

Gerald Fitzmaurice in *I.C.J. Reports 1963*, pages 102-103, as follows:

“...the real distinction and test would seem to be whether or not the objection is based on, or arises from, the jurisdictional clause or clauses under which the jurisdiction of the tribunal is said to exist. If so, the objection is basically one of jurisdiction.”

Article 17 of the General Act provides that the disputes therein referred to shall include in particular those mentioned in Article 36 of the Statute of the Permanent Court of International Justice. Among the classes of legal disputes there enumerated is that concerning “the existence of any fact which, *if established*, would constitute a breach of an international obligation” (emphasis added). At the preliminary stage it would seem therefore sufficient to determine whether the parties are in conflict as to their respective rights. It would not appear necessary to enter at that stage into questions which really pertain to the merits and constitute the heart of the eventual substantive decision such as for instance the establishment of the rights of the parties or the extent of the damage resulting from radio-active fall-out.

Judge Sir Humphrey WALDOCK makes the following declaration:

I concur in the Order. I wish only to add that, in my view, the principles set out in Article 67, paragraph 7, of the Rules of Court should guide the Court in giving its decision on the next phase of the proceedings which is provided for by the present Order.

Judge NAGENDRA SINGH makes the following declaration:

While fully supporting the reasoning leading to the verdict of the Court, and therefore voting with the majority for the grant of interim measures of protection in this case, I wish to lend emphasis, by this declaration, to the requirement that the Court must be satisfied of its own competence, even though *prima facie*, before taking action under Article 41 of the Statute and Rule 61 (New Rule 66) of the Rules of Court.

It is true that neither of the aforesaid provisions spell out the test of competence of the Court or of the admissibility of the Application and the request, which nevertheless have to be gone into by each Member of the Court in order to see that a *possible* valid base for the Court's competence exists and that the Application is, *prima facie*, entertainable. I am, therefore, in entire agreement with the Court in laying down a positive test regarding its own competence, *prima facie* established, which was enunciated in the *Fisheries Jurisdiction*¹ case and having been reiterated in this

¹ *Fisheries Jurisdiction (United Kingdom v. Iceland)*, *I.C.J. Reports 1972*, Order of 17 August 1972, paras. 15 to 17, pp. 15 to 16.

indiqué comme suit comment il différenciait ces deux catégories de questions (*C.I.J. Recueil 1963*, p. 102-103):

«la distinction, le texte réel, dépend semble-t-il du point de savoir si l'exception repose ou est fondée sur la clause ou les clauses juridictionnelles en vertu desquelles on prétend établir la compétence. Si tel est le cas, l'exception porte essentiellement sur la compétence.»

L'article 17 de l'Acte général stipule que les différends visés dans cet acte comprennent notamment ceux que mentionne l'article 36 du Statut de la Cour permanente de Justice internationale. Au nombre des catégories de différends juridiques énumérés dans cet article figure «la réalité de tout fait qui, *s'il était établi*, constituerait la violation d'un engagement international» (les italiques sont de nous).

Au stade préliminaire, il semblerait donc suffisant de déterminer si les parties se contestent réciproquement un droit. Il n'apparaît pas nécessaire à ce stade d'aborder des questions qui relèvent en réalité du fond et qui constituent le point essentiel de la décision qui interviendra par la suite sur le fond, comme celle de l'établissement des droits des parties ou de l'étendue du préjudice résultant des retombées radioactives.

Sir Humphrey WALDOCK, juge, fait la déclaration suivante:

Je souscris à l'ordonnance. Je voudrais seulement ajouter que, selon moi, les principes énoncés à l'article 67, paragraphe 7, du Règlement, devraient guider la Cour lorsqu'elle rendra sa décision en la phase suivante de la procédure, que prévoit la présente ordonnance.

M. NAGENDRA SINGH, juge, fait la déclaration suivante:

Tout en souscrivant pleinement aux motifs de la décision rendue par la Cour et en votant donc avec la majorité pour l'indication de mesures conservatoires en l'espèce, je voudrais bien faire ressortir, dans cette déclaration, l'obligation faite à la Cour de s'assurer de sa compétence, même *prima facie*, avant de statuer en vertu de l'article 41 du Statut et de l'article 66 du Règlement.

Certes aucune de ces dispositions ne précise le critère de la compétence de la Cour ou de la recevabilité de la requête et de la demande, critère que tout membre de la Cour n'en doit pas moins examiner pour s'assurer qu'il existe un fondement valable *possible* à la compétence de la Cour et que la requête est de prime abord recevable. J'approuve donc tout à fait la Cour quand elle énonce un critère positif quant à sa compétence *prima facie*, critère qui a été énoncé dans l'affaire de la *Compétence en matière de pêcheries*¹ et qui, étant réaffirmé dans la présente espèce, peut être

¹ *Compétence en matière de pêcheries (Royaume-Uni c. Islande)*, *C.I.J. Recueil 1972*, ordonnance du 17 août 1972, par. 15 à 17, p. 15-16.

case may be said to lay down not only the latest but also the settled jurisprudence of the Court on the subject.

