OPINION INDIVIDUELLE DE M. LE JUGE SIMMA

[Traduction]

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

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

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

comme je viens de le dire, je ne souscris aux décisions de la Cour que sur le premier des deux points qui y sont tranchés¹, c'est pour une considération de *Rechtspolitik*: je me félicite en effet que la Cour ait saisi l'occasion offerte par le fait que les Etats-Unis aient invoqué l'article XX du traité de 1955 pour se prononcer sur les limites juridiques du recours à la force à un moment où ces limites sont extrêmement fragilisées. Même si, à mon avis, la Cour a fait preuve d'une retenue excessive en s'acquittant de ce que je considère comme sa mission, je ne veux pas me dissocier de ce qui est tout de même une confirmation, certes trop hésitante, du *jus cogens* de la Charte des Nations Unies.

I. LES DEMANDES DE L'IRAN

A. Introduction

1. Comme nous le rappelle opportunément le paragraphe 37 de l'arrêt, le différend initial entre les Parties à la présente espèce portait sur la licéité, au regard du droit international relatif à l'emploi de la force, autrement dit de la Charte des Nations Unies et du droit international coutumier, des attaques menées par les Etats-Unis contre les plates-formes pétrolières. Le paragraphe 37 indique aussi que, au moment de ces attaques, aucune des deux Parties n'avait mentionné le traité d'amitié de 1955. Lorsque, par la suite, l'Iran invoqua le traité comme base de la compétence de la Cour, il tenta d'asseoir cette compétence non seulement sur le paragraphe 1 de l'article X du traité, mais aussi sur l'article premier et le paragraphe 1 de l'article IV. Dans son arrêt de 1996 sur l'exception préliminaire des Etats-Unis, la Cour ne retint comme base de compétence que le paragraphe 1 de l'article X² — ce qui pourrait paraître surprenant compte tenu de l'article premier du traité, qui dispose qu'«[i]l y aura paix stable et durable et amitié sincère entre les Etats-Unis ... et l'Iran». Selon la Cour, cependant, l'article premier ne devait pas être interprété comme incorporant dans le traité l'ensemble des dispositions du droit international concernant les relations pacifiques et amicales. Il fallait plutôt le regarder comme fixant un objectif à la lumière duquel les autres dispositions du traité devaient être interprétées et appliquées³. Ainsi, la Cour conclut-elle, l'article premier n'était «pas sans portée juridique» pour l'interprétation des autres dispositions du traité pertinentes en l'espèce, notamment celles du paragraphe 1 de l'article X⁴.

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

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

³ *Ibid.*, p. 814, par. 28.

⁴ *Ibid.*, p. 815, par. 31.

En fait, la pertinence que reconnaît le présent arrêt à l'article premier ne peut être considérée que comme minimale⁵.

2. Quoi qu'il en soit, l'arrêt de 1996 a bien décidé que «[l]es questions relatives à l'emploi de la force ne sont ... pas exclues en tant que telles du champ d'application du traité de 1955»⁶. En conséquence, le paragraphe 1 de l'article X, sur la liberté de commerce⁷, qui a un caractère plutôt pratique, constitue aujourd'hui le proverbial chas de l'aiguille par lequel la Cour doit faire passer son analyse de la question de l'emploi de la force armée par les Etats-Unis. Et le chas de l'aiguille a en fait été encore rétréci en l'espèce, jusqu'à devenir impénétrable, par la décision rendue au fond par la Cour sur la demande de l'Iran fondée sur la violation du paragraphe 1 de l'article X.

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

4. Pour en revenir à l'ordre dans lequel ces questions sont abordées dans l'arrêt, les Etats-Unis eux-mêmes ont dit qu'il n'y avait pas de raison impérieuse pour que la Cour examine la question de la violation de l'article X avant d'aborder celle de l'article XX. Selon le défendeur, en conséquence, l'ordre dans lequel les questions doivent être abordées relève de la discrétion de la Cour⁸. La manière dont la Cour a exercé cette discrétion me paraît donc inattaquable.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

force par des *obiter dicta* fermes et sans équivoque. Tout le monde est conscient de la crise que traverse actuellement le système de maintien de la paix et de la sécurité des Nations Unies, système dont le paragraphe 4 de l'article 2 et l'article 51 de la Charte sont les pierres angulaires. Nous nous trouvons actuellement au seuil d'un débat extrêmement polémique sur la question de savoir si les limites fixées par la Charte des Nations Unies à l'emploi unilatéral de la force armée resteront valables pour l'avenir¹⁰. Dans ce débat, ayant à juger une affaire qui s'y prête, la Cour devrait saisir toutes les occasions pour que la voix du droit de la Charte s'élève au-dessus de la cacophonie ambiante. Après tout, la Cour internationale de Justice n'est pas un tribunal arbitral ou une institution régionale quelconque : elle est l'organe judiciaire principal des Nations Unies. Ce que nous sommes bien obligés de constater en dehors de la Cour, c'est que, de plus en plus, on rejette ne serait-ce que l'apparence d'une justification juridique de l'emploi de la force à l'intérieur du système établi par la Charte des Nations Unies, en même temps qu'un nombre croissant d'auteurs semblent se préparer à voir enterrer purement et simplement les restrictions qu'impose le droit international à cet égard. S'il y a là une indication de la direction dans laquelle pourrait s'orienter le discours juridico-politique sur l'emploi de la force non autorisé par la Charte, que nous faut-il de plus pour comprendre qu'il n'y a jamais eu autant d'urgence à ce que la Cour s'exprime aussi clairement et de manière aussi explicite que possible sur cette question ? En fait, ce que la Cour a décidé de dire — ou plutôt de ne pas dire — dans le présent arrêt est le résultat de la retenue excessive dont elle a inopportunément fait preuve.

