

SEPARATE OPINION OF JUDGE HIGGINS

Legal nature of Article XX as a defence — Findings on defences not usually contained in dispositif — Ultra petita rule — Exceptions of necessity and desirability — Neither applicable in present case — Freedom to choose grounds of judgment operates within the ultra petita rule — Failure to identify the standard of proof required — Need for even-handedness and transparency in treatment of evidence — International law and the interpretation of Article XX, paragraph 1 (d) — Difference between interpreting by reference to international law and replacing applicable law — Inconsistency with 1996 Judgment.

1. I have voted in favour of the *dispositif*, having regard to the fact that in its final submissions Iran asked the Court to find that the military action by the United States against the platforms referred to in its Application constituted a violation of Article X, paragraph 1, of the Treaty of Amity, and the Court has decided that “it cannot uphold this submission”. My reasons for concurring with this conclusion are essentially those deployed by the Court at paragraphs 79-98. I also agree with the dismissal by the Court in subparagraph (2) of the *dispositif* of the counter-claim of the United States.

2. However, I have felt it necessary to explain that I do not believe that a finding as regards Article XX, paragraph 1 (*d*), of the Treaty should have found a place in the *dispositif* at all, still less as the first question determined by the Court. Further, elements of the Court’s reasoning and methodology seem to me to be problematic.

NATURE OF ARTICLE XX

3. The nature of Article XX, and of comparable clauses in other treaties, has been variously categorized by the Court. In *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, the Court described the comparable clause in the FCN Treaty in that case as “provid[ing] for exceptions to the generality of its other provisions” (*Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986*, p. 116, para. 222). Elsewhere, the Court referred to Article XXI of the Nicaragua-United States FCN Treaty as providing criteria whereby apparent violations of that Treaty might be “nonetheless justifiable” (*I.C.J. Reports 1986*, p. 136, para. 272, and p. 139, para. 278).

OPINION INDIVIDUELLE DE M^{ME} LE JUGE HIGGINS

[Traduction]

Caractère juridique de l'article XX comme moyen de défense — Le dispositif n'énonce généralement pas de constatations sur les moyens de défense — Règle ultra petita — Exceptions fondées sur le caractère nécessaire et souhaitable des mesures adoptées — Ces exceptions ne sont ni l'une ni l'autre applicables en l'espèce — La liberté de choix des motifs s'exerce dans le cadre de la règle ultra petita — Le critère de preuve exigé n'est pas défini — Il faut traiter les éléments de preuve sur un pied d'égalité et dans la transparence — Droit international et interprétation de l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'article XX — Interpréter par rapport au droit international et écarter le droit applicable sont deux choses différentes — Il y a incompatibilité avec l'arrêt de 1996.

1. J'ai voté pour le *dispositif*, parce que, dans ses conclusions finales, l'Iran demandait à la Cour de dire que les actions militaires dirigées par les Etats-Unis contre les plates-formes pétrolières dont il est fait état dans la requête constituaient une violation du paragraphe 1 de l'article X du traité d'amitié et que la Cour a décidé qu'elle «ne saurait faire droit à [cette] conclusion». Les raisons pour lesquelles je souscris à ce rejet sont essentiellement celles que la Cour expose aux paragraphes 79 à 98 de l'arrêt. Je souscris également au rejet par la Cour, au paragraphe 2 du dispositif, de la demande reconventionnelle des Etats-Unis.

2. Toutefois, je crois utile d'expliquer qu'à mon avis une conclusion relative à l'alinéa *d)* du paragraphe 1 de l'article XX du traité n'a pas à figurer dans le dispositif du tout, d'autant moins qu'elle constitue dans ce dispositif la première des questions tranchées par la Cour. En outre, certains éléments de l'exposé des motifs et de la méthodologie retenus par la Cour me paraissent douteux.

LE CARACTÈRE DE L'ARTICLE XX

3. La Cour a défini de plusieurs façons le caractère de l'article XX et des dispositions comparables figurant dans d'autres traités. Dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique)*, la Cour dit de la clause comparable du traité d'amitié, de commerce et de navigation qu'elle «définit les cas dans lesquels le traité prévoit lui-même des exceptions au caractère général de ses autres dispositions» (*fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1986*, p. 116, par. 222). Ailleurs, la Cour dit de l'article XXI du traité d'amitié, de commerce et de navigation liant le Nicaragua et les Etats-Unis qu'il donne des critères en vertu desquels des violations apparentes du traité sont peut-être «néanmoins justifiables» (*C.I.J. Recueil 1986*, p. 136, par. 272, et p. 139, par. 278).

4. These alternative assessments are, with respect, all preferable to the single reference in the 1986 Judgment to the clause giving “a power for each of the parties to derogate from the other provisions of the Treaty” (*I.C.J. Reports 1986*, p. 117, para. 225). “Derogation” is generally understood as a power relied on by one party not to apply, for a fixed period of time, the terms of a particular clause. Neither Article XX of the Iran-United States Treaty nor Article XXI of the Nicaragua-United States Treaty appear to be a derogation clause in the normally understood sense of that term. Rather, these clauses are, as the Court elsewhere repeatedly said, in the nature of a defence or justification of acts which would otherwise constitute a breach of an obligation under the treaty concerned. The Court has in the present case also made it clear that Article XX, paragraph 1 (*d*), is to be regarded as a defence (*Preliminary Objection, I.C.J. Reports 1996 (II)*, p. 811, para. 20).

5. Notwithstanding the way in which the Court has classified the comparable clause in 1986, and notwithstanding the way in which the Court has classified Article XX in the preliminary objections phase of this case in 1996, the United States has approached it somewhat differently. It has told the Court that “Article XX is not a restriction of Article X . . . Article XX is a substantive provision which, concurrently and concomitantly with Article X, determines, defines and delimits the obligations of the parties” (CR 2003/12, p. 14). The Court, after referring to this in its Judgment, goes on to say that “On this basis, the United States suggests, the order in which the issues are treated is a matter for the discretion of the Court.” (Judgment, para. 36.) And this in turn is used by the Court to justify the inclusion in the *dispositif* findings on Article XX, paragraph 1 (*d*), before turning to Article X, paragraph 1.

6. However, when these phrases are read, not in isolation, but in the context of the United States overall contentions, a different picture emerges. The United States statement that the order was a matter for the discretion of the Court was clearly prefaced by these explanations:

“If the Court concludes that the actions of the United States did not violate the principle of freedom of commerce and navigation under Article X, it need not then consider whether they were rendered lawful on grounds of protection of essential security interests under Article XX. Conversely, if the Court concludes that the United States actions were ‘justified’ on grounds of protection of essential security interests under Article XX, it need not then consider whether they contravened the principle of freedom of commerce and navigation under Article X.” (CR 2003/11, p. 16).

7. Of course, in order to arrive at a final determination as to whether a treaty obligation has been breached, the Court will necessarily examine

4. Je me permets de dire que ces autres jugements sont tous préférables à l'unique indication énoncée dans l'arrêt de 1986 aux termes de laquelle cet article XXI du traité confère à chacune des parties «la faculté de déroger aux autres dispositions de cet instrument» (*C.I.J. Recueil 1986*, p. 117, par. 225). Le terme «dérogação» s'entend généralement de la faculté invoquée par l'une des parties pour s'abstenir d'appliquer pendant un temps déterminé les conditions prescrites par une clause particulière. Or, ni l'article XX du traité conclu par l'Iran et les Etats-Unis ni l'article XXI du traité conclu par le Nicaragua et les Etats-Unis ne paraissent être une clause dérogatoire au sens normalement attribué à ce terme. Ces clauses représenteraient en fait, comme la Cour l'a dit ailleurs à maintes reprises, des moyens de défendre ou de justifier des actes qui auraient normalement constitué des violations d'une obligation contractée en vertu du traité considéré. En l'espèce, la Cour a également précisé que l'alinéa *d*) du paragraphe 1 de l'article XX doit être considéré comme une défense (*exception préliminaire, C.I.J. Recueil 1996 (II)*, p. 811, par. 20).

5. Nonobstant la façon dont la Cour a qualifié la disposition comparable en 1986 et nonobstant la façon dont elle a qualifié l'article XX en 1996 lors de la phase de l'affaire consacrée à l'exception préliminaire, les Etats-Unis ont adopté sur cette disposition une attitude assez différente. Ils ont dit en effet à la Cour: «L'article XX n'est pas une limitation de l'article X ... l'article XX est une disposition de fond qui, en même temps et sur le même plan que l'article X, définit et délimite les obligations des Parties.» (CR 2003/12, p. 14.) La Cour, après avoir cité ce passage dans son arrêt, poursuit: «Sur cette base, les Etats-Unis estiment que l'ordre dans lequel les questions seront abordées relève de la discrétion de la Cour.» (Arrêt, par. 36.) Et c'est l'argument que la Cour utilise pour justifier l'énoncé, dans le dispositif, de constatations relatives à l'alinéa *d*) du paragraphe 1 de l'article XX avant qu'elle aborde le paragraphe 1 de l'article X.

6. Toutefois, quand on lit ces membres de phrase non pas isolément mais dans le cadre de l'exposé global de la thèse des Etats-Unis, c'est un autre tableau qui se dessine. Avant de dire que l'ordre des questions à aborder relevait de la discrétion de la Cour, les Etats-Unis introduisaient nettement cette idée par les explications suivantes:

«si la Cour conclut que les actions américaines n'ont pas violé le principe de la liberté de commerce et de navigation de l'article X, elle n'a plus besoin de se demander si ces actions étaient légitimées par la protection des intérêts essentiels de sécurité de l'article XX. A l'inverse, si la Cour conclut que les actions américaines étaient «justifiées» par la protection des intérêts essentiels de sécurité de l'article XX, elle n'a plus besoin de se demander si ces actions contrevenaient au principe de la liberté de commerce et de navigation de l'article X.» (CR 2003/11, p. 16.)

