

DECLARATION OF JUDGE TOMKA

[Original English Text]

Second preliminary objection — Jurisdiction ratione materiae — Question whether “third country measures” fall within the scope of the Treaty of Amity — Court departing radically from the approach set out in its prior case law relating to the same bilateral treaty.

1. The way the Court has treated the second preliminary objection raised by the United States calls for some observations.

2. According to this objection, Iran’s claims brought under the provisions of the Treaty of Amity that are predicated on “third country measures” fall outside the Court’s jurisdiction which, according to the Applicant, is based on Article XXI, paragraph 2, of the bilateral Treaty of Amity concluded by the Parties in 1955.

The United States specified that its objection on “third country measures” concerns three categories of measures, namely those relating to

- (i) the reimposition of certain sanctions provisions under United States statutes that had been waived pursuant to the Joint Comprehensive Plan of Action (these provisions concern sanctions against non-US persons that engage in trade with Iran or Iranian companies and nationals);
- (ii) the reinstatement, through issuance of Executive Order 13846, of certain sanctions authorities that were previously terminated (they concern sanctions against non-US persons that engage in trade with Iran or Iranian companies and nationals); and
- (iii) the relisting of certain persons on the Department of the Treasury’s Specially Designated Nationals and Blocked Persons List (or SDN List, which identifies natural or legal persons from specially designated countries or subject to a block on assets).

3. The Respondent argues that the Treaty of Amity “was not intended to, and does not, impose obligations on the United States concerning trade or transactions between Iran and a third country or between their nationals and companies”¹. In the Respondent’s view, therefore, Iran’s claims that the United States breached its obligations under the Treaty of Amity by adopting measures concerning trade or transactions between Iran and a third country (or their nationals and

¹ Preliminary Objections submitted by the United States of America (hereinafter “POUS”), pp. 94-95, para. 7.3.

DÉCLARATION DE M. LE JUGE TOMKA

[Texte original en français]

Deuxième exception préliminaire — Détermination de la compétence ratione materiae — Question de savoir si les « mesures concernant les pays tiers » relèvent du champ d'application du traité d'amitié — Démarche suivie en l'espèce s'écartant radicalement de celle précédemment suivie par la Cour s'agissant du même traité bilatéral.

1. La manière dont la Cour a traité la deuxième exception préliminaire soulevée par les Etats-Unis appelle quelques observations.

2. D'après cette exception, les demandes que l'Iran formule relativement à des « mesures concernant les pays tiers » sur la base des dispositions du traité d'amitié bilatéral que les Parties ont conclu en 1955 échappent à la compétence de la Cour, qui, selon le demandeur, est fondée sur le paragraphe 2 de l'article XXI dudit traité.

Les Etats-Unis ont précisé que leur exception relative aux « mesures concernant les pays tiers » se rapportait à trois catégories de mesures, à savoir celles qui ont trait à

- i) la remise en vigueur de certaines dispositions législatives américaines régissant les sanctions qui avaient été levées en application du plan d'action global commun (ces dispositions frappent de sanctions les personnes non américaines qui nouent des relations commerciales avec l'Iran ou ses sociétés et ressortissants);
- ii) la remise en vigueur, par la promulgation du décret 13846, de certains instruments de sanction précédemment abrogés (qui frappent de sanctions les personnes non américaines qui nouent des relations commerciales avec l'Iran ou ses sociétés et ressortissants); et
- iii) la réinscription de certaines personnes sur la liste SDN du département du trésor américain (soit la liste de personnes physiques ou morales issues de pays spécialement désignés ou visées par le gel d'avoirs).

3. Selon le défendeur, le traité d'amitié « n'a ni pour objet ni pour effet d'imposer aux Etats-Unis des obligations relativement au commerce ou aux transactions entre l'Iran et un pays tiers, ou entre les sociétés ou ressortissants iraniens et ceux d'un pays tiers »¹. Le défendeur a ainsi plaidé que les demandes de l'Iran consistant à alléguer que les Etats-Unis avaient manqué aux obligations leur incombant en vertu du traité d'amitié en adoptant des mesures relatives au commerce ou aux transactions entre

¹ Exceptions préliminaires des Etats-Unis d'Amérique (ci-après, «EPEU»), p. 94-95, par. 7.3.

companies), must be dismissed at a preliminary stage as outside the Court's jurisdiction².

