom du Royaume-Uni, en ce sens que tous pris ensemble constituaient l'autorité administrante. Je ne crois pas qu'elle soutienne qu'il ne puisse y avoir en droit aucun fondement possible pour la déclarer individuellement tenue des obligations issues de l'accord de tutelle; elle soutient qu'il ne peut être statué sur la question de savoir si elle a enfreint les obligations ainsi assumées que dans une instance introduite contre elle-même, la Nouvelle-Zélande et le Royaume-Uni. Voici donc l'essentiel de l'affaire: Nauru ne propose pas un artifice de forme pour rendre l'Australie responsable d'un acte que celle-ci n'a pas accompli elle-même, ou de la violation d'une obligation dont elle ne pouvait d'aucune manière être tenue en droit; l'Australie propose plutôt une formule pour empêcher la Cour de statuer sur le point de savoir si les actes mêmes de l'Australie constituaient la violation de ses obligations de tutelle, au motif qu'elle partageait les mêmes obligations avec deux autres Etats au nom desquels elle agissait, mais qui ne sont pas parties à l'instance.

Dans ces conditions, me semble-t-il, juger qu'il existe, comme l'affirme l'Australie, une règle ayant pour effet de rendre la présente instance irrecevable en l'absence de la Nouvelle-Zélande et du Royaume-Uni au motif qu'il s'agissait d'une obligation conjointe équivaudrait à adopter un niveau de formalisme et d'abstraction incompatible avec le « juste rapport

social data and the rules designed to govern them” — a relationship which Judge De Visscher tells us it is the duty of international justice especially to maintain.

PART V. A JUDGMENT AGAINST AUSTRALIA WILL NOT AMOUNT TO A
JUDICIAL DETERMINATION OF THE RESPONSIBILITY OF
NEW ZEALAND AND THE UNITED KINGDOM

I come finally to Australia's argument that a judgment against it will amount to a determination of the responsibility of New Zealand and the United Kingdom, and that, consequently, Nauru's action is really against all three Governments, two of which, however, are absent and have not accepted the jurisdiction of the Court in the case.

Australia emphasized that the argument was not that New Zealand and the United Kingdom were “indispensable parties”. In litigation before the Court there are, indeed, two elements which advise caution in adopting an “indispensable parties” rule. These elements, which are interrelated, are, first, that the jurisdiction of the Court is consensual, and, second, that the Court has no power to order joinder of third parties. There are circumstances in which it may be incompetent or improper for the Court to hear a case in the absence of a third party: the case of the *Monetary Gold Removed from Rome in 1943* shows that (*I.C.J. Reports 1954*, p. 32). But, as was indicated by that case and emphasized in later cases expounding it, the Court would only decline to exercise its jurisdiction where the legal interests of a State not party to the proceedings “would not only be affected by a decision, but would form the very subject-matter of the decision” (*ibid.*). That this was the position in that case is shown by the following part of the Judgment:

“The first Submission in the Application centres around a claim by Italy against Albania, a claim to indemnification for an alleged wrong. Italy believes that she possesses a right against Albania for the redress of an international wrong which, according to Italy, Albania has committed against her. In order, therefore, to determine whether Italy is entitled to receive the gold, it is necessary to determine whether Albania has committed any international wrong against Italy, and whether she is under an obligation to pay compensation to her; and, if so, to determine also the amount of compensation. In order to decide such questions, it is necessary to determine whether the Albanian law of January 13th, 1945, was contrary to international law. In the determination of these questions — questions which relate to the lawful or unlawful character of certain actions of Albania vis-à-vis Italy — only two States, Italy and Albania, are directly interested.” (*Ibid.*)

entre les données sociales et les normes destinées à les régir» — rapport qu'il appartient en particulier à la justice internationale de maintenir, comme nous le dit M. De Visscher.

CINQUIÈME PARTIE. UNE DÉCISION PRONONCÉE CONTRE L'AUSTRALIE
N'ÉQUIVAUDRA PAS À STATUER SUR LA RESPONSABILITÉ
DE LA NOUVELLE-ZÉLANDE ET DU ROYAUME-UNI

J'en viens enfin à l'argument de l'Australie selon lequel prononcer une décision contre elle équivaldra à statuer sur la responsabilité de la Nouvelle-Zélande et du Royaume-Uni, d'où il résulte que l'action intentée par Nauru l'est en réalité contre les trois gouvernements, alors que deux sont absents et n'ont pas accepté la compétence de la Cour en l'espèce.

L'Australie a souligné que l'argument ne consistait pas à faire de la Nouvelle-Zélande et du Royaume-Uni des «parties indispensables». Il existe en effet, dans une affaire portée devant la Cour, deux éléments qui invitent à user de prudence en adoptant une règle des «parties indispensables». Ces éléments, d'ailleurs connexes, sont premièrement que la compétence de la Cour est consensuelle et, deuxièmement, que la Cour n'a pas le pouvoir d'ordonner la participation de tierces parties à la même instance. Dans certaines circonstances, il se peut que la Cour soit incompétente pour connaître d'une affaire en l'absence d'une tierce partie ou qu'il soit inapproprié qu'elle le fasse: cela ressort de l'affaire de l'*Or monétaire pris à Rome en 1943* (C.I.J. Recueil 1954, p. 32). Toutefois, comme le montrait cette affaire et comme l'avaient fait ressortir les affaires ultérieures qui l'ont interprétée, la Cour ne refuse d'exercer sa compétence que dans l'hypothèse où les intérêts d'ordre juridique d'un Etat qui n'est pas partie à l'instance «seraient non seulement touchés par une décision, mais constitueraient l'objet même de ladite décision» (*ibid.*). Tel était alors le cas, comme l'indique le passage suivant de l'arrêt:

«La première demande énoncée dans la requête gravite autour d'une réclamation de l'Italie contre l'Albanie, réclamation d'indemnité pour dommage prétendu. L'Italie estime avoir contre l'Albanie droit à réparation d'un délit international que, selon l'Italie, l'Albanie aurait commis envers elle. En conséquence, pour déterminer si l'Italie a titre à recevoir l'or, il est nécessaire de déterminer si l'Albanie a commis un délit international contre l'Italie et si elle est tenue à réparation envers elle; puis, dans ce cas, de déterminer aussi le montant de l'indemnité. Pour trancher ces questions, il est nécessaire de déterminer si la loi albanaise du 13 janvier 1945 était contraire au droit international. A la solution de ces questions, lesquelles concernent le caractère licite ou illicite de certains actes de l'Albanie vis-à-vis de l'Italie, deux Etats seulement, l'Italie et l'Albanie, sont directement intéressés.» (*Ibid.*)