7. Bien entendu, pour établir définitivement s'il y a eu violation d'une obligation conventionnelle, la Cour doit absolument examiner toutes les

any justifications or defences offered by the Respondent on conduct that appears to infringe the rights of the Applicant. This is entirely normal and is an exercise engaged in in many, many cases. But this is simply the reasoning on which the final conclusion is based. The Court will take the claimed defence into account in reaching its conclusion as to whether the Applicant's claim fails or succeeds; and it is this last conclusion which then constitutes the *dispositif*.

8. What the Court does not normally do is to accept or reject a claimed defence as an element in its *dispositif*. In fact in all the jurisprudence of the Permanent Court or this Court there is only one other case where a determination that a possible defence is rejected appears in the *dispositif* itself, namely the *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)* Judgment of 1986. In that case the United States position that it was acting in collective self-defence was rejected in the *dispositif*. One can only speculate as to whether the absence of the United States from the merits phase had any role in this unusual state of affairs. Further, it is also to be noted that Nicaragua had in its final submissions asked the Court to "adjudge and declare that the United States has violated the obligations of international law indicated in the Memorial" (oral arguments on the merits, *I.C.J. Pleadings, Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Vol. V, p. 238) — and in its Memorial Nicaragua had deployed detailed contentions on this point (Memorial of Nicaragua, *I.C.J. Pleadings, Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Vol. IV, pp. 51-54, 75-83). This particular element in the Nicaragua submissions is wholly absent in the present case.

THE *ULTRA PETITA* RULE

9. The Application of Iran of November 1992 instituting proceedings in this case asked the Court for a judgment on five points. The first of these ((a)) referred to a finding on jurisdiction. The second and third ((b) and (c)) sought findings of breaches of obligations under Articles I and X, paragraph 1, of the Treaty of Amity and under international law. The fourth and fifth ((d) and (e)) related to remedies.

10. During the course of the written pleadings on jurisdiction, Iran claimed that Article IV, paragraph 1, had been infringed by the United States and this was reflected in its concluding submissions.

11. By March 2003, when Iran came to make its final submissions, the Court had given its Judgment of 12 December 1996 on jurisdiction, and oral argument on the merits had been heard. Paragraphs 2 and 3 of these asked for certain findings of the Court as regards remedies. The sole sub-

justifications ou tous les moyens de défense que produit le défendeur sur un comportement qui paraît porter atteinte aux droits du demandeur. C'est là un exercice parfaitement normal auquel la Cour se livre constamment. Mais il s'agit simplement d'adopter la motivation sur laquelle la conclusion définitive sera fondée. La Cour va prendre en considération la défense invoquée pour aboutir à une conclusion tendant à accueillir ou non la demande, et c'est cette dernière conclusion qui constitue alors le dispositif.

8. Normalement la Cour ne fait pas de l'acceptation ou du rejet d'un moyen de défense qui lui a été présenté un élément de son dispositif. En fait, dans toute la jurisprudence de la Cour permanente ou de la Cour actuelle, il n'existe guère qu'un seul autre exemple d'affaire où le rejet d'un éventuel moyen de défense figure dans le dispositif lui-même, et il s'agit de l'arrêt de 1986 rendu dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (*Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique*). Dans cette affaire, l'argument des Etats-Unis, lesquels justifiaient leur action par la légitime défense collective, a été rejeté dans le dispositif. On peut se demander si l'absence des Etats-Unis lors de la phase de l'examen au fond n'a pas joué un rôle dans cette façon de faire inhabituelle de la part de la Cour mais on n'a pas la réponse. Et il faut en outre noter que le Nicaragua avait, dans ses conclusions finales, demandé à la Cour de «dire et juger que les Etats-Unis [avaient] violé les obligations de droit international indiquées dans ... le mémoire» (*C.I.J. Recueil 1986*, p. 19-20) et, dans son mémoire, le Nicaragua avait fort longuement exposé ce point (mémoire du Nicaragua, *C.I.J. Mémoires, Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (*Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique*), vol. IV, p. 51-54, 75-83). Cet élément particulier des conclusions du Nicaragua fait totalement défaut en l'espèce.

LA RÈGLE *ULTRA PETITA*

9. Dans sa requête introductive d'instance de novembre 1992, l'Iran a demandé à la Cour de se prononcer sur cinq points. Le premier point (*a*) visait la compétence. Les deuxième et troisième points (*b*) et (*c*)) visaient à constater des violations d'obligations contractées au titre de l'article premier et du paragraphe 1 de l'article X du traité d'amitié et au titre du droit international. Les quatrième et cinquième points (*d*) et (*e*)) portaient sur les réparations demandées.

10. Dans ses écritures relatives à la compétence de la Cour, l'Iran a prétendu que les Etats-Unis avaient enfreint le paragraphe 1 de l'article IV du traité et l'Iran a évoqué la question dans ses conclusions.

11. En mars 2003, quand l'Iran a présenté ses conclusions finales, la Cour s'était déjà prononcée sur la compétence dans son arrêt du 12 décembre 1996 et il y avait eu aussi la procédure orale sur le fond. Dans les paragraphes 2 et 3 de ses conclusions finales, l'Iran a demandé à la Cour

stantive finding now sought by Iran was specified in paragraph 1, as follows:

“That in attacking and destroying on 19 October 1987 and 18 April 1988 the oil platforms referred to in Iran’s Application, the United States breached its obligations to Iran under Article X, paragraph 1, of the Treaty of Amity, and that the United States bears responsibility for the attacks.” (Judgment, para. 20.)

12. In contrast to the requests in the Application, and during the preliminary objection phase, the final submissions of Iran thus make no request for findings relating to Article I of the Treaty of Amity, Article IV, paragraph 1, Article X other than paragraph 1 thereof, or to international law. And at no time, from beginning to end, has there been a request for any finding under Article XX, paragraph 1 (*d*).

13. The Court offers as an explanation for its unusual course of action in including findings on Article XX, paragraph 1 (*d*), in the *dispositif*, its “freedom to select the ground upon which it will base its judgment” (paragraph 37, citing *Application of the Convention of 1902 Governing the Guardianship of Infants, Judgment, I.C.J. Reports 1958*, p. 62). That freedom, of course, is not without limits. As was stated in the *Asylum Judgment (I.C.J. Reports 1950*, p. 402): “it is the duty of the Court not only to reply to the questions as stated in the final submissions of the parties, but also to abstain from deciding points not included in those submissions”.

14. At the same time, it is well established that the *ultra petita* rule, while limiting what may be ruled upon in its *dispositif*, does not operate to preclude the Court from dealing with certain other matters “in the reasoning of its Judgment, should it deem this necessary or desirable” (*Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium), Judgment, I.C.J. Reports 2002*, p. 19, para. 43). Thus, exceptionally, the Court has found it necessary to elaborate on a consequence of its findings that the Parties will need to know (case concerning *Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrain (Qatar v. Bahrain), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 2001*, p. 117, para. 252 (2) (*b*)). And occasionally the Court has thought it desirable to include in its *dispositif* a clause establishing as an obligation an undertaking given or solemn statement made during the course of oral argument (case concerning *Kasikilil/Sedudu Island (Botswana/Namibia), Judgment, I.C.J. Reports 1999 (II)*, p. 1108, para. 104 (3); case concerning the *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. Nigeria: Equatorial Guinea intervening), Judgment, I.C.J. Reports 2002*, p. 457, para. 325 (V) (C)). The Court has also found it desirable to remind States generally as to their duty to negotiate to

de se prononcer sur les réparations. L'Iran ne demandait plus à la Cour qu'une seule constatation de fond qu'il énonçait, au paragraphe 1 de ses conclusions finales, comme suit :

«En attaquant et en détruisant, les 19 octobre 1987 et 18 avril 1988, les plates-formes pétrolières mentionnées dans la requête de l'Iran, les Etats-Unis ont manqué à leurs obligations vis-à-vis de l'Iran au regard du paragraphe 1 de l'article X du traité d'amitié, et ... la responsabilité de ces attaques incombe aux Etats-Unis.» (Arrêt, par. 20.)

12. Par opposition aux demandes qu'il formule dans sa requête et lors de la phase consacrée à l'exception préliminaire, l'Iran, dans ses conclusions finales, ne demande donc plus à la Cour de se prononcer sur l'article premier du traité d'amitié, sur le paragraphe 1 de l'article IV, sur l'article X hormis son paragraphe 1, ni sur le droit international. Et jamais, du début à la fin, l'Iran ne demande à la Cour de formuler la moindre constatation sur l'alinéa *d*) du paragraphe 1 de l'article XX.

13. La Cour explique la façon de faire inhabituelle qu'elle adopte en se prononçant dans le dispositif sur l'alinéa *d*) du paragraphe 1 de l'article XX par le principe selon lequel elle «reste libre dans le choix des motifs sur lesquels elle fondera son arrêt» (paragraphe 37, où la Cour cite ainsi l'affaire de l'*Application de la convention de 1902 pour régler la tutelle des mineurs, arrêt, C.I.J. Recueil 1958*, p. 62). Cette liberté n'est bien entendu pas illimitée. Comme elle le dit dans l'arrêt rendu dans l'affaire du *Droit d'asile (C.I.J. Recueil 1950*, p. 402): «la Cour a le devoir de répondre aux demandes des parties telles qu'elles s'expriment dans leurs conclusions finales, mais aussi celui de s'abstenir de statuer sur des points non compris dans lesdites demandes ainsi exprimées».

