

## OPINION DISSIDENTE DE M. GROS

Je considère que les actes introductifs d'instance de la Nouvelle-Zélande et de l'Australie dans les affaires des *Essais nucléaires* sont rédigés en termes analogues, que les mêmes considérations de fait et de droit y sont invoquées et que les conclusions ont un objet identique. Dans la première plaidoirie, le 24 mai 1973, le conseil de la Nouvelle-Zélande a déclaré :

«La demande néo-zélandaise tient aux mêmes circonstances que la demande australienne et a les mêmes objectifs.»

Les demandes des deux gouvernements auraient dû être jointes, dès le début de la procédure, leur objet étant le même. C'est un procédé artificiel de maintenir l'apparence de deux affaires et, même si une jonction pouvait poser des problèmes de rédaction pour les décisions ultérieures de la Cour, il n'y avait pas là un obstacle sérieux. Dans les affaires du *Sud-Ouest africain* la Cour avait joint les deux demandes au moment de la désignation par les deux demandeurs d'un même juge *ad hoc*, ce que la Nouvelle-Zélande et l'Australie ont fait également dans les affaires actuelles. Puisque la Cour a décidé de ne pas procéder à la jonction des deux demandes dès le début de ces affaires et de réserver sa décision sur ce point, je n'ai rien à ajouter pour le moment sur le problème de jonction. Mais, la demande de mesures conservatoires de la Nouvelle-Zélande ayant fait l'objet d'une ordonnance séparée, je dois indiquer les raisons qui me conduisent à un dissentiment sur cette ordonnance. Dans les circonstances rappelées ci-dessus, ces raisons sont les mêmes que celles exposées dans mon opinion dissidente sur l'ordonnance du même jour relative à la demande présentée par l'Australie.

\*  
\*   \*  
\*

La déclaration d'acceptation de la juridiction de la Cour faite par le Gouvernement français le 20 mai 1966 exclut de cette juridiction : «... [les] différends concernant des activités se rapportant à la défense nationale.» Dans une communication faite à la Cour le 16 mai 1973 par le Gouvernement français cette réserve a été formellement invoquée. La limite fixée par ce gouvernement à son acceptation a été considérée par l'ordonnance comme ne créant pas un empêchement à l'exercice du pouvoir de la Cour d'accorder des mesures conservatoires en application de l'article 41 du Statut, la Cour estimant que le titre invoqué par le demandeur pour fonder la compétence de la Cour, l'Acte général de 1928, semblait suffisant,

*prima facie*, à la fois pour justifier provisoirement sa compétence et pour écarter l'application de la réserve de 1966 dans la phase des mesures conservatoires, sans préjuger sa décision ultérieure sur ces questions. Je n'ai donc rien à dire sur la substance des problèmes de juridiction et de recevabilité puisque toutes questions sans exception concernant le pouvoir de la Cour de se saisir de l'affaire telle qu'elle a été présentée dans la requête de la Nouvelle-Zélande sont renvoyées à la prochaine phase de la procédure, instituée dans le dispositif de l'ordonnance.

Mais la décision de la Cour indiquant des mesures conservatoires constitue une application que je n'ai pu approuver de deux articles du Statut de la Cour, les articles 53 et 41, et il convient donc que je donne les raisons de mon dissentiment successivement sur ces deux points qui sont relatifs à la seule phase des mesures conservatoires.

\*

\*      \*

Lorsque la Cour fut saisie le 9 mai 1973 de la requête introductive d'instance indiquant la République française comme défendeur, puis le 14 mai 1973 d'une demande sollicitant l'indication de mesures conservatoires, signification fut faite immédiatement au Gouvernement de la République française qui répondit le 16 mai 1973 par un document contestant formellement la compétence de la Cour et concluant à ce que l'affaire soit rayée du rôle. Il s'agit d'un document de vingt pages qui constitue une réponse aux communications de la Cour. La Cour, avant la première audience, a examiné comme dans toute affaire la question de la communication au public des documents relatifs à l'instance, selon l'article 48 du Règlement; dans une lettre à la Cour du 23 mai 1973 l'agent du demandeur a fait d'expresses réserves à la communication du document français du 16 mai 1973. Le conseil du Gouvernement de la Nouvelle-Zélande, à la première audience, le 24 mai 1973, a déclaré:

«Je rappelle, pour la reprendre à mon compte, l'argumentation présentée par le conseil australien afin d'établir que ce document n'a pas été soumis conformément au Règlement.»

