

SEPARATE OPINION OF JUDGE SHAHABUDDEEN

PRELIMINARY

The question before the Court is whether the Applicant has a right to have its claim adjudicated. The Respondent says there is not such a right. The objection presents the Court with the delicate problem of ensuring, on the one hand, that the Respondent is not given cause to complain that it has been brought before the Court against its will, and, on the other hand, that the Applicant is not left to feel that it has been needlessly driven from the judgment seat. It is necessary to navigate carefully between these perils.

As the Court has found, there is a dispute between the Parties, which it has not been possible to adjust by diplomacy, and which the Parties have not agreed to settle by any pacific means other than recourse to the Court. To that extent, the corresponding conditions of the compromissory clause are therefore satisfied. Nevertheless, the Parties differ on the question whether there is a right of recourse to the Court, the particular issue being

“whether the dispute between the two States with respect to the lawfulness of the actions carried out by the United States against the Iranian oil platforms is a dispute ‘as to the interpretation or application’ of the Treaty of 1955” (Judgment, para. 16).

The Court has taken the position that:

“In order to answer that question, . . . [i]t must ascertain whether the violations of the Treaty of 1955 pleaded by Iran do or do not fall within the provisions of the Treaty and whether, as a consequence, the dispute is one which the Court has jurisdiction *ratione materiae* to entertain, pursuant to Article XXI, paragraph 2.” (*Ibid.*)

Thus, in the view of the Court, the test of jurisdiction is whether the alleged violations “do or do not fall within the provisions of the Treaty”. Some seeming plasticity in that statement notwithstanding, the remainder of the Judgment makes it clear that what the statement means is that the Court is required to make a definitive interpretation of the Treaty at this jurisdictional phase. In paragraph 52, for example, the Court holds that Article I of the Treaty “by itself . . . is not capable of generating legal rights and obligations” — thus definitively determining the main issue dividing the Parties on that provision. The Applicant had contended for a lower test, which, however worded, does not involve the making of a definitive interpretation of the Treaty at this stage. Without addressing

OPINION INDIVIDUELLE DE M. SHAHABUDDEEN

[Traduction]

AVANT-PROPOS

La question posée à la Cour est de savoir si le demandeur a ou non le droit de la saisir pour qu'elle statue sur sa demande. Le défendeur dit que pareil droit n'existe pas. L'exception soulevée met la Cour dans une situation délicate car il lui faut veiller, d'une part, à ne pas donner au défendeur motif à se plaindre d'avoir été traduit devant elle contre sa volonté et veiller, d'autre part, à ne pas donner au demandeur l'impression qu'il lui a été indûment refusé une décision de justice. Il faut à la Cour naviguer avec précaution entre ces deux écueils.

Comme la Cour l'a constaté, il existe un différend entre les Parties qui n'a pu être réglé par la voie diplomatique et que les Parties n'ont pas convenu de régler par d'autre moyen pacifique que par la saisine de la Cour. Jusque-là, les conditions correspondantes de la clause compromissoire sont donc remplies. Néanmoins, les Parties s'opposent sur la question de savoir si le droit de saisir la Cour existe ou non, le point litigieux étant très précisément de déterminer

«si le différend surgit entre les deux Etats en ce qui concerne la licéité des actions menées par les Etats-Unis contre les plates-formes pétrolières iraniennes est un différend «quant à l'interprétation ou à l'application» du traité de 1955» (arrêt, par. 16).

La position adoptée par la Cour est que:

«Afin de répondre à cette question...[elle] doit rechercher si les violations du traité de 1955 alléguées par l'Iran entrent ou non dans les prévisions de ce traité et si, par suite, le différend est de ceux dont la Cour est compétente pour connaître *ratione materiae* par application du paragraphe 2 de l'article XXI.» (*Ibid.*)

Autrement dit, pour la Cour, le critère de sa compétence revient à savoir si les violations alléguées «entrent ou non dans les prévisions du traité». Indépendamment de la souplesse à laquelle cette déclaration se prête jusqu'à un certain point, le reste de l'arrêt montre clairement quelle est sa signification, qui est que la Cour est obligée de procéder à une interprétation définitive du traité dès la présente phase de la compétence. Au paragraphe 52 de son arrêt, par exemple, la Cour dit que l'article premier du traité «ne saurait à lui seul créer des droits et obligations juridiques» — ce qui tranche définitivement le point litigieux essentiel opposant les Parties sur cette disposition du traité. Le demandeur avait plaidé pour un critère minimaliste qui, quel que soit son énoncé, n'impose pas

extensive arguments on the point, the Court has opted for the higher test. If a lower test is used, the consequences are not wholly congruent with those produced by the Court's test. Which is the right test?

THE OBJECTION

Put briefly, the issue now before the Court arises this way: the Respondent contends that the 1955 FCN Treaty between itself and the Applicant is irrelevant to the matters alleged in the Applicant's claim, and therefore that the jurisdiction conferred by the compromissory clause of the Treaty is not available.

To underpin the objection, the Respondent makes the opening submission that the Court has to be satisfied that the compromissory clause of the Treaty establishes that the Respondent has consented to the jurisdiction of the Court in respect of this particular case. That is correct; the Applicant does not say otherwise. It may be added that the Court must be clearly satisfied that it has jurisdiction. However, whether the Court can be satisfied, and satisfied with the requisite clarity, that the Parties have consented to jurisdiction in this particular case depends on what exactly is the kind of dispute over which they have agreed that the Court should have jurisdiction. What they have agreed to submit to the Court is not a specific dispute which can be concretely identified, but a category of disputes defined as "[a]ny dispute between the High Contracting Parties as to the interpretation or application of the present Treaty. . .".¹ The amplitude of that language in a treaty is apparent; it embraces all "difficulties which might be raised by this treaty" [*translation by the Registry*]².

In this respect, it has to be borne in mind that, unlike the case with some treaties, the compromissory clause of the 1955 FCN Treaty is not limited to disputes as to the interpretation or application of some only of the provisions of the Treaty: it extends to "any dispute . . . as to the interpretation or application of the present Treaty", i.e., as to any part of the Treaty. Thus, the jurisdiction conferred by the compromissory clause

¹ In treaty practice, the phrase "interpretation or application" dates back to the 1880s. See *Factory at Chorzów*, P.C.I.J., Series C, No. 13 (I), "Réponse du Gouvernement allemand à l'exception préliminaire du Gouvernement polonais", pp. 174-176, and J. B. Moore, *History and Digest of the International Arbitrations to Which the United States Has Been a Party*, 1898, Vol. V, p. 5057.

² A. Merignhac, *Traité théorique et pratique de l'arbitrage international. Le rôle du droit*, 1895, p. 202, para. 198. And see Dionisio Anzilotti, *Corso di diritto internazionale*, Vol. 3, 1915, p. 56; *Factory at Chorzów, Jurisdiction*, P.C.I.J., Series A, No. 9, p. 24; and I.C.J. Pleadings, *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran*, p. 152 and p. 153, footnote 14.

de donner une interprétation définitive du traité à ce stade. Sans s'étendre longuement sur cette question, la Cour a opté pour le critère maximaliste. Or, si c'est un critère minimaliste qui est appliqué, les conséquences ne recourent pas totalement celles que produit le critère maximaliste retenu par la Cour. Quel est donc le bon critère?

L'EXCEPTION D'INCOMPÉTENCE

En quelques mots, le problème posé à la Cour revient à ceci: le défendeur soutient que le traité d'amitié, de commerce et de droits consulaires de 1955 conclu entre lui-même et le demandeur est sans rapport avec les griefs exposés dans la demande en l'espèce et que, par conséquent, la Cour ne peut pas exercer la compétence que lui attribue la clause compromissoire figurant dans le traité.

Pour étayer son exception, le défendeur soutient pour commencer qu'il incombe à la Cour de s'assurer que la clause compromissoire du traité établit bien que le défendeur a consenti à la compétence de la Cour en l'espèce. Le défendeur a raison; le demandeur ne dit pas autre chose. Il convient d'ajouter d'ailleurs qu'il faut que la Cour soit parfaitement sûre d'avoir compétence. Mais, ce point de savoir si la Cour peut être certaine avec toute la clarté requise que les Parties ont consenti à ce qu'elle soit compétente en l'espèce est lié à la nature exacte du type de différend pour lequel elles ont convenu de lui donner compétence. Or, ce que les Parties ont convenu de soumettre à la Cour, ce n'est pas un différend précis concrètement identifiable, c'est une catégorie de différends définie comme correspondant à «[t]out différend qui pourrait s'élever entre les Hautes Parties contractantes quant à l'interprétation ou à l'application du présent traité...»¹ Il est évident que cette formule, dans un traité, a une acception très large, elle englobe toutes les «difficultés que pourrait soulever ce traité»²

A ce sujet, il ne faut pas oublier qu'à la différence de ce qui se passe avec certains traités, la clause compromissoire du traité d'amitié, de commerce et de navigation de 1955 n'est pas limitée aux différends relatifs à l'interprétation ou à l'application de certaines seulement des dispositions du traité: la clause s'étend à «tout différend ... quant à l'interprétation ou à l'application du présent traité», c'est-à-dire à tout différend ayant trait

¹ Dans la pratique conventionnelle, l'expression «interprétation ou application» remonte aux années 1880. Voir l'affaire de l'*Usine de Chorzów*, «Réponse du Gouvernement allemand à l'exception préliminaire du Gouvernement polonais» (C.P.J.I. série C n° 13 (I), p. 174-176) et J. B. Moore, *History and Digest of the International Arbitrations to Which the United States Has Been a Party*, 1898, vol. V, p. 5057.

² A. Merignhac, *Traité théorique et pratique de l'arbitrage international. Le rôle du droit*, 1895, p. 202, par. 198. Voir aussi Dionisio Anzilotti, *Corso di diritto internazionale*, vol. 3, 1915, p. 56; *Usine de Chorzów, compétence*, C.P.J.I. série A n° 9, p. 24; et C.I.J. *Mémoires, Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran*, p. 152-153, note 14.

could apply in relation to a provision of the Treaty even if the provision creates no legal obligation; for, even if, on a true construction, it creates no legal obligation, there could be a dispute between the Parties as to whether it does — a point not considered by the Court in its treatment of the normative value and jurisdictional status of Article I of the Treaty. More generally, the jurisdiction conferred by the compromissory clause could be exercised even though it turns out that the Treaty does not apply to the alleged acts or circumstances; for there can be a dispute as to the interpretation or application of the Treaty in relation to a matter to which it is eventually held that the Treaty does not apply. But reason says that there must equally be a limit beyond which it is not possible for a dispute as to the interpretation or application of a treaty to arise in relation to matters to which the Treaty does not apply; beyond that limit, the compromissory clause no longer operates to confer jurisdiction. Where is that limit to be drawn?

THE JURISDICTIONAL TEST

The location of the limit beyond which it is not possible for a dispute to arise as to the interpretation or application of a treaty within the meaning of its compromissory clause depends on the relationship between the claim and the treaty on which the claim is sought to be based. The test as to what should be the requisite relationship has been variously worded. It is possible to argue, both interestingly and sagely, about which formulation is best. Possibly, the differences in wording reflect the specific characteristics of the particular cases. For present purposes, it is sufficient to take the broad position that the various formulations may be reasonably understood as embodying what, in an omnibus way, may be called a form of relativity test. This opinion will consequently abstain from microscopic examination of particular phrases used; it will call on them interchangeably. They occur in the following dicta:

It “is not necessary for the Court to find . . . that the [claimant] Government’s interpretation of the Treaty is the correct one”, nor for that “Government to show . . . that an alleged treaty violation has an unassailable legal basis” (*Ambatielos, Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1953*, p. 18). But it “is not enough for the claimant Government to establish a remote connection between the facts of the claim and the Treaty” relied on (*ibid.*). The proper test is met where “the arguments advanced by the [claimant] Government in respect of the treaty provisions on which the . . . claim is said to be based, are of a sufficiently plausible character to warrant a conclusion that the claim is based on the Treaty”

à n'importe quel élément du traité. Autrement dit, la compétence conférée par cette clause compromissoire peut s'exercer à l'égard d'une disposition du traité quand bien même celle-ci ne créerait aucune obligation juridique; car, même si, sur la foi d'une interprétation correcte, la disposition ne crée pas d'obligation juridique, il pourrait s'élever un différend entre les Parties sur le point de savoir si ladite disposition crée ou non une obligation — point que la Cour n'a pas examiné quand elle s'est penchée sur la valeur normative et juridictionnelle de l'article premier du traité. Plus généralement, la compétence conférée par la clause compromissoire pourrait s'exercer même s'il apparaît que le traité ne s'applique pas aux actes ni aux circonstances alléguées, car il peut s'élever un différend quant à l'interprétation ou à l'application du traité ayant trait à une question qui sera finalement tenue pour ne pas relever du traité. Mais la raison nous dit qu'il doit y avoir également une limite au-delà de laquelle il n'est pas possible qu'un différend portant sur l'interprétation d'un traité s'élève au sujet de questions ne relevant pas du traité; au-delà de cette limite, la clause compromissoire ne confère plus compétence. Où faut-il situer cette limite?