14. En même temps, il est bien établi que la règle *ultra petita* ne saurait empêcher la Cour d'aborder certains points «si elle l'estime nécessaire ou souhaitable, ... dans les motifs de son arrêt» (*Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique), arrêt, C.I.J. Recueil 2002*, p. 19, par. 43). Il est donc arrivé exceptionnellement que la Cour estime nécessaire de développer une conséquence de ses constatations parce que les parties auront besoin de la connaître (*Délimitation maritime et questions territoriales entre Qatar et Bahreïn (Qatar c. Bahreïn), fond, arrêt, C.I.J. Recueil 2001*, p. 117, par. 252, point 2) *b*)). Et il est arrivé à l'occasion que la Cour juge souhaitable d'inclure dans son dispositif une disposition énonçant sous forme d'obligation un engagement qui a été pris ou une déclaration solennelle qui a été faite lors de la procédure orale (*Ile de Kasikilil/Sedudu (Botswana/Namibie), arrêt, C.I.J. Recueil 1999 (II)*, p. 1108, par. 104, point 3); *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria (Cameroun c. Nigéria; Guinée équatoriale (intervenant)), arrêt, C.I.J. Recueil 2002*, p. 457, par. 325, point V) *C*)). La Cour a également jugé souhaitable de rappeler à l'ensemble des Etats qu'ils ont l'obligation de négocier pour réaliser un désarmement nucléaire (*Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires,*

achieve disarmament (*Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996 (I)*, p. 267, para. 105 (2) (F)). None of these entailed a determination that one party had acted contrary to international law when no such determination on that point of law had been sought by the other party in its final submission.

15. It is hard to see why it is *necessary* to address Article XX, paragraph 1 (*d*), at all, let alone in the *dispositif*. In the present case the Court has not reached the first hurdle (violation of treaty rights) that necessitates an examination of whether there is a defence or justification. Had that been the case, then an analysis of the provisions of Article XX, paragraph 1 (*d*), might well have been expected to form part of the Court's reasoning — but even then not to constitute part of the *dispositif*. Nonetheless, in the present case the Court devotes large parts of its Judgment, and part of its *dispositif*, to an element that is not asked for in the submissions of the Applicant and whose nature is a defence to a breach — a breach which has not yet been, and is not, determined by the Court.

16. The Court seemingly endeavours to fall within the *ultra petita* jurisprudence by emphasizing the *desirability* of a finding on Article XX, paragraph 1 (*d*), notwithstanding that such a finding was not asked for by Iran in its final submissions. As these “reasons of desirability” relate both to the inclusion of a finding on Article XX, paragraph 1 (*d*), in the reasoning and the *dispositif*, and to it being placed as the first element in the *dispositif*, it is convenient to deal with these two aspects together.

17. The Court refers to “particular considerations” militating in favour of an examination of the application of Article XX, paragraph 1 (*d*), before turning to Article X, paragraph 1 (para. 37). These very considerations lead me to the opposite conclusion.

18. The reasons it offers are that “the original dispute between the Parties related to the legality of the actions of the United States, in the light of international law on the use of force” (para. 37), and that “both Parties are agreed as to the importance of the implications of the case in the field of the use of force . . .” (para. 38).

19. The Court was in 1996 well aware that there was a general dispute between the Parties in which each claimed unlawful uses of force by the other. Certainly Iran has been interested in seeking a basis of jurisdiction that could allow it to proceed with substantive claims relating to the United States' uses of force. The emphasis put by Iran, in the preliminary objections, on Article I of the Treaty was but one element of many evidencing that its real and only interest lay in the use of force. Iran has not provided hard economic and commercial data during the merits phase in order to substantiate a violation of its freedom of commerce and navigation, further indicating what matters have been of real importance to it.

avis consultatif, C.I.J. Recueil 1996 (I), p. 267, par. 105, point 2) F)). Et aucune de ces décisions n'a amené la Cour à établir qu'une des parties avait agi contrairement au droit international quand l'autre partie n'avait pas demandé dans sa conclusion finale que la Cour se prononce sur ce point de droit.

15. Il est difficile de voir pourquoi il est *nécessaire* ne serait-ce que d'aborder l'alinéa *d*) du paragraphe 1 de l'article XX, et encore moins pourquoi il faudrait le faire dans le dispositif. En l'espèce, la Cour n'a pas même atteint le premier obstacle (la violation de droits conventionnels) qui impose d'examiner s'il existe en l'occurrence un moyen de défense ou une justification. Si tel avait été le cas, on aurait pu s'attendre à ce que la Cour appuie une part de sa motivation sur une analyse des dispositions de l'alinéa *d*) du paragraphe 1 de l'article XX — sans que, même alors, cela doive figurer dans le dispositif. En l'espèce néanmoins, la Cour consacre de vastes pans de son arrêt et une part de son dispositif à un élément ne faisant l'objet d'aucune demande dans les conclusions du demandeur qui ait le caractère d'un moyen de défense à l'encontre d'une violation — violation dont la Cour n'a pas encore établi et n'établit pas la réalité.

16. La Cour cherche apparemment à demeurer dans le cadre de la doctrine *ultra petita* en soulignant qu'il est *souhaitable* de formuler une constatation sur l'alinéa *d*) du paragraphe 1 de l'article XX alors que, pourtant, l'Iran n'a pas demandé de constatation de cet ordre dans ses conclusions finales. Comme ces «raisons d'opportunité» ont trait à l'inclusion d'une constatation relative à l'alinéa *d*) du paragraphe 1 de l'article XX dans les motifs et aussi dans le dispositif, d'une part, et, de l'autre, à la place consacrée à cette constatation dans le dispositif, et ce sera la première place, il convient de traiter ensemble ces deux aspects.

17. La Cour estime que des «considérations particulières incitent à examiner l'application de l'alinéa *d*) du paragraphe 1 de l'article XX avant d'aborder le paragraphe 1 de l'article X» (arrêt, par. 37). Les mêmes considérations m'incitent à adopter la position opposée.

18. Les considérations qu'invoque la Cour sont que «le différend initial entre les Parties portait sur la licéité des actions menées par les Etats-Unis, à la lumière du droit international relatif à l'emploi de la force» (par. 37) et que «les deux Parties conviennent que la présente affaire est loin d'être sans incidences en matière d'emploi de la force ...» (par. 38).

19. En 1996, la Cour savait très bien qu'un différend de caractère général opposait les Parties dans le cadre duquel elles faisaient l'une et l'autre état de l'emploi illicite de la force par la partie adverse. L'importance accordée par l'Iran, lors des exceptions préliminaires, à l'article premier du traité n'était qu'un élément parmi beaucoup d'autres qui prouvent que l'Iran ne s'intéressait véritablement et exclusivement qu'à l'emploi de la force. L'Iran n'a pas communiqué de solides données économiques et commerciales lors de la phase du fond pour étayer la violation à ses dépens, dont il faisait état, de la liberté de commerce et de navigation, montrant à nouveau par là à quoi il s'intéressait vraiment.

Its failure formally to protest to the United States when the latter, in October 1987, introduced its crude oil embargo is also striking and significant, suggesting that actions that might raise legal issues as to obligations of freedom of commerce, under Article X, paragraph 1, of the 1955 Treaty, were never of great concern.

20. Be that as it may, the International Court in 1996 determined there was no basis for the Court's jurisdiction to be found either in Article I (though that Article had relevance to the interpretation of the Treaty as a whole) or in Article IV, paragraph 1. By contrast, the United States military actions might yet be shown to have affected freedom of commerce between the two countries under Article X, paragraph 1, and the issue that was allowed to proceed to the merits was not a dispute on the legality of the use of force by reference to international law including Charter law, but rather "a dispute as to the interpretation and the application of Article X, paragraph 1, of the Treaty of 1955" (*I.C.J. Reports 1996 (II)*, p. 820, para. 53). The Court had jurisdiction to entertain claims made by Iran under that provision (*ibid.*, p. 821, para. 55). The Court further tied the use of force issues to Article X, paragraph 1, by its finding that actions by a party to the Treaty could in principle violate an obligation thereunder "regardless of the means by which it is brought about" (*ibid.*, p. 811, para. 21).

21. Having clearly explained in 1996 that Article XX, paragraph 1 (*d*), "is confined to affording the Parties a possible defence on the merits to be used should the occasion arise" (*I.C.J. Reports 1996 (II)*, p. 811, para. 20), for that "occasion [to] arise" the Court would first need to find that these measures constituted a violation of the agreement under Article X, paragraph 1, that "Between the territories of the two High Contracting Parties there shall be freedom of commerce and navigation" (*ibid.*, p. 817, para. 37).

22. That the Court carefully limited the exercise of its jurisdiction to a future analysis of whether the United States military measures violated freedom of commerce and navigation is crystal clear. "The original dispute" is of no relevance at the present time and it is inappropriate that in 2003 the Court should now treat Article X, paragraph 1, as an afterthought to "the original dispute" over which in 1996 it did not find it had jurisdiction.

23. In *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, the Court did not deal with Article XXI on the basis that the use of force was "the original dispute" and that it had "important implications". Rather, it clearly saw the functions of Article XXI of the Nicaragua-United States FCN Treaty as a means to check whether an interference with a treaty right could be

L'absence de protestation officielle de sa part quand les Etats-Unis, en octobre 1987, ont imposé leur embargo sur le pétrole brut est également très étonnante et significative car elle permet de penser que l'Iran n'a jamais éprouvé beaucoup d'inquiétude face à des mesures susceptibles de soulever des questions juridiques au sujet de l'obligation d'assurer la liberté de commerce qui est prescrite au paragraphe 1 de l'article X du traité de 1955.

20. Quoi qu'il en soit, la Cour en 1996 a constaté qu'elle ne pouvait avoir compétence ni en se fondant sur l'article premier (même si ledit article était utile aux fins de l'interprétation du traité dans son ensemble) ni sur le paragraphe 1 de l'article IV. En revanche, il était peut-être encore possible de montrer que les actions militaires des Etats-Unis avaient porté atteinte à la liberté de commerce garantie entre les deux pays par le paragraphe 1 de l'article X du traité et la question dont la Cour a autorisé l'examen au fond ne portait pas sur la licéité de l'emploi de la force par rapport au droit international, y compris le droit de la Charte, il s'agissait d'«un différend quant à l'interprétation et à l'application du paragraphe 1 de l'article X du traité de 1955» (*C.I.J. Recueil 1996 (II)*, p. 820, par. 53). La Cour a dit avoir compétence pour connaître des demandes formulées par l'Iran au titre de cette disposition (*ibid.*, p. 821, par. 55). La Cour a en outre rattaché les questions relatives à l'emploi de la force à la prescription énoncée au paragraphe 1 de l'article X du traité en constatant que toute action de l'une des parties au traité peut en principe violer une obligation découlant dudit traité «quels que soient les moyens utilisés à cette fin» (*ibid.*, p. 811, par. 21).