L'argumentation ainsi reprise était la suivante:

«Ni la Cour ni l'Australie ne doivent être obligées d'examiner les arguments invoqués par une partie, quand celle-ci les présente, non pas à la barre, mais de façon irrégulière ou extra-judiciaire. Selon nous, il faut s'en tenir strictement au principe selon lequel les parties doivent présenter leur argumentation régulièrement devant la Cour; si elles s'abstiennent de comparaître, la Cour ne doit prendre en considération aucune déclaration qu'elles viendraient à faire en dehors de ses procédures établies. Cette règle a été en tout temps essentielle pour maintenir l'intégrité de la procédure judiciaire à tous les niveaux. Nous sommes persuadés que la Cour fera clairement savoir qu'elle ne tiendra compte d'aucune déclaration de ce genre.»

Et à la date de la présente ordonnance, le document français n'a toujours pas été communiqué au public, alors que la requête néo-zélandaise et les comptes rendus des plaidoiries de la Nouvelle-Zélande le furent à partir du 24 mai 1973.

Le fondement d'une telle attitude ne peut se trouver que dans une certaine interprétation de l'article 53 du Statut ou de la procédure de la Cour dans les matières préliminaires.

L'article 53 du Statut de la Cour traite de la situation des Etats qui contestent la juridiction de la Cour par un défaut de comparaître ou de conclure. Le défaut est un acte reconnu dans la procédure de la Cour, traité par un article qui est contenu dans le chapitre III du Statut intitulé «Procédure» et c'est en vain qu'on chercherait dans les intentions des auteurs du Statut la volonté de pénaliser l'Etat qui fait défaut. La thèse contraire a été plaidée sans l'appui d'aucune autorité et doit être écartée. Certes le défaut d'un Etat ne doit pas porter préjudice à l'action intentée par un autre Etat et le défaut ne peut interrompre le cours de la justice. Mais le défaut est réglementé par l'article 53 qui décide de ses conséquences et, devant un défaut constaté, il faut appliquer cet article. Or c'est ce que la Cour n'a pas fait; l'ordonnance relève, dans le paragraphe 12, un défaut de comparaître, mais tient compte des conclusions du document adressé à la Cour par le Gouvernement français pour demander la radiation de l'affaire du rôle. Or s'il y a conclusions du gouvernement cité comme défendeur dans l'affaire, il n'y a pas défaut faute de conclure. En ne se prononçant ni dans un sens ni dans l'autre, et en renvoyant à une date ultérieure sa décision sur les conclusions du Gouvernement français la Cour donne une interprétation de l'article 53 qui me paraît erronée.

Ce n'est pas là un problème mineur et je regrette que la Cour l'ait renvoyé à une phase ultérieure. En indiquant à l'ouverture de la première audience que la demande de radiation de l'affaire faite par le Gouvernement français, dont «il a été dûment pris acte» serait examinée «le moment venu», le Président ne réglait qu'un problème immédiat mais l'ordonnance a reporté encore l'échéance. Et cette remise indique que la Cour estime possible de traiter le Gouvernement français à la fois comme partie à l'instance principale (cf. paragraphes 33 et 34 de l'ordonnance et la fixation d'un délai pour un contre-mémoire français) et comme en défaut dans la phase actuelle puisqu'on constate aux paragraphes 12 et 35 son défaut de comparaître. Mais si le Gouvernement français a fait défaut et indiqué formellement son intention de rester en dehors de l'instance principale, d'une manière qui ne laisse place à aucun doute, il fallait appliquer l'article 53 qui prévoit les effets du défaut, et cela immédiatement.

