

## DISSENTING OPINION OF JUDGE ELARABY

*Court should have drawn the consequences of unlawful use of force — United States military action against Iran being an armed reprisal — Court's reasons for rejecting Iran's claim of violation of Article X, paragraph 1, being unsound — Irrelevance of what particular platforms were producing oil — Indirect commerce continued under the embargo — Article X, paragraph 1, cannot be interpreted as excluding indirect commerce — Court should have ruled more exhaustively on the issue of use of force.*

After due reflection, and not without hesitation, I voted against the first paragraph of the *dispositif* and supported the second. My hesitation was due to the fact that as a matter of principle I subscribe to the thrust of the first finding of the Judgment. The reason for my negative vote is that I am unable to accept the conceptual formulation adopted by the Court. In my view, the formulation does not purport to encompass all the parameters associated with the boundaries defined by the Charter and the relevant rules of international law regarding the prohibition of the use of force. Based on my reading of the relevant facts and my understanding of the case law and jurisprudence of the Court, I append this dissenting opinion to put my views on record. Since I voted for the Court's rejection of the counter-claim, I will refrain from addressing this issue.

I shall channel the reasoning of my dissent through three points:

- (i) the prohibition of the use of force;
- (ii) the issue of whether the obligations emanating from Article X, paragraph 1, were breached;
- (iii) aspects of jurisdiction.

### I. THE PROHIBITION OF THE USE OF FORCE

1.1. The case, in essence, is about international responsibility. It evolves around whether it is permissible for a State to use force against another State outside the boundaries defined by the Charter of the United Nations. Thus when it is proven that a State has committed a wrongful act, the Court is duty bound to pronounce authoritatively on the legal consequences of the wrongful act provided of course that it has jurisdiction to do so. The Court, it should be recalled, held in the first finding that the

## OPINION DISSIDENTE DE M. LE JUGE ELARABY

[Traduction]

*La Cour aurait dû tirer les conséquences de l'emploi illicite de la force — L'action militaire menée par les Etats-Unis contre l'Iran relève des représailles armées — Les motifs pour lesquels la Cour rejette la thèse de l'Iran pour qui il y a violation du paragraphe 1 de l'article X ne sont pas solides — L'identité des plates-formes participant à la production de pétrole est sans pertinence — Le commerce indirect a été préservé sous le régime de l'embargo — Le paragraphe 1 de l'article X ne peut pas être interprété comme excluant le commerce indirect — La Cour aurait dû se prononcer de façon plus détaillée sur la question de l'emploi de la force.*

Après mûre réflexion et non sans hésitation, j'ai voté contre le premier paragraphe du dispositif et pour le second. Mon hésitation s'explique par le fait que, par principe, je souscris à ce qui fait principalement l'objet de la première conclusion énoncée dans l'arrêt. Si j'ai voté contre, c'est que je suis dans l'impossibilité d'accepter l'énoncé théorique adopté par la Cour. A mon sens, cet énoncé ne vise pas à tenir compte de tous les paramètres liés aux limites définies par la Charte et par les règles pertinentes du droit international en ce qui concerne l'interdiction du recours à la force. En me fondant sur les faits pertinents tels que je les entends et sur mon interprétation de la jurisprudence en général et de celle de la Cour, je joins à l'arrêt la présente opinion dissidente pour faire connaître mes vues. Comme j'ai voté pour la décision consistant à rejeter la demande reconventionnelle, je m'abstiendrai de toute observation sur cette question.

Les motifs qui m'incitent à voter contre la majorité reposent sur trois éléments :

- i) l'interdiction du recours à la force;
- ii) la question de savoir s'il y a eu violation des obligations découlant du paragraphe 1 de l'article X du traité;
- iii) divers aspects de la compétence.

### I. L'INTERDICTION DU RECOURS À LA FORCE

1.1. Pour l'essentiel, l'affaire porte sur la responsabilité internationale. Il s'agit de savoir s'il est possible à un Etat de recourir à la force à l'encontre d'un autre Etat en dehors des limites définies par la Charte des Nations Unies. C'est-à-dire que, quand il est établi qu'un Etat a commis un acte illicite, la Cour est tenue de se prononcer de façon définitive sur les conséquences juridiques de l'acte illicite à condition, bien entendu, qu'elle soit dotée de la compétence voulue. Il ne faut pas oublier que la

United States action is not justified and in paragraph 42 held that the yardstick to gauge the legality of an act involving the use of force is “the provisions of the Charter of the United Nations and customary international law” (Judgment, para. 42). This in my view is an inescapable recognition that the Court has jurisdiction to adopt a comprehensive pronouncement on the legality of the use of force. In the present case, the use of force did not require proof. It was admitted. Yet no legal consequences flowed.

The principle of the prohibition of the use of force in international relations as enshrined in Article 2, paragraph 4, of the Charter is, no doubt, the most important principle in contemporary international law to govern inter-State conduct; it is indeed the cornerstone of the Charter. It reflects a rule of *jus cogens* from which no derogation is permitted. This fundamental principle draws a distinction between a post-Charter era of law-abiding, civilized community of nations and the pre-Charter era when the strong and powerful States were not restrained from attacking the weak at will and with impunity.

The main question to be answered in the Judgment would therefore be: is it legally acceptable that a State escape its international responsibility for the consequences of a deliberate armed attack by advancing:

- (a) a defence based on a clause in a commercial treaty; or, alternatively, by
- (b) invoking the right of self-defence under Article 51 in the absence of the conditions established by the United Nations Charter and customary international law?

In the 2003 Judgment, the Court held that “It is clear that the original dispute between the Parties related to the legality of the actions of the United States” (Judgment, para. 37).

It follows that if the Court were to hold that the United States measures were unlawful then the Court is duty-bound to declare that the United States has acted contrary to its obligations under the Charter of the United Nations and under customary international law.

The Court rightly rejects the United States claim that its use of force can be justified as measures to protect the essential security interests of the United States under the provisions of Article XX, paragraph 1 (*d*), of the Treaty of Amity, Economic Relations and Consular Rights. On this finding, I would like to reiterate that I concur. A clause in a commercial treaty cannot possibly be invoked to justify the use of force.

In the *Nicaragua* case in 1986 the Court, when considering the provisions of Article XXI of the Treaty of FCN between Nicaragua and the

Cour dit dans sa première conclusion que l'action des Etats-Unis n'est pas justifiée et qu'elle dit au paragraphe 42 de l'arrêt que le critère servant à apprécier la licéité d'un acte reposant sur l'emploi de la force est celui des «dispositions de la Charte des Nations Unies et du droit international coutumier» (arrêt, par. 42). Voilà qui, à mon sens, revient inévitablement à reconnaître que la Cour est compétente pour se prononcer de façon exhaustive sur la licéité de l'emploi de la force. En l'espèce, l'emploi de la force n'avait pas à être prouvé, il était admis comme tel. Mais il n'en a été tiré aucune conséquence juridique.

Le principe de l'interdiction de l'emploi de la force dans les relations internationales tel qu'il est consacré au paragraphe 4 de l'article 2 de la Charte est incontestablement le principe le plus important du droit international contemporain à régir le comportement interétatique; c'est du reste la pierre angulaire de la Charte. Ce principe traduit une règle du *jus cogens* à laquelle il est impossible de déroger. Ce principe fondamental établit une distinction entre l'ère postérieure à la Charte dans laquelle vit une communauté d'Etats civilisée et respectueuse du droit et l'ère antérieure à la Charte pendant laquelle les Etats les plus forts et les plus puissants n'étaient guère empêchés d'attaquer les pays faibles dès qu'ils le voulaient en étant assurés de l'impunité.

La principale question à laquelle il faut répondre dans l'arrêt serait donc celle-ci: est-il légitimement acceptable qu'un Etat échappe à la responsabilité internationale des conséquences d'une attaque armée menée délibérément en faisant valoir:

- a) un moyen de défense reposant sur une disposition d'un traité commercial; ou, subsidiairement,
- b) en invoquant le droit de légitime défense au titre de l'article 51 de la Charte en l'absence des conditions définies par la Charte des Nations Unies et par le droit international coutumier?

Dans son arrêt de 2003, la Cour dit: «Il est indéniable que le différend initial entre les Parties portait sur la licéité des actions menées par les Etats-Unis.» (Arrêt, par. 37.)

Il s'ensuit que, au cas où elle dirait que les mesures prises par les Etats-Unis étaient illicites, la Cour serait alors tenue de déclarer que les Etats-Unis ont agi contrairement aux obligations leur incombant au titre de la Charte des Nations Unies et du droit international coutumier.

La Cour a raison de rejeter la prétention des Etats-Unis quand ceux-ci plaident que leur recours à la force peut se justifier puisqu'il s'agissait de mesures visant à protéger les intérêts vitaux des Etats-Unis en matière de sécurité relevant des dispositions de l'alinéa *d)* du paragraphe 1 de l'article XX du traité d'amitié, de commerce et de droits consulaires. Je tiens à dire à nouveau que je souscris à cette conclusion de la Cour. Il n'est pas possible d'invoquer une disposition d'un traité commercial pour justifier le recours à la force.

