

OPINION INDIVIDUELLE DE M^{ME} HIGGINS

[Traduction]

1. En la présente phase de l'affaire qui a trait à sa compétence, la Cour devait décider si le traité d'amitié, de commerce et de droits consulaires conclu en 1955 entre l'Iran et les Etats-Unis lui confère un titre de compétence en ce qui concerne l'une quelconque des demandes présentées par l'Iran.

2. Mais il se pose également d'importantes questions quant à la méthodologie à adopter pour établir si une demande relève de la clause compromissoire d'un certain traité. Certaines de ces questions se posaient manifestement aux Parties en la présente instance. J'ai donc jugé utile de m'arrêter ne serait-ce qu'un moment sur le problème, d'autant que la pratique de la Cour témoigne à cet égard d'une incertitude patente.

3. L'article XXI, paragraphe 2, du traité de 1955 dispose, en des termes identiques à ceux de clauses comparables figurant dans beaucoup d'autres traités multilatéraux et bilatéraux ou en des termes très voisins, que :

«Tout différend qui pourrait s'élever entre les Hautes Parties contractantes quant à l'interprétation ou à l'application du présent traité et qui ne pourrait pas être réglé d'une manière satisfaisante par la voie diplomatique sera porté devant la Cour internationale de Justice...»

Dans certains autres traités, la formule «l'interprétation ou ... l'application» est énoncée dans l'ordre inverse, c'est-à-dire «l'application ou l'interprétation». Que ce soit sous une forme ou sous d'autres, la formule contient deux éléments distincts qui peuvent chacun motiver la saisine de la Cour. Le plus souvent, les deux éléments sont considérés comme un seul.

4. Quand la compétence de la Cour est contestée, l'«application» d'un traité peut manifestement motiver une exception d'incompétence sinon plusieurs. Il y a une foule de raisons pour lesquelles, face aux demandes présentées, on peut soutenir qu'un traité ne s'applique pas. On peut dire qu'il y a extinction du traité (convention de Vienne sur le droit des traités, art. 54-60); on peut invoquer la nullité du traité (art. 46-53); on peut dire qu'il a perdu son importance juridique sous l'effet d'un traité postérieur portant sur la même matière (art. 30); ou que son application est soumise au principe de la non-rétroactivité des traités (art. 28); ou encore qu'il est inapplicable du fait de sa portée territoriale (art. 29); ou encore qu'il fait l'objet d'une réserve pertinente (art. 21). On peut aussi soutenir qu'un traité est inapplicable *ratione temporis* (voir l'affaire du *Détroit de Corfou, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1949, p. 22*); ou bien qu'il n'est pas en

vigueur entre les deux parties (voir l'affaire du *Droit d'asile*, arrêt, *C.I.J. Recueil 1950*, p. 276-277, et l'affaire de la *Composition du Comité de la sécurité maritime de l'Organisation intergouvernementale consultative de la navigation maritime*, avis consultatif, *C.I.J. Recueil 1960*, p. 171).

5. Il arrive, mais plus rarement, que dans son exception préliminaire l'une des parties soutienne que le traité sur lequel la partie adverse cherche à fonder la compétence de la Cour n'est pas applicable *ratione materiae*. L'étude de la jurisprudence pertinente à cet égard est instructive.

6. Il y a toute une série d'affaires que l'on pourrait à bon droit invoquer mais qui n'ont en fait qu'un intérêt marginal pour notre problème. L'affaire de l'*Usine de Chorzów* (arrêt n° 8, 1927, *C.P.J.I. série A n° 9*), l'affaire du *Droit d'asile* (*C.I.J. Recueil 1950*, p. 266), l'affaire de l'*Interprétation des traités de paix conclus avec la Bulgarie, la Hongrie et la Roumanie* (*C.I.J. Recueil 1950*, p. 65), l'affaire *Haya de la Torre* (*C.I.J. Recueil 1951*, p. 71), l'affaire de l'*Anglo-Iranian Oil Co.* (*C.I.J. Recueil 1952*, p. 93), l'affaire du *Cameroun septentrional* (*C.I.J. Recueil 1963*, p. 15), l'affaire de la *Barcelona Traction, Light and Power Company Limited* (*C.I.J. Recueil 1964*, p. 6), et l'affaire de *Certaines terres à phosphates à Nauru* (*C.I.J. Recueil 1992*, p. 240) sont de celles où il a fallu interpréter un traité dans un cadre juridictionnel, mais sans que cela soulève du tout la question de l'application d'un traité comme c'est le cas en la présente espèce.

7. Dans l'affaire du *Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran* (*C.I.J. Recueil 1980*, p. 3), l'Iran n'a pas déposé de pièces. Dans les diverses communications qu'il a néanmoins adressées à la Cour, l'Iran n'a pas contesté l'«application», au sens juridique du terme, de la convention de Vienne sur les relations diplomatiques, ni du traité d'amitié, de commerce et de droits consulaires de 1955. L'Iran dit alors au contraire :

«Le problème en cause ... ne tient donc pas de l'interprétation et de l'application des traités sur lesquels se base la requête américaine, mais découle d'une situation d'ensemble comprenant des éléments beaucoup plus fondamentaux et plus complexes.» (*Ibid.*, p. 19.)

