

OPINION INDIVIDUELLE DE M. SHAHABUDDEEN

[Traduction]

AVANT-PROPOS

La question posée à la Cour est de savoir si le demandeur a ou non le droit de la saisir pour qu'elle statue sur sa demande. Le défendeur dit que pareil droit n'existe pas. L'exception soulevée met la Cour dans une situation délicate car il lui faut veiller, d'une part, à ne pas donner au défendeur motif à se plaindre d'avoir été traduit devant elle contre sa volonté et veiller, d'autre part, à ne pas donner au demandeur l'impression qu'il lui a été indûment refusé une décision de justice. Il faut à la Cour naviguer avec précaution entre ces deux écueils.

Comme la Cour l'a constaté, il existe un différend entre les Parties qui n'a pu être réglé par la voie diplomatique et que les Parties n'ont pas convenu de régler par d'autre moyen pacifique que par la saisine de la Cour. Jusque-là, les conditions correspondantes de la clause compromissoire sont donc remplies. Néanmoins, les Parties s'opposent sur la question de savoir si le droit de saisir la Cour existe ou non, le point litigieux étant très précisément de déterminer

«si le différend surgit entre les deux Etats en ce qui concerne la licéité des actions menées par les Etats-Unis contre les plates-formes pétrolières iraniennes est un différend «quant à l'interprétation ou à l'application» du traité de 1955» (arrêt, par. 16).

La position adoptée par la Cour est que:

«Afin de répondre à cette question...[elle] doit rechercher si les violations du traité de 1955 alléguées par l'Iran entrent ou non dans les prévisions de ce traité et si, par suite, le différend est de ceux dont la Cour est compétente pour connaître *ratione materiae* par application du paragraphe 2 de l'article XXI.» (*Ibid.*)

Autrement dit, pour la Cour, le critère de sa compétence revient à savoir si les violations alléguées «entrent ou non dans les prévisions du traité». Indépendamment de la souplesse à laquelle cette déclaration se prête jusqu'à un certain point, le reste de l'arrêt montre clairement quelle est sa signification, qui est que la Cour est obligée de procéder à une interprétation définitive du traité dès la présente phase de la compétence. Au paragraphe 52 de son arrêt, par exemple, la Cour dit que l'article premier du traité «ne saurait à lui seul créer des droits et obligations juridiques» — ce qui tranche définitivement le point litigieux essentiel opposant les Parties sur cette disposition du traité. Le demandeur avait plaidé pour un critère minimaliste qui, quel que soit son énoncé, n'impose pas

de donner une interprétation définitive du traité à ce stade. Sans s'étendre longuement sur cette question, la Cour a opté pour le critère maximaliste. Or, si c'est un critère minimaliste qui est appliqué, les conséquences ne recourent pas totalement celles que produit le critère maximaliste retenu par la Cour. Quel est donc le bon critère?

L'EXCEPTION D'INCOMPÉTENCE

En quelques mots, le problème posé à la Cour revient à ceci: le défendeur soutient que le traité d'amitié, de commerce et de droits consulaires de 1955 conclu entre lui-même et le demandeur est sans rapport avec les griefs exposés dans la demande en l'espèce et que, par conséquent, la Cour ne peut pas exercer la compétence que lui attribue la clause compromissoire figurant dans le traité.

Pour étayer son exception, le défendeur soutient pour commencer qu'il incombe à la Cour de s'assurer que la clause compromissoire du traité établit bien que le défendeur a consenti à la compétence de la Cour en l'espèce. Le défendeur a raison; le demandeur ne dit pas autre chose. Il convient d'ajouter d'ailleurs qu'il faut que la Cour soit parfaitement sûre d'avoir compétence. Mais, ce point de savoir si la Cour peut être certaine avec toute la clarté requise que les Parties ont consenti à ce qu'elle soit compétente en l'espèce est lié à la nature exacte du type de différend pour lequel elles ont convenu de lui donner compétence. Or, ce que les Parties ont convenu de soumettre à la Cour, ce n'est pas un différend précis concrètement identifiable, c'est une catégorie de différends définie comme correspondant à «[t]out différend qui pourrait s'élever entre les Hautes Parties contractantes quant à l'interprétation ou à l'application du présent traité...»¹ Il est évident que cette formule, dans un traité, a une acception très large, elle englobe toutes les «difficultés que pourrait soulever ce traité»²

A ce sujet, il ne faut pas oublier qu'à la différence de ce qui se passe avec certains traités, la clause compromissoire du traité d'amitié, de commerce et de navigation de 1955 n'est pas limitée aux différends relatifs à l'interprétation ou à l'application de certaines seulement des dispositions du traité: la clause s'étend à «tout différend ... quant à l'interprétation ou à l'application du présent traité», c'est-à-dire à tout différend ayant trait

¹ Dans la pratique conventionnelle, l'expression «interprétation ou application» remonte aux années 1880. Voir l'affaire de l'*Usine de Chorzów*, «Réponse du Gouvernement allemand à l'exception préliminaire du Gouvernement polonais» (C.P.J.I. série C n° 13 (I), p. 174-176) et J. B. Moore, *History and Digest of the International Arbitrations to Which the United States Has Been a Party*, 1898, vol. V, p. 5057.

² A. Merignhac, *Traité théorique et pratique de l'arbitrage international. Le rôle du droit*, 1895, p. 202, par. 198. Voir aussi Dionisio Anzilotti, *Corso di diritto internazionale*, vol. 3, 1915, p. 56; *Usine de Chorzów, compétence*, C.P.J.I. série A n° 9, p. 24; et C.I.J. *Mémoires, Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran*, p. 152-153, note 14.

à n'importe quel élément du traité. Autrement dit, la compétence conférée par cette clause compromissoire peut s'exercer à l'égard d'une disposition du traité quand bien même celle-ci ne créerait aucune obligation juridique; car, même si, sur la foi d'une interprétation correcte, la disposition ne crée pas d'obligation juridique, il pourrait s'élever un différend entre les Parties sur le point de savoir si ladite disposition crée ou non une obligation — point que la Cour n'a pas examiné quand elle s'est penchée sur la valeur normative et juridictionnelle de l'article premier du traité. Plus généralement, la compétence conférée par la clause compromissoire pourrait s'exercer même s'il apparaît que le traité ne s'applique pas aux actes ni aux circonstances alléguées, car il peut s'élever un différend quant à l'interprétation ou à l'application du traité ayant trait à une question qui sera finalement tenue pour ne pas relever du traité. Mais la raison nous dit qu'il doit y avoir également une limite au-delà de laquelle il n'est pas possible qu'un différend portant sur l'interprétation d'un traité s'élève au sujet de questions ne relevant pas du traité; au-delà de cette limite, la clause compromissoire ne confère plus compétence. Où faut-il situer cette limite?