Il ne me paraît pas conforme aux règles de la procédure d'écarter provisoirement l'application de l'article 53 dans la présente affaire pour la raison qu'il s'agit d'une phase de mesures conservatoires. Dès le début,

une erreur d'interprétation est ainsi commise sur l'article 53. Il est inutile de rappeler la jurisprudence constante de la Cour quant à l'interprétation de son propre Statut : « C'est à la Cour elle-même et non pas aux parties qu'il appartient de veiller à l'intégrité de la fonction judiciaire de la Cour » (*Cameroun septentrional, C.I.J. Recueil 1963*, p. 29). Il appartenait donc à la Cour de décider, selon ses propres motifs, si son Statut et son Règlement prévoient des formalités indispensables pour que des conclusions présentées autrement soient tenues pour irrecevables et si, dans cette hypothèse, l'article 53 devait être appliqué à un double défaut, absence et défaut de conclure. Rien de cela ne fut fait et le statut du document français demeure incertain. Contesté formellement par le demandeur dans son existence même, la décision sur ses conclusions renvoyée à plus tard, il est impossible de déduire de l'ordonnance si ce document est ou non une pièce du dossier dont il devait être tenu compte, à l'égal des observations du demandeur. Car, si le Statut et le Règlement n'interdisent pas de « conclure » de la manière choisie dans cette affaire, le document français aurait dû être reçu comme observations du défendeur ; et dans le cas inverse, rejeté, et l'article 53 appliqué comme il le fut dans l'arrêt du 2 février 1973 (*Compétence en matière de pêcheries, Royaume-Uni c. Islande, arrêt, C.I.J. Recueil 1973*, paragraphe 12).

Le renvoi par la Cour de l'application des effets de l'article 53 aux phases ultérieures de l'affaire est donc une décision implicite de refus d'application de l'article 53 à une phase de mesures conservatoires. C'est une thèse qui mérite examen. En bref, cette thèse est que le défaut n'aurait pas nécessairement les mêmes conséquences selon les phases d'une affaire et que, si l'article 53 prévoit bien certains effets dans son paragraphe 2, ces effets pourraient être écartés lorsqu'il s'agit d'une demande de mesures conservatoires, malgré l'intention manifeste de l'Etat absent du procès.

On pouvait aussi soutenir que l'article 53 n'ouvre de droit à faire constater le défaut qu'à la partie intéressée à le faire, mais que la Cour ne peut y procéder *proprio motu*. Il suffira de dire que, même s'il en était ainsi, ce qui n'est pas le cas selon moi, en l'espèce le demandeur a implicitement invoqué l'article 53 dans les conditions ci-dessus rappelées en se référant aux dispositions applicables du Statut et du Règlement. Mais le Gouvernement français a fait savoir dans une lettre du 21 mai 1973 qu'il n'était « pas partie à cette affaire » ; il semble difficile de ne pas voir dans ses déclarations du 16 mai et du 21 mai une volonté formelle de défaut. La Cour ne pouvait ignorer à la fois les positions prises par le demandeur et par l'Etat absent, alors qu'elles coïncidaient pour lui faire constater un défaut de comparaître.

Il faudrait ajouter qu'il y aurait une sorte d'abus de la procédure à vouloir utiliser un défaut de comparaître comme une violation des règles

de procédure entraînant la perte du droit d'être entendu par la Cour, en créant une pénalité que le Statut lui-même interdit formellement dans l'article 53 dont l'effet principal est que, le défaut constaté, la Cour «doit s'assurer non seulement qu'elle a compétence aux termes des articles 36 et 37, mais que les conclusions sont fondées en fait et en droit». Il est insolite de soutenir une chose et son contraire; devant le défaut de comparaître, en repoussant toute décision sur les effets de ce défaut, la Cour a permis une certaine rupture de l'égalité nécessaire entre les Etats devant le juge.

