

SEPARATE OPINION OF JUDGE DILLARD

I concur in the Judgment of the Court. I am moved to write a separate opinion first to elaborate on a few possibly controversial aspects of the Judgment and second to put it in a broader perspective.

* *

The present controversy centres on the familiar problem of conflicting interests between a coastal State claiming special dependence on "coastal" fisheries and a "distant-water" State (so called), whose traditional rights and continuing needs clash with those of the coastal State¹. But, while the *general* problem is a familiar one, the *particular* problem confronting the Court was more sharply focussed. It hinged on the meaning to be attributed to the Exchange of Notes of 11 March 1961, which the Court,

¹ In the waters around Iceland, embraced in an area known technically as ICES—Region Va, the yearly average catch from 1952-1972 was approximately 1 million tons. Iceland, the United Kingdom and the Federal Republic of Germany take regularly 96 to 97 per cent. of the total catch. The main fish species are at present cod, capelin, saithe, redfish and haddock. (Until 1966, herring was also important.) The five species represent 94 per cent. of all species and among the five, cod are the most important.

The life cycle, migratory habits and reproduction factors of all species are directly connected with the hydrography of the area including the effect of the warm and saline water of the Gulf Stream.

A graphic account of these matters accompanied by a comprehensive series of charts, diagrams and statistical data was presented to the Court by Dr. Arno Meyer, at its public sitting on 28 March 1974. It will appear in the *Pleadings* series of the Court dealing with the companion case of the Federal Republic of Germany.

Detailed statistical data bearing on the economic aspects of the fishery industry in relation to the three nations, appears in FAO Circular No. 314, entitled "The Economic and Social Effects of Fishing Industry—A Comparative Study" (Rome, 1973). Perhaps the most significant single fact disclosed in the survey is that fish exports represent for Iceland 83 per cent. of all exports. On the other hand, while Iceland has a significant surplus of local production over consumption, the other two States depend for fish largely on non-local sources. The FAO Circular while also revealing employment figures dealing with the catch and landing of fish, does not purport to include data on the processing and distributing of fish or in the manufacture of boats, gear and associated industries. In assessing the scope of conflicting interests both biological and economic factors are, of course, significant. Matters of this kind are dealt with extensively in McDougal and Burke, *The Public Order of the Oceans* (1962) and D. M. Johnston, *The International Law of Fisheries* (1965).

OPINION INDIVIDUELLE DE M. DILLARD

[Traduction]

Je souscris à l'arrêt de la Cour. Si je présente une opinion individuelle, c'est d'abord pour développer quelques aspects peut-être sujets à controverse de cet arrêt et ensuite pour le situer dans une perspective plus vaste.

* *

Le nœud du différend est le problème classique né du conflit d'intérêts entre un Etat riverain¹ qui se déclare spécialement tributaire de ses « pêcheries côtières » et un Etat pratiquant la pêche dite « lointaine », dont les droits traditionnels et les besoins présents s'opposent à ceux de l'Etat riverain. Cependant, si le problème *général* est classique, le problème *particulier* qui se pose à la Cour est plus nettement circonscrit. Il s'agit du sens à donner à l'échange de notes du 11 mars 1961, dont la Cour, au

¹ Dans les eaux qui entourent l'Islande, situées à l'intérieur d'une zone techniquement désignée comme la région Va du Conseil international pour l'exploration de la mer, les prises ont atteint en moyenne, de 1952 à 1972, environ un million de tonnes par an. L'Islande, le Royaume-Uni et la République fédérale d'Allemagne capturent régulièrement de 96 à 97 pour cent du volume total des prises. Les principales espèces de poissons sont actuellement la morue, le capelan, le colin, le sébaste et l'aiglefin. (Jusqu'en 1966, le hareng occupait aussi une place importante.) Sur l'ensemble des espèces, ces cinq-là représentent 94 pour cent du total; la morue tient la première place.

Le cycle biologique, les habitudes migratoires et les facteurs de reproduction de toutes les espèces sont directement liés à l'hydrographie de la région, y compris l'action des eaux chaudes et salées du Gulf Stream.

Une présentation graphique de ces problèmes, avec une série complète de tableaux, de diagrammes et de données statistiques a été soumise à la Cour par M. Arno Meyer à l'audience publique du 28 mars 1974. Elle figurera dans le volume des *Mémoires, plaidoiries et documents* concernant l'affaire parallèle de la *Compétence en matière de pêcheries (République fédérale d'Allemagne c. Islande)*.

Des renseignements statistiques détaillés sur les aspects économiques de l'industrie de la pêche pour les trois nations figurent dans la circulaire n° 314 de la FAO, intitulée « Les effets économiques et sociaux de l'industrie de la pêche — Etude comparée » (Rome, 1973). Le plus significatif de tous les faits révélés dans cette étude est peut-être que les exportations de poisson représentent, pour l'Islande, 83 pour cent de l'ensemble des exportations. Si l'Islande a une production locale sensiblement excédentaire par rapport à la consommation, les deux autres Etats sont en grande partie tributaires des sources non locales pour les produits de la pêche. La circulaire de la FAO, tout en donnant aussi des chiffres sur l'emploi dans le secteur de la capture et du débarquement des poissons, ne prétend pas fournir de renseignements sur la transformation et la distribution du poisson, la construction des navires, l'équipement, et les industries connexes. Pour apprécier la portée des intérêts en conflit, il faut évidemment tenir compte à la fois des facteurs biologiques et économiques. Des problèmes de ce genre sont examinés en détail par McDougal et Burke dans *The Public Order of the Oceans* (1967) et D. M. Johnston, *The International Law of Fisheries* (1965).

at the jurisdictional phase of the present proceedings, had definitively pronounced to be a treaty in force between the Parties. The impact of that treaty on the nature and scope of the Court's jurisdiction and the rights of the Parties consequent upon the submissions of the Applicant were by no means self-revealing. It resulted that the Court could not agree on all aspects of the case.

As in other controversies, an appreciation of the factual and legal issues depends, to some extent, on the general approach which individual judges bring to bear on their analysis.

In the present case there was little doubt that the attempt by Iceland unilaterally to exercise *exclusive* jurisdiction in the disputed waters could not be opposed to the vessels of the United Kingdom. But the reasons in support of this conclusion did not reflect a uniform approach and this, in turn, affected varying interpretations to be given to the requirements of the treaty and the submissions of the Applicant.

At the outset, I should say that the Judgment of the Court reflects an approach which I consider soundly grounded. On the other hand, other approaches were, in my view, by no means lacking in persuasive force. I shall elaborate briefly on two of them. I shall then turn to the special problem involved in responding to the Applicant's third and fourth submissions¹.