4. Iran, in its Application, claims that these measures constitute breaches of the United States' obligations under Article IV, paragraph 1, Article VII, paragraph 1, Article VIII, paragraphs 1 and 2, Article IX, paragraph 2, and Article X, paragraph 1, of the Treaty of Amity. In its Memorial, Iran further expands this list of allegedly breached obligations by adding those under Article IV, paragraph 2, and Article IX, paragraph 3, of the Treaty of Amity.

5. Although the Parties devoted much attention, both in their written pleadings³ and during the hearings⁴, to the analysis of these provisions, the Court refrains from analysing and interpreting them and, after a short discussion, in some seven paragraphs, concludes that "the second preliminary objection of the United States relates to the scope of certain obligations relied on by the Applicant . . . and raises legal and factual questions which are properly a matter for the merits" (Judgment, para. 82). The Court states that "such matters would be decided . . . at [the merits] stage, on the basis of the arguments advanced by the Parties" (*ibid.*). To determine "the scope of certain obligations relied on by the Applicant" is nothing else than to interpret the provisions of the Treaty invoked by Iran as a source of such alleged obligations. The Court has been provided with sufficient information and arguments by both Parties in order to resolve this interpretative issue already at this stage of the proceedings.

6. However, the approach taken by the Court today radically departs from the one it adopted in 1996 when it had to determine its jurisdiction *ratione materiae* under the same Treaty between the same Parties⁵. In that case, Iran alleged that the acts complained of breached the United States' obligations under Article I, Article IV, paragraph 1, and Article X, paragraph 1, of the Treaty of Amity and the Court, therefore, had jurisdiction *ratione materiae* to entertain the case⁶. The United States, for its part, argued that Iran's claims bore no relation to the Treaty of Amity⁷.

² POUS, pp. 94-95, para. 7.3.

³ *Ibid.*, pp. 94-117, in particular pp. 106-117, paras. 7.26-7.64; Observations and Submissions on the US Preliminary Objections Submitted by the Islamic Republic of Iran, pp. 17-60, in particular, pp. 25-60, paras. 3.15-3.101.

⁴ CR 2020/10, pp. 34-48, paras. 1-47; CR 2020/11, pp. 27-41, paras. 1-46, and pp. 42-54, paras. 3-46; CR 2020/12, pp. 25-26, paras. 17-21, and pp. 27-34, paras. 3-32; CR 2020/13, pp. 24-29, paras. 14-26, and pp. 30-36, paras. 4-29.

⁵ *Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, Preliminary Objection, Judgment, *I.C.J. Reports 1996 (II)*, p. 812, paras. 22 *et seq.*

⁶ *Ibid.*

⁷ *Ibid.*, p. 809, para. 14, and p. 812, para. 22.

l'Iran et un pays tiers, ou entre les sociétés ou ressortissants iraniens et ceux d'un pays tiers, devaient être rejetées au stade préliminaire comme échappant à la compétence de la Cour².

4. Dans sa requête introductive d'instance, l'Iran fait valoir que de telles mesures constituent des violations, par les Etats-Unis, d'obligations leur incombant au titre du paragraphe 1 de l'article IV, du paragraphe 1 de l'article VII, des paragraphes 1 et 2 de l'article VIII, du paragraphe 2 de l'article IX et du paragraphe 1 de l'article X du traité d'amitié. Dans son mémoire, l'Iran élargit davantage la liste des obligations prétendument violées par le défendeur en ajoutant celles découlant du paragraphe 2 de l'article IV et du paragraphe 3 de l'article IX du traité d'amitié.

5. Bien que les Parties aient consacré une grande attention à l'examen de ces dispositions dans leurs pièces de procédure écrite³ et lors de la procédure orale⁴, la Cour s'abstient de les étudier ou de les interpréter et conclut, après une brève analyse de sept paragraphes, que «la seconde exception préliminaire des Etats-Unis se rapporte à la portée de certaines obligations dont se prévaut le demandeur ... et soulève des questions de droit et de fait qui relèvent du fond» (arrêt, par. 82). La Cour indique que «de telles questions ser[on]t tranchées ... [au stade du fond] sur la base des arguments avancés par les Parties» (*ibid.*). Mais déterminer «la portée de certaines obligations dont se prévaut le demandeur» n'est rien d'autre qu'interpréter les dispositions du traité invoquées par l'Iran à titre de fondement des obligations alléguées. Les Parties ont fourni à la Cour suffisamment d'informations et d'arguments afin que celle-ci soit en mesure de résoudre ce problème d'interprétation à ce stade de la procédure.