8. Dans l'affaire de l'*Applicabilité de l'obligation d'arbitrage en vertu de la section 21 de l'accord du 26 juin 1947 relatif au siège de l'Organisation des Nations Unies* (*C.I.J. Recueil 1988*, p. 12), la Cour fut appelée à décider s'il existait entre les Etats-Unis et l'Organisation des Nations Unies un différend au sujet de l'interprétation ou de l'application de l'accord de siège qu'il convenait de soumettre à arbitrage comme il était prévu à la section 21, alinéa *c*), de cet instrument. Bien qu'elle ait dit que «la demande d'avis concern[ait] uniquement l'applicabilité au différend allégué de la procédure d'arbitrage prévue par l'accord de siège» (*ibid.*, p. 26), la Cour a cherché avant tout à déterminer s'il existait un différend et s'est intéressée à tous les éléments juridiques relatifs à cette question. Elle a déclaré qu'elle «ne vo[ya]it] donc aucune raison qui puisse l'amener à ne pas conclure à l'existence, entre l'Organisation des Nations Unies et

les Etats-Unis, d'un différend concernant «l'interprétation ou ... l'application» de l'accord de siège» (*C.I.J. Recueil 1988*, p. 32). Dans son opinion individuelle, M. Schwebel a relevé avec pertinence que le différend se limitait probablement à l'*application* des dispositions d'arbitrage et n'existait sans doute pas sur l'interprétation de l'accord en cause (*ibid.*, p. 43).

9. Il y a d'autres affaires qui sont plus directement pertinentes quand on se pose les problèmes méthodologiques qui sont au cœur même de la présente espèce. Ces affaires font naître un débat entre l'idée qu'il suffit à la Cour d'estimer à titre provisoire que la compétence se soutient, et l'idée divergente que la Cour est tenue d'être fondée à établir de façon définitive dès cette phase préliminaire de la compétence qu'elle est bel et bien compétente.

10. Dans l'affaire des *Décrets de nationalité promulgués en Tunisie et au Maroc* (avis consultatif, 1923, *C.P.J.I. série B n° 4*), il a été soulevé une exception préliminaire à la compétence de la Cour. Celle-ci a estimé qu'il lui fallait pouvoir formuler une *conclusion provisoire* au sujet des titres de compétence invoqués.

11. Dans l'affaire *Mavrommatis (Concessions Mavrommatis en Palestine, arrêt n° 2, 1924, C.P.J.I. série A n° 2)*, il fallait que la Cour s'assure que le différend entrait dans les prévisions de l'article 26 du mandat de la Société des Nations, c'est-à-dire qu'il était relatif «à l'interprétation ou à l'application des dispositions du mandat». La Cour a déclaré à cette occasion qu'elle «ne cro[yait] pas pouvoir se contenter d'une conclusion provisoire sur le point de savoir si le différend relev[ait] des dispositions du mandat» (*ibid.*, p. 16). La Cour a mis à part l'affaire des *Décrets de nationalité promulgués en Tunisie et au Maroc* parce que, dans un avis consultatif, le principe du consentement des Etats à la saisine n'était pas en cause. Le Gouvernement grec avait allégué des violations de l'article 11 du mandat. La Cour permanente a déclaré qu'«il s'agiss[ait] de savoir si le différend ci-dessus d[é]vait être résolu sur la base de cette disposition» (*ibid.*, p. 17). La technique utilisée par la Cour permanente a consisté à procéder à une analyse de fond extrêmement détaillée des demandes présentées au titre des diverses concessions, en se référant au premier paragraphe de l'article 11. Cette analyse n'avait absolument rien de «provisoire». La Cour permanente n'a pas non plus donné le moins du monde à entendre que sa tâche était de vérifier si la Grèce avait formulé des «arguments plausibles» ou envisagé un «lien raisonnable» entre les dites demandes et lesdites dispositions. La Cour permanente a dit qu'elle «d[é]vait constater dès maintenant que ... [la] violation [des obligations visées par l'article 11], si elle existait, entraînerait une violation de cet article» (*ibid.*, p. 23). La Cour a très justement fait observer que ce n'était pas là préjuger le fond, car c'était seulement au stade du fond qu'il serait possible de savoir si les obligations en question avaient vraiment été violées.

12. C'est en procédant ainsi que la Cour permanente a retenu l'exception préliminaire du Royaume-Uni pour ce qui concernait la demande relative aux travaux réalisés à Jaffa et qu'elle l'a rejetée pour ce qui

concernait la demande concernant les travaux en cours à Jérusalem. La Cour pouvait donc poursuivre l'examen de l'affaire au fond pour la partie de la demande qui concernait Jérusalem.

13. Dans l'affaire relative à *Certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise* (compétence, arrêt n° 6, 1925, C.P.J.I. série A n° 6), la Pologne a soulevé plusieurs exceptions préliminaires, l'une d'elles étant que la Cour n'était pas compétente puisque le différend n'était pas de ceux qui étaient envisagés à l'article 23 de la convention de Genève, sur lequel l'Allemagne prétendait fonder la compétence de la Cour. Observant que sa compétence ne pouvait être fondée sur aucune des thèses que les Parties formulaient au sujet de l'article 23, la Cour permanente a reconnu qu'elle devait trancher cette question pour son propre compte, dès le début. Elle a admis qu'il importait de ne préjuger en rien sa propre décision sur le fond, mais elle a poursuivi de la façon suivante :

« Mais, d'un autre côté, la Cour ne saurait décliner sa compétence par ce seul fait, car ainsi elle ouvrirait la porte à la possibilité pour une Partie de donner à une exception d'incompétence, ne pouvant être jugée sans avoir recours à des éléments puisés dans le fond, un caractère péremptoire, simplement en la présentant *in limine litis*, ce qui est inadmissible. (*Ibid.*, p. 15.)

Et la Cour permanente a conclu qu'elle devait aborder l'examen de l'article 23 pour établir si celui-ci s'appliquait « quand même cet examen devrait l'amener à effleurer des sujets appartenant au fond de l'affaire » (*ibid.*).

