

JOINT SEPARATE OPINION  
OF JUDGES TOMKA AND CRAWFORD

*[Original English Text]*

*Preliminary objections — United States' objection that Bank Markazi is not a "company" for the purposes of the Treaty of Amity — Disagreement with the Court's decision to join this objection to the merits — Predecessor to Article 79 of the Rules of Court allowed Court great latitude to defer objections to the merits phase — Delay caused by unnecessary deferral of objections — 1972 change to the Rules of Court limited the option of deferring objections to the merits — The Court has the necessary information about Bank Markazi to determine this preliminary objection now — Not necessary to characterize particular transactions of Bank Markazi in order to decide whether it is a "company" for the purposes of the Treaty of Amity.*

1. We regret that the Court has decided to join the third preliminary objection to jurisdiction raised by the United States of America to the merits. In our view, whether Bank Markazi is a "company" within the meaning of Article III, paragraph 1, of the Treaty of Amity is an exclusively preliminary question of treaty interpretation, on which the Court should have ruled now.

2. We do not deal here with the substantive issue of whether Bank Markazi is a "company" for the purpose of the Treaty of Amity. However, we wish to express our serious doubts as to the appropriateness of the decision to defer the question. If Bank Markazi is not a "company" as defined in the Treaty, its key provisions, notably Articles III and IV, do not apply to it. The point has been fully argued and the Court has the necessary information about Bank Markazi to decide the question at this stage. To defer deciding the question is not an appropriate use of Article 79, paragraph 9, as we will explain.

3. The predecessor to Article 79 allowed the Court greater latitude to defer objections to the merits phase of a case. Pursuant to Article 62, paragraph 5, of the 1946 Rules of Court, after hearing the parties' arguments on preliminary objections, the Court had two options: rule on the objection or join it to the merits of the case<sup>1</sup>. That Article repeated the language of the identical provision in the 1936 Rules of the Permanent Court of International Justice<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Article 62, paragraph 5, of the 1946 Rules of Court read: "After hearing the parties the Court shall give its decision on the objection or shall join the objection to the merits."

<sup>2</sup> 1936 Rules of the Permanent Court of International Justice, Art. 62, para. 5.

OPINION INDIVIDUELLE COMMUNE  
DE MM. LES JUGES TOMKA ET CRAWFORD

*[Texte original français]*

*Exceptions préliminaires — Exception des Etats-Unis selon laquelle la banque Markazi n'est pas une « société » au sens du traité d'amitié — Désaccord avec la décision de la Cour de joindre au fond cette exception — La disposition qui a précédé l'article 79 du Règlement de la Cour lui accordait une grande latitude pour reporter l'examen des exceptions au fond — Retard causé par un report inutile des exceptions — La modification du Règlement en 1972 a limité la possibilité de reporter la décision sur une exception au stade du fond — La Cour disposait des informations nécessaires sur la banque Markazi pour se prononcer à ce stade de l'instance — Il n'est pas nécessaire de caractériser les opérations particulières de la banque Markazi pour décider si elle est une « société » aux fins du traité d'amitié.*

1. Nous regrettons que la Cour ait décidé de joindre au fond la troisième exception préliminaire d'incompétence soulevée par les Etats-Unis d'Amérique. Selon nous, la question de savoir si la banque Markazi est une « société » au sens du paragraphe 1 de l'article III du traité d'amitié est une question d'interprétation des traités d'ordre exclusivement préliminaire, sur laquelle la Cour aurait dû se prononcer dans le présent arrêt.

2. Dans cet exposé, nous ne traiterons pas de la question de savoir si la banque Markazi est une « société » au sens du traité d'amitié. Nous tenons en revanche à exprimer nos sérieux doutes quant à la pertinence de la décision d'en reporter l'examen. Si la banque Markazi n'est pas une « société » selon la définition de ce terme énoncée dans le traité, les dispositions essentielles de celui-ci, notamment les articles III et IV, ne lui sont pas applicables. La question ayant fait l'objet d'une discussion exhaustive, la Cour disposait des informations nécessaires sur la banque Markazi pour se prononcer à ce stade de l'instance. Le fait de reporter sa décision sur ce point ne constitue pas, comme nous l'expliquerons ci-après, un usage approprié du paragraphe 9 de l'article 79.