Thus, in that case the Court was being asked to determine whether Albania, a non-party, had by its actions engaged international responsibility to Italy, the Applicant, and, if so, whether, in consequence, certain monetary gold belonging to Albania should be treated as due to Italy by way of compensation. Without determining these issues as between Italy and Albania, the Court could not pass on to determine the issues presented in the Application as between the parties thereto: Italy's claims against the parties to the case depended on the outcome of a claim which it was asserting against Albania in its Application against those parties. It was not a case in which the decision which the Court was asked to pronounce as between the parties before it might be based on a course of reasoning which could be extended to a non-party; the decision would constitute a direct determination of the responsibility of the non-party, with concrete and juridically dispositive effects for its admitted ownership of the gold. A court (including this Court) may in some circumstances give judgment against a party *in absentia*; but no court, not even a municipal court exercising jurisdiction on a non-consensual basis, can give judgment against someone who was not in some sense a party to the proceedings, or to the relevant phase thereof leading to the particular judgment, with a corresponding entitlement to be heard. To do so would be to offend against a cardinal principle of judicial organization which forbids a court from adjudicating in violation of the *audi alteram partem* rule. That precept of judicial behaviour, which is of general application to all courts, would clearly have been affronted if the Court had adjudicated on Albania's responsibility. Additionally, the requirement for consent to jurisdiction, which is specific to this particular Court, would also have been negated.

It follows that the test to be applied in deciding whether the Court may not properly act is not simply whether it would have been more convenient to decide an issue with the presence before the Court of all the States that might be affected by the decision, but whether the absence of such a State is, in the particular circumstances, such as to make it impossible for the Court judicially to determine the issues presented before it even when account is taken of the protective provisions of Article 59 of the Statute.

The passage quoted above from the *Monetary Gold* case was cited by counsel for Nicaragua in the *Military and Paramilitary Activities* case (CR 84/14, p. 26, Mr. Reichler). It was cited in opposition to an argument by counsel for the United States to the effect that not only would the responsibilities of certain non-party States be necessarily determined by any decision against the United States, but that the decision would have practical effects on those States. The effects would be practical, it was argued, in the sense that, if the Court, as it was requested by Nicaragua, were to enjoin the United States from co-operating militarily with those States, the consequence would be to prevent them from obtaining any law-

Ainsi, dans cette affaire, il était demandé à la Cour de décider si les actes de l'Albanie, qui n'était pas partie, avaient engagé sa responsabilité internationale envers l'Italie, le demandeur, et en ce cas, s'il fallait, par voie de conséquence, considérer qu'un certain or monétaire appartenant à l'Albanie était dû à l'Italie à titre de réparation. Sans régler ces questions entre l'Italie et l'Albanie, la Cour ne pouvait se prononcer sur les points litigieux présentés dans la requête entre les parties à l'instance: les demandes formulées par l'Italie contre les parties à l'instance dépendaient de l'issue d'une demande qu'elle formulait contre l'Albanie dans sa requête contre ces parties. En cette affaire il n'était pas demandé à la Cour de rendre une décision statuant entre les parties à l'instance en se fondant sur des motifs susceptibles d'être étendus à un Etat qui n'y était pas partie; la décision aurait statué directement sur la responsabilité de l'Etat qui n'était pas partie et entraîné des effets concrets de caractère dispositif en droit quant à la propriété reconnue de l'or. Un tribunal (y compris la Cour) peut dans certaines circonstances prononcer une décision contre une partie absente; mais aucun tribunal, pas même un tribunal de l'ordre interne qui n'exerce pas sa compétence sur une base consensuelle, ne peut statuer contre une personne qui n'était pas, d'une manière ou d'une autre, partie à l'instance, ou à la phase pertinente de celle-ci aboutissant à une décision, et avait donc le droit d'être entendue. Agir de la sorte irait à l'encontre d'un principe cardinal de l'organisation judiciaire, qui interdit aux tribunaux de prononcer une décision contre quiconque n'est pas partie et d'enfreindre ainsi la règle *audi alteram partem*. La Cour aurait manifestement fait un affront à ce principe de comportement judiciaire, dont l'application générale vaut pour tous les tribunaux, si elle avait statué sur la responsabilité de l'Albanie. De plus, l'exigence du consentement à la compétence, qui vaut en particulier pour cette Cour, aurait été déniée elle aussi.

Le critère à appliquer pour décider si la Cour ne peut dûment agir consiste donc à déterminer, non pas simplement s'il aurait été plus commode de statuer sur un point du litige alors que tous les Etats dont un intérêt d'ordre juridique était en cause auraient comparu, mais si, vu les circonstances de l'affaire, l'absence de l'Etat en question est de nature à empêcher la Cour de trancher par une décision judiciaire les problèmes posés, même compte tenu des dispositions protectrices de l'article 59 du Statut.

Le passage reproduit ci-dessus de l'arrêt dans l'affaire de l'*Or monétaire* a été cité par le conseil du Nicaragua dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires* (CR 84/14, p. 26, M. Reichler). Celui-ci l'a cité afin de s'opposer à un argument du conseil des Etats-Unis selon lequel non seulement toute décision prononcée à l'encontre des Etats-Unis statuerait inévitablement sur les responsabilités de certains Etats qui n'étaient pas parties, mais qu'elle aurait une incidence concrète sur ces Etats. De tels effets seraient concrets, soutenait-on, en ce sens que, si la Cour devait interdire aux Etats-Unis, comme le demandait le Nicaragua, de coopérer avec ces Etats sur le plan militaire, cela empêcherait ces derniers, par

ful military assistance from the United States and in turn to impair their legal right of self-defence (CR 84/19, pp. 42 ff., Mr. J. N. Moore; see also CR 84/10, pp. 76-77, Mr. McGovern, and Counter-Memorial submitted by the United States of America, Part IV, Chap. I). The argument did not find favour with the Court (*Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua, I.C.J. Reports 1984*, pp. 184-186, 429-431). And yet, the argument would seem to have been stronger than Australia's contention in this case: unlike the position taken by the United States, Australia has not been able to argue that a decision against it would have the practical effect of depriving New Zealand and the United Kingdom of the ability to make use of any right which they may possess under international law. It is useful to note that the question, as the Court understood it, was not whether Nicaragua had a claim against any other State in an absolute sense (as Nauru might conceivably have against New Zealand and the United Kingdom), but whether such a claim was presented in the particular proceedings before the Court. In this respect, the Court recalled that Nicaragua

