

OPINION INDIVIDUELLE DE M. RANJEVA

J'ai voté en faveur du présent arrêt pour deux raisons :

- sur le fond du droit de la procédure: la solution retenue par la Cour s'impose. Il était nécessaire et suffisant qu'un des moyens invoqués par le défendeur dans sa demande d'exception préliminaire fût écarté pour que la compétence de la Cour fût fondée;
- sur la structure du dispositif: en statuant en un seul article sur le sort réservé à la demande introduite par la Partie défenderesse, l'arrêt est respectueux de la distinction à établir entre d'une part l'exception préliminaire *stricto sensu*, c'est-à-dire la demande incidente introduite par le défendeur pour faire écarter la demande principale, et d'autre part les moyens exposés pour soutenir l'exception préliminaire. En structurant le dispositif tel qu'il est dans son paragraphe 55 l'arrêt contribuera à faciliter la compréhension de ses décisions.

Mais la référence à l'article X du traité de 1955 (voir ci-après I) est critiquable en raison des problèmes juridiques liés à un risque de confusion qu'on peut commettre dans l'interprétation du présent arrêt à propos du titre de compétence de la Cour (II); des relations véritables entre exceptions préliminaires et question de fond (III); et la question du préjugé dans un arrêt avant-dire droit (IV).

I. RÉFÉRENCE À L'ARTICLE X DU TRAITÉ DE 1955

La lecture du dispositif de l'arrêt crée une certaine confusion dans l'esprit du lecteur. En effet, on peut interpréter et le dispositif et la structure du raisonnement comme fondant la compétence de la Cour sur les dispositions du premier paragraphe de l'article X du traité de 1955, pris isolément. La Cour rejette ou retient l'exception sur la base de l'interprétation qu'elle donne des articles invoqués I, IV et X. En posant, à juste titre, la question de savoir si le différend soumis devant elle entrait dans les prévisions de la clause compromissoire, la Cour n'est-elle pas allée au-delà de l'objet *stricto sensu* de la présente phase incidente? Cette question pose le problème du véritable titre de compétence de la Cour.

II. TITRE DE COMPÉTENCE DE LA COUR

Le titre de compétence de la Cour est, dans le présent litige, la clause compromissoire dont les termes ne soulèvent aucune difficulté d'interprétation. *Ratione materiae* la clause compromissoire vise *expressis verbis* les différends ayant pour objet «l'interprétation ou l'application» du traité de 1955. Aussi est-ce à juste titre que la Cour n'a pas retenu les notions de lien raisonnable, condition que la Partie défenderesse a tenté de plaider. La jurisprudence en la matière est constante.

Mais, en se posant la question de savoir si le différend soumis devant elle entrait dans les prévisions de la clause compromissoire, la Cour a transposé la méthode qu'elle a suivie dans l'affaire de l'*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie)*. Mais n'est-elle pas allée au-delà de l'objet de la procédure d'exception préliminaire jusqu'à poser le problème de la distinction entre les questions relevant de l'examen du fond de la demande et celles devant être résolues au stade actuel de la procédure?

III. EXCEPTIONS D'INCOMPÉTENCE ET QUESTIONS DE FOND

Les exceptions préliminaires sont le plus souvent envisagées dans leur portée et non dans leur définition intrinsèque, car il n'est pas aisé de faire le départ entre ces questions préliminaires et celles relevant du fond, lorsqu'il y a lieu d'avoir affaire à un cas concret. L'essentiel n'est pas de faire œuvre théorique mais montre de sens pratique et utile: vider définitivement les problèmes liés à la compétence et veiller à ne pas affecter autant les moyens de défense au fond des parties litigantes. La comparaison du présent arrêt avec celui de l'affaire de l'*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie)* amène à s'interroger sur l'étendue de l'analyse des moyens de droit tirés des articles du traité dont la violation est alléguée par la Partie demanderesse. Il y a en effet apparemment des différences qu'il convient de soulever bien que les situations de droit et de fait ne soient identiques ni transposables.

