

DISSENTING OPINION OF JUDGE AL-KHASAWNEH

Putting two distinct findings in one paragraph unusual and unfortunate — Leaves no choice but to accept paragraph as a whole or reject it — Vote against operative paragraph because reasoning and conclusion on freedom of commerce unpersuasive and incorrect — Nevertheless accepts in principle finding relating to essential security measures — Majority approach too formalistic — 1955 Treaty protects freedom of commerce — Factually oil continued to flow to the United States after embargo — Indirect trade law concepts ill-suited as a yardstick for measuring treaty-protected commerce — No basis for distinction between direct and indirect commerce — relevance of Article VIII of the 1955 Treaty — United States counter-claim admissible subject to problems of attributability to Iran — Asymmetry of evidence — Appropriate to deal with non-use of force — Judgment should be more concerned with clarity than presentational aspects.

1. It is unusual from the point of view of established drafting technique and unfortunate from that of logical coherence that the *dispositif* of the present Judgment amalgamates in a single paragraph (paragraph 125 (1)) two separate findings that do not depend on each other for their validity or soundness and hence leaves us with no choice but to accept the paragraph as a whole or to reject it.

2. Those findings are:

- (a) That the United States actions against Iranian oil platforms in 1987 and 1988 cannot be justified as measures necessary to protect the essential security interests of the United States under Article XX, paragraph 1 (*d*), of the 1955 Treaty of Amity, Economic Relations and Consular Rights between the United States and Iran as interpreted in the light of international law on the non-use of force.
- (b) That nevertheless, those actions do not constitute a violation of the obligations of the United States under Article X, paragraph 1, of the 1955 Treaty regarding freedom of commerce between the territories of the two parties.

This, being the formal structure of the operative paragraph, I have no choice but to vote against the paragraph as a whole, for whilst I concur in principle with the first finding regarding Article XX, paragraph 1 (*d*),

OPINION DISSIDENTE DE M. LE JUGE AL-KHASAWNEH

[Traduction]

Il est inhabituel et malencontreux de formuler deux conclusions distinctes dans le même paragraphe — On ne peut plus qu'accepter le paragraphe dans son ensemble ou bien le rejeter — Voté contre le dispositif car les motifs et les conclusions relatives à la liberté de commerce n'emportent pas la conviction et ne sont pas justes — Accepte néanmoins en principe la conclusion relative aux intérêts vitaux sur le plan de la sécurité — L'approche adoptée par la majorité est trop formaliste — Le traité de 1955 garantit la liberté de commerce — Dans les faits, le pétrole est toujours écoulé aux Etats-Unis après l'embargo — Les principes juridiques du commerce indirect ne peuvent guère jouer le rôle de critère d'évaluation du commerce protégé par le traité — La distinction entre commerce direct et commerce indirect n'est pas fondée — Pertinence de l'article VIII du traité de 1955 — La demande reconventionnelle des Etats-Unis est recevable sous réserve des problèmes liés à l'imputabilité à l'Iran — Asymétrie de la preuve — Il convient de traiter la question de l'emploi de la force — L'arrêt devrait viser la clarté et non pas tant s'attacher à la présentation.

1. Il est inhabituel du point de vue de la technique de rédaction telle qu'elle est fixée et malencontreux du point de vue de la cohérence logique d'amalgamer dans un même paragraphe du dispositif de l'arrêt (le paragraphe 125, point 1)) deux conclusions distinctes qui ne sont pas liées l'une à l'autre quant à leur validité ni quant à leur bien-fondé, ce qui ne nous laisse pas d'autre choix que d'accepter le paragraphe dans son ensemble ou bien de le rejeter.

2. Lesdites conclusions sont les suivantes :

- a) il n'est pas possible de justifier les actions dirigées par les Etats-Unis d'Amérique contre les plates-formes pétrolières iraniennes en 1987 et 1988 comme s'il s'agissait de mesures nécessaires à la protection des intérêts vitaux des Etats-Unis sur le plan de la sécurité sous l'effet de l'alinéa *d*) du paragraphe 1 de l'article XX du traité d'amitié, de commerce et de droits consulaires de 1955 conclu entre les Etats-Unis et l'Iran tel qu'interprété à la lumière du droit international relatif au non-recours à la force;
- b) toutefois ces actions ne constituent pas de violation par les Etats-Unis des obligations que leur impose le paragraphe 1 de l'article X du même traité et qui ont trait à la liberté de commerce entre les territoires des deux parties.

Telle étant la construction de ce paragraphe du dispositif, je n'ai pas d'autre choix que de voter contre le paragraphe dans son ensemble car, si je souscris en principe à la première conclusion relative à l'alinéa *d*) du

I find the reasoning and the finding regarding Article X, paragraph 1, of the Treaty unpersuasive and, with respect, incorrect.