7. Le paragraphe 78 de l'arrêt conclut que les attaques menées par les Etats-Unis contre les plates-formes pétrolières ne sauraient être justifiées, en vertu de l'alinéa *d*) du paragraphe 1 de l'article XX du traité de 1955, en tant que mesures nécessaires à la protection des intérêts vitaux des Etats-Unis sur le plan de la sécurité, dès lors qu'elles constituaient un recours à la force armée et ne pouvaient être considérées, au regard du « droit international relatif à cette question » (voir ci-dessous), comme des actes de légitime défense, et ne relevaient donc pas de la catégorie des mesures pouvant être prévues par cette disposition du traité « telle qu'elle doit être interprétée ». J'admets évidemment que ce passage peut — et même doit — être interprété comme indiquant implicitement que les actions des Etats-Unis, constituant un recours unilatéral à la force armée qui ne pouvait être considéré « au regard du droit international ... comme des actes de légitime défense », violaient le paragraphe 4 de l'article 2 de la Charte des Nations Unies. *Tertium non datur*. Il est très regrettable cependant que le raisonnement de la Cour ne l'amène pas à tirer cette nécessaire conclusion en renforçant du même coup sans équivoque l'inter-

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

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

8. Au lieu de quoi, le texte adopté par la majorité de la Cour explique ce qu'il faut entendre par le «droit international relatif à cette question» (arrêt, par. 78) d'une manière qui n'est pas loin de donner l'impression qu'elle s'efforce de laisser dans l'ombre le droit de la Charte au lieu de le mettre en lumière: tout au long des développements consacrés à l'examen des attaques des Etats-Unis à la lumière de l'article XX, il est question du «droit international relatif à cette question» (celle de l'emploi de la force), du «droit international applicable en l'espèce» ou des «règles pertinentes du droit international». Ce que sont ces règles pertinentes, applicables, etc., n'est dit en toutes lettres qu'une seule fois, et encore, dans une proposition incidente: au paragraphe 42 de l'arrêt, la Cour déclare que la compétence que lui confère le paragraphe 2 de l'article XXI du traité de 1955 pour régler toute question concernant l'interprétation ou l'application de (notamment) l'alinéa *d*) du paragraphe 1 de l'article XX l'autorise aussi, en tant que de besoin, à déterminer si une action présentée comme justifiée par ce paragraphe constituait ou non un recours illégitime à la force «au regard du droit international applicable en la matière, à savoir les dispositions de la Charte des Nations Unies et du droit international coutumier» (les italiques sont de moi). Je le répète: nulle part ailleurs, dans la partie de l'arrêt consacrée aux attaques américaines¹¹, la Charte des Nations Unies n'est expressément mentionnée. Il est difficile de voir dans cette façon de recouvrir le droit de la Charte d'un voile de mots du genre de ceux que j'ai cités plus haut une simple question de style: cela pourrait apparaître aussi, malheureusement, comme une dévalorisation on ne peut plus regrettable de la pertinence et de l'importance des règles de la Charte des Nations Unies sur l'emploi de la force — et cela précisément, comme je l'ai dit, au moment où la validité de ces règles est mise à très rude épreuve.

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

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

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

envisagé une mesure qui ne peut pas, en droit international général, se justifier même comme entrant dans le cadre de la légitime défense»¹². La Cour, au paragraphe 41 de l'arrêt, admet donc à juste titre le principe selon lequel les dispositions d'un traité doivent être interprétées et appliquées à la lumière du droit conventionnel applicable entre les parties ainsi que des règles de droit international général «entourant» le traité¹³. Et si ces règles générales de droit international ont un caractère impératif, comme c'est indéniablement le cas en l'espèce, alors le principe d'interprétation qui vient d'être mentionné devient une limite juridiquement infranchissable pour l'interprète.

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

11. Je souscris aussi fermement à l'opinion que la Cour a exprimée au paragraphe 73 de l'arrêt, disant que l'exigence que pose le droit international, selon laquelle des mesures prises au nom de la légitime défense doivent avoir été nécessaires à cette fin, est rigoureuse et objective et ne laisse aucune place à «une certaine liberté d'appréciation». A mon avis, il en est ainsi également en raison de l'article premier du traité de 1955 («Il

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

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

y aura paix stable et durable et amitié sincère entre les Etats-Unis ... et l'Iran») qui, selon l'arrêt rendu en 1996 par la Cour sur l'exception préliminaire des Etats-Unis, doit être regardé comme fixant un objectif à la lumière duquel les autres dispositions du traité doivent être interprétées et appliquées¹⁴. Le minimum auquel cet objectif doit conduire est une application particulièrement stricte du critère de «nécessité» prévu à l'alinéa *d*) du paragraphe 1 de l'article XX: chacun des mots utilisés dans le texte de cette disposition doit être soigneusement pesé et recevoir tout son sens. En conséquence, pour qu'une partie soit libérée de l'obligation découlant pour elle du paragraphe 1 de l'article X du traité, la mesure qu'elle prend doit être, premièrement, nécessaire et pas seulement souhaitable ou utile pour protéger ses intérêts vitaux sur le plan de la sécurité. Deuxièmement, elle doit être nécessaire pour protéger vraiment ces intérêts, et pas seulement pour les favoriser ou les promouvoir. Troisièmement, elle doit être nécessaire pour protéger les intérêts en matière de sécurité de l'Etat qui les prend. Quatrièmement, les intérêts en matière de sécurité pouvant ainsi être protégés doivent être vitaux. Enfin, il va de soi que la mesure doit concerner la sécurité de l'Etat défendeur lui-même. Puisque l'alinéa *d*) du paragraphe 1 de l'article XX instaure une exception au principe de la liberté de commerce et de navigation inscrit dans ce même traité et compte tenu, comme on l'a dit, de l'article premier, toutes ces conditions doivent faire l'objet d'un examen particulièrement attentif.