“emphasizes that *in the present proceedings* Nicaragua asserts claims against the United States only, and not against any absent State, so that the Court is not required to exercise jurisdiction over any such State” (*I.C.J. Reports 1984*, p. 430, para. 86; emphasis added).

Was the conclusion reached in the *Monetary Gold* case overturned by the position taken by the Court on Italy's application to intervene in the case of the *Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya/Malta)*? Refusing the application, the Court said:

“The future judgment will not merely be limited in its effects by Article 59 of the Statute: it will be expressed, upon its face, to be without prejudice to the rights and titles of third States.” (*I.C.J. Reports 1984*, pp. 26-27, para. 43.)

Although, strictly speaking, the second part of the statement seemed unnecessary, the substance of the statement was in keeping with the previously settled jurisprudence of the Court. However, at the merits stage the Court said:

“The present decision must, as then foreshadowed [in 1984], be limited in geographical scope so as to leave the claims of Italy unaffected, that is to say that the decision of the Court must be confined to the area in which, as the Court has been informed by Italy, that State has no claims to continental shelf rights.” (*I.C.J. Reports 1985*, p. 26, para. 21.)

Arguably, the position so taken by the Court went beyond, and was not really foreshadowed by, the position previously taken by it in 1984, for

voie de conséquence, de recevoir aucune assistance militaire licite des Etats-Unis et porterait donc atteinte à leur droit de légitime défense (CR 84/19, p. 42 et suiv., M. J. N. Moore; voir aussi CR 84/10, p. 76-77, M. McGovern, et le contre-mémoire présenté par les Etats-Unis d'Amérique, quatrième partie, chap. I). L'argument n'a pas été accueilli par la Cour (*Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, C.I.J. Recueil 1984, p. 184-186, 429-431). Pourtant, il semblerait que cet argument aurait été plus solide que l'affirmation de l'Australie en l'espèce : à la différence de la position adoptée par les Etats-Unis, l'Australie n'a pas pu soutenir qu'une décision prononcée contre elle aurait pour effet concret de priver la Nouvelle-Zélande et le Royaume-Uni de la possibilité d'exercer un droit qui peut leur être reconnu par le droit international. Il est utile de relever que la question, telle que la Cour l'a comprise, ne consistait pas à savoir si le Nicaragua pouvait, dans un sens absolu, présenter une réclamation contre un autre Etat (comme il est concevable que Nauru pouvait le faire contre la Nouvelle-Zélande et le Royaume-Uni), mais si une telle réclamation avait été présentée dans l'instance introduite devant la Cour. A cet égard, la Cour a rappelé que le Nicaragua

« souligne que, dans la présente espèce, le Nicaragua exerce une action contre les seuls Etats-Unis, et non contre tel ou tel Etat absent, si bien qu'il n'est pas demandé à la Cour d'exercer sa juridiction à l'égard d'un tel Etat » (C.I.J. Recueil 1984, p. 430, par. 86; les italiques sont de moi).

La conclusion retenue dans l'affaire de l'*Or monétaire* a-t-elle été renversée quand la Cour a pris position sur la requête à fin d'intervention de l'Italie dans l'affaire du *Plateau continental (Jamahiriya arabe libyenne/Malte)*? En rejetant la requête, la Cour a déclaré :

« L'arrêt futur ne sera pas seulement limité dans ses effets par l'article 59 du Statut; il sera exprimé sans préjudice des droits et titres d'Etats tiers. » (C.I.J. Recueil 1984, p. 26-27, par. 43.)

Bien que, à proprement parler, la deuxième partie de ce passage semble superflue, l'essentiel de la déclaration s'accordait avec la jurisprudence établie de la Cour. Pourtant, en statuant sur le fond, la Cour a déclaré :

« La présente décision doit, comme on l'a ainsi laissé prévoir [en 1984], être d'une portée géographique limitée de manière à ne pas affecter les prétentions de l'Italie; autrement dit, elle ne doit porter que sur la zone où, selon les indications qu'elle a données à la Cour, l'Italie n'émet pas de prétentions sur le plateau continental. » (C.I.J. Recueil 1985, p. 26, par. 21.)

On peut donc soutenir que la position ainsi adoptée par la Cour allait au-delà de sa position de 1984 et que celle-ci ne l'avait pas préfigurée : la Cour

now the Court was not merely saying that its decision would not in law affect Italy's interests, but was in fact refraining from adjudicating as between the parties before it with respect to any areas in relation to which Italy might have a claim. It seems to me that a point of some difficulty was raised by the argument that, if Italy's claims had been sufficiently extensive, this, on the view which the Court eventually took, could well have prevented the Court from giving any judgment at all as between the parties before it (*I.C.J. Reports 1985*, p. 28, para. 23). Possibly, the cited dictum of the Court in its 1985 decision is to be explained by certain "special features" to which it referred (*ibid.*). Alternatively, it is to be explained by the particular terms of the Special Agreement, under which the Court was expected to decide

"in absolute terms, in the sense of permitting the delimitation of the areas of shelf which 'appertain' to the Parties, as distinct from the areas to which one of the Parties has shown a better title than the other, but which might nevertheless prove to 'appertain' to a third State if the Court had jurisdiction to enquire into the entitlement of that third State, . . ." (*ibid.*, p. 25, para. 21).

In effect, the Special Agreement itself required the Court to refrain from adjudicating over areas which were subject to Italy's claims and which might therefore not "appertain" in "absolute terms" to the parties to the case. In my opinion, the case did not modify the general principle laid down in the *Monetary Gold* case.