LE CRITÈRE DE LA COMPÉTENCE

Pour situer la limite au-delà de laquelle il n'est pas possible qu'un différend s'élève quant à l'interprétation ou à l'application d'un traité au sens de la clause compromissoire énoncée dans ledit traité, il faut savoir quelle est la relation entre la demande et le traité sur lequel la demande est censément fondée. Le critère à retenir sur ce que doit être cette relation indispensable a été énoncé de différentes façons. Déterminer la meilleure formule prête à discussion et il est à la fois intéressant et prudent de ne pas se prononcer d'emblée. Peut-être les variantes correspondent-elles aux caractères particuliers des différentes espèces. Aux fins qui nous occupent, il suffit d'adopter un point de vue assez large et de dire que ces divers énoncés représentent raisonnablement une sorte de critère de relativité uniformément applicable. Je m'abstiendrai donc d'examiner au microscope les différentes expressions qui ont été utilisées; je les évoquerai comme autant d'éléments interchangeables. Voici comment ces formules se présentent:

Il «n'est pas nécessaire pour la Cour d'arriver à la conclusion ... que l'interprétation du traité avancée par le Gouvernement [demandeur] ... est l'interprétation correcte», ni que ce «gouvernement démontre ... qu'une prétendue violation du traité présente un fondement juridique inattaquable» (*Ambatielos, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1953*, p. 18). Mais il «ne suffit pas que le Gouvernement [demandeur] ... établisse un rapport lointain entre les faits de la réclamation et le traité» invoqué (*ibid.*). Le critère voulu est rempli quand «les arguments avancés par le Gouvernement [demandeur] ... au sujet des dispositions du traité sur lesquelles la réclamation ... est prétendument fondée sont de caractère suffisamment plau-

sible pour permettre la conclusion que la réclamation est fondée sur le traité» (*C.I.J. Recueil 1953*, p. 18) ou quand «l'interprétation donnée par le Gouvernement [demandeur] ... de l'une quelconque des dispositions qu'il invoque apparaît comme l'une des interprétations auxquelles cette disposition peut se prêter, sinon nécessairement comme la vraie...» (*ibid.*), ou encore «s'il apparaît que le Gouvernement [demandeur] ... avance une interprétation défendable du traité, c'est-à-dire une interprétation qui puisse se soutenir, qu'elle l'emporte finalement ou pas...» (*ibid.*), ou quand «la requête [fait] apparaître un rapport réel entre le grief et les dispositions invoquées...» (*Jugements du Tribunal administratif de l'OIT sur requêtes contre l'Unesco, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1956*, p. 89); ou bien quand les «dispositions invoquées apparaissent comme ayant un rapport sérieux et non factice avec» l'acte allégué (*ibid.*), ou quand la prétention suivant laquelle l'instrument invoqué confère bien le droit revendiqué a «une base juridique sérieuse» (*ibid.*, p. 90); ou encore quand les «titres invoqués par le Gouvernement [demandeur] ... permettent la conclusion provisoire qu'ils peuvent être pertinents en l'espèce...» (*Interhandel, arrêt, C.I.J. Recueil 1959*, p. 24); ou quand la disposition en question «peut être pertinent[e] pour la solution du ... différend» (*ibid.*) ou bien encore s'il existe «un rapport raisonnable entre [le] traité et les demandes présentées à la Cour» (*Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci, compétence et recevabilité, arrêt, C.I.J. Recueil 1984*, p. 427, par. 81).

*

Certains de ces énoncés concernent les fonctions d'un autre organe que la Cour; d'autres, les fonctions de la Cour elle-même. Certains se situent dans le cadre de la phase juridictionnelle d'une affaire portée devant la Cour; d'autres se situent au stade du fond. On peut toutefois raisonnablement penser que ces énoncés s'appliquent tous aux fonctions de la Cour elle-même quand celle-ci est appelée à examiner si les actes allégués ont avec le traité invoqué un rapport tel qu'il confère à la Cour la compétence prévue dans la clause compromissoire.

Dans l'affaire *Ambatielos*, c'est au stade du fond que la Cour a parlé des critères juridictionnels pertinents et elle en a parlé à propos des fonctions qu'exercerait un tribunal arbitral. La Cour a décidé que le Royaume-Uni était conventionnellement tenu de soumettre un certain différend à l'arbitrage. Le problème, qui fut soulevé à un stade tardif de l'argumentation, consistait à savoir jusqu'où la Cour pouvait aller pour affirmer l'existence de cette obligation sans empiéter sur les prérogatives de l'organe arbitral pour exercer lui-même sa «compétence de la compétence» et se prononcer sur sa propre compétence. On peut voir comment le problème a surgi (cf. *C.I.J. Mémoires, Ambatielos*, p. 356 et suiv., Henri Rollin, et p. 385, Fitzmaurice). Il existait incontestablement une distinction entre la compétence de la Cour pour établir s'il y avait ou non obligation de soumettre le différend à l'arbitrage, d'une part, et, de l'autre, la compétence du

tribunal arbitral pour établir ensuite s'il était ou non compétent en l'espèce. Toutefois, s'agissant de la Cour, elle pouvait difficilement dire qu'il y avait obligation de soumettre le différend à l'arbitrage sans également présumer à tout le moins que le différend serait bien de la compétence de l'organe arbitral. Il n'est donc pas surprenant de constater que, pour beaucoup, la Cour a bien dit en substance que le différend serait de la compétence de l'organe arbitral³. On voit donc mal pourquoi, sous réserve de raffinements ultérieurs de la jurisprudence, il ne serait pas possible de faire appel au principe de ce critère de l'affaire *Ambatielos* chaque fois qu'il faut décider si une question relève de la juridiction d'un organe appelé à se prononcer sur cette question, y compris quand il s'agit de la Cour elle-même. L'identité de l'organe appelé à se prononcer n'a pas d'importance : ce qui en a, c'est la question juridique en jeu. Et cette question est toujours la même indépendamment de l'organe appelé à se prononcer. Il n'est pas logique de supposer que la Cour va retenir un certain critère juridictionnel quand il s'agit d'autres tribunaux et en adopter un autre quand il s'agit d'elle-même.

Les affaires de l'*Interhandel* et des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua*, dans lesquelles le point litigieux portait sur la compétence de la Cour elle-même, donnent à penser que c'est bien le même critère qui s'applique quand il s'agit de la Cour. Dans l'affaire de l'*Interhandel*, le point de savoir s'il fallait soumettre une certaine question à l'arbitrage a fait l'objet d'une « conclusion subsidiaire » de la Suisse. Toutefois, la « conclusion principale » de la Suisse visait à demander à la Cour d'exercer sa propre compétence pour dire et juger que les Etats-Unis d'Amérique avaient l'obligation de restituer les biens saisis de la société *Interhandel* (*C.I.J. Recueil 1959*, p. 19). En se prononçant sur l'exception d'incompétence soulevée par le défendeur pour les motifs que la saisine et la rétention des actifs de la société relevaient de la compétence nationale du défendeur, la Cour a dit ceci :

« Pour déterminer si l'examen des titres ainsi invoqués [par la Suisse] échappe à la compétence de la Cour pour le motif allégué par les Etats-Unis, la Cour s'inspirera de ce qu'a fait la Cour permanente de Justice internationale en présence d'une contestation analogue dans son avis consultatif sur les *Décrets de nationalité promulgués en Tunisie et au Maroc* (Série B, n° 4). En conséquence la Cour n'entend pas, en la présente phase de la procédure, apprécier la validité des titres invoqués par le Gouvernement suisse ni se prononcer sur leur interprétation, ce qui serait aborder le fond du différend. Elle se bornera à rechercher si les titres invoqués par le Gouvernement suisse permettent la conclusion provisoire qu'ils peuvent être pertinents en l'espèce et, dans ce cas, à rechercher si les questions relatives à la validité et à l'interprétation de ce titre sont des ques-

³ Sir Hersch Lauterpacht, *The Development of International Law by the International Court*, 1958, p. 239.

tions de droit international.» (*Interhandel*, arrêt, *C.I.J. Recueil 1959* p. 24.)