3. In the first place, what is at issue here is not whether oil from the destroyed platforms was impeded from being traded between the territories of the two Parties at the time of the attacks, but rather that the *possibility* of such oil flowing and being traded was impeded. The 1955 Treaty protects the freedom of commerce, which must mean commerce actual and potential. The Court could not have been clearer when it said in the 1996 Judgment:

“50. The Court should not in any event overlook that Article X, paragraph 1, of the Treaty of 1955 does not strictly speaking protect ‘commerce’ but ‘*freedom of commerce*’. Any act which would impede that ‘freedom’ is thereby prohibited. Unless such freedom is to be rendered illusory, the possibility must be entertained that it could actually be impeded as a result of acts entailing the destruction of goods destined to be exported, or capable of affecting their transport and their storage with a view to export.” (*Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, *Preliminary Objection, Judgment, I.C.J. Reports 1996 (II)*, p. 819, para. 50.)

4. Secondly, it seems that, factually, Iranian oil continued to flow to the United States even after the adoption of Executive Order 12613 dated 29 October 1987, for an exception was made in that Order in Section 2 (*b*) which reads: “[t]he prohibition contained in Section 1 shall not apply to: . . . (*b*) petroleum products refined from Iranian crude oil in a third country”. It has been argued that such oil undergoes a metamorphosis upon being refined and mixed in third countries so that the final product could no longer be regarded as Iranian, but the Executive Order itself by speaking of “petroleum products refined from Iranian crude oil” clearly shows that this final product was viewed by the United States as easily traceable back to its Iranian origin. Moreover, international trade law concepts are ill-suited to be used as a yardstick against which a treaty-protected freedom of commerce can be measured. For such a treaty-protected freedom to be infringed it is sufficient to show that a flow of Iranian oil into the United States in the form of refined products and a correspondent outflow of capital that ultimately reached Iran to pay for such products took place. There is ample evidence that this was the case.

5. Thirdly, the reasoning is singularly unpersuasive in its attempts at showing a distinction between protected direct commerce and unprotected indirect commerce. There is nothing in the 1955 Treaty or in similar treaties to which the United States is party to suggest that only direct commerce was protected. Indeed a simple textual analysis of the provisions of the 1955 Treaty with the aim of ascertaining the definition of the

paragraphe 1 de l'article XX, je considère que le motif et la conclusion relatifs au paragraphe 1 de l'article X du traité ne sont pas convaincants et, si je puis me permettre, ils ne sont pas non plus fondés.

3. Premièrement, la question est ici non de savoir si la destruction des plates-formes faisait obstacle au commerce du pétrole entre les territoires de deux Parties à l'époque des attaques, mais plutôt de savoir si ladite destruction faisait obstacle à la *possibilité* qui s'offrait de produire du pétrole et d'en pratiquer le commerce. Le traité de 1955 garantit la liberté de commerce, ce qui doit s'entendre du commerce effectif comme du commerce potentiel. La Cour n'aurait pu être plus claire quand elle a dit dans son arrêt de 1996:

« 50. La Cour ne saurait en tout état de cause perdre de vue que le paragraphe 1 de l'article X du traité de 1955 ne protège pas à proprement parler le «commerce» mais la «liberté de commerce». Tout acte qui entraverait cette «liberté» s'en trouve prohibé. Hors, sauf à rendre une telle liberté illusoire, il faut considérer qu'elle pourrait être effectivement entravée du fait d'actes qui emporteraient destruction de biens destinés à être exportés, ou qui seraient susceptibles d'en affecter le transport et le stockage en vue de l'exportation.» (*Plates-formes pétrolières (République islamique d'Iran c. Etats-Unis d'Amérique)*, exception préliminaire, arrêt, C.I.J. Recueil 1996 (II), p. 819, par. 50.)

4. Deuxièmement, il semble qu'en réalité du pétrole iranien a continué d'être écoulé aux Etats-Unis même après l'adoption de l'*Executive Order* 12613 en date du 29 octobre 1987, car une exception est prévue dans cette ordonnance à la section 2 b) qui dispose: «[l']interdiction prévue à la section 1 ne s'applique pas: ... b) aux produits pétroliers raffinés à partir de pétrole brut iranien dans un pays tiers». On a soutenu que le pétrole brut se métamorphose lors du raffinage et du mélange avec d'autres produits dans des pays tiers de sorte que le produit final ne peut plus être considéré comme iranien, mais l'ordonnance en question elle-même, quand elle parle de «produits pétroliers raffinés à partir de pétrole brut iranien», montre clairement que, pour les Etats-Unis, l'origine iranienne du produit final était facilement identifiable. De plus, les notions propres au droit du commerce international peuvent difficilement servir à évaluer une liberté de commerce qui est protégée par voie de traité. Pour qu'une telle liberté soit violée, il suffit de démontrer que du pétrole iranien est entré aux Etats-Unis sous forme de produits raffinés et que des fonds sont sortis des Etats-Unis pour atteindre finalement l'Iran et couvrir le prix de ces produits. Les preuves abondent en ce qui concerne ce double mouvement.