21. Ayant clairement expliqué en 1996 que l'alinéa *d*) du paragraphe 1 de l'article XX «offre seulement aux Parties une défense au fond qu'il leur appartiendra, le cas échéant, de faire valoir le moment venu» (*C.I.J. Recueil 1996 (II)*, p. 811, par. 20), la Cour, pour que ce cas se présente effectivement, devrait d'abord constater que les mesures adoptées constituent violation de l'accord conclu au paragraphe 1 de l'article X, aux termes duquel: «Il y aura liberté de commerce et de navigation entre les territoires des deux Hautes Parties contractantes.» (*Ibid.*, p. 817, par. 37.)

22. Il est on ne peut plus clair que la Cour a tenu à limiter l'exercice de sa compétence à une analyse ultérieure du point de savoir si les actions militaires des Etats-Unis ont violé cette liberté de commerce et de navigation. Le «différend initial» est sans pertinence à l'heure actuelle et il est inopportun qu'en 2003 la Cour traite le paragraphe 1 de l'article X du traité comme s'il fallait le rajouter au «différend initial» au sujet duquel, en 1996, elle a estimé ne pas avoir compétence.

23. Dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique)*, la Cour n'a pas traité l'article XXI comme si le «différend initial» portait sur l'emploi de la force et que cet emploi de la force «était loin d'être sans incidences». En réalité, la Cour a nettement assigné pour fonction à cet article XXI du traité d'amitié, de commerce et de navigation conclu entre

defended or justified. The Court found that various provisions of the Treaty had indeed been violated. As the Court put it, having found a violation of Article XIX, paragraph 1, on freedom of navigation “there remains the question whether such action can be justified under Article XXI” (*I.C.J. Reports 1986*, p. 139, para. 278). That first hurdle — a violation of Article X, paragraph 1 — has not here been met. Invocations of the “original dispute” and “importance” of subject-matter cannot serve to transform a contingent defence into a subject-matter that is “desirable” to deal with in the text of the Judgment and in the *dispositif*.

24. In summary, Article XX, paragraph 1 (*d*), was not claimed by Iran in 1996 as affording a basis of jurisdiction; it was not a clause by reference to which Iran in its final submissions in 2003 requested the Court to adjudge and declare that the United States had acted unlawfully; and it is a proviso described by the Court in 1996 as “a possible defence on the merits . . . should the occasion arise” (*I.C.J. Reports 1996 (II)*, p. 811, para. 20). The Court has thus not shown anything that falls within any qualification to the *non ultra petita* rule.

FREEDOM TO CHOOSE THE GROUNDS ON WHICH TO BASE THE JUDGMENT

25. The Judgment contains an alternative explanation for including, and indeed leading with, Article XX, paragraph 1 (*d*), in the *dispositif*. The Court states that it does not consider that the order in which the Articles of the 1956 Treaty were dealt with in the case concerning *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, was dictated by the economy of the Treaty; it was rather an instance of the Court’s “freedom to select the ground upon which it will base its judgment” (Judgment, para. 37). But a proper reading of the relevant passages in *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, would seem to suggest otherwise. The Court there elaborated how it could determine acts as an interference of a substantive obligation, but that it would not be able to classify them as a breach of the treaty without first seeing if these were “measures . . . necessary to protect” the essential security interests of the United States (*I.C.J. Reports 1986*, p. 136, para. 272).

26. While it is indeed for the Court to choose the ground upon which it will base its judgment (within the constraints of the *ultra petita* rule indicated above including the qualifications thereto), it has always done so with a strong sense of what is the “real” applicable law in a particular case. Thus in *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons Advisory*

le Nicaragua et les Etats-Unis de permettre de vérifier s'il était possible de défendre ou de justifier une atteinte portée à un droit découlant d'un traité. La Cour a constaté que diverses dispositions dudit traité avaient effectivement été violées. Comme la Cour le dit alors, après avoir constaté une violation du paragraphe 1 de l'article XIX relatif à la liberté de navigation, «reste à savoir si l'article XXI pourrait justifier cette action» (*C.I.J. Recueil 1986*, p. 139, par. 278). En l'espèce, ce premier obstacle — c'est-à-dire une violation du paragraphe 1 de l'article X du traité — ne s'est pas manifesté. Invoquer le «différend initial» et «l'incidence» importante de la question ne saurait transformer une défense aléatoire en une question qu'il est «souhaitable» de traiter dans le texte de l'arrêt et dans son dispositif.

24. Pour résumer, l'Iran n'a pas prétendu en 1996 que l'alinéa *d*) du paragraphe 1 de l'article XX fournissait une base de compétence; ce n'était pas une disposition au titre de laquelle l'Iran, dans ses conclusions finales de 2003, demandait à la Cour de dire et juger que les Etats-Unis avaient agi dans l'illégalité; et c'est une disposition dont la Cour disait en 1996 qu'elle offrait une éventuelle «défense au fond qu'il ... apparten[dr]ait], le cas échéant, de faire valoir» (*C.I.J. Recueil 1996 (II)*, p. 811, par. 20). La Cour n'a donc rien constaté qui permette de restreindre l'application de la règle *non ultra petita*.

LE LIBRE CHOIX DES MOTIFS SUR LESQUELS IL CONVIENT DE FONDER L'ARRÊT

25. L'arrêt contient une explication subsidiaire concernant la place faite dans le dispositif à l'alinéa *d*) du paragraphe 1 de l'article XX, une place qui est en fait la première. La Cour dit qu'à son avis l'ordre dans lequel les articles du traité de 1956 ont été examinés en l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique)* n'a pas été dicté par l'économie du traité; il illustre plutôt le principe selon lequel la Cour «reste libre dans le choix des motifs sur lesquels elle fondera son arrêt (arrêt, par. 37). Mais si on lit comme il convient les passages pertinents de l'arrêt rendu en cette affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique)*, on doit, semble-t-il, en tirer une autre conclusion. La Cour, dans ces passages, a dit comment elle pouvait établir que certains actes portaient atteinte à une obligation de fond, mais a précisé qu'elle ne pourrait pas les dénoncer comme étant une violation du traité sans s'assurer d'abord que ces actes n'étaient pas des «mesures ... nécessaires à la protection» des intérêts vitaux des Etats-Unis en ce qui concerne leur sécurité (*C.I.J. Recueil 1986*, p. 136, par. 272).

26. Il appartient incontestablement à la Cour de choisir les motifs sur lesquels elle va fonder son arrêt (compte tenu des contraintes de la règle *ultra petita* indiquées ci-dessus, y compris les restrictions à ladite règle), mais la Cour l'a toujours fait en étant parfaitement consciente de ce qu'est le droit applicable «véritable» dans l'affaire dont elle connaît.

Opinion, faced with, *inter alia*, legal argument on the Genocide Convention, and Article 6 of the International Covenant on Civil and Political Rights, the Court had no hesitation in knowing that it should exercise its "freedom to choose" by grounding its Opinion in Charter law and in humanitarian law. It cannot, it seems to me, be "desirable" or indeed appropriate to deal with a claim that the Court itself has categorized as a claim relating to freedom of commerce and navigation by making the centre of its analysis the international law on the use of force. And conversely, if the use of force on armed attack and self-defence is to be judicially examined, is the appropriate way to do so through the eye of the needle that is the freedom of commerce clause of a 1955 FCN Treaty? The answer must be in the negative. These questions are of such a complexity and importance that they require a different sort of pleading and a different type of case.

27. Moreover, it is unlikely to be "desirable" to deal with important and difficult matters, which are gratuitous to the determination of a point of law put by the Applicant in its submissions, when the Applicant has carefully sought to preclude examination by the Court of its own conduct as regards these matters. In the present case the United States argued that it had not violated Article X, paragraph 1, of the Treaty, but contended that should the Court find to the contrary, such actions (which were admitted as to their facts) would have been justified by virtue of Article XX, paragraph 1 (*d*). Faced with United States counter-claims, Iran has, as it was entitled to do, adopted the strategy of simply denying all allegations of illegal use of force at the relevant time, often casting blame elsewhere. It has carefully avoided invocation of Article XX, paragraph 1 (*d*), even on a contingent basis. The failure of the United States' counter-claim on the grounds specified in the Judgment (paras. 119-124) means also that no purpose is served in the examination of Iran's own actions.

28. The consequence is that the Court is thus precluded from examining Iran's prior conduct either by reference to the Article XX, paragraph 1 (*d*), standard, or as a matter of international law more generally. It seems to me unwise, as a matter of judicial policy, to strain to examine the conduct of a Respondent on a basis of law which the Applicant has sought to preclude from the scrutiny of the Court so far as its own conduct is concerned.

* *

Ainsi, pour rendre son avis consultatif sur la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, alors qu'il lui avait notamment été présenté une thèse juridique sur la convention relative au génocide et l'article 6 du pacte international relatif aux droits civils et politiques, la Cour n'a pas hésité à adopter l'idée qu'elle devait exercer «son libre choix» en cherchant les motifs de son avis consultatif dans le droit de la Charte et le droit humanitaire. Il ne peut pas être à mon sens «souhaitable» ni du reste opportun de la part de la Cour de traiter une demande qu'elle a elle-même définie comme une demande relative à la liberté de commerce et de navigation en faisant porter son analyse sur le droit international concernant l'emploi de la force. Et à l'inverse, s'il faut soumettre à examen judiciaire l'emploi de la force sous la forme de l'agression armée et de la légitime défense, y a-t-il bien lieu de le faire par le chas d'une aiguille, en l'occurrence la disposition relative à la liberté de commerce d'un traité d'amitié, de commerce et de navigation datant de 1955? Il faut répondre par la négative. Ces questions sont d'une complexité et d'une importance telles qu'elles font appel à une autre sorte de pièces de procédure et à un autre type d'affaire.