12. Je suis moins convaincu par l'argumentation par laquelle la Cour arrive dans son arrêt à la conclusion — correcte — que, puisque les attaques qu'avait menées l'Iran au moyen de mines, de canonnières ou d'hélicoptères contre les navires marchands des Etats-Unis ne constituaient pas «une agression armée» au sens de l'article 51 de la Charte, les actions des Etats-Unis ne peuvent se justifier en tant que mesures de légitime défense en vertu de cette disposition. Le texte du paragraphe 51 de l'arrêt risque de donner l'impression que, si des actions militaires offensives restent en deçà du seuil — extrêmement élevé — de l'article 51 de la Charte, la victime de ces actions n'a pas le droit de recourir à des mesures défensives également de nature militaire et strictement proportionnées. Le présent arrêt reprend sur ce point certains des énoncés les moins heureux de la Cour dans l'arrêt *Nicaragua* en 1986¹⁵. A mon sens, on ne peut nier que des mesures militaires strictement défensives peuvent être légitimement prises contre des attaques du type de celles qui ont frappé par exemple le *Sea Isle City* ou le *Samuel B. Roberts*. Ce que nous voyons dans ces exemples, c'est un usage illicite de la force qui reste «en deçà» de l'«agression armée» au sens de l'article 51, c'est-à-dire en deçà des «formes les plus graves de l'emploi de la force»¹⁶. Face à un

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

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

¹⁶ *Ibid.*, p. 101, par. 194.

recours à la force plus limité comme celui-ci, une mesure défensive — restant nécessairement aussi «en deçà» de ce que prévoit l'article 51 — doit être considérée comme licite¹⁷. En d'autres termes, je pense qu'il faudrait distinguer entre, d'une part, le (plein) recours à la légitime défense au sens de l'article 51 de la Charte face à une «agression armée» au sens de cette même disposition et, d'autre part, le cas d'un acte hostile, dirigé par exemple contre des navires isolés, d'un degré «en deçà» de celui qui est visé à l'article 51 et justifiant que la victime prenne des mesures défensives proportionnées, dont la nature et la quantité seront également «en deçà» de celles des mesures de légitime défense expressément autorisées par la Charte des Nations Unies. Je vois ici une certaine similitude avec l'affaire *Nicaragua*, dans laquelle la Cour a nié que les activités hostiles du Nicaragua contre El Salvador eussent constitué une «agression armée» au sens de l'article 51, susceptible d'ouvrir aux Etats-Unis le droit de légitime défense collective, préférant qualifier ces activités d'intervention militaire illicite. La Cour a estimé que, face à de tels actes illicites, seules des «contre-mesures proportionnées» étaient autorisées. Elle a déclaré :

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

C. Le paragraphe 1 de l'article X

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

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

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

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

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

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

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

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

- au moment de l'attaque lancée par les Etats-Unis contre les plates-formes de Reshadat — le 19 octobre 1987 —, il n'existait pas de commerce entre les territoires de l'Iran et des Etats-Unis s'agissant du pétrole produit par ces plates-formes et celles de Resalat²⁰, dans la mesure où celles-ci étaient en réparation et hors d'usage;
- au moment des attaques contre les plates-formes de Salman et de Nasr, le 18 avril 1988, tout commerce direct de pétrole entre les territoires de l'Iran et des Etats-Unis était suspendu en raison de l'embargo américain, et il n'y avait donc pas alors de commerce «entre les territoires» des parties au sens du traité.

22. Je suis en désaccord avec ces deux conclusions pour les raisons suivantes: comme la Cour permanente l'a fait observer dans l'affaire *Oscar Chinn*²¹, la liberté de commerce est la faculté de se livrer à toute activité commerciale, celle-ci ne comprenant pas seulement la vente et l'achat des marchandises, mais aussi l'industrie, et notamment l'industrie des transports. C'est sur la base de cette observation que la Cour, dans son arrêt de 1996 sur l'exception préliminaire des Etats-Unis, a retenu ce qu'elle appelle l'«interprétation naturelle» selon laquelle le mot «commerce», au paragraphe 1 de l'article X, inclut des activités commerciales en général, non seulement les activités d'achat et de vente proprement dites, mais également les activités accessoires qui sont intrinsèquement liées au commerce²². Conformément à cette conclusion, le présent arrêt inclut les plates-formes pétrolières dans les installations se livrant à de telles activités accessoires.

23. Ce dont je ne peux pas convenir, c'est que ces plates-formes pétrolières qui, au moment des attaques de 1987, étaient en réparation auraient pu perdre la protection garantie par le paragraphe 1 de l'article X du traité de 1955 du fait qu'elles étaient ainsi temporairement hors service. Premièrement, selon l'Iran, au moment des attaques des Etats-Unis, les plates-formes de Reshadat étaient sur le point d'être remises en service²³: d'après l'Iran, il était envisagé de reprendre la production quelques jours avant le début de l'embargo américain. Mais, même si les plates-formes de Reshadat avaient repris la production plus tard, c'est-à-dire pendant

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

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

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

²³ Voir le paragraphe 92 de l'arrêt.

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

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

25. Il y a plus important cependant: premièrement, je considère que la «liberté de commerce» au sens du paragraphe 1 de l'article X du traité implique que cette disposition s'applique non seulement au commerce effectif, en cours, mais aussi à la continuité du commerce. Deuxièmement, je comprends, comme l'Iran, que cette liberté suppose que les partenaires s'engagent à s'abstenir de toute action non autorisée par le droit international général ou expressément prévue par le traité qui les lie, qui pourrait créer pour l'autre partie des difficultés liées au commerce international²⁴. Ainsi, selon cette thèse, que je juge exacte sur ce point, la question fondamentale n'est pas celle du préjudice causé au commerce dans la pratique, mais la violation de la *liberté de se livrer au commerce*, qu'il y ait eu ou non effectivement des échanges commerciaux au moment de la violation.

