

## OPINION INDIVIDUELLE DE M. LE JUGE RIGAUX

*Position asymétrique des deux Parties — Motivation du rejet de la demande reconventionnelle — Insuffisance des moyens de preuve de l'imputabilité des faits à l'Iran — Nationalité non américaine des navires victimes des attaques — Motivation du rejet de l'action originaire — Moyen tiré de l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'article XX du traité de 1955 — Légitime défense — Incidence des dommages infligés aux plates-formes par les attaques iraqiennes — Argument tiré de l'Executive Order 12613 du 27 octobre 1987 — Commerce «indirect» entre les territoires des hautes parties contractantes — Contradiction entre les motifs du rejet de la demande originaire et le dispositif qui y est relatif — Prohibition du recours à la force armée, principe fondamental du droit international.*

\* \* \*

	<i>Paragraphes</i>
I. POSITION ASYMÉTRIQUE DES DEUX PARTIES	1-3
II. OBSERVATIONS RELATIVES À LA MOTIVATION DU DISPOSITIF DE REJET DE LA DEMANDE RECONVENTIONNELLE	4-13
III. OBSERVATIONS RELATIVES À LA MOTIVATION DU REJET DE LA DEMANDE ORIGINNAIRE	14-30
a) La distinction entre le moyen tiré de l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'article XX du traité de 1955 et celui qui est fondé sur la légitime défense	14-19
b) Observations relatives à l'interprétation et à l'application du paragraphe 1 de l'article X du traité de 1955	20-29
i) Le lien de causalité entre les dommages causés aux plates-formes de Reshadat et la prolongation de leur mise hors service	21-25
ii) L'incidence de l'Executive Order 12613 du 29 octobre 1987 sur la liberté de commerce	26
iii) L'existence et la pertinence d'un commerce «indirect» entre les territoires des deux hautes parties contractantes	27-29
c) N'y a-t-il pas une contradiction entre les motifs du rejet de la demande originaire et le dispositif qui y est relatif?	30
IV. LA PROHIBITION DU RECOURS À LA FORCE, PRINCIPE FONDAMENTAL DU DROIT INTERNATIONAL	31-33

## I. POSITION ASYMÉTRIQUE DES DEUX PARTIES

1. Saisie de deux actions croisées, respectivement la demande introduite par la République islamique d'Iran contre les Etats-Unis et une demande reconventionnelle émanant de l'Etat défendeur à l'action originaire, la Cour conclut au rejet de l'une comme de l'autre de ces demandes. En renvoyant les deux Parties dos à dos, le dispositif de l'arrêt reflète une image simplificatrice des griefs respectifs de l'une et de l'autre Parties. Je puis me rallier au point 2 et à la première partie du point 1 du dispositif sans être d'accord sur tous les aspects de la motivation qui les soutient. En revanche, je me sépare plus radicalement de la décision de la Cour formulée dans la seconde partie du point 1 du dispositif. En conséquence, la présente opinion est dissidente sur cette seule partie et concordante (*concurring*) sur les autres éléments du dispositif.

2. L'adoption de deux dispositifs sensiblement équivalents trahit la dissymétrie des positions respectives des Parties et des enjeux du différend. Bien que chacune des Parties accuse l'autre d'un usage illicite de la force armée, lequel constitue l'objet juridique commun aux deux actions, la vérification des faits et la détermination du titre de compétence procuré par le paragraphe 1 de l'article X du traité de 1955 sont radicalement différentes selon qu'il faut y procéder à propos de la demande originaire et de l'action reconventionnelle.

En ce qui concerne les faits, il n'est pas contesté et, au demeurant, il serait incontestable, que trois plates-formes pétrolières appartenant à la NIOC ont été intentionnellement détruites ou endommagées par des attaques armées américaines (voir par. 66 à 68 de l'arrêt). En revanche, les accusations lancées contre l'Iran ayant trait soit au mouillage de mines, soit au lancement de missiles sur des navires naviguant dans le golfe Persique n'ont pas été appuyées d'une démonstration entraînant la conviction de la Cour.

A pareille asymétrie en ce qui concerne les faits s'ajoute un défaut analogue de symétrie en ce qui concerne la nationalité du bien ayant fait l'objet d'une agression vérifiée ou alléguée. Les plates-formes pétrolières étaient un bien public iranien, alors que les navires atteints par une mine ou par un missile ne satisfaisaient pas à la condition de nationalité exigée par l'article X du traité de 1955 (voir par. 9 et 10 ci-après), l'un d'eux étant en outre exclu du champ d'application de cet article en sa qualité de navire de guerre.

3. De cette double dissymétrie, il résulte que l'Iran aurait pu se borner à contester la réalité et la pertinence de faits dont le demandeur sur reconvention n'avait pas administré une preuve satisfaisante, tandis que les Etats-Unis d'Amérique ont été contraints de rechercher des justifications juridiques de nature à dépouiller les faits établis de leur caractère illicite. Leur position a varié sur ce point. Dans la période qui a suivi immédiatement les attaques armées, le Gouvernement américain s'est prévalu de son «droit naturel de légitime défense» (voir par. 67 et 72 de l'arrêt). Plus tard, et notamment devant la Cour, la justification a été

cherchée dans le paragraphe 1 de l'article XX du traité de 1955, sans que l'argument tiré de la légitime défense ait jamais été totalement abandonné. En réalité et comme le confirme le déclinatoire de compétence soulevé devant la Cour, le Gouvernement américain n'a pas eu dès l'abord l'intention de placer son action militaire sous le couvert d'une disposition du traité de 1955. Quoi qu'il en soit, la Cour ne saurait manquer de soumettre la légalité internationale des attaques armées des Etats-Unis au paragraphe 1 de l'article XX précité, ainsi qu'au droit international général régissant l'emploi de la force (voir par. 41 de l'arrêt). C'est pour rencontrer les moyens de défense soulevés par les Etats-Unis que la Cour est conduite à interpréter et à appliquer l'article XX du traité de 1955 à la lumière du droit international général.

## II. OBSERVATIONS RELATIVES À LA MOTIVATION DU DISPOSITIF DE REJET DE LA DEMANDE RECONVENTIONNELLE

4. La demande reconventionnelle fait l'objet des paragraphes 101 à 124 de l'arrêt. Sous réserve des observations qui vont suivre et qui concernent notamment le paragraphe 123, je me rallie sans difficulté à la conclusion de la Cour et au point 2 du dispositif. Je regrette cependant les limites trop étroites dans lesquelles la Cour a enfermé les motifs de sa décision. Comme l'annonce le paragraphe 120 de l'arrêt, la Cour énumère «dans l'ordre chronologique» les attaques attribuées à l'Iran et à propos de chacune de celles-ci elle se borne à vérifier si le navire désigné dans la demande reconventionnelle se livrait au commerce ou à la navigation entre les territoires des deux hautes parties contractantes (par. 120 de l'arrêt). Telle qu'elle apparaît sous le paragraphe 121, la conclusion globale est négative: «Aucun des navires dont les Etats-Unis indiquent qu'ils auraient été endommagés par des attaques iraniennes ne se livrait au commerce ou à la navigation «entre les territoires des deux Hautes Parties contractantes».»

5. Deux autres motifs, dont chacun desquels eût suffi à faire rejeter la demande reconventionnelle, ont été omis par la Cour.

Le premier porte sur l'imputabilité des faits dont l'Iran était accusé. La matérialité de ces faits ne prêtait pas au doute, encore fallait-il démontrer qu'ils étaient imputables à un organe de l'Etat défendeur sur reconvention. Non seulement l'Iran n'a pas cessé de contester que sa responsabilité fût établie pour aucun des incidents énumérés dans la demande américaine, mais la Cour elle-même n'a pas été convaincue des arguments présentés par le Gouvernement américain sur ce point (voir notamment par. 58 et 59 et 71 et 72 de l'arrêt). Toutefois, les éléments sur lesquels la Cour se fonde pour écarter les causes de justification ou d'excuse invoquées par le défendeur à l'action originaires ne sont pas repris lors de l'examen de la demande reconventionnelle.

6. Durant la guerre entre l'Iran et l'Iraq, ce qu'on a appelé «guerre des pétroliers» (*Tanker War*) a consisté en l'usage de la force contre des

navires, principalement des pétroliers, battant pavillon d'Etats autres que les deux belligérants. Pour ceux-ci, l'exportation de produits pétroliers, principale ressource de l'économie tant de l'un que de l'autre Etats, était indispensable à la poursuite de la guerre qui requérait de considérables moyens financiers. La nécessité en était particulièrement contraignante pour l'Iran qui, à la différence de l'Iraq, ne bénéficiait d'aucune aide extérieure. Une autre différence entre les deux Etats portait sur les moyens de transporter le pétrole vers les pays étrangers: alors qu'une partie au moins du pétrole iraquien était exportée par la voie terrestre, tout le pétrole iranien devait nécessairement emprunter la voie maritime du golfe Persique.

La guerre des pétroliers est analysée dans deux ouvrages, dont les données concordent le plus souvent, l'un d'une chercheuse égyptienne, M<sup>me</sup> Nadia El-Sayed El-Shazly<sup>1</sup>, l'autre d'un professeur américain, George K. Walker<sup>2</sup>. Durant les premières années du conflit entre l'Iran et l'Iraq (1981-1984), le principal protagoniste de la guerre des pétroliers fut l'Iraq (Walker, p. 46), qui s'efforça de rompre le flux d'exportation du pétrole iranien, et obtint quelques succès à cet égard (Walker, p. 51). Les attaques iraniennes ne débutèrent qu'en février 1984 (El-Shazly, p. 202). Le nombre de navires, presque tous des pétroliers, touchés par les forces de l'un ou l'autre Etat dépasse le chiffre de quatre cents (Walker, p. 74), il atteindrait le chiffre de quatre cent soixante-trois (El-Shazly, p. 307). Selon d'autres sources qui ne contredisent pas les précédentes, l'Iraq aurait attaqué deux cent trente-quatre navires et l'Iran cent soixante-trois<sup>3</sup>. M<sup>me</sup> El-Shazly et M. Walker procurent des indications pertinentes sur la composition des flottes de pétroliers évoluant dans le golfe Persique. D'après Walker:

«En 1986, il n'y avait pratiquement plus aucun navire marchand étranger battant pavillon des Etats-Unis; des navires d'autres nations avaient pris le relais, notamment ceux battant pavillon de complaisance, qui appartenaient souvent à des intérêts commerciaux américains.» (P. 37.) [Traduction du Greffe.]

Cette observation est corroborée par M<sup>me</sup> El-Shazly:

<sup>1</sup> Nadia El-Sayed El-Shazly, *The Gulf Tanker War, Iran and Iraq's Maritime Sword-play*, 1998.

