SEPARATE OPINION OF JUDGE SIMMA

Matters relating to United States use of force are at the heart of the case, therefore the approach of dealing with Article XX before turning to Article X of the 1955 Treaty is acceptable — The Court's position regarding the United States attacks on the oil platforms, although correct as such, is marked throughout by inappropriate self-restraint — While hostile military action not reaching the threshold of an "armed attack" within the meaning of Article 51 of the United Nations Charter may be countered by proportionate and immediate defensive measures equally of a military character, the United States actions did not qualify as such proportionate counter-measures — The Court's treatment of Article X on "freedom of commerce" between the territories of the Parties follows a step-by-step approach which is correct up to a certain point but then takes turns in two wrong directions: first, the platforms attacked in October 1987 did not lose protection under Article X through being temporarily inoperative because the freedom under the Treaty embraces also the possibility of commerce in the future; secondly, the indirect commerce in Iranian oil going on during the time of the United States embargo is also protected by the Treaty — The Court's finding on the United States counter-claim is profoundly inadequate particularly with regard to the so-called "generic" counter-claim which should have been upheld — The problems of attribution and causality posed by the existence of several tortfeasors in the case could have been solved by recourse to a general principle of joint-and-several responsibility recognized by major domestic legal systems — Neither would the "indispensable-third-party" doctrine have stood in the way of declaring Iran responsible for breaches of Article X.

I have voted in favour of the first part of the *dispositif* of the present Judgment with great hesitation. In fact, I see myself in a position to concur — in principle — with the Court's treatment of only one of the two issues dealt with there, namely that of the alleged security interests of the United States measured against the international law on self-defence. As to the remaining parts of the *dispositif*, neither can I agree with the Court's decision that the United States attacks on the Iranian oil platforms ultimately did not infringe upon Iran's treaty right to respect for its freedom of commerce with the United States; nor do I consider that the way in which the Court disposed of the so-called "generic" counter-claim of the United States is correct. In my view, this counter-claim ought to have been upheld. Regarding the part of the *dispositif* devoted to this counter-claim, I thus had no choice but to dissent.

The reason why I have not done so also with regard to the first part of

OPINION INDIVIDUELLE DE M. LE JUGE SIMMA

[Traduction]

Les questions concernant l'emploi de la force par les Etats-Unis étant au cœur de l'affaire, la méthode consistant à examiner l'article XX du traité de 1955 avant l'article X est acceptable — La position de la Cour concernant les attaques menées par les Etats-Unis contre les plates-formes pétrolières, bien que correcte en soi, procède d'une retenue excessive — Bien qu'une action militaire hostile n'atteignant pas le seuil de l'« agression armée » au sens de l'article 51 de la Charte des Nations Unies puisse donner lieu à des mesures défensives proportionnées et immédiates ayant aussi un caractère militaire, les actes des Etats-Unis ne peuvent pas être qualifiés de contre-mesures proportionnées — Pour analyser l'article X sur la « liberté de commerce » entre les territoires des Parties, la Cour suit une approche par étapes qui est bonne jusqu'à un certain point, mais qui s'oriente ensuite dans deux directions erronées : premièrement, les plates-formes attaquées en octobre 1987 n'ont pas perdu la protection garantie par l'article X du fait qu'elles étaient temporairement hors service, puisque la liberté protégée par le traité comprend aussi la possibilité de faire du commerce à l'avenir ; deuxièmement, le commerce indirect de pétrole iranien qui s'est poursuivi pendant l'embargo américain était aussi protégé par le traité — La conclusion de la Cour concernant la demande reconventionnelle des Etats-Unis est profondément inadéquate, en particulier en ce qui concerne la demande reconventionnelle dite « de caractère général » à laquelle la Cour aurait dû faire droit — Les problèmes relatifs à l'attribution de la responsabilité et à la causalité résultant du concours de responsabilités en l'espèce auraient pu être résolus par le recours à un principe général de responsabilité in solidum *reconnu par les principaux systèmes de droit interne — La doctrine dite de la « tierce partie indispensable » n'aurait pas non plus empêché la Cour de déclarer l'Iran responsable de violations de l'article X.*

C'est avec beaucoup d'hésitation que j'ai voté pour la première partie du dispositif de l'arrêt. En fait, je ne suis en mesure d'approuver — sur le principe — la solution donnée par la Cour que sur un seul des deux points qui y sont réglés, celui qui concerne les prétendus intérêts des Etats-Unis sur le plan de la sécurité au regard du droit international de la légitime défense. Quant au reste du dispositif, je ne peux ni souscrire à la décision de la Cour selon laquelle les attaques menées par les Etats-Unis contre les plates-formes pétrolières iraniennes ne constituaient pas finalement une violation du droit au respect de la liberté de commerce avec les Etats-Unis que l'Iran tirait du traité, ni considérer que la manière dont la Cour a traité la demande reconventionnelle « générale » des Etats-Unis soit juste. Selon moi, la Cour aurait dû faire droit à cette demande reconventionnelle et je ne pouvais donc que me déclarer en désaccord avec la partie du dispositif consacrée à cette demande.

Si je ne l'ai pas fait aussi pour la première partie du dispositif bien que,

the *dispositif*, even though, as I have just pointed out, I concur with the Court's decisions on only the first of the two issues decided therein[1], lies in a consideration of *Rechtspolitik*: I welcome that the Court has taken the opportunity, offered by United States reliance on Article XX of the 1955 Treaty, to state its view on the legal limits on the use of force at a moment when these limits find themselves under the greatest stress. Although I am of the view that the Court has fulfilled what I consider to be its duty in this regard with inappropriate restraint, I do not want to dissociate myself from what after all does result in a confirmation, albeit too hesitant, of the *jus cogens* of the United Nations Charter.

I. Iran's Claims

A. Introduction

1. As paragraph 37 of the Judgment pertinently reminds us, the original dispute between the Parties to the present case related to the legality under the international law on the use of force, that is to say, under the Charter of the United Nations and customary international law, of the attacks of the United States against the oil platforms. Paragraph 37 also points out that, at the time of those attacks, neither Party made any reference to the 1955 Treaty of Amity. When subsequently that Treaty was brought into play by Iran as a basis for the Court's jurisdiction, Iran attempted to ground jurisdiction not only in Article X, paragraph 1, but also Articles I and IV, paragraph 1, of the Treaty. In its 1996 Judgment on the United States Preliminary Objection the Court accepted only Article X, paragraph 1, as the basis of its jurisdiction[2] — which might seem surprising in the face of Article I of the Treaty which reads that "[t]here shall be firm and enduring peace and sincere friendship between the United States . . . and Iran". In the Court's opinion, however, Article I was not to be interpreted as incorporating into the Treaty all of the provisions of international law concerning peaceful and friendly relations. Rather, this Article would have to be regarded as fixing an objective in the light of which the other treaty provisions are to be interpreted and applied[3]. Thus, the Court concluded, Article I was "not without legal significance" for the interpretation of other Treaty provisions relevant in the case, in particular that of Article X, paragraph 1[4].

[1] As well as the reason why I prefer to label the present opinion a "separate" and not a "dissenting" opinion despite disagreeing with the majority of the Court's main findings in the case.

[2] *Oil Platforms (Islamic Republic of Iran* v. *United States of America), Preliminary Objection, Judgment, I.C.J. Reports 1996 (II),* at pp. 817 ff., 821.

[3] *Ibid.*, p. 814, para. 28.

[4] *Ibid.*, p. 815, para. 31.

comme je viens de le dire, je ne souscrive aux décisions de la Cour que sur le premier des deux points qui y sont tranchés[1], c'est pour une considération de *Rechtspolitik*: je me félicite en effet que la Cour ait saisi l'occasion offerte par le fait que les Etats-Unis avaient invoqué l'article XX du traité de 1955 pour se prononcer sur les limites juridiques du recours à la force à un moment où ces limites sont extrêmement fragilisées. Même si, à mon avis, la Cour a fait preuve d'une retenue excessive en s'acquittant de ce que je considère comme sa mission, je ne veux pas me dissocier de ce qui est tout de même une confirmation, certes trop hésitante, du *jus cogens* de la Charte des Nations Unies.

I. Les Demandes de l'Iran

A. Introduction

1. Comme nous le rappelle opportunément le paragraphe 37 de l'arrêt, le différend initial entre les Parties à la présente espèce portait sur la licéité, au regard du droit international relatif à l'emploi de la force, autrement dit de la Charte des Nations Unies et du droit international coutumier, des attaques menées par les Etats-Unis contre les plates-formes pétrolières. Le paragraphe 37 indique aussi que, au moment de ces attaques, aucune des deux Parties n'avait mentionné le traité d'amitié de 1955. Lorsque, par la suite, l'Iran invoqua le traité comme base de la compétence de la Cour, il tenta d'asseoir cette compétence non seulement sur le paragraphe 1 de l'article X du traité, mais aussi sur l'article premier et le paragraphe 1 de l'article IV. Dans son arrêt de 1996 sur l'exception préliminaire des Etats-Unis, la Cour ne retint comme base de compétence que le paragraphe 1 de l'article X[2] — ce qui pourrait paraître surprenant compte tenu de l'article premier du traité, qui dispose qu'«[i]l y aura paix stable et durable et amitié sincère entre les Etats-Unis ... et l'Iran». Selon la Cour, cependant, l'article premier ne devait pas être interprété comme incorporant dans le traité l'ensemble des dispositions du droit international concernant les relations pacifiques et amicales. Il fallait plutôt le regarder comme fixant un objectif à la lumière duquel les autres dispositions du traité devaient être interprétées et appliquées[3]. Ainsi, la Cour conclut-elle, l'article premier n'était «pas sans portée juridique» pour l'interprétation des autres dispositions du traité pertinentes en l'espèce, notamment celles du paragraphe 1 de l'article X[4].

[1] C'est aussi pour cela que je préfère qualifier cette opinion d'«individuelle» et non de «dissidente» bien que je sois en désaccord avec les principales conclusions de la majorité de la Cour en l'espèce.

[2] *Plates-formes pétrolières (République islamique d'Iran c. Etats-Unis d'Amérique), exception préliminaire, arrêt, C.I.J. Recueil 1996 (II)*, p. 817 et suiv., 821.

[3] *Ibid.*, p. 814, par. 28.

[4] *Ibid.*, p. 815, par. 31.

In effect, the relevance ultimately assigned to Article I by the present Judgment can only be considered minimal[5].

2. Be this as it may, the 1996 Judgment did decide that "[m]atters relating to the use of force are . . . not *per se* excluded from the reach of the Treaty of 1955"[6]. As a result, the rather businesslike Article X, paragraph 1, on freedom of commerce[7] now serves as the proverbial eye of the needle through which the Court's treatment of the question of the use of armed force by the United States has to be squeezed. In effect, this needle's eye has now been made even smaller, impenetrable in the present case, in the Court's decision on the merits of Iran's claim of violation of Article X, paragraph 1.

3. From the viewpoint of legal policy and political relevance, however, there can be no doubt that in the present case the emphasis is squarely on the question of the legality *vel non* of the use of armed force by the United States against the oil platforms. I therefore accept the Judgment's approach of dealing with Article XX, paragraph 1 *(d)*, of the Treaty before turning to Article X, paragraph 1, not only for the more technical reasons advanced in the Judgment — all of which I consider convincing —, but also out of this broader consideration. For the same reason, I see no problem in the fact that the part of the Judgment devoted to the issue of United States use of armed force is considerably larger than that dealing with the question of the violation of the Treaty as such.

4. Returning to the order in which these matters are taken up in the Judgment, the United States itself has argued that there was no compelling reason for the Court to examine the question of a breach of Article X before turning to the question under Article XX. According to the Respondent, therefore the order in which the issues are to be treated is a matter for the discretion of the Court[8]. The manner in which the Court has exercised such discretion thus appears to me to be indisputable.

B. Article XX, Paragraph 1 (d)

5. In accordance with what I stated at the outset, the reason why I decided to vote in favour of the first part of the Judgment's *dispositif* is

[5] Article I is only referred to in the Judgment once (in paragraph 41) to support a conclusion which I consider cogent for rather more obvious reasons, namely that Article XX, paragraph 1 *(d)*, of the Treaty (on which *infra*) must not be read as allowing any use of force between the parties that is not permissible, or justified, under the relevant rules of international law. Paragraph 41 considers the opposite view "hardly consistent with Article I".

[6] *I.C.J. Reports 1996 (II)*, p. 812, para. 21.

[7] Respectively freedom of navigation; see *infra* on the United States counter-claim.

[8] CR 2003/11, p. 16; CR 2003/12, p. 14.

En fait, la pertinence que reconnaît le présent arrêt à l'article premier ne peut être considérée que comme minimale[5].

2. Quoi qu'il en soit, l'arrêt de 1996 a bien décidé que «[l]es questions relatives à l'emploi de la force ne sont ... pas exclues en tant que telles du champ d'application du traité de 1955»[6]. En conséquence, le paragraphe 1 de l'article X, sur la liberté de commerce[7], qui a un caractère plutôt pratique, constitue aujourd'hui le proverbial chas de l'aiguille par lequel la Cour doit faire passer son analyse de la question de l'emploi de la force armée par les Etats-Unis. Et le chas de l'aiguille a en fait été encore rétréci en l'espèce, jusqu'à devenir impénétrable, par la décision rendue au fond par la Cour sur la demande de l'Iran fondée sur la violation du paragraphe 1 de l'article X.

3. Du point de vue de la politique juridique et de la pertinence politique, cependant, il ne fait pas de doute que ce qui compte surtout en l'espèce, c'est la question de la licéité de l'emploi de la force armée par les Etats-Unis contre les plates-formes pétrolières. J'accepte donc la méthode suivie par l'arrêt consistant à examiner l'alinéa *d)* du paragraphe 1 de l'article XX du traité avant le paragraphe 1 de l'article X, non seulement pour les raisons techniques avancées dans l'arrêt — qui toutes me semblent convaincantes — mais aussi à cause de cette considération plus large. C'est aussi pourquoi je ne trouve rien à redire au fait que la partie de l'arrêt consacrée à la question de l'emploi de la force armée par les Etats-Unis est beaucoup plus longue que celle qui porte sur la question de la violation du traité proprement dite.

4. Pour en revenir à l'ordre dans lequel ces questions sont abordées dans l'arrêt, les Etats-Unis eux-mêmes ont dit qu'il n'y avait pas de raison impérieuse pour que la Cour examine la question de la violation de l'article X avant d'aborder celle de l'article XX. Selon le défendeur, en conséquence, l'ordre dans lequel les questions doivent être abordées relève de la discrétion de la Cour[8]. La manière dont la Cour a exercé cette discrétion me paraît donc inattaquable.

B. L'alinéa d) *du paragraphe 1 de l'article XX*

5. Comme je l'ai dit en commençant, la raison pour laquelle j'ai décidé de voter pour la première partie du dispositif de l'arrêt est que, pour moi,

---

[5] L'article premier n'est mentionné dans l'arrêt qu'une seule fois (par. 41) à l'appui d'une conclusion qui, à mon sens, s'impose pour des raisons plus évidentes, à savoir que l'alinéa *d)* du paragraphe 1 de l'article XX du traité (dont il sera question plus loin) ne doit pas être interprété comme autorisant un emploi de la force entre les parties qui ne soit pas permis, ou justifié, en vertu des règles pertinentes du droit international. Au paragraphe 41, il est dit que le point de vue contraire ne serait «guère compatible avec l'article premier».

[6] *C.I.J. Recueil 1996 (II)*, p. 812, par. 21.

[7] Ou liberté de navigation : voir plus loin, à propos de la demande reconventionnelle des Etats-Unis.

[8] CR 2003/11, p. 16; CR 2003/12, p. 14.

that I consider it of utmost importance, and a matter of principle, for the Court to pronounce itself on questions of the threat or use of force in international relations whenever it is given the opportunity to do so. In this regard, the desirable standard of vigour and clarity was set already in the *Corfu Channel* case where the Court condemned a right to self-help by armed force claimed by the United Kingdom

> "as the manifestation of a policy of force, such as has, in the past, given rise to most serious abuses and such as cannot, whatever be the present defects in international organization, find a place in international law"[9].

Unfortunately, in the sombre light of developments over the 50 years that have passed since the *Corfu Channel* case, but more particularly in the recent past, this statement of the Court shows traits of a prophecy.

6. My agreement with the present position of the Court in principle does not however keep me from criticizing the Judgment for what I consider the half-heartedness of the manner in which it deals with the question of the use of force.

I recognize of course that there are valid legal reasons for the Court to keep what has to be said on the legality of United States military actions against the oil platforms within the confines of the text of Article XX, paragraph 1 *(d)*, of the Treaty. In fact, my criticism of the Court's treatment of the issues arising under that provision does not stem from any disagreement with what the text of the Judgment is saying. Rather, what concerns me is what the Court has decided not to say. I find it regrettable that the Court has not mustered the courage of restating, and thus reconfirming, more fully fundamental principles of the law of the United Nations as well as customary international law (principles that in my view are of the nature of *jus cogens*) on the use of force, or rather the prohibition on armed force, in a context and at a time when such a reconfirmation is called for with the greatest urgency. I accept of course that, since its jurisdiction is limited to the bases furnished by the 1955 Treaty, it would not have been possible for the Court to go as far as stating in the *dispositif* of its Judgment that, since the United States attacks on the oil platforms involved a use of armed force that cannot be justified as self-defence, these attacks must not only, for reasons of their own, be found not to have been necessary to protect the essential security interests of the United States within the meaning of Article XX of the Treaty; they must also be found in breach of Article 2 (4) of the United Nations Charter. What the Court could have done, without neglecting any jurisdictional bounds as I see them, is to restate the backbone of the Charter law on use of force by way of strong, unequivocal *obiter dicta*. Everybody will be

[9] *Corfu Channel, Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1949*, p. 35.

il est de la plus haute importance, et c'est une question de principe, que la Cour se prononce sur des questions touchant à la menace ou à l'emploi de la force dans les relations internationales chaque fois qu'elle a l'occasion de le faire. A cet égard, elle a déjà fait preuve de la vigueur et de la clarté souhaitables dans l'affaire du *Détroit de Corfou*, lorsqu'elle a condamné le droit d'autoprotection par la force armée que revendiquait le Royaume-Uni

> «comme la manifestation d'une politique de force, politique qui, dans le passé, a donné lieu aux abus les plus graves et qui ne saurait, quelles que soient les déficiences présentes de l'organisation internationale, trouver aucune place dans le droit international»[9].

Malheureusement, au vu des sombres événements survenus au cours des cinquante années qui se sont écoulées depuis l'affaire du *Détroit de Corfou*, mais plus particulièrement dans le passé récent, cette déclaration de la Cour revêt un caractère prophétique.

6. Mon accord de principe avec la position actuelle de la Cour ne m'empêche cependant pas de critiquer l'arrêt pour ce que je considère comme un manque de conviction dans la manière dont il traite de l'emploi de la force.

Je reconnais bien sûr que la Cour a des raisons juridiques valables de contenir dans les limites de l'alinéa *d)* du paragraphe 1 de l'article XX du traité ce qui doit être dit de la licéité des actions militaires des Etats-Unis contre les plates-formes pétrolières. En fait, si je critique la manière dont la Cour a traité les questions que soulève cette disposition, ce n'est pas parce que je n'approuve pas ce qu'en dit le texte de l'arrêt. Ce qui me préoccupe, c'est plutôt ce que la Cour a décidé de ne pas dire. Je trouve regrettable que la Cour n'ait pas trouvé le courage de réaffirmer, et donc de reconfirmer, de façon plus explicite les principes fondamentaux du droit des Nations Unies et du droit international coutumier (principes qui, à mon avis, relèvent du *jus cogens*) sur l'emploi de la force, ou plutôt sur l'interdiction de la force armée, dans un contexte et à un moment où il serait on ne peut plus urgent de le faire. J'admets bien entendu que, sa compétence étant limitée aux bases fournies par le traité de 1955, la Cour ne pouvait pas aller jusqu'à dire dans le dispositif de son arrêt que, puisque les attaques menées par les Etats-Unis contre les plates-formes pétrolières comportaient un emploi de la force armée qui ne pourrait être justifié en tant qu'acte de légitime défense, il fallait juger non seulement que ces attaques, en elles-mêmes, n'étaient pas nécessaires pour protéger les intérêts vitaux des Etats-Unis sur le plan de la sécurité au sens de l'article XX du traité, mais aussi qu'elles violaient le paragraphe 4 de l'article 2 de la Charte des Nations Unies. Ce que la Cour aurait pu faire toutefois, sans outrepasser à mon sens sa compétence, c'est réaffirmer le caractère fondamental des dispositions de la Charte sur l'emploi de la

[9] *Détroit de Corfou, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1949*, p. 35.

aware of the current crisis of the United Nations system of maintenance of peace and security, of which Articles 2 (4) and 51 are cornerstones. We currently find ourselves at the outset of an extremely controversial debate on the further viability of the limits on unilateral military force established by the United Nations Charter[10]. In this debate, "supplied" with a case allowing it to do so, the Court ought to take every opportunity to secure that the voice of the law of the Charter rise above the current cacophony. After all, the International Court of Justice is not an isolated arbitral tribunal or some regional institution but the principal judicial organ of the United Nations. What we cannot but see outside the courtroom is that, more and more, legal justification of use of force within the system of the United Nations Charter is discarded even as a fig leaf, while an increasing number of writers appear to prepare for the outright funeral of international legal limitations on the use of force. If such voices are an indication of the direction in which legal-political discourse on use of force not authorized by the Charter might move, do we need more to realize that for the Court to speak up as clearly and comprehensively as possible on that issue is never more urgent than today? In effect, what the Court has decided to say — or, rather, not to say — in the present Judgment is an exercise in inappropriate self-restraint.

7. Paragraph 78 of the Judgment concludes that the United States attacks against the oil platforms cannot be justified, under Article XX, paragraph 1 *(d)*, of the Treaty of 1955, as being measures necessary to protect the essential security interests of the United States, since those actions constituted recourse to armed force not qualifying as acts of self-defence under "international law on the question" (see *infra*), and thus did not fall within the category of measures that could be contemplated, "upon its correct interpretation", by the said provision of the Treaty. I admit of course that this passage can be read — indeed, it must be read — as stating by way of implication that the United States actions, constituting unilateral use of "armed force not qualifying, under international law . . . as acts of self-defence", were therefore in breach of Article 2 (4) of the United Nations Charter. *Tertium non datur*. It is a great pity however that the reasoning of the Court does not draw this necessary conclusion, and thus strengthen the Charter prohibition on the threat or use of armed force, in straightforward, terms. To repeat, I cannot see how in doing so the Court would have gone beyond the bounds

[10] Cf. Secretary-General Kofi Annan's Address to the General Assembly of 23 September 2003, General Assembly, 7th Plenary Meeting, 23 September 2003, A/58/PV.7, at p. 3.

force par des *obiter dicta* fermes et sans équivoque. Tout le monde est conscient de la crise que traverse actuellement le système de maintien de la paix et de la sécurité des Nations Unies, système dont le paragraphe 4 de l'article 2 et l'article 51 de la Charte sont les pierres angulaires. Nous nous trouvons actuellement au seuil d'un débat extrêmement polémique sur la question de savoir si les limites fixées par la Charte des Nations Unies à l'emploi unilatéral de la force armée resteront valables pour l'avenir[10]. Dans ce débat, ayant à juger une affaire qui s'y prête, la Cour devrait saisir toutes les occasions pour que la voix du droit de la Charte s'élève au-dessus de la cacophonie ambiante. Après tout, la Cour internationale de Justice n'est pas un tribunal arbitral ou une institution régionale quelconque: elle est l'organe judiciaire principal des Nations Unies. Ce que nous sommes bien obligés de constater en dehors de la Cour, c'est que, de plus en plus, on rejette ne serait-ce que l'apparence d'une justification juridique de l'emploi de la force à l'intérieur du système établi par la Charte des Nations Unies, en même temps qu'un nombre croissant d'auteurs semblent se préparer à voir enterrer purement et simplement les restrictions qu'impose le droit international à cet égard. S'il y a là une indication de la direction dans laquelle pourrait s'orienter le discours juridico-politique sur l'emploi de la force non autorisé par la Charte, que nous faut-il de plus pour comprendre qu'il n'y a jamais eu autant d'urgence à ce que la Cour s'exprime aussi clairement et de manière aussi explicite que possible sur cette question? En fait, ce que la Cour a décidé de dire — ou plutôt de ne pas dire — dans le présent arrêt est le résultat de la retenue excessive dont elle a inopportunément fait preuve.