3. La disposition qui a précédé l'article 79 du Règlement conférait à la Cour une plus grande latitude pour reporter l'examen des exceptions au stade du fond de l'affaire. Conformément au paragraphe 5 de l'article 62 du Règlement de 1946, après avoir entendu les arguments des parties sur les exceptions préliminaires, la Cour disposait de deux possibilités: statuer sur l'exception ou la joindre au fond<sup>1</sup>. Cet article reprenait la disposition identique contenue dans le Règlement de 1936 de la Cour permanente de Justice internationale<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Le paragraphe 5 de l'article 62 du Règlement de la Cour de 1946 se lisait comme suit: «La Cour, après avoir entendu les parties, statue sur l'exception ou la joint au fond.»

<sup>2</sup> Paragraphe 5 de l'article 62 du Règlement de la Cour permanente de Justice internationale de 1936.

4. Acting under Article 62, paragraph 5, of the 1946 Rules of Court, in *Barcelona Traction* the Court joined the Respondent's third preliminary objection, concerning the Applicant's standing, to the merits of the case by a narrow margin of nine votes to seven (*Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (New Application: 1962) (Belgium v. Spain), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1964*, pp. 46-47). The decision on the preliminary objections was handed down in 1964. Six years later, in 1970, the Court determined that the Applicant lacked standing to bring its case, effectively upholding the Respondent's third preliminary objection, and concluded that the Court could not "pronounce upon any other aspect of the case" (*Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (New Application: 1962) (Belgium v. Spain), Second Phase, Judgment, I.C.J. Reports 1970*, p. 51, para. 102).

5. The Court was criticized for the delay in the determination of the *Barcelona Traction* case in the context of a review of the role of the Court by the Sixth Committee of the United Nations General Assembly, which began in 1970. The views of governments expressed in the context of this review are reflected both in the 1970 and 1971 reports of the Sixth Committee on the question and in two reports of the Secretary-General, published in 1971 and 1972, which record the replies to a questionnaire sent to States. The 1970 report of the Sixth Committee records feedback from State representatives that "it would be useful for the Court to decide expeditiously on all questions relating to jurisdiction and other preliminary issues", as well as criticism of the Court's "practice of reserving decisions on such questions pending consideration of the merits of the case" (A/8238, para. 48). In the Sixth Committee's report of 1971, representatives put forward "a suggestion that the Court should be encouraged to take a decision on preliminary objections as quickly as possible and to refrain from joining them to the merits unless it was strictly essential" (A/8568, para. 47).

6. To some extent the Court had pre-empted such criticism by embarking, in 1967, on a revision of its Rules<sup>3</sup>. The Court took note of the views expressed in the Sixth Committee during the revision process. That process of revision produced significant changes to the Rules and in 1972 Article 62, paragraph 5, was extensively amended and renumbered as Article 67, paragraph 7<sup>4</sup>. The provision was renumbered twice more in 1978 and 2000 but was not further amended in substance<sup>5</sup>. Today the relevant provision, Article 79, paragraph 9, reads: "After hearing the par-

<sup>3</sup> Report of the International Court of Justice, 1 August 1969-31 July 1970, A/8005, para. 31.

<sup>4</sup> International Court of Justice, *Yearbook 1971-1972*, p. 8. See also S. Rosenne, *Procedure in the International Court: A Commentary on the 1978 Rules of the International Court of Justice*, The Hague, Martinus Nijhoff, 1983, pp. 164-167.

<sup>5</sup> Article 67, paragraph 7, became Article 79, paragraph 7, in 1978, then Article 79, paragraph 9, in 2000. International Court of Justice, *Yearbook 1977-1978*, p. 118, and *Yearbook 2000-2001*, p. 3.