*
* *
*

One such approach would rest on the proposition that Iceland has materially breached the Exchange of Notes of 1961 which the Court had previously pronounced to be a treaty in force. The terms and implication of that treaty admit of no doubt. Even if Iceland, in keeping with her repeatedly announced aspiration to extend her limits—an aspiration also embedded in the treaty—had been privileged unilaterally to *pronounce* an extension, she was not legally privileged to *apply* that extension to the vessels of the United Kingdom except under any one of three contingencies: (*a*) that the United Kingdom failed to challenge it or (*b*) that through negotiations the Parties reached an agreement or (*c*) that, if challenged, this Court would have pronounced on whether the extension was well founded under international law.

The analysis of the treaty, including the obligation to give six months' notice of any extension and the obligation to have recourse to the Court, have been analysed in detail in the Judgment of the Court at the jurisdictional stage and need not be repeated here². Suffice it to say that the requirement that "in case of a dispute in relation to such extension, the matter shall, at the request of either party, be referred to the International Court of Justice", was no mere severable clause of minor significance

¹ All of the Applicant's submissions are set out in para. 11 of the Judgment.

² Judgment of 2 February 1973, *I.C.J. Reports 1973*, pp. 8-16.

stade juridictionnel de la présente affaire, a définitivement jugé qu'il constitue un traité en vigueur entre les Parties. L'effet de ce traité sur la nature et la portée de la compétence de la Cour et les droits des Parties, eu égard aux conclusions du demandeur, n'était nullement évident. La Cour, pour cette raison, n'a pas pu se mettre d'accord sur tous les aspects de l'affaire.

Comme dans d'autres controverses, l'appréciation des points de fait et de droit dépend, jusqu'à un certain point, de la conception générale dont chaque juge s'inspire dans son analyse.

En l'espèce, il n'était guère douteux que la tentative faite par l'Islande pour exercer unilatéralement une compétence exclusive dans les eaux litigieuses n'était pas opposable au Royaume-Uni. Mais les motifs invoqués à l'appui de cette conclusion ne traduisent pas une conception uniforme et cette diversité a entraîné des interprétations variées quant aux exigences du traité et aux conclusions du demandeur.

Je dois dire tout de suite que l'arrêt de la Cour s'inspire d'une conception, selon moi, solidement justifiée. Cela n'empêche qu'à mon sens d'autres conceptions n'étaient nullement incapables d'emporter la conviction. Je m'arrêterai brièvement sur deux d'entre elles. J'examinerai ensuite le problème particulier de la réponse aux troisième et quatrième conclusions du demandeur¹.

*
* *
*

L'une de ces conceptions part de l'idée que l'Islande a commis une violation substantielle de l'échange de notes de 1961 dont la Cour a déjà déclaré qu'il constitue un traité en vigueur. Les clauses et les conséquences de ce traité ne laissent pas place au doute. Même si l'Islande, conformément à son intention maintes fois déclarée d'élargir sa zone de pêche — intention inscrite, elle aussi, dans le traité — avait eu la faculté de *prononcer* unilatéralement un tel élargissement, elle n'avait pas le droit d'*appliquer* cet élargissement à l'encontre des navires du Royaume-Uni, sauf dans trois éventualités: *a)* si le Royaume-Uni s'abstenait de le contester ou *b)* si les Parties aboutissaient à un accord par voie de négociation ou *c)* si, à la suite d'une contestation, la Cour statuait sur la licéité de l'élargissement en droit international.

Le traité, où sont énoncées l'obligation de notifier tout élargissement six mois à l'avance et celle de s'adresser à la Cour, a été analysé en détail dans l'arrêt rendu au stade de la compétence et point n'est besoin d'y revenir ici². Il suffira de dire que la clause aux termes de laquelle « au cas où surgirait un différend en la matière, la question sera portée, à la demande de l'une ou l'autre partie, devant la Cour internationale de Justice » ne constituait pas simplement une clause dissociable en raison de

¹ Toutes les conclusions du demandeur sont énoncées au paragraphe 11 de l'arrêt.

² Arrêt du 2 février 1973, *C.I.J. Recueil 1973*, p. 8-16.

but an essential element of the entire agreement, the importance of which to the United Kingdom was underlined in the negotiations. And its importance was enhanced by providing an amicable method of resolving a potential dispute.

It hardly needs extensive elaboration to demonstrate that when Iceland agreed to a specified *method* whereby an extension of fisheries jurisdiction by Iceland could be effected vis-à-vis the United Kingdom, her repudiation of that method constituted a material breach of the treaty. It is almost axiomatic that when an agreement or other instrument itself provides for the way in which a given thing is to be done, it must be done in that way or not at all (*I.C.J. Reports 1972*, p. 68).

This approach, based on a clear violation of the treaty, would render *irrelevant* at the "merit" stage of the dispute any purported theory Iceland might advance to justify her extension. This is true whether the alleged justification is keyed to a change in customary law, or to the "reasonableness" of the extended limits by reference to the continental shelf doctrine or any other reason. So long as the treaty is one in force she is not legally privileged to repudiate it, or to ignore the *method* whereby the dispute was to be resolved.

The consequence of this approach would be to allow the Court to adjudge and declare that *under international law* Iceland is not privileged to take the law into her own hands and, so far as the present proceedings are concerned, she cannot therefore oppose her extension to the United Kingdom.

It might be objected that this approach is based on too narrow a view of the meaning of the merits as contemplated in the Exchange of Notes of 1961 and that it does not sufficiently dispose of the controversy. In any event, while a permissible approach, it was not adopted.

Another approach which the majority of the Court failed to adopt but which can be rationally defended is of an entirely different order (needless to suggest those who espouse this approach are not to be charged with my way of putting the matter). I shall key it to the first submission of the United Kingdom.

That submission asked the Court to adjudge and declare:

". . . that the claim by Iceland to be entitled to a zone of exclusive fisheries jurisdiction extending 50 nautical miles from baselines around the coast of Iceland is without foundation in international law and is invalid".

It will be observed that the sweeping character of this submission differed from the second and third submissions (which, in effect, the Court responded to favourably) in that it appeared to require the Court to say that the proclaimed extension was *ipso jure* not well founded under international law *erga omnes*, whereas the second and third submissions strictly confined the issue to the opposability of the extension to the United Kingdom.

son intérêt secondaire; c'était un élément essentiel de l'ensemble de l'accord, dont le Royaume-Uni a souligné l'importance au cours des négociations. Cette importance tenait en grande partie à ce qu'elle prévoyait une méthode amiable de règlement des différends éventuels.