LE CRITÈRE DE LA COMPÉTENCE

Pour situer la limite au-delà de laquelle il n'est pas possible qu'un différend s'élève quant à l'interprétation ou à l'application d'un traité au sens de la clause compromissoire énoncée dans ledit traité, il faut savoir quelle est la relation entre la demande et le traité sur lequel la demande est censément fondée. Le critère à retenir sur ce que doit être cette relation indispensable a été énoncé de différentes façons. Déterminer la meilleure formule prête à discussion et il est à la fois intéressant et prudent de ne pas se prononcer d'emblée. Peut-être les variantes correspondent-elles aux caractères particuliers des différentes espèces. Aux fins qui nous occupent, il suffit d'adopter un point de vue assez large et de dire que ces divers énoncés représentent raisonnablement une sorte de critère de relativité uniformément applicable. Je m'abstiendrai donc d'examiner au microscope les différentes expressions qui ont été utilisées; je les évoquerai comme autant d'éléments interchangeables. Voici comment ces formules se présentent:

Il «n'est pas nécessaire pour la Cour d'arriver à la conclusion ... que l'interprétation du traité avancée par le Gouvernement [demandeur] ... est l'interprétation correcte», ni que ce «gouvernement démontre ... qu'une prétendue violation du traité présente un fondement juridique inattaquable» (*Ambatielos, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1953*, p. 18). Mais il «ne suffit pas que le Gouvernement [demandeur] ... établisse un rapport lointain entre les faits de la réclamation et le traité» invoqué (*ibid.*). Le critère voulu est rempli quand «les arguments avancés par le Gouvernement [demandeur] ... au sujet des dispositions du traité sur lesquelles la réclamation ... est prétendument fondée sont de caractère suffisamment plau-

(*I.C.J. Reports 1953*, p. 18) or where "the interpretation given by the [claimant] Government to any of the provisions relied upon appears to be one of the possible interpretations that may be placed upon it, though not necessarily the correct one . . ." (*ibid.*) or, "if it is made to appear that the [claimant] Government is relying upon an arguable construction of the Treaty, that is to say, a construction which can be defended whether or not it ultimately prevails . . ." (*ibid.*) or, where "the complaint . . . indicate[s] some genuine relationship between the complaint and the provisions invoked . . ." (*Judgments of the Administrative Tribunal of the ILO upon Complaints Made against Unesco, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1956*, p. 89); or where "the terms and the provisions invoked appear to have a substantial and not merely an artificial connexion with the" alleged act (*ibid.*) or, where the assertion that the instrument relied on gave the right claimed has "some serious juridical basis" (*ibid.*, p. 90); or where "the grounds invoked by the [claimant] Government are such as to justify the provisional conclusion that they may be of relevance in [the] case . . ." (*Interhandel, Judgment, I.C.J. Reports 1959*, p. 24); or where the provision in question "may be of relevance for the solution of the . . . dispute" (*ibid.*) or where there is "a reasonable connection between the Treaty and the claims submitted to the Court" (*Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua, Jurisdiction and Admissibility, Judgment, I.C.J. Reports 1984*, p. 427, para. 81).

*

Some of these formulations related to the functions of a body other than the Court; others to the functions of the Court itself. Some were made at the jurisdictional phase of a case before the Court; others at the merits phase. A reasonable view, however, is that they may all be understood as applicable to the functions of the Court itself in a situation in which it is called upon to consider whether the alleged acts bear such a relationship to the treaty relied on as to attract the jurisdiction provided for under its compromissory clause.

In *Ambatielos*, it was at the merits stage of the case before it that the Court spoke of the relevant jurisdictional criteria, and it spoke of them in relation to the functions of an arbitral tribunal. It held that the United Kingdom was under a treaty obligation to refer a dispute to arbitration. The problem, presented late in the arguments, was how far could the Court go in affirming such a duty without encroaching on the authority of the arbitral body, in exercise of its *compétence de la compétence*, to decide on its own jurisdiction. It is possible to see how the problem arose (see *I.C.J. Pleadings, Ambatielos*, pp. 356 ff., Henri Rolin, and p. 385, Fitzmaurice). A distinction no doubt existed between the competence of the Court to determine whether there was a duty to submit to arbitration and the competence of the arbitral tribunal subsequently to determine whether it had jurisdiction. Nevertheless, so far as the Court was con-

sible pour permettre la conclusion que la réclamation est fondée sur le traité» (*C.I.J. Recueil 1953*, p. 18) ou quand «l'interprétation donnée par le Gouvernement [demandeur] ... de l'une quelconque des dispositions qu'il invoque apparaît comme l'une des interprétations auxquelles cette disposition peut se prêter, sinon nécessairement comme la vraie...» (*ibid.*), ou encore «s'il apparaît que le Gouvernement [demandeur] ... avance une interprétation défendable du traité, c'est-à-dire une interprétation qui puisse se soutenir, qu'elle l'emporte finalement ou pas...» (*ibid.*), ou quand «la requête [fait] apparaître un rapport réel entre le grief et les dispositions invoquées...» (*Jugements du Tribunal administratif de l'OIT sur requêtes contre l'Unesco, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1956*, p. 89); ou bien quand les «dispositions invoquées apparaissent comme ayant un rapport sérieux et non factice avec» l'acte allégué (*ibid.*), ou quand la prétention suivant laquelle l'instrument invoqué confère bien le droit revendiqué a «une base juridique sérieuse» (*ibid.*, p. 90); ou encore quand les «titres invoqués par le Gouvernement [demandeur] ... permettent la conclusion provisoire qu'ils peuvent être pertinents en l'espèce...» (*Interhandel, arrêt, C.I.J. Recueil 1959*, p. 24); ou quand la disposition en question «peut être pertinent[e] pour la solution du ... différend» (*ibid.*) ou bien encore s'il existe «un rapport raisonnable entre [le] traité et les demandes présentées à la Cour» (*Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci, compétence et recevabilité, arrêt, C.I.J. Recueil 1984*, p. 427, par. 81).

*

Certains de ces énoncés concernent les fonctions d'un autre organe que la Cour; d'autres, les fonctions de la Cour elle-même. Certains se situent dans le cadre de la phase juridictionnelle d'une affaire portée devant la Cour; d'autres se situent au stade du fond. On peut toutefois raisonnablement penser que ces énoncés s'appliquent tous aux fonctions de la Cour elle-même quand celle-ci est appelée à examiner si les actes allégués ont avec le traité invoqué un rapport tel qu'il confère à la Cour la compétence prévue dans la clause compromissoire.

Dans l'affaire *Ambatielos*, c'est au stade du fond que la Cour a parlé des critères juridictionnels pertinents et elle en a parlé à propos des fonctions qu'exercerait un tribunal arbitral. La Cour a décidé que le Royaume-Uni était conventionnellement tenu de soumettre un certain différend à l'arbitrage. Le problème, qui fut soulevé à un stade tardif de l'argumentation, consistait à savoir jusqu'où la Cour pouvait aller pour affirmer l'existence de cette obligation sans empiéter sur les prérogatives de l'organe arbitral pour exercer lui-même sa «compétence de la compétence» et se prononcer sur sa propre compétence. On peut voir comment le problème a surgi (cf. *C.I.J. Mémoires, Ambatielos*, p. 356 et suiv., Henri Rollin, et p. 385, Fitzmaurice). Il existait incontestablement une distinction entre la compétence de la Cour pour établir s'il y avait ou non obligation de soumettre le différend à l'arbitrage, d'une part, et, de l'autre, la compétence du

cerned, it could scarcely hold that there was a duty to submit to arbitration without also at least presuming that the dispute would be within the jurisdiction of the arbitral body. Not surprisingly, there is a strong view that the Court in substance held that the dispute would be within the jurisdiction of the arbitral body³. It is difficult to see why, subject to subsequent jurisprudential refinement, the substance of the *Ambatielos* test should not apply wherever an issue arises as to whether a matter falls within the jurisdiction of any deciding body, including the Court itself. The identity of the particular deciding body is not material; what is material is the juridical question involved. This is always the same whatever may be the deciding authority. It is not logical to suppose that the Court would put forward one jurisdictional test in the case of other tribunals and adopt a different one in the case of itself.

That the same test applies in relation to the Court is suggested by the *Interhandel* and *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* cases, in which the particular point at issue concerned the jurisdiction of the Court itself. In *Interhandel*, whether there was an obligation to submit a matter to arbitration was the subject of "an alternative submission" by Switzerland. However, Switzerland's "principal submission" sought an exercise of the Court's own jurisdiction for the purpose of adjudging and declaring that the United States of America was under an obligation to restore the seized assets of *Interhandel* (*I.C.J. Reports* 1959, p. 19). In ruling on the respondent's objection to the Court's jurisdiction on the ground that the seizure and retention of the assets were matters within the domestic jurisdiction of the respondent, the Court said:

"In order to determine whether examination of the grounds . . . invoked [by Switzerland] is excluded from the jurisdiction of the Court for the reason alleged by the United States, the Court will base itself on the course followed by the Permanent Court of International Justice in its Advisory Opinion concerning *Nationality Decrees Issued in Tunis and Morocco* (Series B, No. 4), when dealing with a similar divergence of view. Accordingly, the Court does not, at the present stage of the proceedings, intend to assess the validity of the grounds invoked by the Swiss Government or to give an opinion on their interpretation, since that would be to enter upon the merits of the dispute. The Court will confine itself to considering whether the grounds invoked by the Swiss Government are such as to justify the provisional conclusion that they may be of relevance in

³ Sir Hersch Lauterpacht, *The Development of International Law by the International Court*, 1958, p. 239.

tribunal arbitral pour établir ensuite s'il était ou non compétent en l'espèce. Toutefois, s'agissant de la Cour, elle pouvait difficilement dire qu'il y avait obligation de soumettre le différend à l'arbitrage sans également présumer à tout le moins que le différend serait bien de la compétence de l'organe arbitral. Il n'est donc pas surprenant de constater que, pour beaucoup, la Cour a bien dit en substance que le différend serait de la compétence de l'organe arbitral³. On voit donc mal pourquoi, sous réserve de raffinements ultérieurs de la jurisprudence, il ne serait pas possible de faire appel au principe de ce critère de l'affaire *Ambatielos* chaque fois qu'il faut décider si une question relève de la juridiction d'un organe appelé à se prononcer sur cette question, y compris quand il s'agit de la Cour elle-même. L'identité de l'organe appelé à se prononcer n'a pas d'importance: ce qui en a, c'est la question juridique en jeu. Et cette question est toujours la même indépendamment de l'organe appelé à se prononcer. Il n'est pas logique de supposer que la Cour va retenir un certain critère juridictionnel quand il s'agit d'autres tribunaux et en adopter un autre quand il s'agit d'elle-même.