4. Dans l'affaire de la *Barcelona Traction*, la Cour, faisant application du paragraphe 5 de l'article 62 du Règlement de 1946, a joint au fond de l'affaire la troisième exception préliminaire du défendeur, relative à la qualité pour agir du demandeur, et ce, à une courte majorité de neuf voix contre sept (*Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (nouvelle requête: 1962) (Belgique c. Espagne), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1964*, p. 46-47). La décision sur les exceptions préliminaires a été rendue en 1964. Six ans plus tard, en 1970, la Cour a jugé que le demandeur n'avait pas qualité pour agir, confirmant, de fait, la troisième exception préliminaire du défendeur, et conclu qu'elle ne pouvait «se prononce[r] ... sur tout autre aspect de l'affaire» (*Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgique c. Espagne) (nouvelle requête: 1962), deuxième phase, arrêt, C.I.J. Recueil 1970*, p. 51, par. 102).

5. Lorsque son rôle a été examiné par la Sixième Commission de l'Assemblée générale des Nations Unies, examen qui a débuté en 1970, la Cour a été critiquée pour le retard pris pour statuer en l'affaire de la *Barcelona Traction*. Les vues des gouvernements qui ont été exprimées à cette occasion se retrouvent à la fois dans les rapports de la Sixième Commission sur la question, datés de 1970 et de 1971, et dans deux rapports du Secrétaire général, publiés en 1971 et 1972, où sont consignées les réponses à un questionnaire envoyé aux Etats. Dans le rapport établi par la Sixième Commission en 1970, il est fait mention de commentaires de représentants des Etats selon lesquels «il serait utile que la Cour statue rapidement sur toutes les questions de compétence et autres questions préjudicielles», et de la critique formulée à l'égard de la «pratique [de la Cour] consistant à ne statuer sur ces questions qu'après l'examen de l'affaire quant au fond» (A/8238, par. 48). Dans le rapport de la Sixième Commission de 1971, il est indiqué que les représentants des Etats ont formulé «une suggestion tendant à inciter la Cour à se prononcer sur les exceptions préliminaires aussi rapidement que possible et à s'abstenir de les joindre au fond à moins que cela ne soit strictement indispensable» (A/8568, par. 47).

6. La Cour avait, dans une certaine mesure, devancé ces critiques en engageant, en 1967, une révision de son Règlement<sup>3</sup>. Elle a pris bonne note des vues exprimées à la Sixième Commission lors de ce processus de révision. Celui-ci a entraîné d'importantes modifications du Règlement et, en 1972, le paragraphe 5 de l'article 62, devenu paragraphe 7 de l'article 67, a été modifié en profondeur<sup>4</sup>. Cette disposition a été renumérotée à deux autres reprises, en 1978 et 2000, sans toutefois être de nouveau modifiée sur le fond<sup>5</sup>. La disposition pertinente — le paragraphe 9 de l'ar-

<sup>3</sup> Rapport de la Cour internationale de Justice, 1<sup>er</sup> août 1969-31 juillet 1970, A/8005, par. 31.

<sup>4</sup> Cour internationale de Justice, *Annuaire 1971-1972*, p. 8. Voir aussi S. Rosenne, *Procedure in the International Court: A Commentary on the 1978 Rules of the International Court of Justice*, La Haye, Martinus Nijhoff, 1983, p. 164-167.

<sup>5</sup> Le paragraphe 7 de l'article 67 est devenu le paragraphe 7 de l'article 79 en 1978, puis le paragraphe 9 de l'article 79 en 2000. Cour internationale de Justice, *Annuaire 1977-1978*, p. 118, et *Annuaire 2000-2001*, p. 3.

ties, the Court shall give its decision in the form of a judgment, by which it shall either uphold the objection, reject it, or declare that the objection does not possess, in the circumstances of the case, an exclusively preliminary character.”

7. According to the Court, a distinct advantage of the new rule is “that it qualifies certain objections as preliminary, making it quite clear that when they are exclusively of that character they will have to be decided upon immediately” (*Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, *Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986*, p. 31, para. 41). The new rule does not foreclose altogether the option for the Court to postpone its ruling on a preliminary objection to the merits stage, but limits this option “by laying down the conditions more strictly” (*Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention arising from the Aerial Incident at Lockerbie (Libyan Arab Jamahiriya v. United Kingdom)*, *Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1998*, p. 28, para. 49; *Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention arising from the Aerial Incident at Lockerbie (Libyan Arab Jamahiriya v. United States of America)*, *Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1998*, p. 133, para. 48). The effect of the 1972 amendment was therefore intended to be substantive: it was not a mere matter of drafting. Most importantly, as one member of the Court wrote extracurially, “[t]he easy way out which was represented by the neutral, and in some cases diplomatic answer of a joinder but which really constituted a postponement of any decision is now excluded”<sup>6</sup>.