6. Cependant, la démarche suivie par la Cour en l'espèce s'écarte radicalement de celle qu'elle avait suivie en 1996 afin de déterminer si elle avait compétence *ratione materiae* au titre du même traité entre les mêmes Parties⁵. Dans l'affaire en question, l'Iran alléguait que les actions qu'il reprochait aux Etats-Unis étaient de nature à porter atteinte aux obligations de ceux-ci au titre de l'article premier, du paragraphe 1 de l'article IV et du paragraphe 1 de l'article X du traité d'amitié et que, par suite, la Cour était compétente *ratione materiae* pour connaître de sa requête⁶. Les Etats-Unis soutenaient pour leur part que la requête iranienne était sans aucun rapport avec le traité d'amitié⁷.

² EPEU, p. 94-95, par. 7.3.

³ *Ibid.*, p. 94-117, voir en particulier p. 106-117, par. 7.26-7.64; Observations et conclusions de la République islamique d'Iran sur les exceptions préliminaires des Etats-Unis d'Amérique, p. 17-60, voir en particulier p. 25-60, par. 3.15-3.101.

⁴ CR 2020/10, p. 34-48, par. 1-47; CR 2020/11, p. 27-41, par. 1-46, et p. 42-54, par. 3-46; CR 2020/12, p. 25-26, par. 17-21, et p. 27-34, par. 3-32; CR 2020/13, p. 24-29, par. 14-26, et p. 30-36, par. 4-29.

⁵ *Plates-formes pétrolières (République islamique d'Iran c. Etats-Unis d'Amérique), exception préliminaire, arrêt, C.I.J. Recueil 1996 (II)*, p. 812, par. 22 et suiv.

⁶ *Ibid.*

⁷ *Ibid.*, p. 809, par. 14, et p. 812, par. 22.

7. In its 1996 Judgment, the Court devoted no less than 27 paragraphs to a detailed analysis of Article I, Article IV, paragraph 1, and Article X, paragraph 1, of the Treaty, inquiring whether the acts complained of were capable of falling within the scope of the provisions invoked by the Applicant. It concluded that “the destruction [of the platforms] was capable of having . . . an adverse effect upon the freedom of commerce as guaranteed by Article X, paragraph 1, of the Treaty of 1955”⁸. Already at the jurisdictional phase of the case, the Court arrived at the conclusion that Article I and Article IV, paragraph 1, of the Treaty could not form a basis for the Court’s jurisdiction⁹.

8. The Court recently followed the same approach to the analysis of various provisions of the Treaty of Amity, invoked by Iran in support of its claims, in the 2019 Judgment on preliminary objections in the *Certain Iranian Assets* case¹⁰. When it turned to the consideration of the second preliminary objection raised by the United States, the Court analysed Article IV, paragraph 2, Article XI, paragraph 4, Article III, paragraph 2, Article IV, paragraph 1, and Article X, paragraph 1, of the Treaty of Amity¹¹.

9. In the present case, by contrast, the Court avoids analysing the articles relied on by Iran when it alleges that the United States’ measures, which target third countries (and their nationals or companies) because they maintain trade, commercial or financial relations with Iran (and its nationals or companies), are in breach of the United States’ obligations under the Treaty of Amity.

10. The legal question which the Court should have determined at the present stage of the proceedings is whether the Treaty of Amity provides Iran (and its nationals or companies) with a right not to have its trade, commercial or financial relations with third States (and their nationals or companies) interfered with by the United States’ measures, or, in other words, whether the United States have obligations under the provisions invoked by Iran not to interfere with these trade, commercial or financial relations. In order to answer this question, the Court should have analysed the text of the provisions of the Treaty, relied on by Iran, in light of the Treaty’s object and purpose. Without going into the detail, one may just recall the preamble of the Treaty, which sets out the object and purpose of the Treaty. The preamble specifies, in particular, that the United States and Iran concluded the Treaty with the desire to “encourag[e] mutually beneficial trade and investments and closer economic inter-

⁸ *Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, Preliminary Objection, Judgment, I.C.J. Reports 1996 (II), p. 820, para. 51.

⁹ *Ibid.*, p. 815, para. 31, and p. 816, para. 36.

¹⁰ *Certain Iranian Assets (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2019 (I), p. 7.