Les affaires de l'*Interhandel* et des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua*, dans lesquelles le point litigieux portait sur la compétence de la Cour elle-même, donnent à penser que c'est bien le même critère qui s'applique quand il s'agit de la Cour. Dans l'affaire de l'*Interhandel*, le point de savoir s'il fallait soumettre une certaine question à l'arbitrage a fait l'objet d'une «conclusion subsidiaire» de la Suisse. Toutefois, la «conclusion principale» de la Suisse visait à demander à la Cour d'exercer sa propre compétence pour dire et juger que les Etats-Unis d'Amérique avaient l'obligation de restituer les biens saisis de la société *Interhandel* (*C.I.J. Recueil 1959*, p. 19). En se prononçant sur l'exception d'incompétence soulevée par le défendeur pour les motifs que la saisine et la rétention des actifs de la société relevaient de la compétence nationale du défendeur, la Cour a dit ceci:

«Pour déterminer si l'examen des titres ainsi invoqués [par la Suisse] échappe à la compétence de la Cour pour le motif allégué par les Etats-Unis, la Cour s'inspirera de ce qu'a fait la Cour permanente de Justice internationale en présence d'une contestation analogue dans son avis consultatif sur les *Décrets de nationalité promulgués en Tunisie et au Maroc* (Série B, n° 4). En conséquence la Cour n'entend pas, en la présente phase de la procédure, apprécier la validité des titres invoqués par le Gouvernement suisse ni se prononcer sur leur interprétation, ce qui serait aborder le fond du différend. Elle se bornera à rechercher si les titres invoqués par le Gouvernement suisse permettent la conclusion provisoire qu'ils peuvent être pertinents en l'espèce et, dans ce cas, à rechercher si les questions relatives à la validité et à l'interprétation de ce titre sont des ques-

³ Sir Hersch Lauterpacht, *The Development of International Law by the International Court*, 1958, p. 239.

this case and, if so, whether questions relating to the validity and interpretation of those grounds are questions of international law.” (*Interhandel, Judgment, I.C.J. Reports 1959*, p. 24.)

It is reasonably clear that in *Interhandel* the Court adopted a form of relativity test in relation to its own jurisdiction. The Court did likewise in *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua*. It is not satisfactory to say that the Court was merely recalling the respondent’s argument when it said:

“In order to establish the Court’s jurisdiction over the present dispute under the Treaty, Nicaragua must establish a reasonable connection between the Treaty and the claims submitted to the Court.” (*Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Jurisdiction and Admissibility, Judgment, I.C.J. Reports 1984*, p. 427, para. 81.)

In so far as the Court was recalling the respondent’s submission, the Court was also adopting it. It certainly did not reject the proposition; on the contrary, its subsequent treatment of the matter accorded with the proposition. It referred to or summarized five articles of the treaty in question and then, without intervening remark, said:

“Taking into account these Articles of the Treaty . . . , there can be no doubt that, in the circumstances in which Nicaragua brought its Application to the Court, and on the basis of the facts there asserted, there is a dispute between the Parties, *inter alia*, as to the ‘interpretation or application’ of the Treaty.” (*Ibid.*, p. 428, para. 83.)

The Court did not make a definitive interpretation of the treaty texts; it did not analyse them; it gave them limited consideration — almost restricted to inspection — for the purpose of determining whether there was “a reasonable connection” between them and the claims submitted to the Court. Interestingly, also, almost throughout its written and oral presentation in the instant case the Respondent argued in favour of a “reasonable connection” test, as it did in the *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* case, and so to this extent accepted that some form of relativity test was applicable.

A DEFINITIVE INTERPRETATION OF THE TREATY CANNOT BE MADE AT THE PRELIMINARY STAGE

Developing the point last alluded to, one may recall that *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* was not the only case in which the Court refrained from making a definitive interpretation of the relevant texts. Similar restraint was shown in *Ambatielos*. Likewise in

tions de droit international.» (*Interhandel*, arrêt, *C.I.J. Recueil 1959* p. 24.)

On voit là assez clairement que dans l'affaire de l'*Interhandel* la Cour a adopté une sorte de critère de relativité en ce qui concerne sa propre juridiction. Elle a fait de même dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua*. On ne peut pas se contenter de dire que la Cour ne faisait que rappeler la thèse du défendeur quand elle s'exprimait ainsi :

«Pour que le Nicaragua établisse la compétence de la Cour dans la présente espèce sur la base du traité, il doit prouver l'existence d'un rapport raisonnable entre ce traité et les demandes présentées à la Cour.» (*Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique)*, arrêt, compétence et recevabilité, *C.I.J. Recueil 1984*, p. 427, par. 81.)

Dans la mesure où elle rappelait la conclusion du défendeur, la Cour l'adoptait aussi. En tout cas, elle ne rejetait pas la proposition; tout au contraire, la façon dont elle a considéré ensuite la question s'accordait bien avec cette proposition. La Cour en effet évoque ou résume cinq articles du traité en cause puis, sans ajouter la moindre observation incidente, elle déclare :

«Vu ces dispositions du traité ... il n'est pas douteux que, dans les circonstances où le Nicaragua a présenté sa requête à la Cour et d'après les faits qui y sont allégués, il existe un différend entre les Parties, notamment quant à «l'interprétation ou à l'application» du traité.» (*Ibid.*, p. 428, par. 83.)

La Cour n'a pas donné d'interprétation définitive de ces dispositions conventionnelles; elle ne les a pas analysées; elle les a examinées rapidement — se contentant d'en vérifier l'existence — pour établir s'il y avait «un rapport raisonnable» entre ces textes et les demandes qui lui étaient présentées. Il est intéressant aussi de noter que, pratiquement d'un bout à l'autre de ses pièces de procédure écrite et de ses plaidoiries, le défendeur a, en l'espèce, plaidé pour un critère de «rapport raisonnable», comme il l'a fait dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua*, c'est-à-dire qu'il a, jusque-là au moins, reconnu qu'une sorte de critère de relativité était applicable.

IL N'EST PAS POSSIBLE DE DONNER UNE INTERPRÉTATION DÉFINITIVE AU TRAITÉ AU STADE PRÉLIMINAIRE

Développant le dernier point évoqué ci-dessus, nous rappellerons que l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua* ne fut pas la seule dans laquelle la Cour s'est abstenue de donner une interprétation définitive des textes pertinents. Elle a fait preuve de la même réserve dans

Interhandel, as appears from the passage cited above. It will be remembered that in the last-mentioned case the United States of America contended that Article IV of the Washington Accord, which was relied on by Switzerland, was "of no relevance whatever in the present dispute" — an idea central to the objection in this case. The Parties were in disagreement over certain terms of that Article. Referring to this, the Court said:

"The interpretation of these terms is a question of international law which affects the merits of the dispute. At the present stage of the proceedings, it is sufficient for the Court to note that Article IV of the Washington Accord may be of relevance for the solution of the present dispute and that its interpretation relates to international law." (*I.C.J. Reports 1959*, p. 24.)

Thus, the instrument relied on may be judged relevant for the solution of the dispute, with resulting jurisdiction, even though the interpretation of its terms is regarded as a matter for the merits.

In the course of determining whether the alleged circumstances bear the requisite relationship to the treaty relied on in order to attract the jurisdiction provided for by the compromissory clause, the Court cannot altogether avoid some interpretation of the treaty. But, if the foregoing approach is correct, the issue before the Court at the preliminary stage, and on which jurisdiction under the compromissory clause turns, is not whether the treaty applies to the alleged circumstances, but whether the applicant has an arguable contention to that effect. Thus, the Court can only interpret the treaty at the jurisdictional stage in so far as it is necessary to do so for the purpose of determining whether the applicant's interpretation of the treaty is an arguable one, and not for the purpose of determining definitively whether the treaty applies to the alleged circumstances. The more limited function is undertaken by the Court in exercise of its *compétence de la compétence*; the more definitive function is undertaken in exercise of its substantive jurisdiction. In exercise of its *compétence de la compétence*, the Court could well hold that the applicant has an arguable contention that the treaty applies to the alleged circumstances even if, in exercise of the substantive jurisdiction which flows from that holding, it eventually holds that the treaty does not. In effect, the treaty may not apply to the alleged circumstances and yet the Court may have substantive jurisdiction to determine precisely whether it does.

*

There is a different line of holdings. Cases have occurred in which, when dealing with the question whether the dispute fell within the jurisdiction conferred on the Court by the compromissory clause of the

l'affaire *Ambatielos*. De même dans l'affaire de l'*Interhandel*, comme il ressort de l'extrait cité ci-dessus. On sait aussi que, dans cette dernière affaire, les Etats-Unis d'Amérique soutenaient que l'article IV de l'accord de Washington invoqué par la Suisse était «dénué de toute pertinence en l'espèce» — idée centrale de l'exception d'incompétence en l'occurrence. Les Parties s'opposaient sur certains termes dudit article. Evoquant ce point litigieux, la Cour a dit :

«Interpréter ces termes est un point de droit international et ce point affecte le fond de l'affaire. Au présent stade de la procédure, il suffit à la Cour de constater que l'article I de l'accord de Washington peut être pertinent pour la solution du présent différend et que son interprétation relève du droit international.» (*C.I.J. Recueil 1959*, p. 24.)

Ainsi, l'instrument invoqué peut être jugé pertinent pour la solution du différend, ce qui aboutit à conférer compétence, même si l'interprétation de ses termes est considérée comme relevant du fond.

Quand elle établit si les circonstances alléguées ont bien le rapport voulu avec le traité invoqué pour faire jouer la compétence prévue dans la clause compromissoire, la Cour ne peut pas éviter totalement d'interpréter le traité jusqu'à un certain point. Mais, si cette approche est la bonne, le problème dont la Cour est saisie au stade préliminaire et dont dépend l'attribution de compétence au titre de la clause compromissoire ne consiste pas à savoir si le traité s'applique aux circonstances alléguées, il est de savoir si le demandeur présente à cet effet une thèse défendable. C'est-à-dire que la Cour ne peut interpréter le traité au stade de la compétence que dans la mesure où cela s'impose pour établir si l'interprétation du traité qu'en donne le demandeur est défendable et non pas pour établir de façon définitive si le traité s'applique effectivement ou non aux circonstances alléguées. La Cour emprunte la voie la plus étroite quand elle exerce sa compétence de la compétence; elle va jusqu'au bout de l'interprétation définitive quand elle exerce sa compétence de fond. En exerçant sa compétence de la compétence, la Cour peut fort bien constater que le demandeur lui soumet une thèse défendable quand il soutient que le traité s'applique aux circonstances alléguées, même si, quand elle exerce sa compétence au fond à la suite de cette première décision, elle doit finalement constater que tel n'est pas le cas, que le traité ne s'applique pas à ces circonstances. Pratiquement, le traité pourrait fort bien ne pas s'appliquer aux circonstances alléguées et pourtant la Cour pourrait avoir la compétence de fond voulue pour établir justement si le traité s'applique ou non.

*

Il existe des précédents d'une autre nature. Il est arrivé dans certaines affaires qu'en examinant si le différend relevait ou non de la compétence qui lui était conférée par la clause compromissoire du traité la Cour

treaty, the Court took a position which suggests that it was of the view that it was required at the jurisdictional stage to determine definitively whether the provisions relied on by the applicant applied, on their true construction, to the alleged circumstances (see, for example, *Mavrommatis Palestine Concessions*, P.C.I.J., Series A, No. 2, p. 16, and *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Judgment*, I.C.J. Reports 1996, pp. 615-617, paras. 30-33). That view, which the Court has adopted in this case, differs materially from the more limited view that the duty of the Court at this stage is merely to decide whether the construction of the treaty on which the applicant relies for saying that the treaty applies to the alleged circumstances is an arguable one in the sense mentioned above.

*

Which of these two different strands of jurisprudence should the Court now follow? The solution is to be found in returning to the terms of the compromissory clause. Under this, jurisdiction depends on whether there is a dispute between the parties as to the interpretation or application of the treaty. There could be a dispute as to whether there is a dispute as to the interpretation or application of the treaty. To decide on the correctness of the applicant's interpretation is to decide the second dispute, not the first; and that is to determine part of the substance of the claim before the merits stage has been reached. The reason is that, as in municipal law, proof of a claim before the Court involves proof of two things, first, that the alleged obligation exists in law, and, second, that the obligation was breached on the facts (see, in this respect, *Ambatielos, Merits, Judgment*, I.C.J. Reports 1953, p. 17). The second of these two points would turn on the evidence. The first point would be determined by making a definitive interpretation of the texts relied on (including general international law) with a view to ascertaining whether they placed the respondent under the asserted obligation. The making of that interpretation is therefore a matter for the merits. The proposition may be tested this way.