8. Since the changes to the Rules in 1972, the Court has found that a preliminary objection does not possess an exclusively preliminary character in only five cases. In *Military and Paramilitary Activities in and Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria*, the Court found that an objection that third States might be “affected” by the Court’s decision did not possess an exclusively preliminary character because it was possible to identify the effect on other States “only when the general lines of the judgment to be given become clear” (*Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, *Jurisdiction and Admissibility, Judgment, I.C.J. Reports 1984*,

---

<sup>6</sup> Eduardo Jiménez de Aréchaga, “The Amendments to the Rules of Procedure of the International Court of Justice”, *American Journal of International Law*, Vol. 67, No. 1, January 1973, p. 16. Judge Jiménez de Aréchaga was a member of the Committee for the Revision of the Rules of Court from February 1970 until February 1976, including at the time of adoption in 1972 of amendments to the Rules of Court. International Court of Justice, *Yearbook 1977-1978*, pp. 111-112. See also *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, *Jurisdiction and Admissibility, Judgment, I.C.J. Reports 1984*, p. 425, para. 76: “the procedural technique formerly available of joinder of preliminary objections to the merits has been done away with since the 1972 revision of the Rules of Court”.

ticle 79 — se lit aujourd'hui comme suit : « La Cour, après avoir entendu les parties, statue dans un arrêt par lequel elle retient l'exception, la rejette ou déclare que cette exception n'a pas dans les circonstances de l'espèce un caractère exclusivement préliminaire. »

7. Selon la Cour, la nouvelle règle présente un avantage certain, à savoir que, « en qualifiant certaines exceptions de préliminaires, elle montre bien que, lorsqu'elles présentent exclusivement ce caractère, les exceptions doivent être tranchées sans délai » (*Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique)*, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1986, p. 31, par. 41). Si elle n'exclut pas totalement la possibilité pour la Cour de reporter sa décision sur une exception préliminaire au stade de l'examen au fond, ladite règle la limite « en en précisant plus strictement les conditions » (*Questions d'interprétation et d'application de la convention de Montréal de 1971 résultant de l'incident aérien de Lockerbie (Jamahiriya arabe libyenne c. Royaume-Uni)*, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1998, p. 28, par. 49; *Questions d'interprétation et d'application de la convention de Montréal de 1971 résultant de l'incident aérien de Lockerbie (Jamahiriya arabe libyenne c. Etats-Unis d'Amérique)*, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1998, p. 133, par. 48). L'amendement de 1972 était donc censé avoir un effet substantiel; il ne s'agissait pas d'une simple question de formulation. Plus important encore, comme l'a écrit un membre de la Cour en dehors de l'exercice de ses fonctions judiciaires, « [l]a solution de facilité, à savoir la solution neutre et, dans certains cas, diplomatique, d'une jonction au fond — mais qui, de fait, revenait à reporter toute décision —, est désormais exclue »<sup>6</sup>.

8. Depuis les modifications apportées au Règlement en 1972, la Cour a estimé qu'une exception n'avait pas un caractère exclusivement préliminaire dans cinq affaires seulement. Dans les affaires des *Activités militaires et paramilitaires* et de la *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria*, elle a ainsi jugé que le point de savoir si des Etats tiers pourraient être « affectés » par sa décision ne revêtait pas un caractère exclusivement préliminaire, car il ne lui serait possible de déterminer l'effet sur d'autres Etats « qu'à partir du moment où les grandes lignes de son arrêt se dessineraient » (*Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique)*, compétence et

<sup>6</sup> Eduardo Jiménez de Aréchaga, « The Amendments to the Rules of Procedure of the International Court of Justice » (1973), *American Journal of International Law*, vol. 67, n° 1, janvier 1973, p. 16. Le juge Jiménez de Aréchaga a été membre du comité de révision du Règlement de la Cour de février 1970 à février 1976, y compris au moment de l'adoption des amendements au Règlement de la Cour de 1972. Cour internationale de Justice, *Annuaire 1977-1978*, p. 111-112. Voir aussi *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique)*, compétence et recevabilité, arrêt, C.I.J. Recueil 1984, p. 425, par. 76: « il n'est plus possible d'ordonner la jonction des exceptions préliminaires au fond depuis la révision du Règlement de 1972 ».