26. Conclusion de cette interprétation de la «liberté de commerce» garantie par un traité qu'une partie à un traité prévoyant cette liberté aurait l'obligation d'accroître les capacités de l'autre partie à produire des biens destinés à ce commerce serait absurde. Mais ce qui en découle certainement, c'est qu'une partie ne doit pas empêcher l'autre d'utiliser ses capacités existantes, en particulier en les détruisant purement et simplement. Je ne vois pas d'autre façon d'interpréter ce qu'a dit la Cour en 1996, à savoir que «tout acte qui entraverait cette «liberté» s'en trouve prohibé»²⁵. En outre, en conséquence de l'interprétation — *in abstracto* pour ainsi dire — de la liberté de commerce que nous retenons ici, cette liberté n'est pas fondée sur une réalité de l'instant, elle implique une faculté pour l'avenir²⁶. Aussi la destruction des installations de Reshadat a-t-elle bien entravé la liberté qu'avait l'Iran de se livrer au commerce pétrolier aussi avec les Etats-Unis, peu important à cet égard que, à l'époque, les plates-formes eussent été hors d'état de fonctionner. Même s'il avait fallu à l'Iran plus de temps qu'il n'a dit pour remettre en état les

²⁴ Pellet, CR 2003/6, p. 28.

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

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

installations attaquées en 1987, l'acte consistant à les réduire en ruines constitue à mon avis la violation la plus évidente qui soit de sa liberté de commerce. Par conséquent, pour qu'il y ait eu violation du paragraphe 1 de l'article X, il n'était pas nécessaire qu'il y ait eu un flux de pétrole au moment des attaques des Etats-Unis, il suffisait que ces attaques aient rendu ce flux impossible. Prenons un exemple: supposons qu'une personne souffre d'un mal de gorge qui la rend aphone, la probabilité étant cependant qu'elle retrouvera sa voix au bout de quelques heures. Si quelqu'un bâillonnait cette personne pour l'empêcher de s'exprimer lorsqu'elle aurait recouvré l'usage de la parole, cet acte serait-il considéré comme une violation des droits de cette personne ou non? La réponse ne pourrait être qu'affirmative. C'est pourquoi je ne souscris pas à l'opinion exprimée au paragraphe 92 de l'arrêt selon lequel «une atteinte à la possibilité d'un commerce futur n'est pas nécessairement assimilable à une atteinte à la liberté de commerce au sens du paragraphe 1 de l'article X du traité de 1955».

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

28. En outre, je suis en désaccord avec le point de vue exprimé au paragraphe 98 de l'arrêt où il est dit que, puisque, au moment des attaques contre les plates-formes de Salman et de Nasr en avril 1988, le commerce du pétrole entre les territoires de l'Iran et les Etats-Unis avait été suspendu par l'*Executive Order* 12613 du président des Etats-Unis, ces plates-formes n'étaient plus non plus protégées en vertu du paragraphe 1 de l'article X du traité de 1955. Ainsi la Cour, tout en reconnaissant que, pendant l'embargo américain, des produits pétroliers dérivés en partie de pétrole brut iranien parvenaient aux Etats-Unis en très grandes quantités²⁷, juge que le commerce de ces produits ne constituait pas «un commerce entre les territoires de l'Iran et des Etats-Unis» entendu exclusivement au sens de commerce direct. En outre, l'arrêt considère apparemment que le commerce du pétrole et des produits pétroliers a perdu son «caractère direct» non pas parce que, ayant été mélangé avec du pétrole d'autres destinations, raffiné ou transformé, à Rotterdam par exemple, le pétrole brut iranien aurait pu perdre sa nationalité iranienne, en quelque sorte, mais parce que le commerce indirect comporte une succession de transactions commerciales faisant intervenir, outre un vendeur iranien et un acheteur américain, un ou plusieurs participants intermédiaires dans un pays tiers²⁸.

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

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

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

interétatique protégé par le traité ne peut que devenir la proie de manipulations privées. Pour apprécier correctement l'étendue de la protection, il faudrait selon moi établir une distinction nette entre le niveau du droit commercial international, c'est-à-dire du droit et des relations contractuelles régissant les transactions pétrolières entre parties privées d'une part, et celui du droit international public, c'est-à-dire du droit conventionnel, d'autre part: le traité de 1955 vise à protéger le «commerce entre les territoires des Parties» en tant que valeur ou bien appartenant, pour ainsi dire, aux Etats parties; il ne s'intéresse en aucune manière aux transactions privées qui réalisent ce commerce entre l'Iran et les Etats-Unis. Ainsi, ce sur quoi porte la protection du commerce prévue par le traité, c'est l'aspect macro-économique du commerce pétrolier. Et, à cet égard, la situation est la suivante: selon les renseignements fournis à la Cour, l'économie iranienne a bénéficié d'un accroissement des ventes de pétrole brut aux marchés d'Europe occidentale pendant la durée de l'embargo et, parallèlement, les importateurs américains ont accru leurs dépenses consacrées à des produits pétroliers sur ces marchés. Tout comme il y avait, dans un certain sens, un flux de pétrole iranien vers les Etats-Unis sous forme de pétrole brut «mélangé» ou de produits raffinés, il y avait aussi un flux correspondant de capitaux partant des Etats-Unis pour arriver finalement en Iran pour payer ces produits. A mon avis, cela suffit pleinement à constituer un «commerce entre les territoires» des deux Parties aux fins d'un traité commercial du type du traité de 1955. Il faut considérer le commerce du pétrole compte tenu des réalités de ce commerce²⁹. J'ai tendance à croire que, même avant la promulgation de l'embargo, il existait un commerce indirect de pétrole (ou de produits pétroliers), au sens où l'entend l'arrêt. Ce qui s'est passé après l'*Executive Order* 12613 du président des Etats-Unis, c'est que tout le commerce pétrolier entre l'Iran et les Etats-Unis est ainsi devenu indirect.