That principle was applied in the case concerning the *Land, Island and Maritime Frontier Dispute* (*I.C.J. Reports 1990*, p. 92). For present purposes, the reasoning of the Chamber, particularly on questions of opposability, is to be found in the passage from its decision set out in the dissenting opinion of Judge Schwebel in the present case. The decision was closely canvassed by both sides. On a consideration of the views expressed, it seems to me that something could be said for the proposition that, *ex hypothesi*, a condominium of the three States (the case advanced by El Salvador), or a "community of interests" among them (the case advanced by Honduras), could not take effect in law as between two of them only. To determine that the rights of two States are governed by a condominium or by a "community of interests" of three is arguably to determine, on a basis of necessary interdependence, that the rights of the third State are also thereby governed. It is not easy to see how a declaration upholding the existence of either of the two suggested régimes could apply as between two of the three States save on the basis that it had the same legal effect in relation to the third State. By contrast, in the present case, any judgment against Australia can have full effect as between the two litigating States without needing to produce any legal effects in relation to the two absent States. The reasoning of the Chamber, in holding that it was not precluded from hearing the case before it in the absence of Nicaragua as a party, applies *a fortiori* to justify the hearing of the present case in the absence of New Zealand and the United

désormais ne déclarait pas simplement que sa décision n'affecterait pas en droit les intérêts de l'Italie, mais s'abstenait en fait de statuer entre les parties à l'instance sur des zones où l'Italie pourrait émettre des prétentions. Une question assez difficile me semble avoir été soulevée par l'argument selon lequel, si les prétentions de l'Italie avaient revêtu une ampleur suffisante, cela aurait bien pu empêcher totalement la Cour, selon le point de vue adopté par elle en fin de compte, de statuer entre les parties à l'instance (*C.I.J. Recueil 1985*, p. 28, par. 23). La déclaration en question de la Cour dans son arrêt de 1985 s'explique peut-être par certaines « particularités » dont elle fait mention (*ibid.*). Ou alors il faut l'expliquer par les termes mêmes du compromis, d'après lesquels la décision de la Cour devait être exprimée :

« en termes absolus, en ce sens qu'elle permettra de délimiter les zones de plateau qui « relèvent » des Parties, par opposition à celles sur lesquelles l'une des Parties a fait valoir un meilleur titre que l'autre, mais qui pourraient néanmoins « relever » en définitive d'un Etat tiers si la Cour avait compétence pour vérifier le titre de celui... » (*ibid.*, p. 25, par. 21).

En réalité, le compromis lui-même demandait à la Cour de s'abstenir de statuer sur des zones où l'Italie pourrait émettre des prétentions et qui risquaient donc de ne pas « relever » en « termes absolus » des parties à l'affaire. A mon avis, cet arrêt n'a rien changé au principe général défini dans l'affaire de l'*Or monétaire*.

Ce principe a été appliqué dans l'affaire du *Différend frontalier terrestre, insulaire et maritime* (*C.I.J. Recueil 1990*, p. 92). En l'occurrence, le raisonnement de la Chambre, surtout sur les questions d'opposabilité, figure dans le passage de sa décision reproduit dans l'opinion dissidente de M. Schwebel en l'espèce. La décision a été discutée minutieusement de part et d'autre. Après avoir examiné les vues exprimées, il me semble qu'il y a quelque chose à retenir dans la proposition selon laquelle, par hypothèse, un condominium des trois Etats (cause plaidée par El Salvador), ou une « communauté d'intérêts » entre eux (cause plaidée par le Honduras) ne pourrait prendre effet en droit dans les seules relations de deux d'entre eux. On peut soutenir que juger que les droits de deux Etats sont régis par un condominium ou par une « communauté d'intérêts » de trois équivaut à décider, sur la base de l'interdépendance nécessaire, que les droits du troisième Etat sont aussi régis de la même manière. On voit mal comment une déclaration confirmant l'existence de l'un ou l'autre des deux régimes évoqués pourrait s'appliquer dans les rapports entre deux des trois Etats si l'on n'admet pas qu'elle produit le même effet en droit vis-à-vis du troisième. Au contraire, en l'espèce, toute décision prononcée à l'encontre de l'Australie peut produire son plein effet dans les rapports entre les deux Etats parties à l'instance sans qu'il soit nécessaire qu'elle ait des effets juridiques à l'égard des deux Etats absents. Le raisonnement suivi par la Chambre, quand elle a jugé qu'elle n'était pas empêchée de connaître de l'affaire portée devant elle alors que le Nicaragua n'avait pas comparu

Kingdom. I have difficulty in seeing how it may be possible to reconcile the decision in that case with a different conclusion in this.

Australia accepts that, unlike the position in the *Monetary Gold* case, it is not necessary for the Court in this case to make a determination of responsibility against New Zealand and the United Kingdom as a prerequisite to making a determination of responsibility against Australia. However, Australia takes the view that any determination against it would necessarily imply simultaneous determinations against New Zealand and the United Kingdom, and it considers that this would be equally barred by the *ratio decidendi* of the *Monetary Gold* case in so far as this rests on the incompetence of the Court to determine the responsibility of any State without its consent. I agree that if the Court is in fact making a determination of the responsibility of a non-party, the particular stage in the decision-making process at which it is doing so cannot make the decision less objectionable. But this would be so only if what was involved was a judicial determination purporting to produce legal effects for the absent party, as was visualized in the *Monetary Gold* case, and not merely an implication in the sense of an extended consequence of the reasoning of the Court. It seems to me that an approach based on simultaneity of determinations is likely to involve an implication of that kind, and not an adjudication. The Court's jurisprudence shows that such implications are not a bar to the exercise of jurisdiction.

As I read the *Monetary Gold* case, the test is not merely one of sameness of subject-matter, but also one of whether, in relation to the same subject-matter, the Court is making a judicial determination of the responsibility of a non-party State. Leaving aside the question of sameness of subject-matter, would a decision in this case constitute a judicial determination of the responsibility of New Zealand and the United Kingdom? Or, if it would not technically constitute such a determination, would it be tantamount to such a determination in the very real sense in which the Court was asked to determine the responsibility of Albania?