<sup>2</sup> George K. Walker, *The Tanker War, 1980-88: Law and Policy*, International Law Studies, 2000, vol. 74.

<sup>3</sup> David L. Peace, «Major Maritime Events in the Persian Gulf War», document présenté le 21 avril 1988 lors de la quatre-vingt-deuxième réunion annuelle de l'American Society of International Law, p. 3, cité par Mark W. Janis, «Neutrality», chap. VI de *The Law of Naval Operations*, International Law Studies, vol. 64, Horace B. Robertson Jr. (dir. publ.), p. 150. Le chiffre approximatif de quatre cents est également avancé par Francis V. Russo Jr., «Neutrality at Sea: State Practice in the Gulf War as Emerging International Customary Law», *Ocean Development International Law*, 1988, vol. 19, p. 381. Seul F. L. Wiswall, «Neutrality, the Rights of Shipping and the Use of Force in the Persian Gulf», *Virginia Journal of International Law*, 1991, vol. 31, p. 620, avance le chiffre de cinq cent trente-six attaques.

« Les propriétaires de flottes de pétroliers vieillissants, immatriculés dans des pays à la réglementation quasi inexistante, les incitèrent à envoyer leurs vieux pétroliers dans le Golfe. Ceux-ci battaient pour la plupart pavillon de complaisance, étaient pourvus d'équipages peu rémunérés et peu formés, et présentaient des défauts structurels. » (P. 44.) [*Traduction du Greffe.*]

Les deux observations convergent et elles expliquent pourquoi les Etats-Unis assumèrent, durant la guerre des pétroliers, la fonction de protéger la liberté de navigation en général, y incluant celle de navires ne battant pas leur pavillon. Parmi les pétroliers apparaissant sur les listes successivement produites par la Partie américaine, on ne s'étonnera dès lors pas de trouver deux navires panaméens (*Texaco Caribbean, Grand Wisdom*), cinq navires libériens (*Lucy, Diane, Stena Explorer, Stena Concordia, Sungari*), un navire bahamien (*Esso Freeport*). Hormis les deux pétroliers koweïtiens ayant obtenu un pavillon de complaisance américain, sur lesquels on reviendra, seul l'*Esso Demetia* battait pavillon d'un Etat (le Royaume-Uni) n'appartenant pas à la catégorie des Etats connus pour la facilité avec laquelle ils immatriculent des navires dépourvus de lien réel et pour le laxisme du contrôle exercé sur ces navires.

7. L'incident le plus grave de la guerre des pétroliers, celui qui fit le plus de victimes humaines (trente-six tués et vingt et un blessés graves), est la destruction du navire de guerre américain USS *Stark* par deux missiles Exocet irakiens le 17 mai 1987. Le Gouvernement irakien exprima ses regrets au Gouvernement des Etats-Unis et indemnisa celui-ci en 1989 (Walker, p. 60; El-Shazly, p. 282-292). D'une manière qui doit être jugée paradoxale, après cette attaque (qui n'avait peut-être d'autre intention que de la rendre imputable à l'Iran et d'entraîner l'internationalisation de la guerre), la position des Etats-Unis continua à s'infléchir en faveur de l'Iraq. C'est à la fin du même mois (le 29 mai) que l'*Assistant Secretary of Defense*, Richard Armitage, déclara : « Nous ne pouvons accepter une défaite de l'Iraq. »<sup>4</sup> [*Traduction du Greffe.*] M<sup>me</sup> El-Shazly à qui est empruntée cette citation ajoute : « C'est ainsi qu'il mit un terme à la neutralité des Etats-Unis dans la guerre Iran-Iraq et que ce mythe fut officiellement enterré. » (P. 291.) [*Traduction du Greffe.*]

Une conséquence non moins paradoxale de l'attaque irakienne contre l'USS *Stark* est qu'elle accéléra la décision de faire passer sous pavillon américain des pétroliers appartenant à une société de droit public koweïtienne, la Kuwaiti Oil Tanker Company (KOTC). Les pourparlers durèrent plusieurs mois car le projet rencontra des résistances aux Etats-Unis,

<sup>4</sup> Cf. les informations données par le quotidien *Le Monde*, sous la signature d'Eric Leser, « Les Etats-Unis ont lourdement armé l'Iraq dans les années 1980 », le 8 mars 2003, p. 4, et par le même quotidien, le 27 mars 2003, p. 8. Voir encore Francis A. Boyle, « International Crisis and Neutrality: United States Foreign Policy toward the Iran-Iraq War », *Mercer Law Review*, 1992, vol. 43, p. 523-562. Voir aussi les déclarations américaines citées par M. Bundy, CR 2003/5, p. 4 et suiv.

notamment au Congrès. Ce qui emporta la décision est que durant la même période l'Union soviétique avait offert au Koweït de lui rendre le même service. La décision américaine se laisse analyser comme l'expression de la volonté de ne pas laisser l'URSS prendre place dans le golfe Persique (El-Shazly, p. 237, 271-282 et 301; Walker, p. 60-62)<sup>5</sup>. L'un des deux navires passés sous pavillon américain repris dans l'action reconventionnelle, le *Bridgeton*, avait aussi changé de nom (il était dénommé *Al Rekkah*, quand il battait pavillon koweïtien, El-Shazly, p. 292). On notera encore que la Chine et la France avaient refusé de donner leur pavillon à des pétroliers koweïtiens, tandis que le Royaume-Uni s'était déclaré disposé à les protéger sans changement de pavillon (El-Shazly, p. 273). La nature totalement artificielle de pareil changement, mesure d'opportunité inspirée par les circonstances, est démontrée par le fait que dès janvier 1989 il fut procédé au retour de ces navires sous le pavillon koweïtien (« *deflagging* », Walker, p. 73; Wiswall, p. 623, note 13).

Pour convaincre la commission des relations étrangères du sénat du bien-fondé de l'attribution du pavillon américain à onze pétroliers koweïtiens, Michael H. Armacost, *Under Secretary for Political Affairs*, fit un exposé circonstancié de la politique américaine dans le golfe Persique :

« C'est pour contrer les aspirations hégémoniques de l'Iran que les Etats arabes du Golfe continuent à soutenir l'Iraq. C'est pour des raisons similaires que d'autres puissances alliées proches, telles que l'Egypte et la Jordanie, soutiennent elles aussi l'Iraq... »<sup>6</sup>

L'aide apportée au Koweït est ensuite justifiée par le soutien financier consenti à l'Iraq par cet Etat et par d'autres pays arabes.

« Nous comprenons pourquoi le Koweït et de nombreuses autres nations arabes considèrent que, si l'Iraq devait s'effondrer face à l'Iran, leur sécurité et leur stabilité ne seraient plus garanties. Nous ne souhaitons pas que l'Iran sorte vainqueur de ce terrible conflit.

Toutefois, les Etats-Unis demeureront officiellement neutres dans cette guerre. »<sup>7</sup>

8. Seule une lecture rapide et superficielle de la résolution 552 (1984) du 1<sup>er</sup> juin 1984 du Conseil de sécurité de l'Organisation des Nations Unies permet d'y discerner une condamnation même implicite des attaques imputées à l'Iran. La résolution a été adoptée à la suite d'une lettre du 21 mai 1984, « dans laquelle les représentants de l'Arabie saoudite, de Bahreïn, des Emirats arabes unis, du Koweït, de l'Oman et du Qatar se plaignaient des attaques lancées par l'Iran contre des navires marchands à destination ou en provenance de ports d'Arabie saoudite et du Koweït ». Toutefois, l'iden-

<sup>5</sup> En ce qui concerne le rôle joué par la concurrence soviétique, voir en outre Ademuni-Odeka, « Merchant Shipping and the Gulf War », *Marine Policy Reports*, 1988, vol. 10, n° 3, p. 8-9, qui qualifie l'offre soviétique de « blackmail ».

<sup>6</sup> *International Legal Materials*, 1987, vol. 26, p. 1429. [Traduction du Greffe.]

<sup>7</sup> *Ibid.*, p. 1430. [Traduction du Greffe.]

tification de l'Etat accusé de ces attaques n'apparaît que dans le premier considérant du préambule de la résolution, auquel est emprunté le texte reproduit ci-dessus. Le dispositif de la résolution se borne à réaffirmer «le droit de libre navigation» (point 1) et à appliquer ce principe aux «navires marchands à destination ou en provenance de ports et installations d'Etats riverains qui ne sont pas parties aux hostilités» (point 2), à demander «à tous les Etats» de «s'abstenir de tout acte qui pourrait avoir pour effet d'aggraver ou d'étendre le conflit» (point 3), à condamner «les attaques lancées récemment contre des navires marchands à destination ou en provenance de ports d'Arabie saoudite et du Koweït» (point 4). Nulle trace d'une condamnation de l'Iran, cependant clairement visé par la lettre du 21 mai 1984, et l'on conçoit assez bien que le Conseil de sécurité qui n'avait pas pu ou pas osé désigner l'agresseur de la guerre déclenchée en 1980 ne pouvait davantage porter condamnation de l'Iran alors que, en 1984, la responsabilité initiale et quasi exclusive de la guerre des pétroliers incombaît à l'Iraq. Il serait dès lors erroné de confondre la reproduction dans le premier considérant de la résolution des termes de la demande formulée par les Etats riverains du golfe Persique avec une appréciation du Conseil lui-même. Il est permis d'estimer *a contrario* que, en s'abstenant de condamner nommément l'Etat désigné dans le document qui l'avait saisi, le Conseil de sécurité s'est délibérément abstenu de porter la condamnation précise sollicitée par les Etats signataires de la lettre<sup>8</sup>.

9. Il y avait encore un autre motif de rejet de l'action reconventionnelle, à savoir celui qui aurait pu — et dû — être déduit de la nationalité des navires victimes d'attaques à tort imputées à l'Iran.

Appliquant à la liste reproduite sous le paragraphe 6 le critère du rattachement d'un navire à un Etat par son pavillon, c'est-à-dire par son immatriculation, on constate qu'un seul navire, l'USS *Samuel B. Roberts*, satisfait incontestablement à cette condition, mais il s'agit d'un navire de guerre qui, en raison de cette qualité, doit être soustrait à l'application du traité de 1955, ainsi que la Cour l'a elle-même constaté (par. 120, alinéa *i*), de l'arrêt). Hormis deux navires koweïtiens réimmatriculés aux Etats-Unis, le *Bridgeton* et le *Sea Isle City*, qui méritent aussi un examen particulier, aucun des pétroliers dont l'attaque est imputée à l'Iran ne battait pavillon américain. Il s'agit du *Texaco Caribbean*, panaméen, du *Lucy* et du *Diane*, immatriculés au Libéria, et de l'*Esso Freeport* battant pavillon des Bahamas. En acceptant l'allongement de la liste, pour la première fois proposée dans la duplique du 23 mars 2001, on ne trouve pas davantage de navire satisfaisant à la condition de nationalité requise. Trois de ces navires battaient pavillon du Libéria, le *Stena Explorer*, le *Stena Concordia* et le *Sungari*, un est panaméen, le *Grand Wisdom*, et le dernier, l'*Esso Demetia*, britannique.