p. 425, paras. 75-76<sup>7</sup>; see also *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. Nigeria)*, *Preliminary Objections, Judgment*, *I.C.J. Reports 1998*, pp. 324-325, paras. 116-117). In the two *Lockerbie* cases, the Court held that the objection according to which Libya's claims were rendered "without object" by two Security Council resolutions dealing with the aerial incident had the character of a defence on the merits, and was "inextricably interwoven" with the merits (*Libyan Arab Jamahiriya v. United Kingdom, Preliminary Objections, Judgment*, *I.C.J. Reports 1998*, pp. 28-29, para. 50; *Libyan Arab Jamahiriya v. United States of America, Preliminary Objections, Judgment*, *I.C.J. Reports 1998*, pp. 133-134, para. 49). Finally, in *Application of the Genocide Convention*, the Court determined that Serbia's objection *ratione temporis* did not possess an exclusively preliminary character because the Court "need[ed] to have more elements before it" to make relevant findings and "[i]t would . . . be impossible to determine the questions raised by the objection without to some degree determining issues properly pertaining to the merits" (*Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia)*, *Preliminary Objections, Judgment*, *I.C.J. Reports 2008*, pp. 459-460, paras. 127, 129-130)<sup>8</sup>.

9. The decision of the Court in the present case to join the third preliminary objection of the United States to the merits marks a departure from the Court's previous adherence to the régime set out in Article 79, paragraph 9. The Court has held that

"[i]n principle, a party raising preliminary objections is entitled to have these objections answered at the preliminary stage of the proceedings unless the Court does not have before it all facts necessary to decide the questions raised or if answering the preliminary objection would determine the dispute, or some elements thereof, on the merits" (*Territorial and Maritime Dispute (Nicaragua v. Colombia)*, *Preliminary Objections, Judgment*, *I.C.J. Reports 2007 (II)*, p. 852, para. 51).

---

<sup>7</sup> The Court determined that "obviously the question of what States may be 'affected' by the decision on the merits is not in itself a jurisdictional problem" (*I.C.J. Reports 1984*, p. 425, para. 76). The examination by the Court of jurisdictional questions in that case was opened by the Court *proprio motu* and not by the United States formally raising preliminary objections. However the Court dealt with the objection pursuant to Article 79, paragraph 7, of the original version of the 1978 Rules of Court (*ibid.*).

<sup>8</sup> This decision was adopted by 11 votes to 6. See *I.C.J. Reports 2008*, p. 466, para. 146 (4). In their dissenting opinions, two judges briefly explained their reasons for voting against this decision of the Court. *Ibid.*, p. 547, para. 4, dissenting opinion of Judge Skotnikov and *ibid.*, pp. 633-635, paras. 192-194, dissenting opinion of Judge *ad hoc* Kreča. In his separate opinion, another judge was particularly critical of the Court's joinder decision, *ibid.*, pp. 515-523, paras. 7-17, separate opinion of Judge Tomka.

recevabilité, arrêt, *C.I.J. Recueil 1984*, p. 425, par. 75-76<sup>7</sup>; voir aussi *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria (Cameroun c. Nigéria)*, exceptions préliminaires, arrêt, *C.I.J. Recueil 1998*, p. 324-325, par. 116-117). Dans les deux affaires *Lockerbie*, elle a considéré que l'exception selon laquelle les demandes libyennes auraient été privées «de tout objet» par deux résolutions du Conseil de sécurité traitant de l'incident aérien en cause avait le caractère d'une défense sur le fond et était «inextricablement liée» à celui-ci (*Jamahiriya arabe libyenne c. Royaume-Uni*, exceptions préliminaires, arrêt, *C.I.J. Recueil 1998*, p. 28-29, par. 50; *Jamahiriya arabe libyenne c. Etats-Unis d'Amérique*, exceptions préliminaires, arrêt, *C.I.J. Recueil 1998*, p. 133-134, par. 49). Enfin, dans l'affaire de l'*Application de la convention sur le génocide*, la Cour a estimé que l'exception *ratione temporis* de la Serbie n'avait pas un caractère exclusivement préliminaire parce qu'elle «devra[it] disposer de davantage d'éléments» pour se prononcer et qu'«[i]l serait ... impossible de trancher les questions soulevées par cette exception sans statuer, jusqu'à un certain point, sur des éléments qui relèvent à proprement parler du fond» (*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Croatie c. Serbie)*, exceptions préliminaires, arrêt, *C.I.J. Recueil 2008*, p. 459-460, par. 127, 129-130)<sup>8</sup>.