In considering whether a possible judgment against Australia would amount to a determination of the responsibility of New Zealand and the United Kingdom, it is relevant, and, indeed, necessary, to consider the legal elements on which such a judgment might be based. The suit before the Court is constituted as between Nauru and Australia. Nauru is asking the Court to say that Australia is in breach of a certain obligation which Australia allegedly had to Nauru under international law. The obligation, assuming that it existed, was also the obligation of New Zealand and the United Kingdom. But Nauru does not need to rely on this fact, and the Court, while it may notice the fact, does not need to found its decision on it. That others had the same obligation does not lessen the fact that Aus-

comme partie, s'applique à plus forte raison pour justifier la décision de connaître de la présente instance en l'absence de la Nouvelle-Zélande et du Royaume-Uni. Je vois mal comment on pourrait concilier la décision prononcée dans cette affaire avec une conclusion différente en l'espèce.

L'Australie admet qu'à la différence de la situation dans l'affaire de l'*Or monétaire*, la Cour en l'espèce n'a pas besoin, à titre de condition préalable, de décider que la responsabilité de la Nouvelle-Zélande et du Royaume-Uni est engagée pour décider que l'Australie est responsable. L'Australie estime cependant que toute décision prononcée à son encontre ne pourra manquer d'impliquer des décisions simultanées contre la Nouvelle-Zélande et le Royaume-Uni; selon elle, un tel résultat serait lui aussi interdit par les motifs de l'arrêt dans l'affaire de l'*Or monétaire*, dans la mesure où ceux-ci retiennent comme justification que la Cour est incompétente pour statuer sur la responsabilité d'un Etat sans son consentement. Je reconnais que si la Cour statue en fait sur la responsabilité d'un Etat qui n'est pas partie, une telle décision ne saurait soulever moins d'objections à cause du stade particulier de la procédure judiciaire auquel elle intervient. Toutefois, cela ne serait vrai que s'il s'agissait d'une décision judiciaire prétendant produire des effets juridiques à l'égard de la partie absente, comme cela avait été envisagé dans l'affaire de l'*Or monétaire*, et non pas simplement d'une implication au sens d'un élargissement des effets du raisonnement de la Cour. Si l'on aborde la question du point de vue de la simultanéité des déterminations, c'est une implication de ce genre qui semble devoir en résulter et non un prononcé judiciaire. La jurisprudence de la Cour établit que de telles implications ne font pas obstacle à l'exercice de la compétence.

Selon mon interprétation de l'affaire de l'*Or monétaire*, le critère n'est pas seulement celui de l'identité d'objet, mais aussi celui de savoir si, par rapport à un même objet, la détermination judiciaire de la Cour porte sur la responsabilité d'un Etat qui n'est pas partie. Si on laisse de côté la question de l'identité d'objet, une décision dans la présente affaire constituerait-elle une détermination judiciaire de la responsabilité de la Nouvelle-Zélande et du Royaume-Uni? Ou, sans constituer une telle détermination dans les formes, cela équivaudrait-il à une telle détermination au sens véritable auquel il fut demandé à la Cour de statuer sur la responsabilité de l'Albanie?

Quand on se demande si un arrêt éventuellement défavorable à l'Australie reviendrait à une détermination de la responsabilité de la Nouvelle-Zélande et du Royaume-Uni, il est pertinent, et même nécessaire, de rechercher sur quels éléments juridiques pourrait se fonder un tel arrêt. L'instance devant la Cour est établie entre Nauru et l'Australie. Nauru demande à la Cour de dire que l'Australie a enfreint une certaine obligation dont elle serait tenue envers Nauru en droit international. L'obligation, à supposer qu'elle ait existé, incombait aussi à la Nouvelle-Zélande et au Royaume-Uni. Mais Nauru n'a pas besoin de tirer argument de ce fait et la Cour, tout en en prenant note, n'a pas besoin de fonder sur lui sa décision. Le fait que d'autres aient été tenus de la même obligation

tralia had the obligation. It is only with Australia's obligation that the Court is concerned. In contrast with the situation in the *Monetary Gold* case, the decision of the Court as between Nauru and Australia will not be based on the obligation of New Zealand and the United Kingdom. Also, even if the obligation was joint, the decision of the Court need not be founded on that fact: in that connection, as has been noticed in Part I, in today's Judgment the Court has not found it necessary to say whether or not the obligation was joint (see paragraph 48 of the Judgment). If it was joint, this would not mean that it was any the less the obligation of Australia. All the Court is concerned with in these proceedings is whether the obligation, if it existed, was Australia's obligation.

Therefore, there need be nothing in the legal elements of a possible judgment in favour of Nauru which would require the judgment to be construed as *per se* constituting or amounting to a judicial determination of the responsibility of New Zealand and the United Kingdom. On the basis of argument that the obligation was intrinsically and inseparably joint, it might be contended that the conclusion reached in the judgment could in logic be extended to New Zealand and the United Kingdom; but this would be a matter of extending the reasoning of the Court to a case to which its judgment *per se* does not apply and on a ground not relied on by the judgment itself. So far as the judgment is concerned, by itself it will not affect the rights of New Zealand or the United Kingdom in the sense in which a judgment deploys its effects, as would have been the case with Albania. New Zealand and the United Kingdom will not be deprived of any rights in the subject-matter of the case, or at all. Certainly, no property or property rights belonging to them will be transferred or otherwise affected as a result of such a decision. It is difficult to see what protection will be needed beyond that provided by Article 59 of the Statute of the Court.

