نظر جداگانه‌ی قاضی اختصاصی ممتاز*

صلاحیت دیوان – ادعاهای مربوط به حق‌های بانک مرکزی بر اساس مواد سه، چهار و پنج عهدنامه‌ی مودت – صلاحیت موضوعی دیوان – اولویت معیار ماهیت معامله بر کارکرد آن – ماده نخست عهدنامه‌ی مودت - «مشعل تفسیری» مفاد آن.

۱. با کمال تأسف، اینجانب مجبور به دادن رأی مخالف برضدّ بند نخست از بخش اجرایی رأی ماهوی مورخ ۳۰ مارس ۲۰۲۳ دیوان بین‌المللی دادگستری در قضیه‌ی راجع به *برخی دارایی‌های ایران (جمهوری اسلامی ایران برضدّ ایالات متحده‌ی آمریکا)* شدم. اینجانب در واقع نمی‌توانم با استدلال‌پردازی دنبال‌شده توسط دیوان در رسیدن به این نتیجه‌گیری موافقت نمایم که بانک مرکزی نمی‌تواند، بابت فعالیت‌های سرمایه‌گذاری خود، مدعیِ رفتار مقررشده در مواد سه، چهار و پنج عهدنامه‌ی مودت، بازرگانی و حقوق کنسولی ۱۹۵۵ (از این به بعد «عهدنامه‌ی مودت») شود و در نتیجه، این‌که دیوان دارای صلاحیت موضوعی برای تصمیم‌گیری در این خصوص نیست. دیوان بدین ترتیب با ایراد طرح‌شده توسط ایالات متحده، مبنی بر این‌که بانک مرکزی «شرکت» در معنای این مواد نیست، موافقت می‌نماید.

۲. به نظر دیوان، فعالیت‌های سرمایه‌گذاری و مدیریت ۲۲ اوراق بدهیِ حاصل‌شده توسط بانک مرکزی در بازار مالی ایالات متحده طی دوره‌ی ذی‌ربط (۲۰۰۷-۲۰۰۲) را نمی‌توان به عنوان فعالیت‌های بازرگانی توصیف نمود. در واقع، بر اساس نظر دیوان، «عملیات‌های مورد بحث در چارچوب و برای نیازهای فعالیت اصلی بانک مرکزی انجام شده‌اند» (رأی، بند ۵۰)، که آن‌ها از بانک مرکزی ایران تفکیک‌پذیر نیستند، و به معنای اجرای سیاست‌های پولی از قبیل حفظ ثبات قیمت و مدیریت ذخایر ارزی خارجی هستند، اموری که به بالاترین وجهی حاکمیتی محسوب می‌شوند. بدین ترتیب، به نظر دیوان، این عملیات‌ها «صرفاً موجد روش انجام اشتغال حاکمیتیِ [بانک مرکزی] هستند، و نه روش انجام فعالیت‌های بازرگانی که قاعدتاً، به تعبیر رأی سال ۲۰۱۹، "در کنار اشتغالات حاکمیتی [خود]" انجام می‌داد» (رأی، بند ۵۰). اینجانب بر این عقیده‌ام که دیوان، با مبتنی کردن عقیده‌ی خود بر معیار عینیِ دنبال‌شده توسط بانک مرکزی به منظور توصیف عملیات‌های مذکور به عنوان عملیات‌های حاکمیتی و غیربازرگانی، ترجیح داده که نوآوری به خرج دهد و اولویت معیار ماهیت معامله را بر اساس حقوق بین‌الملل عرفی یا موضوع و هدف عهدنامه‌ی مودت مد نظر قرار ندهد.

۳. *اولویت معیار ماهیت معامله*. کنوانسیون ملل متحد در خصوص مصونیت‌های قضایی دولت‌ها و اموال آن‌ها مورخ دوم دسامبر ۲۰۰۴ اولویت معیار ماهیت معامله را تثبیت می‌کند. مطابق بند ۲ از ماده ۲ این کنوانسیون، به منظور تعیین این که آیا یک معامله معامله‌ای بازرگانی است یا خیر،

---

*مترجم: **دکتر وحید رضادوست**. مشخصات متن فرانسوی:

Opinion individuelle de M. le juge *ad hoc* Momtaz, *Certains actifs iraniens (République islamique d'Iran c. Etats-Unis d'Amérique)*, Arrêt du 30 mars 2023, pp. 1-5.