<sup>8</sup> Cf. dans le même sens Russo, *op. cit.*, p. 395-396; W. J. Fenrick, «The Exclusion Zone Device in the Law of Naval Warfare», *The Canadian Yearbook of International Law*, 1986, vol. XXIV, p. 120.

Tant l'article 6 de la convention de Genève du 29 avril 1958 sur la haute mer que l'article 92 de la convention de Montego Bay du 10 décembre 1982 ne reconnaissent à un navire que la nationalité d'un seul Etat, celui du pavillon. Il a été fait application de ce principe par la Cour de justice des Communautés européennes<sup>9</sup>.

A la question de savoir si les navires ayant la nationalité d'Etats tiers entrent dans les prévisions de la clause de juridiction du traité de 1955, la Partie américaine apporte deux tentatives de réponse. Selon la première, les Etats-Unis auraient assumé la protection de la liberté de navigation *en général* dans les eaux du golfe Persique durant la guerre entre l'Iran et l'Iraq. Pareille initiative n'était certes pas interdite aux Etats-Unis mais elle ne saurait être opposée à l'Iran pour l'application et l'interprétation du traité de 1955. Au surplus, aucun des Etats repris sur la liste, ni les Bahamas, ni le Libéria, ni le Panama, ni le Royaume-Uni, n'a adressé à l'Iran une réclamation quelconque et aucun des ces Etats n'a confié aux Etats-Unis la défense de ses intérêts. Dans le paragraphe 123 de l'arrêt la Cour a considéré que,

«dans les circonstances de la présente espèce, une réclamation de caractère général alléguant la violation du paragraphe 1 de l'article X du traité de 1955 ne peut être examinée sans tenir compte des incidents précis par lesquels les actions de l'Iran auraient rendu le golfe Persique périlleux pour le commerce ou la navigation, et spécialement pour le commerce et la navigation entre les territoires des parties».

La seconde phrase du second alinéa du paragraphe 123 et le paragraphe 124 de l'arrêt concluent, pour ce motif, au rejet de la demande des Etats-Unis.

10. Une autre justification avancée par les Etats-Unis consiste en la tentative d'identifier un «intérêt américain» prenant le relais du pavillon défaillant. Sans entrer dans le détail des arguments avancés à cette fin, il suffit de faire observer qu'ils vont directement à l'encontre de la position très ferme prise par la Cour il y a plus de trente ans dans l'affaire de la *Barcelona Traction* et qu'elle n'a jamais répudiée depuis, à savoir qu'en constituant une société selon les lois d'un Etat déterminé (ou, comme en l'espèce, en faisant immatriculer un navire dans un pays déterminé) les actionnaires de la société (ou les propriétaires du navire) ont recherché certains avantages comportant une contrepartie, à savoir que cet Etat est

<sup>9</sup> Arrêt du 24 novembre 1992, aff. C-286/90, *Anklagemyndigheden v. Peter Michael Poulsen et Diva Navigation Corp.*, ECR, p. I-6019, cité par Rosalyn Higgins, «The ICJ, the ECJ, and the Integrity of International Law», *International and Comparative Law Quarterly*, 2003, vol. 52, p. 6-7. Le paragraphe 13 de cet arrêt rappelle «qu'en vertu du droit international, un bateau n'a en principe qu'une seule nationalité, à savoir celle de l'Etat dans lequel il est enregistré». Il conclut plus loin que pour l'application d'un règlement CEE un bateau ne peut être rattaché à un Etat Membre «au motif qu'il présente un lien substantiel avec cet Etat Membre» (par. 16).



le seul autorisé à accorder sa protection diplomatique à la société (ou à se prévaloir d'un traité bilatéral en sa faveur). L'un des motifs retenus par la Cour à l'encontre de «l'adoption de la thèse de la protection diplomatique des actionnaires comme tels», à savoir que cela ouvrirait «la voie à des réclamations diplomatiques concurrentes» et «pourrait créer un climat de confusion et d'insécurité dans les relations économiques internationales» (affaire de la *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, deuxième phase, arrêt, C.I.J. Recueil 1970*, p. 49, par. 96), ne vaut pas moins en ce qui concerne la protection des navires qui pourrait être exercée concurrentement par l'Etat du pavillon, par l'Etat de la nationalité de la personne ou de l'entreprise détenant la majorité des parts de l'entreprise propriétaire du bâtiment, par l'Etat auquel ressortit le propriétaire de la cargaison, etc. En ce qui concerne l'action reconventionnelle exercée par les Etats-Unis, le maintien de la doctrine issue de l'arrêt rendu en l'affaire de la *Barcelona Traction* s'impose d'autant plus que la liberté de navigation protégée par le paragraphe 1 de l'article X du traité de 1955 n'est pas la liberté de navigation tout court, sur toutes les mers du monde et en faveur de tous les navires quel que soit leur pavillon, mais la liberté de navigation des «navires battant pavillon de l'une des Hautes Parties contractantes» et exerçant cette liberté «entre les territoires des deux Hautes Parties contractantes». Si ces deux conditions ne sont pas l'une et l'autre satisfaites et que l'une d'entre elles fasse défaut, la demande n'entre pas dans la compétence de la Cour telle qu'elle est déterminée en vertu du paragraphe 2 de l'article XXI du traité. A l'égard des navires ne répondant pas aux conditions posées par le paragraphe 1 de l'article X, la Cour n'a pas compétence pour décider si les dommages qu'ils ont subis sont imputables à l'Iran.

Trois des navires repris dans la liste reproduite ci-dessus méritent un examen particulier. Le *Samuel B. Roberts* est exclu en sa qualité de navire de guerre (paragraphe 9 ci-dessus).

Le changement de pavillon dont ont bénéficié deux pétroliers koweïtiens ne justifie pas davantage que les dommages allégués entrent dans les prévisions du paragraphe 1 de l'article X. Opéré durant la guerre entre l'Iran et l'Iraq, afin de faire passer sous l'allégeance américaine des navires ayant la nationalité d'un Etat ayant soutenu contre l'Iran l'effort de guerre de l'Iraq, pareil changement de pavillon ne saurait être opposable au premier de ces deux Etats. On rappellera que, dès 1989, les navires koweïtiens ayant temporairement adopté le pavillon américain recouvrirent leur immatriculation d'origine (*deflagging*)<sup>10</sup>. Pareil changement intervenu avant la date à laquelle a été formée la demande reconventionnelle permet en outre d'exclure que celle-ci satisfasse à la règle de la conti-

<sup>10</sup> Voir George K. Walker, *op. cit.*, p. 73; George P. Politakis, «From Action Stations to Action: US Naval Deployment, «Non-Belligerency» and «Defensive Reprisals» in the Final Year of the Iran-Iraq War», *Ocean Development and International Law*, 1994, vol. 25, p. 40.

nuité du lien de nationalité. Au surplus, le pavillon américain de complaisance accordé à deux navires ne leur permet pas de satisfaire à une autre condition portée par le paragraphe 1 de l'article X, à savoir de bénéficier de la liberté de commerce et de navigation «entre les territoires des deux Hautes Parties contractantes», puisque, selon la législation américaine elle-même, les navires ayant ainsi obtenu une immatriculation aux Etats-Unis n'ont pas accès aux ports américains.

11. Plusieurs passages de l'arrêt se réfèrent au «contexte des événements survenus dans le golfe Persique entre 1980 et 1988, en particulier du conflit armé entre l'Iran et l'Iraq» (par. 23 de l'arrêt). Ce n'est qu'en termes allusifs que dans la phrase suivante la Cour laisse entendre que l'Iraq était l'Etat agresseur. La réalité de ce fait n'est guère contestée aujourd'hui et il n'est pas inutile d'indiquer quelle fut l'attitude des Etats tiers et notamment des Etats-Unis d'Amérique durant le déroulement du conflit.

Au début de la guerre, les Etats-Unis et les autres puissances occidentales adoptèrent une attitude expectante qui n'était pas dépourvue de cynisme: après le renversement du régime du shah d'Iran, dont l'alliance était une des pièces maîtresses de la politique américaine au Moyen-Orient, il s'était opéré un vide dans la région. Au début de cette guerre, ni les Etats-Unis ni les autres puissances occidentales ne souhaitaient une victoire totale d'aucun des deux belligérants. Ils attendaient — ils espéraient — l'épuisement des deux adversaires sans que ni l'un ni l'autre ne pût acquérir une position hégémonique dans la région. Qu'aucun des deux belligérants n'eût été désigné comme agresseur par le Conseil de sécurité permettait aux autres Etats de leur vendre des armes, alors qu'il aurait fallu tenir pour illicite l'aide militaire apportée à l'Etat défini comme agresseur. Les relations entre les Etats-Unis et l'Iran venaient de traverser une crise particulièrement aiguë à la suite de la prise d'otages à l'ambassade des Etats-Unis à Téhéran, et la Cour avait condamné l'Iran de ce chef<sup>11</sup>. Quant aux Etats arabes du golfe Persique, ils n'avaient guère de sympathie pour les positions antimonarchistes de la République islamique d'Iran. Ces circonstances ne manquèrent pas d'encourager l'Iraq à attaquer l'Iran.