5. Troisièmement, l'exposé des motifs est particulièrement peu convaincant quand il cherche à établir une distinction entre le commerce direct protégé et le commerce indirect non protégé. Il n'y a rien dans le traité de 1955 ni dans des traités similaires auxquels les Etats-Unis sont parties qui donne à penser que seul le commerce direct était protégé. En effet, il suffit d'une simple analyse du texte des dispositions du traité de 1955 visant à

concept of freedom of commerce used therein would reveal that the Treaty contemplated the possibility of the products of one State reaching the territory of the other indirectly. Thus Article VIII provides:

“1. Each High Contracting Party shall accord to products of the other High Contracting Party, *from whatever place and by whatever type of carrier arriving*, and to products destined for exportation to the territories of such other High Contracting Party, *by whatever route and by whatever type of carrier*, treatment no less favourable than that . . .” (emphasis added).

6. I believe the arguments just made will show that the majority in this Court have followed a formalistic and disconnected approach in their reasoning with regard to the violation of the United States of its obligations under Article X, paragraph 1, on the freedom of commerce. Such an approach is not supported by the text of the 1955 Treaty, and seems to be based on assumptions that are factually wrong and do not correspond to the realities of trade in oil. Moreover, such an approach seems to detract from aspects of the Court’s jurisprudence and I have in mind both the *Oscar Chinn* case (*Judgment, P.C.I.J., Series A/B, No. 63, p. 65*) and the 1996 Judgment (*Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America), Preliminary Objection, Judgment, I.C.J. Reports 1996 (II), p. 819, para. 50.*)

7. A consequence of the narrow approach that the majority followed was that the United States counter-claim was also rejected. It would have been much better had the Court admitted both the Iranian claim and the United States counter-claim. Having said this I should hasten to add that the problems relating to the United States counter-claim stem from problems of attributability to Iran, problems that emanate in part from an asymmetry in the Iranian and United States position with regard to evidence, for in the case of the latter, there is no question of the attribution of attacks against the oil platforms to the United States, while in the case of Iran, its denial of responsibility for specific acts and the presence of another actor, Iraq, would compound problems of attribution. Be this as it may, there is no reason why specific elements of the United States claim cannot be upheld if the hurdle of attribution is overcome.

8. Lastly, I stated above (para. 2) that I concurred with the first finding of the Court, namely that the United States actions cannot be justified as measures necessary to protect the essential security interests of the United States under Article XX, paragraph 1 (*d*), of the Treaty as interpreted in the light of international law on the non-use of force. It has been suggested that devoting a large part of the Judgment to a discussion of the concept of non-use of force is inappropriate and unnecessary for disposing of the case besides the risk this runs of going beyond the limits

permettre de savoir quelle définition de la liberté de commerce le traité retient pour constater qu'il a été prévu que des produits originaires d'un Etat puissent éventuellement gagner indirectement le territoire de l'autre Etat. Ainsi, l'article VIII du traité dispose :

«1. Chacune des Hautes Parties contractantes accordera aux produits de l'autre Haute Partie contractante, *quelle qu'en soit la provenance et indépendamment du mode de transport utilisé*, ainsi qu'aux produits destinés à l'exportation vers les territoires de cette autre Haute Partie contractante, *quels que soient l'itinéraire et le mode de transport utilisé*, un traitement non moins favorable que...» (Les italiques sont de moi.)

6. J'estime que les arguments ci-dessus démontrent qu'au sein de la Cour la majorité a adopté une approche formaliste, sans lien avec la réalité, en ce qui concerne la violation par les Etats-Unis des obligations leur incombant en vertu du paragraphe 1 de l'article X relatif à la liberté de commerce. Le texte même du traité de 1955 ne conforte guère cette approche qui paraît fondée sur des présomptions dénoncées par les faits qui sont sans rapport avec le commerce du pétrole sous son aspect concret. De plus, une telle approche semble déroger sous certains aspects à la jurisprudence de la Cour et j'ai à l'esprit tant l'affaire *Oscar Chinn* (arrêt, C.P.J.I. série A/B n° 63, p. 65) que l'arrêt de 1996 (*Plates-formes pétrolières (République islamique d'Iran c. Etats-Unis d'Amérique)*, exception préliminaire, arrêt, C.I.J. Recueil 1996 (II), p. 819, par. 50).