«*در وهله‌ی نخست* باید ماهیت قرارداد یا معامله مورد نظر باشد، اما هدف آن نیز باید لحاظ گردد اگر طرفین قرارداد یا معامله چنین توافقی کرده باشند، یا اگر، در رویه‌ی دولت مرجع صالح، آن هدف در تعیین ماهیت غیربازرگانی قرارداد یا معامله ذی‌ربط باشد» (تأکیدات از ماست).

بنابراین، در رویه‌ی دولت‌ها سلسله‌مراتبی از معیارها به نفع ماهیت معامله به منظور تعیین ماهیت بازرگانی معامله وجود دارد، که بدین ترتیب اولویت را به معیار ماهیت می‌دهد.

۴. در شرح کمیسیون حقوق بین‌الملل برای این مقرره، بیان شده است که مراد از آزمون هدف «فراهم‌آوردن معیاری اضافی، در برخی موارد، برای تعیین ویژگی "بازرگانی" یا "غیربازرگانی" قرارداد یا معامله‌ای معین است. به تعبیر دیگر، معیار "هدف" را نباید به طور کامل نادیده گرفت».[1] بر اساس همین شرح، معیار اخیر در بند ۲ از ماده ۲ متن به منظور حمایت از «کشورهای در حال توسعه» گنجانده شده بدین وسیله که به آن‌ها اجازه داده شود از مصونیت بابت برخی معاملات به جهت مصلحت دولت، به عنوان نمونه خرید غذا به منظور تأمین خوراک مردم، مبارزه با قحطی، نجات منطقه‌ای در معرض خطر یا خرید دارو برای پیش‌گیری از همه‌گیری،[2] که به وضوح در قضیه‌ی حاضر مطرح نیست، بهره‌مند شوند.

۵. به علاوه، مطابق این مقرره، اِعمال معیار هدف مشروط بر وجود رویه‌ی آن دولتی محسوب می‌شود که طرف معامله است. با این همه، در قضیه‌ی حاضر، چنین رویه‌ای وجود ندارد. در مورد ایالات متحده، قانون مصونیت دولت‌های خارجی (Foreign Sovereign Immunities Act (FSIA)) به نحوی که در سال ۱۹۹۶ اصلاح شده صرفاً به معیار ماهیت فعالیت بدین منظور ارجاع می‌دهد که آیا معامله بازرگانی است یا خیر، و ارجاعی به معیار هدف داده نمی‌شود،[3] که توسط رویه‌ی قضایی در قضیه‌ی *وِلتوِر* تأیید شده است.[4] همین امر در نظم حقوقی ایران صادق است، که

---

[1] *Annuaire de la Commission de droit international*, 1991, vol. II, deuxième partie, p. 20, par. 27.
[2] *Ibid.*, par. 26.
[3] Section 1603 *d)* de la FSIA.
[4] *Republic of Argentina v. Weltover Inc.*, 504 US 607 (1992), p. 614 («Weltover commercial activity test»). Voir Avi Lew, «*Republic of Argentina v. Weltover, Inc.: Interpreting the Foreign Sovereign Immunity Act's Commercial Activity Exception to Jurisdictional Immunity*», *Fordham International Law Journal*, vol. 17, nº 3 (1993), p. 725-775.

علاوه بر این، به نظر موریسِی،

«محاکم با گام نخست تحلیل مورد نیاز این مقرره گلاویز شده‌اند: تعریف این‌که چه‌چیزی موجد فعالیت بازرگانی است. با توافقِ در حال توسعه‌ی میان محاکم مبنی بر این که فعالیتی در راستای اهداف این استثناء بازرگانی است که ماهیت آن بازرگانی باشد و فعالیتی است که شخص خصصی قادر به انجام آن باشد، این مشکل به نظر در حال فروکش‌کردن است. هدف ذی‌ربط تلقی نمی‌شود».

(Joseph F. Morrissey, «Simplifying the Foreign Sovereign Immunities Act: If a Sovereign Acts like a Private Party, Treat It like One», *Chicago Journal of International Law*, vol. 5, nº 2 (2005), p. 683-684.)

به نظر بروهمِر، «بخش ۱۶۰۳ (د) قانون مصونیت دولت‌های خارجی به تعریف اصطلاح «فعالیت بازرگانی» به عنوان رفتار، معامله، یا فعالیت‌های بازرگانی می‌پردازد و مقرر می‌دارد که "خصلت بازرگانی یک فعالیت، با ارجاع به ماهیت سیر رفتار یا معامله یا عمل خاص، و نه با ارجاع به هدف آن، تعیین‌کننده خواهد بود"».