9. La décision de joindre au fond la troisième exception préliminaire des Etats-Unis que la Cour a prise en la présente espèce marque une rupture par rapport à son adhésion antérieure au régime énoncé au paragraphe 9 de l'article 79. La Cour a établi que,

«[e]n principe, une partie qui soulève des exceptions préliminaires a droit à ce qu'il y soit répondu au stade préliminaire de la procédure, sauf si [elle] ne dispose pas de tous les éléments nécessaires pour se prononcer sur les questions soulevées ou si le fait de répondre à l'exception préliminaire équivaldrait à trancher le différend, ou certains de ses éléments, au fond» (*Différend territorial et maritime (Nicaragua c. Colombie)*, exceptions préliminaires, arrêt, *C.I.J. Recueil 2007 (II)*, p. 852, par. 51).

<sup>7</sup> Au paragraphe 76, la Cour a déterminé que, «de toute évidence, la question de savoir quels Etats pourraient être «affectés» par la décision au fond n'[était] pas en soi juridictionnelle» (*C.I.J. Recueil 1984*, p. 425). Dans cette affaire, la Cour a examiné d'office les questions d'ordre juridictionnel, les Etats-Unis d'Amérique n'ayant pas soulevé formellement d'exceptions préliminaires. Elle a cependant traité la question en cause conformément au paragraphe 7 de l'article 79 de la version initiale du Règlement de 1978 (*ibid.*).

<sup>8</sup> Cette décision a été adoptée par 11 voix contre 6. Voir *C.I.J. Recueil 2008*, p. 466, point 4 du dispositif. Dans l'exposé de leur opinion dissidente, deux juges ont succinctement expliqué les raisons pour lesquelles ils avaient voté contre cette décision. *Ibid.*, p. 547, par. 4, opinion dissidente de M. le juge Skotnikov, et *ibid.*, p. 633-635, par. 192-194, opinion dissidente de M. le juge *ad hoc* Kreča. Dans l'exposé de son opinion individuelle, un autre juge s'est montré particulièrement critique à l'égard de la décision de jonction au fond prise par la Cour. *Ibid.*, p. 515-523, par. 7-17, opinion individuelle de M. le juge Tomka.

The presumption is therefore in favour of a decision at the preliminary stage, rather than joinder to the merits. Article 79, paragraph 8, of the Rules of Court, the substance of which was added in 1972<sup>9</sup>, reinforces this view, at least in relation to objections to the jurisdiction of the Court<sup>10</sup>. Article 79, paragraph 8, provides that “[i]n order to enable the Court to determine its jurisdiction at the preliminary stage of the proceedings, the Court, whenever necessary, may request the parties to argue all questions of law and fact, and to adduce all evidence, which bear on the issue”. Members of the Court have previously highlighted the importance of limiting instances in which objections are joined to the merits to circumstances contemplated by Article 79, paragraph 9<sup>11</sup>.

10. Whether Bank Markazi is a company for the purpose of the Treaty of Amity is a question of treaty interpretation on which different views may be held. However, the Court is in possession, already at this stage of the proceedings, of all the facts which might have a bearing on the question. The Applicant has supplied the Court with evidence of the creation of Bank Markazi and its functions<sup>12</sup>. Both Parties have had the opportunity to put forward their arguments in relation to whether Bank Markazi is a “company” for the purpose of the Treaty of Amity, supported by evidence such as records of negotiations during the elaboration of the Treaty<sup>13</sup>. In order to decide whether Bank Markazi is a company, it is not necessary “to determine whether Bank Markazi was carrying out, at the relevant time, activities of the nature of those which permit characterization as a ‘company’ within the meaning of the Treaty of Amity”, as the Court states in justifying its decision to join the third preliminary objection to the merits (Judgment, para. 97). The activities of Bank Markazi, “at the relevant time”, are not the subject-matter of the dispute before the Court. This is rather the enforcement measures taken by the United States against the property and assets of the Bank in order to satisfy judgments of federal courts against Iran and its Government. Moreover, the definition of the term “companies”, in Article III, paragraph 1, of the Treaty of