Il n'est guère nécessaire de s'attarder à démontrer que, l'Islande ayant donné son accord sur une *méthode* par laquelle elle pourrait élargir sa compétence en matière de pêcheries vis-à-vis du Royaume-Uni, elle commettait, en ne l'appliquant pas, une violation substantielle du traité. C'est presque un axiome de dire que quand un accord ou autre instrument stipule qu'un acte doit être accompli d'une manière précise, il doit l'être ainsi ou pas du tout.

Cette conception de l'affaire, qui se fonde sur une violation flagrante du traité, priverait de *pertinence*, lors de l'examen du différend au fond, toute théorie que l'Islande pourrait invoquer pour justifier l'élargissement décidé par elle. Cela est vrai, que la justification invoquée se fonde sur une modification du droit coutumier, sur « le caractère raisonnable » des limites élargies eu égard à la doctrine du plateau continental, ou sur tout autre motif. Tant que le traité reste en vigueur, l'Islande n'a pas le droit de le rejeter, ni celui de s'écarter de la *méthode* prévue pour régler le différend.

Cette conception de l'affaire aurait pour effet de permettre à la Cour de dire et juger que *selon le droit international* l'Islande ne saurait se faire justice à elle-même et qu'en ce qui concerne la présente instance elle ne saurait donc opposer l'élargissement décidé par elle au Royaume-Uni.

On peut objecter que cette manière de raisonner se fonde sur une interprétation trop étroite de ce qu'est le « fond » de l'affaire, tel que l'envisage l'échange de notes de 1961, et qu'elle laisse le litige imparfaitement résolu. En tout cas, cette conception, qui pouvait se justifier, n'a pas été retenue.

Il y en a une autre que la majorité de la Cour n'a pas adoptée, que l'on peut rationnellement justifier mais qui se situe sur un tout autre plan — il va sans dire que les partisans de ce point de vue ne sont pas responsables de ma façon de le présenter. Je le rattacherai à la première conclusion du Royaume-Uni.

Cette conclusion demandait à la Cour de dire et juger :

« que la prétention de l'Islande d'avoir droit à une zone de compétence exclusive sur les pêcheries jusqu'à 50 milles marins à partir des lignes de base tracées autour de ses côtes est sans fondement en droit international et n'est pas valable ».

On notera que cette conclusion diffère, par son caractère général, des deuxième et troisième conclusions, que la Cour a d'ailleurs accueillies favorablement, car elle semble demander à la Cour de dire que l'élargissement proclamé était *ipso jure* dépourvu de fondement en droit international *erga omnes*, alors que les deuxième et troisième conclusions limitent rigoureusement le litige à l'opposabilité de cet élargissement au Royaume-Uni.

Naturally a pronouncement on the first submission would have automatically embraced the second and third. Furthermore its terminology corresponded to the main thrust of the language employed in the negotiations preceding the adoption of the Exchange of Notes of 1961.

The reluctance to pronounce on this submission may be attributable to three separate but related considerations. (I cannot speak for my colleagues, I am only expressing my own assessment.)

First, there was the notion that the state of customary international law in 1972 with respect to unilateral extensions of fishery jurisdiction was so charged with uncertainty, viewed simply as a kind of "head count" analysis of State practice, as to make tenuous any definitive pronouncement on this issue.

Second, there was the deeper notion, keyed to the very nature of the evolutionary character of customary international law which would deny that it can or should be captured in the classical formula of repetitive usage coupled with *opinio juris*, instead of recognizing that it is the product of a continuing process of claim and counter-claim in the context of specific disputes. This concept would render intellectually suspect any definitive pronouncement on the "12-mile rule" *erga omnes*, which, because of its too generalized nature, tended to ignore the many variables that give content to customary international law and condition its application.

Third, there was the inarticulated notion that because of the Third Conference on the Law of the Sea it would be *imprudent* for the Court to attempt to pronounce on the issue of a "fixed" limit for the extension of fisheries jurisdiction when the issue was in a state of such acknowledged political and legal flux.

In stating these notions I do not mean to imply that the Court was inclined to duck the issue of the validity of Iceland's extension under international law on the ground that it was too difficult to assess. It only sought a way of avoiding the pronouncement on the issue in the expansive way required by the United Kingdom's first submission. In essence it did so by emphasizing the *exclusive* character of the claimed extension in defiance of the established rights of the United Kingdom. This, it held to be contrary to the over-riding norm of international law enshrined in the qualifying paragraph of Article 2 of the 1958 Convention on the Law of the Sea, a norm (or standard) applicable *erga omnes*¹. This approach, reflected in the first and second subparagraphs of the *dispositif*, made it

¹ Article 2 specifies that freedom of the high seas comprises *freedom of fishing*, along with freedom of navigation, to lay submarine cables and pipelines and freedom to fly over the high seas. The qualifying paragraph states:

"These freedoms, and others which are recognized by the general principles of international law, shall be exercised by all States *with reasonable regard* to the interests of other States in their exercise of the freedom of the high seas." (Emphasis added.)

The "norm" expressed by this Article is couched in the language of a "standard"

Naturellement, une décision sur la première conclusion aurait automatiquement englobé la deuxième et la troisième. De plus, ses termes correspondaient, pour l'essentiel, à ceux dont on s'est servi au cours des négociations qui ont précédé l'adoption de l'échange de notes de 1961.

Le peu d'empressement mis à statuer sur cette conclusion peut s'expliquer par trois considérations distinctes mais connexes. (Je ne saurais parler au nom de mes collègues, et ne donne que mon impression personnelle.)

La première considération a été que, à s'en tenir à une analyse en quelque sorte numérique de la pratique des Etats, l'état du droit international coutumier relatif aux extensions unilatérales de la compétence en matière de pêcheries était si incertain en 1972 qu'il rendait fragile toute décision définitive à ce sujet.

La deuxième considération a été la conviction plus profonde, liée à la nature même du caractère évolutif du droit international coutumier, que l'on ne peut ni ne doit identifier celui-ci grâce à la formule classique — usage répété joint à l'*opinio juris* — mais qu'il faut reconnaître en lui le produit d'un processus continu de revendications et de contre-revendications dans le contexte de différends précis. Cette notion rendrait intellectuellement suspecte toute décision définitive sur l'applicabilité *erga omnes* de la « règle des 12 milles » qui risquerait, par son caractère trop général, de ne pas tenir compte des nombreuses variables qui donnent son contenu au droit international coutumier et conditionnent son application.