قانون پولی و بانکی سال ۱۹۷۲ آن مقرر می‌دارد بانک مرکزی در صورت انجام معاملات بازرگانی، مانند تمام نهادهای دولتی خود، مشمول مالیات بر درآمد است.[۵]

۶. دیوان بین‌المللی دادگستری به کنوانسیون ملل متحد در خصوص مصونیت‌های قضایی دولت‌ها و اموال آن‌ها، فاقد اثر لازم‌الإجرا،[۶] استناد کرد تا استدلال خود را در قضیه‌ی مربوط به *مصونیت‌های قضایی دولت* تقویت کند.[۷] این امر شاهدی بر ماهیت عرفی برخی مقررات آن کنوانسیون، از جمله مقررات راجع به معیارهای تعیین ماهیت بازرگانی معامله، است.

۷. در قضیه‌ی حاضر، دیوان در رأی در خصوص ایرادات مقدماتی صادرشده در ۱۳ فوریه ۲۰۱۹، در پاسخ به استدلال ایالات متحده، مبنی بر این که مواجهه‌ی انجام‌شده با بانک مرکزی خارج از صلاحیت دیوان است، اعلام نمود که این ایراد در اوضاع و احوال قضیه دارای ویژگی انحصاراً مقدماتی نیست.

۸. خوانش رأی سال ۲۰۱۹ در خصوص ایرادات مقدماتی چنین القاء می‌کند که این خواسته از طرفین اختلاف برای ارائه‌ی عناصر موضوعی تکمیلی، به ماهیت فعالیت‌های بانک مرکزی در ایالات متحده طی دوره‌ی ذی‌ربط مربوط می‌شود. در واقع، مطابق رأی سال ۲۰۱۹،

> «هیچ چیز به صورت پیشینی مانع نهادی واحد نیست که به هر دوی فعالیت‌های بازرگانی (یا، موسع‌تر، فعالیت‌های تجاری) و فعالیت‌های حاکمیتی نپردازد.
>
> در چنین موردی، از آن‌جا که ماهیت فعالیتِ واقعاً انجام‌شده است که وصف نهادی را که به انجام آن پرداخته تعیین می‌کند، باید شخص حقوقیِ مورد بحث را، تا اندازه‌ای که به انجام فعالیت‌های دارای ماهیت بازرگانی می‌پردازد، به عنوان «شرکت» در معنای عهدنامه‌ی مودت قلمداد نمود، حتی اگر فعالیت اصلی او این نباشد».[۸]

بدین ترتیب، دیوان ملاحظه نمود که لازم است به بررسی ماهیت بازرگانی فعالیت‌های انجام‌شده توسط بانک مرکزی بپردازد.[۹]

۹. تردید اندکی وجود دارد که خرید یا فروش اوراق بهادار توسط بانک مرکزی موجد همان عملیات‌هایی است که هر بانک بازرگانی انجام می‌دهد. در نتیجه، مبتنی بر معیار ماهیت، باید آن‌ها را معاملات بازرگانی قلمداد کرد، و به

(Jürgen Bröhmer, «State Immunity and Sovereign Bonds», *in* Anne Peters (sous la dir. de), *Immunities in the Age of Global Constitutionalism*, Brill Nijhoff (2014), p. 189).

[۵] بند *ب)* از ماده ۲۴ قانون پولی و بانکی.

[۶] مطابق ماده ۳۰ این سند، کنوانسیون «در سی‌اُمین روز تودیع سی‌اُمین سند تصویب، قبولی، پذیرش یا الحاق به دبیرکل سازمان ملل متحد لازم‌الإجرا خواهد شد»، اما، در تاریخ صدور رأی حاضر، تعداد اسناد تودیع‌شده توسط دولت‌ها به این آستانه نرسیده بود (کنوانسیون ملل متحد در خصوص مصونیت‌های قضایی دولت‌ها و اموال آن‌ها، نیویورک، دوم دسامبر ۲۰۰۴).

[7] *Immunités juridictionnelles de l'Etat (Allemagne c. Italie ; Grèce (intervenant)), arrêt, C.I.J. Recueil 2012 (I)*, p. 138-139, par. 89-90.

[8] *Certains actifs iraniens (République islamique d'Iran c. Etats-Unis d'Amérique), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2019 (I)*, p. 38-39, par. 92.