La juridiction de la Cour est limitée d'une part aux Etats qui l'ont acceptée, d'autre part aux obligations formellement consenties. Juge d'attribution, la Cour doit veiller avant tout à ne pas outrepasser la compétence qu'elle tient de son Statut et de l'acceptation volontaire de sa juridiction par des Etats, chacun de ceux-ci déterminant librement l'étendue de la juridiction reconnue à la Cour.

Un Etat est ou n'est pas soumis au juge. S'il ne l'est pas, il ne peut être traité comme une «partie» à un litige qui ne serait pas justiciable. La position prise par la Cour est qu'un Etat qui se tient pour étranger à une affaire, qui fait défaut et affirme son déclinatoire de la juridiction de la Cour ne peut obtenir de la Cour qu'une remise à plus tard de l'examen de son droit. Ce n'est pas ce que dit l'article 53. Le défaut de comparaître est un moyen reconnu dans la procédure de la Cour pour contester la juridiction et ce serait créer une obligation non prévue dans le Statut que d'obliger un Etat à défendre sa prétention d'une autre manière que le défaut. Il a été soutenu que la seule manière de contester la juridiction de la Cour est d'utiliser l'exception préliminaire. La manière dont les Etats contestent la compétence de la Cour ne leur est pas imposée par un formalisme inconnu dans la procédure de la Cour; lorsqu'ils estiment que cette compétence est inexistante, il peuvent choisir de rester en dehors de ce qui, selon eux, est un faux différend. L'article 53 en est la preuve, et la Cour doit alors s'assurer de sa propre compétence et de la réalité du différend qu'on lui soumet. Certes un Etat qui fait défaut court un risque, celui de ne pas fournir à la Cour tous les éléments possibles pour l'appréciation de sa demande de rejet d'une instance. Mais c'est un risque qu'il est seul maître de prendre et de comparer à celui qui résulterait pour lui d'une attente prolongée pendant une procédure à laquelle il ne veut pas prendre part à propos d'une affaire qu'il estime entièrement en dehors de la compétence du juge. Certaines indications sur la portée de l'ordonnance du 22 juin 1973 montrent que la possibilité de remises successives n'est pas exclue.

La Cour permanente de Justice internationale avait déjà mis en garde contre l'idée qu'une requête suffit à créer un litige justiciable: «la compétence de la Cour ne saurait dépendre seulement de la manière dont la requête est formulée» (*C.P.J.I. série A n° 6*, p. 15).

Si, comme je le pense, le défaut prévu à l'article 53 n'est pas sanctionné

en soi, il devient évident que les raisons de ce défaut, lorsqu'elles ont été formulées clairement, doivent être examinées par la Cour de façon complète et surtout qu'il faut les accepter ou les rejeter formellement et sans délai. L'idée que le défaut n'est pas opposable à la Cour et au demandeur parce qu'il s'agit d'une demande de mesures conservatoires me paraît donc manquer de pertinence.

En premier lieu personne ne conteste «le lien qui doit exister, en vertu de l'article 61, paragraphe 1 [aujourd'hui article 66, paragraphe 1], du Règlement, entre une demande en indication de mesures conservatoires et la requête initiale» (*Compétence en matière de pêcheries (Royaume-Uni c. Islande)*, ordonnance du 17 août 1972, paragraphe 12). Une demande de mesures provisoires est donc une phase particulière mais non pas indépendante de la requête initiale; il n'y a pas de magie des mots et il est impossible de croire qu'on puisse écarter des problèmes de compétence, de recevabilité et de réalité de la requête principale en indiquant simplement que ces points essentiels pour le juge d'attribution qu'est la Cour ne sont tenus pour acquis que provisoirement, *prima facie*, sans qu'ils soient préjugés. C'est dans chaque affaire, en fonction des problèmes juridictionnels au sens le plus large, des circonstances et «*du droit de chacun*» (article 41 — c'est moi qui souligne) qu'il convient de décider s'il est possible d'indiquer des mesures conservatoires et il faut que les formules employées correspondent aux réalités.

Telle n'est pas l'analyse du pouvoir institué dans l'article 41 du Statut qui a été faite dans la présente instance. La Cour, par le renvoi de la décision sur les effets du défaut, a adopté une thèse d'indépendance complète de la demande de mesures conservatoires par rapport à l'affaire objet de la requête.