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

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

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

Etats-Unis; en 1988, les Etats-Unis recevaient 54,7% du total³⁰. Le professeur Odell conclut :

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

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

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

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

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

³¹ *Ibid.*, p. 12.

³² *Ibid.*, p. 9.

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

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

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

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

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

- a) en ce qui concerne les plates-formes de Reshadat³³ attaquées en 1987, il est possible que celles-ci auraient même pu recommencer à participer au commerce direct entre les territoires des deux pays avant l'entrée en vigueur de l'embargo américain. Après leur remise en service, il est certain qu'elles auraient participé au commerce indirect ;
- b) il en va de même de la plate-forme de Salman attaquée en avril 1988 ; quant à celle de Nasr attaquée à la même date, elle fonctionnait au moment de l'attaque, c'est-à-dire qu'elle participait au commerce protégé par le traité.

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

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

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

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

II. LA DEMANDE RECONVENTIONNELLE DES ÉTATS-UNIS

A. Introduction

35. Alors que l'arrêt analyse longuement la question de la compétence et celle de la recevabilité de la demande reconventionnelle des Etats-Unis, il fait comparativement peu de place aux questions de fond qui y sont soulevées. En particulier, les raisons données au paragraphe 123 de l'arrêt pour rejeter la demande reconventionnelle de caractère général me paraissent manifestement inadéquates: tout ce que l'arrêt trouve à dire à cet égard, c'est que les risques élevés que comportait la navigation dans le Golfe pendant la guerre Iraq-Iran ne sauraient suffire pour que la Cour décide que l'Iran a violé le paragraphe 1 de l'article X du traité de 1955, et aussi que les Etats-Unis n'ont pas pu démontrer que les activités hostiles de l'Iran aient constitué une entrave effective au commerce ou à la navigation entre les territoires des Parties. Après tout, nous dit le paragraphe 123 de l'arrêt, le commerce et la navigation entre l'Iran et les Etats-Unis se sont poursuivis pendant la guerre³⁴. Selon la Cour, dans les circonstances de la présente espèce, il n'est pas possible d'examiner une réclamation de caractère général alléguant la violation du paragraphe 1 de l'article X du traité de 1955 sans tenir compte des incidents précis mettant en cause un certain nombre de navires, incidents dont aucun, selon la Cour, n'a entraîné une atteinte à la liberté de commerce et de navigation protégée par le traité.

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

³⁴ Plus précisément, il est dit au paragraphe 123 que

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

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

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

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

38. L'Iran, dans ses écritures sur la demande reconventionnelle, a établi une distinction entre le contexte et la détérioration des conditions de la navigation dans le golfe Persique pendant la période en question, en général, et les incidents spécifiques cités par les Etats-Unis comme des violations des obligations découlant pour l'Iran du traité³⁵. Lorsqu'on regarde les écritures des Etats-Unis, cependant, on ne trouve pas trace d'une distinction expresse entre une demande reconventionnelle «générale» et une demande reconventionnelle «spécifique»³⁶: au contraire, dans le contre-mémoire et la demande reconventionnelle présentés par les Etats-Unis, la demande reconventionnelle est présentée sous forme d'une demande unique. Au stade des plaidoiries, les Etats-Unis ont en fait semblé rejeter cette distinction³⁷. J'emploie le mot «semblé» parce que la position des Etats-Unis n'était pas claire: après avoir, à ce qu'il parais-

³⁵ L'Iran a jugé

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

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

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

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

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

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

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

40. Pour bien délimiter les contours de la demande reconventionnelle générale, il est utile de se reporter à l'arrêt *Nicaragua* de 1986. Dans l'affaire *Nicaragua*, la Cour avait à examiner des violations analogues d'un traité semblable, qui protégeait aussi la liberté de commerce et de navigation «entre les territoires» des deux Parties. Pour apprécier l'entrave à la liberté de commerce et de navigation résultant des attaques des Etats-Unis contre les navires nicaraguayens, elle n'a pas jugé utile d'établir si les navires particuliers endommagés par des mines battaient pavillon nicaraguayen, et s'ils transportaient des marchandises entre les Etats-Unis et le Nicaragua³⁹ (et pourtant le paragraphe 1 de l'article XIX du traité d'amitié de 1956 entre les Etats-Unis et le Nicaragua, comme l'article X de notre traité, dispose: «Il y aura liberté de commerce et de navigation entre les territoires des deux Parties»).

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

³⁸ *Ibid.*, p. 43, par. 21.64.

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

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

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

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

B. Analyse

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

des assurances, etc., qui en a résulté pour tous ceux qui ont pris part au commerce entre les deux pays pendant la période considérée⁴⁰.

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

45. Les Etats-Unis ont décrit en détail les diverses actions menées par l'Iran qui ont endommagé des navires, rendu la navigation plus dangereuse et ralenti le passage⁴¹. Examinons ces activités hostiles.