7. Le paragraphe 78 de l'arrêt conclut que les attaques menées par les Etats-Unis contre les plates-formes pétrolières 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» (voir ci-dessous), comme des actes de légitime défense, et ne relevaient donc pas de la catégorie des mesures pouvant être prévues par cette disposition du traité «telle qu'elle doit être interprétée». J'admets évidemment que ce passage peut — et même doit — être interprété comme indiquant implicitement que les actions des Etats-Unis, constituant un recours unilatéral à la force armée qui ne pouvait être considéré «au regard du droit international ... comme des actes de légitime défense», violaient le paragraphe 4 de l'article 2 de la Charte des Nations Unies. *Tertium non datur*. Il est très regrettable cependant que le raisonnement de la Cour ne l'amène pas à tirer cette nécessaire conclusion en renforçant du même coup sans équivoque l'inter-

[10] Voir l'allocution faite par M. Kofi Annan, Secrétaire général des Nations Unies, devant l'Assemblée générale le 23 septembre 2003: Assemblée générale, 7e séance plénière, A/58/PV.7, p. 3.

of its jurisdiction. The text of the Judgment should have included an unambiguous statement to the effect that the United States military operations against the oil platforms, since they were not conducted in justified self-defence against an armed attack by Iran, must be considered breaches of the prohibition on the use of military force enshrined in the United Nations Charter and in customary international law.

8. Instead of doing so, the text adopted by the majority of the Court explains what is to be understood by the "international law on the question" (para. 78) in a way that comes dangerously close to creating the impression that the Court attempts to conceal the law of the Charter rather than to emphasize it: it speaks throughout its extensive debate on the United States attacks in light of Article XX of "international law on the question" (i.e., the question of the use of force), "international law applicable in the case" or " the relevant rules of international law". What these relevant, applicable etc. rules actually are is spelled out only once, and then in the subordinate part of a sentence: in paragraph 42, the Judgment states that its jurisdiction under Article XXI, paragraph 2, of the 1955 Treaty to decide any question of interpretation or application of *(inter alia)* Article XX, paragraph 1 *(d)*, of the Treaty extends, where appropriate, to the determination whether action alleged to be justified under that paragraph was or was not an unlawful use of force "by reference to international law applicable to this question, *that is to say, the provisions of the Charter of the United Nations and customary international law*" (emphasis added). Again: nowhere else in the part of the Judgment dealing with the United States attacks[11] is the United Nations Charter expressly mentioned. It is difficult to view such hiding of the law of the Charter behind the veil of terms like those that I have quoted above as a mere matter of style; it could unfortunately also be understood as a most unwelcome downgrading of the relevance and importance of the rules of the United Nations Charter on the use of force — as I just said, precisely at a time when the effectiveness of these rules is being challenged to the breaking-point.

Having said this, I turn to a number of more specific issues raised by the text of the Judgment devoted to Article XX, paragraph 1 *(d)*, of the 1955 Treaty.

9. I agree with the Judgment's understanding of the relationship between Article XX, paragraph 1 *(d)*, and the limits of general international law on unilateral use of force, according to which — in the words of a former President of this Court — this Article "cannot have contem-

[11] With the exception of a reference in paragraph 51 to Article 51 of the Charter as determining the meaning of "armed attacks".

diction de la menace ou de l'emploi de la force armée contenue dans la Charte. Je le répète, je ne vois pas comment, ce faisant, la Cour aurait outrepassé sa compétence. Le texte de l'arrêt aurait dû énoncer sans ambiguïté que les opérations militaires menées par les Etats-Unis contre les plates-formes pétrolières, dès lors qu'elles n'étaient pas des actes de légitime défense contre une agression armée de l'Iran, devaient être considérées comme violant l'interdiction de l'emploi de la force armée consacrée par la Charte des Nations Unies et le droit international coutumier.

8. Au lieu de quoi, le texte adopté par la majorité de la Cour explique ce qu'il faut entendre par le «droit international relatif à cette question» (arrêt, par. 78) d'une manière qui n'est pas loin de donner l'impression qu'elle s'efforce de laisser dans l'ombre le droit de la Charte au lieu de le mettre en lumière: tout au long des développements consacrés à l'examen des attaques des Etats-Unis à la lumière de l'article XX, il est question du «droit international relatif à cette question» (celle de l'emploi de la force), du «droit international applicable en l'espèce» ou des «règles pertinentes du droit international». Ce que sont ces règles pertinentes, applicables, etc., n'est dit en toutes lettres qu'une seule fois, et encore, dans une proposition incidente: au paragraphe 42 de l'arrêt, la Cour déclare que la compétence que lui confère le paragraphe 2 de l'article XXI du traité de 1955 pour régler toute question concernant l'interprétation ou l'application de (notamment) l'alinéa *d)* du paragraphe 1 de l'article XX l'autorise aussi, en tant que de besoin, à déterminer si une action présentée comme justifiée par ce paragraphe constituait ou non un recours illicite à la force «au regard du droit international applicable en la matière, *à savoir les dispositions de la Charte des Nations Unies et du droit international coutumier*» (les italiques sont de moi). Je le répète: nulle part ailleurs, dans la partie de l'arrêt consacrée aux attaques américaines[11], la Charte des Nations Unies n'est expressément mentionnée. Il est difficile de voir dans cette façon de recouvrir le droit de la Charte d'un voile de mots du genre de ceux que j'ai cités plus haut une simple question de style: cela pourrait apparaître aussi, malheureusement, comme une dévalorisation on ne peut plus regrettable de la pertinence et de l'importance des règles de la Charte des Nations Unies sur l'emploi de la force — et cela précisément, comme je l'ai dit, au moment où la validité de ces règles est mise à très rude épreuve.

Cela dit, je vais maintenant aborder plusieurs questions plus particulières soulevées par la partie de l'arrêt consacrée à l'alinéa *d)* du paragraphe 1 de l'article XX du traité de 1955.

9. Je souscris à l'analyse que fait l'arrêt des liens entre l'alinéa *d)* du paragraphe 1 de l'article XX et les limites du droit international général sur l'emploi unilatéral de la force, analyse selon laquelle — pour reprendre les termes d'un ancien président de la Cour — cet article «ne peut avoir

[11] A l'exception d'un renvoi à l'article 51 de la Charte comme déterminant le sens de l'expression «agression armée» (arrêt, par. 51).

plated a measure which cannot, under general international law, be justified even as being part of an operation in legitimate self-defence"[12]. The Court, in paragraph 41 of the Judgment, thus accepts, and rightly so, the principle according to which the provisions of any treaty have to be interpreted and applied in the light of the treaty law applicable between the parties as well as of the rules of general international law "surrounding" the treaty[13]. If these general rules of international law are of a peremptory nature, as they undeniably are in our case, then the principle of interpretation just mentioned turns into a legally insurmountable limit to permissible treaty interpretation.

10. The scope of measures taken to protect the essential security interests of a party according to Article XX, paragraph 1 *(d)*, is wider than that of measures taken in self-defence. There are many measures that a party may take on that basis, like import bans, which have nothing to do with the notion of self-defence. On the other hand, any measure taken in self-defence would equally constitute a measure necessary to protect essential security interests within the meaning of the 1955 Treaty. However, only measures which fulfil all of the conditions required for the exercise of the right of self-defence can qualify as action that is permissible under Article XX, paragraph 1 *(d)*. In the present case, to interpret Article XX, paragraph 1 *(d)*, more "liberally" would be both absurd and destructive: absurd, because our provision could then be read to mean that parties to treaties of, among other things, "amity" could be allowed to contract out of the most fundamental of all obligations under present international law, namely the prohibition on the threat or use of force — an obligation which States owe any other State even if they cannot muster any degree of "amity" for each other. Furthermore, such a reading of Article XX, paragraph 1 *(d)*, would be destructive because it would allow a mutual "emancipation" from some of the most cogent of all rules of international law.

11. I also strongly subscribe to the view of the Court expressed in the Judgment's paragraph 73 according to which the requirement of international law that action taken avowedly in self-defence must have been necessary for that purpose, is strict and objective, leaving no room for any "measure of discretion". In my view, this is also due to Article I of the 1955 Treaty ("There shall be firm and enduring peace and sincere friend-

[12] Dissenting opinion of Judge Sir Robert Jennings, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua* v. *United States of America), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986*, p. 541. Sir Robert referred to the exact counterpart of Article XX, paragraph 1 *(d)*, in the FNC Treaty between the United States and Nicaragua. The remaining doubts in Sir Robert's mind (cf. *ibid.*) were, in my view, unnecessary.

[13] Article 31, paragraph 3 *(c)*, of the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties.

envisagé une mesure qui ne peut pas, en droit international général, se justifier même comme entrant dans le cadre de la légitime défense»[12]. La Cour, au paragraphe 41 de l'arrêt, admet donc à juste titre le principe selon lequel les dispositions d'un traité doivent être interprétées et appliquées à la lumière du droit conventionnel applicable entre les parties ainsi que des règles de droit international général «entourant» le traité[13]. Et si ces règles générales de droit international ont un caractère impératif, comme c'est indéniablement le cas en l'espèce, alors le principe d'interprétation qui vient d'être mentionné devient une limite juridiquement infranchissable pour l'interprète.

10. La portée des mesures prises pour protéger les intérêts vitaux d'une partie sur le plan de la sécurité en vertu de l'alinéa *d)* du paragraphe 1 de l'article XX est plus large que celle des mesures prises dans le cadre de la légitime défense. En effet, une partie peut prendre au titre de cette disposition de nombreuses mesures, par exemple des interdictions à l'importation, qui n'ont rien à voir avec la notion de légitime défense. Par contre, toute mesure de légitime défense constituerait également une mesure nécessaire à la protection des intérêts vitaux sur le plan de la sécurité au sens du traité de 1955. Cependant, seules les mesures remplissant toutes les conditions mises à l'exercice du droit de légitime défense peuvent être considérées comme autorisées en vertu de l'alinéa *d)* du paragraphe 1 de l'article XX. En l'espèce, interpréter cette disposition de façon plus «libérale» serait à la fois absurde et destructeur: absurde, parce qu'elle pourrait alors être interprétée comme permettant aux parties à un traité qui établit des relations d'«amitié», entre autres, de se soustraire à la plus fondamentale de toutes les obligations découlant du droit international contemporain, à savoir l'interdiction du recours ou de la menace du recours à la force — obligation qui existe entre tous les Etats même s'il n'existe aucune espèce d'«amitié» entre eux. Cette interprétation serait en outre destructrice parce qu'elle permettrait aux Etats de s'«affranchir» mutuellement de certaines des règles de droit international ayant le caractère le plus impératif.

11. Je souscris aussi fermement à l'opinion que la Cour a exprimée au paragraphe 73 de l'arrêt, disant 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». A mon avis, il en est ainsi également en raison de l'article premier du traité de 1955 («Il

[12] Opinion dissidente de sir Robert Jennings, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique), fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1986*, p. 541. Sir Robert parlait d'un article du traité d'amitié entre les Etats-Unis et le Nicaragua qui constitue l'équivalent exact de l'alinéa *d)* du paragraphe 1 de l'article XX. Les autres doutes exprimés par sir Robert (cf. *ibid.*) étaient, à mon avis, superflus.

[13] Alinéa *c)* du paragraphe 3 de l'article 31 de la convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités.

ship between the United States . . . and Iran") which, according to the Court's Judgment of 1996 on the Preliminary Objection of the United States, must be regarded as fixing an objective, in the light of which the other Treaty provisions are to be interpreted and applied[14]. The least which this objective must lead to is a particularly high demand on the standard of "necessity" embodied in Article XX, paragraph 1 *(d)*; every one of the words used in the text of that provision must be carefully weighed and given its full import. Hence, in order to relieve a party from its obligation under Article X, paragraph 1, of the Treaty, a measure must, first, be necessary, not just desirable or useful to protect that State's essential security interests. Second, the measure must be necessary to actually protect these interests, not just to advance or support them. Third, the measure must be necessary to protect the security interests of the State taking it. Fourth, the security interests destined to be protected must be essential. And last, of course, the measure must be concerned with the security of the Respondent itself. Since Article XX, paragraph 1 *(d)*, of the 1955 Treaty is the exception to the rule of freedom of commerce and navigation enshrined in the same Treaty, and, as stated, in light of Article I, all these terms have to be subjected to extremely careful scrutiny.

12. I am less satisfied with the argumentation used in the Judgment by which the Court arrives at the — correct — conclusion that, since the Iranian mine, gunboat or helicopter attacks on United States shipping did not amount to an "armed attack" within the meaning of Article 51 of the Charter, the United States actions cannot be justified as recourse to self-defence under that provision. The text of paragraph 51 of the Judgment might create the impression that, if offensive military actions remain below the — considerably high — threshold of Article 51 of the Charter, the victim of such actions does not have the right to resort to — strictly proportionate — defensive measures equally of a military nature. What the present Judgment follows at this point are some of the less fortunate statements in the Court's *Nicaragua* Judgment of 1986[15]. In my view, the permissibility of strictly defensive military action taken against attacks of the type involving, for example, the *Sea Isle City* or the *Samuel B. Roberts* cannot be denied. What we see in such instances is an unlawful use of force "short of" an armed attack ("agression armée") within the meaning of Article 51, as indeed "the most grave form of the use of force"[16]. Against such smaller-scale use of force, defensive action — by force also

[14] *I.C.J. Reports 1996 (II)*, p. 814, para. 28.

[15] *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua* v. *United States of America), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986*, e.g., p. 101, para. 191; p. 103, para. 194; p. 127, para. 249.

[16] *Ibid.*, p. 101, para. 194.

y aura paix stable et durable et amitié sincère entre les Etats-Unis ... et l'Iran») qui, selon l'arrêt rendu en 1996 par la Cour sur l'exception préliminaire des Etats-Unis, doit être regardé comme fixant un objectif à la lumière duquel les autres dispositions du traité doivent être interprétées et appliquées[14]. Le minimum auquel cet objectif doit conduire est une application particulièrement stricte du critère de «nécessité» prévu à l'alinéa *d)* du paragraphe 1 de l'article XX: chacun des mots utilisés dans le texte de cette disposition doit être soigneusement pesé et recevoir tout son sens. En conséquence, pour qu'une partie soit libérée de l'obligation découlant pour elle du paragraphe 1 de l'article X du traité, la mesure qu'elle prend doit être, premièrement, nécessaire et pas seulement souhaitable ou utile pour protéger ses intérêts vitaux sur le plan de la sécurité. Deuxièmement, elle doit être nécessaire pour protéger vraiment ces intérêts, et pas seulement pour les favoriser ou les promouvoir. Troisièmement, elle doit être nécessaire pour protéger les intérêts en matière de sécurité de l'Etat qui les prend. Quatrièmement, les intérêts en matière de sécurité pouvant ainsi être protégés doivent être vitaux. Enfin, il va de soi que la mesure doit concerner la sécurité de l'Etat défendeur lui-même. Puisque l'alinéa *d)* du paragraphe 1 de l'article XX instaure une exception au principe de la liberté de commerce et de navigation inscrit dans ce même traité et compte tenu, comme on l'a dit, de l'article premier, toutes ces conditions doivent faire l'objet d'un examen particulièrement attentif.

12. Je suis moins convaincu par l'argumentation par laquelle la Cour arrive dans son arrêt à la conclusion — correcte — que, puisque les attaques qu'avait menées l'Iran au moyen de mines, de canonnières ou d'hélicoptères contre les navires marchands des Etats-Unis ne constituaient pas «une agression armée» au sens de l'article 51 de la Charte, les actions des Etats-Unis ne peuvent se justifier en tant que mesures de légitime défense en vertu de cette disposition. Le texte du paragraphe 51 de l'arrêt risque de donner l'impression que, si des actions militaires offensives restent en deçà du seuil — extrêmement élevé — de l'article 51 de la Charte, la victime de ces actions n'a pas le droit de recourir à des mesures défensives également de nature militaire et strictement proportionnées. Le présent arrêt reprend sur ce point certains des énoncés les moins heureux de la Cour dans l'arrêt *Nicaragua* en 1986[15]. A mon sens, on ne peut nier que des mesures militaires strictement défensives peuvent être légitimement prises contre des attaques du type de celles qui ont frappé par exemple le *Sea Isle City* ou le *Samuel B. Roberts*. Ce que nous voyons dans ces exemples, c'est un usage illicite de la force qui reste «en deçà» de l'«agression armée» au sens de l'article 51, c'est-à-dire en deçà des «formes les plus graves de l'emploi de la force»[16]. Face à un

[14] *C.I.J. Recueil 1996 (II)*, p. 814, par. 28.

[15] *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique), fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1986,* par exemple aux pages 101, par. 191, 103, par. 194, et 127, par. 249.

[16] *Ibid.*, p. 101, par. 194.

"short of" Article 51 — is to be regarded as lawful[17]. In other words, I would suggest a distinction between (full-scale) self-defence within the meaning of Article 51 against an "armed attack" within the meaning of the same Charter provision on the one hand and, on the other, the case of hostile action, for instance against individual ships, below the level of Article 51, justifying proportionate defensive measures on the part of the victim, equally short of the quality and quantity of action in self-defence expressly reserved in the United Nations Charter. Here I see a certain analogy with the *Nicaragua* case, where the Court denied that the hostile activities undertaken by Nicaragua against El Salvador amounted to an "armed attack" within the meaning of Article 51, that would have given the United States a right to engage in collective self-defence, and instead qualified these activities as illegal military intervention. What the Court did consider permissible against such unlawful acts were "proportionate counter-measures", but only those resorted to by the immediate victim. The Court said:

> "While an armed attack would give rise to an entitlement to collective self-defence, a use of force of a lesser degree of gravity cannot . . . produce any entitlement to take collective counter-measures involving the use of force. The acts of which Nicaragua is accused . . . could only have justified proportionate counter-measures on the part of the State which had been the victim of these acts, . . ."[18]

Hence, the Court drew a distinction between measures taken in legitimate self-defence on the basis of Article 51 of the Charter and lower-level, smaller-scale proportionate counter-measures which do not need to be based on that provision. In view of the context of the Court's above dictum, by such proportionate counter-measures the Court cannot have understood mere pacific reprisals, more recently, and also in the terminology used by the International Law Commission, called "counter-measures"[19]. Rather, in the circumstances of the *Nicaragua* case, the Court can only have meant what I have just referred to as defensive military action "short of" full-scale self-defence. Unfortunately, the present Judgment decided not to address this issue at all.

---

[17] I have not developed this view *ad hoc,* under the impact of the present case, but as long as 20 years ago; see A. Verdross and B. Simma, *Universelles Völkerrecht. Theorie und Praxis*, 3rd ed., 1984, p. 240, para. 472.

[18] *I.C.J. Reports 1986*, p. 127, para. 249.

[19] Cf. Articles 49-54 of the ILC's text on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, adopted in 2001; cf. International Law Commission, Report on the Work of its Fifty-Third Session, *Official Records of the General Assembly, Fifty-sixth Session, Supplement No. 10* (A/56/10). The Commission strictly excluded from its concept of "counter-measures" any such measures amounting to a threat or use of force; cf. Article 50, para. 1 *(a)*.

recours à la force plus limité comme celui-ci, une mesure défensive — restant nécessairement aussi «en deçà» de ce que prévoit l'article 51 — doit être considérée comme licite[17]. En d'autres termes, je pense qu'il faudrait distinguer entre, d'une part, le (plein) recours à la légitime défense au sens de l'article 51 de la Charte face à une «agression armée» au sens de cette même disposition et, d'autre part, le cas d'un acte hostile, dirigé par exemple contre des navires isolés, d'un degré «en deçà» de celui qui est visé à l'article 51 et justifiant que la victime prenne des mesures défensives proportionnées, dont la nature et la quantité seront également «en deçà» de celles des mesures de légitime défense expressément autorisées par la Charte des Nations Unies. Je vois ici une certaine similitude avec l'affaire *Nicaragua*, dans laquelle la Cour a nié que les activités hostiles du Nicaragua contre El Salvador eussent constitué une «agression armée» au sens de l'article 51, susceptible d'ouvrir aux Etats-Unis le droit de légitime défense collective, préférant qualifier ces activités d'intervention militaire illicite. La Cour a estimé que, face à de tels actes illicites, seules des «contre-mesures proportionnées» étaient autorisées. Elle a déclaré:

> «L'agression armée ouvrirait un droit à la légitime défense collective, mais un recours à la force d'une moindre gravité ne saurait ... autoriser des contre-mesures collectives impliquant l'emploi de la force. Les faits reprochés au Nicaragua ... n'auraient pu justifier des contre-mesures proportionnées que de la part de l'Etat qui en aurait été victime...»[18]

Ainsi, la Cour a établi une distinction entre les mesures prises au titre de la légitime défense sur la base de l'article 51 de la Charte et les contre-mesures proportionnées, d'un degré moindre et d'une moindre ampleur, qui n'ont pas besoin d'être fondées sur cette disposition. Compte tenu du contexte de ce *dictum*, la Cour ne peut pas avoir entendu par l'expression «contre-mesures proportionnées» de simples représailles pacifiques plus récemment appelées, y compris dans la terminologie de la Commission du droit international, «contre-mesures»[19]. Dans les circonstances de l'affaire *Nicaragua*, la Cour ne pouvait penser qu'à ce que j'ai appelé tout à l'heure une mesure militaire défensive d'un degré «en deçà» de celui du plein recours à la légitime défense. Malheureusement, elle a décidé dans le présent arrêt de ne pas aborder du tout cette question.

---

[17] Je n'ai pas développé ce point de vue spécialement pour les besoins de la cause, mais il y a près de vingt ans: voir A. Verdross et B. Simma, *Universelles Völkerrecht. Theorie und Praxis*, 3e éd., 1984, p. 240, par. 472.

[18] *C.I.J. Recueil 1986*, p. 127, par. 249.

[19] Voir les articles 49 à 54 du texte de la Commission du droit international sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite, adoptés en 2001; voir rapport de la Commission du droit international, cinquante-troisième session, Nations Unies, *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-sixième session, supplément n° 10* (A/56/10). La Commission a exclu strictement de la notion de «contre-mesures» toute mesure de ce type constituant une menace d'emploi de la force ou un emploi de la force; voir l'article 50, par. 1 *a)*.

13. To sum up my view on the use of force/self-defence aspects of the present case, there are two levels to be distinguished: there is, first, the level of "armed attacks" in the substantial, massive sense of amounting to "une agression armée", to quote the French authentic text of Article 51. Against such armed attacks, self-defence in its not infinite, but still considerable, variety would be justified. But we may encounter also a lower level of hostile military action, not reaching the threshold of an "armed attack" within the meaning of Article 51 of the United Nations Charter. Against such hostile acts, a State may of course defend itself, but only within a more limited range and quality of responses (the main difference being that the possibility of collective self-defence does not arise, cf. *Nicaragua*) and bound to necessity, proportionality and immediacy in time in a particularly strict way.

14. In the present case, I agree with the Court that neither the broad pattern of unlawful use of force by Iran against United States vessels and their naval escorts nor the two specific attacks against the *Sea Isle City* and the *Samuel B. Roberts* amounted to an "armed attack" within the meaning of Article 51 of the United Nations Charter. These hostile activities could, as I have pointed out, have been countered immediately by "proportionate counter-measures" also of a military nature, consisting of defensive measures designed to eliminate the specific source of the threat or harm to affected ships in, and at the time of, the specific incidents. The Iranian oil platforms and their possible non-commercial activities during the Gulf War were too remote from these incidents (in every sense of this word) to provide a legitimate target for counter-measures within the meaning given to this term in the *Nicaragua* Judgment. Also, there is in the international law on the use of force no "qualitative jump" from iterative activities remaining below the threshold of Article 51 of the Charter to the type of "armed attack" envisaged there. However, as I read the facts of the present case, there was on the part of Iran no iterative or continued pattern of armed attacks against United States ships to begin with. Attacks on ships flying foreign flags could not be relied on by the United States in order to trigger Article 51 action. Furthermore, not a single Security Council resolution adopted at the material time determined that it was Iran (alone) which had engaged in "armed attacks" against neutral shipping in the Gulf.