On voit là assez clairement que dans l'affaire de l'*Interhandel* la Cour a adopté une sorte de critère de relativité en ce qui concerne sa propre juridiction. Elle a fait de même dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua*. On ne peut pas se contenter de dire que la Cour ne faisait que rappeler la thèse du défendeur quand elle s'exprimait ainsi :

«Pour que le Nicaragua établisse la compétence de la Cour dans la présente espèce sur la base du traité, il doit prouver l'existence d'un rapport raisonnable entre ce traité et les demandes présentées à la Cour.» (*Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique)*, arrêt, compétence et recevabilité, *C.I.J. Recueil 1984*, p. 427, par. 81.)

Dans la mesure où elle rappelait la conclusion du défendeur, la Cour l'adoptait aussi. En tout cas, elle ne rejetait pas la proposition; tout au contraire, la façon dont elle a considéré ensuite la question s'accordait bien avec cette proposition. La Cour en effet évoque ou résume cinq articles du traité en cause puis, sans ajouter la moindre observation incidente, elle déclare :

«Vu ces dispositions du traité ... il n'est pas douteux que, dans les circonstances où le Nicaragua a présenté sa requête à la Cour et d'après les faits qui y sont allégués, il existe un différend entre les Parties, notamment quant à «l'interprétation ou à l'application» du traité.» (*Ibid.*, p. 428, par. 83.)

La Cour n'a pas donné d'interprétation définitive de ces dispositions conventionnelles; elle ne les a pas analysées; elle les a examinées rapidement — se contentant d'en vérifier l'existence — pour établir s'il y avait «un rapport raisonnable» entre ces textes et les demandes qui lui étaient présentées. Il est intéressant aussi de noter que, pratiquement d'un bout à l'autre de ses pièces de procédure écrite et de ses plaidoiries, le défendeur a, en l'espèce, plaidé pour un critère de «rapport raisonnable», comme il l'a fait dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua*, c'est-à-dire qu'il a, jusque-là au moins, reconnu qu'une sorte de critère de relativité était applicable.

IL N'EST PAS POSSIBLE DE DONNER UNE INTERPRÉTATION DÉFINITIVE AU TRAITÉ AU STADE PRÉLIMINAIRE

Développant le dernier point évoqué ci-dessus, nous rappellerons que l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua* ne fut pas la seule dans laquelle la Cour s'est abstenue de donner une interprétation définitive des textes pertinents. Elle a fait preuve de la même réserve dans

l'affaire *Ambatielos*. De même dans l'affaire de l'*Interhandel*, comme il ressort de l'extrait cité ci-dessus. On sait aussi que, dans cette dernière affaire, les Etats-Unis d'Amérique soutenaient que l'article IV de l'accord de Washington invoqué par la Suisse était «dénué de toute pertinence en l'espèce» — idée centrale de l'exception d'incompétence en l'occurrence. Les Parties s'opposaient sur certains termes dudit article. Evoquant ce point litigieux, la Cour a dit :

«Interpréter ces termes est un point de droit international et ce point affecte le fond de l'affaire. Au présent stade de la procédure, il suffit à la Cour de constater que l'article I de l'accord de Washington peut être pertinent pour la solution du présent différend et que son interprétation relève du droit international.» (*C.I.J. Recueil 1959*, p. 24.)

Ainsi, l'instrument invoqué peut être jugé pertinent pour la solution du différend, ce qui aboutit à conférer compétence, même si l'interprétation de ses termes est considérée comme relevant du fond.

Quand elle établit si les circonstances alléguées ont bien le rapport voulu avec le traité invoqué pour faire jouer la compétence prévue dans la clause compromissoire, la Cour ne peut pas éviter totalement d'interpréter le traité jusqu'à un certain point. Mais, si cette approche est la bonne, le problème dont la Cour est saisie au stade préliminaire et dont dépend l'attribution de compétence au titre de la clause compromissoire ne consiste pas à savoir si le traité s'applique aux circonstances alléguées, il est de savoir si le demandeur présente à cet effet une thèse défendable. C'est-à-dire que la Cour ne peut interpréter le traité au stade de la compétence que dans la mesure où cela s'impose pour établir si l'interprétation du traité qu'en donne le demandeur est défendable et non pas pour établir de façon définitive si le traité s'applique effectivement ou non aux circonstances alléguées. La Cour emprunte la voie la plus étroite quand elle exerce sa compétence de la compétence; elle va jusqu'au bout de l'interprétation définitive quand elle exerce sa compétence de fond. En exerçant sa compétence de la compétence, la Cour peut fort bien constater que le demandeur lui soumet une thèse défendable quand il soutient que le traité s'applique aux circonstances alléguées, même si, quand elle exerce sa compétence au fond à la suite de cette première décision, elle doit finalement constater que tel n'est pas le cas, que le traité ne s'applique pas à ces circonstances. Pratiquement, le traité pourrait fort bien ne pas s'appliquer aux circonstances alléguées et pourtant la Cour pourrait avoir la compétence de fond voulue pour établir justement si le traité s'applique ou non.

*

Il existe des précédents d'une autre nature. Il est arrivé dans certaines affaires qu'en examinant si le différend relevait ou non de la compétence qui lui était conférée par la clause compromissoire du traité la Cour

adopte une position donnant à penser qu'elle estimait être tenue dès ce stade de la compétence d'établir de façon définitive si les dispositions invoquées par le demandeur s'appliquaient bien, quand elles étaient dûment interprétées, aux circonstances alléguées (voir, par exemple, l'affaire des *Concessions Mavrommatis en Palestine*, C.P.J.I. série A n° 2, p. 16, et l'affaire relative à l'*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, arrêt, C.I.J. Recueil 1996, p. 615-617, par. 30-33). Cette position, qui est celle que la Cour a adoptée en l'espèce, s'écarte nettement du point de vue plus restreint suivant lequel la Cour n'est tenue à ce stade que de dire si l'interprétation qu'invoque le demandeur pour soutenir que ledit traité s'applique aux circonstances alléguées est une interprétation défendable au sens indiqué ci-dessus.