It is indeed a *sine qua non* of the exercise of judicial function that a court can be moved only if it has competence. If therefore in the exercise of its inherent powers (as enshrined in Art. 41 of its Statute) the Court grants interim relief, its sole justification to do so is that if it did not, the rights of the parties would get so prejudiced that the judgment of the Court when it came could be rendered meaningless. Thus the possibility of the Court being ultimately able to give a judgment on merits should always be present when interim measures are contemplated. If, however, the Court were to shed its legal base of competence when acting under Article 41 of its Statute, it would immediately expose itself to the danger of being accused of discouraging governments from:

“...undertaking, or continuing to undertake, the obligations of judicial settlement as the result of any justifiable apprehension that by accepting them they may become exposed to the embarrassment, vexation and loss, possibly following upon interim measures, in cases in which there is no reasonable possibility, *prima facie* ascertained by the Court, of jurisdiction on the merits. Accordingly, the Court cannot, in relation to a request for indication of interim measures, disregard altogether the question of its competence on the merits. The correct principle which emerges from these apparently conflicting considerations and which has been uniformly adopted in international arbitral and judicial practice is as follows: The Court may properly act under the terms of Article 41 provided that there is in existence an instrument such as a Declaration of Acceptance of the Optional Clause, emanating from the Parties to the dispute, which *prima facie* confers jurisdiction upon the Court and which incorporates no reservations obviously excluding its jurisdiction.” (Separate opinion of Sir Hersch Lauterpacht in *Interhandel* case, *I.C.J. Reports 1957*, p. 118.)

It needs to be mentioned, therefore, that even at this preliminary stage of *prima facie* testing the Court has to examine the reservations and declarations made to the treaty which is cited by a party to furnish the base for the jurisdiction of the Court and to consider also the validity of the treaty if the same is challenged in relation to the parties to the dispute. As a result of this *prima facie* examination the Court could either find:

- (a) that there is no possible base for the Court's jurisdiction in which event no matter what emphasis is placed on Article 41 of its Statute, the Court cannot proceed to grant interim relief; or
- (b) that a possible base exists, but needs further investigation to come to any definite conclusion in which event the Court is inevitably left no option but to proceed to the substance of the jurisdiction of the case to complete its process of adjudication which, in turn, is time

considéré comme exprimant, en la matière, non seulement la jurisprudence la plus récente de la Cour mais aussi sa jurisprudence bien établie.

L'exercice de la fonction judiciaire ne peut se concevoir que si le tribunal saisi a compétence. Si par conséquent la Cour indique des mesures conservatoires dans l'exercice de ses pouvoirs inhérents (tels que l'article 41 de son Statut les consacre), sa seule justification est que, sans ces mesures, les droits des parties seraient si compromis que l'arrêt de la Cour, au moment où il serait rendu, serait dépourvu de sens. On ne doit donc jamais oublier, quand on envisage des mesures conservatoires, que la Cour aura peut-être, en fin de compte, à statuer au fond. Si la Cour devait écarter le fondement juridique de sa compétence quand elle se prononce sur la base de l'article 41 de son Statut, elle s'exposerait immédiatement au reproche de décourager les gouvernements

«d'accepter ou de continuer d'accepter les obligations du règlement judiciaire, en raison de la crainte justifiée qu'en les acceptant ils risqueraient de s'exposer à la gêne, aux vexations et aux pertes pouvant résulter de mesures conservatoires dans le cas où il n'existe aucune possibilité raisonnable de compétence au fond vérifiée par la Cour *prima facie*. Par conséquent, la Cour ne peut, à propos d'une demande en indication de mesures conservatoires, négliger complètement la question de sa compétence au fond. Le principe exact qui se dégage de ces considérations apparemment contradictoires et qui a été adopté uniformément par la pratique arbitrale et judiciaire internationale est le suivant: La Cour peut légitimement agir en application de l'article 41, pourvu qu'il existe un instrument, tel qu'une déclaration d'acceptation de la disposition facultative, émanant des Parties au différend, conférant à la Cour compétence *prima facie* et ne contenant aucune réserve excluant manifestement cette compétence.» (Opinion individuelle de sir Hersch Lauterpacht dans l'affaire de l'*Interhandel*, C.I.J. Recueil 1957, p. 118-119.)