15. But even if we assume, for the sake of discussion, that the United States had been the victim of an armed attack by Iran within the meaning of Article 51 of the United Nations Charter, the United States attacks on the oil platforms would not qualify as legitimate acts of self-defence under that provision. The United States actions fulfilled neither the condition of necessity nor that of proportionality. In the light of the material before the Court relating to the political and military considerations on

13. Pour résumer mes vues sur les questions du recours à la force et de la légitime défense telles qu'elles se posent en l'espèce, il convient de distinguer deux degrés: il y a d'abord le degré des attaques armées massives et de grande ampleur, qui constituent «une agression armée» pour reprendre les termes de l'article 51. Face à une telle agression, la légitime défense, dans ses formes non pas infiniment mais néanmoins considérablement variées, serait justifiée. Mais il existe aussi des actes militaires hostiles d'un degré inférieur, qui n'atteignent pas le seuil de l'«agression armée» au sens de l'article 51 de la Charte des Nations Unies. Contre les actes hostiles de ce genre, un Etat peut bien entendu se défendre, mais uniquement par des mesures dont la portée et la nature sont plus restreintes (la principale différence résidant dans le fait que la possibilité de légitime défense collective n'existe pas dans ce cas, voir *Nicaragua*), et qui doivent aussi être très rigoureusement nécessaires et proportionnées, et suivre immédiatement l'acte qui les a motivées.

14. En l'espèce, je suis d'accord avec la Cour pour penser que ni la série des actes illicites de recours à la force par l'Iran contre les navires des Etats-Unis et les bâtiments qui les escortaient, ni les deux attaques visant spécifiquement le *Sea Isle City* et le *Samuel B. Roberts* ne constituaient une «agression armée» au sens de l'article 51 de la Charte des Nations Unies. Comme je l'ai indiqué, il aurait été possible de riposter immédiatement à ces actes d'hostilité par des «contre-mesures proportionnées» également de nature militaire, consistant en mesures défensives conçues pour éliminer la source précise de la menace ou du dommage subi par les navires lors des incidents en cause, au moment de ceux-ci. Les plates-formes pétrolières iraniennes et les activités non commerciales auxquelles elles se livraient peut-être pendant la guerre du Golfe étaient trop lointaines (dans tous les sens du terme) pour constituer légitimement la cible de contre-mesures au sens donné à cette expression dans l'arrêt *Nicaragua*. En outre, rien dans le droit international sur le recours à la force n'autorise le «saut qualitatif» par lequel des activités répétées d'un degré restant inférieur au seuil visé à l'article 51 de la Charte deviendraient l'«agression armée» envisagée dans cette disposition. De toute façon, selon mon interprétation des faits, il n'y a pas eu d'attaque armée répétée ou continue de l'Iran à l'encontre des navires américains. Les Etats-Unis ne pouvaient pas invoquer les attaques dirigées contre des navires battant pavillon étranger pour prendre les mesures envisagées à l'article 51. De plus, aucune résolution du Conseil de sécurité datant de la période considérée n'a établi que l'Iran (seul) avait mené une «agression armée» contre les navires neutres dans le Golfe.

15. Mais à supposer même, pour les besoins du raisonnement, que les Etats-Unis aient été victimes d'une agression armée de l'Iran au sens de l'article 51 de la Charte des Nations Unies, leurs attaques contre les plates-formes pétrolières ne pourraient pas être qualifiées d'actes de légitime défense au titre de cette disposition. Les actions des Etats-Unis ne satisfaisaient ni à la condition de la nécessité ni à celle de la proportionnalité. Au vu des éléments soumis à la Cour concernant les considérations poli-

the part of United States authorities that led to the attacks on the oil platforms, the selection of these platforms as targets was made on the basis of decisions by military commanders which may well be considered state of the art from the viewpoint of military efficiency, etc., but to which the notion of "self-defence" was quite foreign. It is possible, indeed probable, that some monitoring of United States as well as any other neutral shipping had actually taken place from aboard the oil platforms. Obviously this was a nuisance to United States military decision-makers. The United States authorities might also have been right in assuming a connection between information flowing, as it were, from the oil platforms and the harassing of neutral shipping in the Gulf. Thus, as I see it, either following the incidents involving the *Sea Isle City* and the *Samuel B. Roberts*, the United States military considered that enough was enough, and thus decided to neutralize the oil platforms, or, rather, the United States used these two incidents to teach Iran a broader lesson. The material put before the Court by the United States contains several more or less convincing reasons as to why it was the oil platforms and not some other military targets that were chosen for the purpose of a "reply" to the specific incidents involving the *Sea Isle City* and the *Samuel B. Roberts*, respectively the broader pattern of unlawful force engaged in by Iran. But nowhere in these materials do we encounter any trace of the considerations that an international lawyer would regard as necessary in order to justify action taken in self-defence.

16. I arrive at the conclusion that the United States military actions against the oil platforms were not of the defensive nature required both by Article 51 of the United Nations Charter and the general international law governing "proportionate counter-measures", to refer again to the *Nicaragua* Court's tantalizing phrase. As I interpret the law on the limits of unilateral use of armed force as it has evolved since 1945, there is no way to regard such actions as lawful or justified.

C. Article X, Paragraph 1

17. With regard to the question whether the United States attacks on the oil platforms constitute a breach of Article X, paragraph 1, of the 1955 Treaty, the Judgment follows a step-by-step approach with which I am able to concur throughout several of its argumentative stages. For instance, I agree with the statement of the Court in paragraph 82 according to which it is oil exports from Iran to the United States that are relevant to the case, not such exports in general. In the same paragraph the Court rightly disposes of the United States argument calling for a distinction between oil produced on Iranian land territory or in the territorial sea of Iran, on the one hand, and oil produced on the Iranian continental shelf, on the other.

tiques et militaires qui avaient conduit les autorités américaines à lancer des attaques contre les plates-formes pétrolières, c'est sur la base de décisions du commandement militaire que les plates-formes avaient été choisies comme cibles, décisions sans doute justifiées du point de vue de l'efficacité militaire, etc., mais auxquelles la notion de «légitime défense» était tout à fait étrangère. Il est possible que les plates-formes pétrolières aient été utilisées pour surveiller les navires américains et d'autres navires marchands neutres; cela est même probable. De toute évidence, cela gênait les hauts responsables militaires américains. Peut-être les autorités américaines avaient-elles aussi raison de penser qu'il y avait un lien entre les informations venant des plates-formes pétrolières et le harcèlement des navires neutres dans le Golfe. C'est pourquoi je crois que, ou bien après les incidents impliquant le *Sea Isle City* et le *Samuel B. Roberts*, les autorités militaires américaines, estimant que les choses étaient allées assez loin, ont décidé de neutraliser les plates-formes pétrolières, ou bien plutôt les Etats-Unis se sont servis de ces deux incidents pour donner à l'Iran une leçon plus générale. Les pièces produites par les Etats-Unis devant la Cour indiquent plusieurs raisons plus ou moins convaincantes expliquant pourquoi ce sont les plates-formes pétrolières et non pas d'autres cibles militaires qui avaient été choisies pour riposter aux incidents impliquant le *Sea Isle City* et le *Samuel B. Roberts* ou à l'ensemble des actes illicites de recours à la force de l'Iran. Mais, dans aucune de ces pièces, nous ne trouvons trace des considérations qui, pour un juriste international, seraient nécessaires pour justifier une mesure de légitime défense.

16. J'en conclus que les actions militaires des Etats-Unis contre les plates-formes pétrolières n'avaient pas le caractère défensif exigé à la fois par l'article 51 de la Charte des Nations Unies et les règles de droit international général régissant les «contre-mesures proportionnées», pour reprendre une fois de plus l'expression énigmatique utilisée par la Cour dans l'affaire *Nicaragua*. Selon mon interprétation des règles relatives aux limites de l'emploi unilatéral de la force armée telles qu'elles ont évolué depuis 1945, rien ne permet de considérer ces actions comme licites ou justifiées.

C. Le paragraphe 1 de l'article X

17. En ce qui concerne la question de savoir si les attaques menées par les Etats-Unis contre les plates-formes pétrolières constituent une violation du paragraphe 1 de l'article X du traité de 1955, l'arrêt procède par étapes, et je peux accepter sans réserve plusieurs phases de son argumentation. Par exemple, je suis d'accord avec la Cour lorsqu'elle dit, au paragraphe 82, que ce sont les exportations de pétrole de l'Iran vers les Etats-Unis qui sont pertinentes en l'espèce, et non pas les exportations iraniennes de pétrole en général. Dans le même paragraphe, la Cour rejette avec raison l'argument des Etats-Unis cherchant à établir une distinction entre le pétrole produit sur le territoire terrestre ou dans la mer territoriale de l'Iran, d'une part, et le pétrole produit sur son plateau continental, de l'autre.

18. I also agree with the gist of paragraph 89 of the Judgment, in which the Court considers that where a State destroys another State's means of production and transport of goods destined for export, or means ancillary or pertaining to such production or transport, there is an interference with freedom of international commerce being carried on by those means at that time. However, the Court relativizes this finding by saying that this consideration is valid "in principle". The Court thus introduces a distinction between "freedom of international commerce" in the Treaty sense (which it interprets later on) and the same freedom "in principle", that is, in some more general sense. This is the point from which the present Judgment appears to begin its retreat from the Court's position of 1996 or, to return to the metaphor used above, to close again the needle's eye offered to Iran at that earlier stage. I will turn to this change of course in more detail in paragraphs 21 ff. of my opinion.

19. In paragraph 91 of the Judgment, the Court reminds us that it remains uncontested between the Parties that "oil exports from Iran to the United States were — to some degree — ongoing at least until after the destruction of the first set of oil platforms" on 19 October 1987. In the same paragraph, the Court also points out that it is accepted by both Parties that the oil or petroleum products reaching the United States during this period were to some extent derived from crude oil produced by the platforms that were later subjected to attack. Thus the Court confirms that Iranian oil exports did right up to the beginning of the United States oil embargo constitute "commerce between the territories of the High Contracting Parties" within the meaning of Article X, paragraph 1, of the 1955 Treaty.

20. I also draw attention to paragraph 96 of the Judgment, according to which the Court sees no reason to question the view that, over the period during which the United States embargo was in effect, petroleum products that were derived in part from Iranian crude oil were reaching the United States in considerable quantities. The Court continues:

> "It could reasonably be argued that, had the platforms not been attacked, some of the oil that they would have produced would have been included in the consignments processed in Western Europe so as to produce the petroleum products reaching the United States."

21. Thus far, I can agree with the Court's build-up of the arguments concerning Article X, paragraph 1, of the Treaty. I have gone through the relevant stages of these arguments in order to demonstrate more clearly that from this point onwards the Court's reasoning begins to be flawed.

Where these flaws are summarized, as it were, and where therefore I part company with the reasoning of the Judgment, is at paragraph 98 which encapsulates the two main findings of the Court relating to

18. J'approuve aussi dans l'ensemble le paragraphe 89 de l'arrêt, dans lequel la Cour estime que, lorsqu'un Etat détruit des moyens de production et de transport de biens destinés à l'exportation d'un autre Etat, ou des moyens accessoires ou ayant trait à cette production ou à ce transport, il y a en principe atteinte à la liberté du commerce international utilisant ces moyens à ce moment. Cependant, la Cour relativise sa conclusion en disant que cette considération est valable «en principe». Elle introduit donc une distinction entre la «liberté du commerce international» au sens du traité (qu'elle interprète ensuite) et cette même liberté «en principe», c'est-à-dire dans un sens plus général. C'est le point à partir duquel le présent arrêt semble amorcer son retrait par rapport à la position prise par la Cour en 1996 ou, pour reprendre la métaphore utilisée ci-dessus, à refermer le chas d'aiguille qu'elle avait à l'époque ouvert pour l'Iran. J'examinerai ce changement d'attitude plus en détail dans les paragraphes 21 et suivants de mon opinion.

19. Au paragraphe 91 de l'arrêt, la Cour nous rappelle qu'il n'est pas contesté par les Parties que «les exportations de pétrole de l'Iran vers les Etats-Unis se [soient] — dans une certaine mesure — poursuivies au moins jusqu'à une date postérieure à la destruction du premier ensemble de plates-formes pétrolières», survenue le 19 octobre 1987. Dans ce même paragraphe, la Cour souligne aussi que les deux Parties admettent que le pétrole ou les produits pétroliers acheminés aux Etats-Unis durant cette période étaient dans une certaine mesure des dérivés du pétrole brut produit par les plates-formes qui furent attaquées par la suite. Ainsi, la Cour confirme que les exportations iraniennes de pétrole, jusqu'au début de l'embargo pétrolier des Etats-Unis, constituaient bien un «commerce entre les territoires des deux Hautes Parties contractantes» au sens du paragraphe 1 de l'article X du traité de 1955.

20. J'appelle aussi l'attention sur le paragraphe 96 de l'arrêt, dans lequel la Cour dit ne voir aucune raison de douter que, au cours de la période durant laquelle l'embargo des Etats-Unis était en vigueur, des produits pétroliers dérivés en partie de pétrole brut iranien soient parvenus aux Etats-Unis en très grandes quantités. La Cour poursuit en ces termes:

> «Il pourrait être raisonnablement soutenu que, si les plates-formes n'avaient pas été attaquées, une partie du pétrole qu'elles auraient produit aurait été incluse dans les quantités de brut transformé en Europe occidentale en produits pétroliers exportés aux Etats-Unis.»

21. Jusqu'ici, je peux approuver l'exposé par la Cour des arguments concernant le paragraphe 1 de l'article X du traité. J'ai repris l'un après l'autre ces arguments pour démontrer plus clairement que c'est à partir de là que le raisonnement de la Cour commence à être faussé.

Le passage où les défauts de l'argumentation sont pour ainsi dire résumés, et à partir duquel je me dissocie donc du raisonnement de l'arrêt, est le paragraphe 98, qui récapitule les deux principales conclusions de la

Article X, paragraph 1, of the Treaty. Paragraph 98 states that the two United States attacks cannot be said to have infringed upon Iran's rights under Article X, paragraph 1, of the Treaty because

— at the time of the United States attack of 19 October 1987 on the Reshadat platforms there was no commerce between the territories of Iran and the United States in respect of oil produced by those platforms and the Resalat platforms[20], inasmuch as those platforms were under repair and inoperative;
— at the time of the attacks of 18 April 1988 on the Salman and Nasr platforms, all direct commerce in oil between the territories of Iran and the United States had been suspended in pursuance of the United States embargo; consequently there was at that time no commerce "between the territories" of the parties within the meaning of the Treaty.

22. My disagreement with those two conclusions is as follows: as the Permanent Court has observed in the *Oscar Chinn* case[21], freedom of trade consists in the right to engage in any commercial activity, such activity comprising not only the purchase and sale of goods, but also industry, and in particular the transport business. This observation was the basis for the Court's 1996 Judgment on the United States Preliminary Objection to arrive at what it calls the "natural interpretation" according to which the word "commerce" in Article X, paragraph 1, includes commercial activities in general — not merely the immediate act of purchase and sale, but also the ancillary activities integrally related to commerce[22]. In conformity with this finding, the present Judgment includes the oil platforms among the installations performing such ancillary activities.

23. What I cannot agree with is that those oil platforms that at the time of the 1987 attacks were under repair could have lost the protection rendered by Article X, paragraph 1, of the 1955 Treaty by the fact of their thus being temporarily inoperative. First, according to Iran, the Reshadat platforms were at the time of the United States attacks close to being recommissioned[23]: according to Iran, it was contemplated that production would resume several days before the United States embargo set in. But even if the Reshadat platforms had taken up production again at a later date, that is, during the period of the embargo, they would have

[20] Paragraph 47 of the Judgment clarifies that, while the United States attack was made solely on two platforms belonging to the Reshadat complex, it affected also the operation of the Resalat complex.
[21] *Judgment, 1934, P.C.I.J., Series A/B, No. 63*, p. 65.
[22] *Oil Platforms (Islamic Republic of Iran* v. *United States of America), Preliminary Objection, Judgment, I.C.J. Reports 1996 (II)*, p. 819, para. 49.
[23] Cf. paragraph 92 of the Judgment.

Cour concernant le paragraphe 1 de l'article X du traité. Il est dit au paragraphe 98 que les deux attaques menées par les Etats-Unis ne sauraient être considérées comme ayant porté atteinte aux droits garantis à l'Iran par le paragraphe 1 de l'article X du traité parce que

— au moment de l'attaque lancée par les Etats-Unis contre les plates-formes de Reshadat — le 19 octobre 1987 —, il n'existait pas de commerce entre les territoires de l'Iran et des Etats-Unis s'agissant du pétrole produit par ces plates-formes et celles de Resalat[20], dans la mesure où celles-ci étaient en réparation et hors d'usage;
— au moment des attaques contre les plates-formes de Salman et de Nasr, le 18 avril 1988, tout commerce direct de pétrole entre les territoires de l'Iran et des Etats-Unis était suspendu en raison de l'embargo américain, et il n'y avait donc pas alors de commerce «entre les territoires» des parties au sens du traité.

22. Je suis en désaccord avec ces deux conclusions pour les raisons suivantes: comme la Cour permanente l'a fait observer dans l'affaire *Oscar Chinn*[21], la liberté de commerce est la faculté de se livrer à toute activité commerciale, celle-ci ne comprenant pas seulement la vente et l'achat des marchandises, mais aussi l'industrie, et notamment l'industrie des transports. C'est sur la base de cette observation que la Cour, dans son arrêt de 1996 sur l'exception préliminaire des Etats-Unis, a retenu ce qu'elle appelle l'«interprétation naturelle» selon laquelle le mot «commerce», au paragraphe 1 de l'article X, inclut des activités commerciales en général, non seulement les activités d'achat et de vente proprement dites, mais également les activités accessoires qui sont intrinsèquement liées au commerce[22]. Conformément à cette conclusion, le présent arrêt inclut les plates-formes pétrolières dans les installations se livrant à de telles activités accessoires.

23. Ce dont je ne peux pas convenir, c'est que ces plates-formes pétrolières qui, au moment des attaques de 1987, étaient en réparation auraient pu perdre la protection garantie par le paragraphe 1 de l'article X du traité de 1955 du fait qu'elles étaient ainsi temporairement hors service. Premièrement, selon l'Iran, au moment des attaques des Etats-Unis, les plates-formes de Reshadat étaient sur le point d'être remises en service[23]: d'après l'Iran, il était envisagé de reprendre la production quelques jours avant le début de l'embargo américain. Mais, même si les plates-formes de Reshadat avaient repris la production plus tard, c'est-à-dire pendant

[20] Il est précisé au paragraphe 47 de l'arrêt que, bien que l'attaque des Etats-Unis ait visé seulement deux plates-formes du complexe de Reshadat, elle avait aussi affecté les opérations du complexe de Resalat.

[21] *Arrêt, 1934, C.P.J.I. série A/B n° 63*, p. 65.

[22] *Plates-formes pétrolières (République islamique d'Iran c. Etats-Unis d'Amérique), exception préliminaire, arrêt, C.I.J. Recueil 1996 (II)*, p. 819, par. 49.

[23] Voir le paragraphe 92 de l'arrêt.

participated in indirect commerce in oil (on which see *infra*), just like the Salman and Nasr platforms.

24. Concerning the time needed for the repair of the platforms, I see no reason to deny credibility to the Iranian claims as paragraph 93 of the Judgment chooses to do: Iraqi attacks on the Reshadat platforms had taken place way back in 1986 and I would not categorically exclude the possibility that the United States, resolved to "teach Iran a lesson", timed its attacks precisely so as to destroy the installations as imminently before they could resume their function as possible.

25. More importantly, however, I consider, first, that "freedom of commerce" within the meaning of Article X, paragraph 1, of the Treaty implies the coverage by that Treaty provision not only of actual, ongoing commerce but of commerce on a continuing basis. Secondly, with Iran, I read that freedom as embodying an undertaking by the Parties to refrain from any action, not authorized by general international law or expressly contemplated by the Treaty between them, which may be the source of impediments on the other Party related to international commerce[24]. Thus, according to this view, which I consider to be correct on this point, the key issue is not damage to commerce in practice but the violation of *the freedom to engage in commerce*, whether or not there actually was any commerce going on at the time of the violation.

26. To conclude from this interpretation of the Treaty-based "freedom of commerce" that one party to a treaty stipulating such freedom would be obligated to enhance the other party's capabilities to bring about goods destined for such commerce would be absurd. But what certainly follows from it is that the parties are prohibited to prevent each other's use of existing capabilities, particularly by destroying respective installations altogether. I see no other way to interpret the Court's statement of 1996, according to which "any act which would impede that 'freedom' is thereby prohibited"[25]. Further, as a consequence of that — abstract, as it were — understanding of freedom of commerce followed here, such freedom is not founded on momentary reality, it implies a possibility for the future[26]. Thus the destruction of the Reshadat installations did impair the freedom of Iran to engage in commerce in oil also with the United States, irrespective of the fact that at the time of the attacks the platforms were out of order. Even if it had taken Iran longer to render the installations attacked in 1987 operational again, reducing them to ruins is to

[24] Pellet, CR 2003/6, p. 28.
[25] *Oil Platforms (Islamic Republic of Iran* v. *United States of America), Preliminary Objection, Judgment, I.C.J. Reports 1996 (II)*, p. 819, para. 50.
[26] Pellet, CR 2003/6, p. 33, paras. 68 and 70; p. 34, para. 73.

la période de l'embargo, elles auraient néanmoins participé au commerce indirect du pétrole (voir ci-dessous), tout comme celles de Salman et de Nasr.

24. En ce qui concerne le temps nécessaire à la réparation des plates-formes, je ne vois pas de raison de contester la crédibilité des affirmations de l'Iran, comme le fait la Cour au paragraphe 93 de son arrêt: les attaques iraquiennes contre les plates-formes de Reshadat avaient eu lieu longtemps auparavant, en 1986, et je ne voudrais pas exclure catégoriquement la possibilité que les Etats-Unis, résolus à «donner une leçon à l'Iran», aient choisi le moment de leurs attaques précisément de manière à détruire les installations alors que leur remise en marche était imminente.

25. Il y a plus important cependant: premièrement, je considère que la «liberté de commerce» au sens du paragraphe 1 de l'article X du traité implique que cette disposition s'applique non seulement au commerce effectif, en cours, mais aussi à la continuité du commerce. Deuxièmement, je comprends, comme l'Iran, que cette liberté suppose que les partenaires s'engagent à s'abstenir de toute action non autorisée par le droit international général ou expressément prévue par le traité qui les lie, qui pourrait créer pour l'autre partie des difficultés liées au commerce international[24]. Ainsi, selon cette thèse, que je juge exacte sur ce point, la question fondamentale n'est pas celle du préjudice causé au commerce dans la pratique, mais la violation de la *liberté de se livrer au commerce*, qu'il y ait eu ou non effectivement des échanges commerciaux au moment de la violation.

26. Conclure de cette interprétation de la «liberté de commerce» garantie par un traité qu'une partie à un traité prévoyant cette liberté aurait l'obligation d'accroître les capacités de l'autre partie à produire des biens destinés à ce commerce serait absurde. Mais ce qui en découle certainement, c'est qu'une partie ne doit pas empêcher l'autre d'utiliser ses capacités existantes, en particulier en les détruisant purement et simplement. Je ne vois pas d'autre façon d'interpréter ce qu'a dit la Cour en 1996, à savoir que «tout acte qui entraverait cette «liberté» s'en trouve prohibé»[25]. En outre, en conséquence de l'interprétation — *in abstracto* pour ainsi dire — de la liberté de commerce que nous retenons ici, cette liberté n'est pas fondée sur une réalité de l'instant, elle implique une faculté pour l'avenir[26]. Aussi la destruction des installations de Reshadat a-t-elle bien entravé la liberté qu'avait l'Iran de se livrer au commerce pétrolier aussi avec les Etats-Unis, peu important à cet égard que, à l'époque, les plates-formes eussent été hors d'état de fonctionner. Même s'il avait fallu à l'Iran plus de temps qu'il n'a dit pour remettre en état les

[24] Pellet, CR 2003/6, p. 28.

[25] *Plates-formes pétrolières (République islamique d'Iran c. Etats-Unis d'Amérique), exception préliminaire, arrêt, C.I.J. Recueil 1996 (II)*, p. 819, par. 50.

[26] Pellet, CR 2003/6, p. 33, par. 68 et 70; p. 34, par. 73.

me as obvious a violation of Iran's freedom of commerce as it could possibly be. Hence, for a violation of Article X, paragraph 1, to occur, no oil must have been flowing at the time of the United States attacks; it is sufficient that the attacks impeded the possibility of such flow. To give an example: let us assume that a person is suffering from a sore throat, depriving her of her voice, the chances being however that the person would be fully able to speak again in a few hours' time. If somebody gagged that person in order to prevent her from then speaking her mind, would such action be seen as an infringement upon that person's respective rights or not? The answer would certainly be yes. Thus I would venture to disagree with the view expressed in paragraph 92 of the Judgment according to which "[i]njury to potential for future commerce is . . . not necessarily to be identified with injury to freedom of commerce, within the meaning of Article X, paragraph 1, of the 1955 Treaty".

27. From the view taken here, the exact time of the projected resumption of operation of the oil platforms is not really relevant.