¹¹ *Ibid.*, pp. 25-35, paras. 48-80.

7. Dans son arrêt de 1996, la Cour a consacré pas moins de 27 paragraphes à un examen détaillé de l'article premier, du paragraphe 1 de l'article IV et du paragraphe 1 de l'article X du traité d'amitié, recherchant si les actes dont le demandeur tirait grief étaient susceptibles d'entrer dans les prévisions des dispositions invoquées par celui-ci. La Cour a conclu que la « destruction [des plates-formes pétrolières iraniennes] était susceptible ... de porter atteinte à la liberté de commerce telle que garantie par le paragraphe 1 de l'article X du traité de 1955 »⁸. Dès la phase juridictionnelle de l'affaire, la Cour a ainsi conclu que l'article premier et le paragraphe 1 de l'article IV du traité d'amitié ne pouvaient fonder sa compétence⁹.

8. La Cour a récemment suivi la même démarche lors de son examen de plusieurs dispositions du traité d'amitié, invoquées par l'Iran à l'appui de ses demandes, dans son arrêt de 2019 sur les exceptions préliminaires rendu en l'affaire relative à *Certains actifs iraniens*¹⁰. Lorsque la Cour s'est penchée sur la seconde exception préliminaire soulevée par les Etats-Unis, elle a examiné le paragraphe 2 de l'article IV, le paragraphe 4 de l'article XI, le paragraphe 2 de l'article III, le paragraphe 1 de l'article IV et le paragraphe 1 de l'article X du traité d'amitié¹¹.

9. Par contraste, la Cour s'abstient en l'espèce d'examiner les dispositions invoquées par l'Iran pour soutenir que les mesures adoptées par les Etats-Unis, qui visent des pays tiers, ou leurs sociétés ou ressortissants, au motif qu'ils entretiennent des relations économiques, commerciales ou financières avec l'Iran, ou avec les sociétés ou ressortissants iraniens, sont contraires aux obligations incombant aux Etats-Unis au titre du traité d'amitié.

10. La question juridique qui aurait dû être tranchée par la Cour à ce stade de la procédure était celle de savoir si le traité d'amitié conférait à l'Iran, ou aux sociétés ou ressortissants iraniens, un droit de conduire, sans ingérence sous la forme de mesures des Etats-Unis, des relations économiques, commerciales ou financières avec un Etat tiers, ou les sociétés ou ressortissants d'un Etat tiers; ou, pour le dire autrement, celle de savoir si les Etats-Unis étaient dans l'obligation, en vertu des dispositions invoquées par l'Iran, de ne pas interférer avec ces relations économiques, commerciales ou financières. Pour répondre à cette question, la Cour aurait dû se livrer à une analyse des dispositions invoquées par l'Iran, lues à la lumière de l'objet et du but du traité. Sans entrer dans les détails, il suffit de rappeler ici le préambule du traité, dont ressortent son objet et son but. Le préambule précise en particulier qu'au moment où les Etats-Unis et l'Iran conclurent le traité ils étaient animés du désir « d'encourager les

⁸ *Plates-formes pétrolières (République islamique d'Iran c. Etats-Unis d'Amérique), exception préliminaire, arrêt, C.I.J. Recueil 1996 (II)*, p. 820, par. 51.

⁹ *Ibid.*, p. 815, par. 31 et p. 816, par. 36.

¹⁰ *Certains actifs iraniens (République islamique d'Iran c. Etats-Unis d'Amérique), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2019 (I)*, p. 7.

¹¹ *Ibid.*, p. 25-35, par. 48-80.

course generally *between their peoples*¹². What was required from the Court was to interpret the text of the various articles of the Treaty of Amity invoked by Iran in order to determine whether Iran's claims are capable of falling within these provisions. The Court received detailed submissions by both Parties on the interpretation of these provisions.

11. Instead of answering the above question, which captures the substance of the United States' second preliminary objection, the Court rejects it (Judgment, para. 83). But, at the same time, the Court leaves open the possibility for the Parties to argue "legal and factual questions" raised by the second preliminary objection (*ibid.*, para. 82). It is almost as though the Court considers that the objection does not possess an exclusively preliminary character. However, that is not the Court's conclusion. It simply rejects the objection.