14. L'affaire *Mavrommatis*, dans laquelle des questions qui sont directement pertinentes pour la présente instance ont été examinées directement et à fond, garde une importance fondamentale. La façon dont il faut aborder ces questions difficiles, qui est si clairement traitée dans cette affaire, semble avoir été contestée, quelque vingt-neuf ans plus tard, par une autre affaire opposant la Grèce et le Royaume-Uni. Et cette seconde affaire, l'affaire *Ambatielos*, a beaucoup retenu l'attention à la fois de l'Iran et des Etats-Unis en la présente instance. La question comparable qu'il fallait trancher — consistant à savoir si une demande était effectivement « fondée sur » un traité (le traité de commerce et de navigation de 1886), fut cette fois réglée dans un arrêt sur le fond, la Cour ayant décidé dans son arrêt sur la compétence, l'année précédente, qu'elle était bel et bien compétente pour dire si le Royaume-Uni était ou non tenu de soumettre le différend à l'arbitrage, conformément à la déclaration annexée au traité de commerce et de navigation du 16 juillet 1926 entre la Grande-Bretagne et la Grèce. La Cour avait décidé qu'elle était compétente pour trancher cette question « en tant que cette réclamation est fondée sur le traité de commerce et de navigation du 10 novembre 1886 » (*C.I.J. Recueil 1953*, p. 12). Et cette question-là serait donc réglée dans l'arrêt de la Cour de 1953.

15. La Grèce donnait à entendre qu'un lien tenu entre l'objet du dif-

férend et le traité de commerce suffirait : elle disait en effet que la réclamation « n'apparai[ssait] pas *prima facie* comme étrangère auxdites dispositions (C.I.J. *Recueil* 1953, p. 12). De son côté le Royaume-Uni estimait que ce critère de compétence était mauvais et que, même s'il avait été bon, la réclamation était « manifestement privée de tout rapport » avec le traité de 1886 (*ibid.*, p. 13). Le Royaume-Uni a soutenu en outre que « même si tous les faits allégués par le Gouvernement hellénique étaient vérifiés, le traité n'aurait pas été violé » (*ibid.*).

16. La Cour a dérogé à l'approche pourtant définie si clairement dans l'affaire *Mavrommatis* en disant qu'en interprétant les mots « en tant que cette réclamation est fondée sur le traité de 1886 » elle ne devait pas nécessairement « arriver à la conclusion que la réclamation Ambatielos est valablement fondée sur le traité de 1886 » (*ibid.*, p. 16). La Cour avait plutôt pour tâche de s'assurer que :

« les arguments avancés par le Gouvernement hellénique au sujet des dispositions du traité sur lesquelles la réclamation Ambatielos prétendument fondée sont de caractère suffisamment plausible pour permettre la conclusion que la réclamation est fondée sur le traité. Il ne suffit pas que le gouvernement qui présente la réclamation établisse un rapport lointain entre les faits de la réclamation et le traité de 1886. En revanche, il n'est pas nécessaire que ce gouvernement démontre, aux fins de la procédure actuelle, qu'une prétendue violation du traité présente un fondement juridique inattaquable ... Si l'interprétation donnée par le Gouvernement hellénique 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, alors la réclamation Amabatielos doit être considérée aux fins de la procédure actuelle comme une réclamation fondée sur le traité de 1886 ». (*Ibid.*, p. 18.)

17. Cet extrait a été beaucoup étudié en la présente instance. Il établit manifestement à la fois une autre norme et une autre méthodologie que celles qui ont été retenues dans l'affaire *Mavrommatis*. La Cour a cherché à expliquer la différence en disant que l'affaire *Ambatielos* avait un caractère distinctif « au contraire de celle des *Concessions Mavrommatis en Palestine* » (*ibid.*, p. 14), parce que, dans l'affaire *Ambatielos*, la Cour ne pouvait pas se prononcer elle-même sur le fond de la demande, c'était à un autre tribunal de statuer au fond. La Cour avait pour seule obligation de voir s'il fallait ou non porter le différend devant cet autre tribunal.

18. On pourrait s'interroger sur cette distinction, en relevant que la Cour internationale est également tenue de s'abstenir de se prononcer sur le fond lors de la phase juridictionnelle d'une affaire si c'est elle qui doit juger l'affaire au fond quand la procédure va jusque-là. Et, par la suite, dans l'affaire de l'*Appel concernant la compétence du Conseil de l'OACI*, la Cour devait décider que l'analyse de la clause compromissaire serait nécessairement la même, que ce soit elle-même ou bien l'OACI qui ait

compétence au fond (*C.I.J. Recueil 1972*, p. 61). En tout état de cause, que l'on partage ou non le sentiment que l'affaire *Ambatielos* est «contraire» à l'affaire *Mavrommatis*, en la présente instance il n'est pas question qu'un autre tribunal que la Cour se prononce sur le fond de l'affaire. Des deux modèles, c'est celui de l'affaire *Mavrommatis* qui demeure le plus convaincant.

19. Dans l'affaire de l'*Interhandel* (1959), la Cour devait décider si elle était compétente pour statuer sur les demandes suisses alors que les Etats-Unis faisaient valoir à titre d'exception que les questions soulevées dans la requête et le mémoire de la Suisse relevaient de la compétence interne des Etats-Unis. Le Gouvernement suisse, en répondant à cette exception, invoquait l'accord de Washington conclu entre les deux Parties. La Cour a déclaré qu'elle :

«se bornera[it] 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 ces titres sont des questions de droit international» (*C.I.J. Recueil 1959*, p. 24; les italiques sont de moi).