En 1986, dans l'affaire *Nicaragua*, la Cour, quand elle a examiné les dispositions de l'article XXI du traité d'amitié, de commerce et de navi-

United States, did not satisfy itself by merely expressing that the use of force was not justified. The Court went further and addressed the prohibition of various aspects and consequences of the use of force in international relations in a comprehensive manner. The *Nicaragua* judgment recognizes that the United States, by using force “has acted, against the Republic of Nicaragua, in breach of its obligations under customary international law not to use force against another State” (*Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Judgment, *I.C.J. Reports 1986*, p. 147, para. 292 (6)). In the present case, the Court, however, adopted a formulation which is, in my opinion, rather truncated and consequently incomplete. The formulation of the finding in the Judgment, regrettably fell short of the required standard. The Court

“*Finds* that the actions of the United States of America against Iranian oil platforms on 19 October 1987 and 18 April 1988 cannot be justified as measures necessary to protect the essential security interests of the United States of America under Article XX, paragraph 1 (*d*), of the 1955 Treaty of Amity, Economic Relations and Consular Rights between the United States of America and Iran, as interpreted in the light of international law on the use of force.” (Judgment, para. 125 (1).)

My primary concern is that the parameters defined in the United Nations Charter and reaffirmed by the Court’s jurisprudence established in the *Nicaragua* case may be detrimentally affected as a result of the formulation adopted. This occurs at a time when the rule of law is confronted with great challenges in various parts of the globe and the judicial pronouncements of the principal judicial organ of the United Nations would reinforce and add weight to the prohibition.

The Judgment in the present case, moreover, stops short of addressing the consequential legal corollaries of the finding which were clearly enunciated and established by the *Nicaragua* Judgment. The terminology used by the Court is very restrained. More legal clarity would have been expected from the Court on such a grave matter as the use of force by one party to a privileged FCN treaty against another party to the same treaty.

In the 1986 *Nicaragua* case the Court held that: “in the case of individual self-defence, the exercise of this right is subject to the State concerned having been the victim of an armed attack” (*Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, *I.C.J. Reports 1986, Merits, Judgment*, p. 103, para. 195). Nowhere in this Judgment is it asserted that the United States was a victim of an “armed attack”. On the contrary, the Court noted in clear terms that the incidents advanced by the United States

gation conclu entre le Nicaragua et les Etats-Unis, ne s'est pas contentée de dire simplement que le recours à la force n'était pas justifié. Elle est allée plus loin et s'est intéressée de façon exhaustive à l'interdiction de l'emploi de la force dans les relations internationales sous divers aspects et sous l'angle de diverses conséquences. Dans l'arrêt *Nicaragua*, la Cour reconnaît que les Etats-Unis, en recourant à la force, «ont, à l'encontre de la République du Nicaragua, violé les obligations que leur impose le droit international coutumier de ne pas recourir à la force contre un autre Etat» (*Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique)*, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1986, p. 147, par. 292, point 6)). En l'espèce, la Cour a toutefois adopté un énoncé qui est en quelque sorte, à mon sens, tronqué et par conséquent incomplet. L'énoncé de la conclusion formulée dans l'arrêt ne se situe malheureusement pas au niveau voulu. La Cour

«*Dit* que les actions menées par les Etats-Unis d'Amérique contre les plates-formes pétrolières iraniennes le 19 octobre 1987 et le 18 avril 1988 ne sauraient être justifiées en tant que mesures nécessaires à la protection des intérêts vitaux des Etats-Unis sur le plan de la sécurité en vertu de l'alinéa *d*) du paragraphe 1 de l'article XX du traité d'amitié, de commerce et de droits consulaires de 1955 entre les Etats-Unis d'Amérique et l'Iran, tel qu'interprété à la lumière du droit international relatif à l'emploi de la force.» (Arrêt, par. 125, point 1.)

Ce qui m'inquiète surtout, c'est que l'énoncé qui a été retenu risque de porter fâcheusement atteinte aux paramètres définis dans la Charte des Nations Unies et réaffirmés par la jurisprudence de la Cour dans l'affaire *Nicaragua*. Or, nous constatons actuellement que l'état de droit est violemment contesté dans diverses régions du globe et les prononcés de l'organe judiciaire principal des Nations Unies peuvent renforcer et étayer utilement l'interdiction du recours à la force.

En outre, l'arrêt rendu en l'espèce s'abstient d'évoquer les corollaires juridiques de la conclusion formulée qui ont été définis et établis clairement dans l'arrêt *Nicaragua*. Les termes qu'utilise la Cour sont très discrets. On aurait pu s'attendre à plus de clarté du point de vue juridique de la part de la Cour sur une question aussi grave que l'emploi de la force par un Etat partie à un traité protégé d'amitié, de commerce et de navigation à l'encontre d'un autre Etat partie au même traité.

En 1986, dans l'affaire *Nicaragua*, la Cour dit: «Dans le cas de la légitime défense individuelle, ce droit ne peut être exercé que si l'Etat intéressé a été victime d'une agression armée.» (*Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique)*, C.I.J. Recueil 1986, fond, arrêt, p. 103, par. 195.) En l'espèce, il n'est nulle part affirmé dans l'arrêt que les Etats-Unis ont été victimes d'une «agression armée». Au contraire, la Cour indique clairement que les incidents dont les Etats-Unis font état

“do not seem to the Court to constitute an armed attack on the United States, of the kind that the Court, in the case concerning *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua*, qualified as a ‘most grave’ form of the use of force” (Judgment, para. 64).

On the basis of this finding the Court reached the conclusion that the United States use of force cannot be considered as an exercise of legitimate self-defence.

Yet the Court shied away from drawing the only available conclusion which logically flows from its finding that the United States use of force

“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 of America and the Islamic Republic of Iran, as interpreted in the light of international law on the use of force” (Judgment, para. 125 (1)).

1.2. In light of the above, it would have been advisable for the Court to be consistent with its 1986 Judgment by inserting in the reasoning on Article XX, paragraph 1 (*d*), a decisive and straightforward statement that defines the legal character of the United States use of armed force. The following three main elements should, in my view, have been included:

- (i) Pronounce that the use of force by the United States cannot be justified under Article XX of the 1955 Treaty, which the Court in fact did, though it did not follow up as in the *Nicaragua* case by referring to a breach of obligations by the United States under the Treaty, on the basis of a line of arguments which is not substantiated by fact or supported by a sound analysis of law.
- (ii) Pronounce in clear terms that the use of force by the United States was a breach of its obligations under customary international law not to use force in any form against another State.
- (iii) Find that such use of force by the United States violates Iran’s sovereignty.

There is, moreover, another aspect that was absent in the Judgment. The Court concluded in paragraph 72 that it “is unable to hold that the attacks on the Salman and Nasr platforms have been shown to have been justifiably made in response to an ‘armed attack’ on the United States by Iran” (Judgment, para. 72). The Court also noted that

“the attacks on the Salman and Nasr platforms were not an isolated operation, aimed simply at the oil installations, as had been the case with the attacks of 19 October 1987; they formed part of a much more extensive military action, designated ‘Operation Praying

«ne [lui] semblent pas ... constituer une agression armée contre les Etats-Unis comparable à ce qu'elle a qualifié, en l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, de forme d'emploi de la force parmi «les plus graves»» (arrêt, par. 64).

A la suite de quoi la Cour est parvenue à la conclusion que l'emploi de la force par les Etats-Unis ne saurait être considéré comme relevant de la légitime défense.

Pourtant, la Cour n'a pas osé tirer la seule conclusion découlant logiquement de la conclusion qu'elle énonce en disant que l'emploi de la force par les Etats-Unis

«ne saur[ait] être justifi[é] en tant que mesur[e] nécessair[e] à la protection des intérêts vitaux des Etats-Unis d'Amérique sur le plan de la sécurité en vertu de l'alinéa *d*) du paragraphe 1 de l'article XX du traité d'amitié, de commerce et de droits consulaires de 1955 entre les Etats-Unis d'Amérique et l'Iran, tel qu'interprété à la lumière du droit international relatif à l'emploi de la force» (arrêt, par. 125, point 1)).

1.2. Compte tenu de ce qui précède, la Cour eût été bien avisée de suivre dans la cohérence son arrêt de 1986 en motivant sa conclusion relative à l'alinéa *d*) du paragraphe 1 de l'article XX par une définition ferme et nette du caractère juridique de l'emploi de la force armée par les Etats-Unis. Il aurait fallu à mon sens faire état des trois éléments principaux ci-après :

- i) dire que l'emploi de la force par les Etats-Unis ne saurait se justifier par l'article XX du traité de 1955, ce que la Cour a fait d'ailleurs mais sans le compléter comme elle l'a fait dans l'affaire *Nicaragua* en tirant argument de la violation par les Etats-Unis des obligations que le traité leur imposait, la Cour se fondant ici sur des arguments non étayés par les faits ni par une analyse juridique solide ;
- ii) dire clairement que l'emploi de la force par les Etats-Unis violait l'obligation leur incombant au titre du droit international coutumier de ne recourir à l'emploi de la force sous aucune forme à l'encontre d'un autre Etat ;
- iii) enfin, dire que cet emploi de la force par les Etats-Unis revenait à violer la souveraineté de l'Iran.