In any proceedings by Nauru against them, New Zealand and the United Kingdom will be free to deny liability on any ground, whether or not it is a ground pleaded by Australia in these proceedings; in this respect, differences have been noticed in Part II above between the position of Australia, on the one hand, and that of New Zealand and the United Kingdom, on the other, under the Trusteeship Agreement, and it cannot be assumed *a priori* that these differences could not be reflected in the defence to any such proceedings. However strong may be the tendency of the Court to follow a possible decision given in this case in favour of Nauru in any proceedings brought by Nauru against New Zealand and the United Kingdom, that tendency still falls short of being a judicial determination made in this case of the responsibility of those two States in the sense in which the Court was asked to make a determination of the responsibility of Albania in the *Monetary Gold* case. A decision in this case, if, as I think, it does not *per se* constitute a judicial determination of the responsibility of New Zealand and the United Kingdom, can at best

n'empêche en rien que l'Australie en était également tenue. La Cour ne s'occupe que de l'obligation de l'Australie. Contrairement à la situation dans l'affaire de l'*Or monétaire*, la décision de la Cour dans le différend entre Nauru et l'Australie ne se fondera pas sur l'obligation de la Nouvelle-Zélande et du Royaume-Uni. De plus, même si l'obligation était conjointe, la décision de la Cour n'a pas besoin de se fonder sur ce fait : à cet égard, comme on l'a noté dans la première partie, dans l'arrêt de ce jour la Cour n'a pas jugé nécessaire de dire si l'obligation était ou non conjointe (voir paragraphe 48 de l'arrêt). Si cette obligation était conjointe, cela ne signifierait pas qu'elle incombait d'autant moins à l'Australie. Tout ce qui intéresse la Cour dans la présente instance, c'est de savoir si l'obligation, à supposer qu'elle ait existé, était une obligation incombant à l'Australie.

Les éléments juridiques d'un arrêt qui serait en faveur de Nauru n'auraient donc besoin de rien contenir qui oblige à l'interpréter en ce sens qu'il constituerait par lui-même ou par équivalent une décision judiciaire sur la responsabilité de la Nouvelle-Zélande et du Royaume-Uni. A se fonder sur l'argument que l'obligation était intrinsèquement et indissociablement conjointe on pourrait soutenir que la logique permet d'étendre à la Nouvelle-Zélande et au Royaume-Uni la conclusion tirée dans l'arrêt; mais il s'agirait alors d'étendre le raisonnement de la Cour à une affaire à laquelle son arrêt ne s'applique pas en soi et pour un motif sur lequel ne se fonde pas l'arrêt lui-même. Pour ce qui est de l'arrêt, il n'affectera pas, par lui-même, les droits de la Nouvelle-Zélande ou du Royaume-Uni au sens auquel une décision de justice produit ses effets, comme il serait advenu dans le cas de l'Albanie. La Nouvelle-Zélande et le Royaume-Uni ne seront privés d'aucun droit afférent à l'objet de l'affaire, ni d'aucun droit quel qu'il soit. Il est certain qu'aucun bien ou droit de propriété leur appartenant ne sera transféré, ni ne subira aucune autre atteinte en vertu d'une telle décision. On voit mal quelle protection supplémentaire sera nécessaire outre celle qu'assure l'article 59 du Statut de la Cour.

Dans toute instance introduite contre eux par Nauru, la Nouvelle-Zélande et le Royaume-Uni seront libres de dénier leur responsabilité en invoquant n'importe quel moyen, qu'il s'agisse ou non d'un moyen plaidé par l'Australie dans la présente instance; à cet égard, des différences ont été indiquées dans la deuxième partie ci-dessus entre ce qu'étaient, en vertu de l'accord de tutelle, d'une part la position de l'Australie, de l'autre celle de la Nouvelle-Zélande et du Royaume-Uni; et l'on ne peut partir a priori du principe que ces différences ne pourraient apparaître dans les moyens de défense invoqués aux fins d'une telle instance. Quelque marquée que puisse être la tendance de la Cour à suivre une éventuelle décision prononcée au profit de Nauru en l'espèce dans toute instance introduite par Nauru contre la Nouvelle-Zélande et le Royaume-Uni, on ne peut ériger cette tendance en une décision judiciaire de la Cour en l'espèce sur la responsabilité de ces deux Etats au sens auquel il lui fut demandé de statuer sur la responsabilité de l'Albanie dans l'affaire de l'*Or monétaire*. Si, comme je le pense, une décision en l'espèce ne cons-

have only precedential value in any proceedings concerning their responsibility; and that value, however high one may be disposed to rate it, is only influential, not controlling. The possibility of a court deciding differently on the same issues in differently constituted proceedings is not a phenomenon less known to the law than the general propensity of courts to be guided by their rulings in similar cases. To use the propensity to be guided by previous rulings to exclude the possibility of deciding differently in a later case would be even less right in international litigation than it would be in municipal.

It has been correctly pointed out that “[a]s interstate relationships become more complex, it is increasingly unlikely that any particular dispute will be strictly bilateral in character” (L. F. Damrosch, “Multilateral Disputes”, in L. F. Damrosch (ed.), *The International Court of Justice at a Crossroads*, 1987, p. 376). Counsel writing for Nicaragua in the *Military and Paramilitary Activities* case had earlier spelt out the implications of that consideration in the following way:

“The rule established in *Monetary Gold* is soundly grounded in the realities of contemporary international relations. Legal disputes between States are rarely purely bilateral. As in the case of delimitation of the continental shelf, the resolution of such disputes will often directly affect the legal interests of other States. If the Court could not adjudicate without the presence of all such States, even where the parties before it had consented fully to its jurisdiction, the result would be a severe and unwarranted constriction of the Court’s ability to carry out its functions.” (*Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, *Jurisdiction and Admissibility*, Memorial of Nicaragua, para. 248.)

I agree with Australia that the

“fact that international disputes may be increasingly multilateral in nature is no reason to ignore the fundamental international law principles of sovereignty of States and the requirement of consent to adjudication” (Preliminary Objections of the Government of Australia, Vol. I, p. 144, para. 363).

But I do not think that these principles are in danger of being violated in this case. That the wider implications of a dispute do not necessarily prevent adjudication in litigation between some only of the interested parties would seem to have been implicitly anticipated by the Permanent Court of International Justice as early as 1932 (*Free Zones of Upper Savoy and the District of Gex*, P.C.I.J., Series A/B, No. 46, p. 136). As observed above, this

titue pas en soi une détermination judiciaire de la responsabilité de la Nouvelle-Zélande et du Royaume-Uni, elle ne saurait revêtir au mieux qu'une valeur de précédent dans toute action relative à leur responsabilité; or, une telle valeur, quelle que soit l'importance qu'on est disposé à lui attribuer, exerce bien une influence, mais n'est pas déterminante. La faculté d'un tribunal de statuer différemment sur les mêmes questions dans des instances différemment constituées n'est pas un phénomène moins connu en droit que la propension générale des tribunaux à s'inspirer de ce qu'ils ont décidé dans des affaires semblables. Il serait encore moins justifié dans le contentieux international que dans le contentieux interne de s'appuyer sur la propension à s'inspirer des décisions antérieures pour exclure la faculté de statuer d'une autre manière dans une affaire ultérieure.