En ce qui concerne l'application de l'accord de Washington, la Cour entendait chercher si elle pouvait dire, à titre de «conclusion provisoire», si cet instrument pouvait être «pertinent en l'espèce», c'est-à-dire s'appliquer aux demandes présentées. Mais la Cour ne s'est pas arrêtée plus longtemps sur ce point.

20. L'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (*Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique*), tant dans sa phase juridictionnelle que dans l'arrêt sur le fond, a des incidences importantes pour la présente espèce, comme l'ont souligné les deux Parties. Le Nicaragua fondait sa demande sur certaines activités militaires menées sur son territoire et dans les eaux situées au large de sa côte, dont il attribuait la responsabilité aux Etats-Unis d'Amérique (*C.I.J. Recueil 1984*, p. 428). Le titre de compétence attribué à la Cour reposait essentiellement sur l'article 36, paragraphe 2, du Statut, mais le Nicaragua invoquait aussi subsidiairement le traité d'amitié, de commerce et de navigation conclu en 1956 entre le Nicaragua et les Etats-Unis. L'énoncé de la clause compromissoire, au paragraphe 2 de l'article XXIV dudit traité, est exactement le même que celui de l'article XXI du traité conclu en 1955 entre l'Iran et les Etats-Unis. Dans son mémoire, le Nicaragua alléguait des violations des articles XIX, XIV, XVII, XX et premier du traité, bien qu'au cours des plaidoiries il n'ait pratiquement plus été question de ces griefs énoncés dans la demande subsidiaire (voir *ibid.*, opinion individuelle de M. Oda, p. 472).

21. La Cour a décidé, par quatorze voix contre deux, qu'elle était compétente en vertu de l'article XXIV. Ce faisant, elle s'est référée à l'ensemble des articles invoqués, «notamment [les dispositions] de l'article XIX». Et, prenant ces éléments en compte, elle a poursuivi :

«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» (*C.I.J. Recueil 1984*, p. 428, par. 83).

22. A cette occasion, comme précédemment, la Cour semble avoir conclu de façon définitive en s'appuyant sur les divers articles du traité de 1956, notamment son article XIX, mais cette fois, elle n'indique pas le raisonnement juridique qui l'a conduite à cette conclusion. Dans leur ensemble, les opinions individuelles et dissidentes n'éclaircissent pas davantage ce raisonnement juridique. Parmi ceux qui ont néanmoins évoqué la question, M. Singh s'est borné à faire observer que le traité d'amitié, de commerce et de navigation constituait en fait le meilleur titre de compétence. M. Oda a, quant à lui, manifestement estimé que ni les conseils ni les juges n'avaient assez prêté attention à la question. Pour M. Ago, le simple énoncé de demandes faisant état de violations d'articles déterminés du traité suffisait à fonder la compétence. La conclusion implicite qu'il faut en tirer est que la Cour elle-même n'avait pas autre chose à faire au stade juridictionnel. Sir Robert Jennings a estimé qu'il était justifié de faire du traité d'amitié, de commerce et de navigation un titre de compétence, et a considéré globalement l'obligation d'examiner si une clause «répond» aux faits allégués et l'obligation d'apporter la preuve de ces allégations. La démonstration et la preuve «ser[ont] apportée[s] au stade de la procédure sur le fond» (*ibid.*, p. 556).

23. Par opposition, M. Schwebel a été manifestement d'avis qu'il fallait que le Nicaragua établisse un lien entre ses demandes et le traité et que la Cour devait aboutir à une conclusion ferme à cet égard dès la phase de la compétence. M. Schwebel s'est attelé lui-même à cette tâche en ce qui concerne chacun des articles invoqués et a conclu qu'«il [était] certain que le traité lui-même ne saurait être interprété de façon plausible comme donnant compétence à la Cour» (*ibid.*, p. 637). Pour M. Schwebel, semble-t-il, le critère à appliquer était le critère relativement modeste de l'«interprétation plausible» (*ibid.*) et il incombait à la Cour de trancher d'emblée la question juridictionnelle sur cette base-là.

24. Or, la Cour a attendu le stade du fond pour procéder à l'analyse au fond des dispositions du traité qui étaient censées être un titre subsidiaire de compétence.

25. Dans l'affaire récente relative à l'*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, la Cour est revenue à une approche plus traditionnelle. La Bosnie-Herzégovine a invoqué l'article IX de la convention sur le génocide et en a fait le titre de compétence qui lui a servi à fonder les demandes qu'elle a présentées à l'encontre de la République fédérative de Yougoslavie. Celle-ci a soutenu que le différend ne relevait pas de la clause compromissoire énoncée dans la convention sur le génocide, clause qui rend la Cour compétente en ce qui concerne les «différends ... relatifs à l'interprétation, l'application ou

l'exécution de la présente convention» (*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, arrêt, C.I.J. Recueil 1996*, p. 614, par. 27). La Yougoslavie n'a pas donné à entendre, comme les Etats-Unis l'ont fait dans la présente instance, que la demande n'avait rien à voir avec l'objet du traité. Mais la Yougoslavie a soutenu que l'article IX envisageait un différend de caractère *international*, lequel à son avis faisait défaut, et qu'en outre la responsabilité incombant à un Etat du chef de ses propres actions ne relève pas de la compétence *ratione materiae* définie à l'article IX.

26. Il est exact que la question de savoir s'il y avait «un rapport suffisant quant à l'objet du différend» n'était pas en litige. La façon dont la Cour devait aborder sa tâche n'a pas non plus été spécialement examinée par les Parties ni par la Cour elle-même. La Cour ne s'en est pas moins simplement prononcée de façon définitive sur les exceptions *ratione materiae* soulevées par la République fédérative de Yougoslavie au titre de l'article IX de la convention. La Cour n'a pas donné à entendre qu'il suffisait à son avis que la Yougoslavie présente une «interprétation possible» (*Ambatielos*) ni qu'elle formulait une «conclusion provisoire» (*Interhandel*).