Il est inutile de se référer à certains systèmes juridiques internes qui connaîtraient une telle indépendance car la Cour a ses propres règles de procédure et doit les appliquer dans son système juridictionnel tel qu'il a été établi sur la base d'une juridiction acceptée volontairement, en fonction d'une certaine société internationale. C'est un fait de la vie internationale que le recours au juge n'est pas obligatoire; la Cour doit veiller à ce qu'une telle obligation ne soit pas introduite par le biais de demandes de mesures conservatoires, à l'égard d'États dont la conviction visible et proclamée est qu'ils n'ont accepté aucun lien avec la Cour, soit de façon générale, soit dans une matière déterminée.

S'il s'agissait d'un Etat dont le défaut fût dû à une absence totale de juridiction de la Cour, soit faute de clause juridictionnelle valable, soit en raison du caractère irrecevable de la demande principale, la décision immédiate d'incompétence vis-à-vis de la requête introductive d'instance elle-même serait prise sans délai; la décision de la Cour dans la présente affaire est que, malgré l'affirmation qu'une matière a été formellement exclue de la compétence de la Cour et que l'Etat auteur de cette affirmation se considère comme en dehors de la juridiction de la Cour pour tout

ce qui se rapporte à cette matière, il est possible d'indiquer des mesures conservatoires sans préjuger le droit de cet Etat.

Dans le jugement que la Cour doit porter sur toute demande de mesures provisoires l'urgence n'est pas une considération dominante et exclusive; il faut rechercher entre les deux notions de juridiction et d'urgence un équilibre qui varie avec les données de chaque affaire. Si la juridiction est évidente et l'urgence aussi, il n'y a aucune difficulté mais c'est une hypothèse exceptionnelle. Lorsque la juridiction n'est pas évidente, qu'il y ait urgence ou non, la Cour doit prendre le temps nécessaire pour un examen des problèmes posés qui soit de nature à entraîner sa conviction, ce qu'elle pouvait faire sans délai exagéré dans la présente affaire à l'égard de diverses objections à son pouvoir de juger l'affaire telle qu'elle est décrite dans la requête principale.

Il n'y a pas de présomption de compétence de la Cour en faveur du demandeur, ni de présomption d'incompétence en faveur du défendeur; il y a un droit de chacun à un examen utile et sérieux de sa thèse.

Un Etat n'a pas à attendre deux ans ou davantage avant que la Cour vérifie sa prétention qu'il n'existe pas de différend justiciable, car dans ce cas il n'y a rien à débattre; l'autre Etat auteur de la demande dont la réalité est contestée a évidemment un droit égal à faire reconnaître l'existence du différend qu'il invoque. Mais l'égalité entre ces prétentions est rompue si, par le biais de l'urgence alléguée de l'indication de mesures conservatoires, une présomption joue en faveur du demandeur sans vérification sérieuse par le juge de l'objection. On a plaidé de la part du demandeur que les argumentations sur tous ces problèmes seraient exposées ultérieurement; cela seul, en soi, est la négation de la prétention de l'autre Etat d'être immédiatement mis hors d'un litige inexistant selon lui. Ainsi, pour maintenir l'égalité entre les parties, dans un cas où des objections relatives à la contexture du différend lui-même sont élevées, le traitement prioritaire de ces objections est une nécessité. Dans leur opinion dissidente commune sir Arnold McNair et MM. Basdevant, Klaestad et Read écrivaient sur la question de l'obligation d'arbitrage:

«Rien dans la déclaration de 1926 n'indiquant une intention de tenir pour suffisantes des considérations *prima facie*, nous estimons, sur la base du principe ci-dessus rappelé et de l'application qui en a été constamment faite, que le Royaume-Uni ne peut être déclaré tenu d'accepter la procédure d'arbitrage par application de la déclaration de 1926 que s'il est établi d'une manière qui satisfasse la conviction de la Cour que le différend relatif à la validité de la réclamation Ambatielos rentre dans la catégorie de ceux pour lesquels le Royaume-Uni a consenti à l'arbitrage par la déclaration de 1926.»  
(*Ambatielos*, fond: *obligation d'arbitrage*, C.I.J. Recueil 1953, p. 29.)