<sup>9</sup> Article 79, paragraph 8, was previously Article 67, paragraph 6, in 1972 and Article 79, paragraph 6, in 1978.

<sup>10</sup> S. Rosenne, *op. cit.*, p. 163.

<sup>11</sup> See, for example, *Obligation to Negotiate Access to the Pacific Ocean (Bolivia v. Chile)*, Preliminary Objection, Judgment, *I.C.J. Reports 2015 (II)*, pp. 612-614, declaration of Judge Bennouna; *Nuclear Tests (Australia v. France)*, Judgment, *I.C.J. Reports 1974*, p. 304, separate opinion of Judge Petrán; *Nuclear Tests (New Zealand v. France)*, *ibid.*, pp. 488-489, separate opinion of Judge Petrán.

<sup>12</sup> Specifically, Iran has supplied the domestic legislation which created Bank Markazi and regulates the bank’s functions (Memorial of Iran (MI), Ann. 73).

<sup>13</sup> See, for example, Letter of the US Embassy in Tehran to the US Department of State, 16 October 1954 (MI, Ann. 2) and Aide-Memoire of the US Embassy in Tehran, 20 November 1954 (MI, Ann. 3), discussed in the Written Statement of Iran on the Preliminary Objections of the United States, p. 43. The United States has also supplied two volumes of Documents Unsealed in the *Peterson* proceedings which it argues are relevant to the determination of the question, CR 2018/32, p. 12, para. 7 (Bethlehem).

La présomption joue donc en faveur d'une décision au stade préliminaire et non d'une jonction au fond. Le paragraphe 8 de l'article 79 du Règlement, dont le contenu a été ajouté à ce dernier en 1972<sup>9</sup>, le confirme, du moins en ce qui concerne les exceptions à la compétence de la Cour<sup>10</sup>. Ce paragraphe dispose que, «[p]our permettre à la Cour de se prononcer sur sa compétence au stade préliminaire de la procédure, la Cour peut, le cas échéant, inviter les parties à débattre tous points de fait et de droit, et à produire tous moyens de preuve, qui ont trait à la question». Certains membres de la Cour ont déjà souligné l'importance de limiter aux circonstances visées au paragraphe 9 de l'article 79 les cas où les exceptions sont jointes au fond<sup>11</sup>.

10. La question de savoir si la banque Markazi est une société au sens du traité d'amitié est une question d'interprétation des traités sur laquelle des vues différentes peuvent être exprimées. Ce nonobstant, la Cour avait déjà connaissance, à ce stade de la procédure, de tous les faits susceptibles d'avoir une incidence à cet égard. Le demandeur lui a fourni des éléments de preuve relatifs à la création de la banque et à ses fonctions<sup>12</sup>. En outre, chacune des Parties a eu l'occasion d'exposer ses arguments sur le point de savoir si cette dernière est une «société» au sens du traité d'amitié, arguments étayés par des éléments de preuve tels que les comptes rendus des négociations lors de l'élaboration de cet instrument<sup>13</sup>. Contrairement à ce que la Cour a indiqué pour justifier sa décision de joindre la troisième exception préliminaire au fond (arrêt, par. 97), il n'est pas nécessaire, pour établir s'il s'agit d'une société, «[de] déterminer si la banque Markazi exerçait, à l'époque pertinente, des activités de la nature de celles qui permettent de caractériser une «société» au sens du traité d'amitié». Les activités de la banque Markazi «à l'époque pertinente» ne font pas l'objet du différend soumis à la Cour; l'objet de ce différend réside dans les mesures d'exécution prises par les Etats-Unis contre les biens et avoirs de la banque afin de donner effet aux jugements des tribunaux fédéraux contre l'Iran et son gouvernement. De surcroît, la définition du terme

<sup>9</sup> Le paragraphe 8 de l'article 79 correspond au paragraphe 6 de l'article 67 de 1972 et au paragraphe 6 de l'article 79 de 1978.