*

Quelle est celle de ces deux voies de la jurisprudence que la Cour devrait à présent suivre? Pour trouver la solution, il faut revenir aux termes mêmes de la clause compromissoire. Celle-ci nous dit que la compétence est liée au point de savoir s'il existe un différend entre les parties quant à l'interprétation ou à l'application du traité. Il pourrait y avoir différend sur le point de savoir s'il y a un différend quant à l'interprétation ou à l'application du traité. Se prononcer sur le bien-fondé de l'interprétation du demandeur revient à se prononcer sur le second différend et non pas sur le premier; et cela revient à se prononcer en partie sur le fond de la réclamation avant d'avoir atteint le stade du fond. L'explication est que, comme en droit interne, pour établir le bien-fondé d'une réclamation devant la Cour, il faut prouver deux choses, premièrement que l'obligation alléguée existe en droit et deuxièmement que, d'après les faits, il y a eu infraction à l'obligation (voir à cet égard l'affaire *Ambatielos*, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1953, p. 17). Le second de ces deux points dépend des moyens de preuve. Le premier sera établi par le biais d'une interprétation définitive des textes invoqués (y compris le droit international général), cette interprétation visant à établir si ces textes imposent bien au défendeur l'obligation revendiquée. Procéder à cette interprétation relève donc du fond. Voici comment cette proposition se vérifie dans la pratique.

On peut imaginer un différend dans lequel, les faits n'étant pas contestés, l'unique question qui se poserait est de savoir si, quand il est bien interprété, le traité invoqué s'applique bien à ces faits. Si, lors de l'examen d'une exception préliminaire suivant laquelle le traité serait totalement dénué de pertinence par rapport à la demande, la Cour se prononçait sur la question de l'interprétation en faveur du demandeur, il ne lui resterait plus rien à trancher au stade du fond; la Cour se prononcerait sur le fond au stade préliminaire, c'est-à-dire à un moment où, suivant l'article 79, paragraphe 3, de son Règlement, la procédure sur le fond est suspendue. Toutefois, selon le point de vue que j'expose, il subsisterait une question à régler au stade du fond, puisque tout ce que la Cour tran-

cherait au stade préliminaire, c'est le point de savoir si le demandeur peut présenter une interprétation défendable du traité pour étayer sa demande, suivant laquelle le traité s'applique bien aux faits allégués. Il resterait alors à décider, au stade du fond, si le traité, valablement interprété, s'applique effectivement à ces faits.

Si l'on estime que cet exemple a fâcheusement pour effet d'obliger à poursuivre la procédure jusqu'au stade du fond, la réponse tient à ceci, qui a maintes fois été noté, que la Cour n'est pas dotée d'un mécanisme de filtrage inspiré de celui qui existe dans certains régimes de droit interne, grâce auquel il est possible d'examiner et de trancher en partie au fond avant d'avoir normalement atteint ce stade. Dans ces régimes, il est possible en effet, avant d'avoir normalement atteint la phase du fond, qu'en donnant leur valeur maximale aux faits allégués par le demandeur ces faits ne justifient pas la demande parce que l'obligation revendiquée n'existe pas en droit ou bien que, si elle existe, les faits allégués n'en constituent pas une violation. La Cour n'a pas encore adopté pour pratique dans sa procédure de « rayer » ainsi la requête d'un demandeur. Le Statut n'indique pas, sauf de façon indirecte au paragraphe 6 de l'article 36, de procédure à suivre en ce qui concerne les exceptions préliminaires. Tout demandeur est habilité par le Statut à plaider devant la Cour au fond, normalement, tant pour montrer que, en droit, l'obligation alléguée existe que pour montrer aussi que, dans les faits, le défendeur a violé ladite obligation. Le malentendu s'instaure quand on ne prend pas garde à cette différence entre la procédure de la Cour et celle de certains systèmes internes et qu'on veut circonscrire la procédure préliminaire relative à une exception qui revient en fait à affirmer qu'il n'y a pas de différend au sens de la clause compromissaire invoquée parce que le traité énonçant cette clause est sans rapport avec la demande présentée. Pour statuer sur pareille exception on ne peut pas aller jusqu'à se poser la question de savoir si, d'après une interprétation juste du traité, l'obligation revendiquée existe ou non. Cela relèverait du fond, sous sa forme habituelle; une procédure préliminaire ne peut rien y changer.

Pour ne pas allonger indûment la présente opinion, nous dirons simplement que les modifications apportées au Règlement de la Cour en 1972 n'ont pas abrogé le principe fondamental qui est qu'une décision préliminaire ne peut pas trancher ni même préjuger de questions litigieuses relevant du fond. L'idée qu'en se prononçant sur des exceptions préliminaires la Cour pouvait, lors de son examen, « effleurer le fond » remontait aux années vingt. Les amendements de 1972 ont incité la Cour à continuer de suivre la voie dans laquelle elle s'était déjà engagée, et par conséquent à statuer sur des exceptions préliminaires même si elle devait alors « effleurer le fond », mais elle ne le ferait alors que dans le cadre du principe, lui aussi admis depuis longtemps, suivant lequel la Cour ne peut pas régler ni préjuger le fond au stade préliminaire; les amendements de 1972 n'ont pas autorisé la Cour à déroger à ce principe. Par conséquent, tout ce que la Cour peut régler, lors d'une procédure préliminaire de ce caractère, c'est le point de savoir si l'interprétation que le demandeur donne du traité est ou non défendable.

Il est entendu que, puisque la compétence repose sur le consentement, la Cour doit décider une fois pour toutes, et non à titre provisoire, que le différend dont il s'agit « rentre dans le cadre de ceux pour lesquels le [défendeur] a accepté la juridiction de la Cour » (affaire des *Concessions Mavrommatis en Palestine*, arrêt n° 2, 1924, C.P.J.I. série A n° 2, p. 29; et voir aussi *ibid.*, p. 16). Mais il faut faire une distinction entre statuer définitivement sur le point de savoir si le différend rentre ou non dans la catégorie voulue de différends et, par ailleurs, le critère sur lequel la décision repose. Il n'y a pas de raison qui empêche de rendre une décision définitive de cet ordre à partir d'un critère correspondant à une éventualité. L'éventualité est que le demandeur puisse présenter une interprétation défendable de l'instrument sur lequel il fonde sa demande. D'autres domaines du droit montrent qu'un tribunal peut très bien rendre des décisions définitives en appréciant une éventualité.

Le fait que le bon critère à utiliser n'ait pas été défendu dans une série d'affaires dont la dernière en date est celle relative à l'*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide* ne signifie pas qu'il ne faut pas tenir compte desdites affaires. Mais il est utile de se rappeler le fait pour mesurer l'intérêt d'autres décisions plus pleinement motivées qui donnent à penser que la Cour, à ce stade, a pour tâche non de donner une interprétation définitive du traité mais seulement de décider si l'interprétation du traité sur laquelle le demandeur se fonde est défendable au sens indiqué ci-dessus. Nous nous permettons respectueusement de dire que c'est là l'optique à adopter, et que la position adoptée par la Cour est erronée.

COMMENT APPLIQUER UN CRITÈRE DE RELATIVITÉ?

