

SEPARATE OPINION OF JUDGE OWADA

Court to proceed first with the examination of Article X, paragraph 1, prior to Article XX, paragraph 1 (d) — Freedom of the Court to choose grounds for its decision not to apply because of the special relationship between Article X, paragraph 1, and Article XX, paragraph 1 (d) — Character of the Treaty relevant for the interpretation of Article X, paragraph 1 — Essential characteristic of “commerce” to be found in its “transactional element” between the Parties — Activities of the platforms not “commerce” in this sense — No need to go into the examination of Article XX, paragraph 1 (d), in view of the finding of the Court on Article X, paragraph 1 — Examination of Article XX, paragraph 1 (d), not synonymous with the examination of self-defence in international law in general — Examination of self-defence as such not in order for the interpretation and application of Article XX, paragraph 1 (d) — Asymmetry in the production of evidence as a complicating factor in the case — Desirability of Court to take a more proactive stance on evidence and fact finding for the proper administration of justice.

1. I have voted for the Judgment of the Court in the present case, inasmuch as its conclusions in the final analysis amount to (a) the rejection of the claim of the Applicant and (b) the rejection of the counter-claim of the Respondent, the conclusions that I support. While I accept these final conclusions of the Judgment, however, I am not in a position to agree with all the points contained in the *dispositif* of the Judgment as stated in its concluding part nor with all the reasons leading to these conclusions as expounded in the main body of the Judgment. For this reason, I find it incumbent on me to state my position on some of the more salient points raised in the Judgment, to the extent that my position on those points which I regard as important may be made sufficiently clear. They are set out as succinctly as possible as follows.

I. THE BASIS OF THE DECISION OF THE COURT

2. In my view, the Judgment rightly reaches the final conclusion that neither the claims of the Applicant nor the counter-claim of the Respondent can be upheld, but in an unnecessarily convoluted and questionable way. In arriving at this outcome, the Judgment goes over the examination of the claims of the Applicant from the viewpoint, first, (a) of whether the actions of the United States of America can be justified as “measures necessary to protect the essential security interests” of the United States under Article XX, paragraph 1 (d), of the Treaty of

OPINION INDIVIDUELLE DE M. LE JUGE OWADA

[Traduction]

La Cour doit examiner le paragraphe 1 de l'article X avant l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'article XX — La liberté de la Cour de choisir les motifs sur lesquels elle fonde ses décisions ne doit pas s'appliquer ici en raison des liens spéciaux entre le paragraphe 1 de l'article X et l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'article XX — La nature du traité est pertinente pour l'interprétation du paragraphe 1 de l'article X — La caractéristique essentielle du « commerce » réside dans l'« élément de transaction » entre les Parties — Les activités des plateformes ne constituaient pas un « commerce » dans ce sens — Il est inutile d'examiner l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'article XX, compte tenu de la conclusion de la Cour sur le paragraphe 1 de l'article X — Examiner l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'article XX n'équivaut pas à examiner la légitime défense en droit international en général — Il n'y a pas lieu d'examiner la légitime défense en tant que telle aux fins de l'interprétation et de l'application de l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'article XX — L'absence de symétrie dans la production des preuves est un facteur de complication en l'espèce — Il est souhaitable que la Cour adopte une attitude plus active en matière de preuve et d'établissement des faits pour la bonne administration de la justice.

1. J'ai voté pour l'arrêt de la Cour dans la présente espèce, dans la mesure où, en dernière analyse, ses conclusions consistent *a)* à rejeter la demande du demandeur et *b)* à rejeter la demande reconventionnelle du défendeur, ce que j'approuve. Tout en acceptant ces conclusions finales de l'arrêt, cependant, je ne suis pas en mesure d'approuver tous les points figurant dans le dispositif ni tous les arguments motivant ces conclusions tels qu'ils sont exposés dans le corps de l'arrêt. C'est pourquoi je tiens à m'exprimer sur quelques-unes des principales questions soulevées dans l'arrêt, de manière à clarifier ma position sur les questions que j'estime importantes, et que j'analyserai de façon aussi succincte que possible.

I. LE FONDEMENT DE LA DÉCISION DE LA COUR

2. Selon moi, l'arrêt conclut avec raison qu'il ne peut être fait droit ni aux demandes du demandeur ni à la demande reconventionnelle du défendeur, mais il le fait d'une manière inutilement détournée et contestable. Pour parvenir à cette conclusion, en effet, l'arrêt examine les demandes du demandeur sous deux angles: premièrement, *a)* les actes des Etats-Unis d'Amérique peuvent-ils se justifier en tant que « mesures nécessaires à la protection des intérêts vitaux [des Etats-Unis] sur le plan de la sécurité » aux termes de l'alinéa *d)* du paragraphe 1 de l'article XX

Amity, Economic Relations, and Consular Rights between the United States of America and Iran of 1955 and then, second, (*b*) of whether the submissions of the Applicant that those actions constitute a violation of the obligations of the Respondent under Article X, paragraph 1, of that Treaty can be upheld, as well as the examination of the counter-claim of the Respondent, in that order.

3. Considering the legal nature of the issues presented before the Court and the way they were presented, I am of the view that the natural and correct order in which the Court should proceed with the claims of the Applicant would have been to deal first of all with the issue of whether the actions of the United States, as alleged by the Applicant, in fact constituted a violation of the obligations of the Respondent under Article X, paragraph 1, of the Treaty at issue — the central issue to be decided at this phase of the proceedings.

4. On this point, the Judgment starts by making a general proposition as follows (Judgment, para. 35):

“To uphold the claim of Iran, the Court must be satisfied both that the actions of the United States, complained of by Iran, infringed the freedom of commerce between the territories of the Parties guaranteed by Article X, paragraph 1, and that such actions were not justified to protect the essential security interests of the United States as contemplated by Article XX, paragraph 1 (d).” (Emphasis added.)

On that basis, the Judgment considers that “[t]he question however arises in what order the Court should examine these questions of interpretation and application of the Treaty” (Judgment, para. 35). It is no doubt true, as the Judgment asserts, that *in order to uphold the claim of Iran*, the Court must be satisfied on both of these two points. However, it does not follow from this general proposition that the Court, *in order to pass a judgment on the claim of the Applicant*, must therefore examine both of these two questions in any case.

5. In the present case, the Court found by its Judgment on the Preliminary Objection of 12 December 1996 that it had jurisdiction “to entertain the claims made by the Islamic Republic of Iran under Article X, paragraph 1, of [the 1955] Treaty” (*I.C.J. Reports 1996 (II)*, p. 821, para. 55 (2)). It is this task that is presented before the Court at this phase of the proceedings. Needless to say, it is not to be contested in this context that to the extent required for the interpretation or application of Article X, paragraph 1, of the Treaty, which offers the sole basis for the jurisdiction of the Court, the Court can enter into the examination of Article XX as far as that is relevant to the task of the Court as determined by its Judgment of 1996 on jurisdiction. However, I submit that it is precisely the existence of this legal link between the two provisions of Article X, paragraph 1, and Article XX, paragraph 1 (*d*), which brings the examination of Article XX, paragraph 1 (*d*), within the jurisdictional orbit of the Court. It follows from this that the examina-

du traité d'amitié, de commerce et de droits consulaires conclu en 1955 entre les Etats-Unis d'Amérique et l'Iran et, deuxièmement, *b*) la thèse du demandeur selon laquelle ces actes constituent une violation des obligations du défendeur découlant du paragraphe 1 de l'article X de ce traité peut-elle être acceptée? Il passe ensuite à l'examen de la demande reconventionnelle du défendeur.

3. Vu la nature juridique des questions soumises à la Cour et la façon dont elles ont été présentées, j'estime que l'ordre dans lequel la Cour devait, de manière naturelle et juste, procéder à l'examen des demandes du demandeur était de se demander tout d'abord si les actes des Etats-Unis constituaient en fait, comme le soutenait le demandeur, une violation de leurs obligations découlant du paragraphe 1 de l'article X du traité considéré — ce qui était la question cruciale à trancher à ce stade de la procédure.

4. Sur ce point, l'arrêt commence par la proposition générale suivante (arrêt, par. 35):

«*Pour faire droit à la demande de l'Iran, la Cour doit être convaincue à la fois que les actions des Etats-Unis dont se plaint l'Iran ont porté atteinte à la liberté de commerce entre les territoires des Parties garantie par le paragraphe 1 de l'article X, et que ces actions n'étaient pas justifiées par la nécessité d'assurer la protection des intérêts vitaux des Etats-Unis sur le plan de la sécurité, au sens de l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'article XX.*» (Les italiques sont de moi.)

Sur cette base, l'arrêt considère que «[l]a question se pose toutefois de savoir dans quel ordre la Cour doit examiner ces questions d'interprétation et d'application du traité» (arrêt, par. 35). Il est certainement vrai, comme l'affirme l'arrêt, que, *pour faire droit à la demande de l'Iran*, la Cour doit être convaincue sur ces deux points. Cependant, il ne découle pas de cette proposition générale que, *pour se prononcer sur la demande du demandeur*, elle doive examiner dans tous les cas ces deux questions.

5. Dans la présente espèce, la Cour a conclu dans son arrêt du 12 décembre 1996 sur l'exception préliminaire qu'elle avait compétence «pour connaître des demandes formulées par la République islamique d'Iran au titre du paragraphe 1 de l'article X dudit traité [de 1955]» (*C.I.J. Recueil 1996 (II)*, p. 821, par. 55, point 2)). C'est cette tâche qui incombe à la Cour à ce stade de la procédure. Bien entendu, il n'est pas contestable dans ce contexte que, dans la mesure nécessaire à l'interprétation ou à l'application du paragraphe 1 de l'article X du traité, qui constitue sa seule base de compétence, la Cour peut examiner l'article XX pour autant que cela est pertinent pour sa tâche telle qu'elle l'a définie par son arrêt de 1996 sur la compétence. Cependant, selon moi, c'est précisément à cause de l'existence de ce lien juridique entre les deux dispositions — le paragraphe 1 de l'article X et l'alinéa *d*) du paragraphe 1 de l'article XX — que l'examen de l'alinéa *d*) du paragraphe 1 de l'article XX entre dans la compétence de la Cour. Il s'ensuit que l'examen du

tion of Article X, paragraph 1, should have the precedence, by reason of its logical order, to the examination of Article XX, paragraph 1 (*d*).

6. It is recalled that in 1986, in the case concerning *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* (*Nicaragua v. United States of America*), the Court was faced with a similar problem concerning the relationship between Article XIX of the treaty between Nicaragua and the United States, which contained provisions equivalent to Article X of the present case, and Article XXI of the same treaty, which contained provisions equivalent to Article XX of the present case. In that case, the Court was very clear in characterizing the legal nature of Article XXI of the treaty, declaring that “[Article XXI] defines the instances in which the Treaty itself provides for *exceptions* to the generality of its other provisions” (*I.C.J. Reports 1986*, p. 116, para. 222; emphasis added); and that

“[s]ince [it] contains a power for each of the parties to derogate from the other provisions of the Treaty, the possibility of invoking the clauses of that Article must be considered *once it is apparent that certain forms of conduct by [the Respondent] would otherwise be in conflict with the relevant provisions of the Treaty*” (*ibid.*, p. 117, para. 225; emphasis added).