Sous un autre aspect encore, il manque un élément à l'arrêt : la Cour a conclu au paragraphe 72 qu'elle «n'est pas en mesure de dire qu'il a été démontré que les attaques contre les plates-formes de Salman et de Nasr constituaient une riposte justifiée à une «agression armée» de l'Iran contre les Etats-Unis» (arrêt, par. 72). La Cour a également relevé que

«l'attaque menée contre les plates-formes de Salman et de Nasr ne constituait pas une action isolée visant simplement les installations pétrolières, ce qui avait été le cas des attaques du 19 octobre 1987. Elle s'inscrivait dans le cadre d'une opération militaire bien plus



Mantis', conducted by the United States against what it regarded as 'legitimate military targets'; armed force was used, and damage done to a number of targets, including the destruction of two Iranian frigates and other Iranian naval vessels and aircraft" (Judgment, para. 68).

If such use of force, as the Court held, was not exercised in self-defence then it would amount to armed reprisal. In point of fact, General George Crist flatly labelled the operation as "to degrade their ability to observe our forces, in effect, to put out their eyes", and stated in 1997 that his "goal was to further protect our forces by putting out more of the Iranian eyes" (*Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, Counter-Memorial and Counter-Claim of the United States of America, Annexes, Vol. II, Exhibit 44, p. 6, para. 11). Iran's Exhibit 69 contains a *Washington Post* report dated 20 October 1987 with the following sentence:

"[t]he attack, prompted when US forces spotted Iranians fleeing the facility, was described by a Defense Department spokesman as an unexpected 'target of opportunity' and had not been planned" (*Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, Memorial submitted by the Islamic Republic of Iran, Documentary Exhibits 41-90, Vol. III, 8 June 1993, Exhibit 69).

Iran, however, was at war with Iraq and not with the United States. As such, the United States military action against Iran must be considered as military reprisals. It will be recalled that the Court held in the 1986 *Nicaragua* Judgment that "States have a duty to refrain from acts of reprisal involving the use of force" (*Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, *Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986*, p. 101, para. 191).

The reference to the illegality of reprisals in international law should, in my view, have been addressed in the reasoning in an *obiter dictum*. A pronouncement by the highest world Court would have, no doubt, added authority to the illegality of such practice due to the existence of what Professor Derek Bowett termed, as far back as 1972, as the "credibility gap" which emerged "by reason of the divergence between norm and the actual practice of states" (D. Bowett, "Reprisals Involving Recourse to Armed Force", 66 *AJIL* 1 (1972)). The Court had already addressed the illegality of forcible self-help as far back as the *Corfu Channel* case in 1949 when it held that "to ensure respect for international law, of which it is an organ, the Court must declare that the action of the British Navy constituted a violation of Albanian sovereignty" (*Corfu Channel, Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1949*, p. 35). Profes-

vaste, appelée «Operation Praying Mantis» («mante religieuse»), menée par les Etats-Unis contre ce qu'ils estimaient être des «cibles militaires légitimes»; la force armée fut employée, et des dommages furent infligés à plusieurs cibles, avec notamment la destruction de deux frégates iraniennes ainsi que de plusieurs navires et aéronefs militaires iraniens» (arrêt, par. 68).

Si, comme la Cour le dit, cet emploi de la force ne répondait pas à la légitime défense, il s'agirait alors de représailles armées. En fait, d'ailleurs, le général George Crist a dit sans ambages de l'opération en question qu'elle visait «à gêner leurs moyens d'observation de nos forces, bref à leur enlever leurs yeux», et a dit en outre en 1997 qu'il avait pour «objectif d'assurer plus fermement la protection [des] forces [des Etats-Unis] en privant l'Iran d'un plus grand nombre de ses moyens d'observation» (*Plates-formes pétrolières (République islamique d'Iran c. Etats-Unis d'Amérique)*, contre-mémoire et demande reconventionnelle des Etats-Unis d'Amérique, annexes, vol. II, pièce 44, p. 6, par. 11). Dans sa pièce 69, l'Iran reproduit un compte rendu du *Washington Post* en date du 20 octobre 1987 qui contient la phrase ci-après :

«l'attaque, lancée quand les forces américaines ont vu des Iraniens s'enfuir de l'installation, a été décrite par un porte-parole du département de la défense comme une «cible opportune» inattendue et elle n'avait pas été planifiée» (*Plates-formes pétrolières (République islamique d'Iran c. Etats-Unis d'Amérique)*, mémoire de l'Iran, pièces documentaires 41-90, vol. III, 8 juin 1993, annexe 69).

Mais l'Iran était en guerre avec l'Iraq et non pas avec les Etats-Unis. C'est-à-dire que l'action militaire menée par les Etats-Unis à l'encontre de l'Iran doit être considérée comme correspondant à des représailles militaires. Il ne faut pas oublier que, dans l'arrêt *Nicaragua* rendu en 1986, la Cour dit: «Les Etats ont le devoir de s'abstenir d'actes de représailles impliquant l'emploi de la force.» (*Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique)*, fond, arrêt, *C.I.J. Recueil 1986*, p. 101, par. 191.)

C'est au moyen d'un *obiter dictum*, dans la motivation, qu'il aurait fallu, à mon sens, évoquer le caractère illicite des représailles en droit international. Un prononcé sur ce point de la part de l'institution judiciaire la plus éminente aurait incontestablement ajouté du poids au principe de l'illicéité de la pratique en question, illicéité due à l'existence de ce que le professeur Derek Bowett appelait dès 1972 le «manque de crédibilité» imputable à «la divergence entre la norme et la pratique des Etats» (D. Bowett, «Reprisals Involving Recourse to Armed Force», *American Journal of International Law*, vol. 66, n° 1, 1972). La Cour avait déjà affirmé dès 1949, dans l'affaire du *Détroit de Corfou*, qu'il était illicite de recourir de sa propre initiative à la force en disant qu'elle devait, «pour assurer l'intégrité du droit international dont elle est l'organe, constater la violation par l'action de la marine de guerre britan-

sor Sir Humphrey Waldock's analysis on this point is penetrating. He wrote that

“the Court thus drew a sharp distinction between forcible affirmation of legal rights against a threatened unlawful attempt to prevent their exercise and forcible self-help to obtain redress for rights already violated; the first it accepted as legitimate, the second it condemned as illegal. But although the legitimacy of affirming the exercise of a legal right was upheld, the scope of this ruling must not be exaggerated. It is very far from meaning that a State may resort to force whenever another State threatens to violate its rights; for in its second pronouncement the Court said with the utmost emphasis that respect for territorial sovereignty is an essential rule.” (Sir Humphrey Waldock, “States and the Law Governing Resort to Force”, *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, Vol. 106 (1962), p. 240.)

The *Oil Platforms* case presented the Court with an occasion to reaffirm, clarify, and, if possible develop, the law on the use of force in all its manifestations, so that the Court could continue to make “a tangible contribution to the development and clarification of the rules and principles of international law” (Judge Sir H. Lauterpacht, *The Development of International Law by the International Court of Justice*, reprinted edition, 1982, p. 5). The Court regrettably missed this opportunity. The Judgment refrained from exploring refinements and progressive development of the existing doctrine. Even an *obiter dictum* was not contemplated. The international community was entitled to expect that the International Court of Justice, on an issue as important as the prohibition of the use of force, would seize the opportunity to clarify and enhance the prohibition, and add probative value to the existing jurisprudence.

## II. THE SECOND FINDING ON ARTICLE X, PARAGRAPH 1

2.1. The 1996 Judgment confined the ground for jurisdiction for the Court to Article X, paragraph 1. The narrowness of this base influenced the approach to the case and tied the hands of the Court, and it restricted the general ambit of the present Judgment which led to the Court holding that it

“cannot however uphold the submission of Iran that those actions constitute a breach of the obligations of the United States of America under Article X, paragraph 1, of that Treaty, regarding freedom of commerce between the territories of the parties” (Judgment, para. 125 (1)).

nique de la souveraineté de l'Albanie» (*Détroit de Corfou, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1949*, p. 35). Sur ce point, l'analyse de sir Humphrey Waldock est très fine. Il a écrit ceci :

«la Cour a donc établi nettement une distinction entre l'affirmation par la force de droits dont on menace de chercher à empêcher dans l'illicéité l'exercice et le recours à la force de sa propre initiative qui vise à obtenir la réparation de violations déjà commises; le premier recours à la force est accepté comme légitime, le second est condamné comme illicite. Mais s'il est donc légitime de faire ainsi reconnaître l'exercice d'un droit, il ne faut pas exagérer la portée de cette décision. Cela ne veut absolument pas dire qu'un Etat peut recourir à la force chaque fois qu'un Etat tiers menace de violer ses droits; car, dans son deuxième prononcé, la Cour dit avec la plus grande fermeté que le respect de la souveraineté territoriale est une règle fondamentale.» (Sir Humphrey Waldock, «States and the Law Governing Resort to Force», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, vol. 106, 1962, p. 240.)