Après les premiers succès iraqiens qui permirent l'occupation d'une fraction du territoire iranien, l'Iran réussit à renverser la situation à son profit et c'est à ce moment que commença aussi une volte-face des Etats-Unis. Le respect des devoirs de la neutralité n'était pas incompatible avec les intérêts américains au Moyen-Orient aussi longtemps qu'une victoire iranienne paraissait hors d'atteinte. Dès le moment, au contraire, où les chances de l'Iraq paraissaient décliner, il parut nécessaire de redresser l'équilibre des forces en présence. Dès ce moment aussi, se multiplient les aides américaines à l'effort de guerre iraqien, qui ne paraissent guère

---

<sup>11</sup> *Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran (Etats-Unis d'Amérique c. Iran)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1980, p. 3.

compatibles avec le maintien d'une stricte neutralité à l'égard des deux belligérants: lancement de l'*Operation Staunch*, campagne tendant à dissuader les alliés occidentaux de vendre des armes à l'Iran (El-Shazly, p. 215); transmission à l'Iraq d'information par satellite (*satellite intelligence*, El-Shazly, p. 323); autorisation de la vente de soixante hélicoptères pour «*agricultural purposes*» et attribution d'un crédit de quatre cent soixante millions de dollars pour l'achat de riz (Walker, p. 47). A cela s'ajoutent des soutiens diplomatiques non négligeables: en 1982, la radiation de l'Iraq de la liste de pays soutenant le terrorisme international et le rétablissement de relations diplomatiques en novembre 1984 (Walker, p. 48 et 55). M<sup>me</sup> El-Shazly synthétise la politique américaine durant la guerre entre l'Iran et l'Iraq dans les termes suivants:

«Washington mena une stratégie empreinte de *realpolitik*, proclamant à plusieurs reprises sa neutralité, indiquant ses intérêts et ses objectifs précis dans le Golfe, tout en suivant les étapes d'un calendrier secret alliant sympathies pour l'Iraq et autorisation de vente d'armes non encore révélée à l'époque.» (P. 207.) [*Traduction du Greffe.*]

Sans que l'Iran ait réussi à apporter une preuve décisive de la conjonction de l'attaque américaine contre Sassan et Sirri avec la reconquête par l'Iraq de la région d'al-Faw aux environs de Basra, la contemporanéité des deux événements est pour le moins troublante. Ce qui fut appelé l'*Operation Praying Mantis* («mante religieuse») aboutit à la destruction des deux plates-formes et de deux frégates iraniennes et fut considéré par M. Walker comme «[l]a plus grande intervention aéromaritime menée par la marine des Etats-Unis depuis la seconde guerre mondiale» (p. 69) [*traduction du Greffe.*]

La Cour n'avait certes pas à se prononcer sur le soutien donné à l'effort de guerre iraquien par l'Arabie saoudite ou par le Koweït, qui ne sont pas parties à la présente instance; seul le cas du Koweït mérite d'être mentionné en raison de l'aide que les Etats-Unis ont apportée à cet Etat, notamment en autorisant le passage de onze pétroliers koweïtiens sous pavillon américain. Sur ce point, on ne saurait mieux faire que de citer un éminent internationaliste américain, M. Louis Henkin:

«Selon les déclarations récentes de certains porte-parole, les Etats-Unis restent officiellement neutres dans le Golfe. Mais, même si le concept de neutralité est encore applicable dans certains cas, les Etats-Unis peuvent-ils être neutres en l'espèce? Personne ne nous accusera d'être un allié de l'Iran, mais il existe des arguments solides indiquant que l'Iraq est probablement l'agresseur. Cela fait quelques années que plus personne n'en parle. Il est vrai que le Conseil de sécurité s'est abstenu de le faire, en partie parce que les Etats-Unis s'y opposaient, ou parce que les Russes s'y opposaient. Cette situation soulève quelques questions, mais le droit n'a pas changé. Même si aucune des Parties n'a été désignée en tant qu'agresseur par le

Conseil de sécurité, les dispositions de la Charte ne sont-elles pas applicables? En l'absence d'une telle conclusion du Conseil de sécurité, les Etats ont-ils la faculté de rester neutres, même s'il est patent que l'une des Parties a ouvert les hostilités en violation de la Charte?... Le Koweït est-il neutre, ou bien, comme l'a indiqué le premier intervenant, est-il un cobelligérant? Les Etats-Unis soutiennent-ils le Koweït, et, dans ce cas, sommes-nous aussi des cobelligérants? Dans l'affirmative, nous risquons non seulement de soutenir l'agresseur, mais aussi, si les anciennes règles du droit de la guerre sont applicables, de violer ce dernier.

Je veux dire que non seulement nous nous sommes peu à peu engagés dans la guerre, mais que, du point de vue d'un internationaliste, nous avons fini par nous retrouver dans une position particulière au regard du droit international sans y avoir mûrement réfléchi et sans avoir du tout pensé aux conséquences à long terme. En fait, nous semblons prendre au sérieux un droit de la guerre qui est révolu, et non le droit contemporain contre la guerre. Par là même, nous avons peut-être érodé les deux. Le moins que l'on puisse dire, c'est que le droit en matière de neutralité et de belligérance n'est plus ce qu'il était avant 1945.»<sup>12</sup>

12. Le 9 décembre 1991, le rapport complémentaire du Secrétaire général des Nations Unies sur l'application de la résolution 598 (1987) du Conseil de sécurité (doc. S/23273) exprime de manière non équivoque une opinion constatant la responsabilité de l'Iraq :

«6. L'Iraq n'ayant pas répondu quant au fond à ma lettre du 14 août 1991, je suis contraint de m'en tenir aux explications fournies antérieurement par ce pays. Il est un fait que, pour la communauté internationale, ces explications ne paraissent ni suffisantes ni acceptables. C'est pourquoi le fait saillant parmi les violations visées au paragraphe 5 ci-dessus est l'attaque lancée le 22 septembre 1980 contre l'Iran, que l'on ne saura justifier en invoquant la Charte des Nations Unies, des règles et principes reconnus du droit international ou des principes quelconques de la morale internationale et qui entraîne donc la responsabilité du conflit.

7. Même si l'Iran avait quelque peu empiété sur le territoire iraquien avant l'éclatement du conflit, cet empiètement ne justifiait pas l'agression de l'Iraq contre l'Iran — à laquelle a fait suite l'occupation par l'Iraq de territoires iraniens pendant toute la durée du conflit — en violation de l'interdiction de l'usage de la force, qui est considéré comme l'une des règles du *jus cogens*.»

<sup>12</sup> «The Persian/Arabian Gulf Tanker War: International Law or International Chaos», 26 janvier 1988, *Ocean Development and International Law*, 1988, vol. 19, p. 309-310. Cf. Tod A. Phillips, «Exchanging Excuses for Uses of Force — The Tug of War in the Persian Gulf», *Houston Journal of International Law*, 1987, vol. 10, p. 275-293. [Traduction du Greffe.]

Le rapport complémentaire se limite à la responsabilité des opérations armées terrestres, il ne contient aucune considération relative à la guerre sur mer et, notamment, à la guerre des pétroliers.

13. Ainsi, la Cour s'est abstenue d'invoquer deux motifs de rejet de la demande reconventionnelle. Le premier est que celle-ci n'était pas fondée *en fait* (par. 5-7 ci-dessus), le second étant qu'elle ne satisfaisait pas à la condition de nationalité des navires attaqués durant la guerre entre l'Iran et l'Iraq. Or chacun de ces deux motifs aurait dû bénéficier d'une primauté logique par rapport au seul motif retenu par l'arrêt, à savoir qu'aucun des navires «ne se livrait au commerce ou à la navigation «entre les territoires des deux Hautes Parties contractantes»» (par. 121 de l'arrêt).

Le choix de ce seul motif s'explique sans doute par la volonté de la Cour d'établir un parallélisme artificiel entre les deux actions, l'une et l'autre rejetées pour le même motif.

### III. OBSERVATIONS RELATIVES À LA MOTIVATION DU REJET DE LA DEMANDE ORIGINAIRE

#### a) *La distinction entre le moyen tiré de l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'article XX du traité de 1955 et celui qui est fondé sur la légitime défense*

14. Dans le paragraphe 78 de l'arrêt, la Cour constate que les actions menées par les forces américaines contre les installations pétrolières iraniennes ne sauraient être justifiées ni par application de l'alinéa *d)* du paragraphe 1 de l'article XX du traité de 1955 ni en vertu du droit de légitime défense. Il s'agit d'une situation analogue au concours idéal d'infractions en droit pénal, le même comportement devant être évalué conformément à l'une et à l'autre des deux qualifications.

Le paragraphe 41 de l'arrêt rend insuffisamment justice à cette dualité de qualifications. En effet, la Cour y interprète l'alinéa *d)* précité à la lumière du droit international général sans d'abord s'interroger sur l'intention des hautes parties contractantes. Or, il s'agit d'une disposition reproduite dans bon nombre de traités d'amitié similaires au traité conclu en 1955 par l'Iran avec les Etats-Unis mais aussi dans l'article XXI du GATT, lesquels ont donné lieu à un grand nombre de commentaires doctrinaux.

Le paragraphe 1, alinéa *d)*, précité est rédigé comme suit :

#### «Article XX

1. Le présent traité ne fera pas obstacle à l'application de mesures :

- . . . . .
- d)* Ou nécessaires à l'exécution des obligations de l'une ou l'autre des Hautes Parties contractantes relatives au maintien ou au rétablissement de la paix et de la sécurité internationales ou à

la protection des intérêts vitaux de cette Haute Partie contractante sur le plan de la sécurité.»

Cette traduction qui est reprise du *Recueil des traités* de l'Organisation des Nations Unies ne correspond pas fidèlement à la version américaine du traité qui fait foi avec l'original farsi. Le texte américain est le suivant :

«*d*) necessary to fulfil the obligations of a High Contracting Party for the maintenance or restoration of international peace and security, or necessary to protect its essential security interests».

En répétant l'adjectif «*necessary*», le texte original évite l'ambiguïté à laquelle pourrait conduire la traduction française. La répétition marque plus clairement la différence entre ce qui est nécessaire à l'exécution des obligations internationales de l'Etat et ce qui est nécessaire à la protection d'intérêts essentiels (ou vitaux) de l'Etat lui-même. Dans la traduction française, la répétition de la particule «ou» pourrait donner à entendre que l'Etat est dans l'obligation de protéger ses propres intérêts. En revanche, la distinction entre l'adjectif «*essential*» et la traduction française «vitaux» ne paraît guère significative. En cas d'hésitation, il faut en tout cas se reporter au texte américain.

15. La question d'interprétation qui se pose aujourd'hui à la Cour a aussi été rencontrée par elle dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (*Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique*), à propos de l'article XXI, paragraphe 1, alinéa *d*), du traité d'amitié, de commerce et de navigation conclu en 1956 entre les Etats-Unis et le Nicaragua, rédigé dans les mêmes termes que l'article XX, paragraphe 1, alinéa *d*), du traité de 1955 avec l'Iran<sup>13</sup>.

Un passage de l'arrêt de 1986 a reçu des interprétations divergentes des Parties dont le différend est actuellement soumis à la Cour. Quel est le rapport entre le recours à la force exceptionnellement autorisé en vertu du droit de légitime défense et les mesures qu'un Etat peut prendre parce qu'elles sont «nécessaires à la protection de ses intérêts vitaux sur le plan de la sécurité»? (Le texte américain «*necessary to protect its essential security interests*» est plus concis et plus clair.)

Selon l'arrêt de 1986 :

«224. En revanche, 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...»