7. In fact, this Court in its Judgment on the Preliminary Objection in the present case also made this basic relationship between Article X and Article XX of the 1955 Treaty abundantly clear, when it stated the view that

“Article XX, paragraph 1 (*d*), does not restrict its jurisdiction in the present case, but is confined to affording the Parties *a possible defence* on the merits to be used should the occasion arise” (*I.C.J. Reports 1996 (II)*, p. 811, para. 20; emphasis added).

8. It seems clear that for all these reasons it would have been compelling, as well as logical, in the context of the legal relationship between the two Articles, for the Court to start with an examination of Article X, paragraph 1, of the Treaty, before proceeding, if necessary, to an examination of Article XX, paragraph 1 (*d*), of the Treaty.

9. As a general proposition, it cannot be disputed that the Court has the “freedom to select the ground upon which it will base its judgment” (Judgment, para. 37). The Judgment cites in this respect what the Court stated in its Judgment in the case concerning the *Application of the Convention of 1902 Governing the Guardianship of Infants* (*I.C.J. Reports 1958*, p. 62). This is undoubtedly true with regard to the cases where the Court has a complete freedom to choose among a number of alternative grounds on which to base its Judgment. The present case, however, is to be distinguished from these precedents in the sense that in the present case the task on which the Court is given jurisdiction to decide is the question of the interpretation and application of Article X of the 1955

paragraphe 1 de l'article X devrait logiquement passer avant celui de l'alinéa *d*) du paragraphe 1 de l'article XX.

6. Rappelons qu'en 1986, dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (*Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique*), la Cour se trouvait devant un problème analogue à propos des liens entre l'article XIX du traité entre le Nicaragua et les Etats-Unis, qui contenait des dispositions équivalentes à celles de l'article X dans la présente affaire, et l'article XXI de ce traité, qui contenait des dispositions équivalentes à celles de l'article XX dans la présente affaire. Dans l'affaire *Nicaragua*, la Cour a décrit de façon très claire la nature juridique de l'article XXI du traité en disant que: «[l'article XXI] définit les cas dans lesquels le traité prévoit lui-même des *exceptions* au caractère général de ses autres dispositions» (*C.I.J. Recueil 1986*, p. 116, par. 222; les italiques sont de moi); et que

«[l]es Parties s'étant réservé chacune par [cet article] la faculté de déroger aux autres dispositions de cet instrument, la possibilité d'invoquer les clauses de cet article doit être examinée *dès lors qu'une contradiction apparaît entre certaines conduites [du défendeur] et les dispositions pertinentes du traité*» (*ibid.*, p. 117, par. 225; les italiques sont de moi).

7. En fait, la Cour, dans l'arrêt qu'elle a rendu en la présente espèce sur l'exception préliminaire, a aussi souligné on ne peut plus clairement cette relation fondamentale entre l'article X et l'article XX du traité de 1955 lorsqu'elle a jugé que

«l'alinéa *d*) du paragraphe 1 de l'article XX ne restreint pas sa compétence dans la présente affaire, mais offre seulement aux Parties *une défense au fond* qu'il leur appartiendra, le cas échéant, de faire valoir le moment venu» (*C.I.J. Recueil 1996 (II)*, p. 811, par. 20; les italiques sont de moi).

8. Il semble clair que, pour toutes ces raisons, il aurait été nécessaire — et aussi logique —, vu les liens juridiques entre les deux articles, que la Cour commence par l'examen du paragraphe 1 de l'article X du traité avant de passer, si nécessaire, à l'examen de l'alinéa *d*) du paragraphe 1 de l'article XX.

9. De manière générale, il est incontestable que la Cour «reste libre dans le choix des motifs sur lesquels elle fondera son arrêt» (arrêt, par. 37). L'arrêt cite ici ce qu'elle disait dans l'arrêt qu'elle a rendu dans l'affaire relative à l'*Application de la convention de 1902 pour régler la tutelle des mineurs* (*C.I.J. Recueil 1958*, p. 62). Cela est certainement vrai pour les affaires dans lesquelles la Cour est parfaitement libre du choix des motifs sur lesquels fonder son arrêt. La présente affaire, cependant, se distingue de ces précédents en ce sens que la Cour a reçu ici compétence pour trancher la question de l'interprétation et de l'application de l'article X du traité de 1955 en se demandant s'il y a eu violation de l'article X du traité, et pour examiner à cet égard le but de l'article XX du traité qui

Treaty from the viewpoint of whether there has been a breach of Article X of the Treaty, and in that connection to proceed to an examination of the purport of Article XX of the Treaty, which is legally linked to Article X *as a possible defence on the merits*, in case the finding of the Court on Article X makes such examination necessary.

10. In this sense the present case is also to be distinguished from the *Nicaragua* case. In the *Nicaragua* case, the Court had jurisdiction to entertain the claim of the Applicant “in so far as that Application relates to a dispute concerning the interpretation or application of the [entire] Treaty [of 1956] . . . on the basis of Article XXIV of that Treaty” (*I.C.J. Reports 1984*, p. 442, para. 113 (1) (*b*)), as well as jurisdiction to entertain the Application more generally on the basis of Article 36, paragraphs 2 and 5, of the Statute of the Court. Thus the problem of interpretation and application of Article XXI fell squarely and fully within the competence of the Court, wholly independent of Article XIX of that Treaty. The present case is different in this respect. While in the *Nicaragua* case the Court could be free, as a matter of judicial discretion, to choose its own order of priority for examination among a number of grounds for the claim presented by the Applicant, I submit that this is not so with the present case.

11. It is argued in the Judgment that in the present case, nevertheless, “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). The Judgment points to the fact in this connection that “*the original dispute between the Parties* related to the legality of the actions of the United States, in the light of international law on the use of force” and that “[a]t the time of those actions, neither Party made any mention of the 1955 Treaty” (*ibid.*; emphasis added). The Judgment notes in this connection that:

“the United States itself recognizes in its Rejoinder [that] ‘[t]he self-defence issues presented in this case raise matters of the highest importance to all members of the international community’, and both Parties are agreed as to the importance of the implications of the case in the field of the use of force, even though they draw opposite conclusions from this observation” (Judgment, para. 38).

On that basis, the Judgment comes to the conclusion that

“to the extent that [the] jurisdiction [of the Court] under Article XXI, paragraph 2, of the 1955 Treaty authorizes it to examine and rule on such issues [i.e., the self-defence issues], it should do so” (*ibid.*).

12. It is my submission that, as far as the present case is concerned, the dispute before the Court is as defined by the Parties in their submissions to this Court. The so-called “original dispute between the Parties” has no direct legal relevance to this dispute before the Court. In this connection,

est juridiquement lié à l'article X en tant qu'éventuel moyen de *défense au fond*, si ses conclusions relatives à l'article X rendent cet examen nécessaire.

10. En ce sens, la présente affaire se distingue aussi de l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, dans laquelle la Cour avait compétence pour connaître de la requête du demandeur «dans la mesure où elle se [rapportait] à un différend concernant l'interprétation ou l'application [de l'ensemble] du traité [de 1956] ... sur la base de l'article XXIV de ce traité» (*C.I.J. Recueil 1984*, p. 442, par. 113, point 1) *b*)), et aussi compétence plus généralement pour examiner la requête sur la base des paragraphes 2 et 5 de l'article 36 de son Statut. Ainsi, le problème de l'interprétation et de l'application de l'article XXI relevait clairement et pleinement de la compétence de la Cour, tout à fait indépendamment de l'article XIX du traité. La présente espèce est différente à cet égard. Alors que dans l'affaire *Nicaragua* la Cour était libre, dans l'exercice de son pouvoir d'appréciation, d'établir son propre ordre de priorités pour examiner les différents moyens sur lesquels le demandeur fondait sa requête, il n'en va pas de même à mon sens ici.

11. L'arrêt indique que néanmoins, dans la présente espèce, «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). Il souligne à cet égard le fait «que *le différend initial entre les Parties* portait sur la licéité des actions menées par les Etats-Unis, à la lumière du droit international relatif à l'emploi de la force» et que, «[à] l'époque, aucune des deux Parties n'a mentionné le traité de 1955» (*ibid.* ; les italiques sont de moi). L'arrêt relève à ce sujet que

«les Etats-Unis eux-mêmes le reconnaissent dans leur duplique, «[l]es aspects de la présente espèce touchant à la légitime défense soulèvent des questions de la plus haute importance pour l'ensemble des membres de la communauté internationale», et les deux Parties conviennent que la présente affaire est loin d'être sans incidences en matière d'emploi de la force, même si elles tirent de ce constat des conclusions opposées» (arrêt, par. 38).

Et l'arrêt en conclut que,

«dans la mesure où la compétence que ... confère [à la Cour] le paragraphe 2 de l'article XXI du traité de 1955 l'autorise à examiner ces questions [les questions relatives à la légitime défense] et à se prononcer sur celles-ci, elle doit le faire» (*ibid.*).

12. A mon avis, en ce qui concerne la présente affaire, le différend dont la Cour est saisie est celui qui est défini par les demandes des Parties à la Cour. Le prétendu «différend initial entre les Parties» n'a pas de pertinence juridique directe pour ce différend dont la Cour est saisie. A cet

the fact that “[a]t the time of those actions [of the United States of 1987 and 1988], neither Party made any mention of the 1955 Treaty” (Judgment, para. 37) is only to be expected, for the simple reason that at that time, especially in relation to the Security Council of the United Nations, the legality of the actions taken by the United States as such was *the issue*, but that in itself was not *the dispute between the United States and Iran* which later came to be brought before the Court. A distinct legal dispute arising out of this issue came about and crystallized in the form of the present case between the Applicant and the Respondent, only when Iran alleged that the United States actions in question constituted a “fundamental breach of various provisions of the [1955] Treaty” (Application of the Islamic Republic of Iran filed in the Registry of the Court on 2 November 1992) and the United States denied that allegation.

13. It is clear from this history that the case before the Court is one on a dispute between the Applicant and the Respondent concerning the interpretation and application of the 1955 Treaty in relation to certain United States actions alleged to be a violation of some provisions of this Treaty. It was on this basis that the Court decided in its Judgment on the Preliminary Objection of 1996 to have jurisdiction over the claims of the Applicant concerning this dispute under Article XXI, paragraph 2, of the 1955 Treaty. The Court thus has the competence to examine Article XX, especially its paragraph 1 (*d*), in the context of the interpretation and application of Article X, paragraph 1, of the Treaty, but not to examine and rule on the issue of self-defence under general international law.