Nous en déduisons, par conséquent, que ce que dit la Cour dans l'affaire *Ambatielos*, qu'« il n'est pas nécessaire pour la Cour d'arriver à la conclusion ... que l'interprétation du traité avancée par le Gouvernement [demandeur] ... est l'interprétation correcte », peut s'appliquer dès qu'il faut trancher le point (quel qu'il soit, quel que soit son énoncé) de savoir si l'instrument invoqué a bien un rapport avec la demande. Dès lors, comme la Cour ne peut pas à ce stade donner une interprétation définitive du traité de 1955 et que, par conséquent, elle ne peut pas se doter d'un repère grâce auquel elle pourrait établir s'il y a un rapport raisonnable entre le traité et la demande, tout ce qu'elle peut faire, quand elle cherche si un tel rapport existe, c'est de dire si l'interprétation que donne le demandeur du traité « qu'il invoque apparaît comme l'une des interprétations auxquelles cette disposition peut se prêter, sinon nécessairement comme la vraie... » (*Ambatielos*, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1953, p. 18).

En outre, lorsqu'on cherche à établir si le rapport voulu existe, on a intérêt à se rappeler qu'il est de la nature des choses pour la Cour de ne parvenir que dans des cas exceptionnels et évidents à la conclusion que la requête d'un demandeur soutenant que l'instrument invoqué confère le

droit revendiqué n'a pas de «base juridique sérieuse», pour reprendre l'une des formules que la Cour emploie sur ce thème. Un conseil ne recommanderait pas l'action judiciaire s'il n'était convaincu que la demande est suffisamment fondée. Cette considération n'exonère évidemment pas la Cour de l'obligation d'écarter toute requête à laquelle ce fondement fait défaut; mais c'est une considération qui incite à la prudence. Si la Cour éprouve beaucoup de peine à conclure que la demande n'est pas suffisamment fondée, elle n'a pas vraiment lieu d'écarter cette demande. Les réclamations relatives à Jaffa, dans l'affaire des *Concessions Mavrommatis en Palestine*, sont un bon exemple. A cette occasion, la Cour a décidé que le différend opposant les deux gouvernements au sujet de ces réclamations-là «ne regard[ait] pas l'article 11 du mandat, et partant, ne rentr[ait] pas dans le cadre de ceux pour lesquels le mandataire a accepté la juridiction de la Cour» (*C.P.J.I. série A n° 2*, p. 29). En parvenant à cette conclusion — et peut-être faut-il retenir l'expression «ne regarde pas» [équivalant au terme «connection» de la version anglaise, c'est-à-dire dans le sens de «rapport»] — la Cour a fait observer qu'«on ne saurait» soutenir une thèse aboutissant à la conclusion opposée (*ibid.*, p. 28). Retranscrite dans la forme adoptée par la jurisprudence ultérieure, cette observation, empruntée à une affaire très ancienne, reviendrait à dire que, de l'avis de la Cour, l'interprétation donnée par le demandeur des instruments invoqués pour établir l'existence du «rapport» nécessaire entre les réclamations présentées et l'article 11 du mandat n'était tout simplement pas défendable au sens indiqué ci-dessus.

Comment faut-il alors établir si l'interprétation du traité donnée par le demandeur est défendable? L'exception suivant laquelle il n'y a pas de rapport raisonnable entre une demande et le traité invoqué revient en fait à montrer qu'il y a un différend sur le point de savoir s'il existe un différend au sens de la clause compromissoire dont on veut se prévaloir. Il est donc bon de se rappeler qu'en règle générale il n'y a pas de différend au sens juridique quand la demande est dépourvue de fondement juridique que l'on puisse raisonnablement faire valoir ou qu'elle est manifestement frivole ou insupportable (affaire des *Essais nucléaires (Australie c. France)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 1974*, opinion dissidente de M. Barwick, p. 430, et affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique)*, fond, arrêt, *C.I.J. Recueil 1986*, opinion dissidente de sir Robert Jennings, p. 535. Voir également l'avis analogue qu'exprime M. Spiropoulos dans l'opinion individuelle publiée à l'occasion de l'affaire *Ambatielos, exception préliminaire*, arrêt, *C.I.J. Recueil 1952*, p. 56.) On peut lire dans l'opinion dissidente commune jointe à l'arrêt dans l'affaire des *Essais nucléaires (Australie c. France)*:

«si un demandeur essayait de faire passer pour juridique une prétention dont aucun juriste éclairé ne pourrait admettre qu'elle repose sur la moindre base juridique rationnelle, c'est-à-dire raisonnable-

ment soutenable, il serait alors possible de trancher *in limine* à titre de question préliminaire une exception contestant la nature juridique du différend» (*C.I.J. Recueil 1974*, p. 364, par. 107).

On peut donc être d'avis que, pour établir si l'interprétation du traité que donne en l'espèce le demandeur est «soutenable», ou «suffisamment plausible», si le traité est «pertinent» par rapport à la demande, ou encore si la demande est suffisamment fondée, la Cour doit également en décider comme pourrait le faire n'importe quel «juriste éclairé». La Cour ne pourra estimer que l'interprétation du demandeur n'est pas «soutenable», ou qu'elle n'est pas «suffisamment plausible», ou que le traité est dénué de «pertinence» par rapport à la demande, ou que la demande «n'est pas suffisamment fondée», ou encore que le critère équivalent qui correspond à d'autres formules du même ordre n'est pas rempli, que si, du point de vue de n'importe quel juriste éclairé, elle parvient à la conclusion que l'interprétation invoquée n'est pas rationnellement fondée ni raisonnablement défendable, compte tenu du fait que, comme Brierly l'a fait observer, «deux esprits différents tout aussi éclairés l'un que l'autre peuvent aboutir et aboutissent souvent à des conclusions différentes et tout aussi raisonnables»⁴. Croire qu'on ouvre par là la voie à une subjectivité inadmissible serait méconnaître le cheminement de la réflexion du juge. La Cour jauge souvent en définitive les questions juridiques à l'aune qu'établit le juriste éclairé.

En somme, la pratique du droit — et je crois aussi le milieu scientifique du droit — admet qu'il soit possible de soutenir valablement qu'une certaine situation relève d'une certaine catégorie juridique et qu'il soit en même temps impossible de formuler à cet effet une thèse défendable. Dans le premier cas, il y a quelque chance raisonnable que la prétention soit retenue ou ne le soit pas; dans le second cas, il est clair que la prétention échouera. Autrement dit, dans certains cas, le droit autorise à évaluer les perspectives de succès, avec les conséquences juridiques auxquelles il faut s'attendre. De même, la jurisprudence de la Cour fait apparaître une distinction importante sur le plan juridictionnel entre une demande reposant sur une interprétation défendable de l'instrument invoqué, et une demande qui ne repose pas sur une interprétation défendable de l'instrument invoqué. Dans toutes ces affaires-là, la Cour décide suivant la norme définie par le juriste éclairé.

⁴ Sir Hersch Lauterpacht et C. H. M. Waldock (dir. pub.), *The Basis of Obligation in International Law and Other Papers by the Late James Leslie Brierly*, 1958, p. 98. Ou bien, comme on l'a dit à l'occasion d'une affaire en Angleterre:

Deux [personnes] raisonnables peuvent raisonnablement aboutir à des conclusions opposées à partir des mêmes faits sans pour autant perdre le droit d'être considérées comme raisonnables ... Exercer raisonnablement son jugement ne produit pas toujours un résultat juste, mal exercer son jugement ne produit pas toujours un résultat déraisonnable.» (Lord Hailsham, *In re W. (An Infant)*, [1971] AC 682, HL, p. 700.)