27. En outre, il est peu vraisemblable qu'il soit «souhaitable» de traiter de questions importantes et difficiles sans rapport avec l'établissement d'un point de droit soulevé par le demandeur dans ses conclusions quand celui-ci s'est employé avec soin à empêcher la Cour d'étudier le comportement qu'il adopte lui-même à l'égard de ces questions. En l'espèce, les Etats-Unis ont soutenu qu'ils n'avaient pas violé le paragraphe 1 de l'article X du traité mais ils ont soutenu également qu'au cas où la Cour serait de l'avis opposé leurs actions (admises comme appartenant aux faits établis) auraient été justifiées par l'alinéa *d*) du paragraphe 1 de l'article XX. Face aux demandes reconventionnelles des Etats-Unis, l'Iran a adopté pour stratégie, comme il était en droit de le faire, de nier tout simplement toute allégation d'emploi illégal de la force au moment pertinent, rejetant souvent ailleurs la responsabilité de ce recours à la force. L'Iran a soigneusement évité d'invoquer l'alinéa *d*) du paragraphe 1 de l'article XX, même à titre aléatoire. Comme la demande reconventionnelle des Etats-Unis est rejetée pour les motifs indiqués dans l'arrêt (par. 119-124), cela veut dire aussi qu'il est vain d'examiner les propres actions de l'Iran.

28. La conséquence est que la Cour est ainsi empêchée d'examiner le comportement antérieur de l'Iran, que ce soit par référence à la norme énoncée à l'alinéa *d*) du paragraphe 1 de l'article XX ou sur le plan du droit international plus généralement. Il me semble peu indiqué du point de vue de la politique judiciaire de chercher à tout prix à examiner le comportement d'un défendeur sous un angle juridique que le demandeur a justement pris soin de soustraire à l'attention de la Cour pour ce qui concerne son propre comportement.

* *

29. The function served by a separate or dissenting opinion is to allow a judge to explain why she or he disagrees with part or all of the *dispositif* or the reasoning. It is not the occasion for writing an alternative judgment. Accordingly, I have not thought it appropriate, given that I believe Article XX, paragraph 1 (*d*), should not have been addressed by the Court at all, to offer my own assessment of the United States' actions by reference to that provision. I have thought it right, however, to make some short observations on a few legal issues regarding proof and methodology.

STANDARD OF PROOF OF EVIDENCE AND EQUALITY OF TREATMENT OF EVIDENCE

30. The first relates to the handling of evidence in the Court's Judgment. In its examination of Article XX, paragraph 1 (*d*), the Court asserts that the United States has the "burden of proof of the existence of an armed attack" such as to justify it using force in self-defence (Judgment, para. 61). Leaving aside for the moment whether this is indeed the right legal test, it may immediately be noted that neither here nor elsewhere does the Court explain the *standard* of proof to be met. That a litigant seeking to establish a fact bears the burden of proving it is a commonplace, well-established in the Court's jurisprudence (*Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Jurisdiction and Admissibility, Judgment, I.C.J. Reports 1984*, p. 437). But in a case in which so very much turns on evidence, it was to be expected that the Court would clearly have stated the standard of evidence that was necessary for a party to have discharged its burden of proof.

31. As to standard of proof in previous cases, the Court's prime objective appears to have been to retain a freedom in evaluating the evidence, relying on the facts and circumstances of each case (see Kazazi, *Burden of Proof and Related Issues: A Study on Evidence before International Tribunals*, 1996, at p. 323; Sandifer, "Evidence before International Courts", in Volume 25, *Acta Scandinavica Juris Gentium*, 1955, at p. 45).

32. In *Corfu Channel*, the Court simultaneously rejected evidence "falling short of conclusive evidence" (*Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1949*, p. 17); and referred to the need for "a degree of certainty" (*ibid.*, p. 17). In *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, the Court did not even attempt to articulate the standard of proof it relied on, merely holding from time to time that it found there was "insufficient" evidence to establish various

29. Une opinion individuelle ou dissidente a pour rôle de permettre à un juge d'expliquer pourquoi il ne souscrit pas, en partie ou en tout, au dispositif ou bien aux motifs. L'opinion ne donne pas l'occasion d'écrire un autre arrêt. Je n'ai donc pas jugé opportun, puisque j'estime que la Cour n'aurait pas dû examiner du tout l'alinéa *d*) du paragraphe 1 de l'article XX du traité, de proposer ma propre analyse des actions des Etats-Unis par rapport à cette disposition. Toutefois, j'ai jugé bon de formuler quelques brèves observations sur un petit nombre de questions juridiques portant sur la preuve et la méthodologie.

LE CRITÈRE DE PREUVE ET L'ÉGALITÉ DE TRAITEMENT
EN MATIÈRE DE PREUVE

30. Le critère de preuve est celui qui est applicable aux éléments de preuve retenus par la Cour dans son arrêt. Examinant l'alinéa *d*) du paragraphe 1 de l'article XX du traité, la Cour dit que les Etats-Unis ont à s'acquitter «de la charge de la preuve ... [consistant à] démontrer l'existence d'une agression armée» pour justifier un recours à la force au titre de la légitime défense (arrêt, par. 61). Je laisse de côté pour le moment le point de savoir si c'est là effectivement le critère juridique à retenir, mais je note immédiatement que, ni ici ni ailleurs, la Cour n'explique quel est le *critère* de preuve à satisfaire. Que ce soit au plaideur cherchant à établir un fait qu'incombe la charge de le prouver est une règle banale et bien établie dans la jurisprudence de la Cour (*Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique)*, compétence et recevabilité, arrêt, C.I.J. Recueil 1984, p. 437). Mais dans une affaire où les moyens de preuve tiennent une telle place, on devait pouvoir compter que la Cour dirait clairement quel était le critère de preuve que les parties auraient à respecter pour s'acquitter de leur charge à cet égard.

31. Pour ce qui est de ce critère de preuve dans de précédentes affaires, la Cour a eu avant tout pour objectif, semble-t-il, de garder une certaine liberté pour évaluer les preuves présentées, en se fondant sur les faits et les circonstances propres à chaque affaire (voir Kazazi, *Burden of Proof and Related Issues: A Study on Evidence before International Tribunals* [Charge de la preuve et questions connexes: étude de la preuve devant les tribunaux internationaux], 1996, p. 323; Sandifer, «Evidence before International Courts» [La preuve devant les juridictions internationales], *Acta Scandinavica Juris Gentium*, 1955, vol. 25, p. 45).

32. Dans l'affaire du *Détroit de Corfou*, la Cour a rejeté des preuves «sans force probante suffisante» (*fond*, arrêt, C.I.J. Recueil 1949, p. 17) et elle a expliqué en même temps qu'il fallait tabler sur «un degré de certitude» (*ibid.*, p. 17). Dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique)*, la Cour n'a pas même cherché à définir le critère de preuve qu'elle retenait, se contentant simplement de déclarer de temps à autre qu'à son

points (*Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986*, p. 37, para. 54; p. 62, para. 110; p. 85, para. 159; p. 86, para. 159; p. 113, para. 216).

33. Beyond a general agreement that the graver the charge the more confidence must there be in the evidence relied on, there is thus little to help parties appearing before the Court (who already will know they bear the burden of proof) as to what is likely to satisfy the Court. Other judicial and arbitral tribunals have of necessity recognized the need to engage in this legal task themselves, in some considerable detail (for example, Prisoners of War, Eritrea's Claim 17, Eritrea and Ethiopia, *Eritrea Ethiopia Claims Commission, Partial Award* of 1 July 2003, at paras. 43-53; *Velásquez Rodríguez* case, Judgment of 29 July 1988, Inter-American Court of Human Rights, paras. 127-139). The principal judicial organ of the United Nations should likewise make clear what standards of proof it requires to establish what sorts of facts. Even if the Court does not wish to enunciate a general standard for non-criminal cases, it should in my view have decided, and been transparent about, the standard of proof required in this particular case.

34. The Court has satisfied itself with saying that it does not have to decide "on the basis of a balance of evidence", by whom the missile that struck the *Sea Isle City* was fired: it suffices for it to say that the United States has not discharged the necessary burden of proof because "the evidence available is insufficient". But by which criteria is sufficiency/insufficiency being tested?

35. The Court also found it significant that there was

"no direct evidence at all of the type of missile that struck the *Sea Isle City*; the evidence as to the nature of other missiles fired at Kuwaiti territory at this period is suggestive, but no more" (para. 59).

It is not clear whether the Court is rejecting indirect evidence *per se* (though it was clearly accepted by the Court in *Corfu Channel, Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1949*, p. 18), or whether it was accepting indirect evidence but that in this particular case it did not meet the standard "no room for reasonable doubt" enunciated in 1949 (*ibid.*, p. 18).

36. As for the evidence concerning responsibility for the mine which struck the USS *Samuel B. Roberts*, the Court acknowledges — albeit in a mere five lines — that there were comparable moored mines in the same area, that they bore serial numbers matching other Iranian mines, and that these included the mines found on board the vessel *Iran Ajr*. The

avis les preuves présentées n'établissaient «pas suffisamment» tel ou tel autre fait (*fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1986*, p. 37, par. 54; p. 62, par. 110; p. 85, par. 159; p. 86, par. 159; p. 113, par. 216).