14. In saying this, I do not mean to suggest that the Court is not entitled, for this jurisdictional reason stated above, to get into an examination of the scope and the relevance of the rules of general international law relating to the use of force. As I am going to elaborate later, my submission is simply that the Court is certainly entitled to do so, but only to the extent that such examination, ancillary to the examination of Article XX, paragraph 1 (*d*), is found to be necessary for clarifying the interpretation and application of Article XX, paragraph 1 (*d*), relating to “measures necessary to protect . . . essential security interests [of one of the Parties]”, once the Court decides that an examination of Article XX, paragraph 1 (*d*), is required as the result of its finding on Article X, paragraph 1. In such an eventuality, it will not be the issue of “self-defence” under general international law as such but the issue of the use of force by the United States in the alleged actions complained of by the Applicant in the context of the provisions of Article XX, paragraph 1 (*d*), of the Treaty that the Court will have the competence to examine.

15. What has been analysed above leads me to the conclusion that what the Court should undertake at this stage was first of all to examine whether the alleged actions of the United States against the oil platforms in question constituted a violation of the provisions of Article X, paragraph 1, of the 1955 Treaty. Only if the Court found that it indeed was

égard, le fait que, «[à] l'époque [des mesures prises par les Etats-Unis en 1987 et 1988], aucune des deux Parties n'a mentionné le traité de 1955» (arrêt, par. 37) n'a rien de surprenant, pour la simple raison qu'alors, et en particulier devant le Conseil de sécurité des Nations Unies, c'était la licéité même des mesures prises par les Etats-Unis qui *était en question*, mais ce n'est pas là *le différend entre les Etats-Unis et l'Iran* qui a été porté plus tard devant la Cour. Un différend juridique distinct est issu de cette question, et il ne s'est cristallisé en prenant la forme de l'affaire qui oppose aujourd'hui le demandeur et le défendeur que lorsque l'Iran a prétendu que les actes en cause des Etats-Unis constituaient une «violation fondamentale de diverses dispositions du traité [de 1955]» (requête de la République islamique d'Iran enregistrée au Greffe de la Cour le 2 novembre 1992), et que les Etats-Unis ont nié cette allégation.

13. Ce rappel des faits montre bien que l'affaire que la Cour doit juger concerne un différend entre le demandeur et le défendeur sur l'interprétation et l'application du traité de 1955 concernant certains actes des Etats-Unis qui auraient violé certaines dispositions du traité. C'est sur cette base que la Cour, dans son arrêt de 1996 sur l'exception préliminaire, a décidé qu'elle avait compétence pour connaître des demandes du demandeur en vertu du paragraphe 2 de l'article XXI du traité de 1955. Ainsi, la Cour a compétence pour examiner l'article XX du traité, et en particulier l'alinéa *d*) du paragraphe 1 de cet article, dans le contexte de l'interprétation et de l'application du paragraphe 1 de l'article X, mais non pas pour examiner et trancher la question de la légitime défense en vertu du droit international général.

14. Je ne veux pas dire par là que la Cour, pour cette raison tenant à sa compétence, n'est pas en droit de procéder à l'examen de la portée et de la pertinence des règles de droit international général relatives au recours à la force. Comme je le montrerai plus en détail par la suite, je veux dire simplement que la Cour est certes en droit de le faire, mais seulement dans la mesure où cet examen, accessoire par rapport à celui de l'alinéa *d*) du paragraphe 1 de l'article XX, sera jugé nécessaire pour préciser l'interprétation et l'application de cet alinéa en ce qui concerne les «mesures nécessaires pour protéger ... les intérêts vitaux [d'une des Parties] sur le plan de la sécurité», c'est-à-dire une fois que la Cour aura décidé que sa conclusion sur le paragraphe 1 de l'article X rend nécessaire l'examen de l'alinéa *d*) du paragraphe 1 de l'article XX. Dans une telle éventualité, ce n'est pas la question de la «légitime défense» en droit international général en tant que telle que la Cour aura compétence pour examiner, mais celle de l'emploi de la force par les Etats-Unis dans les actes allégués par le demandeur, au regard des dispositions de l'alinéa *d*) du paragraphe 1 de l'article XX du traité.

15. Cela m'amène à la conclusion que ce que devait faire la Cour à ce stade, c'était tout d'abord d'examiner si les actes allégués des Etats-Unis contre les plates-formes pétrolières en question constituaient une violation des dispositions du paragraphe 1 de l'article X du traité de 1955. C'est seulement si la Cour concluait que tel était le cas qu'elle devait

the case, the Court should proceed to an examination of the provisions of Article XX, paragraph 1 (*d*), of the Treaty in the context of its relevance to Article X, paragraph 1, of the same Treaty, to see whether those provisions of Article XX, paragraph 1 (*d*), as interpreted in light of the relevant rules of international law, offered a *possible defence* for justifying the actions of the United States under the Treaty.

16. In the conclusions of its Judgment in the present case, the Court has found that it cannot uphold the submission of the Applicant that the actions of the United States as alleged by Iran constitute a violation of the obligations of the United States under Article X, paragraph 1, of that Treaty relating to the freedom of commerce. Since I concur with this finding, I do not see any reason further to go into an examination of the second question relating to the interpretation and application of Article XX, paragraph 1 (*d*), of the Treaty.

II. THE SCOPE OF ARTICLE X, PARAGRAPH 1

17. I find myself in general agreement with the Judgment of the Court on this question of the interpretation and application of Article X, paragraph 1, of the 1955 Treaty, both in its conclusion as well as in its basic reasoning. For this reason, I do not intend to dwell upon a detailed examination of the issues involved in the interpretation and application of Article X, paragraph 1. I concur with the Judgment in its basic reasoning that has led the Court to its conclusion on this question.

18. However, there is one point on which I wish to put my position on the record in the context of this Article. It is the question of the basic character of a treaty of this kind, i.e., what is generically known as the Treaty of Friendship, Commerce and Navigation (the so-called FCN treaty), and the question of the scope of Article X of the Treaty as interpreted in light of this basic character of the Treaty.

19. The 1955 Treaty between the United States and Iran falls broadly within this category of treaties, which is traditionally described as the "general commercial treaty" (R. R. Wilson, *United States Commercial Treaties and International Law* (1960), p. 1). It is a "broad-purpose device" (*ibid.*) touching upon many subjects, but always in the field of economic relations between nations, such as the right of establishment of the nationals of the Contracting Parties in the territory of each other, the right of the Contracting Parties to engage in various economic activities in the territory of each other and freedom of commerce and navigation between the Contracting Parties, as guaranteed in the treaty on the basis of certain legal principles such as the principle of the most-favoured-nation treatment, the principle of national treatment and the principle of fair and equitable treatment. As such, it is the type of treaties which in their origin date back to several centuries ago (in the case of the United States, the conclusion of the first treaty of this type — the Treaty of Amity and Commerce with France of 1778 — is in fact older than the

procéder à l'examen des dispositions de l'alinéa *d*) du paragraphe 1 de l'article XX du traité du point de vue de sa pertinence pour le paragraphe 1 de l'article X, pour voir si ces dispositions de l'alinéa *d*) du paragraphe 1 de l'article XX, interprétées à la lumière des règles pertinentes du droit international, offraient, le cas échéant, un moyen de *défense au fond* justifiant les actes des Etats-Unis au regard du traité.

16. Dans l'arrêt qu'elle a rendu dans la présente affaire, la Cour a conclu qu'elle ne pouvait pas donner raison à l'Iran qui soutenait que les actes des Etats-Unis constituaient une violation des obligations découlant pour eux du paragraphe 1 de l'article X du traité relatif à la liberté de commerce. Comme j'approuve cette conclusion, je ne vois aucune raison de poursuivre en examinant la seconde question — celle de l'interprétation et de l'application de l'alinéa *d*) du paragraphe 1 de l'article XX.

II. LA PORTÉE DU PARAGRAPHE 1 DE L'ARTICLE X

17. De manière générale, je suis d'accord avec l'arrêt de la Cour sur cette question de l'interprétation et de l'application du paragraphe 1 de l'article X du traité de 1955, tant dans sa conclusion que dans le raisonnement qui y conduit. Aussi n'ai-je pas l'intention d'examiner dans le détail les questions que soulèvent l'interprétation et l'application de cette disposition. J'approuve pour l'essentiel le raisonnement par lequel la Cour est parvenue à sa conclusion sur cette question.

18. Il y a cependant un point sur lequel je souhaite faire connaître mon avis à propos de cet article: c'est le caractère essentiel des traités de ce type, généralement dénommés traités d'amitié, de commerce et de navigation, ainsi que la portée de l'article X du traité interprété compte tenu de ce caractère essentiel du traité.

19. Le traité de 1955 entre les Etats-Unis et l'Iran relève en gros de ce type de traités que l'on appelle traditionnellement «traités généraux de commerce» (R. R. Wilson, *United States Commercial Treaties and International Law*, 1960, p. 1). Ce sont des «instruments d'usage général» (*ibid.*) portant sur de nombreux sujets, qui touchent toujours aux relations économiques entre les nations, par exemple le droit des nationaux d'une des parties contractantes de s'établir sur le territoire de l'autre partie, le droit de chaque partie contractante de se livrer à diverses activités économiques sur le territoire de l'autre, et la liberté de commerce et de navigation entre les parties contractantes, garantie dans le traité sur la base de certains principes juridiques tels que ceux du traitement de la nation la plus favorisée, du traitement national et du traitement juste et équitable. C'est le type de traités dont l'origine remonte à plusieurs siècles (dans le cas des Etats-Unis, la conclusion du premier traité de ce type — le traité d'amitié et de commerce avec la France, qui date de 1778 — est même antérieure à l'adoption de la Constitution) et qui, depuis, four-

establishment of the United States Constitution), and which have provided a concrete legal framework for economic activities of the nationals of each Contracting Party in relation to the other by guaranteeing certain standards of treatment to be observed by each Contracting Party.

20. In this sense, the essential character and the basic scope of the treaties of this type as the legal instrument for regulating concrete economic activities that take place between the two Contracting Parties are well defined and the concrete legal rules applicable to these activities fairly specific. It is against this background that the United States introduced a new treaty-making practice of incorporating a compromissory clause of the type we find in Article XXI of the 1955 Treaty between the United States and Iran into these FCN treaties it was concluding in the post-World War II period. From the *travaux préparatoires* of these treaties it is clear that the United States adopted this new practice of accepting the jurisdiction of the International Court of Justice on the interpretation and application of the provisions of these treaties, because “provisions of commercial treaties were, in general, familiar”, and “there were numerous court decisions interpreting them” (R. R. Wilson, *op. cit.*, p. 24).

21. This specific character of the FCN treaties, which include the 1955 Treaty that we are dealing with, should be kept in mind in assessing the general purport of the Treaty before us and in interpreting its concrete provisions in the context of the present case. In this sense, the position taken by the Court in its Judgment of 1996 on the Preliminary Objection in the present case is correct in my view, when it states that “the object and purpose of the Treaty of 1955 was not to regulate peaceful and friendly relations between the two States in a general sense” (*I.C.J. Reports 1996 (II)*, p. 814, para. 28), in spite of the very broad language used in the provisions of its Article I.