<sup>10</sup> S. Rosenne, *op. cit.*, p. 163.

<sup>11</sup> Voir, par exemple, *Obligation de négocier un accès à l'océan Pacifique (Bolivie c. Chili)*, exception préliminaire, arrêt, *C.I.J. Recueil 2015 (II)*, p. 612-614, déclaration de M. le juge Bennouna; *Essais nucléaires (Australie c. France)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 1974*, p. 304, opinion individuelle de M. le juge Petrán; *Essais nucléaires (Nouvelle-Zélande c. France)*, arrêt, *ibid.*, p. 488-489, opinion individuelle de M. le juge Petrán.

<sup>12</sup> Plus précisément, l'Iran a fourni la législation interne qui a donné naissance à la banque Markazi et en régit les fonctions (mémoire de l'Iran (MI), annexe 73).

<sup>13</sup> Voir, par exemple, lettre en date du 16 octobre 1954 adressée au département d'Etat des Etats-Unis par l'ambassade des Etats-Unis à Téhéran (MI, annexe 2) et aide-mémoire de l'ambassade des Etats-Unis à Téhéran en date du 20 novembre 1954 (MI, annexe 3), examinés dans les observations écrites de l'Iran sur les exceptions préliminaires des Etats-Unis, p. 43. Les Etats-Unis ont aussi fourni deux volumes de documents non scellés dans l'affaire *Peterson* qui, selon eux, sont pertinents pour la détermination de la question: CR 2018/32, p. 12, par. 7 (Bethlehem).

Amity does not refer to “activities” as a criterion for determining whether an entity is a company for the purposes of the Treaty.

11. If the Court had ruled on the objection at this stage of the proceedings, it would not have been ruling on matters pertaining to the merits of the case. The Applicant’s case, as relevant to this objection, is that Bank Markazi has been denied its rights guaranteed by the Treaty of Amity because of measures taken by the Respondent<sup>14</sup>. The preliminary question is whether Bank Markazi is entitled, as a “company”, to those Treaty rights. That question is separate from the Court’s assessment, at the merits stage, of whether the Respondent has violated those rights, if they exist.

12. It follows from the above that the Court should have decided at the preliminary stage of these proceedings whether Bank Markazi is a “company” for the purpose of the Treaty of Amity. To decline to do so involves a misapplication of Article 79, paragraph 9, of the Rules of Court.

*(Signed)* Peter TOMKA.

*(Signed)* James CRAWFORD.

---

<sup>14</sup> Application of Iran, para. 1; CR 2018/30, p. 10, para. 3 (Mohebi).

«sociétés» énoncée au paragraphe 1 de l'article III du traité d'amitié ne fait pas référence aux «activités» en tant que critère permettant de déterminer si une entité est une société au sens dudit instrument.

11. Si la Cour s'était prononcée sur l'exception à ce stade de la procédure, elle n'aurait pas statué sur des questions relatives au fond de l'affaire. L'argumentation du demandeur en ce qui concerne cette exception est que la banque Markazi s'est vue privée, par des mesures prises par le défendeur, des droits qui lui étaient garantis par le traité d'amitié<sup>14</sup>. La question préliminaire est de savoir si la banque Markazi bénéficie, en tant que «société», de ces droits conventionnels. Cette question est distincte de l'examen par la Cour, au stade du fond, du point de savoir si le défendeur a violé lesdits droits, pour autant que ceux-ci existent.

12. Il résulte de ce qui précède que la Cour aurait dû déterminer au stade préliminaire de la présente instance si la banque Markazi est une «société» au sens du traité d'amitié. Sa décision de ne pas le faire constitue une application inappropriée du paragraphe 9 de l'article 79 du Règlement.

(*Signé*) Peter TOMKA.

(*Signé*) James CRAWFORD.

---

<sup>14</sup> Requête de l'Iran, par. 1; CR 2018/30, p. 10, par. 3 (Mohebi).