* * *

27. La présente instance a nettement mis en évidence une série de questions connexes mais distinctes les unes des autres qu'il convient d'examiner. Quand la Cour est face à une exception préliminaire d'incompétence faisant valoir que le traité invoqué ne vise pas les demandes présentées ou bien qu'elle conclut que les demandes ne relèvent pas dudit traité ou n'ont pas à être tranchées par référence audit traité, il se pose trois questions. Premièrement, quel est le critère suivant lequel la Cour doit formuler sa conclusion? Deuxièmement, la conclusion que la Cour formule sur ce point à l'issue de la phase juridictionnelle de la procédure est-elle provisoire ou définitive? Troisièmement, de quelle façon la réponse est-elle dictée par l'obligation où se trouve la Cour d'éviter d'aborder le fond au stade juridictionnel?

28. Il n'est pas facile de dégager sur ces différentes questions une jurisprudence claire ni constante, mais certaines réponses s'imposent. Néanmoins, on doit en les énonçant ne pas oublier que:

«Ni le Statut, ni le Règlement ne contiennent aucune disposition relative à la procédure à suivre dans le cas où la juridiction serait contestée *in limine litis*. Dans ces circonstances, la Cour est libre d'adopter la règle qu'elle considère comme la plus appropriée à la bonne administration de la justice, à la procédure devant un tribunal international, et la plus conforme aux principes fondamentaux du droit international.» (*Concessions Mavrommatis en Palestine, arrêt n° 2, 1924, C.P.J.I. série A n° 2*, p. 16.)

29. Dans cette affaire des *Concessions Mavrommatis*, l'interprétation indispensable se situait dans le cadre de l'article 11 du mandat. Mais il ne fait pas de doute qu'au cas où la Grèce aurait soutenu que le Gouvernement britannique avait violé d'autres dispositions du mandat la Cour permanente aurait procédé à la même analyse pour interpréter également ces articles-là. Il est exact, bien entendu, que la Cour doit en l'espèce fonder sa compétence sur la clause compromissoire, c'est-à-dire sur l'article XXI du traité de 1955. Mais la conclusion sur ce point ne saurait procéder purement et simplement de quelques impressions. La Cour ne peut établir l'existence d'un différend relatif à l'interprétation et à l'application du traité de 1955 qui relève des dispositions du paragraphe 2 de l'article XXI qu'en interprétant les articles que l'Iran prétend avoir été violés du fait que les Etats-Unis ont détruit les plates-formes pétrolières. La Cour doit donc à cet égard procéder à une analyse détaillée.

30. Il ne suffit pas non plus de dire qu'il existe manifestement un différend relatif à l'application et du reste aussi à l'interprétation du traité et que, par conséquent, la Cour est compétente au titre de l'article XXI. L'Iran a donné à entendre à la Cour qu'il suffisait que les deux parties divergent quant à l'application du traité (CR 96/15, p. 31). Mais il faut alors poser la question suivante: cela suffit pour quoi? Il suffit bien entendu que la Cour doive exercer sa «compétence de la compétence», comme elle le fait en l'occurrence. Mais cela ne suffit pas nécessairement si cela doit conférer automatiquement le droit de poursuivre l'affaire au fond. La Cour doit d'abord déterminer si les demandes relèvent bien du traité de 1955 — autrement dit, déterminer si le traité s'applique. En l'espèce, du moment que la compétence est contestée et qu'il y a un différend quant à «l'interprétation ou à l'application» d'un traité, il faut trancher la question de l'«application» au stade juridictionnel.

31. Quand la Cour doit décider, en se fondant sur un traité dont l'application et l'interprétation sont contestées, qu'elle a ou non compétence, cette décision doit avoir un caractère définitif. (On ne sait pas bien si les affaires qui, au stade du fond, doivent être tranchées par un autre tribunal, font peut-être exception à cette disposition générale — bien que la justification d'une telle hypothèse, à l'étudier de près, prête à discussion.) Il ne suffit pas que la Cour, pour aboutir à cette décision définitive, décide qu'elle a entendu, au sujet des divers articles du traité, présenter des griefs qui correspondent à des questions «défendables» ou qui sont «authentiquement des questions d'interprétation» (autant d'arguments qui ont été formulés en l'espèce). Il en est ainsi bien que le précédent de l'*Interhandel* (où il est fait allusion à une «conclusion provisoire») et l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua* ne cadrent pas bien avec cette approche. Dans cette dernière affaire, l'examen de ce point fait appel à tant d'éléments remarquables, à tant de vues différentes qu'il est impossible d'en déduire que la Cour, en l'occurrence, a clairement décidé de renoncer à l'approche définie avec tant de conviction dans

l'affaire *Mavrommatis*. Et, à mon avis, la réponse ne se trouve pas non plus dans l'existence d'un «lien raisonnable» entre les demandes et le traité — il s'agit là d'une condition nécessaire mais non pas suffisante.

32. On a aussi donné à entendre que la «plausibilité» est également un critère permettant d'établir si la Cour est ou non compétente. La Cour a dit dans l'affaire *Ambatielos* qu'elle devait s'assurer que les arguments avancés par l'Etat demandeur

«au sujet des dispositions du traité sur lesquelles la réclamation *Ambatielos* est prétendument fondée sont de caractère suffisamment plausible pour permettre la conclusion que la réclamation *est* fondée sur le traité» (*C.I.J. Recueil 1953*, p. 18; les italiques sont de moi).