Il est difficile de contester que la légitime défense contre une agres-

<sup>13</sup> Voir *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (*Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique*), fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1986, p. 115-116, par. 221.

sion armée correspond à des mesures nécessaires à la protection d'intérêts vitaux dans le domaine de la sécurité. Toutefois la notion d'intérêts vitaux en matière de sécurité déborde certainement la notion d'agression armée et a reçu dans l'histoire des interprétations fort extensives. La Cour doit donc se prononcer sur le caractère raisonnable du péril encouru par ces «intérêts vitaux en ce qui concerne la sécurité» et ensuite sur le caractère non seulement utile mais «nécessaire» des mesures présentées comme destinées à en assurer la protection.»<sup>14</sup>

A la vérité, il faut distinguer trois questions: Quelles sont les hypothèses dans lesquelles jouent, respectivement, l'article 51 de la Charte et l'article XX du traité de 1955? Quelles sont les mesures qu'il est licite d'adopter dans l'une et l'autre hypothèses? Quel est le contrôle exercé par la Cour sur la conformité au droit international de la mesure prise par l'Etat ayant adhéré à une clause de juridiction?

16. La réponse à la première question résulte plus clairement de l'article 51 de la Charte que du paragraphe 1, alinéa *d*), de l'article XX du traité de 1955. La mise en œuvre du «droit naturel de légitime défense, individuelle ou collective» n'est autorisée qu'au profit du Membre des Nations Unies qui a été «l'objet d'une agression armée». Il faut mais il suffit que les faits allégués à l'appui de la légitime défense satisfassent à cette qualification. L'hypothèse désignée par le paragraphe 1, alinéa *d*), de l'article XX du traité de 1955 est conçue d'une manière beaucoup plus vague: pour que la mesure prise réponde aux exigences de cette disposition, il faut qu'elle soit nécessaire à la protection d'un intérêt vital de l'Etat sur le plan de la sécurité (*necessary to protect [a State's] essential security interests*). Trois concepts indéterminés ou peu déterminés contribuent à qualifier l'hypothèse: «nécessaire à la protection», intérêt vital (ou essentiel), relatif à la «sécurité» de l'Etat.

Une différence de même nature sépare la forme et l'étendue de la riposte autorisée. Dans un système où la légitime défense constitue l'unique exception à la prohibition du recours à la force portée par l'article 2, paragraphe 4, de la Charte, l'article 51 permet, dans la mesure de la nécessité et moyennant le respect du principe de proportionnalité, de réagir à une «attaque armée» par un emploi de la force qui, en d'autres circonstances, aurait été prohibé. Dans le paragraphe 1, alinéa *d*), de l'article XX du traité de 1955, à l'indétermination de l'hypothèse correspond une égale incertitude quant à l'étendue et au choix des «mesures» pouvant être mises en œuvre par l'Etat dont la sécurité est en péril.

Quelles sont les mesures jugées «nécessaires» (et dans le respect du principe de proportionnalité) à la protection des intérêts essentiels de sécurité de l'Etat? Plus exactement, l'indétermination du concept de

<sup>14</sup> C.I.J. Recueil 1986, p. 117, par. 224.

«nécessité» joue sur les deux registres: la qualification de l'hypothèse et la mesure qu'elle autorise.

Des trois questions, la troisième est la plus facile à résoudre. Si l'application de l'article 51 de la Charte ou de l'article XX du traité de 1955 fait l'objet d'un différend judiciaire, la juridiction compétente a certes le pouvoir — et même le devoir — de vérifier si la norme de droit international a été correctement appliquée. Telle fut déjà la solution de la Cour dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique)*:

«Mais, d'après les termes du traité lui-même, la question de savoir si une mesure est nécessaire à la protection des intérêts vitaux de sécurité d'une partie ne relève pas de l'appréciation subjective de la partie intéressée, ainsi que la Cour l'a déjà souligné (paragraphe 222 ci-dessus); le texte ne vise pas ce que la partie «estime nécessaire». »<sup>15</sup>

Ces explications sont requises pour écarter une apparente ambiguïté dans le texte du paragraphe 224 de l'arrêt de 1986: la catégorie de mesures de légitime défense n'entre dans la catégorie plus vaste des mesures qualifiées par l'article XXI que si l'on sous-entend que l'Etat exerçant son droit de légitime défense peut choisir entre diverses variétés, plus ou moins radicales, de l'emploi de la force. Dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique)*, la Cour a elle-même constaté qu'il y a «lieu de distinguer entre les formes les plus graves de l'emploi de la force (celles qui constituent une agression armée) et d'autres modalités moins brutales»<sup>16</sup>. Que «la notion d'intérêts vitaux en matière de sécurité déborde certainement la notion d'agression armée» est une proposition acceptable si elle signifie qu'il y a une différence de nature (plutôt que la gradation indiquée par le verbe «déborde») entre l'agression armée et les multiples comportements d'un Etat contre lesquels un autre Etat estime «nécessaire» de protéger, par les mesures appropriées, ses intérêts essentiels en matière de sécurité.

17. La question qui se pose pour l'application et l'interprétation du paragraphe 1, alinéa *d*), de l'article XX du traité de 1955 est de savoir si l'emploi de la force appartient aux «mesures» qu'un Etat peut prendre pour la protection de ses intérêts vitaux de sécurité. Ou, en d'autres termes, les mesures entre lesquelles l'Etat peut faire un choix pour la protection de ses intérêts vitaux de sécurité incluent-elles le recours à la force armée contre un autre Etat? Car telle est bien la nature de l'attaque des plates-formes pétrolières qui, reposant sur le plateau continental de l'Iran, relèvent de la compétence exclusive de cet Etat.

Il y a deux manières de répondre à la question posée dans les termes qui viennent d'être précités. Ou bien on admet une forme d'insularité du

<sup>15</sup> *C.I.J. Recueil 1986*, p. 141, par. 282.

<sup>16</sup> *Ibid.*, p. 101, par. 191.



paragraphe 1, alinéa *d*), de l'article XX, laquelle le tient séparé des autres règles de droit international, notamment de la Charte des Nations Unies et des normes de droit international coutumier prohibant le recours à la force, ou bien on admet que la prohibition du recours à la force aux conditions fixées par l'article 2, paragraphe 4, de la Charte, et par le droit international coutumier appartient au *jus cogens*, ce qui interdit aux Etats d'y déroger dans leurs relations bilatérales réglées par la voie d'un traité. Car telle serait bien la conséquence à laquelle aboutirait la première réponse à la question: le paragraphe 1, alinéa *d*), de l'article XX permettrait à chacun des Etats contractants l'emploi de la force armée contre l'autre Etat à des conditions ne devant pas satisfaire aux exigences de l'article 51 de la Charte mais pouvant être habillées de la notion indéterminée de «mesures nécessaires à la protection d'intérêts vitaux de sécurité» du premier Etat.

18. Dans son arrêt de 1986 relatif à l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats Unis d'Amérique)*, la Cour a certes rejeté le moyen tiré par les Etats-Unis du paragraphe 1, alinéa *d*), de l'article XXI du traité d'amitié avec le Nicaragua (après avoir d'abord rejeté le moyen tiré de la légitime défense). Toutefois, en considérant «que le minage de ports nicaraguayens et les attaques directes contre des ports et des dépôts de pétrole ne sauraient en aucun cas être justifiés par la nécessité de protéger les intérêts vitaux de sécurité des Etats-Unis»<sup>17</sup>, la Cour n'énonce pas explicitement le motif de sa décision: est-ce parce que les faits imputés aux Etats-Unis excédaient l'étendue et la nature des mesures pouvant être prises en vertu de l'article XXI du traité d'amitié ou, plus simplement, parce que ces mesures n'étaient pas nécessaires à la protection des intérêts vitaux de sécurité sans qu'elles eussent été illicites si elles avaient satisfait à cette nécessité. Le point 2 du dispositif de l'arrêt de 1986 rejette expressément «la justification de légitime défense collective avancée par les Etats-Unis d'Amérique» tandis qu'aucune autre partie du même dispositif ne se réfère à l'article XXI du traité d'amitié.

Que les mesures qu'un Etat est autorisé à prendre en vertu du paragraphe 1, alinéa *d*), de l'article XX du traité de 1955, et de nombreuses dispositions similaires d'autres traités bilatéraux d'amitié et de commerce ne puissent inclure l'emploi de la force ne requiert pas qu'il soit fait application de la Charte des Nations Unies ou des normes coutumières de droit international sur l'emploi de la force. En admettant de rester dans les limites de l'interprétation et de l'application du traité bilatéral, titre de la compétence de la Cour, il est permis de déduire de la seule interprétation du paragraphe 1, alinéa *d*), précité que les hautes parties contractantes n'ont pas eu l'intention de se conférer, sur le fondement de la réciprocité, la licence de recourir à la force armée l'une contre l'autre au titre de mesure nécessaire à la protection d'un intérêt vital de sécurité de chacun des deux Etats.

<sup>17</sup> C.I.J. Recueil 1986, p. 141, par. 282.

Les juristes américains ayant publié le commentaire des traités d'amitié ou de l'article du GATT, qui autorise également d'écarter l'application d'autres dispositions de l'accord international si cela est nécessaire à la protection d'un intérêt vital de sécurité de l'Etat, écartent formellement l'idée que l'emploi de la force armée puisse appartenir aux «mesures» prévues par la disposition conventionnelle<sup>18</sup>. M. J. Hahn exclut très clairement l'usage de la force des mesures autorisées conformément à l'article XXI, alinéa *d*), des règles du GATT. Il donne ensuite une liste d'exemples, tirés de la pratique des Etats, de la mise en œuvre de cet article, mais aucun n'inclut le recours à l'usage de la force. L'embargo ou des mesures de rétorsion économiques sont généralement utilisés, tel l'embargo décrété par les Etats-Unis contre Cuba (Hahn, p. 571).

Aucun des ouvrages récents sur le GATT ne laisse même supposer que l'article XXI du GATT autoriserait un Etat à prendre une mesure d'emploi de la force pour la protection d'un intérêt sérieux de sécurité. Selon M. Andreas F. Lowenfeld:

«Bien avant que le Conseil de sécurité des Nations Unies ne fasse des sanctions économiques son instrument de pression privilégié, celles-ci constituaient déjà un élément important de la politique étrangère des Etats, moins dangereux que la force militaire, mais plus lourd de conséquences — et parfois plus efficace — que la diplomatie seule... Une large gamme de sanctions ont été appliquées, de l'embargo le plus strict au contrôle sélectif des exportations et importations, en passant par le gel des avoirs, le blocage des opérations financières et les restrictions imposées au transport maritime et aérien.»<sup>19</sup>

Il en va de même des mesures de rétorsion ou de représailles avec lesquelles l'action américaine contre les plates-formes pétrolières ne serait pas sans analogie: toutefois les représailles armées sont interdites par le droit international général<sup>20</sup> (voir notamment la résolution de l'Institut

<sup>18</sup> Voir notamment Pamela B. Gann, «The U.S. Bilateral Investment Treaty Program», *Stanford Journal of International Law*, 1985, vol. XXI, p. 373-457, p. 425; Michael J. Hahn, «Vital Interests and the Law of GATT: An Analysis of GATT's Security Exception», *Michigan Journal of International Law*, 1991, vol. 12, p. 558-620. Voir encore Olivia Q. Swaak-Goldman, «Who Defines Members' Security Interest in the WTO?», *Leiden Journal of International Law*, 1996, vol. 9, p. 361-371. Ce dernier auteur ne cite aussi que des exemples d'embargo, notamment lors de la guerre des Falklands (p. 365-366) ou par l'application du Helms-Burton Act (p. 367-368).