28. Further, I find myself in disagreement with the view expressed in paragraph 98 of the Judgment that, since at the time of the attacks on the Salman and Nasr platforms in April 1988, commerce in oil between the territories of Iran and the United States had been suspended through the United States President's Executive Order 12613, these platforms had lost protection under Article X, paragraph 1, of the 1955 Treaty as well. Thus, in the view of the Court, even though it recognizes that during the period of the United States embargo petroleum products were reaching the United States in considerable quantities that were derived in part from Iranian crude oil[27], commerce in such products did not constitute "commerce between the territories of Iran and the United States", understood exclusively as direct commerce. Also, the Judgment apparently views the "directness" of commerce in oil and petroleum products as eliminated not by the fact that, having been mixed with oil from other destinations, refined or otherwise processed, for instance in Rotterdam, Iranian crude oil could have lost its Iranian nationality, as it were, but rather by the existence in the context of indirect commerce of a succession of commercial transactions involving in addition to an Iranian seller and a United States buyer some intermediate participant(s) in a third country[28].

29. I find this interpretation of Article X, paragraph 1, plainly wrong. It is too formalistic and due to render the inter-State "commerce" pro-

[27] Cf. paragraph 96 of the present Judgment and *infra* paragraph 30.

[28] Cf. Judgment, paras. 96 ff. In the Court's view "[t]his is not 'commerce' between Iran and the United States, but commerce between Iran and an intermediate purchaser; and 'commerce' between an intermediate seller and the United States" (*ibid.*, para. 97).

installations attaquées en 1987, l'acte consistant à les réduire en ruines constitue à mon avis la violation la plus évidente qui soit de sa liberté de commerce. Par conséquent, pour qu'il y ait eu violation du paragraphe 1 de l'article X, il n'était pas nécessaire qu'il y ait eu un flux de pétrole au moment des attaques des Etats-Unis, il suffisait que ces attaques aient rendu ce flux impossible. Prenons un exemple: supposons qu'une personne souffre d'un mal de gorge qui la rend aphone, la probabilité étant cependant qu'elle retrouvera sa voix au bout de quelques heures. Si quelqu'un bâillonnait cette personne pour l'empêcher de s'exprimer lorsqu'elle aurait recouvré l'usage de la parole, cet acte serait-il considéré comme une violation des droits de cette personne ou non? La réponse ne pourrait être qu'affirmative. C'est pourquoi je ne souscris pas à l'opinion exprimée au paragraphe 92 de l'arrêt selon lequel «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».

27. Si l'on adopte ce point de vue, la question du moment exact où était prévue la reprise du fonctionnement des plates-formes n'est pas vraiment pertinente.

28. En outre, je suis en désaccord avec le point de vue exprimé au paragraphe 98 de l'arrêt où il est dit que, puisque, au moment des attaques contre les plates-formes de Salman et de Nasr en avril 1988, le commerce du pétrole entre les territoires de l'Iran et les Etats-Unis avait été suspendu par l'*Executive Order* 12613 du président des Etats-Unis, ces plates-formes n'étaient plus non plus protégées en vertu du paragraphe 1 de l'article X du traité de 1955. Ainsi la Cour, tout en reconnaissant que, pendant l'embargo américain, des produits pétroliers dérivés en partie de pétrole brut iranien parvenaient aux Etats-Unis en très grandes quantités[27], juge que le commerce de ces produits ne constituait pas «un commerce entre les territoires de l'Iran et des Etats-Unis» entendu exclusivement au sens de commerce direct. En outre, l'arrêt considère apparemment que le commerce du pétrole et des produits pétroliers a perdu son «caractère direct» non pas parce que, ayant été mélangé avec du pétrole d'autres destinations, raffiné ou transformé, à Rotterdam par exemple, le pétrole brut iranien aurait pu perdre sa nationalité iranienne, en quelque sorte, mais parce que le commerce indirect comporte une succession de transactions commerciales faisant intervenir, outre un vendeur iranien et un acheteur américain, un ou plusieurs participants intermédiaires dans un pays tiers[28].

29. Cette interprétation du paragraphe 1 de l'article X est, à mon sens, tout à fait erronée. Elle est trop formaliste et, si on la suit, le «commerce»

[27] Voir paragraphe 96 de l'arrêt et ci-dessous paragraphe 30.

[28] Voir arrêt, par. 96 et suiv. De l'avis de la Cour, «[i]l ne s'agit pas là de «commerce» entre l'Iran et les Etats-Unis, mais de commerce entre l'Iran et un acheteur intermédiaire et de «commerce» entre un vendeur intermédiaire et les Etats-Unis».

tected under the Treaty a prey to private manipulations. In order to assess the ambit of this protection correctly, I would submit that a sharp distinction ought to be drawn between the level of international commercial law, that is, the law and the contractual relationships governing transactions in oil between private parties on the one hand and the level of public international, i.e., treaty law on the other: the 1955 Treaty intends to protect "commerce between the territories of the Parties" as a value, or as a good, belonging, as it were, to the States parties to it; it in no way focuses on the private transactions that make such commerce flow from Iran to the United States. Thus, what the Treaty protection of commerce aims at is the macro-economic aspect of oil trade. And in this regard, the situation was as follows: according to the information before the Court, Iran's economy benefited from an increase in sales of crude oil to Western European markets during the period of the embargo, and this corresponded to increased spending by United States importers on petroleum products in those markets. Just as there was, in some sense, a flow of Iranian oil into the United States in the form of "mixed" crude oil or refined products, so there was also a corresponding flow of capital out of the United States and, ultimately, into Iran to pay for the products. In my view, this is all there is needed to represent "commerce between the territories" of the two Parties for the purposes of a commercial treaty of the kind exemplified by the 1955 Treaty. Trade in oil has to be viewed in light of the realities of that trade[29]. I would presume that even before the enactment of the embargo, indirect trade in oil (products), as such trade is understood by the Judgment, was taking place. Subsequent to the United States President's Executive Order 12613, what happened was that all Iran-United States oil trade became indirect in that way.

30. The figures in that regard are quite telling. According to the report by Professor Odell submitted by Iran, trade in oil between Iran and Europe and Europe and the United States increased very significantly around the time in which the embargo was enacted. Thus Iranian crude exported to European OECD countries rapidly expanded from only 25.2 million tons in 1986 to 37.7 million in 1987, and to 43.0 million tons in 1988: a 70 per cent increase in two years.

In the course of the same two years, exports of oil products from Western Europe to the United States rose by 60 per cent, from 11.2 to 17.9 million tons, while exports of such products as a whole from Europe increased much more modestly by 35 per cent from 24.3 to 32.7 million tons. In 1986, 46.1 per cent of Western Europe's exports of relevant products went to the United States; in 1988, the United

[29] Crawford, CR 2003/5, pp. 3 ff.

interétatique protégé par le traité ne peut que devenir la proie de manipulations privées. Pour apprécier correctement l'étendue de la protection, il faudrait selon moi établir une distinction nette entre le niveau du droit commercial international, c'est-à-dire du droit et des relations contractuelles régissant les transactions pétrolières entre parties privées d'une part, et celui du droit international public, c'est-à-dire du droit conventionnel, d'autre part: le traité de 1955 vise à protéger le «commerce entre les territoires des Parties» en tant que valeur ou bien appartenant, pour ainsi dire, aux Etats parties; il ne s'intéresse en aucune manière aux transactions privées qui réalisent ce commerce entre l'Iran et les Etats-Unis. Ainsi, ce sur quoi porte la protection du commerce prévue par le traité, c'est l'aspect macro-économique du commerce pétrolier. Et, à cet égard, la situation est la suivante: selon les renseignements fournis à la Cour, l'économie iranienne a bénéficié d'un accroissement des ventes de pétrole brut aux marchés d'Europe occidentale pendant la durée de l'embargo et, parallèlement, les importateurs américains ont accru leurs dépenses consacrées à des produits pétroliers sur ces marchés. Tout comme il y avait, dans un certain sens, un flux de pétrole iranien vers les Etats-Unis sous forme de pétrole brut «mélangé» ou de produits raffinés, il y avait aussi un flux correspondant de capitaux partant des Etats-Unis pour arriver finalement en Iran pour payer ces produits. A mon avis, cela suffit pleinement à constituer un «commerce entre les territoires» des deux Parties aux fins d'un traité commercial du type du traité de 1955. Il faut considérer le commerce du pétrole compte tenu des réalités de ce commerce[29]. J'ai tendance à croire que, même avant la promulgation de l'embargo, il existait un commerce indirect de pétrole (ou de produits pétroliers), au sens où l'entend l'arrêt. Ce qui s'est passé après l'*Executive Order* 12613 du président des Etats-Unis, c'est que tout le commerce pétrolier entre l'Iran et les Etats-Unis est ainsi devenu indirect.

30. Les chiffres à cet égard sont parlants. Selon le rapport du professeur Odell soumis par l'Iran, les échanges de pétrole entre l'Iran et l'Europe et entre l'Europe et les Etats-Unis ont augmenté très sensiblement vers l'époque à laquelle l'embargo a été promulgué. Ainsi, la quantité de brut iranien exporté vers les pays européens de l'OCDE est passée rapidement de 25,2 millions de tonnes seulement en 1986 à 37,7 millions en 1987, et à 43 millions en 1988, soit une augmentation de 70 % en deux ans.

Pendant ces deux mêmes années, les exportations de produits pétroliers d'Europe occidentale vers les Etats-Unis ont augmenté de 60%, passant de 11,2 à 17,9 millions de tonnes, alors que les exportations européennes totales de ces produits ont augmenté beaucoup plus modestement de 35%, passant de 24,3 à 32,7 millions de tonnes. En 1986, 46,1% des exportations de ces produits venant d'Europe occidentale allaient aux

[29] Crawford, CR 2003/5, p. 30 et suiv.

States was the destination for 54.7 per cent of the total[30]. Professor Odell concludes:

> "One can reasonably presume that these much larger than previously reported levels of geographically non-specified destinations for oil products ex-Europe for 1988 could have been related to actions which sought to disguise an Iranian origin for large volumes of oil going to the United States through Europe."[31]

Again according to Professor Odell, the "denationalization" process that Iranian oil underwent in Europe was substantial so that it would be very difficult to trace the oil to its origin. Odell states that "it was thus an ideal system into which US embargoed Iranian crude could be introduced"[32].

31. Another critical observation in place would be that the Judgment is rather oblique in its treatment of the exception made in Executive Order 12613. After all, the Order provided that the embargo was not to apply, *inter alia*, to "petroleum products refined from Iranian crude oil in a third country". Must the very existence of this exception from the embargo not be seen as an implicit acknowledgment by the United States that indirect commerce was also to be regarded as "commerce" between itself and Iran? If it had been taken to be otherwise, the exception would not have been necessary at all.

32. The economic interests at the basis of indirect trade in oil (products) between Iran and the United States appear to me quite clear-cut: Iran had an interest in sending its oil to Western Europe because there the oil was mixed with crude from other geographical origins or refined to some degree, so that it was impossible to determine whether oil products subsequently imported into the United States from Western Europe had come from Iran or not. But it is apparent that the United States also had an interest in maintaining this arrangement. It permitted the United States to claim that it had placed an embargo on Iran while at the same time allowing American companies to indirectly import oil products from that country. It allowed Iran to hide the "nationality" of its oil by sending it to a third country where it was mixed with oil from other sources and then could be sold on to the United States without complaints. Thus it seems that one of the main motives behind shipping the oil to Europe before it went on to its final destination, the United States, was to circumvent the embargo rather than substantively change the product by adding significant value to it. The United States clearly had knowledge of these facts but its importers still bought greatly increased quantities of oil from Europe, as described in the Odell Report.

---

[30] Reply and Defence to Counter-Claim submitted by Iran (RI), Vol. III, Odell Report, p. 10.

[31] *Ibid.*, p. 12.

[32] *Ibid.*, p. 9.

Etats-Unis; en 1988, les Etats-Unis recevaient 54,7% du total[30]. Le professeur Odell conclut:

> «On peut donc raisonnablement supposer que l'augmentation du volume des exportations sans destination spécifique [il s'agit des produits pétroliers exportés par l'Europe en 1988] recouvre en réalité d'importantes exportations de pétrole iranien aux Etats-Unis via l'Europe.»[31]

Toujours selon le professeur Odell, le processus de «dénationalisation» subi par le pétrole iranien en Europe était substantiel, de sorte qu'il aurait été très difficile de remonter jusqu'à l'origine du pétrole. Odell déclare que c'était donc «un lieu de transit idéal pour le brut iranien frappé par l'embargo américain»[32].

31. Une autre remarque critique qui pourrait être faite ici concerne la manière relativement détournée dont l'arrêt traite l'exception prévue dans l'*Executive Order* 12613. Après tout, celui-ci prévoyait que l'embargo n'était pas applicable, entre autres, aux «produits pétroliers raffinés à partir du pétrole brut iranien dans un pays tiers». L'existence même de cette exception à l'embargo ne doit-elle pas être considérée comme la reconnaissance implicite par les Etats-Unis du fait que le commerce indirect devait aussi être considéré comme un «commerce» entre eux-mêmes et l'Iran? Si tel n'avait pas été le cas, l'exception n'aurait pas été nécessaire.

32. Les intérêts économiques qui étaient à la base du commerce indirect du pétrole ou des produits pétroliers entre l'Iran et les Etats-Unis me paraissent tout à fait clairs: l'Iran avait intérêt à envoyer son pétrole en Europe occidentale où il était mélangé avec du brut d'une autre origine géographique ou subissait certaines opérations de raffinage, si bien qu'il était impossible de déterminer si les produits pétroliers importés ensuite par les Etats-Unis à partir de l'Europe occidentale venaient ou non d'Iran. Mais, apparemment, les Etats-Unis aussi avaient intérêt à maintenir cet arrangement, qui permettait aux Etats-Unis de proclamer qu'ils avaient décrété un embargo contre l'Iran, tout en laissant les sociétés américaines importer indirectement des produits pétroliers à partir de ce pays: l'Iran pouvait dissimuler la «nationalité» de son pétrole en l'envoyant vers un pays tiers où il était mélangé avec du pétrole d'autres sources et pouvait alors être revendu aux Etats-Unis sans protestation. Il semble donc que l'un des principaux motifs du transport du pétrole vers l'Europe avant sa destination finale, les Etats-Unis, était de contourner l'embargo, et non de transformer le produit de manière substantielle par une valeur ajoutée importante. Les Etats-Unis avaient manifestement connaissance de ces faits, mais les importateurs américains n'en ont pas moins acheté des quantités beaucoup plus grandes de pétrole provenant d'Europe, comme l'explique le rapport Odell.

---

[30] Réplique et réponse à la demande reconventionnelle présentée par la République islamique d'Iran, vol. III, rapport Odell, p. 10.

[31] *Ibid.*, p. 12.

[32] *Ibid.*, p. 9.

33. Again, what I cannot but see here is "commerce between the territories" of the two Parties, well within the meaning of Article X, paragraph 1, of the 1955 Treaty. Nowhere does that Treaty require that such commerce be carried on between Iranian and United States natural or legal persons, without any foreign intermediaries, or that the oil should be shipped between the territories of the Parties without any interruption.

Paragraph 97 of the Judgment seeks to strengthen the opposite point of view by saying that:

> "If, for example, the process of 'indirect commerce' in Iranian oil through Western European refineries . . . were interfered with at some stage subsequent to Iran's having parted with a consignment, Iran's commitment and entitlement to freedom of commerce vis-à-vis the United States could not be regarded as having been violated."

But let us assume that it would have been the United States itself that would have thus interfered, would in such case Iran not have regarded its entitlement to freedom of commerce as having been violated by the other Contracting Party? The answer will be a clear no. Thus, the very example chosen by the Court shows that the (as it were, "macro-" rather than "micro-") economic link characterizing the "commerce between the territories . . ." protected by the Treaty would not be severed by any intermediate private transactions involving third-country nationals.

34. With regard to the two groups of oil platforms attacked by the United States I therefore reach the following result:

(a) as far as the Reshadat[33] platforms attacked in October 1987 are concerned, there is the possibility that they could even have returned to contributing to direct commerce between the territories of the two countries before the United States embargo set in. After resumption of performance, they would with certainty have participated in indirect commerce;

(b) the same is valid for the Salman platform attacked in April 1988; as far as the Nasr platform attacked at the same date is concerned, it was operating at the time of the attack, that is, it was participating in Treaty-protected commerce.

Thus, the destruction of the oil platforms violated Iran's freedom of commerce

— given (correctly) what could be called the "abstract" meaning of such freedom in the case of the Reshadat, Resalat and Salman platforms;

— also understood in the "concrete" sense (as done by the Judgment) in case of the Nasr platform.

[33] And Resalat, see *supra*, footnote 20.

33. En cela encore, je ne peux voir autre chose qu'un «commerce entre les territoires» des deux Parties, tout à fait au sens où le paragraphe 1 de l'article X du traité de 1955 entend cette expression. Aucune disposition de ce traité n'exige que ce commerce soit effectué entre des personnes physiques ou morales d'Iran et des Etats-Unis sans aucun intermédiaire étranger, ni que le pétrole soit acheminé sans aucune interruption du territoire d'une des Parties jusqu'au territoire de l'autre.

Le paragraphe 97 de l'arrêt cherche à renforcer le point de vue contraire en disant:

> «Si, par exemple, le circuit du «commerce indirect» de pétrole iranien par l'intermédiaire de raffineries d'Europe occidentale ... était entravé après que l'Iran se fut dessaisi d'une cargaison, les droits et obligations de l'Iran vis-à-vis des Etats-Unis en ce qui concerne la liberté de commerce ne pourraient être considérés comme ayant été violés.»

Mais supposons que les Etats-Unis eux-mêmes aient entravé ce circuit: dans un tel cas, peut-on penser que l'Iran n'aurait pas considéré que son droit à la liberté de commerce avait été violé par l'autre partie contractante? Bien sûr que non. Ainsi, l'exemple même choisi par la Cour montre que le lien économique («macro-économique» plutôt que «micro-économique») caractérisant le «commerce entre les territoires...» protégé par le traité ne serait pas interrompu par des transactions privées faisant intervenir des intermédiaires de ressortissants de pays tiers.

34. En ce qui concerne les deux groupes de plates-formes pétrolières attaquées par les Etats-Unis, je parviens donc au résultat suivant:

a) en ce qui concerne les plates-formes de Reshadat[33] attaquées en 1987, il est possible que celles-ci auraient même pu recommencer à participer au commerce direct entre les territoires des deux pays avant l'entrée en vigueur de l'embargo américain. Après leur remise en service, il est certain qu'elles auraient participé au commerce indirect;

b) il en va de même de la plate-forme de Salman attaquée en avril 1988; quant à celle de Nasr attaquée à la même date, elle fonctionnait au moment de l'attaque, c'est-à-dire qu'elle participait au commerce protégé par le traité.

Ainsi, la destruction des plates-formes pétrolières a violé la liberté de commerce de l'Iran

— le terme «liberté» étant (comme il doit l'être) pris dans son sens «abstrait», pourrait-on dire, en ce qui concerne les plates-formes de Reshadat, Resalat et Salman;
— et aussi interprété dans son sens «concret» (comme c'est le cas dans l'arrêt) en ce qui concerne la plate-forme de Nasr.

[33] Et de Resalat, voir ci-dessus, note 20.

Since, in my view, indirect commerce is protected by Article X, paragraph 1, of the Treaty, both United States attacks constituted breaches of the Treaty. The Court should therefore have upheld Iran's respective claim.

II. The United States Counter-Claim

A. Introduction

35. While the Judgment discusses at length the issues of jurisdiction and admissibility of the United States counter-claim, in comparison it devotes very little attention to the substantive questions raised therein. In particular, the reasons for the dismissal of the generic counter-claim given in paragraph 123 of the Judgment appear to me to be plainly inadequate: all the Judgment has to say in this regard is that the high risk for navigation in the Gulf during the Iraq-Iran war is not sufficient for the Court to decide that Article X, paragraph 1, of the 1955 Treaty was breached by Iran, and, further, that the United States was unable to demonstrate an actual impediment to trade or navigation between the territories of the Parties resulting from Iran's hostile activities. After all, paragraph 123 of the Judgment tells us commerce and navigation between Iran and the United States did continue during the war[34]. According to the Court, in the circumstances of this case, a generic claim of breach of Article X, paragraph 1, cannot be sustained independently of the specific incidents involving a number of ships, the entirety of which the Court found as not having led to an interference with the freedom of commerce and navigation protected by the Treaty.

36. Thus far the Court's reasoning, contained in one single paragraph

[34] More precisely, paragraph 123 states that

> "according to the material before the Court the commerce and navigation between Iran and the United States continued during the war until the issuance of the United States embargo on 29 October 1987, and subsequently at least to the extent permitted by the exceptions to the embargo".

As set forth in paragraph 90 of the Judgment, the embargo prohibited the import into the United States of most goods, including oil, and services of Iranian origin. Most but not all goods were affected by the embargo, which means that certain goods could still be imported freely into the United States from Iran. Commerce between the two Parties, which is not limited to commerce in oil, therefore continued even after the issuance of the embargo. However, the fact that commerce between the two Parties continued during the war does not, in and of itself, demonstrate that Iran's actions did not impede on the freedom of commerce and navigation between the two Parties. Had it not been for the impediments resulting from Iranian actions, there might have been *more* commerce between the two Parties. In other words, some commerce was still going on during the war, but not as much as would have been the case absent Iran's actions detrimental to commercial shipping between the Parties.

Puisque, à mon avis, le commerce indirect est protégé par le paragraphe 1 de l'article X du traité, les deux attaques des Etats-Unis constituaient des violations du traité. La Cour aurait dû donc faire droit à la demande de l'Iran sur ce point.

II. La demande reconventionnelle des États-Unis

A. Introduction

35. Alors que l'arrêt analyse longuement la question de la compétence et celle de la recevabilité de la demande reconventionnelle des Etats-Unis, il fait comparativement peu de place aux questions de fond qui y sont soulevées. En particulier, les raisons données au paragraphe 123 de l'arrêt pour rejeter la demande reconventionnelle de caractère général me paraissent manifestement inadéquates: tout ce que l'arrêt trouve à dire à cet égard, c'est que les risques élevés que comportait la navigation dans le Golfe pendant la guerre Iraq-Iran ne sauraient suffire pour que la Cour décide que l'Iran a violé le paragraphe 1 de l'article X du traité de 1955, et aussi que les Etats-Unis n'ont pas pu démontrer que les activités hostiles de l'Iran aient constitué une entrave effective au commerce ou à la navigation entre les territoires des Parties. Après tout, nous dit le paragraphe 123 de l'arrêt, le commerce et la navigation entre l'Iran et les Etats-Unis se sont poursuivis pendant la guerre[34]. Selon la Cour, dans les circonstances de la présente espèce, il n'est pas possible d'examiner une réclamation de caractère général alléguant la violation du paragraphe 1 de l'article X du traité de 1955 sans tenir compte des incidents précis mettant en cause un certain nombre de navires, incidents dont aucun, selon la Cour, n'a entraîné une atteinte à la liberté de commerce et de navigation protégée par le traité.

36. Jusqu'ici, le raisonnement de la Cour tient en un seul paragraphe

[34] Plus précisément, il est dit au paragraphe 123 que

> «il ressort des éléments soumis à la Cour que le commerce et la navigation entre l'Iran et les Etats-Unis se sont poursuivis durant la guerre jusqu'à ce que les Etats-Unis décrètent un embargo le 29 octobre 1987 et, par la suite, au moins dans les limites permises au titre des exceptions à cet embargo».

Comme il est expliqué au paragraphe 90 de l'arrêt, l'embargo interdisait l'importation aux Etats-Unis de la plupart des produits (y compris le pétrole) et services d'origine iranienne. La plupart des produits, mais pas tous, étaient visés par l'embargo, ce qui signifie que certains produits pouvaient continuer à être importés librement d'Iran aux Etats-Unis. Le commerce entre les deux Parties, qui ne se limite pas au commerce du pétrole, s'est donc poursuivi même après la promulgation de l'embargo. Cependant, le fait que le commerce entre les deux Parties ait continué pendant la guerre ne démontre pas, en soi, que les actions de l'Iran n'aient pas entravé la liberté de commerce et de navigation entre les deux Parties. Sans les entraves résultant des actions iraniennes, il y aurait peut-être eu *davantage* de commerce entre les deux Parties. En d'autres termes, du commerce se produisait encore pendant la guerre, mais pas autant que cela aurait été le cas sans les actions iraniennes préjudiciables à la navigation commerciale entre les Parties.

of the Judgment, and the little there is is borrowed in part from the arguments used by the Court before to dismiss the specific variant of the United States counter-claims. Possibly such short shrift thus given to the generic counter-claim can be explained as the Court's reaction to the somewhat unpersuasive way in which it was pleaded. Indeed, what I would regard as a full-fledged reasoning in support of the generic counter-claim was never really articulated by the United States. I would submit however that there is more merit to this counter-claim than meets the eye.