33. Par conséquent, mis à part le principe généralement admis que, plus l'accusation est lourde, plus les éléments de preuve produits doivent être fiables, il n'y a pas grand-chose qui puisse aider les parties appelées à comparaître devant la Cour (lesquelles savent déjà qu'elles portent le fardeau de la preuve), à savoir comment elles peuvent s'acquitter de cette charge à la satisfaction de la Cour. D'autres juridictions et certains tribunaux d'arbitrage ont dû accepter l'obligation de procéder eux-mêmes à cette tâche juridique de façon parfois très détaillée (voir, par exemple, *Prisoners of War, Eritrea's Claim 17, Eritrea and Ethiopia* [Les prisonniers de guerre, cas n° 17 de l'Erythrée, Erythrée-Ethiopie], *Eritrea Ethiopia Claims Commission* [Commission des réclamations Erythrée-Ethiopie], *Partial Award* [sentence partielle] du 1^{er} juillet 2003, par. 43-53; affaire *Velásquez Rodríguez*, arrêt du 29 juillet 1988, Cour interaméricaine des droits de l'homme, par. 127-139). L'organe judiciaire principal des Nations Unies devrait de même préciser, lui aussi, quels critères de preuve il veut voir respecter et définir à quelle sorte de faits ces critères sont applicables. Et même si la Cour ne tient pas à prescrire de normes générales en matière non pénale, elle aurait dû à mon avis décider quelle était la norme requise en l'espèce et elle aurait dû la faire connaître dans la transparence.

34. La Cour s'est contentée de dire qu'il ne lui appartenait pas d'établir «par une appréciation des différents éléments de preuve» qui était responsable du tir de missile contre le *Sea Isle City*: elle dit simplement que les Etats-Unis ne se sont pas acquittés de la charge de la preuve qui pesait sur eux parce que «les preuves disponibles sont insuffisantes». Mais en vertu de quels critères est-il possible de dire que les preuves suffisent ou ne suffisent pas?

35. La Cour a également jugé important de constater que

«aucune preuve directe ne permet de déterminer le type de missile ayant touché le *Sea Isle City*; les éléments de preuve relatifs à la nature des autres missiles tirés vers le territoire koweïtien à la même époque constituent tout au plus une indication» (par. 59).

On ne voit pas bien si la Cour rejette alors les preuves indirectes en soi (alors qu'elle les avait manifestement acceptées dans l'affaire du *Détroit de Corfou*, *fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1949*, p. 18) ou bien si elle les accepte mais constate en l'espèce que ces preuves indirectes ne répondent pas à la norme consistant à «ne laiss[er] place à aucun doute raisonnable» qui fut énoncée en 1949 (*ibid.*, p. 18).

36. En ce qui concerne les éléments de preuve touchant l'identité des responsables du mouillage de la mine que l'USS *Samuel B. Roberts* a heurtée, la Cour admet — en se contentant à ce sujet de cinq lignes — que des mines comparables étaient mouillées à l'époque dans la même zone, que ces mines portaient des numéros de série correspondant à ceux

evidence on the mine that struck the USS *Samuel B. Roberts*, as well as to related mining evidence, is on any test rather weighty, and was without the technical uncertainties and inconsistencies undoubtedly present in the *Sea Isle City* missile evidence. Certainly there was significant direct relevant evidence of a sort lacking in respect of the missile that hit the *Sea Isle City*. The United States also submitted evidence suggesting that Iran placed mines in shipping lanes known to be used by neutral ships, including those of the United States. All this evidence, states the Court, is “highly suggestive, but not conclusive” (para. 71). But it is impossible to know, in the absence of any articulated standard or further explanation, why the Court reached this conclusion.

37. Finally, it does not seem to me that the Court has been even-handed in its treatment of the evidence. The complicated and conflicting evidence on the *Sea Isle City* missile is correctly deployed in the Judgment at very considerable length. The uncertainties are rehearsed over 15 detailed paragraphs. The evidence as to mining was offered to the Court in equal detail and volume, comprising a voluminous quantity of testimony. This detailed evidence, which all points in but one direction, is dealt with by the Court in a single paragraph (para. 71).

38. It is also the case that the Court hardly deals at all with the evidence relating to the alleged use of the platforms in the laying of mines. There was a huge amount of evidence presented to the Court. Some of it was direct and some of it indirect. Some of it was from several sources, some mere repetition from a single source. Some sources were partisan, some neutral. Some were reports of participants, others of those removed from the scene. Some were contemporaneous, some not. There is no attempt by the Court to sift or differentiate or otherwise examine this evidence. It merely says that it is “not sufficiently convinced” with it, without any further analysis or explanation (para. 76).

39. My point is not to agree or disagree with the Court on any of the conclusions as to evidence that it reaches. It is rather to say that the methodology it uses seems flawed.

* *

d'autres mines iraniennes, en particulier des mines trouvées à bord de l'*Iran Ajr*. Les éléments de preuve présentés au sujet de la mine heurtée par l'*USS Samuel B. Roberts* de même que les autres éléments présentés au sujet du mouillage de mines sont assez convaincants, quel que soit le critère utilisé à cet égard, et ils sont dépourvus des incertitudes et des incohérences techniques dont souffrent incontestablement les moyens de preuve présentés au sujet du tir du missile dont a été victime le *Sea Isle City*. Il s'agit certainement là de preuves directes pertinentes et importantes dont on n'a pas eu l'équivalent au sujet du missile qui a frappé le *Sea Isle City*. Les Etats-Unis ont également présenté des éléments permettant de penser que l'Iran posait des mines dans des voies de navigation dont on savait qu'elles étaient utilisées par les navires neutres, dont les navires des Etats-Unis. Tous ces éléments de preuve, dit la Cour, ne sont «certes pas dépourvu[s] d'importance, mais [ne sont] pas déterminant[s]» (par. 71). Mais il est impossible de savoir, faute de la moindre norme vraiment définie et faute de toute explication complémentaire, pourquoi la Cour aboutit à cette conclusion.

37. Je dirai en dernier lieu que la Cour me paraît avoir manqué d'équité dans la façon dont elle traite les preuves présentées. Les éléments complexes et contradictoires qui ont été produits au sujet du missile qui a heurté le *Sea Isle City* sont dûment présentés dans l'arrêt très en détail. Les points incertains donnent lieu à un exposé minutieux qui prend quinze paragraphes. Au sujet des mines, les éléments de preuve ont été présentés à la Cour avec tout autant de détails, sous le même gros volume, et les témoignages sont fort abondants. Pour ces multiples éléments qui empruntent tous la même direction, la Cour se contente d'un unique paragraphe (par. 71).

38. Et l'on constate aussi que la Cour ne se penche pratiquement pas sur les éléments de preuve qui lui ont été communiqués au sujet de la prétendue affectation des plates-formes au mouillage de mines. De multiples éléments de preuve ont été présentés à la Cour à ce sujet, qui correspondaient tantôt à des preuves directes tantôt à des preuves indirectes. Certaines émanaient de plusieurs sources, d'autres ne faisaient que répéter ce qui émanait d'une même source. Parmi les sources en question, certaines étaient partisans, d'autres étaient neutres. Les témoignages émanaient parfois de participants directs aux événements, d'autres, de personnes qui se trouvaient fort loin des lieux. Il y avait des sources contemporaines, d'autres qui ne l'étaient pas. La Cour ne cherche nullement à faire un tri, à classer ces éléments ni à les examiner. Elle se contente de dire qu'elle «n'est pas pleinement convaincue» par ces éléments de preuve sans aller elle-même plus loin dans l'analyse et l'explication (par. 76).

39. Mon propos n'est pas ici de suivre la Cour ou ne pas la suivre dans telle ou telle autre des conclusions qu'elle formule sur les éléments de preuve présentés. Je tiens plutôt à dire que sa méthodologie laisse à désirer.

* *

INTERNATIONAL LAW AND THE INTERPRETATION
OF ARTICLE XX (1) (*d*)

40. Underlying this inadequate treatment of the evidence in the Judgment is the belief of the Court that, as it puts it, “even accepting those contentions” (para. 76) the real issue is whether the United States attacks on the platforms “could have been justified as acts of self-defence” (*ibid.*). The Court offers as the basis of its analysis of the United States’ attacks on the platforms the *jus ad bellum* on armed attack and self-defence. The Court recalls the divergent position of the Parties on the relationship between self-defence and Article XX, paragraph 1 (*d*), at paragraph 39 of the present Judgment.

41. The text of Article XX, paragraph 1 (*d*), does not suggest any answer to the question of whether the use of force was ever envisaged as a “measure” that might be “necessary” for the protection of “essential security interests”. The Court has in 1986 answered the question, at least to a degree. The Court there said that “action taken in self-defence, individual or collective, might be considered as part of the wider category of measures qualified in Article XXI” — the text in that case corresponding to Article XX of the 1955 Treaty (*I.C.J. Reports 1986*, p. 117, para. 224). No *travaux préparatoires* exist to sustain this. The Court in 1986 simply referred to proceedings of the United States Foreign Relations Committee for support for this proposition. All this is cited at paragraph 40 of the present Judgment.

42. Certainly the Court in 1986 thought that action taken in self-defence might constitute a “measure” regarded by a party as necessary to protect essential security interests. But today’s Judgment slides from that verity to the proposition that the Court has in 1986 found that the only permitted military action that might justify what otherwise might be a breach of an obligation of the Treaty is an exercise of self-defence in response to an armed attack. The proposition may or may not be right — but in my view it goes beyond what was decided in 1986.

43. The Court in 1986 certainly recognized that “less grave forms” of the use of force might occasion other responses (*I.C.J. Reports 1986*, p. 101, para. 191). Whether the Court envisaged only non-forceful countermeasures is, for the moment, a matter of conjecture. That, too, is not addressed in the present Judgment. The Court simply moves on from the Court’s 1986 statement that a necessary measure to protect essential security interests could be action taken in self-defence to the rather different determination that an armed attack on a State, allowing

LE DROIT INTERNATIONAL ET L'INTERPRÉTATION DE L'ALINÉA *d*) DU
PARAGRAPHE 1 DE L'ARTICLE XX DU TRAITÉ

40. Si elle ne pratique donc pas dans l'arrêt l'égalité de traitement à l'égard des éléments de preuve qui lui sont présentés, c'est que la Cour estime que, «quand bien même ... elle admettrait l'exactitude des allégations» (par. 76), comme elle le dit, le problème est véritablement de savoir si les attaques lancées par les Etats-Unis contre les plates-formes «pouvaient se justifier au titre de la légitime défense» (*ibid.*). Et, pour analyser ces attaques lancées par les Etats-Unis contre les plates-formes, la Cour expose le *jus ad bellum* relatif à l'agression armée et à la légitime défense. Elle rappelle au paragraphe 39 de l'arrêt que les Parties sont en désaccord sur la question du lien entre la légitime défense et l'alinéa *d*) du paragraphe 1 de l'article XX du traité.