It is possible to conceive of a dispute in which, the facts being agreed, the sole question is whether, on its true interpretation, the treaty relied on applies to those facts. If, in the course of determining a preliminary objection that the treaty is wholly irrelevant to the claim, the Court were to decide the question of interpretation in favour of the applicant, nothing would be left for determination at the merits stage; the Court would be determining the merits at the preliminary stage, that is to say, at a time when, according to Article 79, paragraph 3, of the Rules of Court, the merits stood suspended. On the view presently offered, there would be something left for determination at the merits stage, since all that the Court would be now deciding is that the applicant can present an argu-

adopte une position donnant à penser qu'elle estimait être tenue dès ce stade de la compétence d'établir de façon définitive si les dispositions invoquées par le demandeur s'appliquaient bien, quand elles étaient dûment interprétées, aux circonstances alléguées (voir, par exemple, l'affaire des *Concessions Mavrommatis en Palestine*, C.P.J.I. série A n° 2, p. 16, et l'affaire relative à l'*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, arrêt, C.I.J. Recueil 1996, p. 615-617, par. 30-33). Cette position, qui est celle que la Cour a adoptée en l'espèce, s'écarte nettement du point de vue plus restreint suivant lequel la Cour n'est tenue à ce stade que de dire si l'interprétation qu'invoque le demandeur pour soutenir que ledit traité s'applique aux circonstances alléguées est une interprétation défendable au sens indiqué ci-dessus.

*

Quelle est celle de ces deux voies de la jurisprudence que la Cour devrait à présent suivre? Pour trouver la solution, il faut revenir aux termes mêmes de la clause compromissoire. Celle-ci nous dit que la compétence est liée au point de savoir s'il existe un différend entre les parties quant à l'interprétation ou à l'application du traité. Il pourrait y avoir différend sur le point de savoir s'il y a un différend quant à l'interprétation ou à l'application du traité. Se prononcer sur le bien-fondé de l'interprétation du demandeur revient à se prononcer sur le second différend et non pas sur le premier; et cela revient à se prononcer en partie sur le fond de la réclamation avant d'avoir atteint le stade du fond. L'explication est que, comme en droit interne, pour établir le bien-fondé d'une réclamation devant la Cour, il faut prouver deux choses, premièrement que l'obligation alléguée existe en droit et deuxièmement que, d'après les faits, il y a eu infraction à l'obligation (voir à cet égard l'affaire *Ambatielos*, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1953, p. 17). Le second de ces deux points dépend des moyens de preuve. Le premier sera établi par le biais d'une interprétation définitive des textes invoqués (y compris le droit international général), cette interprétation visant à établir si ces textes imposent bien au défendeur l'obligation revendiquée. Procéder à cette interprétation relève donc du fond. Voici comment cette proposition se vérifie dans la pratique.

On peut imaginer un différend dans lequel, les faits n'étant pas contestés, l'unique question qui se poserait est de savoir si, quand il est bien interprété, le traité invoqué s'applique bien à ces faits. Si, lors de l'examen d'une exception préliminaire suivant laquelle le traité serait totalement dénué de pertinence par rapport à la demande, la Cour se prononçait sur la question de l'interprétation en faveur du demandeur, il ne lui resterait plus rien à trancher au stade du fond; la Cour se prononcerait sur le fond au stade préliminaire, c'est-à-dire à un moment où, suivant l'article 79, paragraphe 3, de son Règlement, la procédure sur le fond est suspendue. Toutefois, selon le point de vue que j'expose, il subsisterait une question à régler au stade du fond, puisque tout ce que la Cour tran-

able construction of the treaty to support its claim that the treaty applies to the alleged facts. Whether the treaty, on its true construction, does indeed apply would then be determined at the merits stage.

If it is thought that that example leads to an undesirable necessity to continue the proceedings to the merits stage, the answer lies in the fact that, as has been often observed, the Court lacks a filter mechanism through which, on the model available in some municipal legal systems, part of the merits could be argued and decided in advance of the normal merits stage. In such systems it is possible to argue, ahead of the normal merits phase, that, taking the facts alleged by the plaintiff at their highest, they do not justify the claim for the reason that the asserted obligation does not exist in law, or that, if it exists, it is not breached by the alleged facts. The practice of thus "striking out" an application has not yet developed in proceedings before this Court. Except in the indirect sense in which they are contemplated by Article 36, paragraph 6, of the Statute, the latter lays down no procedure relating to preliminary objections. An applicant is entitled under the Statute to a hearing at the normal merits stage, both for the purpose of showing that, on the law, the alleged obligation exists, and for the purpose of showing that, on the facts, the obligation was breached by the respondent. Misunderstanding arises if this difference between the Court's system and municipal systems is not borne in mind in fixing the limits of preliminary proceedings based on an objection which in effect asserts that there is no dispute within the meaning of the compromissory clause sought to be invoked for the reason that the treaty containing the clause is irrelevant to the applicant's claim. The determination of such an objection cannot extend to the question whether, on a true construction of the treaty, the asserted obligation exists. This would be a matter for the merits in the ordinary way; preliminary proceedings cannot change that.

There being no desire to extend this opinion unduly, it is simply submitted that the 1972 changes in the Rules of Court did not abrogate the fundamental principle that a preliminary decision cannot decide, or even prejudge, issues belonging to the merits. The idea that, in determining preliminary objections, the Court's enquiry could "touch" on the merits went back to the 1920s. The 1972 amendments encouraged the Court to proceed along earlier established lines and consequently to dispose of preliminary objections even if the Court would have to "touch" on the merits, but only within the limits of the equally long-settled principle that the Court cannot determine or prejudge the merits at the preliminary stage; the 1972 amendments did not authorize the Court to depart from this principle. Therefore, all that the Court can decide in preliminary proceedings of this kind is whether the applicant's construction of the treaty is or is not arguable.

cherait au stade préliminaire, c'est le point de savoir si le demandeur peut présenter une interprétation défendable du traité pour étayer sa demande, suivant laquelle le traité s'applique bien aux faits allégués. Il resterait alors à décider, au stade du fond, si le traité, valablement interprété, s'applique effectivement à ces faits.

Si l'on estime que cet exemple a fâcheusement pour effet d'obliger à poursuivre la procédure jusqu'au stade du fond, la réponse tient à ceci, qui a maintes fois été noté, que la Cour n'est pas dotée d'un mécanisme de filtrage inspiré de celui qui existe dans certains régimes de droit interne, grâce auquel il est possible d'examiner et de trancher en partie au fond avant d'avoir normalement atteint ce stade. Dans ces régimes, il est possible en effet, avant d'avoir normalement atteint la phase du fond, qu'en donnant leur valeur maximale aux faits allégués par le demandeur ces faits ne justifient pas la demande parce que l'obligation revendiquée n'existe pas en droit ou bien que, si elle existe, les faits allégués n'en constituent pas une violation. La Cour n'a pas encore adopté pour pratique dans sa procédure de « rayer » ainsi la requête d'un demandeur. Le Statut n'indique pas, sauf de façon indirecte au paragraphe 6 de l'article 36, de procédure à suivre en ce qui concerne les exceptions préliminaires. Tout demandeur est habilité par le Statut à plaider devant la Cour au fond, normalement, tant pour montrer que, en droit, l'obligation alléguée existe que pour montrer aussi que, dans les faits, le défendeur a violé ladite obligation. Le malentendu s'instaure quand on ne prend pas garde à cette différence entre la procédure de la Cour et celle de certains systèmes internes et qu'on veut circonscrire la procédure préliminaire relative à une exception qui revient en fait à affirmer qu'il n'y a pas de différend au sens de la clause compromissaire invoquée parce que le traité énonçant cette clause est sans rapport avec la demande présentée. Pour statuer sur pareille exception on ne peut pas aller jusqu'à se poser la question de savoir si, d'après une interprétation juste du traité, l'obligation revendiquée existe ou non. Cela relèverait du fond, sous sa forme habituelle; une procédure préliminaire ne peut rien y changer.

Pour ne pas allonger indûment la présente opinion, nous dirons simplement que les modifications apportées au Règlement de la Cour en 1972 n'ont pas abrogé le principe fondamental qui est qu'une décision préliminaire ne peut pas trancher ni même préjuger de questions litigieuses relevant du fond. L'idée qu'en se prononçant sur des exceptions préliminaires la Cour pouvait, lors de son examen, « effleurer le fond » remontait aux années vingt. Les amendements de 1972 ont incité la Cour à continuer de suivre la voie dans laquelle elle s'était déjà engagée, et par conséquent à statuer sur des exceptions préliminaires même si elle devait alors « effleurer le fond », mais elle ne le ferait alors que dans le cadre du principe, lui aussi admis depuis longtemps, suivant lequel la Cour ne peut pas régler ni préjuger le fond au stade préliminaire; les amendements de 1972 n'ont pas autorisé la Cour à déroger à ce principe. Par conséquent, tout ce que la Cour peut régler, lors d'une procédure préliminaire de ce caractère, c'est le point de savoir si l'interprétation que le demandeur donne du traité est ou non défendable.

One accepts that, since jurisdiction depends on consent, the Court has to decide definitively, and not provisionally, that the particular dispute is "within the category of disputes for which the [Respondent] has accepted the jurisdiction of the Court" (*Mavrommatis Palestine Concessions, Judgment No. 2, 1924, P.C.I.J., Series A, No. 2*, p. 29; and see *ibid.*, p. 16). But a distinction has to be drawn between the making of a definitive decision as to whether the dispute falls within the stipulated category of disputes and the criterion on which the decision is made. There is no reason why a definitive decision of that kind can not be made on the basis of a criterion based on a possibility — in this case, the possibility that the applicant can present an arguable construction of the instrument to support its claim. Other areas of the law show that a court could well take definitive decisions on the basis of its appreciation of a possibility.

The circumstance that the correct criterion to be employed was not argued in the line of cases ending with the recent case concerning *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* does not mean that those cases should be disregarded. But that circumstance may be properly borne in mind in considering the value of other and more fully reasoned cases which suggest that the task of the Court at this stage is not to make a definitive interpretation of the treaty, but only to determine whether the construction of the treaty on which the applicant relies is an arguable one in the sense mentioned above. It is respectfully submitted that this is the correct position, and that that adopted by the Court is mistaken.

HOW CAN A RELATIVITY TEST BE APPLIED?

The conclusion is reached then that the Court's statement in *Ambatielos* that it "is not necessary for the Court to find . . . that the [claimant] Government's interpretation of the treaty is the correct one" is applicable to the determination of any issue (however worded) as to whether the instrument relied on is relevant to the claim. It follows that, since the Court cannot at this stage place a definitive construction on the 1955 Treaty and consequently cannot thereby set up a known benchmark by reference to which it could determine whether there is a reasonable connection between the Treaty and the claim, all that the Court can do in determining whether such a connection exists is to say whether the interpretation given by the applicant to the treaty "relied upon appears to be one of the possible interpretations that may be placed upon it, though not necessarily the correct one . . ." (*Ambatielos, Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1953*, p. 18).

Further, in determining whether the requisite connection exists, it is useful to consider that, in the nature of things, it is only in exceptional and clear cases that the Court may find that an applicant's assertion that the instrument relied on gave the right claimed lacks "some serious juridi-

Il est entendu que, puisque la compétence repose sur le consentement, la Cour doit décider une fois pour toutes, et non à titre provisoire, que le différend dont il s'agit « rentre dans le cadre de ceux pour lesquels le [défendeur] a accepté la juridiction de la Cour » (affaire des *Concessions Mavrommatis en Palestine*, arrêt n° 2, 1924, C.P.J.I. série A n° 2, p. 29; et voir aussi *ibid.*, p. 16). Mais il faut faire une distinction entre statuer définitivement sur le point de savoir si le différend rentre ou non dans la catégorie voulue de différends et, par ailleurs, le critère sur lequel la décision repose. Il n'y a pas de raison qui empêche de rendre une décision définitive de cet ordre à partir d'un critère correspondant à une éventualité. L'éventualité est que le demandeur puisse présenter une interprétation défendable de l'instrument sur lequel il fonde sa demande. D'autres domaines du droit montrent qu'un tribunal peut très bien rendre des décisions définitives en appréciant une éventualité.