[9] *Ibid*., p. 39, par. 93 ; voir aussi *ibid*. p. 38, par. 91.

این صورت، آن‌ها باید از حمایت مقررات ذی‌ربط عهدنامه‌ی مودت، که به شرکت‌های طرفین برای چنین عملیاتی اعطاء شده‌اند، بهره‌مند شوند.

۱۰. هیچ‌یک از طرفین اختلاف نتوانسته‌اند، در این مرحله از رسیدگی‌ها، عناصر موضوعی تکمیلی را در خصوص فعالیت‌های بازرگانی بانک مرکزی در ایالات متحده طی دوره‌ی ذی‌ربط، چنان‌که دیوان از آن‌ها خواسته بود، ارائه کنند. این ناتوانی قطعاً شرط جدید تحمیل‌شده توسط دیوان را، به منظور توصیف یک معامله‌ی بانک مرکزی به عنوان معامله‌ای بازرگانی در غیاب پیوند این عملیات با فعالیتی حاکمیتی، توجیه نمی‌کند. در واقع، دیوان در رأی ماهوی خود بیان می‌دارد که،

> «نمی‌توان خود را به بررسی یک معامله – یا مجموعه‌ای از معاملات – «به خودی خود»، انجام‌شده توسط آن محدود کرد؛ آن معامله – یا مجموعه‌ای از معاملات – باید در سیاق خود قرار داده شوند و باید نظری ویژه به پیوندهای احتمالی آن با انجام اشتغالی حاکمیتی داشت» (رأی، بند ۵۱).

علاوه بر این، این واقعیت که رأی سال ۲۰۱۹ از استناد بر این شرط اجتناب کرده، چنان‌که دیوان مراقب است آن را ذکر کند، فی‌نفسه برای در نظر گرفتن این معیار جدید «به عنوان امری ذی‌ربط» (رأی، بند ۵۱) در زمان بررسی قضیه در این مرحله کافی نیست.

۱۱. *مطابقت معیار ماهیت معامله با موضوع و هدف عهدنامه*. «موضوع و هدف» عهدنامه که باید تفسیر شود، فرمولی تدوین‌شده به واسطه‌ی ماده ۳۱ کنوانسیون وین حقوق معاهدات سال ۱۹۶۹، اکنون در روش‌شناسی دیوان منعکس است، که دائماً یادآور می‌شود که این مقرره «بیان‌گر حقوق بین‌الملل عرفی ... است».[10]

۱۲. عهدنامه‌ی مودت معاهده‌ای صرفاً بازرگانی نیست، و حتی این اصطلاح در مقدمه‌ی آن ظاهر نشده است. هدف این عهدنامه نه صرفاً تأسیس روابط نزدیک‌تر، بلکه علاوه بر این، تعمیق و منسجم‌کردن مودت میان طرفین متعاهد است. در واقع، این ماده‌ی نخست عهدنامه است که موضوع و هدف آن را با تأیید بر این امر طرح می‌کند که «بین ایران و دول متحده آمریکا صلح استوار و پایدار و دوستی صمیمانه برقرار خواهد بود [ترجمه‌ی رسمی عهدنامه‌ی مودت (م.)]».

۱۳. دیوان پیشاپیش در قضیه‌ی *سکوهای نفتی*،[11] در مرحله‌ی ایرادات مقدماتی، در خصوص اهمیت جایگاه این مقرره و نیز معنا و محدوده‌ی آن به حکم پرداخته است، گرچه روابط میان طرفین پیشاپیش بسیار وخیم بود. به نظر دیوان،

> «در واقع، مراد دو دولت از درج‌کردن عبارات مندرج در ماده نخست در بدنه‌ی عهدنامه تأکید بر این امر بود که صلح و دوستی موجد پیش‌شرطی برای توسعه‌ی هم‌آهنگ روابط بازرگانی، مالی و کنسولی آن‌ها است و این‌که چنین توسعه‌ای به نوبه‌ی خود تقویت‌کننده‌ی آن صلح و

[10] *Différend territorial (Jamahiriya arabe libyenne/Tchad), arrêt, C.I.J. Recueil 1994*, p. 21, par. 41.
[11] *Plates-formes pétrolières (République islamique d'Iran c. Etats-Unis d'Amérique), exception préliminaire, arrêt, C.I.J. Recueil 1996 (II)*, p. 814, par. 28, et p. 820, par. 52.