12. If, at the merits stage of the proceedings, the Court comes to the conclusion that the provisions relied on by Iran do not provide it (and its nationals or companies) with a right not to have its trade, commercial or financial relations with third States (and their nationals or companies) interfered with, the logical conclusion should be that Iran's claims do not fall within those provisions and therefore the Court lacks jurisdiction. However, such a conclusion is foreclosed by today's Judgment rejecting the second preliminary objection. In such hypothesis, the Court would be left with only one option — to conclude that there was no breach of the provisions invoked since they do not provide for the right claimed by Iran.

13. I cannot share the approach adopted by the Court in this case, which is inconsistent with the approach it took in 1996 and 2019 in cases concerning the same Treaty. As my learned colleagues have stated in the past: "Consistency is the essence of judicial reasoning. This is especially true . . . with regard to closely related cases."¹³

14. As the issues of applicability of particular provisions of the Treaty to the claims advanced by Iran will be reargued, upon the Court's invitation, during the merits stage, I do not consider it appropriate for me to disclose my position at this stage with respect to each of the provisions relied on by Iran.

(Signed) Peter TOMKA.

¹² Emphasis added.

¹³ *Legality of Use of Force (Serbia and Montenegro v. United Kingdom)*, Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2004 (III), joint declaration of Vice-President Ranjeva, Judges Guillaume, Higgins, Kooijmans, Al-Khasawneh, Buergenthal and Elaraby, p. 1353, para. 3.

échanges et les investissements mutuellement profitables et l'établissement de relations économiques plus étroites *entre leurs peuples*»¹². La Cour aurait dû interpréter les diverses dispositions invoquées par l'Iran afin de rechercher si les demandes de ce dernier étaient susceptibles d'entrer dans leurs prévisions. La Cour disposait d'observations détaillées des deux Parties quant à l'interprétation de ces dispositions.

11. Au lieu de répondre à la question susmentionnée, qui reprend en substance la deuxième exception préliminaire soulevée par les Etats-Unis, la Cour a décidé de rejeter celle-ci (arrêt, par. 83). Mais elle laisse en même temps aux Parties la possibilité de débattre des «questions de droit et de fait» soulevées par cette deuxième exception (*ibid.*, par. 82). La Cour paraît presque considérer que l'exception ne présente pas un caractère exclusivement préliminaire. Toutefois, telle n'est pas sa conclusion; la Cour se contente de rejeter ladite exception.

12. Si, au stade de l'examen au fond, la Cour parvient à la conclusion que les dispositions invoquées par l'Iran ne confèrent pas à ce dernier (ou aux sociétés ou ressortissants iraniens) un droit de conduire des relations économiques, commerciales ou financières avec un Etat tiers (ou les sociétés ou ressortissants d'un Etat tiers) sans ingérence de la part des Etats-Unis, la suite logique d'une telle conclusion devrait être que les demandes de l'Iran n'entrent pas dans les prévisions de ces dispositions et donc échappent à la compétence de la Cour. Or, une telle conclusion est rendue impossible par le présent arrêt rejetant la seconde exception préliminaire. En pareille hypothèse, la Cour n'aurait d'autre solution que de conclure qu'il n'y a eu aucune violation des dispositions invoquées puisque celles-ci ne prévoient pas le droit allégué par l'Iran.

13. Je ne peux souscrire à la démarche suivie par la Cour en l'espèce, qui est contraire à celle qu'elle avait suivie dans ses arrêts en 1996 puis en 2019 au sujet du même traité d'amitié. Ainsi que mes éminents collègues ont pu le souligner dans le passé: «La cohérence est l'essence même des motivations judiciaires et cela est spécialement vrai ... s'agissant d'affaires connexes»¹³.

14. Puisque la question de l'applicabilité de certaines dispositions du traité aux demandes avancées par l'Iran demeure ouverte et que les Parties auront la possibilité de faire à nouveau valoir leurs arguments sur ce point au stade du fond, ainsi que la Cour les a invitées à le faire, je n'estime pas opportun de me prononcer sur chacune des dispositions invoquées par l'Iran à ce stade.

(Signé) Peter TOMKA.

¹² Les italiques sont de moi.

¹³ *Licéité de l'emploi de la force (Serbie-et-Monténégro c. Royaume-Uni), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2004 (III)*, déclaration commune de M. le juge Ranjeva, vice-président, et de M. le juge Guillaume, de M^{me} la juge Higgins, et de MM. les juges Kooijmans, Al-Khasawneh, Buergenthal et Elaraby, p. 1353, par. 3.