Premièrement, je considère comme certain que l'Iran a posé des mines pour couler et endommager des navires — y compris des navires battant pavillon des Etats-Unis et d'autres navires faisant du commerce entre l'Iran et les Etats-Unis — qui naviguaient dans le Golfe et à proximité. A cet égard, l'incident du *Texaco Caribbean*, du 10 août 1987, est très instructif. Une semaine après que ce pétrolier eut heurté une mine, l'Iran a participé aux opérations de déminage dans cette zone et détruit un certain nombre de mines⁴². Une dépêche de l'agence Reuters indique que six mines y ont été découvertes pendant les trois jours qui ont suivi l'incident⁴³. Il est frappant que l'Iran n'ait identifié aucune des mines qu'il a trouvées et détruites; du moins, on n'en trouve pas d'indication dans le dossier. Ensuite, du 21 au 28 septembre 1987, la France et le Royaume-Uni ont mené des opérations de déminage dans la zone où s'était produit l'incident du *Texaco Caribbean*. Au cours de ces opérations, aucune mine n'a été détectée⁴⁴. Le 10 octobre 1987 (c'est-à-dire deux mois après l'incident du pétrolier), des bâtiments de guerre des deux pays sont retournés sur les lieux pour une seconde opération de déminage. Cette fois, cinq mines furent détectées, que le ministère de la défense du Royaume-Uni identifia comme des mines de type SADAF-02 de fabrication iranienne, à partir de leurs numéros de série et de leurs caractéristiques⁴⁵. Cela indique que l'Iran avait à nouveau mouillé des mines *après* avoir déminé la

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

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

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

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

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

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

⁴⁴ *Ibid.*, pièce 53.

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

zone à la suite de l'incident du *Texaco Caribbean*. Il paraît aussi extrêmement probable que les mines que l'Iran avait détruites sans les identifier au mois d'août étaient iraniennes⁴⁶.

46. Aux éléments de preuve concernant l'incident du *Texaco Caribbean*, on peut ajouter ceux qui résultaient des opérations de déminage entreprises par la marine des Etats-Unis au large du Koweït en juin 1987⁴⁷, ainsi que les opérations entreprises par le Koweït lui-même en juin 1987⁴⁸. Les mines retirées au cours de ces opérations ont été identifiées comme iraniennes après l'arraisonnement de l'*Iran Ajr* le 21 septembre 1987, parce qu'elles étaient identiques aux mines trouvées à bord de ce navire. Puis, en novembre 1987, les opérations de déminage ont permis de détecter des mines iraniennes à l'endroit où le *Bridgeton* avait été heurté. Ce ne sont là que quelques exemples des éléments de preuve montrant que l'Iran avait à maintes reprises mouillé des mines dans le golfe Persique pendant la période pertinente.

47. En outre, l'Iran n'a pas signalé aux navires circulant dans la zone en question qu'il avait posé des mines. Or, l'article 3 de la convention de La Haye (VIII) de 1907 relative à la pose de mines sous-marines automatiques de contact dispose que «toutes les précautions possibles doivent être prises pour la sécurité de la navigation pacifique»⁴⁹. Même les Etats qui n'ont pas ratifié la convention de La Haye ou qui n'y ont pas adhéré, comme l'Iran⁵⁰, ont une obligation de notification lorsqu'ils posent des mines⁵¹. Cette interdiction datant de 1907 a été reconfirmée par la Cour dans son arrêt *Nicaragua* de 1986, où elle dit :

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

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

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

⁴⁸ *Ibid.*, pièce 34.

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

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

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

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

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

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

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

48. Deuxièmement, les navires faisant le commerce entre l'Iran et les Etats-Unis ont subi des attaques aériennes de l'Iran⁵³. Que ces attaques aient été lancées à partir des plates-formes pétrolières, ou avec leur assistance, est sans pertinence à ce stade. Elles ont été menées par des avions et par des hélicoptères⁵⁴. Comme les attaques par mines, elles ont perturbé le commerce maritime dans le Golfe⁵⁵.

49. Troisièmement, les navires faisant le commerce entre l'Iran et les Etats-Unis ont aussi été attaqués par des canonnières iraniennes équipées de mitrailleuses et de lance-roquettes⁵⁶. Les Etats-Unis ont cité trois attaques de ce type dans leur demande reconventionnelle: les attaques menées contre le *Lucy*, l'*Esso Freeport* et le *Diane*⁵⁷. L'Iran a prétendu que ces attaques n'avaient pour ainsi dire pas causé de dégâts. Cependant, l'entrave à la liberté de commerce a résulté non pas des dégâts causés aux navires, mais plutôt de l'insécurité que ces attaques créaient pour la navigation marchande, y compris entre l'Iran et les Etats-Unis.

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

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

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

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

⁵⁴ *Ibid.*, p. 161, par. 6.04.

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

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

⁵⁷ *Ibid.*, p. 166, par. 6.08.

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

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

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

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

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

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

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

54. Les activités iraniennes ont aussi entraîné un accroissement des coûts de main-d'œuvre. De manière générale, la rémunération des membres d'équipage a dû être augmentée compte tenu des conditions de navigation de plus en plus dangereuses dans le Golfe. La navigation de jour devenant dangereuse, les navires commencèrent à naviguer de nuit pour éviter les attaques des hélicoptères iraniens, etc., ce qui a entraîné une nouvelle hausse de la rémunération de l'équipage⁶¹. C'est ainsi que la Chevron, société pétrolière américaine dont les pétroliers transportaient du pétrole brut entre le Golfe et les Etats-Unis pendant la guerre des pétroliers,⁶² avait donné à

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

55. En outre, à cause de la guerre qui faisait rage entre les deux pays, les primes des assurances relatives au commerce dans le Golfe augmentèrent aussi. Par exemple, deux jours après l'incident du *Texaco Caribbean*, le Lloyd's de Londres décida d'imposer une surprime immédiate pour risque de guerre équivalant à 0,125% de la valeur assurée de la coque des navires pour les navires mouillant dans les ports des Emirats arabes unis avant d'entrer dans le Golfe⁶⁴. A l'époque, la plupart des polices d'assurance maritime ne couvraient pas les dommages causés par les hostilités militaires dans les zones de guerre, et les compagnies étaient obligées de contracter des polices complémentaires couvrant le risque que couraient alors leurs navires dans le Golfe⁶⁵. Ces frais supplémentaires contribuaient à augmenter le coût de la navigation entre les pays du Golfe (y compris l'Iran) et les Etats-Unis⁶⁶.

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

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

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

⁶³ *Ibid.*, par. 7.