Le fait que le bon critère à utiliser n'ait pas été défendu dans une série d'affaires dont la dernière en date est celle relative à l'*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide* ne signifie pas qu'il ne faut pas tenir compte desdites affaires. Mais il est utile de se rappeler le fait pour mesurer l'intérêt d'autres décisions plus pleinement motivées qui donnent à penser que la Cour, à ce stade, a pour tâche non de donner une interprétation définitive du traité mais seulement de décider si l'interprétation du traité sur laquelle le demandeur se fonde est défendable au sens indiqué ci-dessus. Nous nous permettons respectueusement de dire que c'est là l'optique à adopter, et que la position adoptée par la Cour est erronée.

COMMENT APPLIQUER UN CRITÈRE DE RELATIVITÉ?

Nous en déduisons, par conséquent, que ce que dit la Cour dans l'affaire *Ambatielos*, qu'« il n'est pas nécessaire pour la Cour d'arriver à la conclusion ... que l'interprétation du traité avancée par le Gouvernement [demandeur] ... est l'interprétation correcte », peut s'appliquer dès qu'il faut trancher le point (quel qu'il soit, quel que soit son énoncé) de savoir si l'instrument invoqué a bien un rapport avec la demande. Dès lors, comme la Cour ne peut pas à ce stade donner une interprétation définitive du traité de 1955 et que, par conséquent, elle ne peut pas se doter d'un repère grâce auquel elle pourrait établir s'il y a un rapport raisonnable entre le traité et la demande, tout ce qu'elle peut faire, quand elle cherche si un tel rapport existe, c'est de dire si l'interprétation que donne le demandeur du traité « qu'il invoque apparaît comme l'une des interprétations auxquelles cette disposition peut se prêter, sinon nécessairement comme la vraie... » (*Ambatielos*, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1953, p. 18).

En outre, lorsqu'on cherche à établir si le rapport voulu existe, on a intérêt à se rappeler qu'il est de la nature des choses pour la Cour de ne parvenir que dans des cas exceptionnels et évidents à la conclusion que la requête d'un demandeur soutenant que l'instrument invoqué confère le

cal basis", to use one of the phrases employed by the Court. Counsel would not advise litigation unless it was considered that some serious juridical basis existed. That thought does not of course absolve the Court of its responsibility to exclude cases lacking that characteristic; but it does advise caution. If the Court has to wrestle its way to the conclusion that a claim lacks a serious juridical basis, that is scarcely a case for exclusion. The Jaffa claims in the *Mavrommatis Palestine Concessions* case are illustrative. There the Court held that the dispute between the two Governments concerning the claims "has no connection with Article 11 of the Mandate and consequently does not fall within the category of disputes for which the Mandatory has accepted the jurisdiction of the Court" (*P.C.I.J., Series A, No. 2*, p. 29). In coming to this conclusion — and the word "connection" may be noted — the Court observed that it was "impossible to maintain" an argument leading to the opposite effect (*ibid.*, p. 28). Translated into the terminology of the later jurisprudence, that observation in a very early case would mean that, in the view of the Court, the applicant's construction of the instruments relied on as capable of showing the necessary "connection" between the claims and Article 11 of the Mandate was simply not arguable in the sense mentioned above.

How then is it to be determined whether the applicant's construction of the treaty is arguable? An objection that there is no reasonable connection between a claim and the treaty relied on really raises a dispute as to whether there is a dispute within the meaning of the compromissory clause which is sought to be invoked. So, it is helpful to recall that, as a general matter, there is no dispute within the meaning of the law where the claim lacks any reasonably arguable legal basis or where it is manifestly frivolous or unsupportable (*Nuclear Tests (Australia v. France)*, *I.C.J. Reports 1974*, p. 430, Judge *ad hoc* Barwick, dissenting, and *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, *Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986*, p. 535, Judge Jennings, dissenting. See also the analogous views of Judge *ad hoc* Spiropoulos in his separate opinion in *Ambatielos, Preliminary Objection, Judgment, I.C.J. Reports 1952*, p. 56). As was observed in the joint dissenting opinion in the *Nuclear Tests (Australia v. France)* case:

"if an applicant were to dress up as a legal claim a case which to any informed legal mind could not be said to have any rational, that is, reasonably arguable, legal basis, an objection contesting the legal

droit revendiqué n'a pas de «base juridique sérieuse», pour reprendre l'une des formules que la Cour emploie sur ce thème. Un conseil ne recommanderait pas l'action judiciaire s'il n'était convaincu que la demande est suffisamment fondée. Cette considération n'exonère évidemment pas la Cour de l'obligation d'écarter toute requête à laquelle ce fondement fait défaut; mais c'est une considération qui incite à la prudence. Si la Cour éprouve beaucoup de peine à conclure que la demande n'est pas suffisamment fondée, elle n'a pas vraiment lieu d'écarter cette demande. Les réclamations relatives à Jaffa, dans l'affaire des *Concessions Mavrommatis en Palestine*, sont un bon exemple. A cette occasion, la Cour a décidé que le différend opposant les deux gouvernements au sujet de ces réclamations-là «ne regard[ait] pas l'article 11 du mandat, et partant, ne rentr[ait] pas dans le cadre de ceux pour lesquels le mandataire a accepté la juridiction de la Cour» (*C.P.J.I. série A n° 2*, p. 29). En parvenant à cette conclusion — et peut-être faut-il retenir l'expression «ne regarde pas» [équivalant au terme «connection» de la version anglaise, c'est-à-dire dans le sens de «rapport»] — la Cour a fait observer qu'«on ne saurait» soutenir une thèse aboutissant à la conclusion opposée (*ibid.*, p. 28). Retranscrite dans la forme adoptée par la jurisprudence ultérieure, cette observation, empruntée à une affaire très ancienne, reviendrait à dire que, de l'avis de la Cour, l'interprétation donnée par le demandeur des instruments invoqués pour établir l'existence du «rapport» nécessaire entre les réclamations présentées et l'article 11 du mandat n'était tout simplement pas défendable au sens indiqué ci-dessus.

Comment faut-il alors établir si l'interprétation du traité donnée par le demandeur est défendable? L'exception suivant laquelle il n'y a pas de rapport raisonnable entre une demande et le traité invoqué revient en fait à montrer qu'il y a un différend sur le point de savoir s'il existe un différend au sens de la clause compromissoire dont on veut se prévaloir. Il est donc bon de se rappeler qu'en règle générale il n'y a pas de différend au sens juridique quand la demande est dépourvue de fondement juridique que l'on puisse raisonnablement faire valoir ou qu'elle est manifestement frivole ou insupportable (affaire des *Essais nucléaires (Australie c. France)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 1974*, opinion dissidente de M. Barwick, p. 430, et affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique)*, fond, arrêt, *C.I.J. Recueil 1986*, opinion dissidente de sir Robert Jennings, p. 535. Voir également l'avis analogue qu'exprime M. Spiropoulos dans l'opinion individuelle publiée à l'occasion de l'affaire *Ambatielos*, exception préliminaire, arrêt, *C.I.J. Recueil 1952*, p. 56.) On peut lire dans l'opinion dissidente commune jointe à l'arrêt dans l'affaire des *Essais nucléaires (Australie c. France)*:

«si un demandeur essayait de faire passer pour juridique une prétention dont aucun juriste éclairé ne pourrait admettre qu'elle repose sur la moindre base juridique rationnelle, c'est-à-dire raisonnable-

character of the dispute might be susceptible of decision *in limine* as a preliminary question" (*I.C.J. Reports* 1974, p. 364, para. 107).

A tenable view is that whether the Applicant's construction of the Treaty in this case is "arguable", or whether it is "sufficiently plausible," or whether the Treaty is "of relevance" to the claim, or whether the claim has some "serious juridical basis", is likewise to be decided by the Court from the point of view that might be taken by "any informed legal mind". The Court can only hold that the Applicant's construction is not "arguable", or that it is not "sufficiently plausible", or that the Treaty is not "of relevance" to the claim, or that the claim lacks some "serious juridical basis", or that the corresponding criterion set by other similar formulations is not met, if, from the point of view of an informed legal mind, it finds that the construction relied on is not based on rational and reasonably arguable grounds, account being taken of the fact that, as was remarked by Brierly, "different minds, equally competent may and often do arrive at different and equally reasonable results"⁴. To hold that this opens the way to inadmissible subjectivity is to misunderstand the processes of judicial thought: an ultimate standard by which the Court appreciates many a legal issue is that set by the informed legal mind.

In sum, the law in action — as I also believe, the legal scientific community — gives recognition to the possibility of an arguable contention being made that a given situation falls within a certain juridical category as well as to the impossibility of an arguable contention being made to that effect. In the first situation, there is a reasonable chance that the contention may or may not prevail; in the second, it is clear that the contention must fail. In other words, the law in some cases allows for an evaluation of the prospects of success, with resulting legal consequences. In like manner, the jurisprudence of the Court discloses a jurisdictionally significant distinction between a claim which is based on an arguable construction of the instrument relied on and a claim which is not based on an arguable construction of the instrument relied on. In all these cases the Court judges by the standard set by an informed legal mind.

⁴ Sir Hersch Lauterpacht and C. H. M. Waldock (eds.), *The Basis of Obligation in International Law and Other Papers by the Late James Leslie Brierly*, 1958, p. 98. Or, as it was said in an English case,

"Two reasonable [persons] can perfectly reasonably come to opposite conclusions on the same set of facts without forfeiting their title to be regarded as reasonable. . . . Not every reasonable exercise of judgment is right, and not every mistaken exercise of judgment is unreasonable." (*Per* Lord Hailsham, *In re W. (An Infant)*, [1971] AC 682, HL, p. 700.)

ment soutenable, il serait alors possible de trancher *in limine* à titre de question préliminaire une exception contestant la nature juridique du différend» (*C.I.J. Recueil 1974*, p. 364, par. 107).

On peut donc être d'avis que, pour établir si l'interprétation du traité que donne en l'espèce le demandeur est «soutenable», ou «suffisamment plausible», si le traité est «pertinent» par rapport à la demande, ou encore si la demande est suffisamment fondée, la Cour doit également en décider comme pourrait le faire n'importe quel «juriste éclairé». La Cour ne pourra estimer que l'interprétation du demandeur n'est pas «soutenable», ou qu'elle n'est pas «suffisamment plausible», ou que le traité est dénué de «pertinence» par rapport à la demande, ou que la demande «n'est pas suffisamment fondée», ou encore que le critère équivalent qui correspond à d'autres formules du même ordre n'est pas rempli, que si, du point de vue de n'importe quel juriste éclairé, elle parvient à la conclusion que l'interprétation invoquée n'est pas rationnellement fondée ni raisonnablement défendable, compte tenu du fait que, comme Brierly l'a fait observer, «deux esprits différents tout aussi éclairés l'un que l'autre peuvent aboutir et aboutissent souvent à des conclusions différentes et tout aussi raisonnables»⁴. Croire qu'on ouvre par là la voie à une subjectivité inadmissible serait méconnaître le cheminement de la réflexion du juge. La Cour jauge souvent en définitive les questions juridiques à l'aune qu'établit le juriste éclairé.

En somme, la pratique du droit — et je crois aussi le milieu scientifique du droit — admet qu'il soit possible de soutenir valablement qu'une certaine situation relève d'une certaine catégorie juridique et qu'il soit en même temps impossible de formuler à cet effet une thèse défendable. Dans le premier cas, il y a quelque chance raisonnable que la prétention soit retenue ou ne le soit pas; dans le second cas, il est clair que la prétention échouera. Autrement dit, dans certains cas, le droit autorise à évaluer les perspectives de succès, avec les conséquences juridiques auxquelles il faut s'attendre. De même, la jurisprudence de la Cour fait apparaître une distinction importante sur le plan juridictionnel entre une demande reposant sur une interprétation défendable de l'instrument invoqué, et une demande qui ne repose pas sur une interprétation défendable de l'instrument invoqué. Dans toutes ces affaires-là, la Cour décide suivant la norme définie par le juriste éclairé.

⁴ Sir Hersch Lauterpacht et C. H. M. Waldock (dir. pub.), *The Basis of Obligation in International Law and Other Papers by the Late James Leslie Brierly*, 1958, p. 98. Ou bien, comme on l'a dit à l'occasion d'une affaire en Angleterre:

Deux [personnes] raisonnables peuvent raisonnablement aboutir à des conclusions opposées à partir des mêmes faits sans pour autant perdre le droit d'être considérées comme raisonnables ... Exercer raisonnablement son jugement ne produit pas toujours un résultat juste, mal exercer son jugement ne produit pas toujours un résultat déraisonnable.» (Lord Hailsham, *In re W. (An Infant)*, [1971] AC 682, HL, p. 700.)