<sup>19</sup> Andreas F. Lowenfeld, *International Economic Law*, 2002, p. 764. Dans le même sens, *Legal Problems of International Economic Relations, Cases, Materials and Text...*, John H. Jackson, William J. Davey et Alan O. Sykes Jr. (dir. publ.), 4<sup>e</sup> éd., 2002, section 21.5, p. 1045 et suiv.; Raj Bhala, *International Trade Law, Theory and Practice*, 2<sup>e</sup> éd., 2001, p. 594-604.

<sup>20</sup> Voir par exemple: Rosalyn Higgins, *Problems and Process, International Law and How We Use It*, 1994, p. 240-241, 244-245; Michel Virally, «Le principe de réciprocité

de droit international, « Régime des représailles en temps de paix », art. 4, *Annuaire de l'Institut de droit international*, 1934, p. 709).

19. Il est permis de conclure sur ce point que la Cour aurait pu mieux distinguer les arguments tirés de la clause d'exception de l'alinéa *d*) du paragraphe 1 de l'article XX du traité de 1955 de ceux qui se fondent sur le droit de légitime défense. Sans doute la Cour a-t-elle rejeté tant l'un que l'autre des moyens de défense des Etats-Unis, mais sans se prononcer explicitement sur le caractère spécifique de l'alinéa *d*) précité. Ce n'est que si la volonté des hautes parties contractantes avait été de s'autoriser mutuellement à déroger aux dispositions de la Charte sur le recours à la force, que la Cour aurait dû décider que pareille tentative d'écarter une norme impérative de droit international (*jus cogens*) était soustraite au pouvoir contractuel des Parties.

L'analyse qui précède ne contredit pas les solutions données par la Cour dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*. L'arrêt de 1986 n'est ni clair ni décisif sur les questions relatives au concours de la disposition du traité d'amitié et des règles de la Charte des Nations Unies sur la légitime défense.

b) *Observations relatives à l'interprétation et à l'application du paragraphe 1 de l'article X du traité de 1955*

20. L'arrêt contient de longs développements sur l'application du paragraphe 1 de l'article X du traité de 1955 à la demande de l'Iran (par. 79 à 98 de l'arrêt). Les questions d'interprétation sur lesquelles j'estime devoir m'écarter de la décision de la Cour et de sa motivation portent sur les points suivants:

- i) quant aux plates-formes de Reshadat, les dommages qu'elles avaient subis à la suite d'une attaque menée par l'Iraq les rendaient impropres à une activité que l'attaque américaine ultérieure n'aurait, dès lors, pas interrompue;
- ii) en ce qui concerne les plates-formes de Salman et de Nasr, l'exportation du pétrole iranien vers les Etats-Unis aurait, de toute manière, été empêchée pour une autre cause, à savoir

---

dans le droit international contemporain», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 1967, vol. 122, p. 51-54; Avra Constantinou, *The Right of Self-Defence under Contemporary International Law under Article 51 of the United Nations Charter*, 2000, p. 129-155, «A propos des contre-mesures, qui ne sont licites que si elles ne sont pas accompagnées de l'usage de la force»; D. W. Bowett, «Reprisals Involving Recourse to Armed Force», *American Journal of International Law*, 1972, vol. 66, p. 1-36; Robert W. Tucker, «Reprisals and Self-Defence: The Customary Law», *eod. loco*, p. 586-594; Richard A. Falk, «The Beirut Raid and the International Law of Retaliation», *American Journal of International Law*, 1969, vol. 63, p. 415-443; Serge Regourd, «Raids «anti-terroristes» et développements récents des atteintes illicites au principe de non-intervention», *Annuaire français de droit international*, 1986, vol. 32, p. 88.

l'interdiction d'importation de pétrole iranien portée par l'*Executive Order* 12613 du 29 octobre 1987;

- iii) l'Iran n'aurait pas réussi à démontrer que les dommages infligés aux plates-formes pétrolières iraniennes auraient fait obstacle à la liberté de commerce «entre les territoires des deux Hautes Parties contractantes».
- i) *Le lien de causalité entre les dommages causés aux plates-formes de Reshadat et la prolongation de leur mise hors service*

21. Au moment où les plates-formes pétrolières iraniennes ont été attaquées par les forces armées américaines, l'activité de certaines d'entre elles avait été temporairement interrompue en raison des dommages précédemment causés par des attaques iraqiennes. Selon les exposés de M. Zeinoddin et de M. Sellers à l'audience du 18 février 2003 (CR 2003/6, p. 39 et suiv.), la plate-forme R-7 du complexe de Reshadat fut attaquée par l'Iraq le 19 octobre 1986, ce qui interrompit la production de pétrole du complexe de Reshadat et Resalat. Pendant les travaux de réparation, une seconde attaque iraqienne eut lieu le 15 juillet 1987, mais on pouvait espérer une reprise de la production à la fin du mois d'octobre 1987, à un rythme de 20 000 barils par jour. Le complexe de Salman qui se compose de sept plates-formes reliées entre elles fut attaqué également par l'Iraq le 16 octobre 1986 mais ne fut que légèrement endommagé, et la production put reprendre trois jours plus tard.

Les attaques américaines du 19 octobre 1987 détruisirent complètement le complexe de production de Reshadat et R-7 alors que les techniciens étaient occupés à le remettre en état. La plate-forme R-4 fut aussi attaquée. La production ne put reprendre à un rythme moindre que trois ans plus tard et elle n'atteignit un niveau normal qu'en 1993. Le 18 avril 1988, les Etats-Unis attaquèrent les complexes de Salman et de Nasr. Sur la plate-forme électrogène, les Américains avaient laissé des explosifs dont le détonateur ne fonctionna pas. Les dégâts furent cependant assez considérables pour que la production ne pût reprendre à son rythme normal qu'en 1993. Selon les explications données par M. Zeinoddin à l'audience du 18 février 2003 (CR 2003/6, p. 32 et suiv.), les complexes de Reshadat et de Resalat, dont un schéma figure sous l'onglet n° 7 du dossier d'audience déposé par le demandeur, étaient en interaction de la manière suivante. Le complexe de Reshadat comprenait trois plates-formes de forage et de production (R-3, R-4 et R-7) reliées au total à vingt-sept puits de pétrole. Le pétrole produit par la plate-forme R-3 était acheminé par un oléoduc sous-marin jusqu'à la plate-forme R-4 et, de là, en même temps que le pétrole brut extrait à partir de la plate-forme R-4, jusqu'à la plate-forme R-7, de laquelle, après séparation initiale de l'eau et du gaz, le pétrole était acheminé par un oléoduc sous-marin jusqu'à l'île de Lavan, à 108 kilomètres de là.

22. Quant au complexe offshore de Resalat, il comprenait trois plates-

formes de forage et de production reliées entre elles et désignées sous le sigle R-1, auxquelles étaient reliés quatorze puits. Le pétrole brut qui en était extrait était acheminé par un oléoduc sous-marin d'une longueur de 29 kilomètres jusqu'à la plate-forme R-7 de Reshadat où il subissait le même traitement que le pétrole extrait par les plates-formes R-3, R-4 et R-7. Ainsi, R-7 était la plate-forme principale dont dépendait l'ensemble des champs de Reshadat et de Resalat.

Le complexe de Salman, dont un schéma est placé sous l'onglet n° 9, se composait de sept plates-formes reliées entre elles, dont une de forage et deux de production. Le pétrole provenant de vingt et un puits était acheminé par oléoduc jusqu'à ce complexe et, de là, après séparation initiale de l'eau et du gaz, jusqu'à l'île de Lavan. Tout comme le brut extrait de Reshadat et de Resalat, le pétrole de Salman était traité pour une nouvelle séparation du gaz et de l'eau sur l'île de Lavan, et il était ou bien raffiné sur place en vue de la consommation intérieure ou bien exporté.

Le complexe de Nasr, dont un schéma figure sous l'onglet n° 11, comprenait une plate-forme centrale (A), une série de torchères et six plates-formes de production pétrolière situées autour de la plate-forme centrale, alimentées par quarante-quatre puits situés dans le champ de Sirri et quatre puits situés dans le champ de Nosrat. Le pétrole brut provenant de l'ensemble de ces puits était transporté par un oléoduc sous-marin jusqu'à la plate-forme centrale et, de là, jusqu'à l'île de Sirri pour traitement secondaire et exportation, l'île de Sirri ne disposant pas de raffineries. A la différence des deux complexes précédemment décrits, le complexe de Nasr n'avait pas subi d'attaque de l'Iraq et il fonctionnait normalement au moment de l'attaque américaine.

La production quotidienne normale de Reshadat-Resalat était de 20 000 barils, celle de Salman de 125 000 barils. Au moment de l'attaque américaine, le complexe de Nasr produisait environ 36 000 barils par jour alors que sa capacité de production pouvait atteindre 120 000 barils par jour.

23. Pour que le paragraphe 1 de l'article X s'applique à la destruction des trois complexes pétroliers de Reshadat-Resalat, Salman et Nasr, trois conditions doivent être réunies: que les plates-formes étaient le siège d'une activité de commerce, que la liberté de commerce avait subi une atteinte et que cette liberté s'exerçait ou pouvait s'exercer entre les territoires des deux hautes parties contractantes.

Les trois complexes de plates-formes pétrolières étaient, par leur nature même, destinés à la production, au traitement et au transport du pétrole vers un lieu d'où il pourrait être mis «dans le commerce». Le caractère artificiel de l'érection de plates-formes sur le plateau continental d'un Etat afin d'extraire les ressources pétrolières contenues dans la zone économique exclusive de cet Etat ainsi que la mise en œuvre d'une technologie de pointe pour produire le pétrole brut en vue de sa commercialisation insèrent indubitablement les activités ainsi rendues possibles dans l'exercice de la «liberté de commerce». A cela s'ajoutent la vulnérabilité

et, par conséquent, la fragilité de la jouissance effective de cette liberté. Les dommages infligés à une partie seulement d'installations en nécessaire interaction ont pour effet inéluctable de rompre la chaîne de production et, par voie de conséquence, celle de la commercialisation. Quand, en outre, les destructions ont lieu durant une guerre où les mêmes installations sont incessamment sous la menace d'une attaque par les forces ennemies, leur remise en état exige des efforts particulièrement ardu.