L'affaire des *Plates-formes pétrolières* donnait à la Cour l'occasion d'affirmer à nouveau, de préciser et de développer si possible le droit relatif à l'emploi de la force sous toutes ses manifestations, de sorte que la Cour puisse continuer à «aider concrètement à développer et préciser les règles et les principes du droit international» (sir H. Lauterpacht, ancien juge à la Cour, dans *The Development of International Law by the International Court of Justice*, nouvelle édition, 1982, p. 5). Malheureusement, la Cour n'a pas saisi cette occasion. Elle s'est abstenue dans le présent arrêt d'examiner comment la doctrine s'est affinée et progressivement développée. La Cour n'a pas même envisagé d'*obiter dictum*. La communauté internationale était en droit de compter que la Cour internationale de Justice, sur une question aussi importante que celle de l'interdiction de recourir à la force, saisisrait l'occasion d'éclaircir et de renforcer l'interdiction et d'ajouter valeur probante à la jurisprudence existante.

## II. LA SECONDE CONCLUSION FORMULÉE SUR LE PARAGRAPHE 1 DE L'ARTICLE X

2.1. L'arrêt de 1996 a limité au paragraphe 1 de l'article X du traité la base de compétence de la Cour. L'étroitesse de ces limites a exercé une influence sur l'approche à retenir pour examiner l'espèce et a lié les mains de la Cour, restreignant ainsi la portée générale de l'arrêt rendu aujourd'hui en vertu duquel la Cour dit

«qu'elle ne saurait cependant accueillir la conclusion de la République islamique d'Iran selon laquelle ces actions constituent une violation par les Etats-Unis d'Amérique des obligations que leur impose le paragraphe 1 de l'article X [du] traité, relatives à la liberté de commerce entre les territoires des parties» (arrêt, par. 125, point 1)).

The Court's reasoning for reaching this conclusion is, in my view, not supported by the available facts. This finding does not seem to me to be well founded, in fact or law, nor do I find it consistent with aspects of the 1996 conclusion, which are now considered as *res judicata*. The 1996 Judgment, it will be recalled, held that:

“The Treaty of 1955 imposes on each of the Parties various obligations on a variety of matters. Any action by one of the Parties that is incompatible with those obligations is unlawful, regardless of the means by which it is brought about. A violation of the rights of one party under the Treaty by means of the use of force is as unlawful as would be a violation by administrative decision or by any other means. Matters relating to the use of force are therefore not *per se* excluded from the reach of the Treaty of 1955. The arguments put forward on this point by the United States must therefore be rejected.” (*Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, *Preliminary Objection, Judgment, I.C.J. Reports 1996 (II)*, pp. 811-812, para. 21.)

“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.

The Court points out in this respect that the oil pumped from the platforms attacked in October 1987 passed from there by subsea line to the oil terminal on Lavan Island and that the Salman complex, object of the attack of April 1988, was also connected to the oil terminal on Lavan by subsea line.” (*Ibid.*, pp. 819-820, para. 50.)

It also held that:

“On the material now before the Court, it is indeed not able to determine if and to what extent the destruction of the Iranian oil platforms had an effect upon the export trade in Iranian oil; it notes nonetheless that their destruction was capable of having such an effect and, consequently, of having an adverse effect upon the freedom of commerce as guaranteed by Article X, paragraph 1, of the Treaty of 1955. It follows that its lawfulness can be evaluated in relation to that paragraph. The argument made on this point by the United States must be rejected.” (*Ibid.*, p. 820, para. 51.)

La motivation qui inspire à la Cour cette conclusion n'est pas à mon avis étayée par les faits établis. La constatation ne me paraît pas bien fondée ni en fait ni en droit, et je ne trouve pas non plus qu'elle soit compatible avec la conclusion formulée en 1996 sous certains de ses aspects, lesquels sont aujourd'hui considérés comme relevant de la *res judicata*. On sait que dans son arrêt de 1996 la Cour a dit ceci :

«Le traité de 1955 met à la charge de chacune des Parties des obligations diverses dans des domaines variés. Toute action de l'une des Parties incompatible avec ces obligations est illicite, quels que soient les moyens utilisés à cette fin. La violation, par l'emploi de la force, d'un droit qu'une partie tient du traité est tout aussi illicite que le serait sa violation par la voie d'une décision administrative ou par tout autre moyen. Les questions relatives à l'emploi de la force ne sont donc pas exclues en tant que telles du champ d'application du traité de 1955. L'argumentation exposée sur ce point par les Etats-Unis doit de ce fait être écartée.» (*Plates-formes pétrolières (République islamique d'Iran c. Etats-Unis d'Amérique)*, exception préliminaire, arrêt, C.I.J. Recueil 1996 (II), p. 811-812, par. 21.)

«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. Or, 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.

La Cour relèvera à ce sujet que le pétrole pompé à partir des plates-formes attaquées en octobre 1987 passait de ces plates-formes au terminal pétrolier de l'île de Lavan par le moyen d'un oléoduc sous-marin et que l'installation de Salman, qui a fait l'objet de l'attaque d'avril 1988, était aussi reliée au terminal pétrolier de Lavan par un oléoduc sous-marin.» (*Ibid.*, p. 819-820, par. 50.)

La Cour a dit en outre :

«En l'état actuel du dossier, la Cour n'est certes pas en mesure de déterminer si et dans quelle mesure la destruction des plates-formes pétrolières iraniennes a eu des conséquences sur l'exportation du pétrole iranien; elle n'en constate pas moins que cette destruction était susceptible d'avoir un tel effet et de porter par suite atteinte à la liberté de commerce telle que garantie par le paragraphe 1 de l'article X du traité de 1955. Sa licéité est dès lors susceptible d'être appréciée au regard de ce paragraphe. L'argumentation exposée sur ce point par les Etats-Unis doit être écartée.» (*Ibid.*, p. 820, par. 51.)

How did the Court reach this conclusion, which, in my view, contains an element of inconsistency with its previous Judgment? I read the analysis of the reasoning advanced to support the 2003 finding on this point as predicated on three unsound premises.

2.2. The first premise is that the October 1987 attack on the Reshadat and Resalat complexes did not impede the flow of oil because the platforms were out of commission as a result of Iraqi attack. This conclusion completely disregards the fact that the 1955 Treaty provides for an obligation not to impede freedom of commerce and commercial activities between the territories of the two parties in general. Thus whether a particular platform was or was not producing oil at a certain moment is irrelevant. Iran's territory was producing oil which reached the territory of the United States. A destruction of any single platform prejudices and impedes and restricts Iran's ability to export oil which, as the Court recognized in 1996, forms a vital part of its economy and constitutes an important component of its foreign trade.

The Court further noted that

“[i]t could reasonably be argued that, had the platforms not been attacked, some of the oil that they would have produced would have been included in the consignments processed in Western Europe so as to produce the petroleum products reaching the United States” (Judgment, para. 96).

The Court in 1996 adopted a comprehensive, all-encompassing definition of the expression “freedom of commerce”. The Court, by holding that any act which would impede that freedom is thereby prohibited, has made it clear that the Parties are under a legal obligation to protect the freedom of commerce and that impeding the freedom of commerce is a breach of the Treaty which engages the responsibility of that party.

In the *Oscar Chinn* case, the expression, “freedom of commerce”, was seen as contemplating not only the purchase and sale of goods but also “industry”. In the 1996 Judgment the Court held that

“it would be a natural interpretation of the word ‘commerce’ in Article X, paragraph 1, of the Treaty of 1955 that it includes commercial activities in general — and not merely the immediate act of purchase and sale, but also the ancillary activities integrally related to commerce” (*Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, *Preliminary Objection, Judgment, I.C.J. Reports 1996 (II)*, p. 819, para. 49).

The 1996 Judgment, which possesses the power of *res judicata*, cannot be reconciled with the 2003 findings on Article X, paragraph 1, in the Judgment.

Comment la Cour est-elle aujourd'hui amenée à conclure comme elle le fait, c'est-à-dire, à mon sens, en faisant montre d'une certaine incohérence par rapport à son précédent arrêt? Quand j'analyse la motivation par laquelle la Cour étaye sur ce point la conclusion de 2003, je constate que la Cour s'appuie sur trois hypothèses de départ fort peu solides.

2.2. La première de ces hypothèses est que l'attaque lancée en octobre 1987 contre les complexes de Reshadat et Resalat n'a pas fait obstacle au transport pétrolier parce que les plates-formes étaient hors d'état de fonctionner à la suite d'attaques iraniennes. Cette conclusion ne tient absolument pas compte du fait que le traité de 1955 impose l'obligation de ne pas faire obstacle à la liberté de commerce ni aux activités commerciales entre les territoires des deux parties en général. C'est-à-dire qu'il est sans pertinence de constater qu'à un certain moment une plate-forme donnée produit du pétrole ou n'en produit pas. Le territoire de l'Iran produisait du pétrole qui était transporté jusqu'au territoire des Etats-Unis. La destruction d'une seule et unique plate-forme porte atteinte à la faculté pour l'Iran d'exporter du pétrole, lui fait obstacle et limite cette capacité de l'Iran alors que, comme la Cour l'a reconnu en 1996, l'exportation de pétrole est un aspect vital de l'économie iranienne et un élément important du commerce extérieur de l'Iran.