Avec tout le respect dû à la Cour, il convient d'observer que la Cour a fait une inexacte application de la jurisprudence de l'affaire du génocide. La différence entre les deux affaires tient au fait que dans le présent litige la clause compromissoire définissait *ratione materiae* la compétence de la Cour: différend relatif à l'interprétation ou à l'application du traité. Dans l'affaire de l'*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie)* l'exception d'incompétence *ratione materiae* portait sur l'applicabilité de la convention à un type particulier d'acte: le génocide commis par un Etat. Dans ces conditions l'applicabilité de la clause compromissoire était subordonnée par la réponse à une question préalable portant sur le

domaine d'application de la convention de 1948. Dans la présente espèce, si la condition nécessaire était satisfaite, elle apparaissait néanmoins insuffisante aux yeux de la Cour.

Il ne suffit pas que les parties soutiennent des propositions contraires pour qu'un différend soit établi; en effet il appartient à la Cour non pas de se limiter à une interprétation passive de sa fonction judiciaire en se contentant de prendre acte des divergences des thèses en soi. Elle doit établir le caractère plausible de chacune d'elles par rapport aux dispositions de référence qu'est le texte du traité et de ses articles. Il revenait à la Cour de vérifier et d'établir lesquels des arguments semblent devoir être admis. En d'autres termes il ne s'agit pas, au stade des exceptions préliminaires, de dire que les propositions sont vraies ou fausses au regard du droit mais de les analyser pour s'assurer qu'elles n'ont rien d'absurde ni de contraire à la norme juridique de droit positif. Les exigences de la logique et le souci de réalisme, liés à l'interprétation juridique et judiciaire, amènent à envisager, lors de l'examen des éléments de fait et de droit aux termes des paragraphes 2, 5 et 6 de l'article 79 du Règlement, une classification des propositions selon leur degré de probabilité ou de possibilité. Mais en raison de la nature consensuelle du fondement de sa compétence, la Cour s'impose une contrainte particulière à sa démarche: entre le possible et le probable celui-ci doit recueillir sa préférence; l'aspect subjectif de l'idée de possibilité confère un degré moindre d'assentiment à cette modalité par rapport à celle de probabilité. Cette exigence est de rigueur: en matière de compétence de la Cour la règle de l'interprétation stricte du consentement est incoercible.

Mais la mise en pratique de ces principes n'est pas pour autant aisée. Le caractère équipollent du niveau de qualité de l'argumentation respective des parties n'offre au juge qu'une aire restreinte pour adjuger de la rencontre des arguments. La difficulté tient au fait que dans une procédure incidente d'exception préliminaire et malgré la souplesse qui caractérise les dispositions de l'article 79 du Règlement, le défendeur n'a aucun intérêt à ce que l'affaire soit jugée au fond ou même simplement discutée avant le prononcé d'une décision sur la compétence. Ces considérations amènent à apprécier à leur juste valeur les idées selon lesquelles le règlement judiciaire des différends tout comme l'exercice de sa compétence par la Cour auraient un caractère exceptionnel. L'idée d'incompétence serait, en quelque sorte, psychologiquement antérieure à celle de la compétence. Ainsi qu'il a été maintes fois rappelé, le règlement juridictionnel n'est que le succédané du règlement diplomatique, la thèse de l'incompétence de principe serait, alors, la confirmation de la place véritable reconvenue à l'institution judiciaire. Mais en s'imposant de considérer comme douteuses les propositions sur lesquelles on invoque sa compétence, la Cour, dans la phase de la procédure préliminaire, met à l'épreuve ces thèses en rejetant dans le domaine du possible ce qui n'est pas démontré pour ne retenir que le cadre probable au sein duquel se circonscrit l'instance judiciaire. En agissant de cette façon, la Cour assure la plénitude de

sa fonction juridictionnelle et la pleine effectivité du consentement à sa compétence judiciaire.

A moins que l'exception ne porte sur la compétence de la compétence comme dans l'affaire du génocide ou sur l'exception à caractère général soulevée dans la présente affaire, la conclusion que la Cour peut prendre se limite à une réponse affirmative ou négative à la demande d'exception sous risque de soulever un problème de préjugé. En 1972, la possibilité d'une exception n'ayant pas un caractère exclusivement préliminaire a été entendue de manière restrictive voire très exceptionnelle.