37. In the following, after a brief explanation of the meaning of "generic counter-claim" underlying the present case, I will scrutinize the main arguments in favour of the United States counter-claim of this nature, as they can be developed on the modest basis of what the United States did actually muster by way of reasoning. In doing so, I do not assume to violate the *ultra petita partium* rule because the generic counter-claim was actually made, if only insufficiently argued.

38. Iran, in its written pleadings on the counter-claim, made a distinction between the general context and worsening conditions for shipping in the Persian Gulf during the period in question, and the specific incidents referred to by the United States as constituting breaches of Iran's obligations under the Treaty[35]. Looking at the written pleadings of the United States, however, one finds no mentioning of an express distinction between a "generic" and a "specific" counter-claim[36]. Rather, in the United States Counter-Memorial and Counter-Claim, the counter-claim was formulated as a single claim. At the stage of the oral pleadings, the United States actually seemed to reject the distinction[37]. I use the word "seemed" because the position of the United States was unclear: after what could be regarded as a rejection of the distinction proposed by Iran, counsel for the United States went on to say that, in the *Nicaragua* case,

[35] Iran found it

> "useful to analyse the US's claims in two ways: first, to the extent the United States refers to attacks on specific vessels (the specific claims), and secondly, to the extent that it refers to a more general impairment of the freedom of commerce between the territories of the High Contracting Parties (the generic claim)" (RI, para. 9.22).

Iran then proceeded to analyse both "claims".

[36] Specific incidents were mentioned by the United States in order to illustrate the assertion that

> "Iran's actions resulted in extremely dangerous conditions for all vessels operating in the Gulf, including a number of United States vessels which suffered severe property damage and injury to their crews" (Counter-Memorial and Counter-Claim submitted by the United States of America (CMUS), para. 6.09).

[37] CR 2003/13, pp. 42-43, paras. 21.61-21.63.

de l'arrêt et le peu qui y figure reprend en partie les arguments déjà utilisés par la Cour pour rejeter la variante spécifique des demandes reconventionnelles des Etats-Unis. Le traitement expéditif ainsi réservé par la Cour à la demande reconventionnelle de caractère général s'explique peut-être par le manque de conviction avec laquelle cette demande a été argumentée. En fait, les Etats-Unis n'ont jamais vraiment développé ce que j'appellerais un raisonnement complet à l'appui de leur demande reconventionnelle générale. Je pense cependant que celle-ci est mieux fondée qu'on pourrait le croire à première vue.

37. Dans les paragraphes qui suivent, après avoir brièvement expliqué ce qu'il faut entendre par «demande reconventionnelle générale» dans la présente affaire, j'examinerai les principaux arguments en faveur de cette demande reconventionnelle des Etats-Unis, tels qu'ils peuvent être développés à partir de l'ensemble modeste des éléments que les Etats-Unis ont assemblés en guise de raisonnement. Ce faisant, je ne pense pas violer la règle *ultra petita partium*, parce que la demande reconventionnelle générale a été effectivement présentée, même si elle a été insuffisamment argumentée.

38. L'Iran, dans ses écritures sur la demande reconventionnelle, a établi une distinction entre le contexte et la détérioration des conditions de la navigation dans le golfe Persique pendant la période en question, en général, et les incidents spécifiques cités par les Etats-Unis comme des violations des obligations découlant pour l'Iran du traité[35]. Lorsqu'on regarde les écritures des Etats-Unis, cependant, on ne trouve pas trace d'une distinction expresse entre une demande reconventionnelle «générale» et une demande reconventionnelle «spécifique»[36]: au contraire, dans le contre-mémoire et la demande reconventionnelle présentés par les Etats-Unis, la demande reconventionnelle est présentée sous forme d'une demande unique. Au stade des plaidoiries, les Etats-Unis ont en fait semblé rejeter cette distinction[37]. J'emploie le mot «semblé» parce que la position des Etats-Unis n'était pas claire: après avoir, à ce qu'il parais-

---

[35] L'Iran a jugé

> «utile d'analyser les demandes des Etats-Unis de deux manières: d'abord, dans la mesure où les Etats-Unis invoquent des attaques contre des navires spécifiques (les demandes spécifiques) et, deuxièmement, dans la mesure où ils invoquent une atteinte plus générale à la liberté de commerce entre les territoires des Hautes Parties contractantes (la demande générique)» (réplique et réponse à la demande reconventionnelle présentée par la République islamique d'Iran, par. 9.22).

L'Iran a alors entrepris d'analyser les deux types de «demandes».

[36] Les Etats-Unis ont mentionné des incidents spécifiques pour illustrer l'affirmation selon laquelle

> «les actions iraniennes ont créé une situation extrêmement dangereuse pour tous les navires naviguant dans le Golfe, y compris un certain nombre de navires des Etats-Unis qui ont subi de graves dommages matériels et dont l'équipage a été atteint» (contre-mémoire et demande reconventionnelle présentés par les Etats-Unis d'Amérique, par. 6.09).

[37] CR 2003/13, p. 42-43, par. 21.61-21.63.

"[t]he Court did not feel compelled to treat each of the incidents placed before it as individual claims . . . We urge the Court to do the same in this case."[38] In thus requesting the Court not to examine the incidents individually, the United States in fact embraced a more generic approach to the counter-claim implicitly.

39. Regardless of what the position of the United States on this problem of nomenclature ultimately was, the Court found the distinction suggested by Iran useful and took it up in its Judgment. I will therefore also follow it in my analysis. The way in which the Judgment proceeds is to reject the two types of counter-claims independently of each other, even though applying to the generic counter-claim more or less the same criteria that it applies earlier on to its specific variety. I submit that this approach cannot do justice to the generic counter-claim. To be able to stand on its own, the generic counter-claim must be given its distinct substance — a substance independent of that of the various specific incidents referred to by the United States. The Court's way of dealing with the matter in paragraph 123 reduces the generic counter-claim to an empty shell, which is then summarily disposed of.

40. To delineate the contours of the generic counter-claim in an adequate way, it is useful to refer to the 1986 *Nicaragua* Judgment. In the *Nicaragua* case, the Court was faced with similar violations of a similar treaty, which also protected the freedom of commerce and navigation "between the territories" of the two parties. When the Court assessed the impediment to the freedom of commerce and navigation caused by the United States attacks on Nicaraguan ships, it did not consider it necessary to establish whether the particular vessels harmed by mines were flying the Nicaraguan flag, and whether the ships in question were transporting cargo between the United States and Nicaragua[39] (even though Article XIX, paragraph 1, of the FCN Treaty between the United States and Nicaragua of 1956, like Article X of our Treaty, reads: "Between the territories of the two parties there shall be freedom of commerce and navigation").

41. Most importantly, in the *Nicaragua* case, the Court did not analyse each incident in detail. Rather, it gave a broad picture of the context prevailing at the time, and assessed the nature and the extent of United States involvement and, consequently, its responsibility for the resulting violations of general international law and the FCN Treaty. Nowhere do we find a specific account of what happened to each ship. The Court's

[38] CR 2003/13, p. 43, para. 21.64.

[39] *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua* v. *United States of America), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986*, p. 48, para. 81.

sait, rejeté la distinction proposée par l'Iran, les conseils des Etats-Unis ont poursuivi en disant que, dans l'affaire *Nicaragua*, «[l]a Cour n'a pas éprouvé le besoin de traiter chacun des incidents qui lui ont été présentés comme des demandes individuelles... Nous prions la Cour de faire de même en l'espèce.»[38] En priant ainsi la Cour de ne pas examiner les incidents individuellement, les Etats-Unis ont en fait implicitement adopté une conception plus générale de la demande reconventionnelle.

39. Quelle que soit la position finalement adoptée par les Etats-Unis sur cette question, la Cour a jugé que cette distinction suggérée par l'Iran était utile et elle l'a retenue dans son arrêt. Je vais donc la reprendre aussi dans mon analyse. La méthode suivie dans l'arrêt consiste à rejeter les deux types de demandes reconventionnelles indépendamment l'un de l'autre, tout en appliquant à la demande reconventionnelle générale des critères plus ou moins identiques à ceux qui ont été appliqués auparavant aux demandes spécifiques. A mon sens, cette méthode ne permet pas d'apprécier comme il convient la demande reconventionnelle générale. Celle-ci, pour exister de manière autonome, doit se voir reconnaître sa substance particulière — une substance indépendante de celle des différents incidents spécifiques cités par les Etats-Unis. En traitant la question comme elle le fait au paragraphe 123, la Cour réduit la demande reconventionnelle générale à une enveloppe vide, dont elle dispose ensuite sommairement.

40. Pour bien délimiter les contours de la demande reconventionnelle générale, il est utile de se reporter à l'arrêt *Nicaragua* de 1986. Dans l'affaire *Nicaragua*, la Cour avait à examiner des violations analogues d'un traité semblable, qui protégeait aussi la liberté de commerce et de navigation «entre les territoires» des deux Parties. Pour apprécier l'entrave à la liberté de commerce et de navigation résultant des attaques des Etats-Unis contre les navires nicaraguayens, elle n'a pas jugé utile d'établir si les navires particuliers endommagés par des mines battaient pavillon nicaraguayen, et s'ils transportaient des marchandises entre les Etats-Unis et le Nicaragua[39] (et pourtant le paragraphe 1 de l'article XIX du traité d'amitié de 1956 entre les Etats-Unis et le Nicaragua, comme l'article X de notre traité, dispose: «Il y aura liberté de commerce et de navigation entre les territoires des deux Parties»).

41. Mais surtout, dans l'affaire *Nicaragua*, la Cour n'a pas analysé chaque incident en détail; elle a au contraire brossé un tableau général des circonstances qui existaient à l'époque, et elle a évalué la nature et l'étendue de l'implication des Etats-Unis et, en conséquence, de leur responsabilité dans les violations du droit international général et du traité d'amitié. Nulle part dans l'arrêt nous ne trouvons de rappel précis des

[38] *Ibid.*, p. 43, par. 21.64.

[39] *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique), fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1986*, p. 48, par. 81.

approach, in this sense, was more "generic" than "specific". In our case as well, the analysis of the generic counter-claim should not entail an analysis of what happened to the specific ships named by the United States.

42. One difference, of course, has to be pointed out at once: whereas, in the *Nicaragua* case, responsibility for the military actions taken against Nicaragua could be attributed only to the United States, in the present case two States created the situation adverse to neutral shipping in the Gulf: Iran and Iraq or, to be more precise, Iran *or* Iraq. I do not believe however that this difference is determinant. With respect to the generic counter-claim, all that matters is that Iran was responsible for a significant portion of the actions that impaired the freedom of commerce and navigation between the United States and Iran. This is sufficient to hold Iran in breach of its obligations under Article X, paragraph 1, of the 1955 Treaty, and it is not necessary to determine the particular extent to which Iran was responsible for these actions.

43. Another point is of even greater importance: against the reasoning that follows it cannot be argued that all the impediments to free commerce and navigation which neutral ships faced in the Gulf were caused by legitimate acts of war carried out by the two belligerents, Iran and Iraq, and that therefore neutral shipping had nothing to complain about, so to speak, because it entered the maritime areas affected by the Gulf war at its own risk — a risk which all neutrals must bear if they decide to navigate and trade in such a dangerous environment. This argument appears ill founded because it is well recognized that both Iran and Iraq conducted their activities against neutral shipping in and around the Gulf that are at issue here widely in disregard of the rules of international *jus in bello*, in particular the laws of maritime neutrality. I will exemplify such illegal activities on the part of Iran in the following analysis, but what has to be emphasized already at this point is that these activities were not justified simply because a state of war existed between Iran and Iraq.

B. Analysis

44. In my view, in the present case the purpose of the generic counter-claim is to compensate the United States for the harm done by Iran to commerce and navigation with the United States rather than for the harm done to specific vessels. For the reasons now to be outlined, I will argue (1) that Iran's actions constitute a violation of Article X, paragraph 1, of the 1955 Treaty, and (2) that the impediment on the freedom of commerce and navigation caused by those actions is evidenced by the increase in labour, insurance, and other costs resulting for the partici-

faits concernant chaque navire. La méthode de la Cour, en ce sens, était plus «générale» que «spécifique». Dans la présente espèce non plus, l'analyse de la demande reconventionnelle générale ne devrait pas entraîner l'analyse de ce qui est arrivé aux navires spécifiquement mentionnés par les Etats-Unis.

42. Bien sûr, il y a une différence qui doit être soulignée immédiatement: alors que, dans l'affaire *Nicaragua*, la responsabilité des actions militaires prises contre le Nicaragua ne pouvait être imputée qu'aux seuls Etats-Unis, deux Etats étaient cette fois-ci à l'origine des difficultés de la navigation neutre dans le Golfe: l'Iran et l'Iraq ou, plus précisément, l'Iran *ou* l'Iraq. Je ne crois pas, cependant, que cette différence soit déterminante. En ce qui concerne la demande reconventionnelle générale, tout ce qui compte, c'est que l'Iran était responsable d'une part importante des actions qui ont entravé la liberté de commerce et de navigation entre les Etats-Unis et l'Iran. Cela suffit pour considérer que l'Iran avait manqué à ses obligations découlant du paragraphe 1 de l'article X du traité de 1955, et il n'est pas nécessaire de déterminer exactement dans quelle mesure l'Iran était responsable de ces actions.

43. Il y a plus important encore: il est impossible de soutenir, à l'encontre du raisonnement qui va suivre, que toutes les entraves à la liberté du commerce et de la navigation des navires neutres dans le Golfe étaient dues à des actes de guerre entrepris légitimement par les deux belligérants, l'Iran et l'Iraq, et donc que les navires marchands neutres n'avaient pas lieu de se plaindre, si l'on peut dire, puisqu'ils pénétraient dans les zones maritimes touchées par la guerre du Golfe à leurs propres risques — risques que toutes les personnes neutres doivent assumer si elles décident de naviguer et de pratiquer le commerce dans un environnement dangereux comme celui-là. Cet argument paraît mal fondé, parce qu'il est largement admis que l'Iran comme l'Iraq ont mené ces activités contre les navires marchands neutres dans le Golfe et aux alentours largement au mépris des règles du *jus in bello* international, en particulier des principes de la neutralité maritime. Je donnerai dans l'analyse qui suit des exemples de ces activités illicites menées par l'Iran, mais ce qu'il faut souligner d'emblée, c'est que ces activités n'étaient pas justifiées par la simple existence d'un état de guerre entre l'Iran et l'Iraq.

B. Analyse

44. Dans la présente espèce, à mon avis, le but de la demande reconventionnelle générale des Etats-Unis est d'obtenir réparation du dommage causé par l'Iran au commerce et à la navigation avec les Etats-Unis et non pas des dommages causés à tel ou tel navire. Pour les raisons que je vais indiquer maintenant, je considère 1) que les actes de l'Iran constituent une violation du paragraphe 1 de l'article X du traité de 1955 et 2) que le fait que ces actes ont entravé la liberté de commerce et de navigation est démontré par l'accroissement des coûts de la main-d'œuvre,

pants in commerce between the two countries during the relevant period[40].

1. Iran's violation of Article X, paragraph 1

45. The United States described in detail the various actions taken by Iran which caused damage to vessels, higher navigational risks, and delayed passage[41]. Let us look at these hostile activities.

First, I consider undeniable that Iran laid mines for the purpose of sinking and damaging ships — also United States-flagged ships and other vessels engaged in commerce between Iran and the United States — sailing in the Gulf and surrounding waters. In this regard, the *Texaco Caribbean* incident of 10 August 1987 is very instructive. A week after this tanker had struck a mine, Iran assisted in minesweeping operations in the area and destroyed a number of mines[42]. A Reuters wire report indicates that six mines were found in the area in the three days following the incident[43]. It is striking that Iran did not identify any of the mines which it found and destroyed; at least no such information appears in any of the reports. Then, from 21 to 28 September 1987, France and the United Kingdom conducted minesweeping operations in the area where the *Texaco Caribbean* incident had taken place. In the course of these operations, no mines could be detected[44]. On 10 October 1987 (that is, two months after the mining of the tanker), warships of the two countries returned to the site and undertook a second minesweeping operation. This time five mines were detected. The United Kingdom Ministry of Defence identified those mines as Iranian-manufactured SADAF-02 mines, on the basis of the serial numbers and characteristics of these weapons[45]. This evidence suggests that Iran had laid mines again, *after* it had cleaned up the area following the *Texaco Caribbean* incident. It also

[40] According to Iran, the United States had to prove the following with respect to the generic claim:

1. the existence of *commerce* between the territories of the High Contracting Parties, independently of any individually named ship or other instrumentality;
2. that conduct *attributable to Iran violated the freedom of that commerce*, contrary to Article X (1) of the Treaty of Amity; and
3. (eventually) the *quantum of damages* or compensation directly attributable to that violation.

Iran's response to the counter-claim at paragraph 9.24 (emphasis added).

[41] CR 2003/13, pp. 20-21, paras. 20.7-20.14.

[42] Observations and Submissions of Iran on the United States Preliminary Objection, Exhibit 27.

[43] CMUS, Exhibit 52.

[44] *Ibid.*, Exhibit 53.

[45] *Ibid.*, Exhibit 43, para. 15, Exhibit 53.

des assurances, etc., qui en a résulté pour tous ceux qui ont pris part au commerce entre les deux pays pendant la période considérée[40].

1. La violation par l'Iran du paragraphe 1 de l'article X

45. Les Etats-Unis ont décrit en détail les diverses actions menées par l'Iran qui ont endommagé des navires, rendu la navigation plus dangereuse et ralenti le passage[41]. Examinons ces activités hostiles.

Premièrement, je considère comme certain que l'Iran a posé des mines pour couler et endommager des navires — y compris des navires battant pavillon des Etats-Unis et d'autres navires faisant du commerce entre l'Iran et les Etats-Unis — qui naviguaient dans le Golfe et à proximité. A cet égard, l'incident du *Texaco Caribbean*, du 10 août 1987, est très instructif. Une semaine après que ce pétrolier eut heurté une mine, l'Iran a participé aux opérations de déminage dans cette zone et détruit un certain nombre de mines[42]. Une dépêche de l'agence Reuters indique que six mines y ont été découvertes pendant les trois jours qui ont suivi l'incident[43]. Il est frappant que l'Iran n'ait identifié aucune des mines qu'il a trouvées et détruites; du moins, on n'en trouve pas d'indication dans le dossier. Ensuite, du 21 au 28 septembre 1987, la France et le Royaume-Uni ont mené des opérations de déminage dans la zone où s'était produit l'incident du *Texaco Caribbean*. Au cours de ces opérations, aucune mine n'a été détectée[44]. Le 10 octobre 1987 (c'est-à-dire deux mois après l'incident du pétrolier), des bâtiments de guerre des deux pays sont retournés sur les lieux pour une seconde opération de déminage. Cette fois, cinq mines furent détectées, que le ministère de la défense du Royaume-Uni identifia comme des mines de type SADAF-02 de fabrication iranienne, à partir de leurs numéros de série et de leurs caractéristiques[45]. Cela indique que l'Iran avait à nouveau mouillé des mines *après* avoir déminé la

---

[40] Selon l'Iran, les Etats-Unis devaient prouver ce qui suit dans le cadre de la demande générale:

1. qu'il existait du *commerce* entre les territoires des Hautes Parties contractantes, indépendamment de tout navire ou de tout instrument nommément désigné;
2. qu'un comportement *imputable à l'Iran avait violé la liberté de ce commerce*, en contravention du paragraphe 1 de l'article X du traité d'amitié; et
3. (finalement) le *montant des dommages et intérêts* ou de l'indemnisation découlant directement de cette violation.

Réplique et réponse à la demande reconventionnelle présentée par la République islamique d'Iran, par. 9.24; les italiques sont de moi.

[41] CR 2003/13, p. 21-21, par. 20.7-20.14.

[42] Observations et conclusions de l'Iran sur l'exception préliminaire soulevée par les Etats-Unis, pièce 27.

[43] Contre-mémoire et demande reconventionnelle présentés par les Etats-Unis d'Amérique, pièce 52.

[44] *Ibid.*, pièce 53.

[45] *Ibid.*, pièce 43, par. 15, pièce 53.

appears highly probable that the mines which Iran destroyed without identifying them back in August were its own[46].

46. To the evidence related to the *Texaco Caribbean* incident can be added that resulting from minesweeping operations undertaken by the United States Navy off the coast of Kuwait in June 1987[47], and such operations undertaken by Kuwait itself in July 1987[48]. The mines swept during those operations were identified as Iranian following the boarding and search of the *Iran Ajr* on 21 September 1987, because they were identical to the mines found on board that vessel. Then, in November 1987, minesweeping operations detected Iranian mines in the location where the *Bridgeton* had been hit. Those are only examples of the evidence showing that Iran repeatedly laid mines in the Persian Gulf during the relevant period.

47. Moreover, Iran gave no warning to ships travelling in the area that mines had in fact been laid. When belligerents lay mines, Article 3 of the 1907 Hague Convention (VIII) Relating to the Laying of Automatic Submarine Contact Mines requires that "every possible precaution must be taken for the security of peaceful shipping"[49]. Even States which did not ratify or accede to the Hague Convention, among them Iran[50], have a duty of notification when laying mines[51]. This prohibition dating from 1907 was reconfirmed by the Court in its *Nicaragua* Judgment of 1986, which stated that:

> "if a State lays mines in any waters whatever in which the vessels of another State have rights of access or passage, and fails to give any warning or notification whatsoever, in disregard of the security of peaceful shipping, it commits a breach of the principles of humani-

[46] The only response provided by Iran was that it could not have laid those mines there since Iranian ships used that route too. See CR 2003/14, p. 21, at para. 39.

[47] CMUS, Exhibit 37.

[48] *Ibid.*, Exhibit 34.

[49] D. Schindler and J. Toman, *Droit des conflits armés*, Comité International de la Croix Rouge & Institut Henry-Dunant (eds.), 1996, pp. 1115-1120.

[50] Information available at www.icrc.org/ihl.nsf/WebNORM?OpenView&Start=1&Count=150&Expand=1919 (last visited 28 October 2003).

[51] CMUS, Annex, Vol. VI, Exhibit 172, p. 282:

> "It is probably also true that [the States which did not accede to the Hague Convention (VIII)] may not lay mines off the enemy coast merely to intercept neutral shipping, *that they are bound to observe the duty to notify the laying of mines*, that they have to take additional safety measures to protect innocent shipping and that they must also remove mines at the end of the war." (Emphasis added.)

See also *ibid.*, Exhibit 173, pp. 168-169.

zone à la suite de l'incident du *Texaco Caribbean*. Il paraît aussi extrêmement probable que les mines que l'Iran avait détruites sans les identifier au mois d'août étaient iraniennes[46].

46. Aux éléments de preuve concernant l'incident du *Texaco Caribbean,* on peut ajouter ceux qui résultaient des opérations de déminage entreprises par la marine des Etats-Unis au large du Koweït en juin 1987[47], ainsi que les opérations entreprises par le Koweït lui-même en juin 1987[48]. Les mines retirées au cours de ces opérations ont été identifiées comme iraniennes après l'arraisonnement de l'*Iran Ajr* le 21 septembre 1987, parce qu'elles étaient identiques aux mines trouvées à bord de ce navire. Puis, en novembre 1987, les opérations de déminage ont permis de détecter des mines iraniennes à l'endroit où le *Bridgeton* avait été heurté. Ce ne sont là que quelques exemples des éléments de preuve montrant que l'Iran avait à maintes reprises mouillé des mines dans le golfe Persique pendant la période pertinente.

47. En outre, l'Iran n'a pas signalé aux navires circulant dans la zone en question qu'il avait posé des mines. Or, l'article 3 de la convention de La Haye (VIII) de 1907 relative à la pose de mines sous-marines automatiques de contact dispose que «toutes les précautions possibles doivent être prises pour la sécurité de la navigation pacifique»[49]. Même les Etats qui n'ont pas ratifié la convention de La Haye ou qui n'y ont pas adhéré, comme l'Iran[50], ont une obligation de notification lorsqu'ils posent des mines[51]. Cette interdiction datant de 1907 a été reconfirmée par la Cour dans son arrêt *Nicaragua* de 1986, où elle dit:

> «si ... un Etat mouille des mines dans des eaux — quelles qu'elles soient — où les navires d'un autre Etat peuvent avoir un droit d'accès ou de passage, sans avertissement ni notification, au mépris de la sécurité de la navigation pacifique, cet Etat viole les principes

---

[46] La seule réponse donnée par l'Iran était qu'il ne pouvait pas avoir mouillé ces mines puisque des navires iraniens empruntaient eux-mêmes cet itinéraire. Voir CR 2003/14, p. 21, par. 39.