La troisième considération a été l'idée inexprimée qu'à cause de la troisième Conférence sur le droit de la mer il serait *imprudent* de la part de la Cour d'entreprendre de statuer sur la question d'une limite « déterminée » en ce qui concerne l'élargissement de la compétence en matière de pêcheries, question dont il est reconnu qu'elle est en pleine évolution sur le plan politique et juridique.

En énonçant ces idées, je n'entends pas suggérer que la Cour a préféré esquiver le problème de la validité en droit international de l'extension décidée par l'Islande pour le motif qu'il était trop difficile d'y répondre. La Cour a seulement cherché un moyen de ne pas statuer sur ce point dans les termes généraux que réclamait la première conclusion du Royaume-Uni. Pour l'essentiel, elle y est parvenue en insistant sur le caractère *exclusif* de l'extension revendiquée au mépris des droits établis du Royaume-Uni. Elle a jugé que ce caractère était contraire à la norme supérieure de droit international inscrite dans la clause limitative de l'article 2 de la Convention de 1958 sur la haute mer, norme (ou principe) applicable *erga omnes*¹. Cette conception de l'affaire, qui apparaît dans

¹ L'article 2 précise que la liberté de la haute mer englobe la *liberté de la pêche*, à côté de la liberté de la navigation, de la liberté de poser des câbles et des pipe-lines sous-marins et de la liberté de survol. La clause limitative dispose :

« Ces libertés, ainsi que les autres libertés reconnues par les principes généraux du droit international, sont exercées par tous les Etats en tenant raisonnablement compte de l'intérêt que la liberté de la haute mer présente pour les autres Etats. »

La « norme » énoncée dans cet article est formulée à la manière d'un « principe »

unnecessary for the Court to pronounce definitively on the so-called 12-mile rule or the United Kingdom's first submission.

Having said this, I am impelled to make the following observations.

The contention that by the middle or late 1960s customary international law had crystallized to a point which set an outer limit of 12 miles for exclusive fishery zones, while not conclusive, is persuasive. "Head counts" dealing with "State" practice, vary to some extent owing to different criteria as to what is exclusive (see FAO Circular No. 127, Rome, August 1971). Clearly the issue is realistically framed not in terms of a set limit of 12 miles but is keyed rather to the number of States whose territorial sea and/or exclusive fisheries jurisdiction taken jointly or separately do not *exceed* 12 miles. An authoritative analysis of 147 independent countries shows, as of August 1972, 96 States with 12 miles or less, 19 with limits ranging from 15 to 200 miles, 4 ambiguous and 28 landlocked. A United States State Department tabulation of 123 jurisdictions showed 88 per cent. as having 12 miles or less and 12 per cent. in excess of 12 miles. Other kinds of enumerations are plentiful. To determine the *significance* of these and other tabulations, account would need to be taken of geographical spread, degrees of maritime interest and many other factors beyond the reach of this opinion. References in the United Kingdom Memorial on the merits illuminate some of these factors (paras. 245-257) ¹.

and not that of a "rule" (in the narrow sense). This means that a court, or any other decision-maker, has more flexibility in applying it than if it required an exercise in what is called "jural syntax". The use of "standards" permits some accommodation of the need for a "general norm" permitting a tolerable degree of predictability with the need to adjust to the peculiarities of a special situation, a point to be alluded to later in this opinion.

On the meaning of "standards" see Pound, "Hierarchy of Sources and Forms in Different Systems of Law", 7 *Tulane Law Review*, 475 (1933) and on the use of standards in "individualizing" the application of law see Pound, *An Introduction to the Philosophy of Law* (1953), p. 64.

¹ The warning should be sounded that tabulations of jurisdictional extensions may be misleading unless an analysis is made of the degree of control the coastal State purports to exercise. In FAO Circular No. 127 (Rome, 1971) the criterion of "exclusive" jurisdiction used in its enumeration, includes any State which reserves to its nationals the right to fish "regardless of whether the legislation or an agreement to which it is a party permits fishing by non-nationals subject to certain conditions" (p. 1257). While this might be an acceptable criterion it may not coincide with that in other enumerations which would not include agreed upon conservation measures as constituting an "exclusive" claim.

For some uncertainties in this area, see: Stevenson, "Who is to Control the Oceans: US Policy and the 1973 Law of the Sea Conference", Vol. VI, *The International Lawyer*

les sous-paragraphes 1 et 2 du dispositif, dispensait la Cour de statuer définitivement sur la règle dite des 12 milles ou sur la première conclusion du Royaume-Uni.

Cela dit, je tiens à présenter les observations suivantes.

L'affirmation selon laquelle, vers le milieu ou la fin des années 60, le droit international coutumier s'était cristallisé de sorte que la limite extérieure des zones de pêche exclusives était fixée à 12 milles, sans être concluante, paraît convaincante. Les évaluations numériques relatives à la pratique des Etats varient dans une certaine mesure en raison des différents critères retenus pour déterminer en quoi consiste l'exclusivité (voir la circulaire des pêches de la FAO, n° 127, Rome, août 1971). Il est clair que, si l'on veut être réaliste, la question n'est pas du tout de savoir s'il y a une limite fixe de 12 milles, mais plutôt quel est le nombre d'Etats dont la mer territoriale et la zone de pêche exclusive, prises ensemble ou séparément, ne dépassent pas 12 milles. Une analyse autorisée de la situation de cent quarante-sept pays indépendants montre qu'en août 1972 quatre-vingt-seize Etats avaient des limites de 12 milles ou de moins de 12 milles, dix-neuf des limites qui allaient de 15 à 200 milles, quatre étaient dans une situation ambiguë et vingt-huit n'avaient aucune ouverture sur la mer. Un tableau du Département d'Etat américain montre que, sur cent vingt-trois Etats, quatre-vingt-huit pour cent avaient des limites égales ou inférieures à 12 milles et douze pour cent des limites fixées à plus de 12 milles. Il existe de nombreuses autres sortes d'énumérations. Pour apprécier pleinement la portée de ces tableaux et d'autres du même genre, il faudrait tenir compte de la répartition géographique, de l'importance variable des intérêts maritimes et de nombreux autres facteurs qui dépassent le cadre de la présente opinion. Des passages du mémoire du Royaume-Uni sur le fond mettent en lumière certains de ces facteurs (par. 245-257) ¹.

(*standard*) et non d'une « règle » au sens étroit de ce terme. Autrement dit un tribunal, ou toute autre autorité, peut l'appliquer avec plus de souplesse que si elle obligeait à mettre en œuvre ce qu'on peut appeler la « syntaxe juridique ». L'emploi de « principes » permet de concilier jusqu'à un certain point le besoin d'une « norme générale » permettant une prévisibilité suffisante avec le besoin de s'adapter aux caractéristiques d'une situation spéciale, point sur lequel je reviendrai dans la présente opinion.