22. Against this backdrop relating to the essential character and the basic scope of the Treaty, the legal relevance *vel non* of the 1955 Treaty and in particular its Article X, paragraph 1, to the claims advanced by the Applicant is to be examined as one of interpretation of the concept of “freedom of commerce and navigation” in its usual usage in business transactions as envisaged in these commercial treaties. Its significance in relation to the actions taken by the United States against certain Iranian oil platforms is in turn to be appreciated in light of this essential character and the basic scope of the Treaty in question.

23. The Court in its 1996 Judgment ruled that

“[t]he word ‘commerce’ is not restricted in ordinary usage to the mere act of purchase and sale; it has connotations that extend beyond mere purchase and sale to include ‘the whole of the transactions, arrangements, etc., therein involved’” (*I.C.J. Reports 1996 (II)*, p. 818, para. 45).

Then the Court went on to elaborate the point further as follows:

nissent un cadre juridique concret aux activités économiques des nationaux de chaque partie contractante dans leurs relations avec l'autre, en garantissant le respect par chacune de certaines normes.

20. Ainsi, le caractère essentiel et la portée des traités de ce type en tant qu'instruments juridiques régissant les activités économiques concrètes qui se déroulent entre les deux parties contractantes sont bien définis, et les règles juridiques concrètes qui s'appliquent à ces activités sont assez précises. C'est dans ce contexte que les Etats-Unis ont commencé à insérer de manière habituelle dans les traités d'amitié, de commerce et de navigation qu'ils ont conclus après la seconde guerre mondiale une clause compromissoire du type de celle que nous trouvons à l'article XXI du traité de 1955 entre les Etats-Unis et l'Iran. Comme le montrent clairement les *travaux préparatoires* de ces traités, les Etats-Unis ont adopté cette nouvelle pratique d'acceptation de la juridiction de la Cour internationale de Justice pour l'interprétation et l'application des dispositions de ces traités parce que les «dispositions des traités de commerce étaient, en règle générale, connues» et «qu'il existait une abondante jurisprudence sur leur interprétation» (R. R. Wilson, *op. cit.*, p. 24).

21. Il importe de garder à l'esprit ce caractère particulier des traités d'amitié, de commerce et de navigation, au nombre desquels figure le traité de 1955 qui nous intéresse ici, pour apprécier l'objet général de ce traité et interpréter ses dispositions concrètes dans le contexte de la présente affaire. Dans ce sens, je pense que la position prise par la Cour dans son arrêt de 1996 sur l'exception préliminaire était juste, lorsqu'elle déclarait que «l'objet et le but du traité de 1955 n'étaient pas d'organiser les relations pacifiques et amicales entre les deux Etats de manière générale» (*C.I.J. Recueil 1996 (II)*, p. 814, par. 28), malgré le caractère très général des termes utilisés dans son article premier.

22. A la lumière de ces considérations sur le caractère essentiel et la portée du traité, il faudra, pour examiner la pertinence ou l'absence de pertinence juridique du traité de 1955, et en particulier du paragraphe 1 de l'article X, pour la thèse du demandeur, interpréter l'expression «liberté de commerce et de navigation» dans le sens qu'elle a habituellement dans les transactions commerciales envisagées dans ce type de traités. Et inversement, la signification de cette expression par rapport aux mesures prises par les Etats-Unis contre certaines plates-formes pétrolières iraniennes devra s'apprécier en fonction de ce caractère essentiel et de cette portée du traité.

23. Dans son arrêt de 1996, la Cour a jugé que

«le mot «commerce», dans son acception usuelle, ne se limite pas aux seules activités d'achat et de vente; il a des connotations qui dépassent le simple fait d'acheter et de vendre, et comprend «l'ensemble des transactions, arrangements, etc., nécessaires à cette fin»» (*C.I.J. Recueil 1996 (II)*, p. 818, par. 45).

La Cour a ensuite développé cette idée dans les termes suivants :

“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.” (*I.C.J. Reports 1996 (II)*, p. 819, para. 50; emphasis in the original.)

24. In relation to this passage, an argument is advanced by the Respondent to the effect that since the alleged actions of the United States constituted neither “acts entailing the destruction of goods destined to be exported” nor “[acts] capable of affecting their transport and their storage with a view to export”, its actions therefore did not amount to a violation of “freedom of commerce” as provided for in Article X, paragraph 1, of the 1955 Treaty. Clearly this is an argument which cannot be accepted. Needless to say, these examples are given by the Court not as the definition of acts in violation of “freedom of commerce”; they are given, not as an exhaustive list of all the cases falling under the category of a violation of “freedom of commerce”, but only as an illustrative list that demonstrates some of the typical cases that can constitute an impediment of “freedom of commerce”.

25. At the same time, these examples are nonetheless significant inasmuch as they are indicative of a certain common characteristic element that is involved in the concept of “freedom of commerce” as used in these FCN treaties. Commerce is defined as “mercantile transaction” (*The Shorter Oxford Dictionary*, 10th ed.). What is essential in the concept of “commerce” as its constituent element, especially in its context of “freedom of commerce and navigation” as used in the Treaty, is, I submit, the existence of this “transactional element” that links the two Parties under the Treaty. This to me is the critical element of “commerce”, as the term is used in this Treaty, that distinguishes it from a mere economic activity which, even if it might envisage a possibility of export in a general sense, does not contemplate any concrete transaction in view. In fact, I submit that the term “freedom of commerce and navigation between the High Contracting Parties” as used in many of the FCN treaties concluded by the United States in the post-World War II period is meant to refer to this notion of unimpeded flow of *mercantile transactions* in goods and services between the territories of the Contracting Parties, as distinguished from a broader problem of the rights of the Contracting Parties to engage in various economic activities of a commercial character within the territories of each other — a problem dealt with in concrete detail by various provisions of the Treaty (for example, Article II through Article IX of the 1955 Treaty).

26. It is true that the oil platforms which were the subject of United States attacks were owned and operated for general commercial purposes

«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.» (*C.I.J. Recueil 1996 (II)*, p. 819, par. 50; les italiques sont dans l'original.)

24. A propos de ce passage, le défendeur fait valoir que, puisque les prétendus actes des Etats-Unis ne constituaient ni des «actes qui emporteraient destruction de biens destinés à être exportés» ni «[des actes] susceptibles d'en affecter le transport et le stockage en vue de l'exportation», ils n'étaient pas non plus constitutifs d'une violation de la «liberté de commerce» garantie par le paragraphe 1 de l'article X du traité de 1955. Cet argument ne peut manifestement pas être retenu. Bien entendu, la Cour ne cherche pas à définir par ces exemples quels sont les actes violant la «liberté de commerce»; il ne s'agit pas d'une énumération limitative des actes relevant de la catégorie des violations de la «liberté de commerce», mais seulement d'une liste exemplative qui illustre certains des cas typiques d'entraves à cette «liberté de commerce».

25. Ces exemples n'en sont pas moins significatifs, dans la mesure où ils présentent une caractéristique commune qui apparaît dans la notion de «liberté de commerce» au sens où l'entendent ces traités. Par définition, le commerce est une «*mercantile transaction*» [transaction marchande] (*The Shorter Oxford Dictionary*, 10^e éd.). Ce qui est essentiel pour qu'il y ait «commerce», surtout dans le contexte de la «liberté de commerce et de navigation» prévue par le traité, c'est, à mon sens, l'existence de cet «aspect transactionnel» qui lie les deux Parties en vertu du traité. C'est là selon moi l'élément critique du «commerce» au sens du traité, ce qui le distingue d'une simple activité économique qui, même si elle envisage peut-être de manière générale la possibilité d'exporter, n'a pas de transaction concrète en vue. En fait, je pense que l'expression «liberté de commerce et de navigation entre les Hautes Parties contractantes», au sens où elle est utilisée dans beaucoup de traités conclus par les Etats-Unis après la seconde guerre mondiale, renvoie à cette notion de libre déroulement de *transactions marchandes* de produits et de services entre les territoires des parties contractantes, et non pas au problème plus large que serait le droit de chaque partie contractante de se livrer à diverses activités économiques sur le territoire de l'autre — ce problème étant réglé concrètement et en détail par diverses dispositions du traité de 1955 (par exemple, les articles II à IX).

26. Il est vrai que les plates-formes pétrolières qui ont fait l'objet des attaques des Etats-Unis étaient la propriété de la National Iranian Oil

by the National Iranian Oil Company as an integral part of a series of complex operations that included such economic activities as the extraction of oil from the continental shelf, its transportation to a storage place, and its processing from crude oil into a final product for export/consumption. In that sense, the oil platforms no doubt performed an important function in the chain of operations that consisted of a network of economic activities ranging from the oil production to its export/consumption.

27. This does not mean, however, that every single link in this chain of operations can be qualified as part of “commerce”, and especially as an activity that falls within the concept of “freedom of commerce between the territories of the Contracting Parties” in the sense in which the term is used in Article X, paragraph 1, of the Treaty. In my view, there is a fine but clear distinction in this regard between “industrial activities” and “commercial activities” for the purpose of the Treaty, although the two activities may be linked with each other within the broad category of “economic activities”.

28. In light of this reasoning and quite apart from the factual ground relied on by the Judgment that

“there was at the time of [the attacks of 19 October 1987] no commerce between the territories of Iran and the United States in respect of oil produced by [the] platforms [in question] . . . inasmuch as the platforms were under repair and inoperative” (Judgment, para. 98)

and that “at the time of the attacks of 18 April 1988 . . . all commerce in crude oil between the territories of Iran and the United States had been suspended by [the] Executive Order [12613 of the United States]” (*ibid.*), I come to the conclusion that primordially on this legal ground the actions of the United States against the oil platforms in question did not amount to an infringement of “freedom of commerce” as stipulated in Article X, paragraph 1. The word “commerce” as employed in Article X, paragraph 1, while going beyond the immediate act of purchase and sale, should be understood to extend only to those activities which can be regarded as “the ancillary activities integrally related to commerce” (*I.C.J. Reports 1996 (II)*, p. 819, para. 49) in the sense that they constitute essential ingredients of mercantile transactions carried out between Iran and the United States.

III. THE RELEVANCE OF ARTICLE XX, PARAGRAPH 1 (*d*)

29. I have already stated earlier in this opinion that once the Court decides, for the reasons stated above, that it should first examine the submission of the Applicant relating to the interpretation and application of Article X, paragraph 1, of the 1955 Treaty, and comes to the conclusion,

Company, qui les exploitait à des fins commerciales générales, et qu'elles étaient un élément essentiel dans une série d'opérations complexes comprenant des activités telles que l'extraction du pétrole du plateau continental, son transport vers un lieu de stockage et sa transformation de l'état de brut en produit final destiné à l'exportation et à la consommation. En ce sens, les plates-formes pétrolières avaient sans aucun doute une fonction importante dans la chaîne des opérations qui constituaient un réseau d'activités économiques allant de la production du pétrole à son exportation ou sa consommation.