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

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

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

n'était pas susceptible de réparation en droit international⁶⁷. Que cet argument soit fondé ou non, cela n'est pas pertinent dans le présent contexte. Ce qui l'est, en revanche, c'est que l'augmentation des coûts du commerce a entravé la liberté de ce commerce entre les deux Parties.

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

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

58. Voyons pour finir quelques autres incidences financières qu'ont eues les actions de l'Iran sur la navigation commerciale entre l'Iran et les Etats-Unis: avant d'entrer dans le Golfe, les pétroliers devaient se débarrasser de tous leurs résidus de pétrole à bord par crainte des dangereuses explosions qui risquaient de se produire si un navire transportant du pétrole heurtait une mine ou était touché par un missile. Le coût de ces mesures était d'environ 50 000 dollars pour chaque voyage dans le Golfe⁷⁰. En outre, les navires passant dans le Golfe devaient naviguer plus rapidement (17 nœuds au lieu de 12-14 nœuds), ce qui les pénalisait lourdement et, incidemment, rendait la navigation plus dangereuse⁷¹. En outre, alors que, en temps normal, la traversée du Golfe se faisait sans escale, de nombreux navires devaient souvent s'arrêter deux fois en cours de route, pour éviter de naviguer de jour et permettre à la direction d'apprécier les risques d'attaque. En conséquence, la traversée du Golfe était plus longue et donc plus coûteuse pour les compagnies maritimes.

⁶⁷ CR 2003/14, p. 61, par. 41-43.

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

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

⁷⁰ DEU, annexe 180, par. 11.

⁷¹ *Ibid.*, par. 14.

Ainsi, la Chevron dépensait jusqu'à 40 000 dollars par jour en frais supplémentaires pendant que les navires étaient bloqués dans le Golfe, perte à laquelle il fallait ajouter le coût du capital investi (barils de pétrole immobilisé à bord (jusqu'à 50 millions de dollars pour un superpétrolier)⁷². D'autres coûts venaient encore s'ajouter à ceux-là, notamment le coût des escortes qui aidaient les navires à éviter les mines⁷³.

C. Conclusions

59. En posant des mines sans en avertir les navires commerciaux, en ne notifiant pas la présence des mines aux navires neutres et en harcelant de diverses façons les navires commerciaux de toutes les nationalités dans le golfe Persique, l'Iran a créé des conditions dangereuses et plus onéreuses pour la navigation commerciale entre les Parties⁷⁴. Comme je l'ai souligné en commençant, l'état de guerre entre l'Iran et l'Iraq ne justifiait pas de manière générale les activités hostiles de l'Iran parce que celles-ci, dans leur grande majorité, constituaient une violation du droit de la guerre et de la neutralité. En conséquence, la Cour aurait dû conclure que l'Iran avait violé ses obligations découlant du traité de 1955 et faire droit à la demande reconventionnelle générale des Etats-Unis.

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

⁷² DEU, annexe 180, par. 15.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

67. Commençons par la jurisprudence de la *common law* : dans une affaire célèbre jugée par la Cour suprême de Californie⁷⁶, le demandeur avait assigné les deux défendeurs pour les blessures que lui avait causées au visage et à l'œil droit une décharge de plombs tirée alors que les deux défendeurs étaient en train de chasser. Il était reconnu que les défendeurs avaient tous les deux tiré sur une caille, et qu'un plomb avait touché le demandeur à l'œil et un autre à la lèvre. Il n'y avait cependant aucun moyen de déterminer quel défendeur était à l'origine de quelle blessure. Les défendeurs soutenaient qu'ils n'étaient pas coresponsables puisqu'ils n'avaient pas agi de concert et qu'il n'y avait pas d'éléments suffisants pour établir lequel des deux était coupable de la négligence qui avait causé les blessures⁷⁷.

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

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

⁷⁶ *Summers c. Tice*, 33 Cal. 2d 80 (1948).

⁷⁷ *Ibid.*, p. 83.

⁷⁸ *Ibid.*, p. 84.

⁷⁹ *Ibid.*, p. 84.

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

Par souci de justice à l'égard du demandeur, la Cour renversa alors la charge de la preuve, demandant à chaque défendeur de prouver qu'il n'avait pas causé le préjudice. Cette preuve ne pouvant être rapportée, la Cour conclut à la responsabilité de l'un et de l'autre, et rejeta l'argument des défendeurs selon lequel il n'avait pas été établi de lien de causalité entre leurs actes et le préjudice du demandeur⁸¹. Mais surtout, elle rejeta aussi l'argument selon lequel le demandeur doit établir quelle part du dommage a été causée par chaque coauteur lorsqu'un dommage a été causé par plusieurs personnes et qu'il n'est pas possible de déterminer quelle part du dommage est imputable à chacune⁸².

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

69. Cette même solution a été adoptée par les tribunaux canadiens dans l'affaire *Cook c. Lewis*⁸⁴. Et selon Markesinis et Deakin, les tribunaux anglais, devant la question du concours de responsabilités, adopteront vraisemblablement la même approche⁸⁵.

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

⁸⁰ *Summers c. Tice*, 33 Cal. 2d 80 (1948), p. 85.

⁸¹ *Ibid.*, p. 87.

⁸² *Ibid.*, p. 88.

⁸³ Rest. 2d Torts, s. 433B, subsec. (3).

⁸⁴ *Cook c. Lewis* [1951], *Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada*, 830. Sur le droit canadien, voir aussi Jean-Louis Baudoin, *La responsabilité civile délictuelle*, 1973, p. 164, par. 235.