Sur le sens des principes ou *standards*, voir Pound, « Hierarchy of Sources and Forms in Different Systems of Law », 7 *Tulane Law Review*, 475 (1933); sur l'emploi des critères pour individualiser l'application du droit, voir Pound, *An Introduction to the Philosophy of Law* (1953), p. 64.

¹ Une mise en garde s'impose car les tableaux relatifs aux élargissements de compétence risquent d'induire en erreur si l'on n'analyse pas le degré de contrôle que l'Etat riverain prétend exercer. Dans la circulaire de la FAO n° 127 (Rome, 1971), le critère de la compétence « exclusive » utilisé s'applique à tout Etat qui réserve le droit de pêche à ses ressortissants « même lorsque sa législation ou un accord auquel il est partie autorise la pêche par des non-nationaux sous réserve de certaines conditions » (p. 1257). Bien qu'acceptable, ce critère peut ne pas coïncider avec celui d'autres énumérations où les mesures de conservation décidées d'un commun accord ne figureraient pas comme des revendications « exclusives ».

Pour certaines incertitudes dans ce domaine, voir: Stevenson, « Who is to control the Oceans: US Policy and the 1973 Law of the Sea Conference », vol. VI, *The Inter-*

The argument that classically conceived customary international law supports an outer limit of 12 miles is fortified by considering the fact, of which the Court could take judicial notice, that in practice States accord deference to the 12-mile limit as a matter of legal obligation and not merely as a matter of reciprocal tolerance or comity. In contrast many assertions of jurisdiction beyond 12 miles have generated protests from affected States. Nor can a legitimate inference be drawn from lack of protests by non-interested States that they necessarily acquiesce in such unilateral extensions of exclusive jurisdiction¹.

The authority of the International Court of Justice is sometimes invoked in support of a quasi-universalist, as opposed to a consensus theory of customary international law. Thus in the *Anglo-Norwegian Fisheries* case the Court, in discussing the 10-mile rule for bays, stated (*I.C.J. Reports 1951*, 116 at p. 131):

“... the Court deems it necessary to point out that although the ten-mile rule has been adopted by certain States both in their national law and in their treaties and conventions, and although certain arbitral decisions have applied it as between these States, other States have adopted a different limit. Consequently, the ten-mile rule has not acquired the authority of a general rule of international law.”

However, it is worth noting, as the Court pointed out, that Norway had always opposed any attempt to apply the rule to the Norwegian coast. In striking contrast, Iceland, while reserving the aspiration to work for an extension, yet freely acknowledged that she would abide by an outer limit of 12 miles in the Exchange of Notes of 1961. The elucidation of an aspiration or pronounced intention, is not incompatible with the concession that, until it is achieved, she is bound by the 12-mile rule.

In fairness to the contentions of Iceland, however, it should be stated that the analysis above does not do full justice to the arguments which, on various official occasions, she has advanced. She starts from a different premise which implicitly denies the premise on which the concept of an “established” law depends. Because of the wide divergencies in State practice, she contends, in effect, that there is no law or at best a lacuna in the law viewed as a body of restraints on State conduct, and therefore

465-477 (1972). For a recent evaluation of varying South American claims, see Garcia Amador in 68 *American Journal of International Law*, 33-50 (1974).

¹ Logically, it does not follow that because “protest” shows lack of “acquiescence” that lack of protest shows acquiescence. The matter is discussed in D’Amato, *The Concept of Custom in International Law* (1971), at pp. 85, 98-102, 195.

L'argument selon lequel le droit international coutumier dans sa conception classique consacre une limite extérieure de 12 milles est corroboré par le fait, dont la Cour pourrait prendre acte, qu'en pratique les Etats reconnaissent la limite de 12 milles à titre d'obligation juridique et non simplement par tolérance réciproque ou par courtoisie. En revanche, nombreuses sont les prétentions à exercer une compétence au-delà de 12 milles qui ont suscité les protestations des Etats touchés par ces mesures. On ne peut pas non plus légitimement conclure de l'absence de protestation des Etats qui ne sont pas intéressés qu'ils admettent nécessairement ces extensions unilatérales de la compétence exclusive¹.

L'autorité de la Cour internationale de Justice est parfois invoquée pour justifier une théorie quasi universaliste, par opposition à une théorie consensuelle du droit international coutumier. C'est ainsi que, dans l'affaire des *Pêcheries* entre le Royaume-Uni et la Norvège, la Cour a déclaré, à propos de la règle des 10 milles applicable aux baies (*C.I.J. Recueil 1951*, p. 131):

« la Cour estime nécessaire d'observer que si la règle des dix milles a été adoptée par certains Etats, aussi bien dans leurs lois nationales que dans leurs traités et conventions, et si quelques décisions arbitrales en ont fait application entre ces Etats, d'autres Etats, en revanche, ont adopté une limite différente. En conséquence, la règle des dix milles n'a pas acquis l'autorité d'une règle générale de droit international ».

Il convient cependant de noter que, comme la Cour l'a relevé, la Norvège s'était toujours opposée à toute velléité d'appliquer la règle aux côtes norvégiennes. Or, par un contraste marqué, tout en proclamant ses aspirations à œuvrer en vue d'une extension future, l'Islande a volontairement reconnu, dans l'échange de notes de 1961, qu'elle respecterait une limite extérieure de 12 milles. Exprimer des aspirations ou des intentions n'est pas inconciliable avec le fait d'admettre — comme l'Islande — que, tant que ces aspirations ne sont pas réalisées, on est lié par la règle des 12 milles.

Pour être tout à fait équitable à l'égard des thèses de l'Islande, il faut dire cependant que l'analyse qui précède ne rend pas entièrement justice aux arguments qu'elle a invoqués officiellement en diverses occasions. L'Islande part d'un principe différent qui exclut implicitement celui dont procède l'idée d'un droit « établi ». La pratique des Etats étant très variable, l'Islande soutient en réalité qu'il n'y a pas de droit applicable ou, du moins, que le droit considéré comme un ensemble de restrictions

national Lawyer 465-477 (1972). Pour une appréciation récente des revendications variables formulées en Amérique du Sud, voir Garcia Amador dans 68 *American Journal of International Law*, 33-50 (1974).