27. Cela ne signifie pas, cependant, que chacun des maillons de cette chaîne d'opérations puisse être considéré comme faisant partie du «commerce», et surtout comme une activité relevant de la notion de «liberté de commerce entre les territoires des Parties contractantes» au sens où ces termes sont utilisés au paragraphe 1 de l'article X du traité. Selon moi, il y a une distinction subtile mais claire à cet égard entre «activités industrielles» et «activités commerciales» aux fins du traité, bien que ces deux types d'activités puissent être liées et constituer ensemble la catégorie des «activités économiques».

28. A partir de ce raisonnement, et indépendamment du motif de fait sur lequel se fonde l'arrêt — à savoir que

«il n'existait à ce moment-là [celui des attaques du 19 octobre 1987] aucun commerce entre les territoires de l'Iran et des Etats-Unis s'agissant du pétrole produit par [les] plates-formes [en question] ... dans la mesure où elles étaient en réparation et hors d'usage» (arrêt, par. 98)

et que, «au moment des attaques [du] 18 avril 1988, tout commerce de pétrole brut entre les territoires de l'Iran et des Etats-Unis était suspendu par [l']*Executive Order* [12613 des Etats-Unis]» (*ibid.*) —, je conclus, avant tout pour ce motif de droit, que les actions menées par les Etats-Unis contre les plates-formes pétrolières n'entravaient pas la «liberté de commerce» garantie par le paragraphe 1 de l'article X. Le «commerce» au sens du paragraphe 1 de l'article X, même s'il ne se limite pas au simple fait d'acheter et de vendre, doit s'entendre uniquement des activités qui peuvent être considérées comme des «activités accessoires qui sont intrinsèquement liées au commerce» (*C.I.J. Recueil 1996 (II)*, p. 819, par. 49) au sens où elles constituent un élément essentiel des transactions marchandes entre l'Iran et les Etats-Unis.

III. LA PERTINENCE DE L'ALINÉA D) DU PARAGRAPHE 1 DE L'ARTICLE XX

29. J'ai dit plus haut que, dès lors que la Cour, après avoir décidé pour les raisons indiquées précédemment qu'elle devait commencer par examiner la thèse du demandeur concernant l'interprétation et l'application du paragraphe 1 de l'article X du traité de 1955, a conclu, comme elle l'a fait

as the present Judgment has come, that the submission of the Applicant to the effect that the alleged United States actions violated the provisions in question cannot be upheld, there is no further need to go into the examination of the second question, i.e., the question as to whether the actions of the United States in question can be justified under the provisions of Article XX, paragraph 1 (*d*), of the Treaty. For this reason, I shall refrain from going into a comprehensive discussion of all the issues involved in the problem of Article XX, paragraph 1 (*d*), at this juncture.

30. However, there is one aspect of the problem that I wish to address in this context, as I find that the way in which the Judgment approaches the problem would seem to me to be questionable, even if the Court were to decide to go into the problem of interpretation and application of Article XX, paragraph 1 (*d*), of the Treaty.

31. The Judgment states, correctly in my view, that “[i]n the view of the Court, the matter is one of interpretation of the Treaty, and in particular of Article XX, paragraph 1 (*d*)” (Judgment, para. 40). Having stated this position, however, the Judgment appears nevertheless to shift to the domain of “self-defence”, assimilating this problem of interpretation of Article XX, paragraph 1 (*d*), with the general problem of self-defence under general international law. Thus, quoting from the Judgment in the case concerning *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, to the effect that

“action taken in self-defence, individual or collective, might be considered as part of the wider category of measures qualified in Article XXI as ‘necessary to protect’ the ‘essential security interests’ of a party” (*I.C.J. Reports 1986*, p. 117, para. 224),

the Judgment states as follows:

“when Article XX, paragraph 1 (*d*), is invoked to justify actions involving the use of 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).

32. It is submitted that this conclusion is a *non sequitur*. It is true in my view that, as a general proposition, the measures taken under Article XX, paragraph 1 (*d*), when they involve the use of force, have to be compatible with the requirements of international law concerning the use of force. However, this does not mean that the problem involved in the “measures necessary to protect essential security interests” of a High Contracting Party under Article XX, paragraph 1 (*d*), is synonymous with the problem involved in the right of self-defence under international law. Moreover, it has to be kept in mind that in the case concerning *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua*, the Court was examining this problem on the basis of its jurisdiction given under

dans le présent arrêt, que la thèse du demandeur selon laquelle les actes allégués des Etats-Unis violaient les dispositions en question ne pouvait être retenue, il n'était plus utile de procéder à l'examen de la seconde question, celle de savoir si les actes en cause des Etats-Unis se justifiaient au regard des dispositions de l'alinéa *d*) du paragraphe 1 de l'article XX du traité. C'est pourquoi je m'abstiendrai d'analyser en détail à ce stade tous les éléments du problème que soulève l'alinéa *d*) du paragraphe 1 de l'article XX.

30. Cependant, il y a un aspect du problème que j'examinerai à ce propos, car la façon dont l'arrêt aborde ce problème me semblerait contestable même si la Cour décidait d'examiner la question de l'interprétation et de l'application de l'alinéa *d*) du paragraphe 1 de l'article XX du traité.

31. L'arrêt indique, avec raison selon moi, que, «[d]e l'avis de la Cour, il s'agit ici d'une question d'interprétation du traité, et en particulier de l'alinéa *d*) du paragraphe 1 de l'article XX» (arrêt, par. 40). Ayant dit cela, cependant, l'arrêt paraît glisser vers le domaine de la «légitime défense», assimilant ce problème de l'interprétation de l'alinéa *d*) du paragraphe 1 de l'article XX et le problème général de la légitime défense en droit international général. Ainsi, citant l'arrêt rendu dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique)*, selon lequel

«des mesures de légitime défense, individuelle ou collective, peuvent être considérées comme entrant dans la catégorie plus vaste des mesures qualifiées à l'article XXI de «nécessaires à la protection des intérêts vitaux» d'une partie «en ce qui concerne sa sécurité»» (*C.I.J. Recueil 1986*, p. 117, par. 224),

le présent arrêt déclare :

«lorsque l'alinéa *d*) du paragraphe 1 de l'article XX est invoqué pour 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).

32. Selon moi, ce raisonnement n'est pas logique. Sans doute est-il vrai que, de manière générale, les mesures prises en vertu de l'alinéa *d*) du paragraphe 1 de l'article XX, lorsqu'elles impliquent le recours à la force, doivent être compatibles avec les règles du droit international concernant l'emploi de celle-ci. Mais cela ne veut pas dire que le problème des «mesures nécessaires à la protection des intérêts vitaux [d'une] partie contractante sur le plan de la sécurité», visées à l'alinéa *d*) du paragraphe 1 de l'article XX, soit identique au problème du droit de légitime défense au regard du droit international. En outre, il ne faut pas oublier que, dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, la Cour examinait ce problème sur la base de la compé-

Article XXIV of the 1956 Treaty between the parties with its application to the entire treaty, as well as under Article 36, paragraphs 2 and 5, of the Statute of the Court. Thus the Court could in that case get into the examination of the problem of self-defence under general international law without restriction. By contrast, the Court in the present case has jurisdiction only for the interpretation and application of Article XX, paragraph 1 (*d*). Under such circumstances, the interpretation and application of that Article in this specific context cannot be said to “necessarily entail an assessment of the conditions of legitimate self-defence under international law” (Judgment, para. 40), which presumably will mean an assessment of these measures in light of the requirements prescribed by the Charter of the United Nations as measures of “self-defence” under its Article 51.

33. In spite of this, it appears to me that from this point onwards the focus of discussion of the Judgment concerning the assessment of the actions of the United States under Article XX, paragraph 1 (*d*), is primarily placed on the examination of whether the actions of the United States in question satisfied the conditions for the exercise of the right of self-defence as prescribed by general international law, including the question of whether the alleged activities of Iran, which triggered the actions of the United States, amounted to an “armed attack”. Thus, for instance, referring to the actions of the United States against the Reshadat complex on 19 October 1987, the Judgment states as follows:

“Therefore, in order to establish that it was legally justified in attacking the Iranian platforms in exercise of the right of individual self-defence, the United States has to show that attacks had been made upon it for which Iran was responsible; and that *those attacks were of such a nature as to be qualified as ‘armed attacks’ within the meaning of that expression in Article 51 of the United Nations Charter*, and as understood in customary law on the use of force . . . The United States must also show that its actions were necessary and proportional to the armed attack made on it, and that the platforms were a legitimate military target open to attack and the exercise of self-defence.” (Judgment, para. 51; emphasis added.)

34. It is submitted, however, that this assertion of the Judgment must be said to be misplaced in relation to the task before the Court, since it tends to shift the problem involved from the one of Article XX, paragraph 1 (*d*), to the one of self-defence as such under international law. In effect, when stated in this general way, the whole question under our consideration is transformed into one of self-defence in general international law — an issue which clearly falls outside the competence of the Court in view of its limited jurisdiction in the present case. What the Court should be addressing in the present context of Article XX, paragraph 1 (*d*), is not to ask the Respondent “to establish that [the United States] was legally justified in attacking the Iranian platforms *in exercise of the right*

tence qu'elle tirait de l'article XXIV du traité de 1956 entre les parties et qui s'appliquait à l'ensemble du traité, et sur la base des paragraphes 2 et 5 de l'article 36 de son Statut. Elle pouvait donc en l'espèce examiner sans restriction le problème de la légitime défense en droit international général. Dans la présente affaire, par contre, la Cour n'a compétence que pour l'interprétation et l'application de l'alinéa *d*) du paragraphe 1 de l'article XX. Dans ces conditions, l'interprétation et l'application de cet article ne peuvent pas être considérées ici comme supposant «nécessairement une appréciation des conditions d'exercice de la légitime défense au regard du droit international» (arrêt, par. 40), par quoi il faut entendre probablement une appréciation de ces mesures au regard des prescriptions de l'article 51 de la Charte des Nations Unies concernant les mesures de «légitime défense».

33. Malgré cela, il me semble que, à partir de là, l'analyse à laquelle se livre l'arrêt pour apprécier les actions des Etats-Unis au regard de l'alinéa *d*) du paragraphe 1 de l'article XX vise surtout la question de savoir si ces actions des Etats-Unis satisfaisaient aux conditions prescrites par le droit international général pour l'exercice du droit de légitime défense, et notamment si les activités alléguées de l'Iran qui avaient déclenché ces actions étaient constitutives d'une «agression armée». Ainsi, au sujet des actions menées par les Etats-Unis contre le complexe de Reshadat le 19 octobre 1987, l'arrêt dit ce qui suit :

«Par conséquent, pour établir qu'ils étaient en droit d'attaquer les plates-formes iraniennes dans l'exercice du droit de légitime défense individuelle, les Etats-Unis doivent démontrer qu'ils ont été attaqués et que l'Iran était responsable des attaques, et que *celles-ci étaient de nature à être qualifiées d'«agression armée» tant au sens de l'article 51 de la Charte des Nations Unies que selon le droit coutumier en matière d'emploi de la force...* Les Etats-Unis doivent également démontrer que leurs actions étaient nécessaires et proportionnées à l'agression armée subie par eux, et que les plates-formes constituaient une cible militaire légitime susceptible d'être attaquée dans l'exercice de la légitime défense.» (Arrêt, par. 51; les italiques sont de moi.)