⁸⁵ Markesinis et Deakin, *Tort Law*, 4^e éd., 1999, p. 185.

intégrale à n'importe lequel d'entre eux⁸⁶. De toute façon, lorsque les tribunaux français ont eu à régler cette question dans le passé, ils ont normalement examiné l'*étendue* de la responsabilité (partielle ou totale) de chaque coauteur, et non pas la responsabilité en tant que telle. Lorsqu'ils ne pouvaient pas attribuer à chacun la responsabilité d'un dommage particulier, ils ont fait appel à des notions comme celles de «violation collective d'une obligation» ou «d'obligation collective de garde» à l'égard de la chose qui avait causé le dommage, même lorsque les coauteurs n'avaient manifestement pas agi de manière concertée, simplement par souci de justice pour la victime⁸⁷. En fait, cette solution avait déjà été adoptée en droit romain sous la forme de l'action *effusis et dejectis* (action concernant les choses versées ou jetées): lorsque quelqu'un avait été blessé par un objet tombant d'une fenêtre non identifiée d'un immeuble, tous les habitants de cet immeuble étaient considérés comme responsables du dommage⁸⁸.

71. On retrouve les mêmes principes en droit suisse: l'article 51 du Code des obligations dispose que, lorsque plusieurs personnes agissant indépendamment l'une de l'autre causent un dommage dont il n'est pas possible d'attribuer à chacune sa part, chacun des coauteurs peut être rendu responsable du tout — exactement comme dans le cas d'actes illicites commis de concert⁸⁹. Un commentateur s'exprime ainsi:

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

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

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

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

⁸⁸ *Ibid.*, p. 455, par. 1104.

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

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

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

«1. Lorsque plusieurs personnes ont causé un dommage par un fait illicite réalisé en commun, chacune d'elles est responsable du dommage. Il en est de même si l'on ne peut découvrir lequel, de plusieurs intéressés, a causé le dommage par son fait.

2. Instigateurs et auxiliaires sont assimilés aux coauteurs.»

La première phrase du paragraphe 1 de l'article 830 n'est pas pertinente ici parce qu'elle présuppose que les coauteurs poursuivaient un dessein commun, ce qui est aussi le cas du paragraphe 2. Par contre, la règle énoncée dans la seconde phrase du paragraphe 1 de l'article 830 est tout à fait pertinente, puisque sa fonction est précisément d'épargner à la victime la tâche difficile, sinon impossible, de prouver lequel de plusieurs coauteurs est effectivement à l'origine du dommage. L'applicabilité de cette règle est subordonnée à trois conditions: il faut, premièrement, que chacun des participants ait pris part à l'activité qui a entraîné la perte ou le dommage (indépendamment de la causalité); deuxièmement, que l'un d'eux ait causé cette perte ou ce dommage; troisièmement, qu'il soit impossible de déterminer lequel l'a fait, en totalité ou en partie⁹¹.

73. En élevant les règles de la responsabilité *in solidum* décrites plus haut au niveau du droit international dans notre espèce, on serait amené à conclure que l'Iran est responsable des dommages, ou des entraves, qu'il n'a pas causés directement⁹². Personnellement, je trouverais plus critiquable de ne pas du tout considérer l'Iran comme responsable que de le considérer comme responsable de tout le dommage causé aux États-Unis en conséquence des actions menées pendant la guerre Iran-Iraq. En fait, je ne vois pas d'objection à considérer l'Iran comme responsable du dommage tout entier, même s'il ne l'a pas causé directement dans son inté-

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

⁹² Comme le soulignent Markesinis et Deakin,

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

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

gralité. Que la Cour se rappelle que la question dont elle est saisie est de savoir si l'on peut considérer que l'Iran a violé ses obligations conventionnelles ou non; dans ce cadre, je ne parle pas du tout de la question de la réparation, qui ne se poserait qu'à un stade ultérieur. En ce qui concerne cette question — devenue théorique — et en examinant les diverses solutions qui ont été trouvées en droit interne dans le cadre de la responsabilité civile délictuelle, je trouve très pertinente la solution de compromis adoptée par la Cour suprême de Californie dans l'affaire *Sindell c. Abbott Laboratories*. Dans cette affaire, la Cour suprême ne s'est pas jugée obligée de rejeter toutes les demandes au motif que certains défendeurs potentiels étaient absents⁹³. Au contraire, suivant en cela le précédent *Summers c. Tice*, elle a considéré que chacun des défendeurs était responsable et essayé de déterminer le plus exactement possible la responsabilité de chacun. Le compromis qu'elle a trouvé pour tenir compte de l'absence de certaines parties intéressées a été de rendre les défendeurs responsables d'une partie seulement du préjudice subi par le demandeur, et non de sa totalité (je reviendrai à la fin de la présente section sur les problèmes particuliers que pose l'absence d'un responsable potentiel dans la présente espèce).

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

75. Il existe une autre source faisant autorité et traitant de la question de la pluralité d'Etats responsables: il s'agit des articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite, que la Commission du droit international a adoptés en 2001⁹⁴. La solution de la CDI est conforme aux résultats de l'étude de droit comparée que je viens de présenter. L'article 47 dispose: «Lorsque plusieurs Etats sont responsables du même fait internationalement illicite, la responsabilité de chaque Etat peut être invoquée par rapport à ce fait.»

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

⁹³ *Sindell c. Abbott Laboratories*, 607 P. 2d 924 (1980).

⁹⁴ Voir ci-dessus note 19.

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

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

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

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

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

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

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

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

82. Est encore plus convaincant, selon moi, le rejet par la Cour, dans l'affaire *Certaines terres à phosphates à Nauru*, de l'argument australien selon lequel, l'Australie n'étant que l'un des trois Etats constituant l'autorité administrante en vertu de l'accord de tutelle, une demande ne pouvait être présentée que contre les trois «pris conjointement», mais non contre l'un d'entre eux à titre individuel. La Cour, après avoir distingué la question de la réparation intégrale de la question de savoir si l'Australie pouvait être assignée seule⁹⁷, a déclaré:

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

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

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

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

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

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

(Signé) Bruno SIMMA.

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