M. Winiarski a pris position aussi en faveur de la priorité de certaines questions de recevabilité par rapport aux questions de compétence (avis concernant *Certaines dépenses des Nations Unies*, *C.I.J. Recueil 1962*, p. 449). De même, dans une opinion individuelle de sir Gerald Fitzmaurice :

«Il est cependant d'autres exceptions n'ayant pas le caractère d'exceptions à la compétence de la Cour qui peuvent et, à strictement parler, doivent être examinées *préalablement* à toute question de compétence. Ainsi, une exception d'après laquelle la requête n'a pas révélé qu'il existait véritablement un différend entre les parties doit être discutée avant la compétence, car, s'il n'y a pas de différend, il n'y a rien à propos de quoi la Cour puisse envisager sa compétence ou son incompétence. C'est pour cette raison qu'une telle exception concernerait plutôt la recevabilité que la compétence...»

«Dans le domaine général du droit international, il n'y a rien qui corresponde aux procédures applicables dans la plupart des systèmes juridiques nationaux et où l'on prévoit l'élimination relativement tôt au cours de l'instance, avant que le tribunal soit appelé à trancher, des demandes considérées comme inacceptables ou ne pouvant être examinées pour un motif *a priori*. Etant donné l'absence d'un «filtrage» analogue dans le domaine juridictionnel où la Cour se meut, on doit considérer le droit de prendre des mesures semblables, pour des motifs semblables, comme entrant dans les pouvoirs inhérents ou dans la compétence de la Cour en tant que tribunal international.» (*Cameroun septentrional*, *C.I.J. Recueil 1963*, p. 109, 106-107.)

C'est cet ensemble de questions de compétence et de recevabilité qui ont été renvoyées par la Cour à la prochaine phase; il appartiendra alors à la Cour, et alors seulement, de décider dans son arrêt le sort de ces questions.

Il y a désormais une certaine tendance à considérer que les ordonnances du 17 août 1972 sur les pêcheries ont en quelque sorte consolidé le droit en matière de mesures conservatoires. Mais chaque cas doit être examiné selon ses mérites et, comme le dit l'article 41, selon «les circonstances». Or le cas de l'Islande était entièrement différent quant aux circonstances. La Cour s'était rendu compte de l'existence de sa propre compétence, l'urgence était admise, la réalité et la définition précise de l'objet du différend n'étaient pas contestées; enfin le droit des Etats demandeurs qui fut sauvegardé par les ordonnances était reconnu comme un droit actuellement exercé tandis que la prétention de l'Islande était une modification du droit existant. Il suffit d'énumérer ces points pour voir que la situation est entièrement différente aujourd'hui; pour le dernier point c'est même une situation inverse puisque les demandeurs se fondent sur une prétention à la modification du droit positif actuel en demandant à la Cour



de reconnaître l'existence d'une règle interdisant le dépassement d'un seuil de pollution atomique.