34. A mon avis, cependant, cette affirmation doit être considérée comme inexacte par rapport à la tâche qui incombe à la Cour, en ce qu'elle tend à faire du problème de l'alinéa *d*) du paragraphe 1 de l'article XX un problème de légitime défense en droit international. En fait, énoncée ainsi de manière générale, la question qui se pose à nous se transforme en une question de droit de légitime défense au regard du droit international général — question qui échappe manifestement à la compétence limitée que la Cour possède dans la présente affaire. Ce que la Cour devrait faire ici dans le contexte de l'alinéa *d*) du paragraphe 1 de l'article XX, ce n'est pas de demander au défendeur «d'établir que [les Etats-Unis] étaient en droit d'attaquer les plates-formes iraniennes *dans l'exer-*

of individual self-defence” (Judgment, para. 51; emphasis added), but to engage, after determining whether the Respondent has established that the alleged attacks were indeed attributable to Iran, in an examination of whether the actions of the United States in question satisfied the conditions required under Article XX, paragraph 1 (*d*), and, ancillary to that examination, and to that extent only, to go into the problem of whether the concrete modalities of those actions in the specific circumstances of the case were not incompatible with what is required under relevant rules of international law. In the process of examining these points, it should be unnecessary for the Respondent to show that the alleged Iranian activities were “of such a nature as to be qualified as ‘armed attacks’ within the meaning of that expression in Article 51 of the United Nations Charter” (Judgment, para. 51), since it is quite conceivable that certain measures can be legally undertaken under Article XX, paragraph 1 (*d*), of the Treaty, in relation to such activities as may not amount to an “armed attack”, as being “necessary to protect [the] essential security interests” of the United States, in such a way that these measures are not incompatible with the requirements of the relevant rules of international law. (This test of incompatibility would inevitably bring into the discussion the whole problem of the scope of the use of force under customary international law and within the United Nations Charter system — a problem which I refrain from getting into as being unnecessary at this juncture.)

35. Essentially the same comments on my part should apply to the approach taken by the Judgment in relation to the actions of the United States against the Salman and Nasr platforms on 18 April 1988. After stating that

“in the present case a question of whether certain action is ‘necessary’ arises both as an element of international law relating to self-defence and on the basis of the actual terms of Article XX, paragraph 1 (*d*), of the 1955 Treaty” (Judgment, para. 73),

the Judgment goes on to assert the following:

“The Court does not . . . have to decide whether the United States interpretation of Article XX, paragraph 1 (*d*), on this point is correct, since the requirement of international law that measures taken avowedly in self-defence must have been necessary for that purpose is strict and objective, leaving no room for any ‘measure of discretion’. The Court will therefore turn to the criteria of necessity and proportionality in the context of international law on self-defence.” (Judgment, para. 73.)

I submit that this assertion of the Judgment is also open to question, since to me the cardinal question that the Court must address in this part of its enquiry is the question of whether the interpretation of the Respondent of Article XX, paragraph 1 (*d*), in its entirety is justified or not. The task of

cice du droit de légitime défense» (arrêt, par. 51; les italiques sont de moi), mais, après avoir déterminé si le défendeur a établi que les attaques alléguées étaient bien imputables à l'Iran, d'examiner si les actions des Etats-Unis satisfaisaient aux conditions requises par l'alinéa *d*) du paragraphe 1 de l'article XX et, accessoirement et dans ces limites seulement, d'aborder la question de savoir si les modalités concrètes qu'ont revêtues ces actions, dans les circonstances particulières de l'espèce, n'étaient pas incompatibles avec ce que prescrivent les règles pertinentes du droit international. Et, pour cet examen, le défendeur ne devrait pas avoir à démontrer que les activités iraniennes alléguées étaient «de nature à être qualifiées d'«agression armée» ... au sens de l'article 51 de la Charte des Nations Unies» (arrêt, par. 51), puisqu'il est tout à fait concevable que certaines mesures puissent être légitimement prises en vertu de l'alinéa *d*) du paragraphe 1 de l'article XX du traité face à des activités qui ne constituent peut-être pas une «agression armée», parce que ces mesures sont «nécessaires à la protection [des] intérêts vitaux [des Etats-Unis] sur le plan de la sécurité», d'une manière non incompatible avec les prescriptions des règles pertinentes de droit international. (Ce critère de l'incompatibilité conduirait évidemment à analyser l'ensemble du problème de l'étendue du recours à la force selon le droit international coutumier et dans le système de la Charte des Nations Unies — problème que je m'abstiendrai d'aborder à ce stade.)

35. J'aurai à faire essentiellement les mêmes observations à propos de l'approche suivie par l'arrêt au sujet des actions menées par les Etats-Unis le 18 avril 1988 contre les plates-formes de Salman et de Nasr. Après avoir dit que,

«en la présente affaire, la question de savoir si telle ou telle action est «nécessaire» se pose à la fois en tant qu'élément du droit international de la légitime défense et au regard du texte même de l'alinéa *d*) du paragraphe 1 de l'article XX du traité de 1955» (arrêt, par. 73),

l'arrêt poursuit en ces termes :

«La Cour n'a ... pas à décider si l'interprétation que donnent les Etats-Unis de l'alinéa *d*) du paragraphe 1 de l'article XX est sur ce point correcte, dès lors que l'exigence que pose le droit international, selon laquelle des mesures prises au nom de la légitime défense doivent avoir été nécessaires à cette fin, est rigoureuse et objective, et ne laisse aucune place à «une certaine liberté d'appréciation». La Cour se penchera donc maintenant sur les critères de nécessité et de proportionnalité dans le cadre du droit international relatif à la légitime défense.» (Arrêt, par. 73.)

Cette affirmation de l'arrêt me paraît également contestable, car, selon moi, la question cruciale que la Cour doit aborder à ce stade de sa recherche est de savoir si l'interprétation que fait le défendeur de l'alinéa *d*) du paragraphe 1 de l'article XX dans son intégralité est justifiée ou non. La

the Court should not be to examine and assess the actions of the United States in question against the yardstick of “self-defence” under general international law applying the criteria of necessity and proportionality as the essential components of the right of self-defence under international law — a task which the Court in the present case has no jurisdiction to address as such. Instead, the task should be to examine and assess these actions of the United States against the yardstick of Article XX, paragraph 1 (*d*), of the Treaty applying the criteria of reasonableness and necessity as the essential ingredients inherent in that Article — a task which the Court is fully justified in carrying out within its jurisdiction.

36. To sum it up, the question that the Court should be addressing here is not the question as to whether the actions of the United States satisfied the requirements of “self-defence” under general international law; it is the question, first and foremost, of examining whether these actions were “necessary to protect [the] essential security interests [of the United States]” within the meaning of Article XX, paragraph 1 (*d*), of the 1955 Treaty. It is only as an ancillary part of this examination, and to that extent only, that the question of whether the concrete modalities that these actions of the United States took were in fact confined within the bounds prescribed by the relevant rules of international law relating to the use of force.

37. As has been repeatedly stressed above, it is crucial to keep in mind that in the present case the competence of the Court is limited to the examination of the claims of the Applicant under Article X, paragraph 1, and does not extend to the examination of a broader and general problem of self-defence under general international law as such. For this reason the present case is to be distinguished in some important respects from the case concerning *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua*, where the Court had jurisdiction to deal squarely with the issue of self-defence under international law in general. In this sense, whereas the Judgment asserts that “the criteria of necessity and proportionality must be observed *if a measure is to be qualified as self-defence*” (Judgment, para. 43; emphasis added), the issue here is not whether the measure in question is to be *qualified as self-defence*. The measures in question are to be tested against the criteria of Article XX, paragraph 1 (*d*), and not against the criteria of “self-defence” under general international law, except to the extent that an examination of the latter criteria becomes relevant as being ancillary to the examination of the former criteria.

38. The general problem of self-defence under international law is an extremely complex and even controversial subject both in terms of theory and practice. It is my considered view that while it is of utmost importance for the Court to pronounce its authoritative position on this general problem in a proper context, it should do so in a context where it should be possible for the Court to deal with the problem squarely in a full-fledged manner, with all its ramifications both in terms of the law and the facts involved.

Cour n'a pas à examiner et apprécier les actions en cause des Etats-Unis au regard du droit de «légitime défense» en droit international général, en appliquant les critères de nécessité et de proportionnalité qui en sont les éléments essentiels — cette tâche ne relève pas de sa compétence dans la présente affaire. Elle a seulement pour tâche d'examiner et d'apprécier les actions des Etats-Unis au regard de l'alinéa *d*) du paragraphe 1 de l'article XX du traité, en appliquant les critères essentiels de cet alinéa, c'est-à-dire en se demandant si ces actes étaient raisonnables et nécessaires — cette tâche-là relève pleinement de la compétence de la Cour.

36. Pour résumer, ce que la Cour devrait examiner ici, ce n'est pas la question de savoir si les actes des Etats-Unis satisfaisaient aux conditions d'exercice du droit de «légitime défense» en droit international général: c'est, avant tout et surtout, celle de savoir si ces actes étaient «nécessaires à la protection des intérêts vitaux [des Etats-Unis] sur le plan de la sécurité» au sens de l'alinéa *d*) du paragraphe 1 de l'article XX du traité de 1955. Ce n'est qu'accessoirement, et dans ces limites seulement, qu'elle doit se demander si les modalités concrètes revêtues par ces actes des Etats-Unis s'inscrivaient en fait dans les limites prescrites par les règles pertinentes du droit international sur l'emploi de la force.

37. Comme je l'ai déjà dit à plusieurs reprises, il est essentiel de ne pas oublier que, dans la présente affaire, la compétence de la Cour se borne à l'examen des demandes que le demandeur fonde sur le paragraphe 1 de l'article X, et qu'elle ne s'étend pas à l'examen du problème plus large et plus général de la légitime défense en droit international général. C'est pour cette raison que la présente espèce se distingue sur plusieurs points importants de l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, dans laquelle la Cour avait directement compétence pour traiter de manière générale de la question de la légitime défense au regard du droit international. En ce sens, et bien que l'arrêt affirme que «les critères de nécessité et de proportionnalité doivent être respectés *pour qu'une mesure puisse être qualifiée d'acte de légitime défense*» (arrêt, par. 43; les italiques sont de moi), la question n'est pas ici de savoir si les mesures en cause peuvent être *qualifiées d'actes de légitime défense*. Ces mesures doivent être appréciées au regard des critères de l'alinéa *d*) du paragraphe 1 de l'article XX, et non pas au regard de ceux de la «légitime défense» en droit international général, excepté dans la mesure où l'examen de ces derniers critères devient pertinent parce qu'utile — de manière accessoire — à l'examen des premiers.

