

OPINION DISSIDENTE DE M. WINIARSKI
ET BADAWI PACHA

Si justifiées que paraissent les mesures conservatoires formulées dans la présente ordonnance, nous estimons que la Cour n'aurait pas dû les indiquer pour des raisons de principe qu'il est de notre devoir de constater brièvement.

Le problème des mesures conservatoires est lié pour la Cour à celui de sa compétence ; elle ne peut les indiquer que si elle admet, ne fût-ce que provisoirement, sa compétence pour connaître du fond de l'affaire. L'article 41 du Statut donne à la Cour le pouvoir d'indiquer des mesures conservatoires « si elle estime que les circonstances l'exigent ». Les dispositions de cet article présupposent la compétence de la Cour ; cet article se trouve dans le chapitre « Procédure », il parle des « parties » : il faut donc qu'il y ait une procédure au sens du Statut, qu'il y ait des parties.

On ne saurait assurément demander qu'en cas de contestation la Cour tranchât définitivement la question de sa compétence avant d'indiquer des mesures conservatoires ; dans un cas pareil, la demande risquerait de devenir sans objet ; mais la Cour doit apprécier sa compétence comme raisonnablement probable.

L'article 41 donne à la Cour — ce qui est parfaitement naturel — un autre pouvoir d'appréciation, celui d'apprécier si les circonstances exigent une indication de mesures conservatoires, et à ce point de vue le pouvoir de la Cour internationale de Justice ne diffère pas en substance de celui du tribunal national. Le Président Anzilotti, dans une opinion dissidente (affaire de la réforme agraire polonaise, 1933), est allé jusqu'à dire que si *summaria cognitio*, qui est le propre de ce genre de procédure, permettait de retenir la possibilité du droit revendiqué et la possibilité du danger auquel ce droit serait exposé, les mesures conservatoires devraient être accordées. Cependant, comme les mesures conservatoires sont de caractère exceptionnel, exorbitant du droit commun, le tribunal aura à apprécier la situation dans son ensemble ; c'est ainsi, par exemple, que dans les pays de « temporary injunction », au cas où les mesures demandées seraient particulièrement dures pour le défendeur, le juge ne les ordonnera que si le droit du demandeur lui paraît clair ; c'est ainsi encore que, s'il lui paraît très probable que le demandeur perdra son procès, il n'ordonnera pas les mesures demandées. La question de la compétence du tribunal national ne se pose pratiquement pas ; on s'adresse au tribunal compétent ; si le tribunal n'est pas compétent, il n'ordonnera pas de mesures

conservatoires. Mais en droit interne, il y a toujours un tribunal qui est compétent.

En droit international, c'est le consentement des parties qui confère juridiction à la Cour ; la Cour n'a compétence que dans la mesure où sa juridiction a été acceptée par les parties. Le pouvoir donné à la Cour par l'article 41 n'est pas inconditionnel ; il lui est donné aux fins du procès, dans les limites du procès. Pas de compétence au fond, pas de compétence pour indiquer des mesures conservatoires. Ces mesures en droit international ont un caractère exceptionnel à un plus haut degré encore qu'en droit interne ; elles sont facilement considérées comme une ingérence à peine tolérable dans les affaires d'un État souverain. Pour cette raison aussi, la Cour ne doit indiquer de mesures conservatoires que si sa compétence, au cas où elle est contestée, lui paraît néanmoins raisonnablement probable. Cette appréciation doit être le résultat d'un examen sommaire ; elle ne peut être que provisoire et ne peut préjuger la décision finale qui interviendra après un examen approfondi auquel la Cour procédera en statuant avec toutes les garanties que lui imposent les règles de sa procédure.

Il nous est difficile d'admettre le point de vue d'après lequel, si *prima facie* l'incompétence totale n'est pas évidente, donc s'il existe une possibilité, si faible soit-elle, de compétence pour la Cour, elle peut indiquer des mesures conservatoires. Cette méthode qui comporte, elle aussi, un élément d'appréciation et qui ne réserve pas dans une plus grande mesure la liberté de la Cour de statuer définitivement sur sa compétence, paraît cependant partir de la présomption en faveur de la compétence de la Cour, ce qui ne s'accorde pas avec les principes du droit international. Pour être en accord avec le droit international, il faut renverser les positions : s'il existe de fortes raisons en faveur de la compétence contestée, la Cour peut indiquer des mesures conservatoires ; s'il existe des doutes sérieux ou de fortes raisons contre cette compétence, elle ne peut pas les accorder.

Pour minimiser l'importance de ce problème, on a invoqué devant la Cour des exemples empruntés à la pratique des Tribunaux arbitraux mixtes. Or, ces tribunaux, organes communs de deux États, diffèrent par leur caractère et par leur procédure d'un tribunal international et, par conséquent, de la Cour internationale de Justice ; il n'y a donc rien à tirer de leur jurisprudence.

On a invoqué aussi la jurisprudence de la Cour permanente de Justice internationale ; or, cette jurisprudence ne justifie nullement la thèse avancée. Des mesures conservatoires ont été demandées dans six affaires ; elles n'ont été accordées que dans deux. Dans l'affaire sino-belge (1927), le Président a d'abord refusé, puis

accordé, enfin révoqué les mesures conservatoires. Dans son ordonnance, le Président a eu soin de dire : « A titre provisoire, en attendant l'arrêt définitif que la Cour rendra soit pour décider de sa propre compétence, soit pour statuer sur le fond. » En rapportant ces mesures, le Président a indiqué quelle était la situation : « le délai fixé pour le dépôt du contre-mémoire n'étant pas expiré, la Partie défenderesse n'a pas eu l'occasion de manifester son acceptation éventuelle de la juridiction de la Cour en l'espèce ». Dans l'affaire de la Compagnie d'Électricité de Sofia et de Bulgarie (1939), la Bulgarie a fait objection à la compétence de la Cour. L'objection a été examinée par la Cour et partiellement admise ; pour le reste, la Cour s'est déclarée compétente. C'est après seulement que la Cour a indiqué les mesures conservatoires, et ceci dans des termes très généraux.

Il y a certainement des cas où l'exception d'incompétence est considérée comme simple moyen de défense, et où la partie, déboutée de son exception, continue de participer au procès. Mais dans notre cas la situation est totalement différente. L'Iran affirme qu'il n'a pas accepté la juridiction de la Cour dans le cas présent, qu'il n'est nullement lié en droit ; il a refusé de comparaître devant la Cour et a indiqué les raisons de son attitude. La Cour doit donc apprécier, sommairement et provisoirement, aux fins de la décision qu'elle est appelée à prendre dans la question des mesures conservatoires, quelle sera la plus probable des deux conclusions auxquelles elle pourrait arriver finalement sur sa compétence.

A cet égard, l'examen, toujours sommaire, des divers chefs de compétence allégués par le Gouvernement du Royaume-Uni, nous conduit à la conclusion provisoire que, si l'Iran n'accepte pas la juridiction de la Cour en suivant la suggestion faite par le Royaume-Uni au paragraphe 20 de la requête (« A titre subsidiaire, que la Cour ait ou non juridiction en cette affaire le Gouvernement du Royaume-Uni est convaincu que l'Iran acceptera de se présenter volontairement devant la Cour »), la Cour, lors de la décision finale, sera amenée à se déclarer incompétente dans cette affaire et que, telles étant les conditions, les mesures conservatoires n'auraient pas dû être indiquées.

(Signé) B. WINIARSKI.

(Signé) BADAWI PACHA.