L'ARRÊT PAR RAPPORT À CERTAINES DISPOSITIONS
DU TRAITÉ

Si c'est un critère minimaliste, par exemple celui d'un rapport raisonnable, qui est le bon critère, cela donnerait plus de poids à l'arrêt sur certains points, mais sur d'autres cela produirait vraisemblablement des résultats qui ne seraient peut-être pas exactement les mêmes que ceux auxquels la Cour est parvenue en appliquant un critère maximaliste.

Avant tout, il serait bon de considérer la nature de l'espèce. Le défendeur admet qu'il a détruit les plates-formes pétrolières du demandeur, qui sont en cause, mais il dit l'avoir fait au titre de la légitime défense pour répondre à des actes d'agression commis à son encontre par le demandeur. Si ce dernier acceptait que le défendeur ait agi au titre de la légitime défense mais cherchait à soutenir que le traité invoqué interdisait néanmoins le recours à la force au titre de la légitime défense, ses arguments à cet effet seraient, du point de vue de la jurisprudence évoquée ci-dessus, indéfendables au point d'être artificiels. Dans ce cas-là, la Cour serait tenue de dire à ce stade que pareille argumentation ne peut pas fonder un différend relatif à l'interprétation ou à l'application du traité au sens de la clause compromissaire qui y est énoncée et serait par conséquent tenue de décider qu'elle n'est pas compétente. Toute autre décision reviendrait pour la Cour à oublier qu'elle doit se protéger contre les abus de procédure.

Mais le demandeur n'accepte pas l'idée que le défendeur ait agi par souci de légitime défense; il n'adopte pas non plus l'argument peu plausible tendant à dire que le traité interdit le recours à la force dans les cas de légitime défense. Il dit que le recours à la force par le défendeur correspondait à une agression et que l'emploi de la force dans ces conditions par l'une des parties contre l'autre est interdit par le traité (mise à part toute interdiction découlant du droit international général). Le défendeur de son côté accepte très justement que la Cour, à des fins juridictionnelles, doive partir du principe que le demandeur allègue des faits exacts en ce qui concerne le fond du différend (pour différents avis qui confortent l'idée, voir l'affaire des *Concessions Mavrommatis en Palestine*, arrêt n° 2, 1924, C.P.J.I. série A n° 2, p. 74-75, opinion dissidente de M. Moore, et l'affaire *Nottebohm*, deuxième phase, arrêt, C.I.J. Recueil 1955, p. 34, opinion dissidente de M. Read). En particulier, le défendeur accepte que la Cour ne puisse pas à ce stade de la procédure formuler de conclusion sur le moyen de la légitime défense qu'il a fait valoir (CR 96/13, p. 61). C'est donc sous cet angle que les points à trancher en l'espèce doivent être abordés.

*

En ce qui concerne l'article premier du traité, outre les éléments du préambule dont il est fait état au troisième alinéa du paragraphe 27 de l'arrêt, les échanges, les investissements, les relations économiques et

consulaires, le même préambule, dans ses premières phrases, dit que les parties sont «animé[e]s du désir de développer les relations amicales qui unissent depuis longtemps leurs deux peuples, de réaffirmer dans la direction des affaires humaines les principes supérieurs auxquels [elles] sont attaché[e]s...» Soulignant que cette partie du préambule est également pertinente quand on veut apprécier l'objet et le but du traité, le demandeur a fait valoir que l'article premier (qui n'a pas d'équivalent dans le traité d'amitié, de commerce et de navigation invoqué dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua*) n'est en tout cas pas un élément de préambule. L'article fait partie des dispositions de fond du traité et, à ce titre, il est en tout cas défendable de soutenir qu'il ne s'agit pas seulement de l'expression d'un «vœu», que cette disposition a un caractère normatif, qu'elle énonce une règle de conduite. Il n'y a en principe pas de raison qui interdise aux parties de prendre par voie de traité l'engagement juridique d'instaurer entre elles une paix stable et durable et une amitié sincère. Dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua*, la Cour a reconnu qu'il était loisible à des parties de s'obliger, par la voie d'un traité rédigé comme il convient, de «s'abstenir de tout acte envers l'autre partie qui puisse être considéré comme inamical, même s'il ne viole pas en lui-même une obligation internationale» (*Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique)*, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1986, p. 136-137, par. 273). En cherchant à établir si elle a ou non compétence pour décider si l'article premier du traité de 1955 est ou non une disposition de ce type, la Cour aurait dû se demander si l'argumentation serrée et abondante à laquelle les parties se sont livrées (que nous ne reprenons pas ici intégralement) suffisait à montrer que l'interprétation de ladite disposition présentée par le demandeur était défendable, même s'il devait apparaître ultérieurement que cette interprétation était erronée. Mais la Cour n'a pas procédé ainsi.

Encore un point. La Cour semble être partie de l'idée que, si la disposition en question ne crée pas d'obligation juridique, cela suffit à lui ôter compétence (voir arrêt, par. 31 et 52). Toutefois, même si la disposition ne crée pas d'obligation juridique, il ne s'ensuit pas nécessairement qu'il ne peut pas y avoir de différend relatif à son interprétation ou à son application qui puisse conférer compétence à la Cour. Comme on l'a vu plus haut, à la différence de la position adoptée dans certains autres traités, la clause compromissoire en l'espèce s'applique à la totalité du traité et non pas seulement à certaines parties de l'instrument; la clause vise en effet «[t]out différend ... quant à l'interprétation ou à l'application du présent traité...» L'article premier fait partie du traité. Il peut y avoir un différend entre les Parties sur le point de savoir si cet article premier crée ou non une norme juridique. Ce différend peut être un différend au sens de la clause compromissoire et peut conférer compétence. La Cour n'a pas engagé sa recherche dans cette voie.

En outre, au cas où l'existence d'un différend sur le point de savoir si l'article premier du traité crée une obligation juridique suffirait à conférer

compétence, on risquerait de tourner en rond en décidant qu'il n'y a pas compétence parce que la disposition en question ne crée pas d'obligation juridique. Qu'elle crée ou non une obligation juridique est une question qui relève du fond du différend et cela ne peut être établi qu'à condition d'exercer la compétence voulue pour trancher le différend. Avec le critère qu'elle a retenu, la Cour n'a pas eu l'occasion d'examiner si décider que la disposition ne crée pas d'obligation juridique présuppose l'existence de la compétence dont l'absence a précisément été constatée au sujet de ladite disposition.