38. Le problème général de la légitime défense en droit international est extrêmement complexe, et même controversé, tant en théorie qu'en pratique. Après mûre réflexion, je pense que, s'il est de la plus haute importance que la Cour expose son opinion autorisée sur ce problème lorsque le contexte s'y prête, il faut aussi que ce contexte lui permette d'aborder le problème directement et de façon approfondie, dans toutes ses ramifications tant sur le plan du droit que sur celui des faits.

39. Such is not the case with the present situation for a number of reasons. First of all, the scope of jurisdiction of the Court for considering the present case is narrowly limited, as has been indicated above. In addition, the Respondent in its submissions in the Counter-Memorial, in the Rejoinder and in its final submissions in the oral pleadings did not rely upon this concept of self-defence as its principal line of defence and did not argue it in its full scope. Last but not least important is the fact that the circumstances surrounding the whole series of incidents which allegedly triggered the actions of the United States are shrouded in such deep mist (and mystery) that it is not at all easy to ascertain the full facts relating to the case, and to assess the actions of the United States against those ascertained facts surrounding these actions in the context of the doctrine of self-defence in general international law. Whether the actions of the United States could be justified as an act of self-defence would depend in the final analysis to a great extent upon the facts of the situation surrounding this case, although in the context of the present proceedings, it would seem from the evidence presented to the Court that the Respondent, charged with the burden of proof on this point, could not be said in my view to have discharged the onus of proof to the satisfaction of the Court.

40. For all these reasons, I conclude that this cannot be the place for the Court to engage in an examination of the general problem of "self-defence" in international law. If the Court should decide to get into the second stage of the examination of the case relating to Article XX of the Treaty, it would seem proper for the Court to approach the problem primarily on the basis of the examination of the interpretation and application of Article XX, paragraph 1 (*d*), of the Treaty, and, if necessary as an ancillary exercise to this examination, to go into certain relevant aspects of a broader problem of international law on the use of force, but only to the extent relevant to the interpretation and application of Article XX.

IV. THE PRESENCE OF ASYMMETRY IN THE PRODUCTION OF EVIDENCE

41. It must be said that in my view the present case is a highly unusual and in some sense even bizarre case, in so far as its factual aspects are concerned. There are certain specific characteristics which make this case unique and make the task of the Court extremely complex.

First, with regard to the cause of action by the Applicant on the one hand, the military actions taken by the United States are public knowledge — a point of fact which the United States as Respondent does not contest. Thus the Applicant is not required to discharge the burden of proof, as far as the alleged facts that constitute its cause of action are concerned, as it would normally have to do in many contentious proceedings.

42. With regard to the defence by the Respondent on the other hand, at any rate in so far as its defence based on Article XX, paragraph 1 (*d*),

39. Cela n'est pas le cas en l'espèce, pour plusieurs raisons. Tout d'abord, l'étendue de la compétence de la Cour dans la présente affaire est étroitement limitée, comme on l'a vu plus haut. De plus, le défendeur, dans la thèse qu'il a présentée dans le contre-mémoire et dans la duplique, ainsi que dans les conclusions qu'il a déposées dans la procédure orale, n'a pas fondé principalement sa défense sur la notion de légitime défense et n'a pas pleinement développé cet argument. Enfin et surtout, le fait est que les circonstances entourant toute la série des incidents qui auraient déclenché les mesures des Etats-Unis sont enveloppées d'un tel voile de brume (et de mystère) qu'il n'est pas du tout facile d'établir entièrement les faits de la cause, ni de juger les actes des Etats-Unis compte tenu des faits ainsi établis, dans le cadre de la légitime défense en droit international général. La réponse à la question de savoir si les mesures des Etats-Unis sont justifiées par un état de légitime défense dépendrait dans une grande mesure, en dernière analyse, des circonstances de fait particulières à l'espèce, bien que, au vu des éléments de preuve présentés à la Cour pendant la procédure, le défendeur, à qui incombe la charge de la preuve sur ce point, ne semble pas à mon avis s'en être acquitté à la satisfaction de la Cour.

40. Pour toutes ces raisons, je conclus que la Cour n'a pas à aborder ici l'examen du problème de la «légitime défense» en général dans le droit international. Si la Cour décide de passer à la deuxième phase de l'examen de la cause en examinant l'article XX du traité, elle doit pour cela, semble-t-il, examiner avant tout l'interprétation et l'application de l'alinéa *d*) du paragraphe 1 de l'article XX du traité et, si nécessaire et accessoirement, aborder certains aspects pertinents du problème plus général de droit international relatif au recours à la force — mais seulement dans la mesure où cela est pertinent pour l'interprétation et l'application de l'article XX.

IV. LA DISSYMMÉTRIE DANS LA PRODUCTION DES ÉLÉMENTS DE PREUVE

41. A mon avis, la présente espèce est très inhabituelle — on pourrait même dire insolite — dans ses aspects factuels. Elle présente certaines caractéristiques qui la rendent unique en son genre et qui compliquent extrêmement la tâche de la Cour.

Premièrement, en ce qui concerne le motif de l'action du demandeur d'une part, les actions militaires des Etats-Unis sont de notoriété publique — fait que les Etats-Unis, en tant que défendeur, ne contestent pas. Ainsi, le demandeur n'a pas à prouver les faits qu'il allègue comme constituant le motif de son action, ainsi qu'il devrait le faire le plus souvent dans une procédure contentieuse.

42. En ce qui concerne les moyens de défense du défendeur, d'autre part, du moins ceux qu'il tire de l'alinéa *d*) du paragraphe 1 de l'ar-

is concerned, the Respondent is placed in a position to justify its actions taken in relation to certain alleged activities of the Applicant, by establishing that its actions in question were taken against those activities which were carried out by Iran. In this situation, the burden of proof on the factual aspects of these alleged activities of Iran has come to rest with the Respondent. It is the Respondent that has to establish that those activities, against which it claims to have taken certain measures in the form of military actions, are attributable to Iran — a point of fact which the Applicant categorically denies. The net effect of this situation is that somewhat paradoxically the failure of the Respondent in establishing certain material facts of the case could result, not simply in the failure of that Party in its claim against the opponent — represented in the present case typically in its counter-claim — but also in the attribution of international responsibility of that Party for its own actions taken against the alleged but unsubstantiated activities of the Applicant.

43. Second, more significantly, this problem of establishing certain material facts of the case has been made extremely difficult, due to the existence of a hidden third party to the case which nevertheless has not appeared as an actual party to the present proceedings — even by way of a third party intervention — but which in fact has presumably been a relevant party to the incidents that has led to the present proceedings. The existence of Iraq, a State which throughout the material period of the events that form the subject-matter of the present case was engaged in war against Iran, and was actively engaged in the “Tanker War” that formed the background of the incidents leading to the present proceedings, makes the problem of ascertaining the material facts extremely complex. Indeed, as the Judgment itself acknowledges, the actual situation that prevailed in the region at that time was such that it would not be unreasonable to surmise that virtually all the activities, involving attacks by missile launching and by minelaying against neutral shipping including the United States vessels passing through the Persian Gulf — the activities which the Respondent claims to have triggered its military actions at issue — were attributable either to Iran or to Iraq, or possibly to both (Judgment, para. 44).

44. Under these circumstances, if one were to succeed in reaching a truly objective conclusion on the problem of whether the actions of the United States in the present case were justified against the alleged activities of Iran in the Persian Gulf under Article XX, paragraph 1 (*d*), of the 1955 Treaty — a question that the Court in my view is spared of addressing in the present case, as long as the Court comes to the conclusion stated in the Judgment concerning Article X, paragraph 1, of the Treaty (Judgment, para. 99) — it would be necessary for the Court to be apprised of the whole truth about the relevant facts of the case in full relating to the situation during the material period, including the alleged incidents that led to the actions of the United States in 1987 and 1988. Indeed, as has been stated above in paragraph 39, it would only be on the

ticle XX, le défendeur est tenu, pour justifier les mesures qu'il a prises en réponse à certaines activités alléguées du demandeur, d'établir que ces mesures répondaient à des activités menées par l'Iran. Ainsi, le fardeau de la preuve, pour les aspects de fait de ces activités alléguées de l'Iran, pèse ici sur le défendeur. C'est lui qui doit établir que ces activités, contre lesquelles il prétend avoir pris certaines mesures sous forme d'actions militaires, sont imputables à l'Iran — fait que le demandeur nie catégoriquement. Le résultat de cette situation est que, assez paradoxalement, si le défendeur ne parvient pas à établir certains faits, cela risque d'avoir pour conséquence, non seulement qu'il n'obtiendra pas ce qu'il réclame contre son adversaire — c'est-à-dire, principalement, ce qui est exposé dans sa demande reconventionnelle — mais aussi que sa responsabilité internationale sera engagée pour des actions qu'il aura lui-même prises en réponse aux activités alléguées mais non prouvées du demandeur.

43. Deuxièmement, et cela est encore plus important, l'établissement de certains faits pertinents a été rendu extrêmement difficile par l'existence d'une tierce partie cachée, qui, bien qu'elle n'ait pas participé à l'instance — ni même demandé à intervenir dans la procédure —, a certainement joué un rôle dans les incidents dont découle la présente affaire. L'existence de l'Iraq, Etat qui, pendant toute la période pertinente pour l'affaire, faisait la guerre à l'Iran et participait activement à la « guerre des pétroliers » sur le fond de laquelle se sont déroulés les incidents qui sont à l'origine de l'affaire, rend extrêmement compliqué l'établissement des faits. En fait, comme l'arrêt lui-même le reconnaît, vu la situation qui existait à l'époque dans la région, il ne serait pas déraisonnable de supposer que presque toutes les activités impliquant des attaques par missile et le mouillage de mines visant les navires neutres, y compris ceux des Etats-Unis passant par le golfe Persique — activités qui, selon le défendeur, auraient déclenché ses actions militaires en cause —, étaient imputables soit à l'Iran soit à l'Iraq, soit peut-être à ces deux Etats à la fois (arrêt, par. 44).