On a fait observer à juste titre « qu'au fur et à mesure que les relations entre les Etats deviennent plus complexes, il est de moins en moins probable qu'un différend, quel qu'il soit, présente un caractère strictement bilatéral » (L. F. Damrosch, « Multilateral Disputes », dans L. F. Damrosch (dir. publ.), *The International Court of Justice at a Crossroads*, 1987, p. 376). Dans un exposé écrit présenté pour le Nicaragua dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires*, le conseil avait déjà présenté de la manière suivante les incidences de cette observation :

« La règle établie dans l'*Or monétaire* est solidement fondée sur les réalités des relations internationales contemporaines. Il est rare en effet que les différends d'ordre juridique entre Etats soient purement bilatéraux. Comme dans le cas de la délimitation du plateau continental, le règlement des différends se répercute souvent de façon directe sur les intérêts juridiques d'autres Etats. Vouloir empêcher la Cour de statuer sans la présence de tous ces Etats, même quand les parties à la procédure ont pleinement accepté sa compétence, serait donc soumettre à une restriction grave et arbitraire sa faculté de s'acquitter de ses fonctions. » (*Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique)*, compétence et recevabilité, mémoire du Nicaragua, par. 248.)

Je suis d'accord avec l'Australie pour dire :

« les différends internationaux sont de plus en plus souvent multilatéraux, mais cela ne justifie pas que l'on ignore les principes fondamentaux du droit international que sont la souveraineté des Etats et la reconnaissance préalable de la compétence judiciaire » (exceptions préliminaires de l'Australie, vol. I, p. 144, par. 363),

mais je ne crois pas que ces principes risquent d'être enfreints en l'espèce. Que les incidences plus étendues d'un différend n'empêchent pas nécessairement de statuer sur un litige qui oppose certaines seulement des parties intéressées, la Cour permanente de Justice internationale semble l'avoir tacitement admis par anticipation dès 1932 (*Zones franches de la Haute-Savoie et du pays de Gex*, C.P.J.I série A/B n° 46, p. 136). Comme on

Court has recognized that, unless barred by the *Monetary Gold* principle, it should seek "to give the fullest decision it may in the circumstances of each case" (*Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya/Malta), Application for Permission to Intervene, I.C.J. Reports 1984*, p. 25, para. 40).

The jurisprudence of the Court is under constant review; no case, however venerable, is exempt from scrutiny and re-evaluation. However, it would not appear that there has been any movement away from the stand taken by the Court when it stated in 1984 that the "circumstances of the *Monetary Gold* case probably represent the limit of the power of the Court to refuse to exercise its jurisdiction" (*Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), I.C.J. Reports 1984*, p. 431, para. 88; emphasis added). It may be that that limit has been set at a point which enables the Court to adjudicate in situations in which a municipal court would refrain from adjudicating unless there was joinder; but, if so, there are good reasons for the difference. The danger to the authority of the Court presented by any tendency to act on the basis of a low jurisdictional threshold is not something to be lightly dismissed; but I do not feel oppressed by any apprehension in the circumstances of this case if, as I consider, it can be treated as being within the limits permitted by the *Monetary Gold* case and as therefore not involving the exercise of jurisdiction against non-parties.

The decision in the *Monetary Gold* case turned in part on the fact that the rule enunciated in Article 59 of the Statute "rests on the assumption that the Court is at least able to render a binding decision" (*I.C.J. Reports 1954*, p. 33). For the reasons already given, in that case the Court could not give a decision on the seminal issue concerning Albania's international responsibility that would be "binding upon any State, either the third State, or any of the parties before it" (*ibid.*). A decision in this case would of course not be binding on New Zealand and the United Kingdom; but I am unable to see why it would not be binding on Australia. Australia is before the Court; even if the alleged responsibility was joint, this does not by itself mean that Australia could not ultimately share in the responsibility (if any) on any basis whatsoever. It is for the Court to determine whether there is any basis on which Australia shares the responsibility. If the Court determines that there is a basis, it is difficult to see why its decision would not be binding on Australia.

I should also say something about Australia's contention that the absence of New Zealand and the United Kingdom from the proceedings deprives the Court of "critical factual information" (Preliminary Objections of the Government of Australia, Vol. I, p. 140, para. 354). Australia's reliance on the *Status of Eastern Carelia* case (*P.C.I.J., Series B, No. 5*, p. 27) overlooks the fact that the absence of an interested State does not necessarily operate to deprive the Court of evidence if the evidence is otherwise available (*Western Sahara, I.C.J. Reports 1975*, pp. 28-29). The

l'a fait observer plus haut, la Cour a reconnu qu'à moins d'en être empêchée par le principe de l'*Or monétaire*, elle doit essayer « de se prononcer aussi complètement que possible dans les circonstances de chaque espèce » (*Plateau continental (Jamahiriya arabe libyenne/Malte), requête à fin d'intervention, C.I.J. Recueil 1984*, p. 25, par. 40).

La jurisprudence de la Cour subit une révision continue; aucun arrêt, même des plus respectés, n'est à l'abri d'un examen et d'une réévaluation. Il ne semble pourtant pas que la Cour se soit aucunement écartée de la position qu'elle a prise quand elle a déclaré, en 1984, que « les circonstances de l'affaire de l'*Or monétaire* marquent vraisemblablement la limite du pouvoir de la Cour de refuser d'exercer sa juridiction » (*Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique), C.I.J. Recueil 1984*, p. 431, par. 88; les italiques sont de moi). Il se peut que cette limite ait été fixée de telle sorte qu'elle permette à la Cour de statuer alors qu'un tribunal interne s'abstiendrait de le faire en l'absence d'une mise en cause; mais, s'il en a été ainsi, la différence s'explique pour de bonnes raisons. Le danger que représente, pour l'autorité de la Cour, toute tendance à agir en abaissant beaucoup le seuil de sa compétence ne doit pas être écarté à la légère; mais je ne suis en proie à aucune crainte, compte tenu des circonstances de la présente affaire, si l'on peut admettre, comme je le pense, qu'elle rentre dans les limites admises par l'arrêt dans l'affaire de l'*Or monétaire*, et qu'elle ne fait donc pas intervenir l'exercice de la compétence à l'égard d'entités non parties.