24. La deuxième condition a pour objet la notion de *liberté* de commerce. Pour qu'une telle liberté soit enfreinte, il n'est pas nécessaire qu'il soit mis fin à un exercice effectif ou immédiat de l'activité commerciale, en l'espèce de l'activité de production pétrolière protégée. On ne saurait retenir l'objection selon laquelle deux des complexes pétroliers avaient été temporairement mis hors d'usage par les attaques iraqiennes, alors que les réparations étaient en cours. Même dans un pays qui, tel l'Iran, possède d'abondantes ressources pétrolières et dispose de multiples centres de production, la mise hors service d'une partie seulement de l'appareil productif porte atteinte à la *liberté* de commerce, c'est-à-dire à la faculté de choisir les lieux de production aux fins de commercialisation.

Je ne puis, en particulier, me rallier à la considération faite par la Cour sous le paragraphe 92 de l'arrêt dans les termes suivants: «Pour la Cour cependant, une atteinte à la possibilité d'un commerce futur n'est pas nécessairement assimilable à une atteinte à la liberté de commerce au sens du paragraphe 1 de l'article X du traité de 1955.»

La liberté de commerce n'implique pas seulement le choix, librement fait par l'Iran, des lieux de production et de commercialisation de ses richesses pétrolières, elle inclut aussi la maîtrise du développement futur de ce commerce.

25. La troisième et dernière question porte sur l'élément spatial ou relationnel de la liberté de commerce: celle-ci est protégée dans la mesure où elle s'exerce entre les territoires des deux hautes parties contractantes. Erigées sur le plateau continental iranien, les plates-formes pétrolières font partie du territoire iranien. Il en est de même de l'île de Lavan vers laquelle est acheminé le pétrole provenant du complexe de Salman et de l'île de Sirri par laquelle transite le pétrole originaire du complexe de Nasr. Mais y a-t-il atteinte à la liberté de commerce entre ce territoire et le territoire des Etats-Unis? La réponse donnée à cette question est liée à celle que la question précédente vient de recevoir. Durant toute la guerre entre l'Iran et l'Iraq, l'Iran n'a pas cessé de livrer du pétrole aux Etats-Unis. La mise hors service temporaire des installations pétrolières des trois complexes pétroliers a porté atteinte à la liberté de commerce de l'Iran puisque cet Etat a été restreint dans sa liberté de choisir les centres de production du pétrole à exporter vers les Etats-Unis.

ii) *L'incidence de l'Executive Order 12613 du 29 octobre 1987 sur la liberté de commerce*

26. Dans leur duplique du 23 mars 2001 (n<sup>os</sup> 3.55-3.59), les Etats-Unis

avancent deux justifications, l'une erronée, l'autre audacieuse. La première a déjà été réfutée: que la production de certaines installations ait dû être interrompue à la suite des attaques iraqiennes est sans pertinence puisque la destruction ultérieure de ces installations par les forces armées américaines a eu pour effet d'anéantir les réparations en voie d'achèvement et de retarder la remise en service. La justification qui doit être jugée audacieuse serait tirée de l'*Executive Order* du 29 octobre 1987 du président des Etats-Unis, lequel aurait mis fin à toutes les importations du pétrole iranien par les Etats-Unis. C'est à tort que la Cour retient pareil motif d'écarter l'application du paragraphe 1 de l'article X (voir par. 93 et 94 de l'arrêt). Ce faisant, elle reconnaît à un Etat partie à un traité bilatéral la faculté de s'exonérer par un acte administratif unilatéral d'une responsabilité engagée par un acte antérieur, commis en violation du traité. Déjà dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique)*, la Cour a constaté que la décision unilatérale de frapper d'un embargo les navires immatriculés au Nicaragua constituait par elle-même la violation du traité d'amitié entre les Etats-Unis et le Nicaragua (*C.I.J. Recueil 1986*, p. 140, par. 279). Qu'elle s'ajoute à l'emploi de la force comme dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique)*, ou qu'il lui soit attribué la valeur d'exonérer de la responsabilité encourue à la suite d'un tel emploi, ainsi qu'il est allégué dans la présente affaire, l'acte administratif unilatéral décrété par un Etat partie à un traité doit, le cas échéant, être évalué à la lumière des obligations conventionnelles des deux parties; il ne saurait avoir pour effet de décharger un des Etats de l'une de ces obligations.

Selon l'arrêt:

«La thèse iranienne postule que l'embargo constituait une violation du traité de 1955, et qu'il n'était pas justifié par l'alinéa *d*) du paragraphe 1 de l'article XX dudit traité; mais il s'agit là de questions que l'Iran a choisi de ne pas soulever formellement, et sur lesquelles la Cour n'a donc pas entendu pleinement les Parties.» (Par. 94.)

Pareille présentation de la «thèse iranienne» dénature celle-ci. Il ne s'agit pas de savoir si l'embargo «constituait une violation du traité de 1955» mais, ce qui est tout différent, si l'embargo pouvait être invoqué pour évincer les conséquences d'un acte illicite antérieur, la destruction des plates-formes pétrolières iraniennes.

iii) *L'existence et la pertinence d'un commerce «indirect» entre les territoires des deux hautes parties contractantes*

27. Tant en plaidoirie que dans leurs écritures, les deux Parties se sont référées au rapport établi par M. Peter Odell à la demande de l'Iran et aux termes duquel l'embargo n'avait pas fait obstacle à la poursuite de l'exportation de pétrole iranien vers les Etats-Unis, mais de manière indi-

recte, le pétrole brut iranien étant exporté vers un pays d'Europe occidentale et ensuite réexporté aux Etats-Unis après raffinage. Le rapport de M. Odell, expert britannique, confirme la déclaration de M. Seyed-Hosseini Hosseini, directeur des affaires internationales de la NIOC. La déclaration et le rapport sont reproduits, avec leurs annexes, dans le volume III de la réplique iranienne du 10 mars 1999. Pareil commerce qualifié d'indirect suscite deux questions relatives à l'interprétation du paragraphe 1 de l'article X: si un produit originaire de l'Iran transite par un pays tiers avant d'atteindre les Etats-Unis, entre-t-il dans les prévisions de la liberté de commerce «entre les territoires des deux Hautes Parties contractantes»? Les opérations de raffinage auxquelles il a été procédé dans le pays tiers ont-elles eu pour effet de dénaturer le pétrole brut au point de rompre le courant commercial entre les deux Etats?

28. Les embryons de la réponse à ces deux questions sinon la réponse elle-même peuvent être trouvés dans l'arrêt prononcé par la Cour le 12 décembre 1996 sur l'exception préliminaire des Etats-Unis. La conception extrêmement large de la notion de commerce qui se dégage des longs développements que l'arrêt précité y a consacrés (*C.I.J. Recueil 1996 (II)*, p. 817-820, par. 42-52) permet d'y inclure les opérations multiples et diversifiées qui caractérisent le commerce international contemporain et les agents multiples qui y participent. Le paragraphe 42 de l'arrêt de 1996 est particulièrement significatif à cet égard, notamment quand il vise «toute la gamme d'activités auxquelles le traité s'étend» («*the entire range of activities dealt with in the Treaty*»). Il est usuel aujourd'hui qu'un produit traverse plusieurs pays avant d'atteindre sa destination finale et qu'il subisse des opérations successives afin d'être adapté à l'usage qui en sera fait par son utilisateur. La transformation d'un pétrole brut en produit raffiné ne confère pas à celui-ci une nature différente de celle qu'il avait à l'origine. La production pétrolière comporte des phases successives d'élaboration du produit final entre lesquelles tout découpage serait artificiel. En décider autrement introduit dans les objets du commerce international une distinction métaphysique entre la substance et l'accident, les opérations successives de traitement du produit initial qualifié de «brut» ayant pour conséquence l'identification de «substances» différentes au gré de l'élaboration du produit final.

29. La motivation de l'arrêt s'attache moins aux «traitements techniques successifs qu'a subis ledit produit» qu'à «la nature des transactions commerciales successives liées au pétrole». Et l'arrêt de poursuivre:

«Ce que l'Iran considère comme un commerce «indirect» de pétrole entre lui et les Etats-Unis impliquait une série de transactions commerciales: la vente par l'Iran de pétrole brut à un client en Europe occidentale, ou à un pays tiers autre que les Etats-Unis; peut-être une série de transactions intermédiaires; et pour finir la vente de produits pétroliers à un client aux Etats-Unis. Il ne s'agit pas là de «commerce» entre l'Iran et les Etats-Unis, mais de com-



merce entre l'Iran et un acheteur intermédiaire, et de «commerce» entre un vendeur intermédiaire et les Etats-Unis.» (Par. 97.)

Pareil schéma est plausible, mais la Cour le présente comme s'il avait été vérifié en fait. Or, ni les écritures des Parties ni les exposés oraux ne procurent un soutien à ce qui doit être tenu pour une pure hypothèse à laquelle l'arrêt paraît conférer une solidité qui n'y appartient pas.

On pourrait aussi bien supposer que le commerce «indirect» a pris la forme de la vente du pétrole brut à un client américain, le contrat incluant le raffinage du pétrole dans un Etat tiers. Pareil schéma est même plus plausible que celui qui a motivé la décision de la Cour puisqu'il évite à «l'intermédiaire» le risque d'acheter du pétrole brut sans être assuré de trouver sur le marché l'acquéreur du produit raffiné.

Pareil commerce «direct» est d'autant plus vraisemblable que la section 2 b) de l'*Executive Order* 12613 contient une exception selon laquelle l'embargo ne devait pas s'appliquer aux «produits pétroliers raffinés à partir de brut iranien dans un pays tiers» (par. 96 de l'arrêt). La portée de l'exception est double. Elle signifie d'abord qu'à défaut de cette exception une telle opération serait tombée sous l'application de la section 1 et, en conséquence, aurait été interdite. Elle implique aussi que l'origine iranienne du produit raffiné dans un Etat tiers aurait pu être décelée, ce qui rendait l'exception nécessaire pour éviter une conséquence que le président des Etats-Unis avait décidé d'écarter en raison des besoins énergétiques du pays.

c) *N'y a-t-il pas une contradiction entre les motifs du rejet de la demande originaire et le dispositif qui y est relatif?*

30. Dans le paragraphe 42 de l'arrêt, la Cour s'est déclarée compétente pour se prononcer sur la compatibilité des actions militaires américaines contre les plates-formes pétrolières avec le droit international relatif à l'emploi de la force. Après l'examen des éléments de fait et de droit permettant d'arrêter sa décision (par. 43 à 77 de l'arrêt), la Cour conclut dans le paragraphe 78 que ces actions

«ne sauraient être justifiées, en vertu de l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'article XX du traité de 1955, en tant que mesures nécessaires à la protection des intérêts vitaux des Etats-Unis sur le plan de la sécurité, dès lors qu'elles constituaient un recours à la force armée et ne pouvaient être considérées, au regard du droit international relatif à cette question, comme des actes de légitime défense, et ne relevaient donc pas de la catégorie des mesures prévues par cette disposition du traité telle qu'elle doit être interprétée».