La Cour dit en outre que

«[i]l pourrait être raisonnablement soutenu que, si les plates-formes n'avaient pas été attaquées, une partie du pétrole qu'elles auraient produit aurait été incluse dans les quantités de brut transformées en Europe occidentale en produits pétroliers exportés aux Etats-Unis» (arrêt, par. 96).

En 1996, la Cour avait adopté une définition exhaustive, générale, de l'expression «liberté de commerce». En disant que tout acte de nature à faire obstacle à cette liberté est interdit, la Cour a clairement établi que les Parties sont juridiquement tenues de protéger la liberté de commerce et que faire obstacle à cette liberté de commerce est une violation du traité qui engage la responsabilité de la partie auteur de ladite action.

Dans l'affaire *Oscar Chinn*, l'expression «liberté de commerce» a été entendue comme ne visant pas seulement des activités d'achat et de vente de biens mais encore «l'industrie». Dans son arrêt de 1996, la Cour a estimé que

«il serait naturel d'interpréter le mot «commerce» au paragraphe 1 de l'article X du traité de 1955 comme incluant des activités commerciales en général — non seulement les activités mêmes d'achat et de vente, mais également les activités accessoires qui sont intrinsèquement liées au commerce» (*Plates-formes pétrolières (République islamique d'Iran c. Etats-Unis d'Amérique), exception préliminaire, arrêt, C.I.J. Recueil 1996 (II)*, p. 819, par. 49).

Cet arrêt de 1996 qui a donc le caractère de *res judicata* ne concorde pas avec les conclusions formulées dans l'arrêt de 2003 sur le paragraphe 1 de l'article X du traité.



At the time of the first attack, export of oil to the United States was flowing as usual. Moreover, according to Iran, the Reshadat and Resalat complexes were scheduled to resume production on 24 October 1987. The Court somehow observes in paragraph 93 of the current Judgment that it “has no information whether, at the time of the attacks, the works were up to schedule” (Judgment, para. 93). Whether oil turbines were repaired or not before 29 October 1987, the date of the enactment of Executive Order 12613 and imposition of the embargo, is irrelevant.

What is relevant is that the October 1987 attack occurred at a time when oil, albeit from other platforms, was being exported to the United States. In paragraph 91, the Court notes that

“Iran has asserted, and the United States has not denied, that there was a market for Iranian crude oil directly imported into the United States up to the issuance of Executive Order 12613 of 29 October 1987. Thus Iranian oil exports did up to that time constitute the subject of ‘commerce between the territories of the High Contracting Parties’ within the meaning of Article X, paragraph 1, of the 1955 Treaty.” (Judgment, para. 91.)

This statement clearly recognizes that Article X, paragraph 1, was breached during the ten days between 19 October 1987, date of the first attack on the Reshadat and Resalat complexes, and 29 October 1987. This is an established incontrovertible fact. Whether oil was at that time produced or processed by the two platforms which were attacked or not is irrelevant. The fact remains that commerce in oil was going on during that period. I fail, with all due respect, to see where in the Treaty a distinction is drawn on the basis of what platforms produced the oil which is protected by its provisions. This point has been accepted by the Court in paragraph 82 where it observes that “it is oil exports from Iran to the United States that are relevant to the case, not such exports in general” (Judgment, para. 82).

It should be reiterated in this context that the freedom of commerce which is protected under the Treaty is not confined to commerce between the three platforms and the United States, it is between Iran as a whole and the United States. As counsel for Iran remarked:

“in destroying the platforms, the United States prejudiced Iran’s freedom to organize its commerce as it wished from its own territory: whether from the platforms (or not), whether to reduce production elsewhere and increase it on the platforms” (CR 2003/15, p. 7, para. 21).

2.3. The second premise is that, once the embargo was imposed upon the adoption of Executive Order 12613 on 29 October 1987, the legal

A l'époque où a été lancée la première attaque, l'exportation de pétrole à destination des Etats-Unis était assurée comme d'habitude. En outre, d'après ce que dit l'Iran, il était prévu que les complexes de Reshadat et Resalat reprendraient la production pétrolière le 24 octobre 1987. Au paragraphe 93 de l'arrêt, la Cour dit qu'elle «ne dispose d'aucun élément d'information quant à la question de savoir si, au moment des attaques, le calendrier des travaux était respecté» (arrêt, par. 93). Il est sans pertinence de savoir si les turbines étaient ou non réparées avant le 29 octobre 1987, qui est la date à laquelle l'*Executive Order* 12613 a été promulgué et l'embargo a été imposé.

Ce qui est pertinent c'est que l'attaque d'octobre 1987 a eu lieu à un moment où, même si l'opération était menée à partir d'autres plates-formes, il était exporté du pétrole à destination des Etats-Unis. Au paragraphe 91, la Cour note :

«L'Iran affirme — et les Etats-Unis ne le contestent pas — qu'il existait un marché pour le brut iranien importé directement aux Etats-Unis jusqu'à l'adoption de l'*Executive Order* 12613 du 29 octobre 1987. Les exportations de pétrole iranien jusqu'à cette époque constituaient donc un «commerce ... entre les territoires des deux Hautes Parties contractantes» au sens du paragraphe 1 de l'article X du traité de 1955.» (Arrêt, par. 91.)

Il est clairement admis, par conséquent, que le paragraphe 1 de l'article X a été violé au cours des dix jours s'écoulant entre le 19 octobre 1987, date de la première attaque lancée contre les complexes de Reshadat et Resalat, et le 29 octobre 1987. C'est là un fait établi désormais incontournable. Il est sans pertinence de chercher à savoir si, à ce moment-là, les deux plates-formes procédaient ou non à des opérations de production ou de transformation du pétrole. Le fait demeure qu'il y avait toujours pendant cette période commerce de pétrole. Malgré tout le respect que je dois à la Cour, je ne vois pas qu'il soit opéré de distinction dans le traité en fonction des plates-formes qui produisent le pétrole protégé par les dispositions dudit traité. La Cour a du reste accepté cette idée au paragraphe 82 quand elle dit «que ce sont les exportations de pétrole de l'Iran vers les Etats-Unis qui sont pertinentes en l'espèce, et non les exportations de pétrole iranien en général» (arrêt, par. 82).

Et il convient de rappeler ici que la liberté de commerce protégée par le traité ne se limite pas au commerce entre les trois plates-formes et les Etats-Unis, il s'agit du commerce entre l'Iran tout entier et les Etats-Unis. Comme l'a fait observer le conseil de l'Iran :

«en détruisant les plates-formes, [les Etats-Unis] ont porté atteinte à la liberté de l'Iran d'organiser son commerce comme il l'entendait depuis son territoire: depuis les plates-formes (ou non), de diminuer la production ailleurs pour l'accroître sur les plates-formes, etc.» (CR 2003/15, p. 49, par. 21).

2.3. La deuxième prémisse sur laquelle la Cour s'appuie est que, une fois l'embargo imposé à la suite de l'adoption de l'*Executive*

situation was altered as a result of the termination of oil importation from Iran. In point of fact, oil importation from Iran was never interrupted. It was only confined to the parameters allowed by the provisions of the Executive Order. Thus commerce between the territories of the two Parties did not come to a complete stop. The Court acknowledged this fact when it noted that

“The Court sees no reason to question the view that, over the period during which the United States embargo was in effect, petroleum products were reaching the United States, in considerable quantities, that were derived in part from Iranian crude oil. Executive Order 12613 contained an exception (Section 2 (b)) whereby the embargo was not to apply to ‘petroleum products refined from Iranian crude oil in a third country’. It could reasonably be argued that, had the platforms not been attacked, some of the oil that they would have produced would have been included in the consignments processed in Western Europe so as to produce the petroleum products reaching the United States.” (Judgment, para. 96.)

The fact of the matter is that prior to the embargo, commerce in oil between the territories of the Parties proceeded as usual. After the imposition of the embargo, only *direct* exportation of oil to the United States was apparently halted. It was worthy of note in the latter case that Iran’s economy benefited from an increase in demand for crude oil in Western European markets and that this corresponded to increased spending by United States importers of oil from Western Europe. Thus a flow of Iranian oil to the United States, albeit through third countries, and a corresponding flow of capital which ultimately reached Iran took place and was fully authorized by Article 2 (c) of the Executive Order.

In the *Nicaragua* case, the Court resolved that “the United States of America, . . . by declaring a *general* embargo on trade with Nicaragua . . . has acted in breach of its obligations under . . . the Treaty” (*Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, *Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986*, p. 148, para. 292 (11); emphasis added). Iran however, as the Court has rightly noted, “has chosen not to put formally in issue” (Judgment, para. 94) the imposition of the embargo. The legality of the embargo was not pleaded by the Parties. It must therefore, for the purposes of the Judgment, be considered moot. The Court consequently declared that it is concerned only with the “practical effects of the embargo” (Judgment, para. 94). The first practical effect should be to recognize that Executive Order No. 12613, dated 29 October 1987, did not terminate all the importation of Iranian oil to the United States: 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” (*Oil Plat-*

*Order* 12613, le 29 octobre 1987, la situation s'est modifiée en droit parce qu'il était mis fin aux importations de pétrole en provenance d'Iran. Or, en réalité, les importations de pétrole en provenance d'Iran n'ont jamais cessé. Elles ont simplement été limitées aux paramètres autorisés par les dispositions de l'*Executive Order*. Le commerce entre les territoires des deux Parties n'a donc jamais cessé complètement. La Cour reconnaît le fait quand elle dit ceci :

«La Cour ne voit aucune raison de douter que, au cours de la période durant laquelle l'embargo des Etats-Unis était en vigueur, des produits pétroliers dérivés en partie de pétrole brut iranien soient parvenus aux Etats-Unis en très grandes quantités. L'*Executive Order* 12613 comportait une exception (section 2 b)) selon laquelle l'embargo ne devait pas s'appliquer aux «produits pétroliers raffinés à partir de brut iranien dans un pays tiers». Il pourrait être raisonnablement soutenu que, si les plates-formes n'avaient pas été attaquées, une partie du pétrole qu'elles auraient produit aurait été incluse dans les quantités de brut transformées en Europe occidentale en produits pétroliers exportés aux Etats-Unis.» (Arrêt, par. 96.)