¹ Logiquement, ce n'est pas parce que les protestations établissent le défaut d'acquiescement que l'absence de protestations établit l'acquiescement; ce problème fait l'objet d'un examen dans D'Amato, *The Concept of Custom in International Law* (1971), p. 85, 98 à 102, 195.

the law does not prevent the extension by each State of its exclusive fisheries jurisdiction. She is not claiming an exception to an *established* rule but a different kind of rule, namely a permissive rule which, in the absence of a specific rule to the contrary, permits the coastal State in a special situation to extend unilaterally its jurisdiction to an extent that it deems reasonable. She further claims that her extension is "reasonable" because it coincides generally with the limits of her continental shelf.

It is immediately apparent that the argument above invites an enquiry not only into the question of the burden of proof but at a deeper theoretical level into the much discussed question of State autonomy and freedom of State action and presumptions flowing from such concepts. In turn this goes back to the controversial *Lotus* case¹ and to the manner in which the International Court of Justice handled the submissions in the *Anglo-Norwegian Fisheries* case². It would extend this opinion to inordinate lengths if these matters were broached in depth. Suffice it to suggest at present that, while the burden of proof problem may have some relevance in determining factual and jurisdictional issues, it has little bearing on the present case. Likewise with the notion of freedom of State action. Borrowing from Lauterpacht³, I would put the matter as follows: if the exercise of freedom trespasses on the interests of other States then the issue arises as to its justification. This the Court must determine in light of the applicable law and it does not advance the enquiry to attempt to indulge in a presumption or to lean on a burden of proof. It can be argued, for instance, that Iceland was the "actor" who sought to change the established law and the burden of proving legal justification rests on her. Conversely it can be argued that the Applicant was in the role of plaintiff and should therefore have the burden of establishing the illegality of Iceland's actions. In either event the Court must determine the rights of the Parties. Freedom of State action and burdens of proof suggest analogies to the criminal and civil procedures of some States. Applied to the present case the analogy is misplaced.

¹ *P.C.I.J., Series A, No. 10* (1927) at p. 18. Cf. Hudson, *The Permanent Court of International Justice* (1943), pp. 611, 612; D'Amato, *op. cit., supra*, pp. 178-189.

² *I.C.J. Reports 1951*, p. 116. Cf. Waldock, "The Anglo-Norwegian Fisheries Case", 28 *British Year Book of International Law* (1951), p. 114 and Fitzmaurice, "The Law and Procedure of the International Court of Justice, 1951-1954: General Principles and Sources of Law", 30 *British Year Book of International Law* (1953), pp. 8-26.

³ Lauterpacht, *The Development of International Law by the International Court* (1958), p. 361. See also, Fitzmaurice, "The Law and Procedure of the International Court of Justice, 1951-1954: Questions of Jurisdiction, Competence and Procedure", 34 *British Year Book of International Law* (1958), pp. 149-150.

s'imposant au comportement des Etats présente des lacunes, donc que le droit ne s'oppose pas à ce que chaque Etat élargisse sa compétence exclusive en matière de pêcheries. L'Islande n'invoque pas une exception à une règle *établie*, mais une règle d'un genre différent, à savoir une règle d'habilitation, qui, à défaut de règle particulière en sens contraire, permet à l'Etat riverain se trouvant dans une situation spéciale d'étendre unilatéralement sa juridiction dans des limites jugées par lui raisonnables. Elle soutient en outre que l'extension décidée par elle est « raisonnable » car elle coïncide d'une manière générale avec les limites de son plateau continental.

On voit tout de suite que cet argument conduit à se poser non seulement la question de la charge de la preuve, mais aussi, en poussant plus loin la recherche théorique, la question très discutée de l'autonomie des Etats et de leur liberté d'action et des présomptions qui en découlent. Cela nous ramène à l'affaire controversée du *Lotus*¹ et à la démarche suivie par la Cour internationale de Justice en présence des conclusions dont elle était saisie dans l'affaire des *Pêcheries*². Je ne saurais examiner ces problèmes en profondeur sans allonger démesurément la présente opinion. Qu'il me suffise de dire pour le moment que, si le problème de la charge de la preuve peut avoir une certaine importance quand il s'agit de se prononcer sur des questions de fait et de compétence, il n'a guère d'intérêt dans la présente espèce. Il en va de même de la notion de la liberté d'action des Etats. M'inspirant de Lauterpacht³, je dirai que, si l'exercice d'une liberté porte atteinte aux intérêts d'autres Etats, la question de sa justification se pose. La Cour doit statuer sur cette question à la lumière du droit applicable et, il n'y a guère avantage à essayer de se permettre des présomptions, ou de se fonder sur l'incidence de la charge de la preuve. On peut soutenir, par exemple, que l'Islande a été la partie agissante qui s'est efforcée de modifier le droit établi et que c'est à elle qu'il incombe de prouver que ses prétentions sont juridiquement justifiées. Inversement on peut soutenir que le demandeur joue en quelque sorte le rôle de plaignant en l'espèce et qu'il lui appartient donc de démontrer le caractère illicite des mesures prises par l'Islande. De toute façon, la Cour aura à se prononcer sur les droits des Parties. La notion de la liberté d'action des Etats et celle de la charge de la preuve suggèrent une analogie avec les procédures criminelles et civiles de certains Etats. Appliquée à la présente affaire, cette analogie est déplacée.

¹ C.P.J.I. série A n° 10 (1927), p. 18. Cf. Hudson, *The Permanent Court of International Justice* (1943), p. 611, 612; D'Amato, *op. cit. supra*, p. 178-189.

² C.I.J. Recueil 1951, p. 116. Cf. Waldock, « The Anglo-Norwegian Fisheries Case », 28 *British Year Book of International Law* (1951), p. 114, et Fitzmaurice, « The Law and Procedure of the International Court of Justice, 1951-1954: General Principles and Sources of Law », 30 *British Year Book of International Law* (1953), p. 8-26.

³ Lauterpacht, *The Development of International Law by the International Court* (1958), p. 361. Voir aussi Fitzmaurice, « The Law and Procedure of the International Court of Justice, 1951-1954: Questions of Jurisdiction, Competence and Procedure », 34 *British Year Book of International Law* (1958), p. 149-150.

Although, in my view, the 12-mile rule may be grounded on a sounder theoretical base than an alternative rule grounded on a concept of “no law” or a “gaping lacuna” in the law¹, it yet seems to me that the way in which customary international law evolves, as noted previously, made it *unnecessary* for the Court to pronounce on the first submission of the United Kingdom, namely that Iceland’s unilateral extension was without foundation in international law *ipso jure* and *erga omnes*. It sufficed for the disposal of the case that under international law Iceland’s extension could not be opposed to the Applicant.