\*  
\*   \*  
\*

C'est en présence d'une telle situation que la Cour s'est trouvée pour appliquer l'article 41 du Statut dans la présente affaire. Les objections qui étaient faites ou pouvaient l'être à la compétence de la Cour et à la recevabilité de la demande ont un caractère prioritaire absolu. L'article 41 ne donne pas à la Cour un pouvoir discrétionnaire mais une compétence liée par les conditions établies dans ce texte; il faut que «les circonstances l'exigent» et que les mesures soient nécessaires pour conserver le «droit de chacun», ce qui recouvre le même examen du fait et du droit que l'article 53, paragraphe 2, impose à la Cour, en plus de cette obligation générale pour tout juge, y compris le juge de référé, de s'assurer de sa propre compétence; c'est ce que rappelle l'article 36, paragraphe 6. Or, l'examen du fait et du droit qui est la condition de toute décision sur des mesures conservatoires ne peut être systématiquement remis à plus tard avec l'indication que le pouvoir de la Cour fondé sur l'article 41 du Statut «présuppose qu'un préjudice irréparable ne doit pas être causé aux droits en litige devant le juge et qu'aucune initiative concernant les questions litigieuses ne doit anticiper sur l'arrêt de la Cour» (ordonnance, paragraphe 21). C'est résoudre par une simple affirmation le problème de l'existence des «circonstances» auxquelles se réfère l'article 41. L'article 41 oblige la Cour à rechercher si les circonstances exigent qu'elle utilise le pouvoir d'indiquer des mesures et elle ne peut l'exercer, même si les circonstances l'exigent, que si sa décision peut sauvegarder le droit de chacun... mais si l'Etat cité en défense invoque l'absence totale de pouvoir de la Cour et s'il n'y a pas véritablement d'objet de la demande, où serait le droit à conserver?

Ce qui a été dit plus haut sur le caractère absolument prioritaire de certaines objections montre qu'il est impossible d'échapper à la nécessité de trancher de telles objections avant d'indiquer des mesures conservatoires; s'il n'y a pas de droit, il n'y a rien à conserver. Si la demande manque d'objet, la requête principale tombe, et avec elle la demande de mesures conservatoires. L'objection est d'un caractère si fondamental quant aux bases mêmes de la juridiction de la Cour qu'il me semble être un abus de mots de dire qu'un droit à agir dans de telles circonstances pourrait exister *prima facie*.

Lorsque la Cour déclare sur la base de l'article 41 qu'une décision indiquant des mesures conservatoires ne préjuge ni la juridiction, ni le fond, ce n'est pas une constatation destinée à rassurer les Etats sur le caractère temporaire et aléatoire de cette décision; c'est l'affirmation que l'examen de l'affaire par la Cour selon les critères de l'article 41 du Statut lui permet, dans les circonstances de cette affaire, de penser que sa décision ne

peut pas, effectivement, préjuger sa juridiction ni la qualité pour agir. Il ne s'agit pas d'une sorte de formule rituelle, mais de la garantie que la Cour est satisfaite que l'article 41 a été correctement interprété et appliqué à une certaine affaire. Mais si une indication de mesures conservatoires préjuge en réalité la juridiction ou l'existence d'un droit à agir, la Cour n'a pas le pouvoir de décider ces mesures parce que les conditions posées par l'article 41 du Statut ne seraient pas respectées. Ces conditions n'ayant pas été remplies dans la présente affaire il y a un excès de pouvoir dans l'application de l'article 41 par l'ordonnance du 22 juin 1973 indiquant des mesures conservatoires.

\*  
\* \* \*

Dans la présente affaire, sur un point de grande importance, la Cour a passé outre à l'une des conditions d'acceptation d'une demande de mesures conservatoires. Dans l'affaire de l'*Usine de Chorzów*, la Cour permanente de Justice internationale a refusé d'indiquer des mesures conservatoires parce que la demande tendait à obtenir un jugement provisionnel adjugeant une partie des conclusions de la requête et que, par conséquent, «la demande ... ne rentre pas dans les termes des dispositions du Statut et du Règlement» (*C.P.J.I. série A n° 12*, p. 10). Il s'agit bien d'une condition de portée générale pour l'interprétation de l'article 41 du Statut de la Cour permanente de Justice internationale qui était identique à l'article 41 actuel, et de la reconnaissance d'une exigence de la procédure en matière de juridiction incidente. Il serait en effet contraire à la nature d'une procédure incidente, par définition, qu'elle permette de régler le litige dont elle n'est qu'un élément accessoire.

La comparaison de la demande principale (requête, paragraphe 28, conclusions du demandeur) et de la demande de mesures provisoires (demande, paragraphes 2-3 et 51) montre qu'il s'agissait bien d'une demande de jugement provisionnel. La demande de mesures conservatoires devait donc être rejetée pour ce motif également.

(Signé) André GROS.