Le fait à retenir est que, avant l'embargo, le commerce de pétrole entre les territoires des Parties continuait d'être pratiqué comme d'habitude. Une fois l'embargo en vigueur, seules ont été apparemment interrompues les exportations *directes* de pétrole à destination des Etats-Unis. Mais il convient de noter à ce sujet que l'économie iranienne a bénéficié d'une augmentation de la demande de brut sur les marchés d'Europe occidentale et que cette augmentation correspondait à des achats accrus de pétrole d'Europe occidentale par les importateurs des Etats-Unis. Dans ces conditions, il entraînait bien du pétrole iranien aux Etats-Unis, mais il y était importé par l'intermédiaire de pays tiers, contre des capitaux américains qui parvenaient finalement, eux aussi, à destination, en Iran, comme l'autorisait pleinement l'article 2 c) de l'*Executive Order*.

Dans l'affaire *Nicaragua*, la Cour a décidé que «les Etats-Unis d'Amérique ... par l'embargo *général* sur le commerce avec le Nicaragua ... ont violé leurs obligations découlant ... du traité» (*Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique)*, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1986, p. 148, par. 292, point 11); les italiques sont de moi). Mais l'Iran, comme la Cour l'a fort justement noté, «a choisi de ne pas soulever formellement» (arrêt, par. 94) la question de l'imposition de l'embargo. Les Parties n'ont donc pas plaidé la licéité de l'embargo. Aux fins de l'arrêt, il faut donc considérer que l'embargo n'a pas d'intérêt en soi et la Cour a donc déclaré qu'elle ne s'occupait ici que des «effets pratiques de l'embargo» (arrêt, par. 94). Et le premier de ces effets pratiques qu'il convient de reconnaître doit être que l'*Executive Order* 12613 en date du 29 octobre 1987 n'a pas mis fin à la totalité des importations de pétrole iranien aux Etats-Unis: il est dit à la section 2 b) du décret en question: «L'interdiction prévue à la section 1 ne s'applique pas: ... b) aux produits pétroliers raffinés

*forms (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, Counter-Memorial and Counter-Claim of the United States, Vol. V, Exhibit 138).

Thus it is clear that only *direct* import of *Iranian* oil was prohibited following the imposition of the embargo on 29 October 1987. Petroleum products refined in a third country from Iranian crude oil continued to be imported legally in the United States. In this context it is relevant to take note of the phrase “Iranian crude oil” which demonstrates quite clearly that the Executive Order endorses the view that a refined *product* in a third country could still be traced, identified, and continue to retain its certificate of origin as “*Iranian*”. In paragraph 96 of the current Judgment, the Court also endorses this view by saying that it

“sees no reason to question the view that, over the period during which the United States embargo was in effect, petroleum products were reaching the United States, in considerable quantities, that were derived in part from Iranian crude oil” (Judgment, para. 96).

It will be recalled, in this context, that the United States expressed the view that oil imported from third countries cannot be identified as Iranian oil. The United States insisted that due to several chemical operations the original identity is altered. The United States contends that

“[t]he crude oil underwent an even greater transformation in Europe, first being mixed with crude oil from other sources . . . and then being refined into oil products, such as fuel oil . . . At that point, the refined oil products, such as fuel oil, were capable of another sale, either for consumption in Europe or for export to other countries, including possibly the United States . . .” (CR 2003/11, pp. 46-47, para. 15.50.)

The embargo, as drafted in Executive Order 12613, provides the answer. Whatever chemical transformation occurs in third countries, the imported petroleum products are considered Iranian by the explicit wording of the Executive Order. The logical conclusion to be drawn is that the importation of Iranian crude oil through third countries was not illegal. Hence it was feasible. Executive Order 12613 allows the indirect importation of Iranian crude oil. It follows that commerce continued and did not stop after the imposition of the embargo.

The Court however asserts that

“Whether, according to international trade law criteria, such as the ‘substantial transformation’ principle, or the ‘value added approach’, the final product could still retain for some purposes an Iranian character, is not the question before the Court”;

à partir de brut iranien dans un pays tiers.» (*Plates-formes pétrolières (République islamique d'Iran c. Etats-Unis d'Amérique)*, contre-mémoire et demande reconventionnelle des Etats-Unis, vol. V, annexe 138.)

Il est donc clair que seules les importations *directes* de pétrole *iranien* furent interdites à la suite de l'imposition de l'embargo le 29 octobre 1987. Les Etats-Unis ont continué d'importer légalement des produits pétroliers raffinés dans un pays tiers à partir de brut iranien. Dans ce contexte, il est pertinent de prendre note de l'expression «brut iranien» qui montre très clairement que, selon l'*Executive Order*, il est admis qu'il est toujours possible de remonter jusqu'à l'origine d'un *produit* raffiné dans un pays tiers, de l'identifier, et que ce produit conserve son certificat d'origine qui le qualifie d'«iranien». Au paragraphe 96 de son arrêt en l'espèce, la Cour adopte elle aussi ce point de vue en disant qu'elle

«ne voit aucune raison de douter que, au cours de la période durant laquelle l'embargo des Etats-Unis était en vigueur, des produits pétroliers dérivés en partie de pétrole brut iranien soient parvenus aux Etats-Unis en très grandes quantités» (arrêt, par. 96).

On sait qu'à ce propos les Etats-Unis ont dit qu'à leur avis le pétrole importé de pays tiers ne peut pas être identifié comme du pétrole iranien. Les Etats-Unis insistent sur le fait que, en raison de plusieurs opérations chimiques, l'identité initiale est modifiée. Les Etats-Unis soutiennent ceci:

«le pétrole brut subissait ensuite une transformation encore plus poussée en Europe, où il était d'abord mélangé à du brut d'autres provenances ... puis raffiné en produits pétroliers, dont le fioul... A ce stade, les produits pétroliers raffinés comme le fioul pouvaient à leur tour être vendus, soit pour consommation en Europe soit pour exportation vers d'autres pays, y compris peut-être les Etats-Unis...» (CR 2003/11, p. 46-47, par. 15.50.)

C'est l'embargo tel qu'il est défini dans l'*Executive Order* 12613 qui fournit la réponse. Quelle que soit la transformation chimique qui a lieu dans les pays tiers, les produits pétroliers importés sont considérés comme iraniens d'après le texte de l'*Executive Order* qui est explicite à ce sujet. La conclusion logique à en tirer est que l'importation de produits bruts iraniens par l'intermédiaire de pays tiers n'était pas illicite. Elle était donc réalisable. L'*Executive Order* 12613 autorise l'importation indirecte de pétrole brut iranien. C'est-à-dire que le commerce s'est poursuivi et n'a pas pris fin une fois l'embargo en vigueur.

La Cour affirme pourtant ceci:

«La question de savoir si, d'après les critères du droit commercial international, tels celui de la «transformation substantielle» ou celui de la «valeur ajoutée», le produit final pouvait conserver à certaines fins un caractère iranien n'est pas la question que la Cour a à trancher.»

and that

“What the Court has to determine is not whether something that could be designated ‘Iranian’ oil entered the United States, in some form, during the currency of the embargo; it is whether there was ‘commerce’ in oil between the territories of Iran and the United States during that time, within the meaning given to that term in the 1955 Treaty.” (Judgment, para. 96.)

2.4. The third premise is that the 1955 Treaty covers only *direct* commerce between the territories of the United States and Iran. Indirect commerce is considered by the Judgment as excluded from the protection offered by the Treaty provisions. This rationale, in my view, is not well founded in law in the context contemplated by the Treaty. Nowhere in the Treaty is there a reference that its provisions apply to direct commerce.

The Treaty, moreover, has settled any interpretative speculation about direct and indirect commerce by providing for a most favoured nation clause to cover products of the one party whether they reach the territory of the other party directly or indirectly. Article VIII provides that:

“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 accorded like products of or destined for exportation to any third country, in all matters relating to: (a) duties, other charges, regulations and formalities, on or in connection with importation and exportation and (b) internal taxation, sale, distribution, storage and use. The same rule shall apply with respect to the international transfer of payments for imports and exports.” (*Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, Documentary Exhibits submitted by the United States of America, Vol. I, Exhibit 1, Treaty of Amity, Economic Relations, and Consular Rights of 1955 between the United States and Iran.)