41. Le texte de l'alinéa *d*) du paragraphe 1 de l'article XX du traité ne propose, fût-ce implicitement, aucune réponse à la question de savoir si l'emploi de la force a jamais été envisagé comme une «mesure» qui pourrait «être nécessaire» à la protection d'«intérêts vitaux sur le plan de la sécurité». En 1986, la Cour a répondu à cette question tout au moins jusqu'à un certain point. Elle a dit en effet que «des mesures de légitime défense, individuelle ou collective, peuvent être considérées comme entrant dans la catégorie plus vaste des mesures qualifiées à l'article XXI» — dans l'affaire considérée alors le texte évoqué correspondait à celui de l'article XX du traité de 1955 (*C.I.J. Recueil 1986*, p. 117, par. 224). Nous ne disposons pas de travaux préparatoires à l'appui de cet argument. En 1986, la Cour a uniquement évoqué un rapport de la commission des affaires étrangères du Sénat des Etats-Unis pour étayer cette proposition. Tout ce contexte est cité au paragraphe 40 de notre arrêt actuel.

42. Certes, en 1986, la Cour a estimé qu'une action menée au titre de la légitime défense pouvait constituer une «mesure» qu'une partie considérerait comme nécessaire à la protection de ses intérêts vitaux sur le plan de la sécurité. Mais dans l'arrêt d'aujourd'hui, il est opéré un glissement entre cette vérité-là et l'idée que, en 1986, la Cour a constaté que la seule action militaire qui fût autorisée pour justifier ce qui risquerait autrement d'être une violation d'une des obligations découlant du traité correspondait à la légitime défense pratiquée pour répondre à une agression armée. Peut-être cette idée est-elle fondée, peut-être ne l'est-elle pas, mais à mon avis elle va au-delà de ce qui fut décidé en 1986.

43. En 1986, la Cour a incontestablement reconnu que, sous ses «modalités moins brutales», l'emploi de la force pouvait susciter d'autres réactions (*C.I.J. Recueil 1986*, p. 101, par. 191). Que la Cour ait envisagé exclusivement des contre-mesures ne reposant pas sur l'emploi de la force, c'est une question qui pour l'instant relève de la conjecture. Sur ce point aussi, l'arrêt actuel s'abstient d'examiner le problème. Après avoir dit en 1986 qu'une des mesures nécessaires à la protection d'intérêts vitaux sur le plan de la sécurité pouvait consister à mener une action au

of the right of self-defence, must have occurred before any military acts can be regarded as measures under Article XX, paragraph 1 (*d*). But some stepping stones are surely needed to go from one proposition to the other.

44. The Court then asks whether any use of force for which Article XX, paragraph 1 (*d*), is invoked was “contemplated, or assumed” by the Parties as having “to comply with the conditions laid down by international law” (para. 40). The Court answers that

“It is hardly consistent with Article I to interpret Article XX, paragraph 1 (*d*), to the effect that the ‘measures’ there contemplated could include even an unlawful use of force by one party against the other.” (Para. 41.)

But, with respect, is not the issue precisely whether the Court has jurisdiction to determine, in respect of Article XX, paragraph 1 (*d*), whether a measure *is* “an unlawful use of force”?

45. It is a commonplace that treaties are to be interpreted by reference to the rules enunciated in Article 31 of the Vienna Convention on the Law of Treaties, which Article is widely regarded as reflecting general international law. Article 31, paragraph 3 (*c*), on which the Court places emphasis, states that, in interpreting a treaty, “There shall be taken into account, together with the context, . . . any relevant rules of international law applicable in the relations between the parties.”

46. The Court reads this provision as incorporating the totality of the substantive international law (which in paragraph 42 of the Judgment is defined as comprising Charter law) on the use of force. But this is to ignore that Article 31, paragraph 3, requires “the context” to be taken into account: and “the context” is clearly that of an economic and commercial treaty. What is envisaged by Article 31, paragraph 3 (*c*), is that a provision that requires interpretation in Article XX, paragraph 1 (*d*), will be illuminated by recalling what type of a treaty this is and any other “relevant rules” governing Iran-United States relations. It is not a provision that on the face of it envisages incorporating the entire substance of international law on a topic not mentioned in the clause — at least not without more explanation than the Court provides.

47. Having recounted the differing views of the Parties on the role of the Charter and customary international law in relation to Article XX, paragraph 1 (*d*), the Court states that the matter is really “one of interpre-

titre de la légitime défense, la Cour passe tout simplement à l'idée assez différente selon laquelle il faut qu'il y ait eu agression armée contre un Etat, laquelle autorise la légitime défense, avant que des actes militaires puissent être considérés comme des mesures prises en vertu de l'alinéa *d*) du paragraphe 1 de l'article XX du traité. Mais il faut certainement, pour passer de la première proposition à la seconde, prendre appui sur quelques marches intermédiaires.

44. La Cour demande alors si les Parties ont «envisag[é] ou adm[is]» que, toutes les fois qu'il serait fait usage de la force au titre de l'alinéa *d*) du paragraphe 1 de l'article XX, il faudrait que ce recours à la force armée soit «compatible avec les conditions énoncées par le droit international» (par. 40). La Cour répond que

«[u]ne interprétation de l'alinéa *d*) du paragraphe 1 de l'article XX selon laquelle les «mesures» qui y sont prévues pourraient même comprendre un recours illicite à la force par une partie contre l'autre ne serait guère compatible avec l'article premier» (par. 41).

Mais je me permets alors de demander si la question qui se pose n'est pas précisément de savoir si la Cour est compétente pour décider, au sujet de l'alinéa *d*) du paragraphe 1 de l'article XX, qu'une certaine mesure *est ou non* «un recours illicite à la force»?

45. Il est aujourd'hui banal de rappeler que les traités doivent être interprétés à l'aide des règles énoncées à l'article 31 de la convention de Vienne sur le droit des traités, article très largement considéré comme l'expression du droit international général. A l'alinéa *c*) du paragraphe 3 de cet article 31, que la Cour met en vedette, la convention de Vienne dit que, pour interpréter un traité, «il sera tenu compte, en même temps que du contexte ... de toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les parties».

46. Pour la Cour, cette disposition intègre la totalité des dispositions de fond relatives à l'emploi de la force qu'énonce le droit international (lequel, au paragraphe 42 de l'arrêt, est défini comme s'étendant au droit de la Charte). Et, ce faisant, la Cour oublie que le paragraphe 3 de l'article 31 impose de tenir compte du «contexte»: or, ce «contexte» est très clairement celui d'un traité économique et commercial. Ce qui est prévu à l'alinéa *c*) du paragraphe 3 de l'article 31, c'est qu'une disposition faisant appel à interprétation qui est énoncée à l'alinéa *d*) du paragraphe 1 de l'article XX deviendra beaucoup plus claire quand on se rappellera le type de traité dans lequel elle figure ainsi que toute autre «règle pertinente» régissant les relations entre l'Iran et les Etats-Unis. Il ne s'agit pas d'une disposition visant à première vue à intégrer toutes les règles de fond du droit international qui portent sur un sujet dont la disposition ne dit rien — ce n'est du moins pas le cas tant que la Cour ne donne pas plus d'explications qu'elle ne fait.

47. Après avoir rappelé que les Parties divergent sur le rôle joué par la Charte et par le droit international coutumier dans l'optique de l'alinéa *d*) du paragraphe 1 de l'article XX, la Cour dit qu'«il s'agit ici d'une

tation of the Treaty, and in particular of Article XX, paragraph 1 (*d*)” (para. 40). But the reality is that the Court does not attempt to interpret Article XX, paragraph 1 (*d*). It is not until paragraph 73 that there is any legal reference at all to the text of that provision. The intervening 15 pages have been spent on the international law of armed attack and self-defence and its application, as the Court sees it, to the events surrounding the United States attacks on the oil platforms.

48. An interpretation “in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose” (Article 31, paragraph 1, of the Vienna Convention on the Law of Treaties) would surely have led to a scrutiny of the very terms of Article XX, paragraph 1 (*d*), especial attention being given to the provision “necessary” and “essential security interests”. The Court should, in my view, have itself first assessed whether there were essential security interests at risk. It would have noted that Iran itself conceded that the events in the Gulf generally, and the dangers to commerce presented by the so-called “Tanker War”, and the concomitant costs, did affect United States essential security interests (see paragraph 73 of the Court’s Judgment). The Court should next have examined — without any need to afford a “margin of appreciation” — the meaning of “necessary”. In the context of the events of the time, it could certainly have noticed that, in general international law, “necessary” is understood also as incorporating a need for “proportionality”. The factual evidence should then have been assessed in the light of these elements — treaty interpretation applying the rules of the Vienna Convention on the Law of Treaties.

49. The Court has, however, not interpreted Article XX, paragraph 1 (*d*), by reference to the rules on treaty interpretation. It has rather invoked the concept of treaty interpretation to displace the applicable law. It has replaced the terms of Article XX, paragraph 1 (*d*), with those of international law on the use of force and all sight of the text of Article XX, paragraph 1 (*d*), is lost. Emphasizing that “originally” and “in front of the Security Council” (paras. 62, 67, 71 and 72 of the Judgment) the United States had stated that it had acted in self-defence, the Court essentially finds that “the real case” is about the law of armed attack and self-defence. This is said to be the law by reference to which Article XX, paragraph 1 (*d*), is to be interpreted, and the actual provisions of Article XX, paragraph 1 (*d*), are put to one side and not in fact interpreted at all.