44. Dans ces circonstances, pour répondre de manière vraiment objective à la question de savoir si les actions en cause des Etats-Unis étaient justifiées face aux activités alléguées de l'Iran dans le golfe Persique au regard de l'alinéa *d*) du paragraphe 1 de l'article XX du traité de 1955 — question que la Cour, à mon avis, n'a pas à aborder en l'espèce dès lors qu'elle aboutit à la conclusion contenue dans l'arrêt au sujet du paragraphe 1 de l'article X du traité (arrêt, par. 99) —, il faudrait que la Cour connaisse toute la vérité sur tous les faits pertinents concernant la situation pendant la période en cause, y compris les incidents allégués qui ont conduit aux actions des Etats-Unis en 1987 et 1988. En réalité, comme je l'ai dit au paragraphe 39, c'est seulement sur la base de tous ces faits pleinement vérifiés que la Cour pourrait déterminer de façon concluante si

basis of such ascertained full facts that the Court could assess in a conclusive manner whether the alleged actions of the United States met the conditions prescribed by the provisions of Article XX, paragraph 1 (*d*), including, as relevant, the rules of general international law on the use of force. This, I submit, the Court has not done. In order to do that, in my view, the Court would have had to go deeper into ascertaining the facts surrounding the case.

45. It goes without saying as a basic starting point in this context that a fundamental principle on evidence *actori incumbit onus probandi* should apply in the present case as well. Thus, the onus of proof to establish these relevant facts inevitably lies with the Party which claims the existence of these facts (i.e., the Respondent) as the basis for the defence of its actions complained of by the Applicant. On this basis, it must be said that the Respondent has failed to discharge this burden of proof to the satisfaction of the Court. To this extent, I concur with the conclusion on this specific point reached by the Judgment.

46. Nevertheless, there is no denying the fact that there undoubtedly exists an asymmetry in the situation surrounding this case as described above, in terms of producing evidence for discharging the burden of proof, between the position of the Applicant in its claim against the Respondent and the position of the Respondent in its defence against the Applicant. I am prepared to accept that this asymmetry is inherent in the circumstances of the present case and that there is little the Court can do under the circumstances. It is primarily the task incumbent upon the party which claims certain facts as the basis of its contention to establish them by producing sufficient evidence in accordance with the principle *actori incumbit onus probandi*.

47. Accepting as given this inherent asymmetry that comes into the process of discharging the burden of proof, it nevertheless seems to me important that the Court, as a court of justice whose primary function is the proper administration of justice, should see to it that this problem relating to evidence be dealt with in such a way that utmost justice is brought to bear on the final finding of the Court and that the application of the rules of evidence should be administered in a fair and equitable manner to the parties, so that the Court may get at the whole truth as the basis for its final conclusion. It would seem to me that the only way to achieve this would have been for the Court to take a more proactive stance on the issue of evidence and that of fact-finding in the present case.

48. This brings me to the problem of the standard of proof to be required for discharging the burden of proof in a case where the party who carries the burden of proof, though responsible for discharging that burden, finds itself in an extremely difficult situation as seen from an objective point of view.

49. It was Judge Sir Hersch Lauterpacht who stated, on this question of the burden of proof, although under quite different circumstances, as follows:

les actions alléguées des Etats-Unis répondaient aux conditions prescrites par l'alinéa *d*) du paragraphe 1 de l'article XX, y compris, dans la mesure nécessaire, par les règles de droit international général relatives au recours à la force. A mon sens, la Cour ne l'a pas fait: il aurait fallu pour cela qu'elle s'engageât plus avant dans l'établissement des faits de la cause.

45. Il va sans dire à cet égard que le principe fondamental en matière de preuve — *actori incumbit onus probandi* — doit aussi s'appliquer en l'espèce. C'est donc inévitablement à la partie qui invoque l'existence de certains faits pour justifier les actions qui lui sont reprochées par le demandeur (autrement dit, au défendeur) qu'il incombe de prouver ces faits. Cela étant, on doit dire que le défendeur ne s'est pas acquitté de ce fardeau de la preuve à la satisfaction de la Cour. Dans cette mesure, j'approuve la conclusion de l'arrêt sur ce point.

46. Néanmoins, on ne peut nier qu'il existe une dissymétrie évidente dans la situation décrite ci-dessus, en ce qui concerne le fardeau de la preuve, entre la position du demandeur à l'égard du défendeur et la position du défendeur à l'égard du demandeur. Je veux bien admettre que cette dissymétrie est inhérente aux circonstances de l'espèce, et qu'il n'y a pas grand-chose que la Cour puisse faire compte tenu de ces circonstances: il incombe essentiellement à la partie qui allègue certains faits comme base de sa thèse d'établir ces faits par des preuves suffisantes en application du principe *actori incumbit onus probandi*.

47. Mais, même en acceptant l'idée que cette dissymétrie découle inévitablement de l'application du principe régissant le fardeau de la preuve, je crois qu'il serait important que la Cour, dont la fonction essentielle en tant que cour de justice est la bonne administration de la justice, veille à régler ce problème de manière à ce que ses conclusions finales soient adoptées en toute justice, et de manière à appliquer les règles de preuve de façon juste et équitable pour les parties, afin de pouvoir faire toute la lumière sur une affaire avant d'adopter ses conclusions finales. Il me semble que le seul moyen d'y parvenir aurait été pour la Cour d'adopter une attitude plus active en matière de preuve et d'établissement des faits dans la présente affaire.

48. Cela m'amène au problème des critères de preuve qui peuvent être appliqués dans le cas où la partie à qui incombe le fardeau de la preuve se trouve dans une situation extrêmement difficile d'un point de vue objectif.

49. C'est sir Hersch Lauterpacht qui, au sujet de cette question du fardeau de la preuve, quoique dans des circonstances très différentes, a déclaré:

“There is, in general, a degree of unhelpfulness in the argument concerning the burden of proof. However, some *prima facie* distribution of the burden of proof there must be . . . [T]he degree of burden of proof . . . to be adduced ought not to be so stringent as to render the proof unduly exacting.” (*Certain Norwegian Loans, I. C. J. Reports 1957*, p. 39.)

50. The Court in the *Corfu Channel* case was itself confronted with a situation where such consideration could apply. On the question of the standard of proof involved in this case, the Court had the following to say:

“It is clear that knowledge of the minelaying cannot be imputed to the Albanian Government by reason merely of the fact that a minefield discovered in Albanian territorial waters caused the explosions of which the British warships were the victims

On the other hand, the fact of [the] exclusive territorial control exercised by a State within its frontiers has a bearing upon the methods of proof available to establish the knowledge of that State as to such events. By reason of this exclusive control, the other State, the victim of a breach of international law, is often unable to furnish direct proof of facts giving rise to responsibility. Such a State should be allowed a more liberal recourse to inferences of fact and circumstantial evidence. This indirect evidence is admitted in all systems of law, and its use is recognized by international decisions. It must be regarded as of special weight when it is based on a series of facts linked together and leading logically to a single conclusion.” (*I. C. J. Reports 1949*, p. 18.)

51. It goes without saying that there are fundamental differences between the circumstances that gave rise to the incidents which formed the cause of action by the Applicant before the Court in the *Corfu Channel* case and the circumstances that led to the incidents which formed the basis for the defence by the Respondent before the Court in the present case. One of the critical differences lies in the fact that the incidents in the *Corfu Channel* case took place within the territorial waters of the Respondent, while the incidents in question in the present case allegedly took place in the international waters of the Gulf where the Applicant had no “exclusive territorial control” (*ibid.*).

52. Nevertheless, it would seem to me that this *dictum* of the *Corfu Channel* case contains some valid points which could be susceptible of general application to an international court, where the procedures and rules on evidence seem to be much less developed, and the task of the Court for fact finding much more demanding, than in the case of the national courts. It is on this consideration that, without in any way prejudging the ultimate outcome of such examination by the Court in the present case, I should have liked to see the Court engage in a much more

«D'une manière générale, il n'y a pas grande assistance à attendre de l'argument visant le fardeau de la preuve. Il faut toutefois qu'il y ait une certaine répartition *prima facie* du fardeau de la preuve... [L]e degré du fardeau de la preuve à produire ... ne doit pas être si strict qu'il rende la preuve déraisonnablement difficile.» (*Certains emprunts norvégiens, C.I.J. Recueil 1957, p. 39.*)

50. Dans l'affaire du *Détroit de Corfou*, la Cour s'est elle-même trouvée face à une situation où cette considération pouvait s'appliquer. Sur la question des critères de preuve à utiliser dans cette affaire, la Cour a déclaré ce qui suit :

«On ne peut assurément induire la connaissance du mouillage chez le Gouvernement albanais du seul fait qu'un champ de mines découvert dans ses eaux territoriales a provoqué les explosions dont furent victimes les navires de guerre britanniques...

En revanche, le contrôle territorial exercé par l'Etat dans les limites de ses frontières n'est pas sans influence sur le choix des modes de preuve propres à démontrer cette connaissance. Du fait de ce contrôle exclusif, l'Etat victime d'une violation du droit international se trouve souvent dans l'impossibilité de faire la preuve directe des faits d'où découlerait la responsabilité. Il doit lui être permis de recourir plus largement aux présomptions de fait, aux indices ou preuves circonstanciées (*circumstantial evidence*). Ces moyens de preuve indirecte sont admis dans tous les systèmes de droit et leur usage est sanctionné par la jurisprudence internationale. On doit les considérer comme particulièrement probants quand ils s'appuient sur une série de faits qui s'enchaînent et qui conduisent logiquement à une même conclusion.» (*C.I.J. Recueil 1949, p. 18.*)

51. Il va sans dire qu'il y a des différences fondamentales entre les circonstances qui ont donné lieu aux incidents qui ont poussé le demandeur à agir devant la Cour dans l'affaire du *Détroit de Corfou* et celles qui ont causé les incidents sur lesquels le défendeur fonde sa défense dans la présente affaire. L'une des plus importantes réside dans le fait que, dans l'affaire du *Détroit de Corfou*, les incidents avaient eu lieu dans les eaux territoriales du défendeur, alors que ceux qui sont allégués ici se seraient produits dans les eaux internationales du golfe, où le demandeur n'avait pas de «contrôle territorial exclusif» (*ibid.*).

52. Néanmoins, il me semble que ce *dictum* de l'affaire du *Détroit de Corfou* contient des éléments valables qui seraient susceptibles d'application générale dans une juridiction internationale, où les procédures et règles en matière de preuve semblent moins développées — et la tâche consistant à établir les faits beaucoup plus difficile — que dans les juridictions nationales. C'est pourquoi, sans préjuger aucunement du résultat qu'aurait eu un tel examen dans la présente affaire, j'aurais aimé voir la Cour se livrer à un examen beaucoup plus approfondi de ce délicat pro-

in-depth examination of this difficult problem of ascertaining the facts of the case, if necessary *proprio motu*, through various powers and procedural means available to the Court under its Statute and the Rules of Court, including those relating to the questions of the burden of proof and the standard of proof, in the concrete context of the present case.

(Signed) Hisashi OWADA.

blème de l'établissement des faits en l'espèce, *proprio motu* si besoin était, grâce aux divers pouvoirs et moyens de procédure dont elle dispose en vertu de son Statut et de son Règlement, y compris ceux qui concernent le fardeau de la preuve et les exigences en matière de preuve, dans le contexte concret de la présente espèce.

(Signé) Hisashi OWADA.