It is clear that Article VIII extends the most favoured nation clause to products “from whatever place and by whatever type of carrier arriving” “in all matters relating to: (a) . . . regulations and formalities, on or in connection with importation and exportation”. This “exemption” in my view matches the exception referred to above in Executive Order 12613. They both cater for the treatment of indirect commerce.

Et elle dit encore :

«Ce que la Cour doit déterminer, ce n'est pas de savoir si un produit donné qui pouvait être désigné comme du pétrole «iranien» a pénétré aux Etats-Unis d'une manière ou d'une autre pendant la durée de l'embargo, mais s'il existait un «commerce» de pétrole entre les territoires de l'Iran et des Etats-Unis pendant cette période — au sens donné à ce terme dans le traité de 1955.» (Arrêt, par. 96.)

2.4. La troisième hypothèse de départ est pour la Cour que le traité de 1955 porte exclusivement sur le commerce *direct* entre les territoires des Etats-Unis et de l'Iran. Le commerce direct est considéré dans l'arrêt comme exclu de la protection assurée par les dispositions du traité. Ce raisonnement à mon sens n'est pas bien fondé en droit dans le cadre des activités qu'envisage le traité. Il n'est dit nulle part dans ce traité que ses dispositions s'appliquent au commerce direct.

En outre, le traité prévient toute spéculation abusive sur le commerce direct et indirect dans l'interprétation de ses dispositions en protégeant par une clause de la nation la plus favorisée les produits de chacune des parties, que ceux-ci atteignent le territoire de l'autre partie directement ou indirectement. L'article VIII du traité dispose en effet :

«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 Haute Partie contractante, quels que soient l'itinéraire et le mode de transport utilisés, un traitement non moins favorable que celui qui est accordé aux produits similaires provenant de tout pays tiers ou destinés à l'exportation vers tout pays tiers, pour toutes les questions qui ont trait : *a)* aux droits de douane et autres taxes ainsi qu'aux règles et formalités applicables en matière d'importation et d'exportation; et *b)* à la fiscalité, la vente, la distribution, l'entreposage et l'utilisation desdits produits sur le plan national. La même règle s'appliquera au transfert international des sommes versées en paiement des importations ou des exportations.» (*Plates-formes pétrolières (République islamique d'Iran c. Etats-Unis d'Amérique)*, pièces documentaires soumises par les Etats-Unis d'Amérique, vol. I, pièce 1, traité d'amitié, de commerce et de droits consulaires de 1955 entre les Etats-Unis d'Amérique et l'Iran.)

Il est clair que ledit article VIII étend le bénéfice de la clause de la nation la plus favorisée aux produits «de toutes provenances et indépendamment du mode de transport utilisé» «pour toutes les questions qui ont trait *a)* aux règles et formalités applicables en matière d'importation et d'exportation». Cette «exemption», à mon sens, correspond à l'exception visée plus haut qui figure dans l'*Executive Order* 12613. Il s'agit dans l'un comme dans l'autre cas de prendre en considération le commerce indirect.



It is submitted that the interpretation of Article X, paragraph 1, in light and in the context of Article VIII, strongly supports a broad reading of the word “commerce” which encompasses “indirect commerce”. The Court held in the *Libya v. Chad* case that

“a treaty must be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning given to its terms in their context and in the light of its object and purpose. Interpretation must be based above all upon the text of the Treaty.” (*Territorial Dispute (Libyan Arab Jamahiriya v. Chad)*, *Judgment*, *I.C.J. Reports 1994*, pp. 21-22, para. 41.)

The 1955 Treaty extends protection to products “*from whatever place and by whatever carrier*”. The text is quite clear. From whatever place by definition covers crude oil reaching the United States indirectly through third countries. The 1955 Treaty is a special and privileged type of FCN. The correct interpretation of the general coverage of Article VIII must therefore be construed as extending protection to indirect commerce. Article 31 of the Vienna Convention on the Law of Treaties stipulates that “A treaty shall be interpreted 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.” Any other interpretation would lead to what the Vienna Convention on the Law of Treaties termed as “a result which is manifestly absurd or unreasonable” (Article 32 (b) of the Vienna Convention on the Law of Treaties).

Article X, paragraph 1, protected Iran’s “freedom of commerce”. Consequently Iran’s choice to decide what oil will be used for local consumption and what oil will be destined for export is protected by the treaty provisions. In 1996 the Court was indeed careful and avoided trespassing into the merits of the case. It therefore confined its finding to stating that “on the material now before the Court, it is indeed not able to determine if and to what extent the destruction of the Iranian oil platforms had an effect upon the export trade in Iranian oil”.

However, it did hasten to add that

“it notes nonetheless that their destruction was capable of having such an effect and, consequently, of having an adverse effect upon the freedom of commerce as guaranteed by Article X, paragraph 1, of the Treaty of 1955” (*Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, *Preliminary Objection, Judgment*, *I.C.J. Reports 1996 (II)*, p. 820, para. 51).

The Court should have been, at the merits phase, consistent with its 1996 Judgment by recognizing that the freedom of commerce had been breached.

Interpréter le paragraphe 1 de l'article X compte tenu de l'article VIII du traité et dans ce contexte-là permet très nettement d'entendre le terme «commerce» en un sens large qui s'étend au «commerce indirect». Dans l'affaire *Libye c. Tchad*, la Cour a dit que

«un traité doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer à ses termes dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but. L'interprétation doit être fondée avant tout sur le texte du traité lui-même.» (*Différend territorial (Jamahiriya arabe libyenne c. Tchad)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 1994*, p. 21-22, par. 41.)

Or, le traité de 1955 étend la protection aux produits de chaque partie «quelle qu'en soit la provenance et indépendamment du mode de transport utilisé» : ce texte est très clair. Par définition, les mots «quelle qu'en soit la provenance» couvrent le pétrole brut qui entre aux Etats-Unis indirectement en passant par des pays tiers. Le traité de 1955 est un traité d'amitié, de commerce et de navigation d'un type particulier et protégé. Pour interpréter correctement la portée de l'article VIII sur un plan général, il faut donc l'interpréter comme étendant la protection dont il s'agit au commerce indirect. L'article 31 de la convention de Vienne sur le droit des traités dispose: «Un traité doit être interprété 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.» Toute autre interprétation produirait ce que la convention de Vienne sur le droit des traités qualifie de «résultat ... manifestement absurde ou déraisonnable» (article 32 *b*) de la convention de Vienne sur le droit des traités).

La disposition énoncée au paragraphe 1 de l'article X du traité protégeait la «liberté de commerce» de l'Iran. Par suite, les dispositions du traité protégeaient le choix que faisait l'Iran en décidant du pétrole qui servirait à la consommation locale et du pétrole qui serait destiné à l'exportation. En 1996, la Cour a pris grand soin d'éviter d'aborder l'examen au fond. Elle s'est donc contentée de conclure que, «[e]n l'état actuel du dossier, la Cour n'[était] certes pas en mesure de déterminer si et dans quelle mesure la destruction des plates-formes pétrolières iraniennes a eu des conséquences sur l'exportation du pétrole iranien».

Toutefois, la Cour a ajouté aussitôt:

«elle n'en constate pas moins que cette destruction était susceptible d'avoir un tel effet et de porter par suite atteinte à la liberté de commerce telle que garantie par le paragraphe 1 de l'article X du traité de 1955» (*Plates-formes pétrolières (République islamique d'Iran c. Etats-Unis d'Amérique)*, exception préliminaire, arrêt, *C.I.J. Recueil 1996 (II)*, p. 820, par. 51).

Au stade du fond, la Cour aurait dû témoigner de cohérence et, dans la logique de l'arrêt de 1996, reconnaître qu'il y avait eu violation de la liberté de commerce.

## III. ASPECTS OF JURISDICTION

The 1996 Judgment anchored the jurisdiction of the Court on very narrow ground, namely “to entertain the claims made by the Islamic Republic of Iran under Article X, paragraph 1, of that Treaty” (*Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America), Preliminary Objection, Judgment, I.C.J. Reports 1996 (II)*, p. 821, para. 55 (2)). Claims under I and IV of the 1955 Treaty were rejected. The Court, however, made quite clear in the 1996 Judgment that

“the objective of peace and friendship proclaimed in Article I of the Treaty of 1955 is such as to throw light on the interpretation of the other Treaty provisions, and in particular of Articles IV and X. Article I is thus not without legal significance for such an interpretation, but cannot, taken in isolation, be a basis for the jurisdiction of the Court.” (*Ibid.*, p. 815, para. 31.)

Two points regarding the jurisdiction of the Court in this case need to be addressed. The first relating to the selection of the approach. In other words, whether to start with Article XX or Article X. The second is whether it was proper to address the legal consequences of the use of force as the Court deemed fit to do in the *Nicaragua* case.

3.1. With respect to the first point, it is appropriate to express my full support for the road map followed by the Court in choosing to start by the consideration of Article XX, paragraph 1 (*d*). The case as already pointed out revolves around the legality of the use of force by the United States against the Iranian oil platforms. The Court’s decision to follow that path was an instance of its “freedom to select the ground upon which it will base its judgment” (*Application of the Convention of 1902 Governing the Guardianship of Infants, Judgment, I.C.J. Reports 1958*, p. 62). The Court further noted that “In the present case, it appears to the Court that there are particular considerations militating in favour of an examination of the application of Article XX, paragraph 1 (*d*), before turning to Article X, paragraph 1” (Judgment, para. 37).