50. The United States — perhaps especially remembering the injunction of the Court in *Military and Paramilitary Activities in and against*

question d'interprétation du traité, et en particulier de l'alinéa *d*) du paragraphe 1 de l'article XX» (par. 40). Mais concrètement, le fait est que la Cour ne cherche pas à interpréter ce paragraphe 1 *d*) de l'article XX. Il faut aller jusqu'au paragraphe 73 pour trouver une première référence juridique au texte de cette disposition. Entre-temps, on a eu quinze pages sur le droit international de l'agression armée, de la légitime défense et de son application, aux yeux de la Cour, aux événements entourant les attaques lancées par les Etats-Unis contre les plates-formes pétrolières.

48. Une interprétation faite «de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but» (convention de Vienne sur le droit des traités, art. 31, par. 20) aurait sûrement conduit à examiner attentivement les termes mêmes de l'alinéa *d*) du paragraphe 1 de l'article XX, et à accorder lors de cet examen une attention toute particulière au terme «nécessaire» et à l'expression «intérêts vitaux sur le plan de la sécurité». La Cour aurait dû, à mon sens, chercher elle-même d'abord à apprécier si des intérêts vitaux sur le plan de la sécurité étaient en danger. La Cour aurait alors constaté que l'Iran lui-même admettait que la situation dans le Golfe en général et les dangers que ce qu'on appelait la «guerre des pétroliers» faisait courir au commerce, ainsi que les coûts liés à cette guerre, portaient effectivement atteinte aux intérêts vitaux des Etats-Unis sur le plan de la sécurité (voir arrêt, par. 73). La Cour aurait dû ensuite examiner, sans avoir le moins du monde besoin d'accorder une «marge d'appréciation», le sens du terme «nécessaire». Dans le contexte des événements de l'époque, la Cour aurait certainement observé que, en droit international général, le terme «nécessaire» s'entend aussi comme imposant de prendre en compte un certain besoin de «proportionnalité». Il aurait fallu alors évaluer les preuves concrètes présentées compte tenu de ces différents éléments — il s'agissait d'interpréter le traité par application des règles de la convention de Vienne sur le droit des traités.

49. Or, la Cour n'a pas interprété l'alinéa *d*) du paragraphe 1 de l'article XX en faisant appel aux règles de l'interprétation des traités. Elle a plutôt en fait invoqué la notion de l'interprétation des traités pour écarter le droit applicable. Elle a remplacé les termes de l'alinéa *d*) du paragraphe 1 de l'article XX par ceux que le droit international applique à l'emploi de la force et l'on perd alors complètement de vue le texte de l'alinéa *d*) du paragraphe 1 de l'article XX. Soulignant qu'«initialement» et «devant le Conseil de sécurité» (arrêt, par. 62, 67, 71-72) les Etats-Unis avaient déclaré avoir agi au titre de la légitime défense, la Cour estime fondamentalement que le «véritable différend» porte sur le droit de l'agression armée et de la légitime défense. Ce serait le droit par rapport auquel il faut interpréter les dispositions de l'alinéa *d*) du paragraphe 1 de l'article XX, et les dispositions proprement dites de ce paragraphe 1 *d*) de l'article XX sont mises de côté et ne sont pas interprétées du tout.

50. Les Etats-Unis — peut-être parce qu'ils se rappelaient tout particulièrement l'injonction formulée en 1986 par la Cour dans l'affaire des

Nicaragua (Nicaragua v. United States of America) of 1986 as to the legal requirement of reporting any self-defence measures to the Security Council — had taken care to do so in this instance. But it is not the legality of *that* claim of self-defence before the Security Council that the Court is asked to adjudicate. The Judgment is formulated as if *in this case* the United States has formulated its main defence as an invocation of the right of self-defence. It has not. It invoked that argument as a final submission in the alternative, arising only should the Court find that its other arguments do not avail. But the Court never looks at its major submission, which was a justification of the use of force by reference to the criteria specified in Article XX, paragraph 1 (*d*). In spite of repeatedly stating in 1996 that this clause would on the merits afford a possible defence that would then be examined (*I.C.J. Reports 1996 (II)*, p. 811, para. 20), the Court never does so. It effectively tells the United States that as it had reported the acts to the Security Council as being acts of self-defence, it is now to be judged on that, and that alone.

51. Further, in reformulating the matter as one of self-defence under international law rather than “necessary” action for the “protection of essential security interests” within the terms of the 1955 Treaty, the Court narrows the range of factual issues to be examined. Through this recasting of the United States case the Court reduces to nil the legal interest in what was happening to oil commerce generally during the “Tanker War”. Instead it makes the sole question that of whether an attack on two vessels (*Sea Isle City* and *USS Samuel B. Roberts*) constituted an armed attack on the United States that warranted military action in self-defence.

52. Moreover, the Court has in this Judgment done what it had set its face against doing in 1996. The Court — entirely aware, even then, that the issue over which Iran would have liked a ruling was that of the legality of the use of United States military actions by reference to international law on the use of force — determined that it had jurisdiction over one issue alone: whether the use of force by the United States had violated its obligations relating to freedom of commerce under Article X, paragraph 1, of the 1955 Treaty. The Court would later also look at any defence the United States raised under Article XX, paragraph 1 (*d*). There is no indication whatsoever that the Court envisaged the reintroduction, through an “interpretation” of Article XX, paragraph 1 (*d*), of the much broader issue over which it had so clearly said in 1996 that it had no jurisdiction.

53. The Applicant in 1996 sought a jurisdictional basis to bring a case against the Respondent regarding the use of force under customary inter-

Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique) quant à l'obligation juridique de signaler au Conseil de sécurité toute mesure adoptée au titre de la légitime défense — ont pris soin en l'espèce d'obéir à cette prescription. Mais ce n'est pas la licéité de *cette* prétention-là de légitime défense signalée au Conseil de sécurité qui est portée devant la Cour. L'arrêt est énoncé comme si, *en l'espèce*, les Etats-Unis avaient axé principalement leurs moyens sur le droit à la légitime défense. Tel n'est pas le cas. Les Etats-Unis ont invoqué cet argument sous forme de conclusion finale de caractère subsidiaire, à considérer exclusivement pour le cas où la Cour déciderait de ne pas retenir leurs autres arguments. Or, la Cour ne prend pas du tout en considération la conclusion principale qui consiste à justifier le recours à la force dans l'optique même des critères définis à l'alinéa *d*) du paragraphe 1 de l'article XX. Après avoir dit et répété en 1996 que ladite disposition offre une défense au fond qu'il serait possible de faire valoir à ce stade-là (*C.I.J. Recueil 1996 (II)*, p. 811, par. 20), la Cour s'abstient totalement sur ce point. A toutes fins pratiques, elle dit aux Etats-Unis que, ayant signalé au Conseil de sécurité que les actes dont il s'agissait ont été commis au titre de la légitime défense, les Etats-Unis doivent être jugés à ce titre et à ce titre seulement.

51. En outre, en faisant de la question à régler une question de légitime défense internationale et non une question relative à l'action «nécessaire» aux fins d'assurer la protection [d']«intérêts vitaux sur le plan de la sécurité», suivant les termes mêmes du traité de 1955, la Cour rétrécit la liste des questions de fait à examiner. En reformulant ainsi la thèse des Etats-Unis, la Cour réduit à néant l'intérêt juridique de la situation faite au commerce du pétrole en général pendant la «guerre des pétroliers». Pour la Cour, il ne se pose plus qu'une seule question qui est de savoir si l'attaque dirigée contre deux navires (le *Sea Isle City* et l'*USS Samuel B. Roberts*) constituait une agression armée dirigée contre les Etats-Unis justifiant une action militaire au titre de la légitime défense.

52. En outre, la Cour a dans cet arrêt fait ce qu'elle s'était engagée à ne pas faire en 1996. Parfaitement consciente déjà à cette date que la question sur laquelle l'Iran aurait aimé qu'elle se prononce était celle de la licéité du recours à l'action militaire par les Etats-Unis du point de vue du droit international relatif à l'emploi de la force, la Cour a décidé à cette date qu'elle n'avait compétence que pour une seule question: celle de savoir si le recours à la force par les Etats-Unis violait les obligations relatives à la liberté de commerce prescrites au paragraphe 1 de l'article X du traité de 1955. La Cour se pencherait aussi ultérieurement sur tous moyens de défense que les Etats-Unis soulèveraient au titre de l'alinéa *d*) du paragraphe 1 de l'article XX. Il n'y a absolument rien qui indique que la Cour envisageait de réintroduire par le biais d'une interprétation de l'alinéa *d*) du paragraphe 1 de l'article XX la question beaucoup plus large pour laquelle elle avait si nettement dit en 1996 qu'elle n'avait pas compétence.

53. En 1996, le demandeur recherchait une base juridictionnelle pour intenter à l'encontre du défendeur au sujet de l'emploi de la force une

national law and Charter law. The Court held that the only dispute before it was one over freedom of commerce under Article X, paragraph 1, of the 1955 Treaty.

54. The present Judgment, through a series of steps that I have described (each, in my view, open to challenge), essentially reverses the 1996 decision, allowing a clause described by the Court in 1996 as a “defence” to be a peg for a determination by the Court as to the legality of the United States military actions under international law.

(Signed) Rosalyn HIGGINS.

action fondée sur le droit international coutumier et le droit de la Charte. La Cour a décidé que le seul différend dont elle fût saisie portait sur la liberté de commerce prescrite au paragraphe 1 de l'article X du traité de 1955.

54. Le présent arrêt, par une série de démarches que j'ai décrites (dont chacune à mon avis peut être contestée), revient essentiellement à infirmer la décision de 1996 car la disposition que la Cour qualifiait en 1996 de «moyen de défense» lui sert désormais de point d'ancrage pour statuer sur la licéité des actions militaires des Etats-Unis en droit international.

(Signé) Rosalyn HIGGINS.