دوستی است. این بدان معناست که ماده نخست باید به عنوان مقرره‌ای تثبیت‌کننده‌ی هدفی قلمداد شود، که در پرتو آن، سایر مقررات عهدنامه باید تفسیر و اعمال شوند».[۱۲]

بدین ترتیب، می‌توان این مقرره‌ی مهم را به عنوان «مشعل تفسیریِ» عهدنامه‌ی مودت تلقی کرد که دیوان در قضیه‌ی حاضر ترجیح داده آن را نادیده انگارد، و بدون دلیلی موجه به بازنگری در دستورالعمل‌های تفسیری بپردازد که در رأی *سکوهای نفتی* راجع به همین عهدنامه صورت‌بندی کرده بود.

۱۴. به نظر دیوان،

«روحی که این ماده را زنده می‌کند و هدفی که بیان می‌دارد الهام‌بخش کل عهدنامه است و به آن معنا می‌بخشد؛ آن‌ها باید، در مورد تردید، دیوان را به تفسیری متمایل کنند که به نظر هم‌خوانی بیشتری با هدف عامِ برقراری روابط دوستانه در تمام عرصه‌های فعالیت تحت پوشش عهدنامه دارد».[۱۳]

این مسئله در قضیه‌ی حاضر، با توجه به امکان اعطای حمایت‌های مقتضی به بانک مرکزی به واسطه‌ی این مقررات نسبت به فعالیت‌های آن طی دوره‌ی ذی‌ربط در ایالات متحده، مطرح می‌شود.

۱۵. فعالیت بانک مرکزی بی‌تردید در این چشم‌انداز قرار می‌گیرد. در واقع، این بانک، به عنوان بانک مرکزی ایران، نقشی سرنوشت‌ساز در توسعه‌ی بازرگانی با ایالات متحده بازی می‌کند و، به این صورت، در حصول این هدف عام سهیم است. بانک مرکزی، از جمله، ارزهای خارجی را به شرکت‌های ایرانی که با این کشور بازرگانی دارند ارائه می‌کند. تردید اندکی وجود دارد که منجمدکردن دارایی‌های آن توسط مقامات آمریکایی ضربه‌ی سختی به بازرگانی با ایالات متحده وارد می‌کند، به‌خصوص که این دارایی‌ها حاکی از چیزی حدود ۲ میلیارد دلار هستند و آزادسازی آن‌ها هدف اصلی دادخواست ایران در شروع رسیدگی‌ها در پیش‌گاه دیوان محسوب می‌شود.

۱۶. باعث تأسف اینجانب است که مسیر معین‌شده توسط خود دیوان در سال ۱۹۹۶ در قضیه‌ی حاضر دنبال نشده است، امری از سرگیری هرگونه روابط بازرگانی میان طرفین را دشوارتر خواهد ساخت.

(امضاء شده) جمشید ممتاز

---

[12] *Ibid*., p. 814, par. 28.
[13] *Ibid*., p. 820, par. 52.

OPINION INDIVIDUELLE DE M. LE JUGE *AD HOC* MOMTAZ

Compétence de la Cour — Demandes se rapportant aux droits de la banque Markazi en vertu des articles III, IV et V du traité d'amitié — Compétence ratione materiae *de la Cour — Primauté du critère de la nature de la transaction sur celui de sa fonction — L'article premier du traité d'amitié — «Torche interprétative» de ses dispositions.*

1. A mon grand regret, j'ai été amené à voter contre le premier paragraphe du dispositif de l'arrêt au fond du 30 mars 2023 de la Cour internationale de Justice en l'affaire relative à *Certains actifs iraniens (République islamique d'Iran c. Etats-Unis d'Amérique)*. Je ne peux en effet m'associer au raisonnement suivi par la Cour pour arriver à la conclusion que la banque Markazi ne peut prétendre, pour ses activités d'investissement, au traitement prévu au titre des articles III, IV et V du traité d'amitié, de commerce et de droits consulaires de 1955 (ci-après le «traité d'amitié») et qu'elle-même n'est, par conséquent, pas compétente *ratione materiae* pour connaître de cette question. La Cour souscrit ainsi à l'exception soulevée par les Etats-Unis selon laquelle la banque Markazi n'est pas une «société» au sens de ces articles.