IV. LE PRÉJUGÉ DANS LE PRÉSENT ARRÊT

La mise en œuvre de ces principes méthodologiques a abouti dans le présent arrêt à un préjugé susceptible d'hypothéquer la suite de la procédure lorsque l'arrêt a procédé à l'examen des articles du traité d'amitié, de commerce et de droits consulaires de 1955. L'interprétation de l'article premier a été effectuée au détriment de l'exégèse. La solution de continuité consacrée par la formalisation dans l'article premier des obligations d'amitié et de paix n'a pas été suffisamment évaluée à sa juste mesure. La Cour a privilégié, au contraire, la référence aux idées que les pratiques des Etats se font de l'objet des traités d'amitié, de commerce et de navigation. Si l'interprétation maximaliste selon l'Iran ne peut être retenue, il est néanmoins difficile de n'y trouver que des principes exhortatifs alors que précisément l'innovation exceptionnelle du traité de 1955 réside dans le transfert de ces concepts de paix et d'amitié du domaine des préambules vers le corps des règles de droit positif conventionnel. Si pour des raisons psycho-politiques l'idée d'une obligation positive de paix ou d'amitié peut paraître non pertinente, la conception que se fait l'arrêt de l'idée de commerce ne justifie pas une interprétation aussi restrictive de l'article introductif du traité au point de ne même pas énoncer l'existence d'une obligation négative de comportement inhérente aux prescriptions d'amitié et de paix.

En revanche, malgré l'affirmation selon laquelle l'article premier avait pour fonction d'éclairer la compréhension des autres dispositions du traité, il est à déplorer que l'interprétation de l'article IV ait été effectuée dans un cadre analytique c'est-à-dire de manière autonome. En effet, *prima facie* le traitement visé audit article envisage celui des étrangers dans le cadre classique du droit international, c'est-à-dire les conditions de jouissance des droits par un étranger. Mais les effets combinés de l'exclusion de la référence territoriale et des dispositions de l'article premier amènent à poser le problème de la validité de l'interprétation que retient l'arrêt du concept de traitement. Il est indiscutable qu'en soi l'idée de traitement vise fréquemment des considérations essentiellement formelles; elles sont relatives à la formalisation, dans des actes législatifs ou réglementaires, de la manière dont un Etat s'acquitte de ses obligations vis-à-vis de son partenaire à l'égard des ressortissants et des entreprises de

ce dernier. Mais est-on parfaitement fondé de penser que l'article IV excluait de son champ d'application les comportements effectifs et volontaires des parties contractantes à l'égard d'entreprises relevant de l'autre? Le langage courant, entre autres significations, désigne aussi par traitement: l'attaque et la destruction d'un objectif militaire (voir dictionnaire *Le Robert*). Par ailleurs, en statuant de manière négative sur le point de savoir si les actions de destruction des plates-formes pétrolières étaient visées par l'article IV, l'arrêt exclut l'applicabilité de cette disposition à des comportements consistant à traiter une entreprise en otage dans une conjoncture de relations d'hostilité entre les parties à la convention de 1955. La réponse ne peut que résulter de l'examen du fond de l'affaire.

Enfin dans la mesure où le premier paragraphe de l'article X a été retenu comme la base de la compétence de la Cour et en raison des dispositions de l'article 80 du Règlement sur les demandes reconventionnelles, une question se pose à propos de l'intégrité des droits des Etats-Unis d'Amérique: comment s'établit le lien de connexité entre la liberté du commerce et de navigation avec une éventuelle demande en réparation pour destruction de navires de guerre?

Ces considérations liées à des exigences de prudence judiciaire fixent les limites de l'objet des débats préliminaires afin d'éviter les risques de préjugés. La rupture doit être définitivement consommée entre l'objet de l'exception préliminaire de l'article 79 du Règlement de ce qu'on appelle base de compétence. L'exception ne porte que sur la compétence de la Cour ou bien sur la recevabilité tandis que ce qu'on désigne par base de compétence couvre les moyens exposés à l'appui de la demande. Dans ces conditions l'interprétation des «bases de compétence» n'affecte pas les droits des parties si elle est limitée à la rencontre des arguments sur le seul terrain de la vraisemblance des thèses exposées par rapport à la problématique inhérente aux termes des dispositions dont la violation est invoquée par la Partie demanderesse. La référence à l'article X du traité dans le second alinéa du dispositif de l'arrêt paraît dans ces conditions critiquable.

(Signé) Raymond RANJEVA.