[47] Contre-mémoire et demande reconventionnelle présentés par les Etats-Unis d'Amérique, pièce 37.

[48] *Ibid.*, pièce 34.

[49] D. Schindler et J. Toman, *Droit des conflits armés*, Comité international de la Croix-Rouge et Institut Henry-Dunant (dir. publ.), 1996, p. 1115-1120.

[50] Information figurant sur le site www.icrc.org/ihl.nsf/WebNORM?OpenView&Start=1&Count=150&Expand=1919 (visité pour la dernière fois le 28 octobre 2003).

[51] Contre-mémoire et demande reconventionnelle présentés par les Etats-Unis d'Amérique, annexes, vol VI, pièce 172, p. 282:

> «Il est probablement également vrai que [les Etats qui n'ont pas adhéré à la convention de La Haye (VIII)] ne peuvent mouiller de mines au large des côtes ennemies simplement pour intercepter des navires marchands, *[qu'ils] sont [tenus] d'observer leur devoir d'avertir du mouillage des mines*, [qu'ils] sont [tenus] de prendre des mesures supplémentaires pour protéger les navires innocents et [qu'ils] doivent également déminer après la fin des hostilités.» (Les italiques sont de moi.)

Voir aussi *ibid.*, pièce 173, p. 168-169.

tarian law underlying the specific provisions of Convention No. VIII of 1907"[52].

It is certainly not within the jurisdiction of the Court in the present case to determine whether Iran's failure to notify ships travelling in the Gulf of the existence of the mines it laid violated the above Hague Convention, or even the principles of humanitarian law underlying that Convention. Yet, it is obvious, and well within jurisdictional reach in the present case, that, had Iran notified neutral ships of its minelaying activities, it would have mitigated the disruption to the freedom of commerce and navigation. There can be no doubt that the laying of the mines, aggravated by Iran's failure to notify, created dangerous conditions for maritime commerce and navigation between Iran and the United States.

48. Secondly, ships engaged in commerce between Iran and the United States were attacked by Iranian aircraft[53]. Whether such attacks were launched from or with the assistance of the oil platforms is irrelevant at this stage. They were carried out by fixed-wing aircraft and helicopters[54]. These attacks, like the mining attacks, disrupted maritime commerce in the Gulf[55].

49. Thirdly, ships engaged in commerce between Iran and the United States were also attacked by Iranian gunboats equipped with machine guns and rocket launchers[56]. The United States listed three attacks of this type in its counter-claim: the attacks on the *Lucy,* the *Esso Freeport* and the *Diane*[57]. Iran argued that close to no damage had been caused by those attacks. However, the impediment to freedom of commerce was not caused by damage to the ships but rather by the insecure environment which these attacks created for merchant shipping, including shipping between Iran and the United States.

2. Evidence of the impediment to freedom of commerce and navigation

50. Concerning, first, freedom of navigation, the Court stated in 1998 that it had jurisdiction "to entertain the United States counter-claim in so far as the acts alleged may have prejudiced the *freedoms* guaranteed by Article X, paragraph 1"[58], thereby including the freedom of navigation. All the vessels mentioned in the United States counter-claim had a right

[52] *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua* v. *United States of America), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986*, p. 112, para. 215.
[53] CMUS, p. 64, paras. 1.91-1.95.

[54] *Ibid.*, p. 161, para. 6.04.
[55] *Ibid.*, Exhibit 6; Exhibit 17, pp. 3-4; Exhibit 19; Exhibit 52, p. 19.
[56] *Ibid.*, p. 161, para. 6.04. See also *ibid.*, Exhibit 22, p. 2, and Exhibit 32, p. 3.
[57] *Ibid.*, p. 166, para. 6.08.
[58] *Oil Platforms (Islamic Republic of Iran* v. *United States of America), Counter-Claim, Order of 10 March 1998, I.C.J. Reports 1998*, p. 204, para. 36 (emphasis added).

du droit humanitaire sur lesquels reposent les dispositions spécifiques de la convention n° VIII de 1907»[52].

Il n'entre certainement pas dans la compétence de la Cour en la présente espèce de déterminer si le fait que l'Iran n'a pas averti les navires naviguant dans le Golfe de la présence des mines qu'il y avait mouillées violait cette convention de La Haye, ou même les principes du droit humanitaire sur lesquels elle repose. Il est évident cependant, et cette constatation entre bien dans le champ de la compétence de la Cour, que, si l'Iran avait avisé les navires neutres de ses activités de mouillage de mines, il aurait atténué les perturbations de la liberté de commerce et de navigation. Il est hors de doute que le mouillage des mines, aggravé par le défaut de notification de la part de l'Iran, a créé des conditions dangereuses pour le commerce maritime et la navigation entre l'Iran et les Etats-Unis.

48. Deuxièmement, les navires faisant le commerce entre l'Iran et les Etats-Unis ont subi des attaques aériennes de l'Iran[53]. Que ces attaques aient été lancées à partir des plates-formes pétrolières, ou avec leur assistance, est sans pertinence à ce stade. Elles ont été menées par des avions et par des hélicoptères[54]. Comme les attaques par mines, elles ont perturbé le commerce maritime dans le Golfe[55].

49. Troisièmement, les navires faisant le commerce entre l'Iran et les Etats-Unis ont aussi été attaqués par des canonnières iraniennes équipées de mitrailleuses et de lance-roquettes[56]. Les Etats-Unis ont cité trois attaques de ce type dans leur demande reconventionnelle: les attaques menées contre le *Lucy*, l'*Esso Freeport* et le *Diane*[57]. L'Iran a prétendu que ces attaques n'avaient pour ainsi dire pas causé de dégâts. Cependant, l'entrave à la liberté de commerce a résulté non pas des dégâts causés aux navires, mais plutôt de l'insécurité que ces attaques créaient pour la navigation marchande, y compris entre l'Iran et les Etats-Unis.

2. Les preuves de l'entrave à la liberté de commerce et de navigation

50. En ce qui concerne tout d'abord la liberté de navigation, la Cour a déclaré en 1998 qu'elle était compétente «pour connaître de la demande reconventionnelle des Etats-Unis dans la mesure où les faits allégués ont pu porter atteinte aux *libertés* garanties par le paragraphe 1 de l'article X»[58], au nombre desquelles elle comptait la liberté de navigation.

---

[52] *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique), fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1986*, p. 112, par. 215.

[53] Contre-mémoire et demande reconventionnelle présentés par les Etats-Unis d'Amérique, p. 34, par. 1.91-1.95.

[54] *Ibid.*, p. 161, par. 6.04.

[55] *Ibid.*, pièce 6; pièce 17, p. 3-4; pièce 19; pièce 52, p. 19.

[56] *Ibid.*, p. 161, par. 6.04. Voir aussi *ibid.*, pièce 22, p. 2, et pièce 32, p. 3.

[57] *Ibid.*, p. 166, par. 6.08.

[58] *Plates-formes pétrolières (République islamique d'Iran c. Etats-Unis d'Amérique), demande reconventionnelle, ordonnance du 10 mars 1998, C.I.J. Recueil 1998*, p. 204, par. 36; les italiques sont de moi.

to pass innocently, and follow the route of their choice, through Iranian territorial waters on their way to and from the United States, by virtue of the 1955 Treaty. I do not believe that the fact that merchant ships engaged in Treaty-protected commerce were in effect forced to navigate in a narrow channel in the Gulf created an impediment to their freedom of navigation, guaranteed by Article X, paragraph 1. In my view, this was a result of the general military situation in the Gulf rather than due to a deliberate hostile measure taken by Iran. It was simply advisable for ships to keep out of the Iranian war zone. The ensuing factual restriction to the passage of ships therefore does not amount to a violation of Article X, paragraph 1, of the 1955 Treaty by Iran.

51. On the other hand, Iranian attacks on ships engaged in commerce between the Parties through mining, and attacks by aircraft or patrol boats, did very well prevent these vessels from navigating freely and safely through the Gulf. Such vessels had to navigate so as to avoid the areas where Iranian mines had been discovered or were suspected to have been laid, thus effectively being forced to use indirect routes which were lengthier and therefore more expensive. In addition, ships began travelling at night for safety reasons. Thus, by creating conditions too dangerous for ships to travel by daylight, Iran also impeded upon the United States freedom of navigation.

52. Concerning, second, freedom of commerce, measuring the impact of a given hostile measure or action on such freedom is a difficult task. Nevertheless, there is substantial evidence supporting a finding that Iran's actions impeded on the freedom of commerce between the two countries guaranteed by Article X, paragraph 1, of the 1955 Treaty. Let me set out this evidence.

53. As concerns, first, minelaying, the Court declared in the *Nicaragua* case that, when a right of access to a port "is hindered by the laying of mines, this constitutes an infringement of the freedom of communications and of maritime commerce"[59]. In our case, as demonstrated above, the evidence shows that Iran repeatedly laid mines in order to disrupt neutral shipping in the Gulf, which necessarily included shipping between Iran and the United States. Thus, through these minelaying activities, Iran clearly infringed upon the freedom of commerce protected by Article X, paragraph 1, or in the words of the Court in *Nicaragua*, acted in "manifest contradiction"[60] to the freedom of commerce guaranteed by the 1955 Treaty.

[59] *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua* v. *United States of America), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986*, pp. 128 ff., para. 253.
[60] *Ibid.*, pp. 139 ff., para. 278.

Tous les navires mentionnés dans la demande reconventionnelle des Etats-Unis avaient en vertu du traité de 1955 un droit de passage innocent et le droit de suivre l'itinéraire de leur choix dans les eaux territoriales iraniennes lorsqu'ils venaient des Etats-Unis ou s'y rendaient. Je ne crois pas que le fait que les navires marchands qui se livraient au commerce protégé par le traité étaient effectivement obligés de naviguer dans un chenal étroit dans le Golfe ait entravé leur liberté de navigation garantie par le paragraphe 1 de l'article X. A mon avis, ce fait résultait de la situation militaire générale dans le Golfe, et non pas d'une mesure hostile prise délibérément par l'Iran. Il était simplement conseillé pour les navires de rester en dehors de la zone de guerre iranienne. La restriction qui en a résulté dans la pratique pour le passage des navires ne constitue donc pas une violation du paragraphe 1 de l'article X du traité de 1955 par l'Iran.

51. Par contre, les attaques lancées par l'Iran contre les navires faisant du commerce entre les Parties, à l'aide de mines ou à partir d'aéronefs ou de vedettes, ont bel et bien empêché ces navires de naviguer librement et en toute sécurité dans le Golfe. Ils devaient naviguer de manière à contourner les zones dans lesquelles la présence de mines avait été découverte ou était suspectée, et étaient ainsi obligés d'emprunter des itinéraires indirects plus longs et donc plus coûteux. En outre, ils se mirent à naviguer de nuit pour des raisons de sécurité. Ainsi, en créant des conditions trop dangereuses pour que la navigation puisse se faire de jour, l'Iran a aussi entravé la liberté de navigation des Etats-Unis.

52. En ce qui concerne ensuite la liberté de commerce, il est difficile de mesurer les incidences qu'une certaine mesure ou action hostile a sur cette liberté. De nombreux éléments incitent néanmoins à conclure que les actions de l'Iran ont entravé la liberté de commerce entre les deux pays qui était garantie par le paragraphe 1 de l'article X du traité de 1955. Permettez-moi d'énumérer ces éléments.

53. Tout d'abord, en ce qui concerne le mouillage des mines, la Cour a déclaré dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* que, lorsque le droit d'accès à un port «est gêné par le mouillage de mines, il en résulte une atteinte à la liberté des communications et du commerce maritime»[59]. Dans notre espèce, comme je l'ai montré plus haut, le dossier montre que l'Iran avait à maintes reprises posé des mines pour perturber la navigation neutre dans le Golfe, c'est-à-dire nécessairement aussi la navigation entre l'Iran et les Etats-Unis. Ainsi, par ces activités de mouillage de mines, l'Iran a manifestement porté atteinte à la liberté de commerce protégée par le paragraphe 1 de l'article X, ou, pour reprendre les termes de la Cour dans l'arrêt *Nicaragua*, il a agi en «contradiction manifeste»[60] avec les dispositions du traité de 1955 garantissant la liberté de commerce.

---

[59] *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique), fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1986*, p. 128 et suiv., par. 253.

[60] *Ibid.*, p. 139 et suiv., par. 278.

54. The Iranian activities also led to an increase in labour costs. In general, wages of crew members had to be raised in order to reflect the increasingly dangerous sailing conditions in the Gulf. As travelling by daylight became more dangerous, ships began travelling at night to avoid attacks by Iranian helicopters, etc., resulting in a further increase of crew members' wages[61] . For instance, Chevron, an American oil company whose tankers transported crude oil from the Gulf to the United States during the Tanker War[62],

> "gave each crewmember the option of disembarking before his or her ship entered the Gulf . . . Virtually all crewmembers stayed with their vessels, and they received a 100 percent pay bonus during the time that they were in the Gulf."[63]

55. Further, because of the war raging between the two countries, insurance premiums related to commerce in the Gulf also increased. For instance, two days following the *Texaco Caribbean* incident, Lloyd's underwriters in London decided to impose an immediately effective war-risk premium charge equivalent to 0.125 per cent of the insured value of the vessels' hull for ships visiting the United Arab Emirates ports before entering the Gulf[64]. At the time, most shipping insurance policies did not include damage caused by military hostilities in war zones, and companies were compelled to purchase additional insurance policies covering the risks the ships now faced in the Gulf[65]. These extra costs contributed to making shipping between the countries of the Gulf (including Iran) and the United States more expensive[66].

56. Iran dismissed this argument by saying that such costs are

[61] "Our routing obviously cost KOTC considerable time and money. The day spent waiting in Jubayl was an extra day of war zone bonuses to the crews and war risk premiums, since war risk premiums had to be paid for the whole period the vessel was within the Arabian Gulf . . ." (CMUS, Exhibit 31, p. 3, para. 8; see also *ibid.*, para. 6.)

[62] Rejoinder of the United States (RUS), Exhibit 180, p. 1, paras. 1-3.
[63] *Ibid.*, para. 7.
[64] CMUS, Exhibit 52.

[65] RUS, Exhibit 180, p. 2, para. 8; see also CMUS, Exhibit 7.

[66] It is instructive that in the *Nicaragua* case the Court also noted that the explosion of mines created "risks causing a rise in marine insurance rates" (*I.C.J. Reports 1986*, p. 48, para. 80). Later, the Court stated again that "Nicaragua's claim is justified not only as to the physical damage to its vessels, but also the consequential damage to its trade and commerce" (*ibid.*, p. 139, para. 278).

54. Les activités iraniennes ont aussi entraîné un accroissement des coûts de main-d'œuvre. De manière générale, la rémunération des membres d'équipage a dû être augmentée compte tenu des conditions de navigation de plus en plus dangereuses dans le Golfe. La navigation de jour devenant dangereuse, les navires commencèrent à naviguer de nuit pour éviter les attaques des hélicoptères iraniens, etc., ce qui a entraîné une nouvelle hausse de la rémunération de l'équipage[61]. C'est ainsi que la Chevron, société pétrolière américaine dont les pétroliers transportaient du pétrole brut entre le Golfe et les Etats-Unis pendant la guerre des pétroliers,[62] avait donné à

> «tous les employés ... le droit de débarquer avant que leur navire n'entre dans le Golfe... Dans la pratique, la quasi-totalité des membres d'équipage de la compagnie restaient à bord et touchaient alors une prime correspondant à 100% de leur salaire pendant tout leur séjour dans le Golfe.»[63]

55. En outre, à cause de la guerre qui faisait rage entre les deux pays, les primes des assurances relatives au commerce dans le Golfe augmentèrent aussi. Par exemple, deux jours après l'incident du *Texaco Caribbean*, le Lloyd's de Londres décida d'imposer une surprime immédiate pour risque de guerre équivalant à 0,125% de la valeur assurée de la coque des navires pour les navires mouillant dans les ports des Emirats arabes unis avant d'entrer dans le Golfe[64]. A l'époque, la plupart des polices d'assurance maritime ne couvraient pas les dommages causés par les hostilités militaires dans les zones de guerre, et les compagnies étaient obligées de contracter des polices complémentaires couvrant le risque que couraient alors leurs navires dans le Golfe[65]. Ces frais supplémentaires contribuaient à augmenter le coût de la navigation entre les pays du Golfe (y compris l'Iran) et les Etats-Unis[66].

56. L'Iran a rejeté cet argument en disant que ce type de dépenses

---

[61] «Ces itinéraires coûtaient évidemment du temps et de l'argent à la KOTC. Une journée supplémentaire à Al Jubayl signifiait une journée supplémentaire de prime pour risque de guerre à verser aux équipages; cela augmentait aussi la surprime d'assurance pour risque de guerre, qui devait être payée pour la totalité du séjour du navire dans le golfe Persique...» (Contre-mémoire et demande reconventionnelle présentés par les Etats-Unis d'Amérique, pièce 31, p. 3, par. 8; voir aussi *ibid.*, par. 6.)

[62] Duplique des Etats-Unis, pièce 180, p. 1, par. 1-3.

[63] *Ibid.*, par. 7.

[64] Contre-mémoire et demande reconventionnelle présentés par les Etats-Unis d'Amérique, annexe 52.

[65] Duplique des Etats-Unis, annexe 180, p. 2, par. 8; voir aussi contre-mémoire et demande reconventionnelle présentés par les Etats-Unis d'Amérique, annexe 7.

[66] Il est intéressant que, dans l'affaire *Nicaragua*, la Cour ait aussi relevé que l'explosion des mines avait «créé des risques ayant entraîné la hausse des taux d'assurance maritime» (*C.I.J. Recueil 1986*, p. 48, par. 80). Plus loin, la Cour a redit: «la demande du Nicaragua est justifiée non seulement par les dommages matériels subis par ses navires, mais aussi par les pertes économiques qui en sont résultées pour son commerce» (*ibid.*, p. 139, par. 278).

unrecoverable under international law[67]. Whether or not there is merit to this claim is irrelevant in the present context. What is relevant, however, is that the increased cost of commerce constituted an impediment to the freedom of such commerce between the two Parties.

57. In addition, Iran argued that evidence relating to ships travelling to and from Kuwait and Saudi Arabia is "strictly irrelevant to any claim based on Article X (1) of the 1955 Treaty"[68]. This argument is to be dismissed since such evidence is indicative of the conditions — military, economic, etc. — prevailing in the Persian Gulf at the time for all its "users". The fact that commercial shipping to and from Kuwait was disturbed reflects a wider, more general context in which shipping in the Gulf was made more dangerous and thus more costly. Since all ships took similar routes within the Gulf, the conditions affecting commercial shipping between the United States and Iran also affected shipping between the United States and Kuwait or Saudi Arabia. As the Court stated in the case concerning *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua*,

> "it is clear that interference with a right of access to the ports of Nicaragua is likely to have an adverse effect on Nicaragua's economy *and its trading relations with any State whose vessels enjoy the right of access to its ports*"[69].

58. To finally mention some other financial impact of Iran's actions on commercial shipping between Iran and the United States, before entering the Gulf, tankers had to remove any oil remaining on board for fear of dangerous explosions that could occur if a ship carrying oil struck a mine or was hit by a missile. The cost of such measures was $50,000 for each voyage in the Gulf[70]. Further, ships travelling through the Gulf had to sail at faster speed (17 knots instead of 12-14 knots), resulting in significant penalties and, incidentally, higher navigational risks[71]. In addition, while the passage through the Gulf was normally made without stopping, many vessels actually stopped twice en route to avoid a daylight passage and to allow management to assess the potential for attack. As a result, passage through the Gulf was longer, and thus more expensive for shipping companies. Chevron, for instance, incurred as much as $40,000 a day in additional operating costs while ships were stranded in the Gulf, a loss to which had to be added the

[67] CR 2003/14, p. 61, paras. 41-43.
[68] RI, Vol. I, p. 220, para. 11.5.

[69] *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua* v. *United States of America), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986*, p. 129, para. 253; emphasis added.
[70] RUS, Exhibit 180, para. 11.
[71] *Ibid.*, para. 14.

n'était pas susceptible de réparation en droit international[67]. Que cet argument soit fondé ou non, cela n'est pas pertinent dans le présent contexte. Ce qui l'est, en revanche, c'est que l'augmentation des coûts du commerce a entravé la liberté de ce commerce entre les deux Parties.

57. En outre, l'Iran a fait valoir que les éléments de preuve concernant les navires naviguant à destination ou en provenance du Koweït ou de l'Arabie saoudite étaient «sans pertinence aucune s'agissant d'une demande fondée sur le paragraphe 1 de l'article X du traité de 1955»[68]. Cet argument doit être écarté, puisque ces éléments de preuve montrent les conditions — militaires, économiques, et autres — qui régnaient dans le golfe Persique pour tous les «usagers». Le fait que la navigation commerciale à destination ou en provenance du Koweït était perturbée est le reflet d'un contexte plus large et plus général dans lequel la navigation dans le Golfe était rendue plus dangereuse et donc plus coûteuse. Puisque tous les navires suivaient des itinéraires semblables dans le Golfe, les conditions de la navigation commerciale entre les Etats-Unis et l'Iran étaient aussi celles de la navigation entre les Etats-Unis et le Koweït ou l'Arabie saoudite. Comme la Cour l'a déclaré dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*,

> «il est cependant clair que les entraves au droit de libre accès aux ports du Nicaragua sont de nature à affecter l'économie de ce pays et *ses relations de commerce avec tout Etat dont les navires ont un droit d'accès à ses ports*».[69]

58. Voyons pour finir quelques autres incidences financières qu'ont eues les actions de l'Iran sur la navigation commerciale entre l'Iran et les Etats-Unis: avant d'entrer dans le Golfe, les pétroliers devaient se débarrasser de tous leurs résidus de pétrole à bord par crainte des dangereuses explosions qui risquaient de se produire si un navire transportant du pétrole heurtait une mine ou était touché par un missile. Le coût de ces mesures était d'environ 50 000 dollars pour chaque voyage dans le Golfe[70]. En outre, les navires passant dans le Golfe devaient naviguer plus rapidement (17 nœuds au lieu de 12-14 nœuds), ce qui les pénalisait lourdement et, incidemment, rendait la navigation plus dangereuse[71]. En outre, alors que, en temps normal, la traversée du Golfe se faisait sans escale, de nombreux navires devaient souvent s'arrêter deux fois en cours de route, pour éviter de naviguer de jour et permettre à la direction d'apprécier les risques d'attaque. En conséquence, la traversée du Golfe était plus longue et donc plus coûteuse pour les compagnies maritimes.

---

[67] CR 2003/14, p. 61, par. 41-43.

[68] Réplique et réponse à la demande reconventionnelle présentée par la République islamique d'Iran, p. 220, par. 11.5.

[69] *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique), fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1986*, p. 129, par. 253; les italiques sont de moi.

[70] DEU, annexe 180, par. 11.

[71] *Ibid.*, par. 14.

amount of capital (oil barrels) tied up on board (as high as $50,000,000 for a very large crude oil carrier)[72]. Other costs included escort protection for ships to help them avoiding striking mines[73].

C. Conclusions

59. By laying mines without warning commercial ships, by not notifying neutral ships of the presence of mines, and by harassing commercial shipping of all nationalities in the Persian Gulf also in other ways, Iran created dangerous and more onerous conditions for commercial shipping also between the two Parties[74]. As I have emphasized at the outset, the state of war between Iran and Iraq did not provide Iran with a general justification for its hostile activities because these were, for the greatest part, in violation of the laws of war and neutrality. Therefore, Iran ought to have been found in violation of its obligations under the 1955 Treaty, and the generic counter-claim of the United States should have been upheld.

60. To emphasize once again: in order to reach this conclusion, we need not look at each of the specific incidents described by the United States independently, or prove that each of these incidents is attributable to Iran. In fact, doing so would be inappropriate in the context of a generic claim. As long as it is clear that, during the Tanker War, Iran and Iraq were both engaging in actions detrimental to neutral commercial shipping in the Gulf (including, of course, commercial shipping between Iran and the United States)[75], the particular extent to which Iran was responsible for these actions need not be determined with precision. It is sufficient to establish that Iran, because of the Iran-Iraq war, was responsible for a significant portion of those actions, and that such actions impaired the freedom of commerce between the United States and Iran guaranteed by the 1955 Treaty in ways not justifiable simply because of the existence of a state of war.