THE JUDGMENT IN RELATION TO PARTICULAR PROVISIONS
OF THE TREATY

If a lower test, such as that of a reasonable connection, is the right one, it would strengthen the Judgment on some points, although also tending on other points to yield results which might not be exactly the same as those reached by the Court on the basis of the higher test used by it.

In a prefatory way, it would be right to have regard to the nature of the case. The Respondent admits that it destroyed the Applicant's oil platforms in question, but it says that it did so in self-defence against previous acts of aggression committed against it by the Applicant. If the Applicant accepted that the Respondent was acting in self-defence but sought to contend that the Treaty nonetheless prohibited the use of force in self-defence, its contention to that effect would, in terms of the jurisprudence referred to above, be unarguable to the point of being artificial. In that event, it would be the duty of the Court to say at this stage that such a contention could not found a dispute as to the interpretation or application of the Treaty within the meaning of its compromissory clause and accordingly to hold that the Court has no jurisdiction thereunder. To hold otherwise would be to overlook the responsibility of the Court to defend its process against abuse.

But the Applicant does not accept that the Respondent was acting in self-defence; nor does it make the improbable assertion that the Treaty prohibits the use of force in self-defence. It is saying that the use of force by the Respondent was aggressive and that such use of force by one Party against the other is prohibited by the Treaty (apart from any prohibition flowing from general international law). The Respondent rightly accepts that, for jurisdictional purposes, the Court has to proceed on the footing that the Applicant is correct in its allegations as to what were the facts relating to the merits. (For supporting *dicta*, see *Mavrommatis Palestine Concessions, Judgment No. 2, 1927, P.C.I.J., Series A, No. 2*, pp. 74-75, dissenting opinion of Judge Moore, and *Nottebohm, Second Phase, Judgment, I.C.J. Reports 1955*, p. 34, dissenting opinion of Judge Read). In particular, the Respondent accepts that it is not open to the Court at this stage of the proceedings to make a finding on its contention that it was acting in self-defence (CR 96/13, p. 61). It is on this basis that the present issues should be approached.

*

As to Article I of the Treaty, in addition to the elements of the Preamble referred to in the third paragraph of paragraph 27 of the Judgment, relating to trade, investments, economic intercourse and consular

L'ARRÊT PAR RAPPORT À CERTAINES DISPOSITIONS
DU TRAITÉ

Si c'est un critère minimaliste, par exemple celui d'un rapport raisonnable, qui est le bon critère, cela donnerait plus de poids à l'arrêt sur certains points, mais sur d'autres cela produirait vraisemblablement des résultats qui ne seraient peut-être pas exactement les mêmes que ceux auxquels la Cour est parvenue en appliquant un critère maximaliste.

Avant tout, il serait bon de considérer la nature de l'espèce. Le défendeur admet qu'il a détruit les plates-formes pétrolières du demandeur, qui sont en cause, mais il dit l'avoir fait au titre de la légitime défense pour répondre à des actes d'agression commis à son encontre par le demandeur. Si ce dernier acceptait que le défendeur ait agi au titre de la légitime défense mais cherchait à soutenir que le traité invoqué interdisait néanmoins le recours à la force au titre de la légitime défense, ses arguments à cet effet seraient, du point de vue de la jurisprudence évoquée ci-dessus, indéfendables au point d'être artificiels. Dans ce cas-là, la Cour serait tenue de dire à ce stade que pareille argumentation ne peut pas fonder un différend relatif à l'interprétation ou à l'application du traité au sens de la clause compromissaire qui y est énoncée et serait par conséquent tenue de décider qu'elle n'est pas compétente. Toute autre décision reviendrait pour la Cour à oublier qu'elle doit se protéger contre les abus de procédure.

Mais le demandeur n'accepte pas l'idée que le défendeur ait agi par souci de légitime défense; il n'adopte pas non plus l'argument peu plausible tendant à dire que le traité interdit le recours à la force dans les cas de légitime défense. Il dit que le recours à la force par le défendeur correspondait à une agression et que l'emploi de la force dans ces conditions par l'une des parties contre l'autre est interdit par le traité (mise à part toute interdiction découlant du droit international général). Le défendeur de son côté accepte très justement que la Cour, à des fins juridictionnelles, doive partir du principe que le demandeur allègue des faits exacts en ce qui concerne le fond du différend (pour différents avis qui confortent l'idée, voir l'affaire des *Concessions Mavrommatis en Palestine*, arrêt n° 2, 1924, C.P.J.I. série A n° 2, p. 74-75, opinion dissidente de M. Moore, et l'affaire *Nottebohm*, deuxième phase, arrêt, C.I.J. Recueil 1955, p. 34, opinion dissidente de M. Read). En particulier, le défendeur accepte que la Cour ne puisse pas à ce stade de la procédure formuler de conclusion sur le moyen de la légitime défense qu'il a fait valoir (CR 96/13, p. 61). C'est donc sous cet angle que les points à trancher en l'espèce doivent être abordés.

*

En ce qui concerne l'article premier du traité, outre les éléments du préambule dont il est fait état au troisième alinéa du paragraphe 27 de l'arrêt, les échanges, les investissements, les relations économiques et

relations, the Preamble, in its opening sentences, stated that the parties were "desirous of emphasizing the friendly relations which have long prevailed between their peoples, of reaffirming the high principles in the regulation of human affairs to which they are committed . . .". Stressing this part of the Preamble as being also pertinent to an appreciation of the object and purpose of the Treaty, the Applicant emphasized that Article I (which has no counterpart in the FCN Treaty in *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua*) is in any event not a preambular statement; it is part of the operative provisions of the Treaty. Being an operative provision, it might be thought that it is at least arguable that it is not merely "aspirational", but that it has a normative character — that it propounds a rule of conduct. There is not in principle any reason why parties cannot by treaty bind themselves legally to live in firm and enduring peace and sincere friendship with each other. In *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua*, the Court recognized that it was possible for parties by an appropriately worded treaty to bind themselves "to abstain from any act toward the other party which could be classified as an unfriendly act, even if such act is not in itself the breach of an international obligation" (*Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* (*Nicaragua v. United States of America*), *Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986*, pp. 136-137, para. 273). To determine whether there is jurisdiction to decide whether Article I of the 1955 Treaty is such a provision, the Court would have needed to ask whether the close and extensive arguments between the Parties (not here fully recited) sufficed to show that the Applicant's construction of the provision was an arguable one, even if it might later turn out to be incorrect. This has not been the Court's approach.

There is a further point. The Court seems to have proceeded on the basis that, if the provision does not create a legal obligation, that suffices to negative the existence of jurisdiction (see Judgment, paras. 31 and 52). However, even if the provision does not create a legal obligation, it need not follow that there cannot be a dispute as to its interpretation or application so as to give the Court jurisdiction. As has been noted above, unlike the position in some other treaties, the compromissory clause in this case applies in relation to the whole of the treaty, and not only to some parts of it; the clause speaks of "[a]ny dispute . . . as to the interpretation or application of the present Treaty . . .". Article I is part of the Treaty. There can be a dispute between the Parties as to whether it creates a legal norm. That dispute can be a dispute within the meaning of the compromissory clause and can give rise to jurisdiction. The Court has not pursued the enquiry along these lines.

Also, if the existence of a dispute as to whether Article I of the Treaty creates a legal obligation suffices to confer jurisdiction, there could be cir-

consulaires, le même préambule, dans ses premières phrases, dit que les parties sont «animé[e]s du désir de développer les relations amicales qui unissent depuis longtemps leurs deux peuples, de réaffirmer dans la direction des affaires humaines les principes supérieurs auxquels [elles] sont attaché[e]s...» Soulignant que cette partie du préambule est également pertinente quand on veut apprécier l'objet et le but du traité, le demandeur a fait valoir que l'article premier (qui n'a pas d'équivalent dans le traité d'amitié, de commerce et de navigation invoqué dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua*) n'est en tout cas pas un élément de préambule. L'article fait partie des dispositions de fond du traité et, à ce titre, il est en tout cas défendable de soutenir qu'il ne s'agit pas seulement de l'expression d'un «vœu», que cette disposition a un caractère normatif, qu'elle énonce une règle de conduite. Il n'y a en principe pas de raison qui interdise aux parties de prendre par voie de traité l'engagement juridique d'instaurer entre elles une paix stable et durable et une amitié sincère. Dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua*, la Cour a reconnu qu'il était loisible à des parties de s'obliger, par la voie d'un traité rédigé comme il convient, de «s'abstenir de tout acte envers l'autre partie qui puisse être considéré comme inamical, même s'il ne viole pas en lui-même une obligation internationale» (*Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique)*, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1986, p. 136-137, par. 273). En cherchant à établir si elle a ou non compétence pour décider si l'article premier du traité de 1955 est ou non une disposition de ce type, la Cour aurait dû se demander si l'argumentation serrée et abondante à laquelle les parties se sont livrées (que nous ne reprenons pas ici intégralement) suffisait à montrer que l'interprétation de ladite disposition présentée par le demandeur était défendable, même s'il devait apparaître ultérieurement que cette interprétation était erronée. Mais la Cour n'a pas procédé ainsi.

Encore un point. La Cour semble être partie de l'idée que, si la disposition en question ne crée pas d'obligation juridique, cela suffit à lui ôter compétence (voir arrêt, par. 31 et 52). Toutefois, même si la disposition ne crée pas d'obligation juridique, il ne s'ensuit pas nécessairement qu'il ne peut pas y avoir de différend relatif à son interprétation ou à son application qui puisse conférer compétence à la Cour. Comme on l'a vu plus haut, à la différence de la position adoptée dans certains autres traités, la clause compromissoire en l'espèce s'applique à la totalité du traité et non pas seulement à certaines parties de l'instrument; la clause vise en effet «[t]out différend ... quant à l'interprétation ou à l'application du présent traité...» L'article premier fait partie du traité. Il peut y avoir un différend entre les Parties sur le point de savoir si cet article premier crée ou non une norme juridique. Ce différend peut être un différend au sens de la clause compromissoire et peut conférer compétence. La Cour n'a pas engagé sa recherche dans cette voie.

En outre, au cas où l'existence d'un différend sur le point de savoir si l'article premier du traité crée une obligation juridique suffirait à conférer

cularity in holding that there is no jurisdiction because the provision does not create a legal obligation. Whether it creates a legal obligation is the substance of the dispute and can only be ascertained in exercise of jurisdiction to determine the dispute. On the test which it has used, the Court has not had occasion to consider whether a holding that the provision creates no legal obligation presupposes the existence of the jurisdiction which has been found wanting in respect of the provision.

Finally, I entertain a reservation over the Court's treatment of the Respondent's internal documentation relating to its ratification procedures (Judgment, para. 29, first paragraph). This material does not form part of the *travaux préparatoires* of the previously ended treaty negotiations or part of the circumstances of the conclusion of the Treaty. Nor does it evidence any subsequent practice of the Parties in the application of the Treaty which establishes their agreement regarding its interpretation. The argument based on the fact that the material was in part introduced by the Applicant is a powerful one; but perhaps it does not go far enough. It is necessary to distinguish between the material and what it proves, and more particularly as compared with what has to be proved. In *Anglo-Iranian Oil Co.*, in the view of the Court what had to be proved was the intention of a single party in making a declaration which was treated by the Court as a unilateral statement, and not as a treaty provision; the material in question was regarded as admissible to prove that intention (*I.C.J. Reports 1952*, p. 107). In this case, what has to be proved is the common intention of both Parties as expressed in the text of the concluded treaty. The Court does not say that the material in question shows that the Applicant's understanding of the Treaty was the same as the Respondent's. Taken at the highest in favour of the Respondent, what the material shows is that the Respondent's then understanding of the Treaty was the same as its present understanding. But this unilateral consistency does not make the material relevant to proof of that which has to be proved; what is relevant is not the Respondent's separate understanding, however consistent, but the common intention of both Parties as expressed in the terms of the concluded Treaty.