Mais le «caractère plausible» n'était pas le critère permettant de conclure que la réclamation *pouvait peut-être* être fondée sur le traité. Le seul moyen d'établir en la présente instance si les demandes de l'Iran sont fondées de façon assez plausible sur le traité de 1955 consiste à accepter provisoirement que les faits allégués par l'Iran sont vrais et à interpréter dans cette optique les articles premier, IV et X du traité à des fins juridictionnelles, c'est-à-dire pour voir s'il est possible, sur la base des faits invoqués par l'Iran, qu'il y ait violation de l'une au moins de ces dispositions.

33. Dans l'affaire *Ambatielos* (1953), la Cour a rejeté l'argument du Royaume-Uni qui voulait qu'elle accepte provisoirement les faits allégués par le demandeur et cherche à établir si ces faits constitueraient ou non une violation du traité qui était censé faire jouer la compétence de la Cour. La Cour a refusé l'argument pour deux raisons: la première était que conclure que ces faits *constitueraient* une violation reviendrait à franchir le pas et à statuer au fond; la seconde raison était qu'en cette espèce il était réservé à un autre organe de statuer au fond, la commission d'arbitrage prévue par le protocole de 1886. Cette contrainte-là n'intervient pas dans la présente instance. Il est intéressant de noter que dans l'affaire *Mavrommatis*, la Cour permanente a dit qu'il lui fallait, pour établir sa compétence, voir si les demandes grecques «entraîneraient» une violation des dispositions de l'article invoqué. Mais cela semble aller trop loin. Ce n'est qu'au stade du fond, une fois exposés les moyens de preuve et les moyens de défense éventuels que l'on peut passer du mode éventuel à celui de la réalité. La Cour devrait donc chercher si, d'après les faits tels qu'ils sont allégués par l'Iran, le comportement des Etats-Unis qui fait l'objet de la plainte risquait de violer les dispositions du traité.

34. Rien dans cette approche ne met en péril l'obligation incombant à la Cour de préserver la séparation entre la phase juridictionnelle et la phase du fond (à moins qu'il ait été décidé qu'une exception préliminaire n'avait pas un caractère exclusivement préliminaire au sens de l'article 29, paragraphe 2, du Règlement) ni l'obligation de protéger l'intégrité de la procédure sur le fond. Bien entendu, n'importe quelle conclusion définitive en vertu de laquelle, même d'après les faits tels que l'Iran les décrit, il ne saurait y avoir violation d'une disposition quelconque du traité «concerne le fond», en ce sens qu'il ne serait plus possible d'aborder cette

question au fond. Mais le phénomène est inhérent à la nature de la procédure préliminaire concernant la compétence de la Cour. Ce qui relève de la procédure au fond — et qui demeure intact, sans la moindre altération quand on aborde ainsi la question juridictionnelle —, c'est d'établir ce que sont exactement les faits et de dire, une fois qu'ils sont établis de façon définitive, s'ils confirment une violation de l'article X, par exemple; et, si tel est le cas, si ladite violation peut déclencher un moyen de défense qui serait défini à l'article XX ou ailleurs. Bref, c'est au stade du fond que l'on voit «si vraiment ces obligations ont été violées» (*Concessions Mavrommatis en Palestine, arrêt n° 2, 1924, C.P.J.I. série A n° 2, p. 23*).

35. Il ressort clairement de la jurisprudence de la Cour permanente et de celle de la Cour internationale de Justice qu'il n'y a pas de règle exigeant d'interpréter les clauses compromissaires en un sens restrictif. Mais il n'existe pas non plus de preuve que la pratique des deux Cours en matière juridictionnelle permette vraiment de conclure à une présomption sur ce plan juridictionnel en faveur du demandeur. (Je ne me réfère pas dans les présentes observations aux normes juridictionnelles applicables à l'établissement de la compétence voulue pour ordonner des mesures conservatoires.) La Cour n'a pas de politique judiciaire particulière l'incitant au libéralisme ou au contraire au rigorisme quand elle apprécie la portée d'une clause compromissoire: il s'agit de rendre une décision judiciaire au même titre que n'importe quelle autre décision judiciaire.

36. Un dernier point de méthodologie judiciaire: dans son arrêt, la Cour a retenu certaines des exceptions préliminaires et elle en a rejeté d'autres. Le fait n'est pas sans précédent puisque, par exemple, dans l'affaire *Mavrommatis*, elle a traité différemment les exceptions concernant les concessions de Jaffa et celles qui avaient trait aux concessions de Palestine. La Cour peut parfaitement établir qu'elle est compétente en ce qui concerne certaines réclamations mais qu'elle n'a pas compétence en ce qui concerne d'autres demandes. (C'est là une approche que, soit dit en passant, les juridictions appelées à se prononcer sur des litiges relatifs aux droits de l'homme connaissent bien quand elles ont à établir leur propre compétence: elles sont souvent saisies de demandes faisant état de la violation d'une série de dispositions conventionnelles mais décident que, pour des raisons juridictionnelles, le demandeur ne peut accéder à l'examen au fond qu'en ce qui concerne une ou plusieurs d'entre elles.) Choisir les causes d'une réclamation qu'il y a lieu d'examiner au fond, c'est exercer comme il convient la compétence de la compétence.

* * *

37. Ce sont ces considérations méthodologiques qui m'ont conduite à aborder comme je l'ai fait l'examen au fond des articles premier, IV et X du traité de 1955 qu'il faut mener sous l'angle de l'exception préliminaire soulevée par les Etats-Unis. Il convient de décider une fois pour toutes si l'une quelconque de ces dispositions confère à la Cour un titre de compétence; le seuil juridique à franchir à cet égard est exactement ce qu'il serait pour toute autre décision.