---

[72] RUS, Exhibit 180, para. 15.

[73] *Ibid.*, para. 16. For Chevron, such protection amounted up to $40,000 a day.

[74] CMUS, p. 160. While I believe that Iran's actions were inconsistent with Article X of the 1955 Treaty, it is not my view that such actions reached the level of an "armed attack" against the United States in the meaning of Article 51 of the United Nations Charter. There is thus no inconsistency between what I conclude here and what I have said on Article XX of the 1955 Treaty (see the respective section of the present opinion).

[75] In this regard, cf. paragraph 44 of the Judgment:

> "the Court notes that it is not disputed between the Parties that neutral shipping in the Persian Gulf was caused considerable inconvenience and loss, and grave damage, during the Iran-Iraq war. It notes also that this was to a great extent due to the presence of mines and minefields laid by both sides."

Ainsi, la Chevron dépensait jusqu'à 40 000 dollars par jour en frais supplémentaires pendant que les navires étaient bloqués dans le Golfe, perte à laquelle il fallait ajouter le coût du capital investi (barils de pétrole) immobilisé à bord (jusqu'à 50 millions de dollars pour un superpétrolier)[72]. D'autres coûts venaient encore s'ajouter à ceux-là, notamment le coût des escortes qui aidaient les navires à éviter les mines[73].

C. Conclusions

59. En posant des mines sans en avertir les navires commerciaux, en ne notifiant pas la présence des mines aux navires neutres et en harcelant de diverses façons les navires commerciaux de toutes les nationalités dans le golfe Persique, l'Iran a créé des conditions dangereuses et plus onéreuses pour la navigation commerciale entre les Parties[74]. Comme je l'ai souligné en commençant, l'état de guerre entre l'Iran et l'Iraq ne justifiait pas de manière générale les activités hostiles de l'Iran parce que celles-ci, dans leur grande majorité, constituaient une violation du droit de la guerre et de la neutralité. En conséquence, la Cour aurait dû conclure que l'Iran avait violé ses obligations découlant du traité de 1955 et faire droit à la demande reconventionnelle générale des Etats-Unis.

60. Je le répète: pour parvenir à cette conclusion, nous n'avons pas besoin d'examiner l'un après l'autre chacun des incidents spécifiques décrits par les Etats-Unis, ni de prouver que chacun de ces incidents était imputable à l'Iran. Cela serait en fait inapproprié dans le cadre d'une demande de caractère général. Tant qu'il est clair que, pendant la guerre des pétroliers, l'Iran et l'Iraq menaient l'un et l'autre des actions nuisant à la navigation commerciale dans le Golfe (y compris, bien sûr, à la navigation commerciale entre l'Iran et les Etats-Unis)[75], il n'est pas nécessaire de déterminer avec précision dans quelle mesure l'Iran était responsable de ces actions. Il suffit d'établir que l'Iran, à cause de la guerre Iran-Iraq, était responsable d'une part importante de ces actions, et que celles-ci entravaient la liberté de commerce entre les Etats-Unis et l'Iran garantie par le traité de 1955 d'une façon que ne pouvait justifier la simple existence d'un état de guerre.

---

[72] DEU, annexe 180, par. 15.

[73] *Ibid.*, par. 16. Pour la Chevron, cette protection coûtait à peu près 40 000 dollars par jour.

[74] Contre-mémoire et demande reconventionnelle présentés par les Etats-Unis d'Amérique, p. 160. Bien que je considère que les actions de l'Iran étaient contraires à l'article X du traité de 1955, ces actions, à mon avis, n'atteignaient pas le niveau d'une «agression armée» contre les Etats-Unis au sens de l'article 51 de la Charte des Nations Unies. Il n'y a donc pas de contradiction entre la conclusion à laquelle j'arrive ici et ce que j'ai dit sur l'article XX du traité de 1955 (voir la partie pertinente de mon opinion).

[75] A cet égard, voir le paragraphe 44 de l'arrêt:

> «La Cour observe à cet égard qu'il n'est pas contesté par les Parties que, durant la guerre entre l'Iran et l'Iraq, la navigation neutre dans le golfe Persique avait été considérablement entravée et avait subi des pertes et de graves dommages. Elle relève également que cette situation était dans une large mesure le résultat de la présence de mines et de champs de mines posés par les deux parties au conflit.»

61. An obstacle to admitting the United States counter-claim could be seen in the argument that the acts alleged to have constituted an impediment to the freedom of commerce and navigation under the Treaty cannot be attributed to Iran with certainty. Therefore, the argument would go, it is impossible to find Iran responsible for those acts. I will now proceed to show how this obstacle may be overcome.

62. One remark is to be made right at the outset: in the present case the problem of attribution poses itself almost exclusively with regard to minelaying by the parties to the Gulf war. But as referred to above, in addition to mine attacks, Iran also carried out attacks by helicopters, other aircraft and patrol boats, which largely contributed to the unsafe shipping conditions in the Gulf. Whereas identifying the State responsible for particular minelaying activities is not an easy exercise, identifying the State engaging in attacks by helicopters or patrol boats is much less difficult. Attribution of responsibility therefore can only be problematic with respect to minelaying. As for attacks by helicopters, patrol boats, etc., against ships engaged in commerce between Iran and the United States, there is hardly any doubt that they were carried out by Iran. Therefore, when we move away from the mines, so to speak, the generic counter-claim becomes free of the problem of attribution. Hence, the following reasoning is in essence devoted to the problem of attribution of minelaying in the Gulf.

63. As I have just demonstrated, attribution of responsibility for such minelaying activities certainly represents the principal challenge to the generic counter-claim. Against this challenge militates a sense of fairness. Yet, the thought that Iran could be held responsible for acts that could not be attributed to it beyond a certain threshold of proof is also troubling. The question we face is thus the following: how can we hold Iran responsible for acts which, even though they did create impediments to the freedom of commerce and navigation, cannot be attributed to Iran with certainty?

64. It is common knowledge that the Iran-Iraq war had a destabilizing effect on the regional economy, including American commerce going through the Gulf. This destabilizing effect is easily measurable by the increase in costs for doing commerce in the Gulf, as the evidence discussed above shows. It is more difficult — if not impossible — to measure with any exactitude the negative impact of individual Iraqi or Iranian actions on the economic conditions of commerce, let alone on American commerce specifically. The damage caused by these actions, i.e. the impediment to the freedom of commerce and navigation protected by the 1955 Treaty, is indivisible and as such cannot be apportioned between Iran and Iraq.

61. On pourrait considérer comme un obstacle empêchant d'accueillir la demande reconventionnelle des Etats-Unis le fait que les actes qui avaient prétendument constitué une entrave à la liberté de commerce et de navigation prévue par le traité ne peuvent pas être imputés de façon certaine à l'Iran. En conséquence, pourrait-on alors faire valoir, il est impossible de rendre l'Iran responsable de ces actes. Je vais maintenant entreprendre de montrer comment cet obstacle peut être surmonté.

62. Une remarque s'impose d'emblée: en l'espèce, le problème de l'imputabilité se pose presque exclusivement en ce qui concerne le mouillage de mines par les belligérants de la guerre du Golfe. Mais, comme on l'a vu plus haut, outre les mines, l'Iran a aussi utilisé des aéronefs, notamment des hélicoptères, et des vedettes pour mener des attaques qui ont beaucoup contribué à l'insécurité de la navigation dans le Golfe. Et, s'il n'est pas facile d'identifier l'Etat responsable d'avoir posé telle ou telle mine, il est beaucoup plus facile d'identifier l'Etat qui lance des attaques avec des hélicoptères ou des vedettes. L'attribution de la responsabilité ne pose donc de problèmes que pour le mouillage des mines. Pour ce qui est des attaques avec des hélicoptères, vedettes, etc., contre des navires participant au commerce entre l'Iran et les Etats-Unis, il ne fait pour ainsi dire aucun doute qu'elles étaient le fait de l'Iran. En conséquence, lorsque nous laissons de côté les mines, la demande reconventionnelle générale ne soulève plus de problème d'attribution de la responsabilité. C'est pourquoi le raisonnement qui suit sera essentiellement consacré au problème de la responsabilité du mouillage des mines dans le Golfe.

63. Comme je viens de le démontrer, la difficulté d'attribuer la responsabilité de ces activités de mouillage de mines constitue certainement le principal obstacle à la demande reconventionnelle générale, obstacle auquel le sens de l'équité incite à passer outre. En même temps, l'idée que l'Iran pourrait être tenu pour responsable d'actes qui ne pourraient pas lui être imputés avec un degré suffisant de certitude est aussi gênante. La question qui se pose à nous est donc la suivante: Comment pouvons-nous considérer l'Iran comme responsable d'actes qui, s'ils ont bien constitué une entrave à la liberté de commerce et de navigation, ne peuvent pas être imputés de façon certaine à l'Iran?

64. Chacun sait que la guerre Iran-Iraq a eu un effet déstabilisant sur l'économie de la région, y compris sur le commerce américain passant par le Golfe. Cet effet déstabilisant se mesure facilement à l'accroissement des coûts liés au commerce dans le Golfe, comme le montrent les éléments de preuve que nous avons examinés ci-dessus. Il est plus difficile — sinon impossible — de mesurer de manière quelque peu exacte les incidences négatives qu'ont eues telle ou telle action de l'Iraq ou de l'Iran sur les conditions économiques du commerce, et encore moins sur celles du commerce américain spécifiquement. Le dommage causé par ces actions, c'est-à-dire l'entrave à la liberté de commerce et de navigation protégée par le traité de 1955, est indivisible, c'est-à-dire qu'il est impossible de déterminer quelle part est due à l'Iran et quelle part à l'Iraq.

65. Responsibility, however, is another matter. It is clear that a series of actions taken by each party to the war necessarily disturbed the economic environment (even if unintentionally). But what conclusion is to be drawn from this? Should we hold both States equally responsible for the impediments caused to commerce and navigation? Or can neither of the two States be held responsible because it is impossible to determine precisely who did what?

66. In order to find a solution to our dilemma, I have engaged in some research in comparative law to see whether anything resembling a "general principle of law" within the meaning of Article 38, paragraph 1 *(c)*, of the Statute of the Court can be developed from solutions arrived at in domestic law to come to terms with the problem of multiple tortfeasors. I submit that we find ourselves here in what I would call a textbook situation calling for such an exercise in legal analogy. To state its result forthwith: research into various common law jurisdictions as well as French, Swiss and German tort law indicates that the question has been taken up and solved by these legal systems with a consistency that is striking.

67. To begin with common law jurisprudence, in a well-known case heard by the Supreme Court of California[76], the plaintiff sued two defendants for injury to his right eye and face as a result of having been struck by birdshot discharged from a shotgun while the two defendants had been hunting in an open range. It was admitted that both defendants had fired at a quail, and that one piece of birdshot had hit the plaintiff's eye and another his lip. However, there was no means of determining which injury had been caused by which defendant. The defendants argued that they were not joint tortfeasors because they had not been acting in concert, and that there was not sufficient evidence to show which of the two was guilty of the negligence that caused the injuries[77].

The trial court had determined that "the negligence of both defendants was the legal cause of the injury — or that both were responsible"[78], even though "the court was unable to ascertain whether the shots were from the gun of one defendant or the other or one shot from each of them"[79]. The California Supreme Court went on to quote Dean Wigmore, a United States authority on tort law:

> "When two or more persons by their acts are possibly the sole cause of a harm . . . and the plaintiff has introduced evidence that the one of the two persons . . . is culpable, then the defendant has the

[76] *Summers* v. *Tice*, 33 Cal. 2d 80 (1948).
[77] *Ibid.*, p. 83.
[78] *Ibid.*, p. 84.
[79] *Ibid.*

65. La responsabilité, cependant, est une autre affaire. Il est clair qu'une série d'actions menées par chacun des belligérants a nécessairement perturbé l'environnement économique (même si cela n'était pas leur intention). Mais quelle conclusion faut-il en tirer? Devons-nous considérer les deux Etats comme également responsables de l'entrave au commerce et à la navigation? Ou bien ne peut-on les considérer ni l'un ni l'autre comme responsables, parce qu'il est impossible de déterminer précisément ce que chacun a fait?

66. Pour trouver une solution à notre problème, je me suis livré à une petite étude de droit comparé pour voir s'il est possible de dégager une espèce de «principe général de droit» au sens de l'alinéa *c)* du paragraphe 1 de l'article 38 du Statut de la Cour à partir des solutions qui ont été apportées par différents systèmes de droit interne au problème du concours de responsabilités. Selon moi, nous nous trouvons ici face à un cas d'école qui justifie ce type d'exercice. Pour donner la réponse sans attendre: l'examen des décisions de diverses juridictions de *common law*, ainsi que du droit français, suisse et allemand de la responsabilité montre que la question a été examinée et résolue dans ces systèmes de droit avec une constance frappante.

67. Commençons par la jurisprudence de la *common law* : dans une affaire célèbre jugée par la Cour suprême de Californie[76], le demandeur avait assigné les deux défendeurs pour les blessures que lui avait causées au visage et à l'œil droit une décharge de plombs tirée alors que les deux défendeurs étaient en train de chasser. Il était reconnu que les défendeurs avaient tous les deux tiré sur une caille, et qu'un plomb avait touché le demandeur à l'œil et un autre à la lèvre. Il n'y avait cependant aucun moyen de déterminer quel défendeur était à l'origine de quelle blessure. Les défendeurs soutenaient qu'ils n'étaient pas coresponsables puisqu'ils n'avaient pas agi de concert et qu'il n'y avait pas d'éléments suffisants pour établir lequel des deux était coupable de la négligence qui avait causé les blessures[77].

Le tribunal de première instance avait jugé que «la négligence des deux défendeurs était juridiquement la cause de la blessure — et que tous deux étaient responsables»[78], même si «le tribunal n'était pas en mesure de déterminer si les coups provenaient du fusil d'un défendeur ou de l'autre, ou des deux à la fois»[79]. La Cour suprême de Californie, citant le doyen Wigmore, qui faisait autorité en matière de droit de la responsabilité aux Etats-Unis, déclara:

> «Lorsque plusieurs personnes par leurs actes peuvent être la cause unique d'un dommage ... et que le demandeur a rapporté la preuve que l'une de ces personnes ... a commis une faute, il appartient au

[76] *Summers c. Tice*, 33 Cal. 2d 80 (1948).
[77] *Ibid.*, p. 83.
[78] *Ibid.*, p. 84.
[79] *Ibid.*, p. 84.

> burden of proving that the other person . . . was the sole cause of the harm. The real reason for the rule that each joint tortfeasor is responsible for the whole damage is the practical unfairness of denying the injured person redress simply because he cannot prove how much damage each did, when it is certain that between them they did all."[80]

As a matter of fairness to the plaintiff, the court then reversed the burden of proof: each defendant had to prove that he had not caused the injury. Since such proof could not be put forward, the court held both defendants liable. The court dismissed the defendants' argument that causation was lacking between their acts and the plaintiff's damage[81]. Most importantly, the court also dismissed the argument that the plaintiff should establish the portion of the damage caused by each tortfeasor in cases where there is a plurality of tortfeasors and where the damage cannot be apportioned among them[82].

68. This solution, which has since been embodied in the Restatement of Torts[83], is interesting in many ways. On the one hand, it recognizes the difficulty of a finding of responsibility where apportionment is impossible. On the other hand, it excludes as unfair a solution in which no one would be held responsible. Finally, this provides an answer by shifting the burden of proof on to each defendant. The solution provides the wrongdoer a way out — acknowledging the peculiarity of a situation where facts cannot be ascertained with certainty —, while at the same time ensuring the plaintiff recovery for his injury if the defendant fails to show his innocence.

69. The same solution was adopted by Canadian courts in *Cook* v. *Lewis*[84]. According to Markesinis and Deakin, English courts faced with the question of multiple tortfeasors are likely to take a similar approach[85].

70. In French law, too, multiple tortfeasors (irrespective of whether they are acting in concert) causing an indivisible damage are each responsible for the entirety of such damage. Each tortfeasor is considered as having caused the entire prejudice to the victim, who can recover in full

[80] *Summers* v. *Tice*, 33 Cal. 2d 80 (1948), p. 85.
[81] *Ibid.*, p. 87.
[82] *Ibid.*, p. 88.
[83] Rest. 2d Torts, s. 433B, subsec. (3).
[84] [1951] SCR 830. On Canadian law, see also Jean-Louis Baudoin, *La responsabilité civile délictuelle*, 1973, p. 164, para. 235.

[85] Markesinis and Deakin, *Tort Law*, 4th ed., 1999, p. 185.

défendeur de prouver que l'autre personne ... était seule auteur du dommage. La véritable raison de la règle selon laquelle chaque coauteur est responsable de l'intégralité du dommage est l'injustice qu'il y aurait en pratique à refuser réparation à la victime seulement parce qu'elle ne peut pas prouver quelle part du préjudice a été causée par chaque coauteur, alors qu'il est certain qu'ensemble ils ont causé le préjudice tout entier.»[80]

Par souci de justice à l'égard du demandeur, la Cour renversa alors la charge de la preuve, demandant à chaque défendeur de prouver qu'il n'avait pas causé le préjudice. Cette preuve ne pouvant être rapportée, la Cour conclut à la responsabilité de l'un et de l'autre, et rejeta l'argument des défendeurs selon lequel il n'avait pas été établi de lien de causalité entre leurs actes et le préjudice du demandeur[81]. Mais surtout, elle rejeta aussi l'argument selon lequel le demandeur doit établir quelle part du dommage a été causée par chaque coauteur lorsqu'un dommage a été causé par plusieurs personnes et qu'il n'est pas possible de déterminer quelle part du dommage est imputable à chacune[82].

68. Cette solution, qui a été incorporée depuis dans le *Restatement of Torts*[83], est intéressante à de nombreux égards. D'une part, elle reconnaît la difficulté qu'il y a à attribuer la responsabilité lorsque la part du dommage causée par chaque coauteur est impossible à déterminer. D'autre part, elle écarte comme injuste la solution dans laquelle aucun des coauteurs ne serait tenu pour responsable. Enfin, elle fournit une réponse consistant à faire peser sur chaque défendeur la charge de la preuve. Cette solution offre une porte de sortie à l'auteur du dommage — en reconnaissant les particularités de la situation dans laquelle les faits ne peuvent être établis avec certitude —, tout en garantissant à la victime la réparation de son préjudice si le défendeur ne peut pas prouver son innocence.

69. Cette même solution a été adoptée par les tribunaux canadiens dans l'affaire *Cook c. Lewis*[84]. Et selon Markesinis et Deakin, les tribunaux anglais, devant la question du concours de responsabilités, adopteront vraisemblablement la même approche[85].

70. En droit français aussi, lorsque plusieurs personnes (agissant ou non de concert) ont produit un dommage indivisible, chacune est responsable pour le tout. Chaque coauteur est considéré comme étant la cause de tout le dommage et la victime peut en réclamer la réparation

---

[80] *Summers c. Tice*, 33 Cal. 2d 80 (1948), p. 85.
[81] *Ibid.*, p. 87.
[82] *Ibid.*, p. 88.
[83] Rest. 2d Torts, s. 433B, subsec. (3).
[84] *Cook c. Lewis* [1951], *Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada*, 830. Sur le droit canadien, voir aussi Jean-Louis Baudoin, *La responsabilité civile délictuelle*, 1973, p. 164, par. 235.
[85] Markesinis et Deakin, *Tort Law*, 4e éd., 1999, p. 185.

from any of them[86]. In any event, when French courts dealt with this question in the past, they typically discussed the *extent* of each tortfeasor's responsibility (partial or total) rather than responsibility as such. When unable to hold each defendant liable on the basis of a specific damage, French courts resorted to interpretations such as "collective breach of duty" or "collective duty to look after the object which caused the damage" even when tortfeasors had evidently not been acting with a common motive, merely out of fairness for the injured plaintiff[87]. In fact, this solution had already been adopted in Roman law in the form of the cause of action concerning *"effusis et dejectis"* (things spilled or thrown out): whenever someone was injured by an object that had fallen from the unidentified window of an apartment building, all residents of such building were considered liable for the damage caused[88].

71. The same principles can be found in Swiss law, where Article 51 of the Code des Obligations states that, when multiple tortfeasors acting independently of each other cause a damage that cannot be divided among them, any of the tortfeasors can be held responsible in full — just like in the case of tortfeasors acting in concert[89]. A commentary reads as follows:

> "Whether the unlawful acts have been committed by a number of persons knowingly acting in concert (Art. 50, *'solidarité parfaite . . .'*), or acting independently of each other, and even where liability is based on different legal grounds (Art. 51, *'solidarité imparfaite'*), the injured party enjoys an entitlement to *concurrent claims*, without being concerned by any relationship between the joint tortfeasors; he can only make a single claim to reparation, but each tortfeasor will be liable towards him in respect of that claim as a whole and, if he so wishes, the action need only be brought against any one tortfeasor."[90]

72. The way, finally, in which German tort law addresses our issue is

[86] H., L. and J. Mazeaud, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, Vol. II, 6th ed., 1970, p. 1078, para. 1952; see also Boris Starck, Henri Roland and Laurent Boyer, *Obligations: 1. Responsabilité délictuelle,* 5th ed., 1996, p. 468, para. 1142; René Rodière, *La responsabilité délictuelle dans la jurisprudence* (1978), pp. 346-348, para. 119. In particular, Rodière reproduces a decision of the Cour de Cassation dating from 1892, which, as he notes, has been consistently followed by various jurisdictions and approved by doctrine (Civ. 11 juillet 1892).

[87] Boris Starck *et al. (ibid.)*, p. 454, para. 1102.

[88] *Ibid.*, p. 455, para. 1104.

[89] Georges Scyboz and Pierre-Robert Gilliéron, *Code civil suisse et Code des Obligations annotés*, 5th ed., 1993; see also Danielle Gauthey Ladner, *Solidarité et consorité en matière délictuelle en droit suisse et américain, en particulier new-yorkais*, 2002, p. 57, para. 2.5, and p. 70, para. 4.

[90] Georges Scyboz and Pierre-Robert Gilliéron, *op. cit.*, commentary on Articles 50 and 51. *[Translation by the Registry.]*

intégrale à n'importe lequel d'entre eux[86]. De toute façon, lorsque les tribunaux français ont eu à régler cette question dans le passé, ils ont normalement examiné l'*étendue* de la responsabilité (partielle ou totale) de chaque coauteur, et non pas la responsabilité en tant que telle. Lorsqu'ils ne pouvaient pas attribuer à chacun la responsabilité d'un dommage particulier, ils ont fait appel à des notions comme celles de «violation collective d'une obligation» ou «d'obligation collective de garde» à l'égard de la chose qui avait causé le dommage, même lorsque les coauteurs n'avaient manifestement pas agi de manière concertée, simplement par souci de justice pour la victime[87]. En fait, cette solution avait déjà été adoptée en droit romain sous la forme de l'action *effusis et dejectis* (action concernant les choses versées ou jetées): lorsque quelqu'un avait été blessé par un objet tombant d'une fenêtre non identifiée d'un immeuble, tous les habitants de cet immeuble étaient considérés comme responsables du dommage[88].

71. On retrouve les mêmes principes en droit suisse: l'article 51 du Code des obligations dispose que, lorsque plusieurs personnes agissant indépendamment l'une de l'autre causent un dommage dont il n'est pas possible d'attribuer à chacune sa part, chacun des coauteurs peut être rendu responsable du tout — exactement comme dans le cas d'actes illicites commis de concert[89]. Un commentateur s'exprime ainsi:

> «Qu'il s'agisse d'actes illicites commis consciemment en commun (art. 50, solidarité parfaite...) ou indépendamment l'un de l'autre, ou encore de responsabilités en vertu de causes différentes (art. 51, solidarité imparfaite), la victime jouit d'un *concours d'actions* et le rapport interne entre les coresponsables ne la concerne pas; elle ne saurait prétendre qu'une fois à la réparation, mais envers elle chacun répond en entier d'une dette autonome et elle peut ne rechercher qu'une personne, à son choix.»[90]

72. Enfin, la solution que le droit allemand de la responsabilité délic-

---

[86] H., L. et J. Mazeaud, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, vol. II, 6e éd., 1970, p. 1078, par. 1952; voir aussi Boris Starck, Henri Roland et Laurent Boyer, *Obligations: 1. Responsabilité délictuelle,* 5e éd., 1996, p. 468, par. 1142; René Rodière, *La responsabilité délictuelle dans la jurisprudence*, 1978, p. 346-348, par. 119. Rodière en particulier reproduit une décision de la Cour de cassation datant de 1892 qui, note-t-il, a été constamment suivie par diverses juridictions et approuvée par la doctrine (Civ. 11 juillet 1892).