Il convient par suite de préciser que même à ce stade préliminaire où elle vérifie sa compétence *prima facie*, la Cour doit examiner les réserves et déclarations affectant le traité qu'une partie invoque comme fondement de la juridiction de la Cour, ainsi que la validité de ce traité si elle est contestée en ce qui concerne les parties au différend. A l'issue de cet examen *prima facie*, la Cour peut conclure:

- a) soit qu'il n'existe aucune base possible de compétence de la Cour, auquel cas, quel que soit le rôle attribué à l'article 41 du Statut, la Cour ne peut accorder de mesures conservatoires;
- b) soit qu'il existe une base possible, mais qu'un examen plus approfondi s'impose avant de parvenir à une conclusion ferme, auquel cas la Cour se doit d'examiner à fond sa compétence pour s'acquitter complètement de sa mission judiciaire, ce qui prend du temps, nuit à l'urgence

consuming and therefore comes into conflict with the urgency of the matter coupled with the prospect of irreparable damage to the rights of the parties. It is this situation which furnishes the "raison d'être" of interim relief.

If, therefore, the Court, in this case, has granted interim measures of protection it is without prejudice to the substance whether jurisdictional or otherwise which cannot be prejudged at this stage and will have to be gone into further in the next phase.

Judge *ad hoc* Sir Garfield BARWICK makes the following declaration:

I have voted for the indication of interim measures and the Order of the Court as to the further procedure in the case because the very thorough discussions in which the Court has engaged over the past weeks and my own researches have convinced me that the General Act of 1928 and the French Government's declaration to the compulsory jurisdiction of the Court with reservations each provide, *prima facie*, a basis on which the Court might have jurisdiction to entertain and decide the claims made by Australia in its Application of 9 May 1973. Further, the exchange of diplomatic notes between the Governments of Australia and France in 1973 afford, in my opinion, at least *prima facie* evidence of the existence of a dispute between those Governments as to matters of international law affecting their respective rights.

Lastly, the material before the Court, particularly that appearing in the UNSCEAR reports provides reasonable grounds for concluding that further deposit in the Australian territorial environment of radio-active particles of matter is likely to do harm for which no adequate compensatory measures could be provided.

These conclusions are sufficient to warrant the indication of interim measures.

I agree with the form of the provisional measures indicated, understanding that the action prescribed is action on the part of governments and that the measures are indicated in respect only of the Australian Government's claim to the inviolability of its territory.

Judges FORSTER, GROS, PETRÉN and IGNACIO-PINTO append dissenting opinions to the Order of the Court.

(*Initialled*) F.A.

(*Initialled*) S.A.

existant en la matière et risque de porter un tort irréparable aux droits des parties. C'est une telle situation qui justifie l'indication de mesures conservatoires.

Ainsi, si la Cour a indiqué des mesures conservatoires en l'espèce, elle l'a fait sans préjudice des problèmes de substance, juridictionnels ou autres, qui ne peuvent être actuellement préjugés et devront être approfondis au cours de la phase suivante.

Sir Garfield BARWICK, juge *ad hoc*, fait la déclaration suivante:

J'ai voté en faveur de l'indication de mesures conservatoires et de l'ordonnance de la Cour sur la suite de la procédure, convaincu par les discussions très approfondies auxquelles la Cour a procédé ces dernières semaines et par mes propres recherches que l'Acte général de 1928 et la déclaration du Gouvernement français acceptant, avec réserve, la juridiction obligatoire de la Cour constituent l'un et l'autre, *prima facie*, une base possible de compétence de la Cour pour connaître des demandes formulées par l'Australie dans sa requête du 9 mai 1973 et se prononcer à leur sujet. En outre, selon moi, l'échange de notes diplomatiques de 1973 entre le Gouvernement australien et le Gouvernement français démontre, au moins de prime abord, qu'il existe un différend entre ces gouvernements sur des questions de droit international affectant leurs droits respectifs.

Enfin, sur la base de la documentation soumise à la Cour, et en particulier des rapports du Comité scientifique des Nations Unies pour l'étude des effets des rayonnements ionisants, il est raisonnable de conclure que de nouveaux dépôts de particules radioactives dans l'environnement territorial de l'Australie causeraient probablement des dommages pour lesquels il ne saurait y avoir de réparation adéquate.

Ces conclusions suffisent à justifier l'indication de mesures conservatoires.

J'approuve la forme donnée aux mesures conservatoires, étant entendu selon moi que les actes prohibés sont ceux des gouvernements et que les mesures sont indiquées uniquement en relation avec la demande australienne concernant l'inviolabilité de son territoire.

MM. FORSTER, GROS, PETRÉN et IGNACIO-PINTO, juges, joignent à l'ordonnance les exposés de leur opinion dissidente.

(Paraphé) F.A.

(Paraphé) S.A.