Cette conclusion purement négative est reprise dans la première partie du point 1 du dispositif de l'arrêt. Dans les paragraphes 96 à 98, la Cour a écarté toute responsabilité de l'Etat déclaré coupable de la transgression d'un principe de droit international aussi fondamental que la prohi-

bition du recours à la force dans les relations entre Etats. Même si l'on devait admettre — ce qui a été contredit ci-dessus — que la destruction des plates-formes pétrolières iraniennes n'aurait pas porté atteinte à la liberté de commerce entre les hautes parties contractantes, encore serait-il illogique de constater que la destruction de ces plates-formes a été accomplie en exécution d'un usage illicite de la force armée sans ouvrir un droit à réparation à l'Etat victime de cette transgression. Déjà dans le paragraphe 41 de l'arrêt, la Cour a déclaré :

«L'application des règles pertinentes du droit international relatif à la question fait donc partie intégrante de la tâche d'interprétation confiée à la Cour par le paragraphe 2 de l'article XXI du traité de 1955.»

Après qu'elle a, dans l'exercice de cette compétence, constaté la transgression de la prohibition du recours à la force armée en liaison avec la demande iranienne fondée sur le paragraphe 1 de l'article X du traité, la Cour n'accomplit pas jusqu'au bout sa mission alors qu'elle laisse une telle transgression sans réparation.

#### IV. LA PROHIBITION DU RECOURS À LA FORCE, PRINCIPE FONDAMENTAL DU DROIT INTERNATIONAL

31. Si, en dépit des réserves précédemment formulées, j'ai voté en faveur du premier point du dispositif, c'est parce que, ne pouvant choisir entre le jugement de la Cour sur l'emploi de la force et son refus de faire droit à la demande légitime de l'Iran, j'ai estimé en conscience devoir donner la préférence à la première de ces deux branches du point 1 du dispositif.

Au cours des dernières décennies, d'excellents juristes américains ont déploré le recul de l'adhésion au principe de prohibition du recours à la force. Parmi beaucoup d'autres, je citerais : Thomas M. Franck, «Who Killed Article 2, Paragraph 4? Or: Changing Norms Governing the Use of Force by States», *American Journal of International Law*, 1970, vol. 64, p. 809-837; Oscar Schachter, «In Defence of International Rules on the Use of Force», *University of Chicago Law Review*, 1986, vol. 53, p. 113-146; Oscar Schachter, «The Role of Power in International Law», *Proceedings of the 93rd Annual Meeting of the American Society of International Law*, 1999, p. 200-205. Ces deux éminents juristes ont notamment souligné l'effet pervers de la justification abusivement tirée du «droit naturel de légitime défense». On ne saurait cependant soutenir que l'affirmation du maintien en vigueur de l'article 2, paragraphe 4, de la Charte est aujourd'hui universellement acceptée. On trouve en effet des publications adoptant des positions totalement antinomiques. Tel le récent article de John R. Bolton, «Is there Really «Law» in International Affairs?», *Transnational Law and Contemporary Problems*, 2000, vol. 10, p. 1-48.

Pareille prise de position n'est pas négligeable car son auteur a été durant cinq années (1989-1993) *Assistant Secretary of State for International Organization Affairs*. L'article commence par une discussion théorique de la qualité juridique du droit international: «*Is it Law or isn't it?*» Il s'agit d'une dogmatique dépassée car elle repose sur une définition restrictive du concept de «droit» ou d'ordre juridique. L'auteur se fonde ensuite sur l'application par la Cour suprême des Etats-Unis de la «*last-in-time rule*», en vertu de laquelle les cours et tribunaux doivent appliquer une loi interne de préférence à un traité antérieur, auquel le législateur aurait dérogé. La présentation de cette doctrine constitutionnelle est trop sommaire en ce qu'elle passe sous silence les efforts accomplis par la jurisprudence pour concilier les deux sources de droit antinomiques. L'un des moyens suivis à cette fin recommande au juge de donner à la loi en conflit avec la disposition directement applicable d'un traité international une interprétation qui la rende compatible avec le traité<sup>21</sup>. En outre, le statut du droit international dans l'ordre interne d'un Etat ne nous apprend rien sur la nature de l'ordre juridique réglant les rapports inter-étatiques. Enfin, le rejet du droit international en dehors du «droit», qui se fonde notamment sur la prétendue inexistence d'un juge apte à trancher les différends interétatiques, est démenti par les circonstances de la présente espèce: il existe une juridiction internationale et elle s'est clairement prononcée sur le respect dû à la prohibition de l'emploi de la force.

32. A la vérité, la «doctrine» défendue par M. Bolton pêche par son archaïsme. Elle s'efforce, sans oser le dire, de remettre à l'ordre du jour l'enseignement de Hobbes et de Spinoza.

Les deux principaux ouvrages de Thomas Hobbes (1588-1679) sont: *De Cive* (1642) et *Leviathan, seu de civitate ecclesiastica et civili* (1651). L'auteur a de la loi de la nature une conception diamétralement opposée à celle que livre la tradition scolastique. L'état de nature (*status naturae*) est le lieu d'une lutte perpétuelle, *bellum omnium in omnes* (*De Cive*, I, XII), à laquelle il n'a été mis fin que par l'institution de la société civile. L'Etat moderne a réussi à instaurer la paix grâce au pouvoir exercé par ceux qui le dirigent, les citoyens ayant accepté de faire abandon de leur liberté naturelle en faveur de la paix. Les Etats entre eux ne sont pas sortis de l'état de nature. C'est le plus fort qui domine par la conquête: il subjugué d'autres peuples à sa loi.

«De cette guerre de tout homme contre tout homme résulte aussi que rien ne peut être injuste. Les notions de bien et de mal, justice et injustice, n'ont pas leur place ici. Là où n'existe aucun pouvoir commun, il n'y a pas de loi. Là où n'existe pas de loi, il n'y a aucune injustice. La force et la ruse sont en temps de guerre les deux vertus cardinales. La justice et l'injustice ne sont aucunement des facultés du corps ou de l'esprit. Si elles l'étaient, elles pourraient se trouver

<sup>21</sup> A partir de *Murray v. The Charming Betsy*, 6 US (2 Cranch) 64 (1804), p. 117-118.

en un homme qui serait seul dans le monde, aussi bien que ses sensations et ses passions. Ce sont des qualités relatives aux hommes en société, non dans la solitude. Il résulte aussi de ce même état qu'il ne s'y trouve pas de propriété, de domination, de distinction du *mien* et du *tien*, mais qu'il n'y a que ce que chaque homme peut obtenir, et aussi longtemps qu'il peut le conserver. Et en voilà assez pour le malheureux état où l'homme se trouve placé par simple nature, quoique avec une possibilité d'en sortir, qui consiste en partie dans les passions, en partie dans sa raison.» (*Leviathan*, chap. XIII.)

«La liberté qui est si fréquemment mentionnée et avec tant d'honneur dans les livres d'histoire et de philosophie des anciens Grecs et Romains, et dans les écrits et paroles de ceux qui ont reçu d'eux tout ce qu'ils ont appris chez les auteurs politiques, n'est pas la liberté des particuliers, mais la liberté de la république, qui est la même que celle qu'aurait chacun s'il n'y avait pas du tout de lois civiles et de républiques. Et les effets seraient aussi les mêmes. Car, de même que parmi des hommes sans maître, il y a une guerre permanente de chaque homme contre son voisin, aucun héritage à transmettre au fils, ou à attendre du père, aucune propriété des biens et des terres, aucune sécurité, mais [seulement] une liberté pleine et absolue en chaque particulier, de même, dans les Etats et Républiques qui ne dépendent pas l'un de l'autre, chaque république, non chaque homme, a une liberté absolue de faire ce qu'elle jugera, c'est-à-dire ce que cet homme ou cette assemblée qui la représente jugera contribuer à son avantage. Mais en même temps, les républiques vivent dans un état de guerre permanente, [toujours] à la limite de se battre, avec leurs frontières armées, et les canons pointés en direction des voisins.» (*Leviathan*, chap. XXI.)<sup>22</sup>

Comme la société des Etats est privée d'un pouvoir qui leur est supérieur, d'une autorité régulatrice, les notions de juste et d'injuste ne sauraient y avoir cours, étant le produit d'une société constituée. Hobbes a orienté le droit international dans une perspective volontariste: le *ius gentium* est totalement séparé du droit naturel, la loi de la nature (plutôt que la loi naturelle) étant celle du triomphe de la force, de la domination du faible par le fort.

On trouve un écho de certaines idées de Hobbes chez Spinoza (1632-1677). Selon le *Tractatus politicus* et le *Tractatus theologico-politicus* qui reçurent une publication posthume en 1677, au pouvoir irrésistible de l'autorité suprême (*summa potestas*) dans l'Etat correspond la souveraineté externe de l'Etat.

<sup>22</sup> Thomas Hobbes, *Leviathan*, «La matière, la forme et le pouvoir d'une république ecclésiastique et civile» (traduit de l'anglais par Philippe Folliot, professeur de philosophie au lycée Jean Ango de Dieppe à partir de *Leviathan or the Matter, Forme and Power of A Commonwealth Ecclesiasticall and Civil* by Thomas Hobbes of Malmesbury, London, printed for Andrew Crooke, at the Green Dragon In St.Pauls Church-yard, 1651).

A supposer, par suite, qu'une nation veuille faire la guerre à une autre nation et ne recule devant aucun moyen apte à faire entrer cette nation sous sa dépendance, elle a parfaitement le droit de l'attaquer. Car il lui suffit, pour se trouver en état d'hostilité, d'en avoir la volonté (*Tractatus politicus*, chap. III, par. 13).

33. Le régime juridique auquel la Charte des Nations Unies a soumis l'exercice du recours à la force entre Etats doit être considéré comme la «norme fondamentale» (*Grundnorm*) du droit international au sens kelsenien. Il appartenait à l'organe judiciaire principal des Nations Unies de saisir l'opportunité que lui offrait la présente espèce pour rappeler la force contraignante de l'article 2, paragraphe 4, de la Charte. La Cour avait compétence pour ce faire car les deux actions dont elle était saisie avaient l'une et l'autre pour objet une demande fondée sur un usage de la force, dont il était allégué qu'il était illicite, la contestation portant notamment sur la nature et l'étendue du droit de légitime défense.

(Signé) François RIGAUX.