7. L'approche étroite que la majorité a retenue a eu pour conséquence que la demande reconventionnelle des Etats-Unis a également été rejetée. Il eût été préférable que la Cour accueille à la fois la demande de l'Iran et la demande reconventionnelle des Etats-Unis. Cela étant, je m'empresse d'ajouter que les problèmes relatifs à la demande reconventionnelle ont pour origine des problèmes liés à l'imputation à l'Iran, problèmes découlant en partie d'une asymétrie entre les positions respectives des deux Etats en matière de preuve, car, pour les Etats-Unis, il n'est pas question de leur imputer les attaques dirigées contre les plates-formes pétrolières alors que, pour l'Iran, le refus qu'il oppose à la reconnaissance de sa responsabilité d'actes précis et la présence d'un autre protagoniste, l'Iraq, compliqueraient beaucoup les problèmes d'imputation. Quoi qu'il en soit, rien n'empêche d'accueillir certains éléments de la demande des Etats-Unis si l'obstacle de l'imputabilité est surmonté.

8. En dernier lieu, j'ai dit ci-dessus (au paragraphe 2) que je souscrivais à la première conclusion de la Cour, qui est qu'on ne peut pas justifier les actions des Etats-Unis en disant que ce sont des mesures nécessaires à la protection d'intérêts vitaux en matière de sécurité, conformément aux prescriptions de l'alinéa *d)* du paragraphe 1 de l'article XX du traité, celui-ci étant interprété à la lumière du droit international sur le non-recours à la force. On a dit qu'il n'était ni opportun ni indispensable, pour statuer en l'espèce, de consacrer une grande partie de l'arrêt à l'examen

of the Court's jurisdiction which are extremely narrow. Nothing is more debatable.

9. The determining factor is the United States resort to armed force as distinct from other measures such as the imposition of an embargo that fall short of armed force. Whilst the legality of measures short of armed force are open to scrutiny against the twin criteria of whether they were essential and reasonable to the risk perceived, when armed force is resorted to a discussion of that concept in terms of proportionality and necessity becomes interwoven with the concept of necessary measures. I find therefore that it was appropriate for the Court to have clarified those aspects in its reasoning. I do not feel that the *ultra petita* rule was infringed nor that the concept of *lex specialis* (assuming that the 1955 Treaty was one) would operate to exclude the operation of rules of international law that have a peremptory character.

10. What I find both regrettable and disconcerting is that the Court has pronounced on those central questions of international law in the best traditions of *oratio obliqua*, thus the United States resort to armed force resulting in the destruction of the oil platforms is referred to as "actions". Similarly while the Court makes it clear that what is meant by international law on the non-use of force is both Charter law and customary law (Judgment, para. 42), a careful reading of the Judgment is needed to find the link between the reasoning and the operative paragraph. A court of law should be more concerned with the clarity of its judgments than with the presentational aspects of those judgments.

(Signed) Awn AL-KHASAWNEH.

du concept du non-recours à la force, d'autant que cela risquait d'amener la Cour à franchir les limites de sa compétence, laquelle est extrêmement étroite. La question est très largement ouverte à contestation.

9. Le facteur déterminant est que les Etats-Unis recourent à la force armée par opposition à d'autres mesures telles que l'imposition d'un embargo, lesquelles ne vont pas jusqu'à la force armée. Alors que la licéité des mesures qui ne vont pas jusqu'à la force armée est sujette à un double examen consistant à chercher si ces mesures sont essentielles et raisonnables par rapport aux risques ressentis, quand il est fait emploi de la force armée, il faut examiner la notion de recours à la force du point de vue de la proportionnalité et de la nécessité en même temps qu'il faut chercher si les mesures en question étaient nécessaires. Je considère en conséquence qu'il était bon que la Cour éclaire ces différents aspects dans sa motivation. A mon sens la règle *ultra petita* n'a pas été violée et l'adoption de la notion de *lex specialis* (à condition que le traité de 1955 ait bien ce caractère) n'aurait pas non plus pour effet d'exclure l'application des règles de droit international de caractère impératif.

10. Ce que j'estime à la fois regrettable et prêtant à confusion, c'est que la Cour se soit prononcée sur ces questions fondamentales du droit international en pratiquant l'euphémisme dans la meilleure tradition, de telle sorte que, lorsque les Etats-Unis recourent à la force et détruisent des plates-formes pétrolières, la Cour dit qu'ils mènent des «actions». De même, quand la Cour dit clairement que le droit international applicable en matière de non-recours à la force correspond au droit de la Charte et au droit coutumier (arrêt, par. 42), il faut procéder à une lecture très attentive de l'arrêt pour trouver le lien entre les motifs et le dispositif. Un tribunal qui dit le droit doit se soucier plus de la clarté de ses décisions que de leur présentation.

(Signé) Awn AL-KHASAWNEH.