38. D'après les informations communiquées à la Cour par l'Iran, les plates-formes détruites faisaient l'objet d'une exploitation commerciale active, sauf la plate-forme 7 du complexe de Reshadat et la salle de contrôle du complexe de Salman où des travaux de réparation étaient en cours. Les Etats-Unis ont quant à eux dit à la Cour que les plates-formes étaient exploitées à des fins militaires hostiles. La question à résoudre est de savoir si, même quand on retient provisoirement la version iranienne des faits, la destruction des plates-formes peut être une violation de l'article premier, du paragraphe 1 de l'article IV ou du paragraphe 1 de l'article X.

39. Pour l'essentiel, je souscris à ce que la Cour dit de l'application aux faits tels que l'Iran les invoque de l'article premier et du paragraphe 1 de l'article IV du traité de 1955. En particulier, je suis comme elle d'avis que l'emploi de la force n'est pas «exclu» en tant que tel du champ d'application du traité: le problème est plutôt de savoir si l'emploi de la force visé en l'espèce pouvait en principe entraîner une violation du traité. Je suis également d'avis que ni l'article premier ni le paragraphe 1 de l'article IV n'offre cette possibilité. En ce qui concerne l'article premier, mes raisons sont pour l'essentiel celles qu'expose la Cour. En ce qui concerne le paragraphe 1 de l'article IV, mes raisons sont en revanche assez différentes. A mon sens, le paragraphe 1 de l'article IV vise très clairement les obligations incombant aux Etats-Unis à l'égard des ressortissants iraniens, de leurs biens et de leurs entreprises sur le territoire des Etats-Unis, et vice versa. Mon interprétation découle de l'obligation expressément faite aux Parties de ne pas porter atteinte à «leurs droits ... légalement acquis» — formule normalement appliquée à la protection des investissements étrangers. Et mon interprétation tient également à ce que je lis ce paragraphe 1 de l'article IV dans le contexte des dispositions qui suivent. Je pense en outre que certaines formules clés, «un traitement juste et équitable aux ressortissants et aux sociétés», «aucune mesure arbitraire ou discriminatoire», sont des expressions juridiques constamment appliquées au domaine des investissements à l'étranger, c'est-à-dire le domaine visé dans les dispositions en question. Et le sens couramment donné à ces expressions n'a tout simplement rien de commun avec l'exposé des faits que présente l'Iran.

40. La Cour a fondé sa compétence sur le paragraphe 1 de l'article X, qui dispose: «Il y aura liberté de commerce et de navigation entre les territoires des deux Hautes Parties contractantes.» Dans l'affaire *Oscar Chinn* (arrêt, 1934, C.P.J.I. série A/B n° 63), tout comme dans la présente instance, la Cour permanente a noté que la liberté de navigation et la liberté de commerce correspondaient bien à des notions distinctes mais qu'il n'y aurait pas lieu de les examiner séparément dans le cadre des droits soumis à examen. Comme la Cour le fait observer au paragraphe 38 de son arrêt, l'Iran ne soutient pas qu'il ait été porté atteinte à sa liberté de navigation, mais il n'en faut pas moins ici également apprécier la liberté de commerce affirmée au paragraphe 1 de l'article X dans le contexte dans lequel cette disposition se situe. La liberté de commerce en

un sens général est exactement ce qu'étaient les dispositions des articles VIII et IX. Dans le contexte de ces articles-là et dans celui des paragraphes qui suivent dans l'article X lui-même, il me paraît que le commerce visé ici est le commerce maritime ou, comme dans l'affaire *Oscar Chinn*, le commerce intrinsèquement lié, étroitement associé, au commerce maritime ou tout commerce accessoire du commerce maritime.

41. Si l'expression «liberté de commerce» qui figure au paragraphe 1 de l'article X était entendue en un sens totalement distinct de tout ce qui suit dans l'article X lui-même, elle aurait certainement été formulée à l'article VIII ou à l'article IX, ou bien elle aurait à elle seule fait l'objet d'un article séparé. Le fait que le traité de 1955 ait remplacé l'accord provisoire de 1928 (arrêt, par. 41) ne me paraît pas avoir plus de poids que ces considérations-là.

42. L'arrêt laisse entendre (par. 46) que les traités portant sur des questions commerciales couvrent «le droit ... d'exploiter des entreprises». Mais tout droit de ce type est un droit conféré par les ressortissants de l'une des parties sur le territoire de l'autre. Les traités relatifs aux échanges et au commerce ne disent pas que la partie A autorisera la partie B à exploiter des entreprises sur le propre territoire de cette partie B. Ce serait là une disposition fort étrange.

43. A côté de ces différents points, il se pose aussi la question de savoir si des plates-formes de production pétrolière (qu'elles soient ou non effectivement affectées à une activité de production aux moments pertinents) font du «commerce» au sens du paragraphe 1 de l'article X. La Cour montre de façon convaincante au paragraphe 45 de son arrêt que le mot «commerce», suivant l'interprétation habituelle, ne se limite pas aux seules activités d'achat et de vente et désigne toute une gamme d'activités accessoires liées au commerce. Il est également vrai que le pétrole fait l'objet d'exportations commerciales importantes de l'Iran vers les Etats-Unis. Mais il faut encore franchir un pas supplémentaire pour montrer que le commerce s'entend généralement aussi des *moyens de production* du produit qui peut, à un stade beaucoup plus lointain de la chaîne, être objet même de commerce international.