In the course of the oral proceedings a Member of the Court put to counsel the following question:

“Is it the contention of the Applicant that its first three submissions, that is to say, submissions (a), (b) and (c), are so connected that it is necessary for the Court to adjudicate on the first in order to adjudicate on the second and third?” (CR 74/1, p. 33.)

In replying, counsel, after analysing the purport of all three submissions, declared:

“It follows when these three submissions are analysed in this way that (a), (b) and (c) are not so connected that the second and third cannot stand without the first, and in the view of Her Majesty’s Government *it is therefore open to the Court to adjudicate on the second and the third of those submissions without adjudicating upon*

¹ The difficulty with a “no law” concept is that it is apt to imply that States are free to fix any limit they think reasonable, a notion likely to generate confusion and breed conflict. Clearly the fact that there are discordances in the practice of States leading to a large measure of uncertainty casts doubt on the utility or wisdom of a specific rule, but the alternative is not to leap into the abyss of a legal vacuum. The better alternative is to recognize exceptions to the prevalent norm or to re-classify the norms themselves to take account of special circumstances as was done in the *Anglo-Norwegian Fisheries* case. At the theoretical level the difficulties with a “no law” or “vacuum” concept are profound. The references cited in the footnotes to the preceding paragraph contain discussions of some of these difficulties.

Nor is this all. The fact that the States in 1958 or 1960 did not reach a *formal* agreement on a specified limit does not signify that they accepted as an alternative the extreme postulate of State autonomy which would accord each State the freedom to set such limits as it chose. Indeed the conferences were based on the opposite assumption, an assumption dictated by a consciousness of the existence of a community interest hostile to the notion of uninhibited freedom. It is worth recalling that the 1958 Conference soundly rejected the only proposal coming to a vote on the question of allowing a coastal State discretion to set any limit it wished for the territorial sea. While obviously problems of the territorial sea are not co-extensive with those concerning fisheries, yet the problem of unilateral extensions may be common to each. In the First Committee the proposal was rejected by a vote of 44/29/9 and in the plenary session by 47/21/17. More significant is the fact that no further proposals of the kind were made. McDougal and Burke, *The Public Order of the Oceans* (1962), pp. 497-498.

Si j'estime que la règle des 12 milles peut s'appuyer sur une base théorique plus solide qu'une règle rivale reposant sur la notion de l'« inexistence du droit » ou d'une « lacune flagrante » dans le droit¹, je crois néanmoins que, comme il a déjà été indiqué, le processus d'évolution du droit international coutumier *dispense* la Cour de statuer sur la première conclusion du Royaume-Uni, d'après laquelle l'extension unilatérale décidée par l'Islande était sans fondement en droit international *ipso jure* et *erga omnes*. Il suffit pour statuer en l'espèce que cette extension soit, en droit international, inopposable au demandeur.

Pendant la procédure orale, un membre de la Cour a posé la question suivante au conseil du Royaume-Uni :

« Le demandeur soutient-il que ses trois premières conclusions, c'est-à-dire les conclusions *a)*, *b)* et *c)*, sont à ce point interdépendantes que la Cour doit statuer sur la première pour pouvoir statuer sur la deuxième et la troisième? » (Compte rendu du 25 mars 1974, p. 33.)

En répondant, le conseil du Royaume-Uni a déclaré, après avoir analysé la teneur des trois conclusions :

« Il s'ensuit que les trois conclusions *a)*, *b)* et *c)* ne sont pas à ce point interdépendantes que la deuxième et la troisième ne puissent être examinées séparément de la première. De l'avis du Gouvernement de Sa Majesté, *il est par conséquent loisible à la Cour de statuer sur les deuxième et troisième conclusions sans statuer sur la première,*

¹ La difficulté, si l'on recourt au concept de l'« inexistence du droit », tient à ce qu'il risque d'impliquer que les Etats sont libres d'adopter toute limite qu'ils jugent raisonnable, idée propre à répandre la confusion et à alimenter les conflits. Certes, le fait qu'il se manifeste, dans la pratique des Etats, des divergences d'où résulte une grande marge d'incertitude, fait naître des doutes sur l'utilité ou l'opportunité d'une règle précise, mais le choix ne doit pas résider entre cela et l'abîme du vide juridique. Une meilleure solution consiste à reconnaître des exceptions à la norme dominante, ou à reprendre le classement des normes elles-mêmes de manière à tenir compte des circonstances spéciales, comme dans l'affaire des *Pêcheries*. Sur le plan théorique, l'idée de l'« inexistence du droit » ou du « vide » suscite des difficultés d'une grande portée. Certaines de ces difficultés sont examinées dans les ouvrages cités en référence dans les notes du paragraphe précédent.

Il y a plus. Le fait qu'en 1958 ou 1960 les Etats ne soient pas parvenus à un accord *formel* sur une limite précise ne signifie pas qu'ils aient accepté pour autant le postulat extrême de l'autonomie des Etats qui accorderait à chacun d'eux la liberté de fixer les limites comme bon lui semble. Les conférences sont même parties du principe opposé, principe dicté par la conscience qu'il existe un intérêt collectif hostile à l'idée d'une liberté sans frein. Il convient de rappeler que la conférence de 1958 a rejeté, avec raison, la seule proposition qui ait été mise aux voix sur la question de la faculté pour l'Etat riverain de fixer à son gré la limite de sa mer territoriale. S'il n'y a évidemment pas identité entre les problèmes de la mer territoriale et ceux des pêcheries, la question des élargissements unilatéraux peut néanmoins constituer un domaine commun. La proposition a été rejetée à la Première Commission par 44 voix contre 29, avec 9 abstentions et, en séance plénière, par 47 voix contre 21, avec 17 abstentions. Il est plus significatif encore qu'aucune nouvelle proposition de ce genre n'ait été faite. McDougal et Burke, *The Public Order of the Oceans* (1962), p. 497-498.

the first, it being of course understood and accepted that submissions (b) and (c) are based on general international law and are of course not confined merely to the effect of the Exchange of Notes.” (CR 74/3, pp. 23, 24; emphasis added.)

The observations of counsel are, of course, in no sense controlling on the Court. Nevertheless it is not without significance to observe that the Applicant considered that its first submission was not essential to the disposition of the case, a position which the Court, in the exercise of its independent discretion, also assumed.

At a broader policy level it can also be argued that it might have been undesirable to specify any set limit for the extension of fisheries jurisdictions *erga omnes*. It is apparent from even a casual survey of the massive literature on the subject that there are so many disparities in the types of fishes and their migratory ranges, to say nothing of wide variations in the extent of coast lines and continental shelves, that the wisdom of freezing a limit applicable generally may be questioned. Fish and especially free swimming fish such as those involved in the present case are, of course, no respecters of national jurisdictions. The problem may well call for the application of flexible standards instead of fixed rules.