[87] Boris Starck *et al., ibid.*, p. 454, par. 1102.

[88] *Ibid.*, p. 455, par. 1104.

[89] Georges Scyboz et Pierre-Robert Gilliéron, *Code civil suisse et Code des obligations annotés*, 5e éd., 1993; voir aussi Danielle Gauthey Ladner, *Solidarité et consorité en matière délictuelle en droit suisse et américain, en particulier new-yorkais*, 2002, p. 57, par. 2.5, et p. 70, par. 4.

[90] Georges Scyboz et Pierre-Robert Gilliéron, *op. cit.*, commentaire des articles 50 et 51.

virtually identical with the domestic solutions hitherto outlined. The pertinent provision of the German Civil Code (Bürgerliches Gesetzbuch), § 830, reads as follows:

> "1. If several persons through a jointly committed delict have caused damage, each is responsible for the damage. The same applies if it cannot be discovered which of several participants has caused the damage through his action.
> 2. Instigators and accomplices are in the same position as joint actors."

The first sentence of § 830, paragraph 1, is not relevant to our case because it presupposes the pursuance of a common design by the tortfeasors. The same is valid regarding the provision's paragraph 2. However, the rule contained in the second sentence of § 830, paragraph 1, is to the point: its function is precisely to spare the victim the difficult, indeed impossible, task of proving which one of several tortfeasors actually caused the damage. The rule's applicability depends upon three conditions: first, each of the participants must have engaged in the activity leading to loss or damage (irrespective of causality); second, one of the participants must necessarily have caused such loss or damage; but, third, it is impossible to determine which one of the participants did so, in whole or in part[91].

73. Elevating the joint-and-several liability doctrine thus described to the level of international law in the present case would lead to a finding that Iran is responsible for damages, or impediments, that it did not directly cause[92]. Personally, I would find it more objectionable not to hold Iran liable than to hold Iran liable for the entire damage caused to the United States as a result of actions taken during the Iran-Iraq war. In fact, I see no objection to holding Iran responsible for the entire damage even though it did not directly cause it all. Remember that the question before us is whether Iran can be found in breach of its treaty obligations

[91] Palandt-Thomas, 62nd ed., 2003, § 830 BGB Rn 7. For some of the precedents in German jurisprudence see BGH NJW 1960, 862 (responsibility of multiple tortfeasors for injuring a person by throwing stones), and BGH NJW 1994, 932 (responsibility of several producers of sweetened tea for the so-called "baby bottle syndrome").

[92] As Markesinis and Deakin point out,

> "by treating the cluster of theoretically apportionable injuries that cannot as a practical matter be apportioned as though they constituted a single indivisible injury, the law of joint and several liability means that each tortfeasor can be made to pay for more harm that he actually caused" (*op. cit.*, p. 234).

It is interesting to note that the Michigan Supreme Court, in *Maddux* v. *Donaldson* (362 Mich. 425, at 433), accepted this not only as an inevitable but also as a just consequence when division of liability among tortfeasors is impossible.

tuelle apporte à la question est pour ainsi dire identique aux solutions exposées jusqu'ici. Les dispositions pertinentes, à savoir l'article 830 du Code civil allemand *(Bürgerliches Gesetzbuch)* [traduction: Imprimerie nationale, Paris, 1906], sont ainsi conçues:

> «1. Lorsque plusieurs personnes ont causé un dommage par un fait illicite réalisé en commun, chacune d'elles est responsable du dommage. Il en est de même si l'on ne peut découvrir lequel, de plusieurs intéressés, a causé le dommage par son fait.
> 2. Instigateurs et auxiliaires sont assimilés aux coauteurs.»

La première phrase du paragraphe 1 de l'article 830 n'est pas pertinente ici parce qu'elle présuppose que les coauteurs poursuivaient un dessein commun, ce qui est aussi le cas du paragraphe 2. Par contre, la règle énoncée dans la seconde phrase du paragraphe 1 de l'article 830 est tout à fait pertinente, puisque sa fonction est précisément d'épargner à la victime la tâche difficile, sinon impossible, de prouver lequel de plusieurs coauteurs est effectivement à l'origine du dommage. L'applicabilité de cette règle est subordonnée à trois conditions: il faut, premièrement, que chacun des participants ait pris part à l'activité qui a entraîné la perte ou le dommage (indépendamment de la causalité); deuxièmement, que l'un d'eux ait causé cette perte ou ce dommage; troisièmement, qu'il soit impossible de déterminer lequel l'a fait, en totalité ou en partie[91].

73. En élevant les règles de la responsabilité *in solidum* décrites plus haut au niveau du droit international dans notre espèce, on serait amené à conclure que l'Iran est responsable des dommages, ou des entraves, qu'il n'a pas causés directement[92]. Personnellement, je trouverais plus critiquable de ne pas du tout considérer l'Iran comme responsable que de le considérer comme responsable de tout le dommage causé aux Etats-Unis en conséquence des actions menées pendant la guerre Iran-Iraq. En fait, je ne vois pas d'objection à considérer l'Iran comme responsable du dommage tout entier, même s'il ne l'a pas causé directement dans son inté-

[91] Palandt-Thomas, 62e éd., 2003, art. 830 BGB Rn 7. Pour quelques exemples de la jurisprudence allemande, voir BGH NJW 1960, 862 (coresponsabilité pour des blessures causées par des jets de pierres), et BGH NJW 1994, 932 (responsabilité de plusieurs producteurs de thé sucré pour le «syndrome du biberon»).

[92] Comme le soulignent Markesinis et Deakin,

> «en traitant l'ensemble des préjudices dont la responsabilité peut être partagée en théorie, mais ne peut pas l'être dans la pratique, comme s'ils constituaient un seul préjudice indivisible, le droit de la responsabilité *in solidum* signifie que chaque coauteur peut être tenu de réparer un dommage plus grand que celui qu'il a effectivement causé», *op. cit.*, p. 234.

Il est intéressant de noter que la Cour suprême du Michigan, dans l'affaire *Maddux c. Donaldson* (362 Mich. 425, p. 433), a reconnu que cela était non seulement inévitable mais aussi juste lorsqu'il est impossible de répartir les responsabilités entre les coauteurs.

or not; in the present context I do not discuss any question of reparation. This issue would only have arisen at a later stage. With regard to that — now theoretical — issue and looking back at the range of solutions found in domestic tort laws, I find very pertinent the compromise course steered by the Supreme Court of California in the *Sindell* v. *Abbott Laboratories* case. In that case, the court did not feel compelled to dismiss all responsibility claims on the ground that some potential defendants were absent[93]. To the contrary, the court, following *Summers* v. *Tice*, held each of the defendants responsible and attempted, to the best it could, to approximate each defendant's responsibility. The compromise found by the court to account for the absence of interested parties was to hold the defendants liable only for part of the damage suffered by plaintiff, not for its entirety (I will return to the particular problems posed by the absence of a potential respondent in the present case in the final part of this section).

74. On the basis of the (admittedly modest) study of comparative tort law thus provided, I venture to conclude that the principle of joint-and-several responsibility common to the jurisdictions that I have considered can properly be regarded as a "general principle of law" within the meaning of Article 38, paragraph 1 *(c)*, of the Court's Statute. I submit that this principle should have been applied in our present case to the effect that, even though responsibility for the impediment caused to United States commerce with Iran cannot (and ought not, see *infra*) be apportioned between Iran and Iraq, Iran should nevertheless have been held in breach of its treaty obligations.

75. Another authoritative source addressing the issue of a plurality of responsible States can be found in the Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts adopted by the International Law Commission in 2001[94]. The ILC's solution is in conformity with the result of the comparative research I have just presented. Article 47 states: "Where several States are responsible for the same internationally wrongful act, the responsibility of each State may be invoked in relation to that act."

76. In the context of the specific variant of the United States counterclaim, Article 47 would apply only if both Iran and Iraq were responsible for a given action — for instance, if Iran had carried out an attack against a ship engaged in treaty-protected commerce, jointly planning and co-ordinating the operation with Iraq. However, in the present case,

[93] *Sindell* v. *Abbott Laboratories*, 607 P. 2d 924 (1980).
[94] See *supra* footnote 19.

gralité. Que la Cour se rappelle que la question dont elle est saisie est de savoir si l'on peut considérer que l'Iran a violé ses obligations conventionnelles ou non; dans ce cadre, je ne parle pas du tout de la question de la réparation, qui ne se poserait qu'à un stade ultérieur. En ce qui concerne cette question — devenue théorique — et en examinant les diverses solutions qui ont été trouvées en droit interne dans le cadre de la responsabilité civile délictuelle, je trouve très pertinente la solution de compromis adoptée par la Cour suprême de Californie dans l'affaire *Sindell c. Abbott Laboratories*. Dans cette affaire, la Cour suprême ne s'est pas jugée obligée de rejeter toutes les demandes au motif que certains défendeurs potentiels étaient absents[93]. Au contraire, suivant en cela le précédent *Summers c. Tice*, elle a considéré que chacun des défendeurs était responsable et essayé de déterminer le plus exactement possible la responsabilité de chacun. Le compromis qu'elle a trouvé pour tenir compte de l'absence de certaines parties intéressées a été de rendre les défendeurs responsables d'une partie seulement du préjudice subi par le demandeur, et non de sa totalité (je reviendrai à la fin de la présente section sur les problèmes particuliers que pose l'absence d'un responsable potentiel dans la présente espèce).

74. Sur la base de cette étude (certes modeste) de droit comparé de la responsabilité, je me risquerai à conclure que le principe de la responsabilité *in solidum* commun aux juridictions dont j'ai parlé peut légitimement être considéré comme un «principe général de droit» au sens de l'alinéa *c)* du paragraphe 1 de l'article 38 du Statut de la Cour. J'estime que ce principe aurait dû trouver application dans notre espèce et que, même si la responsabilité de l'entrave au commerce des Etats-Unis avec l'Iran ne peut pas (et ne doit pas, voir ci-dessous) être partagée entre l'Iran et l'Iraq, il aurait néanmoins fallu considérer que l'Iran n'avait pas respecté ses obligations conventionnelles.

75. Il existe une autre source faisant autorité et traitant de la question de la pluralité d'Etats responsables: il s'agit des articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite, que la Commission du droit international a adoptés en 2001[94]. La solution de la CDI est conforme aux résultats de l'étude de droit comparée que je viens de présenter. L'article 47 dispose: «Lorsque plusieurs Etats sont responsables du même fait internationalement illicite, la responsabilité de chaque Etat peut être invoquée par rapport à ce fait.»

76. Dans le contexte de la demande reconventionnelle spécifique des Etats-Unis, l'article 47 ne s'appliquerait que si l'Iran et l'Iraq étaient tous deux responsables d'un acte donné — par exemple, si l'Iran avait mené une attaque contre un navire se livrant au commerce protégé par le traité en préparant et en coordonnant l'opération avec l'Iraq. Mais en réalité,

[93] *Sindell c. Abbott Laboratories*, 607 P. 2d 924 (1980).
[94] Voir ci-dessus note 19.

the reality is such that the two States never acted in concert with respect to a specific incident, and thus it always was either Iran *or* Iraq which was responsible for a given incident. As a result, Article 47, which requires both States to be responsible for the same internationally wrongful act, cannot be applied to the specific counter-claim.

77. Applied to the generic counter-claim, on the other hand, Article 47 is very helpful. In the context of the generic counter-claim, the "internationally wrongful act" is constituted by the creation of negative economic, political and safety conditions in the Gulf rather than by a specific incident. The bringing about of this environment, taken as a whole, is attributable to both States, as it is common knowledge that they both participated in the worsening of the conditions prevailing in the Gulf at the time. The difference is clear: unlike the specific claim, where only one State is responsible for the act of violating international law, the generic claim falls within the scope of ILC Article 47 because the two States are responsible for the same act. It is the creation of dangerous conditions for shipping and doing commerce in the Gulf which constitutes the internationally wrongful act within the meaning of Article 47.

By application of Article 47 to the generic counter-claim, the United States could invoke the responsibility of either State, that is, also of Iran, individually. Thus, in the principle underlying Article 47, and in the "generic" identification of the internationally wrongful act, lies another basis on which Iran should have been held in violation of its Treaty obligations and the generic counter-claim upheld by the Court.

78. As a result, the problem of attributing responsibility in the face of factually "indivisible" wrongful acts — which I presented earlier as the principal obstacle to the admission of the counter-claim — could have been overcome pursuant both to the general principle that multiple tortfeasors can be held responsible individually even when the damage cannot be apportioned among them, and the principles embodied in ILC Article 47.

79. There remains one last question: it could be argued that dealing with the United States generic counter-claim in the direction indicated would by necessity lead the Court to finding that Iraq, too, violated international law — a pronouncement for which the Court has no jurisdiction in the present case. This is the essence of the so-called "indispensable-third-party" doctrine, consecutively accepted and rejected by the Court depending on the circumstances of the cases at hand.

80. The doctrine, first spelled out in the *Monetary Gold* case, holds that the Court has no jurisdiction to decide a case where a third State's "legal interests would not only be affected by the decision, but would

dans la présente affaire, jamais les deux Etats n'ont agi de concert dans le cadre d'un incident spécifique, et c'est donc toujours *soit* l'Iran, *soit* l'Iraq qui était responsable d'un incident donné. En conséquence, l'article 47, selon lequel les deux Etats doivent être responsables du même fait internationalement illicite, ne peut pas s'appliquer à la demande reconventionnelle spécifique.

77. Appliqué à la demande reconventionnelle générale, en revanche, l'article 47 est très utile. Dans le contexte de cet article, le «fait internationalement illicite» est constitué, non pas par un incident spécifique, mais par la création de conditions négatives sur le plan économique, politique et de la sécurité dans le Golfe. L'apparition d'un tel environnement, dans son ensemble, est imputable aux deux Etats, car tout le monde sait que tous les deux ont eu leur part dans la dégradation des conditions existant dans le Golfe à l'époque. La différence est claire: contrairement à la demande reconventionnelle spécifique dans le cadre de laquelle un seul Etat est responsable de la violation du droit international, la demande reconventionnelle générale tombe dans le champ d'application de l'article 47 de la Commission du droit international parce que les deux Etats sont responsables du même fait: c'est la création de conditions dangereuses pour la navigation et le commerce dans le Golfe qui constitue le fait internationalement illicite au sens de l'article 47.

En appliquant l'article 47 à la demande reconventionnelle générale, les Etats-Unis pourraient invoquer la responsabilité de l'un ou l'autre des deux Etats, c'est-à-dire également la responsabilité individuelle de l'Iran. Sur ce fondement aussi — le principe sous-jacent à l'article 47 et l'identification «générique» du fait internationalement illicite — la Cour aurait dû considérer que l'Iran avait violé ses obligations conventionnelles, et accueillir la demande reconventionnelle générale.

78. En conséquence, le problème que pose l'attribution de la responsabilité d'actes illicites en fait «indivisibles» — que j'ai présenté tout à l'heure comme le principal obstacle empêchant d'accueillir la demande reconventionnelle — aurait pu être surmonté conformément au principe général selon lequel les coauteurs d'un fait illicite peuvent être considérés comme individuellement responsables même s'il n'est pas possible de déterminer la part du dommage due à chacun d'eux, et conformément aux principes consacrés dans l'article 47 de la Commission.

79. Il subsiste encore une question: on pourrait faire valoir que, en examinant la demande reconventionnelle générale des Etats-Unis dans le sens que j'ai indiqué, la Cour devrait nécessairement être amenée à conclure que l'Iraq, lui aussi, a violé le droit international — or, elle n'a pas compétence en l'espèce pour le dire. Cela, en essence, constitue la doctrine dite de «la tierce partie indispensable», doctrine que la Cour a alternativement suivie ou rejetée selon les circonstances des espèces sur lesquelles elle était appelée à statuer.

80. Selon cette doctrine, énoncée pour la première fois dans l'affaire de l'*Or monétaire*, la Cour n'a pas compétence pour trancher un différend lorsque les intérêts juridiques d'un Etat tiers «seraient non seulement tou-

form the very-subject matter of the decision"[95]. Since then, the Court dismissed the argument in some cases as one which could not prevent the Court from exercising jurisdiction among the parties, such as in the *Nicaragua* case, the *Land, Island and Maritime Frontier Dispute (El Salvador/Honduras)* or the case of *Certain Phosphate Lands in Nauru (Nauru* v. *Australia)*. In other instances, the Court did apply the *Monetary Gold* principle and refused to adjudicate absent the consent of the interested third State, such as in *East Timor (Portugal* v. *Australia)*.

81. Taking a closer look at the factual circumstances of each of these cases, it appears that the concept of "indispensable third parties" has been interpreted restrictively by the Court. In the present case, the role of Iraq in impeding the freedom of commerce and navigation between the United States and Iran certainly does not constitute the subject-matter of the dispute. Moreover, any findings by the Court as to Iraq's behaviour would only rely on common knowledge and there would be no need for additional evidence (i.e., proving that, because of the war, Iraq, like Iran, contributed to the deterioration of the shipping conditions in the Gulf). For this reason, the present case would not have fallen within the restrictive ambit of the doctrine of the "indispensable third party". The mere fact that the war in the region involved a State not party to the present proceedings or, for that matter, to the bilateral treaty between Iran and the United States, could not have prevented the Court from deciding upon Iran's responsibility under this Treaty. The Court could have found Iran responsible without engaging in any detailed assessment of Iraq's actions, or rendering any decision as to Iraq's responsibility *per se*[96].

82. Even more convincing, I believe, is the Court's dismissal in the *Nauru* case of Australia's argument that, Australia being only one of three States making up the Administering Authority under the Trusteeship Agreement, a claim could only be brought against the three of them "jointly" but not against each of them individually. The Court distinguished the issue of reparation in full from the question whether Australia could be sued alone[97], and continued:

[95] Case of *Monetary Gold Removed from Rome in 1943 (Preliminary Question), Judgment, I.C.J. Reports 1954*, p. 32. A similar principle had already been developed by the P.C.I.J. in the Advisory Opinion on the *Status of Eastern Carelia (1923, P.C.I.J., Series B, No. 5)* and by this Court in the *Corfu Channel* case in 1949 *(I.C.J. Reports 1949)*.

[96] In *East Timor* the Court clearly stated that "it is not necessarily prevented from adjudicating when the judgment it is asked to give might affect the legal interests of a State which is not party to the case" (*I.C.J. Reports 1995*, p. 104, para. 34).

[97] As I have also done, cf. *supra* paragraph 73.

chés par une décision, mais constitueraient l'objet même de ladite décision»[95]. Depuis, la Cour a parfois rejeté cet argument en disant qu'il n'était pas de nature à l'empêcher d'exercer sa compétence entre les parties: elle l'a fait par exemple dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, dans celle du *Différend frontalier terrestre, insulaire et maritime (El Salvador/Honduras)* ou dans celle de *Certaines terres à phosphates à Nauru (Nauru c. Australie)*. Dans d'autres cas, la Cour a effectivement appliqué le principe de l'affaire de l'*Or monétaire* en refusant de se prononcer sans le consentement de l'Etat tiers intéressé, par exemple dans l'affaire du *Timor oriental (Portugal c. Australie)*.

81. Si l'on regarde de plus près les circonstances de fait de chacune de ces affaires, on voit que la notion de «tierce partie indispensable» a été interprétée par la Cour de manière restrictive. Dans la présente espèce, le rôle qu'a joué l'Iraq dans l'entrave à la liberté de commerce et de navigation entre les Etats-Unis et l'Iran ne constitue certainement pas l'objet du différend. De plus, toute conclusion de la Cour concernant le comportement de l'Iraq reposerait uniquement sur des faits de notoriété publique et il n'y aurait pas besoin de preuves supplémentaires (c'est-à-dire de preuves montrant que, à cause de la guerre, l'Iraq, comme l'Iran, a contribué à la détérioration des conditions de navigation dans le Golfe). Pour cette raison, la présente espèce ne serait pas tombée dans le champ restrictif de la doctrine de «la tierce partie indispensable». Le simple fait que la guerre dans la région impliquait un Etat qui n'était pas partie à l'instance, ni d'ailleurs au traité bilatéral entre l'Iran et les Etats-Unis, n'aurait pas pu empêcher la Cour de statuer sur la responsabilité de l'Iran en vertu de ce traité. La Cour aurait pu juger l'Iran responsable sans procéder à un examen détaillé des actes de l'Iraq, et sans se prononcer sur la responsabilité de l'Iraq *per se*[96].

82. Est encore plus convaincant, selon moi, le rejet par la Cour, dans l'affaire *Certaines terres à phosphates à Nauru*, de l'argument australien selon lequel, l'Australie n'étant que l'un des trois Etats constituant l'autorité administrante en vertu de l'accord de tutelle, une demande ne pouvait être présentée que contre les trois «pris conjointement», mais non contre l'un d'entre eux à titre individuel. La Cour, après avoir distingué la question de la réparation intégrale de la question de savoir si l'Australie pouvait être assignée seule[97], a déclaré:

---

[95] Affaire de l'*Or monétaire pris à Rome en 1943 (question préliminaire), arrêt, C.I.J Recueil 1954*, p. 32. Un principe analogue avait déjà été dégagé par la C.P.J.I. dans son avis consultatif sur le *Statut de la Carélie orientale (1923, C.P.J.I. série B n° 5)* et par la présente Cour dans l'affaire du *Détroit de Corfou* en 1949 *(C.I.J. Recueil 1949)*.

[96] Dans l'affaire du *Timor oriental*, la Cour a déclaré clairement qu'«elle n'est pas nécessairement empêchée de statuer lorsque l'arrêt qu'il lui est demandé de rendre est susceptible d'avoir des incidences sur les intérêts juridiques d'un Etat qui n'est pas partie à l'instance» (*C.I.J. Recueil 1995*, p. 104, par. 34).

[97] Comme je l'ai fait moi-même, voir ci-dessus paragraphe 73.

> "The Court does not consider that any reason has been shown why a claim brought against only one of the three States should be declared inadmissible *in limine litis* merely because that claim raises questions of the administration of the Territory, which was shared with two other States."[98]

In the present case, where two States contributed to a single, indivisible damage without having acted in concert (unlike the three States in the *Nauru* case), the holding of the Court in the *Nauru* case applies with even greater strength: if the Court did not see fit to declare the *Nauru* case inadmissible on the basis that States acting "jointly" were absent from the proceedings, it could not have held inadmissible the United States counter-claim, in the context of which States were acting independently of each other.

83. In any case, I have already mentioned that, in contrast to mine-laying, helicopter and patrol boats attacks were clearly attributable to Iran and also contributed to creating an impediment to the freedom of commerce and navigation owed to the United States. Those attacks do not raise any issue pertaining to attribution of responsibility or the absence of Iraq from the proceedings. Had the Court rejected all other arguments, it should at least have upheld the United States counter-claim on that basis.

(Signed) Bruno SIMMA.

---

[98] *Certain Phosphate Lands in Nauru (Nauru* v. *Australia), Preliminary Objections, I.C.J. Reports 1992*, pp. 258-259, para. 48.

> «La Cour n'estime pas qu'il ait été démontré qu'une demande formée contre l'un des trois Etats doive être déclarée irrecevable *in limine litis* au seul motif qu'elle soulève des questions relatives à l'administration du Territoire à laquelle participaient deux autres Etats.»[98]

Dans la présente espèce, où deux Etats ont contribué à un dommage unique, indivisible, sans avoir agi de concert (contrairement aux trois Etats dans l'affaire de *Certaines terres à phosphates à Nauru*), la conclusion à laquelle est parvenue la Cour dans l'affaire *Nauru* s'applique avec encore plus de force: si la Cour n'a pas jugé bon de déclarer l'affaire *Nauru* irrecevable au motif que des Etats agissant «conjointement» étaient absents de la procédure, elle ne pouvait pas juger irrecevable la demande reconventionnelle des Etats-Unis, dans le contexte de laquelle les Etats concernés avaient agi indépendamment l'un de l'autre.

83. De toute façon, j'ai déjà dit que, contrairement au mouillage de mines, les attaques menées par des hélicoptères et des vedettes étaient clairement imputables à l'Iran et avaient aussi contribué à créer une entrave à la liberté de commerce et de navigation à laquelle les Etats-Unis avaient droit. Ces attaques ne soulèvent aucune question quant à l'attribution de la responsabilité ou à l'absence de l'Iraq à la procédure. Même en rejetant tous les autres arguments, la Cour aurait dû faire droit à la demande reconventionnelle des Etats-Unis au moins sur cette base.

(Signé) Bruno SIMMA.

---

[98] *Certaines terres à phosphates à Nauru (Nauru c. Australie), exceptions préliminaires, C.I.J. Recueil 1992*, p. 258-259, par. 48.