2. De l'avis de la Cour, les activités d'investissement et de gestion des 22 titres de créance acquis par la banque Markazi sur le marché financier des Etats-Unis pendant la période pertinente (2002-2007) ne peuvent être qualifiées d'activités commerciales. En effet, selon la Cour, «les opérations en cause ont été réalisées dans le cadre et pour les besoins de l'activité principale de la banque Markazi» (arrêt, par. 50), banque centrale de l'Iran, dont elles ne sont pas séparables, à savoir la mise en œuvre des politiques monétaires telles que le maintien de la stabilité des prix et la gestion de ses réserves de devises étrangères, missions éminemment régaliennes. Ainsi, selon la Cour, ces opérations «ne constituent qu'une modalité d'exercice de [l]a fonction souveraine [de la banque Markazi], et non des activités commerciales qu['elle] aurait exercées «à côté de [ses] fonctions souveraines», pour reprendre les termes précités de l'arrêt de 2019» (arrêt, par. 50). J'estime que, en se fondant sur le critère de l'objectif poursuivi par la banque Markazi pour qualifier lesdites opérations de souveraines et non commerciales, la Cour a préféré innover et ne pas tenir compte de la primauté du critère de la nature de la transaction conformément au droit international coutumier ni de l'objet et du but du traité d'amitié.

3. *La primauté du critère de la nature de la transaction.* La convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens du 2 décembre 2004 établit la primauté du critère de la nature de la transaction. D'après l'article 2, paragraphe 2, de cette convention, afin de déterminer si une transaction est commerciale,

> «il convient de tenir compte *en premier lieu* de la nature du contrat ou de la transaction, mais il faudrait aussi prendre en considération son but si les parties au contrat ou à la transaction en sont ainsi convenues, ou si, dans la pratique de l'État du for, ce but est pertinent pour déterminer la nature non commerciale du contrat ou de la transaction» (les italiques sont de nous).

Il existerait donc dans la pratique des Etats une hiérarchie de critères en faveur de la nature de la transaction pour déterminer le caractère commercial d'une transaction, la priorité revenant ainsi au critère de la nature.

4. Dans le commentaire de cette disposition préparé par la Commission du droit international, il est précisé que le critère du but est destiné à «fournir une norme supplémentaire pour la détermination, dans certains cas, du caractère «commercial» ou «non commercial» d'un contrat ou d'une transaction donnés. En d'autres termes, il ne faut pas écarter complètement le critère du

«but».»[1] Ce dernier critère, selon ce même commentaire, a été inclus dans l'article 2, paragraphe 2, de ce texte en vue de protéger les «pays en développement» en leur permettant de bénéficier de l'immunité pour certaines transactions répondant à une raison d'Etat, par exemple l'achat de vivres pour nourrir la population, combattre la famine, secourir une zone menacée ou acheter des médicaments pour enrayer une épidémie[2], ce qui de toute évidence n'est pas le cas en la présente affaire.

5. En outre, l'application du critère du but est conditionnée, d'après cette disposition, par l'existence de la pratique de l'Etat qui est partie à la transaction. Or, en la présente affaire, une telle pratique fait défaut. Dans le cas des Etats-Unis, la législation sur l'immunité des Etats étrangers (*Foreign Sovereign Immunities Act* (FSIA)) telle que modifiée en 1996 ne se réfère qu'au critère de la nature de l'activité pour déterminer si la transaction est commerciale, aucune référence n'étant faite au critère du but[3], ce qui a été confirmé par la jurisprudence *Weltover*[4]. Il en va de même pour l'ordre juridique de l'Iran, dont la loi monétaire et bancaire de 1972 stipule que la banque Markazi est redevable d'impôt sur le revenu si elle accomplit des transactions commerciales, à l'instar de toutes ses entreprises d'Etat[5].

6. La Cour internationale de Justice s'est fondée sur la convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens, pourtant non en vigueur[6], pour renforcer son argumentation en l'affaire relative aux *Immunités juridictionnelles de l'Etat*[7]. Preuve s'il en est de la nature coutumière de certaines de ses dispositions, dont celles concernant les critères de la détermination de la nature commerciale d'une transaction.

7. En la présente affaire, la Cour, dans l'arrêt sur les exceptions préliminaires rendu le 13 février 2019, déclarait, en réponse à l'argument des Etats-Unis selon lequel le traitement réservé

---

[1] *Annuaire de la Commission de droit international*, 1991, vol. II, deuxième partie, p. 20, par. 27.

[2] *Ibid.*, par. 26.

[3] Section 1603 *d)* de la FSIA.