La décision dans l'affaire de l'*Or monétaire* reposait en partie sur le fait que la règle énoncée à l'article 59 du Statut « suppose que la Cour est pour le moins en mesure de rendre une décision qui lie les parties » (*C.I.J. Recueil 1954*, p. 33). Pour les raisons déjà indiquées, la Cour dans cette affaire ne pouvait prononcer, sur la question riche en effets de la responsabilité internationale de l'Albanie, une décision qui soit « obligatoire pour aucun Etat, ni pour l'Etat tiers, ni pour aucune des parties qui sont devant elle » (*ibid.*). Une décision en l'espèce ne lierait évidemment ni la Nouvelle-Zélande, ni le Royaume-Uni; je ne vois pas pourquoi elle ne lierait pas l'Australie. L'Australie a comparu devant la Cour; même si la responsabilité alléguée était conjointe, cela ne signifie pas en soi que l'Australie ne saurait assumer sa part de responsabilité (si elle existe) pour aucune raison quelle qu'elle soit. C'est à la Cour qu'il appartient de décider si l'on est fondé à attribuer une part de responsabilité à l'Australie. Si la Cour dit qu'on est fondé à le faire, il est difficile de voir pourquoi sa décision ne serait pas obligatoire pour l'Australie.

Je devrais aussi dire quelque chose de l'allégation de l'Australie selon laquelle l'absence de la Nouvelle-Zélande et du Royaume-Uni dans l'instance prive la Cour de certains « éléments de fait déterminants » (exceptions préliminaires de l'Australie, vol. I, p. 140, par. 354). Quand l'Australie invoque l'affaire du *Statut de la Carélie orientale (C.P.J.I. série B n° 5*, p. 27), elle ne tient pas compte du fait que l'absence d'un Etat intéressé n'a pas nécessairement pour effet de priver la Cour d'éléments de preuve si elle peut se procurer ces éléments d'une autre manière (*Sahara occidental*,

latter was also an advisory opinion case, but this does not affect the general proposition. A person who can give relevant evidence may be a necessary witness, not a necessary party¹. In systems which provide for it, joinder is not justified for the sole purpose of securing or facilitating the production of evidence: evidence must be produced in the normal ways. A contention similar to Australia's was advanced in the *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua, Jurisdiction and Admissibility* case, but without success (*I.C.J. Reports 1984*, p. 430, para. 86; United States Counter-Memorial, para. 443; and Mr. J. N. Moore, CR 84/19, at pp. 42, 47, 48, 51). In any event, the arguments do not persuade me that Australia, having in fact been in charge of the administration of Nauru at all material times, is not, or cannot be, in possession of all the relevant evidence.

CONCLUSION

Australia's arguments are worthy of consideration, and there could be more than one view of their value. For the reasons given, I have not, however, been able to feel persuaded. In my opinion, the obligations of the three Governments under the Trusteeship Agreement were joint and several, and Australia could accordingly be sued alone. In the alternative, if the obligations were joint, this circumstance still did not prevent Nauru from suing Australia alone. Nor do I think that a possible judgment against Australia will amount to a determination of the responsibilities of New Zealand and the United Kingdom. Whether Australia in fact had an international obligation to ensure the rehabilitation of worked-out phosphate lands, whether, if so, it was in breach of that obligation, and what, if so, is the extent of responsibility which it thereby engaged, are different questions.

(Signed) Mohamed SHAHABUDEEN.

¹ *Amon v. Raphael Tuck & Sons, Ltd.* [1956] 1 All ER 273, at pp. 286-287.

C.I.J. Recueil 1975, p. 28-29). Il s'agissait ainsi dans cette dernière affaire d'un avis consultatif, mais cela ne change rien à la proposition générale. Une personne capable d'apporter des éléments de preuve pertinents peut être un témoin nécessaire, non une partie nécessaire¹. Dans les systèmes qui la prévoient, la mise en cause n'est pas justifiée à seule fin d'obtenir ou de faciliter la présentation d'éléments de preuve : les preuves doivent être fournies par les moyens normaux. Une allégation semblable à celle de l'Australie a été proposée dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci, compétence et recevabilité*, mais sans succès (*C.I.J. Recueil 1984*, p. 430, par. 86; contre-mémoire des Etats-Unis, par. 443; et M. J. N. Moore, CR 84/19, p. 42, 47, 48, 51). De toute manière, les argumentations présentées ne me persuadent pas que l'Australie, qui a exercé en fait l'administration de Nauru à tous les moments qui comptent, ne soit pas ou ne puisse être en possession de tous les éléments de preuve pertinents.

CONCLUSION

Les arguments de l'Australie méritent d'être examinés et les avis peuvent différer quant à leur valeur. Pour les raisons indiquées, je ne suis pas en mesure de m'estimer persuadé. A mon avis, les obligations dont les trois gouvernements se trouvaient tenus en vertu de l'accord de tutelle étaient solidaires et l'Australie pouvait donc être assignée seule. Dans le cas contraire, si les obligations étaient conjointes, cela n'empêchait pas non plus Nauru d'assigner l'Australie seule. Je ne pense pas qu'un éventuel arrêt rendu contre l'Australie sera l'équivalent d'une décision sur les responsabilités de la Nouvelle-Zélande et du Royaume-Uni. Quand on pose la question de savoir si l'Australie était effectivement tenue de l'obligation internationale d'assurer la remise en état des terres à phosphates épuisées, si, dans l'affirmative, elle a enfreint cette obligation et, dans l'affirmative, quelle est l'étendue de sa responsabilité de ce chef, on pose trois questions différentes.

(Signé) Mohamed SHAHABUDEEN.

¹ *Amon v. Raphael Tuck and Sons, Ltd.* [1956] 1 All ER 2773, p. 286-287.