Mon dernier point est celui-ci: j'ai une réserve à formuler sur la façon dont la Cour traite la documentation interne du défendeur qui concerne ses procédures de ratification (arrêt, par. 29, premier alinéa). Ces documents ne font pas partie des travaux préparatoires des négociations concernant le traité qui ont précédemment pris fin, ni partie des circonstances entourant la conclusion du traité. Cette documentation ne donne pas non plus la preuve qu'une pratique ultérieure des Parties en ce qui concerne l'application du traité établit qu'elles ont du traité une interprétation commune. L'argument tiré du fait que la documentation est en partie présentée par le demandeur est fort convaincant; mais peut-être ne va-t-il pas assez loin. Il faut faire la distinction entre la documentation et ce qu'elle prouve, et tout particulièrement sous l'angle de ce qu'il convient de prouver. Dans l'affaire de l'*Anglo-Iranian Oil Co.*, de l'avis de la Cour, ce qu'il fallait prouver c'était l'intention d'une des parties lorsqu'elle a fait une déclaration que la Cour a traitée comme une déclaration unilatérale et non pas comme une disposition conventionnelle; le texte en question a été considéré comme admissible aux fins de faire la preuve de l'intention recherchée (*C.I.J. Recueil 1952*, p. 107). En l'espèce, ce qu'il faut prouver, c'est la commune intention des deux Parties telle qu'elle s'exprime dans le texte du traité qui a été conclu. La Cour ne dit pas que la documentation en question montre que le demandeur donne du traité la même interprétation que le défendeur. Quand on se range le plus près possible du côté du défendeur, ce que la documentation prouve, c'est que le défendeur interprétait à l'époque le traité exactement comme il l'interprète actuellement. Mais cette cohérence unilatérale ne donne pas de caractère probant à la documentation visée par rapport à ce qu'il faut prouver; ce qui est pertinent, ce n'est pas l'interprétation individuelle du défendeur, même si elle est parfaitement cohérente, mais c'est la commune intention des deux Parties telle qu'elle s'exprime dans les dispositions du traité qui a été conclu.

*

En ce qui concerne le paragraphe 1 de l'article IV du traité, l'arrêt prend position pour le demandeur sur tous les éléments sauf un. Il s'agit du sens du terme «traitement» dans l'expression «traitement juste et équitable» figurant dans la disposition. Le raisonnement tenu par la Cour débouche sur l'idée que le terme ne s'étend pas à la destruction

opérée par un Etat au moyen de la force armée. Si, comme il est vraisemblable, le terme s'étend au cas où des biens sont saisis par un Etat au moyen de la force armée pour être utilisés par lui, on pourrait soutenir que le terme couvre également le cas où des biens seraient, au moyen de la force armée, saisis par l'Etat du fait qu'il les détruit: l'idée que des biens détruits sont des biens saisis est connue en droit⁵. Donc, si un Etat saisit des biens soit pour les utiliser lui-même soit pour les détruire, on peut se demander si cela constitue un «traitement» illicite dans un cas tout comme dans l'autre. D'après le critère qu'elle a retenu, la Cour n'a pas eu l'occasion de se pencher sur une question de cet ordre.

A titre subsidiaire, j'ajouterai que les trois dernières phrases du paragraphe 36 de l'arrêt reposent sur une erreur d'interprétation. Certes, c'est évident, le paragraphe 1 de l'article IV du traité ne réglemente pas les actions militaires menées par l'une des parties contre l'autre. Mais il ne s'ensuit pas que des actions militaires ne puissent aboutir à violer cette disposition, contrairement à ce que tend à faire croire ce passage de l'arrêt. Ailleurs, au paragraphe 21, l'arrêt reconnaît très justement que l'emploi de la force pourrait aboutir à violer les dispositions du traité, alors même que le traité ne réglemente pas l'emploi de la force. Il n'existait pas d'état de guerre entre les parties, son application n'était certainement pas suspendue. Bien au contraire, comme le montre le paragraphe 15 de l'arrêt, les deux Parties ont l'une et l'autre admis que le traité a toujours été en vigueur. Le recours aux forces armées pouvait manifestement aboutir à traiter de façon illicite les nationaux de l'une des parties, ou leurs biens, contrairement à l'obligation imposée par le paragraphe 1 de l'article IV du traité.

*

En revanche, il est possible d'étayer la position que la Cour a adoptée au sujet du paragraphe 1 de l'article X du traité par quelques arguments supplémentaires, que voici:

En premier lieu, nous nous arrêterons sur le point de savoir si, dans l'expression «commerce et ... navigation» qui figure au paragraphe 1 de l'article X du traité, le terme «commerce» est précisé par le terme «navigation» de façon à désigner exclusivement, comme le soutient le défendeur, le commerce maritime. Dans l'arrêt qu'elle a rendu en 1986 dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, la Cour a estimé que le minage du port constituait une «atteinte à la liberté de communication et du commerce maritime» (*C.I.J. Recueil 1986*, p. 129, par. 253). Mais l'observation était fondée sur certains droits de navigation relevant du «droit international coutumier» (*ibid.*, p. 111, par. 214); la Cour a donc parlé d'«obligations [qu'] ... impose le droit

⁵ Voir *Corpus Juris Secundum*, vol. 29A, 1965, p. 442 et suiv.

international coutumier ... de ne pas interrompre le commerce maritime pacifique» (*C.I.J. Recueil 1986*, p. 147, par. 292, point 6). Et quand la Cour en est venue à examiner si le minage violait la liberté de commerce et de navigation faisant l'objet de la disposition énoncée au paragraphe 1 de l'article XIX du traité d'amitié, de commerce et de navigation de 1956, la Cour n'a pas parlé de «commerce maritime»; elle a parlé d'«obligations découlant [pour le défendeur] de l'article XIX du traité d'amitié, de commerce et de navigation» (*ibid.*, p. 147, par. 292, point 7). Il est légitime de supposer que cette nuance dans l'expression signifiait que la Cour ne voulait pas être considérée comme limitant «la liberté de commerce» prévue par le traité à la liberté de commerce *maritime*. De plus, si, comme il semble bien, la Cour estimait que la liberté de commerce envisagée au paragraphe 1 de l'article XIX du traité n'était pas limitée au commerce maritime mais s'étendait à toutes les formes de commerce, cela expliquerait pourquoi la Cour a estimé que le défendeur, «par les attaques [menées] contre le territoire du Nicaragua ... [a] violé [ses] obligations découlant de l'article XIX du traité...» (*ibid.* p. 148, par. 292, point 11). C'est parce qu'il estimait au contraire que la disposition en question «trait[ait] exclusivement de questions relatives au commerce maritime» que M. Oda, dans son opinion dissidente, a dit ne pas souscrire à cet aspect de l'arrêt (*ibid.*, p. 251, par. 84). Il paraît donc assez justifié de déduire de cet arrêt de la Cour de 1986 que la liberté de commerce et de navigation visée au paragraphe 1 de l'article X du traité de 1955 entre les Parties à la présente instance n'était pas limitée au commerce *maritime*.