[4] *Republic of Argentina* v. *Weltover Inc.*, 504 US 607 (1992), p. 614 («Weltover commercial activity test»). Voir Avi Lew, «*Republic of Argentina* v. *Weltover, Inc.: Interpreting the Foreign Sovereign Immunity Act's Commercial Activity Exception to Jurisdictional Immunity*», *Fordham International Law Journal*, vol. 17, nº 3 (1993), p. 725-775. En outre, selon Morrissey,

> «[c]ourts have struggled with the first step of the analysis demanded by this provision: defining what constitutes commercial activity. This struggle seems to be abating, with agreement developing among the courts that activity is commercial for purposes of this exception where its nature is commercial and where it is an activity capable of being undertaken by a private party. Purpose is deemed irrelevant.» (Joseph F. Morrissey, «Simplifying the Foreign Sovereign Immunities Act: If a Sovereign Acts like a Private Party, Treat It like One», *Chicago Journal of International Law*, vol. 5, nº 2 (2005), p. 683-684.)

Selon Bröhmer, «[s]ection 1603(d) FSIA defines the term "commercial activity" as commercial conduct, transactions, or activities and stipulates that the "commercial character of an activity shall be determined by reference to the nature of the course of conduct or particular transaction or act, rather than by reference to its purpose"» (Jürgen Bröhmer, «State Immunity and Sovereign Bonds», *in* Anne Peters (sous la dir. de), *Immunities in the Age of Global Constitutionalism*, Brill Nijhoff (2014), p. 189).

[5] Paragraphe *b)* de l'article 24 de la loi monétaire et bancaire.

[6] D'après l'article 30 de cet instrument, la convention «entrera en vigueur le trentième jour suivant la date de dépôt du trentième instrument de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion auprès du Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies», or, à la date où le présent arrêt a été rendu, le nombre d'instruments déposés par les Etats n'avait pas encore atteint ce seuil (convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens, New York, 2 décembre 2004).

[7] *Immunités juridictionnelles de l'Etat (Allemagne c. Italie ; Grèce (intervenant)), arrêt, C.I.J. Recueil 2012 (I)*, p. 138-139, par. 89-90.

à la banque Markazi échappait à sa compétence, que cette exception ne présentait pas, dans les circonstances de l'espèce, un caractère exclusivement préliminaire.

8. La lecture de l'arrêt de 2019 sur les exceptions préliminaires laisse supposer que cet appel lancé aux Parties au différend pour présenter des éléments factuels supplémentaires concerne la nature des activités de la banque Markazi aux Etats-Unis pendant la période pertinente. En effet, selon l'arrêt de 2019,

> «rien ne permet d'exclure *a priori* qu'une même entité exerce à la fois des activités de nature commerciale (ou, plus largement, des activités d'affaires) et des activités souveraines.
>
> En pareil cas, puisque c'est la nature de l'activité effectivement exercée qui détermine la qualification de l'entité qui l'exerce, la personne morale dont il s'agit devrait être regardée comme une «société» au sens du traité dans la mesure où elle exerce des activités de nature commerciale, même si ce n'est pas à titre principal.»[8]

La Cour a ainsi considéré qu'il serait nécessaire de se pencher sur la nature commerciale des activités qu'exerce la banque Markazi[9].

9. Il ne fait guère de doute que l'achat ou la vente de valeurs mobilières par la banque Markazi constituent des opérations identiques à celles exécutées par toute banque commerciale. Par conséquent, en se fondant sur le critère de la nature, elles doivent être considérées comme des transactions commerciales, et, en tant que telles, bénéficier de la protection des dispositions pertinentes du traité d'amitié, accordées aux sociétés des parties pour une telle opération.

10. Aucune des deux Parties au différend n'a pu fournir, à ce stade de la procédure, d'éléments factuels supplémentaires sur les activités commerciales de la banque Markazi aux Etats-Unis au cours de la période pertinente, comme la Cour le leur avait demandé. Cette incapacité ne justifie certainement pas la nouvelle exigence imposée par la Cour pour qualifier une transaction de la banque Markazi de commerciale en l'absence de lien de cette opération avec une activité souveraine. En effet, la Cour, dans son arrêt au fond, affirme que l'

> «on ne saurait se borner à considérer une transaction — ou une série de transactions — effectuée par elle, «en tant que telle» ; il est nécessaire de replacer cette transaction — ou série de transactions — dans son contexte, en tenant compte notamment de ses liens éventuels avec l'exercice d'une fonction souveraine» (arrêt, par. 51).