3.2. As for the second point, it is a fact that the jurisdiction of the Court in this case differs from the Court’s jurisdiction in the *Nicaragua* case mainly because the United States withdrew its acceptance of the compulsory jurisdiction of the Court by a declaration in 1984. Yet notwithstanding the narrow scope of its jurisdiction in this case, the reasoning in the Judgment follows the *Nicaragua* methodology. Several paragraphs more or less emulate *Nicaragua*, such as:

“This approach is consistent with the view that, when Article XX, paragraph 1 (*d*), is invoked to justify actions involving the use of

## III. CERTAINS ASPECTS DE LA COMPÉTENCE

Dans son arrêt de 1996, la Cour s'est reconnu une base de compétence extrêmement étroite «pour connaître des demandes formulées par la République islamique d'Iran au titre du paragraphe 1 de l'article X dudit traité [de 1955]» (*Plates-formes pétrolières (République islamique d'Iran c. Etats-Unis d'Amérique)*, exception préliminaire, arrêt, C.I.J. Recueil 1996 (II), p. 821, par. 55, point 2)). Les demandes formulées au titre des articles premier et IV du traité de 1955 ont été rejetées. La Cour a toutefois bien précisé dans l'arrêt de 1996 que

«l'objectif de paix et d'amitié proclamé à l'article premier du traité de 1955 est de nature à éclairer l'interprétation des autres dispositions du traité, et notamment celles des articles IV et X. L'article premier n'est ainsi pas sans portée juridique pour une telle interprétation, mais il ne saurait, pris isolément, fonder la compétence de la Cour.» (*Ibid.*, p. 815, par. 31.)

Il convient d'examiner deux points relatifs à la compétence de la Cour en l'espèce. Le premier porte sur le choix méthodologique à retenir. Autrement dit, il s'agit de savoir s'il faut commencer par l'article XX ou par l'article X du traité. Le second point est de savoir si la Cour était fondée à examiner les conséquences juridiques de l'emploi de la force comme la Cour a jugé bon de les examiner dans l'affaire *Nicaragua*.

3.1. S'agissant du premier point, je dois dire que j'adhère sans réserve au choix opéré par la Cour quand elle a décidé d'examiner en premier l'alinéa *d)* du paragraphe 1 de l'article XX. Comme nous l'avons déjà dit, l'affaire porte sur la licéité de l'emploi de la force par les Etats-Unis à l'encontre des plates-formes pétrolières iraniennes. En décidant de s'engager dans cette voie-là, la Cour faisait application du principe suivant lequel elle «reste libre dans le choix des motifs sur lesquels elle fondera son arrêt» (*Application de la convention de 1902 pour régler la tutelle des mineurs*, arrêt, C.I.J. Recueil 1958, p. 62). La Cour a noté en outre que, «[e]n la présente espèce, [elle] est d'avis 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).

3.2. S'agissant du second point, c'est un fait que la compétence de la Cour en la présente espèce n'est pas celle que la Cour avait dans l'affaire *Nicaragua*, essentiellement parce que les Etats-Unis ont publié en 1984 une déclaration par laquelle ils revenaient sur leur acceptation de la compétence obligatoire de la Cour. Il n'empêche que, malgré l'étroitesse de sa compétence en la présente espèce, la motivation de l'arrêt rendu aujourd'hui s'inspire de la méthodologie adoptée dans l'affaire *Nicaragua*. Plusieurs paragraphes s'inspirent plus ou moins de cette affaire *Nicaragua*, par exemple :

«Cette approche concorde avec le point de vue selon lequel, lorsque l'alinéa *d)* du paragraphe 1 de l'article XX est invoqué pour

armed force, allegedly in self-defence, the interpretation and application of that Article will necessarily entail an assessment of the conditions of legitimate self-defence under international law.” (Judgment, para. 40.)

The Court also rightly observed in paragraph 41 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. Moreover, under the general rules of treaty interpretation, as reflected in the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties, interpretation must take into account ‘any relevant rules of international law applicable in the relations between the parties’ (Art. 31, para. 3 (*c*)). The Court cannot accept that Article XX, paragraph 1 (*d*), of the 1955 Treaty was intended to operate wholly independently of the relevant rules of international law on the use of force, so as to be capable of being successfully invoked, even in the limited context of a claim for breach of the Treaty, in relation to an unlawful use of force. The application of the relevant rules of international law relating to this question thus forms an integral part of the task of interpretation entrusted to the Court by Article XXI, paragraph 2, of the 1955 Treaty.” (Judgment, para. 41.)

3.3. More significantly, the Court while holding that it “is always conscious that it has jurisdiction only so far as conferred by the consent of the parties” (Judgment, para. 41), rightly concluded that

“its jurisdiction under Article XXI, paragraph 2, of the 1955 Treaty to decide any question of interpretation or application of (*inter alia*) Article XX, paragraph 1 (*d*), of that Treaty *extends, where appropriate, to the determination whether action alleged to be justified under that paragraph was or was not an unlawful use of force, by reference to international law applicable to this question, that is to say, the provisions of the Charter of the United Nations and customary international law*” (Judgment, para. 42; emphasis added).

This conclusion constituted an express recognition that the “United Nations criteria” apply. This was, however, not adequately spelled out and reflected in the operative part as the Court opted for an incomplete finding. A reader of the Judgment would notice a conceptual legal gap between the reasoning and the *dispositif*. A comprehensive judicial pronouncement of an exhaustive nature on a grave matter like the use of force should have been included to reaffirm the law. The Court would have been well advised to follow the adage of Judge Sir Hersch Lauter-

justifier que soient prises, au nom de la légitime défense, des mesures impliquant un recours à la force armée, l'interprétation et l'application de cet article supposent nécessairement une appréciation des conditions d'exercice de la légitime défense au regard du droit international.» (Arrêt, par. 40.)

La Cour fait également observer fort justement au paragraphe 41 :

«Une 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. En outre, conformément aux règles générales d'interprétation des traités telles qu'elles ont trouvé leur expression dans la convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités, l'interprétation doit tenir compte «de toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les parties» (alinéa *c*) du paragraphe 3 de l'article 31). La Cour ne saurait admettre que l'alinéa *d*) du paragraphe 1 de l'article XX du traité de 1955 ait été conçu comme devant s'appliquer de manière totalement indépendante des règles pertinentes du droit international relatif à l'emploi de la force, de sorte qu'il puisse être utilement invoqué, y compris dans le cadre limité d'une réclamation fondée sur une violation du traité, en cas d'emploi illicite de la force. L'application des règles pertinentes du droit international relatif à cette question fait donc partie intégrante de la tâche d'interprétation confiée à la Cour par le paragraphe 2 de l'article XXI du traité de 1955.» (Arrêt, par. 41.)

3.3. Point plus important encore, la Cour, tout en disant «demeur[er] consciente qu'elle n'a que la compétence que lui confère le consentement des parties» (arrêt, par. 42), conclut très justement que

«la compétence que lui confère le paragraphe 2 de l'article XXI du traité de 1955 pour régler toute question concernant l'interprétation ou l'application de — notamment — l'alinéa *d*) du paragraphe 1 de l'article XX de ce traité *l'autorise aussi, en tant que de besoin, à déterminer si une action présentée comme justifiée par ce paragraphe constituait ou non un recours illicite à la force au regard du droit international applicable en la matière, à savoir les dispositions de la Charte des Nations Unies et du droit international coutumier*» (arrêt, par. 42; les italiques sont de moi).

Cette conclusion revient à reconnaître expressément que les «critères des Nations Unies» s'appliquent. Mais cela n'est toutefois pas suffisamment précisé ni dit clairement dans le dispositif car la Cour a opté pour une conclusion incomplète. Le lecteur de l'arrêt ne peut que constater une solution de continuité juridique sur le plan théorique entre la motivation et le *dispositif*. La Cour aurait dû se prononcer dans le détail, de façon exhaustive, sur la grave question de l'emploi de la force afin de réaffirmer le droit. Elle aurait été bien inspirée de suivre l'adage formulé par l'ancien

pacht when he wrote that "there are compelling considerations of international justice and of development of international law which favour a full measure of exhaustiveness of judicial pronouncements" (Sir Hersch Lauterpacht, *The Development of International Law by the International Court*, reprinted edition, 1982, p. 37).

For the aforementioned reasons I was unable to vote with the majority. Hence my negative vote.

(Signed) Nabil ELARABY.

---

juge sir Hersch Lauterpacht quand il écrivit que «de puissantes considérations — tenant à la justice internationale et au développement du droit international — militent en faveur du caractère entièrement exhaustif des prises de position judiciaires» (sir Hersch Lauterpacht, *The Development of International Law by the International Court*, nouvelle édition, 1982, p. 37).

Pour les motifs ci-dessus, je n'ai pas pu voter avec la majorité. J'ai donc voté contre l'arrêt.

(Signé) Nabil ELARABY.

---