Nous nous arrêterons ensuite sur l'argument — de poids — suivant lequel les plates-formes pétrolières en cause sont des moyens de production et non de commerce. Il y a manifestement une distinction à faire entre les deux processus; mais il est assez difficile de savoir où se situe vraiment la ligne de démarcation quand il s'agit d'une branche dans laquelle la production est très étroitement liée au commerce extérieur. Prenons par hypothèse le cas (suggéré par le premier alinéa du paragraphe 51 de l'arrêt) d'un Etat dont les recettes en devises sont tributaires de ses exportations de pétrole, le pétrole étant en l'occurrence produit localement. On peut imaginer qu'un autre Etat, souhaitant anéantir le commerce qui apporte ces devises d'exportation au premier Etat, décide soit de faire le blocus des installations d'exportation, soit de détruire les installations de production pétrolière. Il n'est pas possible de voir très nettement si la méthode retenue atténue le fait que, d'une façon comme de l'autre, le second Etat aura atteint son objectif, qui est d'anéantir le commerce pétrolier du premier Etat. La distinction suggérée, à strictement parler, ne se déduit pas facilement du traité lui-même quand on le replace pour l'interpréter dans le cadre géopolitique dans lequel il a été négocié: si le commerce est ainsi protégé, c'est parce qu'on voulait à l'époque essentiellement assurer pour l'avenir la protection d'intérêts économiques axés sur l'exportation que des sociétés du défendeur avaient acquis en participant à l'industrie pétrolière du demandeur. On peut suivre jusqu'à un certain point le demandeur quand il soutient que les

mêmes termes figurant dans des traités similaires revêtent peut-être un sens différent quand, afin de l'interpréter, on replace le traité dans le contexte particulier dans lequel il a été négocié. Ces considérations ne sont peut-être ni justes ni déterminantes; mais elles donnent en tout cas à penser que le demandeur pourrait être autorisé à défendre ce point de vue au stade du fond.

LES INCONVÉNIENTS LIÉS POUR LES PARTIES AU CRITÈRE RETENU
PAR LA COUR

Si l'on estime pour les raisons ci-dessus que le critère retenu par la Cour crée certains inconvénients pour le demandeur, on ne doit pas pour autant tenir pour acquis qu'il ne crée aucun inconvénient pour le défendeur; il en crée. Et ces inconvénients pourraient être graves.

Voyons par exemple les constatations que la Cour formule à l'encontre du défendeur aux paragraphes 21 et 51 de l'arrêt. Il est vrai qu'en se prononçant sur la compétence la Cour ne s'engage pas sur des points relevant du fond. Mais si, en statuant sur la question de la compétence, la Cour peut valablement énoncer une interprétation définitive du traité, il est difficile de voir comment cette interprétation pourrait ne pas s'imposer au stade du fond au cas où l'on devrait aller jusqu'à ce stade. Dans la première des deux constatations sur lesquelles nous nous arrêtons, la Cour rejette la thèse du défendeur suivant laquelle le traité de 1955 ne peut pas s'appliquer à des questions ayant trait à l'emploi de la force. Théoriquement, on pourrait soutenir que pareille décision n'empêcherait nullement le défendeur de faire valoir, au stade du fond, que le traité n'est pas applicable à des questions ayant trait à l'emploi de la force⁶. Mais vu l'importance que revêt l'interprétation contraire pour la décision rendue par la Cour au stade préliminaire, il est difficile de voir comment cette interprétation pourrait être inversée au stade du fond. Concrètement, cela signifie que le défendeur serait ainsi empêché de faire valoir au stade du fond un argument pourtant fondamental de sa défense; on pourrait même imaginer, bien que tel ne soit pas le cas de figure en l'espèce, que ce soit le seul argument de fond que le défendeur puisse faire valoir. Dans la seconde des deux constatations évoquées, la Cour rejette la thèse du défendeur suivant laquelle les réclamations du demandeur ne peuvent pas s'appuyer sur le paragraphe 1 de l'article X du traité de 1955. Est-ce que pareille constatation n'empêcherait pas également le défendeur de faire valoir au stade du fond que les réclamations du demandeur ne peuvent pas s'appuyer sur ce paragraphe 1 de l'article X du traité de 1955?

Normalement, ce sont là des points que le défendeur est censé être totalement libre de faire valoir au stade du fond parce qu'ils touchent à la question de l'existence des obligations juridiques qui auraient été violées.

⁶ Voir Georges Abi-Saab, *Les exceptions préliminaires dans la procédure de la Cour internationale*, 1967, p. 246.

Le droit de soutenir au stade du fond que les obligations alléguées n'existaient pas au sens juridique est distinct du droit de faire valoir pour sa défense au fond les questions expressément visées au paragraphe 1 *d*) de l'article XX du traité, distinction qui fait l'objet du paragraphe 20 de l'arrêt. Le droit de se fonder sur ces matières-là pour se défendre au fond ne peut donc pas répondre au fait que l'arrêt ôte au défendeur la possibilité de soutenir que les obligations en question n'existaient pas au départ. Il serait inutile d'invoquer lesdites matières pour se défendre au fond s'il était établi que les obligations alléguées n'existaient pas en droit.

Ces difficultés ne se présentent pas si l'on applique à la question de la compétence le bon critère qui est de déterminer si le demandeur donne du traité une interprétation défendable. Si la Cour se borne à décider que l'interprétation du traité adoptée par le demandeur est défendable, il ne s'ensuit pas que la Cour dit que l'interprétation du défendeur est erronée. Les deux interprétations peuvent être soutenables; d'ailleurs, il peut arriver qu'au stade du fond l'interprétation du demandeur ne l'emporte pas et que ce soit l'interprétation du défendeur qui soit finalement retenue. Dans cette perspective, rien n'empêcherait le défendeur de proposer sa propre interprétation du traité au stade du fond. Mais l'argumentation sera alors différente. Elle ne sera pas axée sur la question préliminaire de savoir si le demandeur peut valablement soutenir que le traité s'applique aux actions alléguées; elle visera la question de fond de savoir si le traité s'applique ou non auxdites actions. La première question que la Cour tranche quand elle exerce sa compétence de la compétence porte sur le droit du demandeur à ce que la Cour connaisse de sa demande. Par opposition, la seconde question, que la Cour tranche dans l'exercice de sa compétence au fond, concerne l'examen judiciaire de la demande à partir du moment où le demandeur a droit à voir sa demande jugée. Il s'agit alors de la question de savoir si l'obligation qui aurait été violée selon le demandeur existe ou non en droit: si l'obligation n'existe pas, aucune obligation ne peut avoir été violée et la demande selon laquelle il y a eu infraction à une obligation échoue au stade du fond.

CONCLUSION

Les aménagements qu'il est possible de lui apporter ne m'empêchent pas de souscrire au dispositif de l'arrêt sous la forme qu'il revêt. J'ai donc voté pour ce dispositif. Il me paraît toutefois que la Cour ne s'est pas assez intéressée au fait que la question à ce stade n'est pas de savoir si les réclamations du demandeur sont fondées en droit, mais de savoir si le demandeur a bien droit à ce que la Cour connaisse de ses réclamations. Si elle ne fait pas la distinction entre ces deux questions avec autant de constance qu'elle aurait dû, c'est que la Cour a voulu établir de façon définitive le sens du traité de 1955 alors qu'à mon avis elle aurait dû se contenter de rechercher si l'interprétation du traité qu'invoquait le demandeur

était défendable, même au cas où il se révélerait finalement que cette interprétation est erronée. Je me permets donc de dire que j'ai l'impression que le critère retenu par la Cour l'a empêchée de poser les bonnes questions. Par suite, le principe sur lequel l'arrêt est bâti ne peut rendre pleinement justice à aucune des Parties; il les dessert inutilement l'une et l'autre.

(Signé) Mohamed SHAHABUDEEN.