De plus, le fait que l'arrêt de 2019 se soit abstenu d'invoquer cette exigence, comme la Cour prend soin de le préciser, ne suffit pas en soi à considérer ce nouveau critère «comme pertinent» (arrêt, par. 51) lors de l'examen de l'affaire à ce stade.

11. *La conformité du critère de la nature de la transaction avec l'objet et le but du traité.* «L'objet et le but» du traité à interpréter, formule codifiée par l'article 31 de la convention de Vienne

---

[8] *Certains actifs iraniens (République islamique d'Iran c. Etats-Unis d'Amérique), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2019 (I)*, p. 38-39, par. 92.

[9] *Ibid.*, p. 39, par. 93 ; voir aussi *ibid.* p. 38, par. 91.

sur le droit des traités de 1969, figure désormais dans la méthodologie de la Cour, qui ne cesse de rappeler que «le droit international coutumier … a trouvé son expression» dans cette disposition[10].

12. Le traité d'amitié n'est pas un simple traité de commerce, ce terme n'apparaissant même pas dans son préambule. Ce n'est pas seulement l'établissement de relations plus étroites qu'il vise mais aussi l'approfondissement et la consolidation de l'amitié des parties contractantes. En réalité, c'est l'article premier du traité qui fixe son objet et son but en affirmant qu'«[i]l y aura paix stable et durable et amitié sincère entre les Etats-Unis et l'Iran».

13. La Cour s'est déjà prononcée dans l'affaire des *Plates-formes pétrolières*[11], au stade des exceptions préliminaires, sur l'importance de l'emplacement de cette disposition ainsi que son sens et sa portée, alors que les relations entre les Parties étaient déjà très tendues. D'après la Cour,

> «en insérant dans le corps même du traité la formule figurant à l'article premier, les deux Etats ont entendu souligner que la paix et l'amitié constituaient la condition du développement harmonieux de leurs relations commerciales, financières et consulaires et qu'un tel développement renforcerait à son tour cette paix et cette amitié. Par voie de conséquence, l'article premier doit être regardé comme fixant un objectif à la lumière duquel les autres dispositions du traité doivent être interprétées et appliquées.»[12]

On peut ainsi considérer cette importante disposition comme étant une «torche interprétative» du traité d'amitié que la Cour a préféré ignorer dans la présente affaire, revenant sans raison justifiée sur les directives interprétatives qu'elle avait formulées dans l'arrêt sur les *Plates-formes* concernant le même traité.

14. De l'avis de la Cour,

> «[l]'esprit qui anime cet article et l'intention qu'il exprime inspirent l'ensemble du traité et lui donnent sa signification ; ils doivent, en cas de doute, inciter la Cour à adopter l'interprétation qui semble la plus conforme à l'objectif général d'établir des relations amicales dans tous les domaines d'activité couverts par le traité»[13].

Cette question se pose en la présente affaire en ce qui concerne l'éventualité d'accorder à la banque Markazi les protections qui sont dues par ces dispositions à ses activités pendant la période pertinente aux Etats-Unis.

15. L'activité de la banque Markazi se place incontestablement dans cette perspective. En effet, cette banque, en tant que banque centrale de l'Iran, joue un rôle déterminant dans l'épanouissement du commerce avec les Etats-Unis et est, à ce titre, partie prenante dans la réalisation de cet objectif général. La banque Markazi fournit entre autres des devises aux sociétés iraniennes qui commercent avec ce pays. Il ne fait guère de doute que le gel de ses actifs par les autorités américaines porte un coup sévère au commerce avec les Etats-Unis, et ce d'autant plus que ces actifs représentent approximativement quelque 2 milliards de dollars, leur libération constituant l'objet principal de la requête introductive d'instance de l'Iran devant la Cour.

---

[10] *Différend territorial (Jamahiriya arabe libyenne/Tchad), arrêt, C.I.J. Recueil 1994*, p. 21, par. 41.

[11] *Plates-formes pétrolières (République islamique d'Iran c. Etats-Unis d'Amérique), exception préliminaire, arrêt, C.I.J. Recueil 1996 (II)*, p. 814, par. 28, et p. 820, par. 52.

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

[13] *Ibid.*, p. 820, par. 52.

16. Je regrette que la voie indiquée par la Cour elle-même en 1996 n'ait pas été suivie en la présente affaire, ce qui rendra d'autant plus difficile une reprise éventuelle des relations commerciales entre les protagonistes.

(Signé) Djamchid MOMTAZ.

_____