44. Or, la Cour n'autorise nullement à franchir encore ce qui serait un «pas de trop».

45. La citation tirée de l'arrêt rendu par la Cour permanente de Justice internationale dans l'affaire *Oscar Chinn* (arrêt, 1934, C.P.J.I. série A/B n° 63, p. 84) que la Cour retient dans son arrêt en l'espèce (par. 48) ne doit pas être considérée hors contexte. La Cour permanente avait à décider si, sous l'effet de certaines actions belges visant M. Oscar Chinn, transporteur britannique sur le fleuve Congo, la Belgique avait violé les obligations lui incombant à l'égard du Royaume-Uni au titre de la convention de Saint-Germain-en-Laye de 1919. L'article premier de la convention de Saint-Germain incorporait l'article premier de l'acte général de Berlin du 26 février 1885 aux termes duquel «le commerce de toutes les nations jouira d'une complète liberté». Et l'article 5 de la convention de Saint-Germain-en-Laye disposait que la navigation sur le Niger et

les lacs situés sur certains territoires «sera ... entièrement libre aussi bien pour les navires de commerce que pour le transport des marchandises et des voyageurs.» En outre, les bateaux de toute nature appartenant aux ressortissants des puissances signataires «seront traités, sous tous les rapports, sur un pied d'une parfaite égalité.»

46. La Cour permanente a constaté que, dans le cadre du régime établi par la convention de Saint-Germain, l'industrie des transports fluviaux rentrait dans l'activité commerciale et que la liberté de commerce (la «liberté commerciale») était envisagée expressément (*Oscar Chinn, arrêt, 1934, C.P.J.I. série A/B n° 63*, p. 81 et 83). La Cour permanente n'avait donc plus qu'à franchir un pas très bref pour constater que la liberté du commerce garantissait le droit de se livrer à toute activité commerciale, et que celle-ci pouvait s'appliquer à «l'industrie et notamment à l'industrie des transports» (*ibid.*, p. 84).

47. L'industrie des transports fluviaux faisait partie intégrante du commerce tel que celui-ci était envisagé à l'article 5 de la convention de Saint-Germain, mais la production de pétrole ne fait pas sur le même mode partie intégrante de ce qui a été envisagé à l'article X du traité d'amitié, de commerce et des droits consulaires conclu en 1955 entre l'Iran et les Etats-Unis. En outre, la partie lésée de l'époque était un étranger qui faisait grief de son comportement à l'Etat hôte. L'affaire *Oscar Chinn* ne peut pas à mon avis autoriser à soutenir qu'il faut apprécier la légalité de la destruction des plates-formes pétrolières par rapport à l'obligation conventionnelle d'assurer la liberté de commerce.

48. Et l'on ne sauve pas non plus la situation, à mon sens, en soutenant que la «liberté de commerce», même si elle ne correspond pas au «commerce» lui-même, s'étend à tout ce qui est produit et qui peut ultérieurement peut-être être exporté et être exporté peut-être aux Etats-Unis (voir présent arrêt, par. 50).

49. Si, pour se prononcer sur l'un quelconque des points ci-dessus, il était possible de se contenter d'établir un «lien raisonnable» ou une «conclusion provisoire», j'admets que le critère est peut-être dûment respecté. Mais, pour les motifs que j'ai développés plus haut, la Cour doit pouvoir s'appuyer sur une solide raison de fond à même d'étayer une conclusion de caractère définitif.

50. Dans ses pièces écrites, l'Iran a fait valoir que le pétrole extrait du gisement de Reshadat passait par une plate-forme centrale du complexe pour être acheminé par oléoduc jusqu'aux installations d'emmagasinage et de chargement de l'île de Lavan. L'Iran dit aussi que c'est à partir de la plate-forme A du complexe de Nasr que le pétrole était transporté par oléoduc aux installations de chargement, d'emmagasinage et d'exportation de l'île de Sirri. Si tel est le cas (et les Etats-Unis ne reconnaissent pas les faits ainsi exposés, lesquels ne peuvent pas être établis dans un sens ou un autre avant le stade du fond), les plates-formes en question peuvent alors être considérées comme faisant partie intégrante du transport du pétrole jusqu'aux points de chargement sur pétroliers (et comme ne relevant pas uniquement de la production pétrolière). L'Iran a fait savoir à la

Cour que les attaques des Etats-Unis visaient la plate-forme centrale de Reshadat et la plate-forme A du complexe de Nasr. Par conséquent, la destruction de ces plates-formes pourrait entraîner violation du paragraphe 1 de l'article X. Les manuels qui font autorité disent clairement que le transport (c'est-à-dire le «transport de marchandises») est un aspect fondamental du commerce et c'est ce qui ressort également des citations que la Cour retient aux paragraphes 45 et 46 de son arrêt.

51. C'est pour ces raisons très étroites que j'ai voté pour le dispositif de la Cour en l'espèce. Ces motifs étayaient suffisamment l'existence, au titre du paragraphe 2 de l'article XXI, d'un différend entre l'Iran et les Etats-Unis concernant l'application et l'interprétation du paragraphe 1 de l'article X du traité de 1955 car le différend met alors en cause la destruction du complexe de Reshadat et de Nasr. Je ne crois pas que la Cour soit compétente en ce qui concerne la destruction du complexe de Salman, au sujet de laquelle il n'a pas été formulé d'allégations de fait comparables en ce qui concerne le rôle de moyen de transport qu'auraient joué les installations détruites.

52. Il appartiendra aux Etats-Unis, au stade du fond, de contester les allégations de fait formulées par l'Iran quant au caractère proprement technique des installations détruites et de tenter de prouver que ces installations, comme ils le soutiennent, étaient exploitées à des fins militaires. Les Etats-Unis pourront aussi faire valoir tous les moyens dont ils disposent.

(Signé) Rosalyn HIGGINS.