*

As to Article IV, paragraph 1, of the Treaty, the Judgment favours the Applicant on all points, save one. This concerns the meaning of the word "treatment" in the phrase "fair and equitable treatment" appearing in that provision. The result of the Court's reasoning is that the word does not cover a case of State destruction by armed force. If, as seems likely,

compétence, on risquerait de tourner en rond en décidant qu'il n'y a pas compétence parce que la disposition en question ne crée pas d'obligation juridique. Qu'elle crée ou non une obligation juridique est une question qui relève du fond du différend et cela ne peut être établi qu'à condition d'exercer la compétence voulue pour trancher le différend. Avec le critère qu'elle a retenu, la Cour n'a pas eu l'occasion d'examiner si décider que la disposition ne crée pas d'obligation juridique présuppose l'existence de la compétence dont l'absence a précisément été constatée au sujet de ladite disposition.

Mon dernier point est celui-ci: j'ai une réserve à formuler sur la façon dont la Cour traite la documentation interne du défendeur qui concerne ses procédures de ratification (arrêt, par. 29, premier alinéa). Ces documents ne font pas partie des travaux préparatoires des négociations concernant le traité qui ont précédemment pris fin, ni partie des circonstances entourant la conclusion du traité. Cette documentation ne donne pas non plus la preuve qu'une pratique ultérieure des Parties en ce qui concerne l'application du traité établit qu'elles ont du traité une interprétation commune. L'argument tiré du fait que la documentation est en partie présentée par le demandeur est fort convaincant; mais peut-être ne va-t-il pas assez loin. Il faut faire la distinction entre la documentation et ce qu'elle prouve, et tout particulièrement sous l'angle de ce qu'il convient de prouver. Dans l'affaire de l'*Anglo-Iranian Oil Co.*, de l'avis de la Cour, ce qu'il fallait prouver c'était l'intention d'une des parties lorsqu'elle a fait une déclaration que la Cour a traitée comme une déclaration unilatérale et non pas comme une disposition conventionnelle; le texte en question a été considéré comme admissible aux fins de faire la preuve de l'intention recherchée (*C.I.J. Recueil 1952*, p. 107). En l'espèce, ce qu'il faut prouver, c'est la commune intention des deux Parties telle qu'elle s'exprime dans le texte du traité qui a été conclu. La Cour ne dit pas que la documentation en question montre que le demandeur donne du traité la même interprétation que le défendeur. Quand on se range le plus près possible du côté du défendeur, ce que la documentation prouve, c'est que le défendeur interprétait à l'époque le traité exactement comme il l'interprète actuellement. Mais cette cohérence unilatérale ne donne pas de caractère probant à la documentation visée par rapport à ce qu'il faut prouver; ce qui est pertinent, ce n'est pas l'interprétation individuelle du défendeur, même si elle est parfaitement cohérente, mais c'est la commune intention des deux Parties telle qu'elle s'exprime dans les dispositions du traité qui a été conclu.

*

En ce qui concerne le paragraphe 1 de l'article IV du traité, l'arrêt prend position pour le demandeur sur tous les éléments sauf un. Il s'agit du sens du terme «traitement» dans l'expression «traitement juste et équitable» figurant dans la disposition. Le raisonnement tenu par la Cour débouche sur l'idée que le terme ne s'étend pas à la destruction

the word covers a case of property which is, by armed force, taken and retained by a State for its own use, it may be arguable that it likewise covers a case of property which is, by armed force, taken by the State by destroying it: the idea that property destroyed is property taken is known to law⁵. Hence, if a State takes property, either for its own use or for the purpose of destroying it, there could be a question whether that constitutes impermissible "treatment" in one case as much as in the other. On the test which it has used, the Court has not had occasion to consider a question of this kind.

In a subsidiary way, I would add that the last three sentences of paragraph 36 of the Judgment rest on a misconception. True, as is obvious, Article IV, paragraph 1, of the Treaty does not regulate military action by one party against the other. But it does not follow that military action cannot result in a violation of that provision, as is suggested by this part of the Judgment. Elsewhere, in paragraph 21, the Judgment correctly recognizes that the use of force could lead to a breach of the provisions of the Treaty, even if the Treaty does not regulate the use of force. There was no state of war between the Parties, and no question of the Treaty being suspended; on the contrary, as paragraph 15 of the Judgment makes clear, both Parties agreed that the Treaty was at all times in effect. The use of armed force could obviously involve impermissible treatment of the nationals of a party or of their property, contrary to the obligations imposed by Article IV, paragraph 1, of the Treaty.

*

On the other hand, the following may be added in support of the position taken by the Court on Article X, paragraph 1, of the Treaty:

First, as to whether, in the phrase "commerce and navigation" appearing in Article X, paragraph 1, of the Treaty, the word "commerce" is qualified by the word "navigation" so as to refer only to maritime commerce as submitted by the Respondent. In its 1986 Judgment in the *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* case, the Court considered that the laying of mines in the port constituted "an infringement . . . of the freedom of communications and of maritime commerce" (*I.C.J. Reports 1986*, p. 129, para. 253). But that remark was based on certain navigation rights existing under "customary international law" (*ibid.*, p. 112, para. 214); thus, the Court spoke of "obligations under customary international law . . . not to interrupt peaceful maritime com-

⁵ See *Corpus Juris Secundum*, Vol. 29A, 1965, pp. 442 ff.

opérée par un Etat au moyen de la force armée. Si, comme il est vraisemblable, le terme s'étend au cas où des biens sont saisis par un Etat au moyen de la force armée pour être utilisés par lui, on pourrait soutenir que le terme couvre également le cas où des biens seraient, au moyen de la force armée, saisis par l'Etat du fait qu'il les détruit: l'idée que des biens détruits sont des biens saisis est connue en droit⁵. Donc, si un Etat saisit des biens soit pour les utiliser lui-même soit pour les détruire, on peut se demander si cela constitue un «traitement» illicite dans un cas tout comme dans l'autre. D'après le critère qu'elle a retenu, la Cour n'a pas eu l'occasion de se pencher sur une question de cet ordre.

A titre subsidiaire, j'ajouterai que les trois dernières phrases du paragraphe 36 de l'arrêt reposent sur une erreur d'interprétation. Certes, c'est évident, le paragraphe 1 de l'article IV du traité ne réglemente pas les actions militaires menées par l'une des parties contre l'autre. Mais il ne s'ensuit pas que des actions militaires ne puissent aboutir à violer cette disposition, contrairement à ce que tend à faire croire ce passage de l'arrêt. Ailleurs, au paragraphe 21, l'arrêt reconnaît très justement que l'emploi de la force pourrait aboutir à violer les dispositions du traité, alors même que le traité ne réglemente pas l'emploi de la force. Il n'existait pas d'état de guerre entre les parties, son application n'était certainement pas suspendue. Bien au contraire, comme le montre le paragraphe 15 de l'arrêt, les deux Parties ont l'une et l'autre admis que le traité a toujours été en vigueur. Le recours aux forces armées pouvait manifestement aboutir à traiter de façon illicite les nationaux de l'une des parties, ou leurs biens, contrairement à l'obligation imposée par le paragraphe 1 de l'article IV du traité.

*

En revanche, il est possible d'étayer la position que la Cour a adoptée au sujet du paragraphe 1 de l'article X du traité par quelques arguments supplémentaires, que voici:

En premier lieu, nous nous arrêterons sur le point de savoir si, dans l'expression «commerce et ... navigation» qui figure au paragraphe 1 de l'article X du traité, le terme «commerce» est précisé par le terme «navigation» de façon à désigner exclusivement, comme le soutient le défendeur, le commerce maritime. Dans l'arrêt qu'elle a rendu en 1986 dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, la Cour a estimé que le minage du port constituait une «atteinte à la liberté de communication et du commerce maritime» (*C.I.J. Recueil 1986*, p. 129, par. 253). Mais l'observation était fondée sur certains droits de navigation relevant du «droit international coutumier» (*ibid.*, p. 111, par. 214); la Cour a donc parlé d'«obligations [qu'] ... impose le droit

⁵ Voir *Corpus Juris Secundum*, vol. 29A, 1965, p. 442 et suiv.

merce" (*I.C.J. Reports 1986*, p. 147, para. 292 (6)). When the Court came to consider whether the laying of mines violated the "freedom of commerce and navigation" clause set out in Article XIX, paragraph 1, of the 1956 FCN Treaty, it did not speak of "maritime commerce"; it spoke of the respondent's "obligations under Article XIX of the" FCN Treaty (*ibid.*, p. 147, para. 292 (7)). It is legitimate to suppose that this careful difference in expressions signified that the Court wished to avoid being thought to be limiting "freedom of commerce" under the Treaty to freedom of *maritime* commerce. Also, if, as it seems, the Court considered that freedom of commerce under Article XIX, paragraph 1, of the Treaty was not limited to maritime commerce but embraced all forms of commerce, this would explain why the Court held that the respondent, "by the attacks on Nicaraguan territory . . . has acted in breach of its obligations under Article XIX of the Treaty . . ." (*ibid.*, p. 148, para. 292 (11)). It was on the basis of a contrary view that the clause was "exclusively devoted to matters of maritime commerce" that Judge Oda expressed dissatisfaction with this part of the Judgment (*ibid.*, p. 251, para. 84, dissenting opinion). There is some basis for reading the Court's 1986 Judgment as leading to the conclusion that freedom of "commerce and navigation" under Article X, paragraph 1, of the 1955 Treaty between the Parties in this case was not restricted to *maritime* commerce.

Second, as to the argument — an argument of some force — that the oil platforms in question related to production and not to commerce. There is manifestly a distinction between the two processes; but where the precise line is to be drawn between them is less clear in the case of an industry in which production was closely articulated to external commerce. Take the hypothesis (suggested by paragraph 51, first paragraph, of the Judgment) of a State being dependent for its foreign currency earnings on its exports of locally produced oil. Conceivably, another State, desiring to eliminate the commerce productive of these export earnings, may proceed either to blockade the export facilities or to destroy the oil production facilities. It is not altogether clear that the particular method employed lessens the fact that, either way, the second State would have accomplished its purpose of eliminating the first State's commerce in oil. The suggested distinction, in its strict form, is not easily accommodated by the Treaty when this is interpreted in the geopolitical framework in which it was negotiated: the shelter given to commerce was intended, at the time when it was given, largely for the future protection of export-oriented economic interests of the Respondent's corporations in the Applicant's oil industry. Some weight may be accorded to the Applicant's proposition that the same words in similar treaties may have different meanings when the particular treaty is interpreted in the special context in which it was negotiated. These considerations may be neither right nor decisive; but they are sufficient to suggest that the Applicant

international coutumier ... de ne pas interrompre le commerce maritime pacifique» (*C.I.J. Recueil 1986*, p. 147, par. 292, point 6). Et quand la Cour en est venue à examiner si le minage violait la liberté de commerce et de navigation faisant l'objet de la disposition énoncée au paragraphe 1 de l'article XIX du traité d'amitié, de commerce et de navigation de 1956, la Cour n'a pas parlé de «commerce maritime»; elle a parlé d'«obligations découlant [pour le défendeur] de l'article XIX du traité d'amitié, de commerce et de navigation» (*ibid.*, p. 147, par. 292, point 7). Il est légitime de supposer que cette nuance dans l'expression signifiait que la Cour ne voulait pas être considérée comme limitant «la liberté de commerce» prévue par le traité à la liberté de commerce *maritime*. De plus, si, comme il semble bien, la Cour estimait que la liberté de commerce envisagée au paragraphe 1 de l'article XIX du traité n'était pas limitée au commerce maritime mais s'étendait à toutes les formes de commerce, cela expliquerait pourquoi la Cour a estimé que le défendeur, «par les attaques [menées] contre le territoire du Nicaragua ... [a] violé [ses] obligations découlant de l'article XIX du traité...» (*ibid.* p. 148, par. 292, point 11). C'est parce qu'il estimait au contraire que la disposition en question «trait[ait] exclusivement de questions relatives au commerce maritime» que M. Oda, dans son opinion dissidente, a dit ne pas souscrire à cet aspect de l'arrêt (*ibid.*, p. 251, par. 84). Il paraît donc assez justifié de déduire de cet arrêt de la Cour de 1986 que la liberté de commerce et de navigation visée au paragraphe 1 de l'article X du traité de 1955 entre les Parties à la présente instance n'était pas limitée au commerce *maritime*.

Nous nous arrêtons ensuite sur l'argument — de poids — suivant lequel les plates-formes pétrolières en cause sont des moyens de production et non de commerce. Il y a manifestement une distinction à faire entre les deux processus; mais il est assez difficile de savoir où se situe vraiment la ligne de démarcation quand il s'agit d'une branche dans laquelle la production est très étroitement liée au commerce extérieur. Prenons par hypothèse le cas (suggéré par le premier alinéa du paragraphe 51 de l'arrêt) d'un Etat dont les recettes en devises sont tributaires de ses exportations de pétrole, le pétrole étant en l'occurrence produit localement. On peut imaginer qu'un autre Etat, souhaitant anéantir le commerce qui apporte ces devises d'exportation au premier Etat, décide soit de faire le blocus des installations d'exportation, soit de détruire les installations de production pétrolière. Il n'est pas possible de voir très nettement si la méthode retenue atténue le fait que, d'une façon comme de l'autre, le second Etat aura atteint son objectif, qui est d'anéantir le commerce pétrolier du premier Etat. La distinction suggérée, à strictement parler, ne se déduit pas facilement du traité lui-même quand on le replace pour l'interpréter dans le cadre géopolitique dans lequel il a été négocié: si le commerce est ainsi protégé, c'est parce qu'on voulait à l'époque essentiellement assurer pour l'avenir la protection d'intérêts économiques axés sur l'exportation que des sociétés du défendeur avaient acquis en participant à l'industrie pétrolière du demandeur. On peut suivre jusqu'à un certain point le demandeur quand il soutient que les

may be correctly allowed to argue in favour of its point of view at the merits stage.

DISADVANTAGES TO THE PARTIES OF THE COURT'S TEST

If, for the foregoing reasons, it is thought that the Court's test creates some disadvantages for the Applicant, it need not be assumed that it leads to no disadvantages for the Respondent; it does. And they could be serious.

Take the holdings against the Respondent in paragraphs 21 and 51 of the Judgment. It is true that a holding on jurisdiction does not conclude issues at the merits. But if, in deciding the jurisdictional issue, the Court could competently render a definitive interpretation of the Treaty, it is difficult to see how that interpretation could fail to govern at the merits stage, where that stage is reached. In the first of the two holdings referred to, the Court rejects the Respondent's contention that the Treaty of 1955 cannot apply to questions concerning the use of force. Theoretically, it may be argued that this holding would not prevent the Respondent from arguing at the merits stage that the Treaty cannot apply to questions concerning the use of force⁶. But, given the importance of the opposite interpretation to the holding made by the Court at the preliminary stage, it is difficult to see how that interpretation could be reversed at the merits stage. In practice, the Respondent would thus be prevented from putting forward at the merits stage an argument essential to the substance of its case; in a conceivable case, even though not in this, that might be the respondent's only argument on the substance. In the second of the two holdings, the Court rejects the Respondent's contention that the claims of the Applicant cannot be founded upon Article X, paragraph 1, of the Treaty of 1955. Would not this holding likewise prevent the Respondent from arguing at the merits stage that the claims of the Applicant cannot be founded upon Article X, paragraph 1, of the Treaty of 1955?

In the normal way, these are issues which the Respondent is considered free to argue at the merits stage for the reason that they bear on the question of the existence of the legal obligations which have been allegedly

⁶ See Georges Abi-Saab, *Les exceptions préliminaires dans la procédure de la Cour internationale*, 1967, p. 246.

mêmes termes figurant dans des traités similaires revêtent peut-être un sens différent quand, afin de l'interpréter, on replace le traité dans le contexte particulier dans lequel il a été négocié. Ces considérations ne sont peut-être ni justes ni déterminantes; mais elles donnent en tout cas à penser que le demandeur pourrait être autorisé à défendre ce point de vue au stade du fond.

LES INCONVÉNIENTS LIÉS POUR LES PARTIES AU CRITÈRE RETENU
PAR LA COUR

Si l'on estime pour les raisons ci-dessus que le critère retenu par la Cour crée certains inconvénients pour le demandeur, on ne doit pas pour autant tenir pour acquis qu'il ne crée aucun inconvénient pour le défendeur; il en crée. Et ces inconvénients pourraient être graves.

Voyons par exemple les constatations que la Cour formule à l'encontre du défendeur aux paragraphes 21 et 51 de l'arrêt. Il est vrai qu'en se prononçant sur la compétence la Cour ne s'engage pas sur des points relevant du fond. Mais si, en statuant sur la question de la compétence, la Cour peut valablement énoncer une interprétation définitive du traité, il est difficile de voir comment cette interprétation pourrait ne pas s'imposer au stade du fond au cas où l'on devrait aller jusqu'à ce stade. Dans la première des deux constatations sur lesquelles nous nous arrêtons, la Cour rejette la thèse du défendeur suivant laquelle le traité de 1955 ne peut pas s'appliquer à des questions ayant trait à l'emploi de la force. Théoriquement, on pourrait soutenir que pareille décision n'empêcherait nullement le défendeur de faire valoir, au stade du fond, que le traité n'est pas applicable à des questions ayant trait à l'emploi de la force⁶. Mais vu l'importance que revêt l'interprétation contraire pour la décision rendue par la Cour au stade préliminaire, il est difficile de voir comment cette interprétation pourrait être inversée au stade du fond. Concrètement, cela signifie que le défendeur serait ainsi empêché de faire valoir au stade du fond un argument pourtant fondamental de sa défense; on pourrait même imaginer, bien que tel ne soit pas le cas de figure en l'espèce, que ce soit le seul argument de fond que le défendeur puisse faire valoir. Dans la seconde des deux constatations évoquées, la Cour rejette la thèse du défendeur suivant laquelle les réclamations du demandeur ne peuvent pas s'appuyer sur le paragraphe 1 de l'article X du traité de 1955. Est-ce que pareille constatation n'empêcherait pas également le défendeur de faire valoir au stade du fond que les réclamations du demandeur ne peuvent pas s'appuyer sur ce paragraphe 1 de l'article X du traité de 1955?

Normalement, ce sont là des points que le défendeur est censé être totalement libre de faire valoir au stade du fond parce qu'ils touchent à la question de l'existence des obligations juridiques qui auraient été violées.

⁶ Voir Georges Abi-Saab, *Les exceptions préliminaires dans la procédure de la Cour internationale*, 1967, p. 246.

breached. The right to argue at the merits that the alleged obligations did not exist in law is distinct from the right to rely, by way of defence on the merits, on the matters specified in Article XX, paragraph 1 (*d*), of the Treaty, a subject discussed in paragraph 20 of the Judgment. The right to rely on such specified matters by way of defence on the merits is not therefore an answer to the fact that the Judgment deprives the Respondent of the opportunity to argue that the obligations in question did not in the first instance exist. There would be no need to rely on the specified matters by way of defence on the merits if it was established that the alleged obligations did not exist in law.

These difficulties do not arise if the correct jurisdictional test is whether the Applicant's construction of the Treaty is an arguable one. If all that the Court holds is that the Applicant's interpretation of the Treaty is an arguable one, it does not follow that the Court is saying that the Respondent's interpretation is wrong. Both interpretations could be arguable; indeed, it may happen that the Applicant's interpretation does not prevail at the merits stage, and that it is the Respondent's interpretation which is eventually upheld. On this approach, nothing would prevent the Respondent from advancing its interpretation of the Treaty at the merits stage. But the argument then will be a different one. It will not be addressed to the preliminary question whether the Applicant can present an arguable contention that the Treaty applies to the alleged acts; it will be addressed to the substantive question whether the Treaty applies to those acts. The former question, which is decided in exercise of the Court's *compétence de la compétence*, goes to the right of the Applicant to have its claim adjudicated. By contrast, the latter question, which is decided in exercise of the Court's substantive jurisdiction, goes to the adjudication of the claim on the basis that the Applicant has a right to have the claim adjudicated. It goes to the question whether the obligation, which the Applicant claims was breached, exists in law: if the obligation does not exist, there could be no breach of any obligation and the claim that there was a breach of an obligation fails on the merits.

CONCLUSION

Possibilities for improvement do not prevent me from giving support to the *dispositif* in the form in which it stands. I have given that support. It appears to me, however, that the Court has not paid sufficient regard to the fact that the question at this stage is not whether the Applicant's claims are sound in law, but whether the Applicant is entitled to an adjudication of its claims. The neglect to distinguish between these issues as consistently as was required corresponds with the fact that the Court has sought to make a definitive determination of the meaning of the 1955 Treaty, whereas, in my view, it should merely have asked whether the construction of the Treaty on which the Applicant relied was an arguable

Le droit de soutenir au stade du fond que les obligations alléguées n'existaient pas au sens juridique est distinct du droit de faire valoir pour sa défense au fond les questions expressément visées au paragraphe 1 *d*) de l'article XX du traité, distinction qui fait l'objet du paragraphe 20 de l'arrêt. Le droit de se fonder sur ces matières-là pour se défendre au fond ne peut donc pas répondre au fait que l'arrêt ôte au défendeur la possibilité de soutenir que les obligations en question n'existaient pas au départ. Il serait inutile d'invoquer lesdites matières pour se défendre au fond s'il était établi que les obligations alléguées n'existaient pas en droit.

Ces difficultés ne se présentent pas si l'on applique à la question de la compétence le bon critère qui est de déterminer si le demandeur donne du traité une interprétation défendable. Si la Cour se borne à décider que l'interprétation du traité adoptée par le demandeur est défendable, il ne s'ensuit pas que la Cour dit que l'interprétation du défendeur est erronée. Les deux interprétations peuvent être soutenables; d'ailleurs, il peut arriver qu'au stade du fond l'interprétation du demandeur ne l'emporte pas et que ce soit l'interprétation du défendeur qui soit finalement retenue. Dans cette perspective, rien n'empêcherait le défendeur de proposer sa propre interprétation du traité au stade du fond. Mais l'argumentation sera alors différente. Elle ne sera pas axée sur la question préliminaire de savoir si le demandeur peut valablement soutenir que le traité s'applique aux actions alléguées; elle visera la question de fond de savoir si le traité s'applique ou non auxdites actions. La première question que la Cour tranche quand elle exerce sa compétence de la compétence porte sur le droit du demandeur à ce que la Cour connaisse de sa demande. Par opposition, la seconde question, que la Cour tranche dans l'exercice de sa compétence au fond, concerne l'examen judiciaire de la demande à partir du moment où le demandeur a droit à voir sa demande jugée. Il s'agit alors de la question de savoir si l'obligation qui aurait été violée selon le demandeur existe ou non en droit: si l'obligation n'existe pas, aucune obligation ne peut avoir été violée et la demande selon laquelle il y a eu infraction à une obligation échoue au stade du fond.

CONCLUSION

Les aménagements qu'il est possible de lui apporter ne m'empêchent pas de souscrire au dispositif de l'arrêt sous la forme qu'il revêt. J'ai donc voté pour ce dispositif. Il me paraît toutefois que la Cour ne s'est pas assez intéressée au fait que la question à ce stade n'est pas de savoir si les réclamations du demandeur sont fondées en droit, mais de savoir si le demandeur a bien droit à ce que la Cour connaisse de ses réclamations. Si elle ne fait pas la distinction entre ces deux questions avec autant de constance qu'elle aurait dû, c'est que la Cour a voulu établir de façon définitive le sens du traité de 1955 alors qu'à mon avis elle aurait dû se contenter de rechercher si l'interprétation du traité qu'invoquait le demandeur

one, even if it might eventually turn out to be incorrect. The respectful impression with which I thus leave the case is that the test which the Court has used has precluded it from asking the right questions. In the result, the principle on which the Judgment is constructed is not adequate to do full justice to either Party; it creates unnecessary disadvantages for both.

(Signed) Mohamed SHAHABUDDEEN.

était défendable, même au cas où il se révélerait finalement que cette interprétation est erronée. Je me permets donc de dire que j'ai l'impression que le critère retenu par la Cour l'a empêchée de poser les bonnes questions. Par suite, le principe sur lequel l'arrêt est bâti ne peut rendre pleinement justice à aucune des Parties; il les dessert inutilement l'une et l'autre.

(Signé) Mohamed SHAHABUDDEEN.