Charles De Visscher, in his book entitled *Theory and Reality in Public International Law* (Corbett Translation, 1957) addressed himself to the broad problem involved in the specification of general norms in his consideration of the *Anglo-Norwegian Fisheries* case. In the course of his discussion he quoted with approval (n. 38, p. 154) the following passage from Brierly, extracted from the latter's 1936 lectures before the Hague Academy of International Law:

“Uniformity is good only when it is convenient, that is to say when it simplifies the task in hand; it is bad when it results from an artificial assimilation of dissimilar cases . . . The nature of international society does not merely make it difficult to develop rules of international law of general application, it sometimes makes them undesirable.” (58 *Recueil des cours*, pp. 17-18.)

This gratuitous digression in the present opinion is not intended to suggest that in the present case the Court is *directly* concerned with the complex jurisprudential problem of knowing how best to reconcile the need for general norms in the interest of some degree of predictability versus the need to avoid them in the interest of the particularistic and individualistic nature of the subject-matter to which the norms are applicable. The digression is only intended to point to one of the broader aspects of fisheries jurisdiction impinging on the present case.

*

* * *

étant évidemment entendu et accepté que les conclusions *b)* et *c)* sont fondées sur le droit international général et, bien sûr, ne concernent pas uniquement les effets de l'échange de notes. » (Compte rendu du 29 mars 1974, p. 23 et 24.) (Les italiques sont de nous).

Evidemment, les observations des conseils ne lient nullement la Cour. Toutefois, il n'est pas sans intérêt de remarquer que le demandeur n'a pas considéré sa première conclusion comme essentielle aux fins du règlement de l'affaire, point de vue que la Cour a adopté aussi, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire.

Sur le plan de principes plus généraux, il est permis aussi de soutenir qu'on aurait peut-être été mal avisé de fixer une limite déterminée pour l'extension de la compétence en matière de pêcheries *erga omnes*. Il ressort d'un examen même rapide des nombreux écrits consacrés à la question qu'il y a tant de diversité dans les espèces de poissons et l'ampleur de leur migration, et tant de différence dans la longueur des côtes et l'étendue du plateau continental, que l'on peut douter de l'opportunité d'établir une limite figée d'application générale. Il va de soi que les poissons et, surtout les poissons nectoniques du genre de ceux dont il s'agit en l'occurrence, ne respectent pas les compétences nationales. Le problème appelle peut-être l'application de principes souples plutôt que celle de règles fixes.

Charles De Visscher, dans son livre intitulé *Théories et réalités en droit international public*, envisage le vaste problème que pose la détermination de normes générales à propos de l'affaire des *Pêcheries*. Au cours de son argumentation, il cite en l'approuvant (n° 38) le passage suivant de Brierly, tiré du cours que celui-ci a fait en 1936 à l'Académie de droit international de La Haye :

« L'uniformité n'est bonne que quand elle est commode, c'est-à-dire quand elle simplifie notre tâche; elle est mauvaise quand elle résulte d'une assimilation artificielle de cas dissemblables... La nature de la société internationale ne rend pas seulement difficile le développement de règles d'application générale du droit international, il arrive souvent qu'elle les rend peu souhaitables. » (58 *Recueil des cours*, IV, p. 17 et 18.)

Cette digression désintéressée dans la présente opinion n'a pas pour but de suggérer qu'en l'espèce la Cour affronte *directement* le problème théorique et complexe qui consiste à concilier la nécessité des normes générales pour assurer un certain degré de prévisibilité avec la nécessité de les éviter pour tenir compte du caractère particulariste et individualiste de l'objet auquel les normes s'appliquent. Cette digression a seulement pour but d'indiquer l'un des aspects plus larges de la compétence en matière de pêcheries qui ont une incidence sur la présente affaire.

*

* * *

From all that has been said above I find that the Court was justified in taking an intermediate position between the narrow approach based on breach of the treaty, to which allusion was made earlier, and the more expansive approach based on the United Kingdom's first submission. In short, the first two subparagraphs of the *dispositif* are preferable to permissible alternatives. It remains to discuss the more controversial position reflected in subparagraphs 3 and 4 of the *dispositif*.

*
* * *

The jurisdiction of the Court to entertain the merits of the dispute was, as previously noted, definitively established by its Judgment of 2 February 1973. But the endowment of jurisdiction in the sense of the *general power* to deal with the merits is one thing; the nature and scope of that power is quite another.

It is precisely with reference to the third and fourth subparagraphs of the *dispositif* that questions of the latter kind have been raised concerning the extent of the Court's assumption of jurisdiction.

The third subparagraph states that the two Parties are under mutual obligations to undertake negotiations in good faith for the equitable solution of their differences concerning their respective fishery rights in the areas around Iceland to seaward of the fishery limits agreed to in the Exchange of Notes of 1961. The fourth subparagraph indicates the guidelines for doing so. Briefly summarized it specifies that in the distribution of the fishery resources, account be taken of the preferential share to which Iceland is entitled to the extent that she qualifies as a State in a condition of special dependence on coastal fisheries; that account also be taken of the established rights of the United Kingdom; that the rights of both States should be given effect to the extent compatible with the conservation and development of the fishing resources in the area; that regard also be paid to the interests of other States in the conservation and equitable exploitation of the resources and that the two States keep under review the measures required for the conservation, development and equitable exploitation of the resources in light of scientific and other available information.

The United Kingdom in its Memorial on the merits (paras. 300-307) earnestly pressed upon the Court the desirability of applying equitable principles in fairness to both Parties, an attitude also reflected in the submissions contained in its Application and Memorial on the merits and repeated emphatically in the oral hearings. A similar attitude was displayed by the Applicant in the companion case concerning the Federal Republic of Germany. The justification was rooted in the acknowledged need to balance the traditional rights of the Applicant against the preferential rights of Iceland in the interests of a rational approach to the

Pour tous les motifs indiqués ci-dessus, j'estime que la Cour a eu raison d'adopter une position intermédiaire entre la conception étroite de l'affaire tirée de la violation du traité, à laquelle j'ai fait allusion plus haut, et la conception plus large tirée de la première conclusion du Royaume-Uni. En bref, les deux premiers sous-paragraphes du dispositif sont préférables aux autres solutions justifiables. Reste à examiner la position plus contestable adoptée aux sous-paragraphes 3 et 4 du dispositif.

*
* *

Comme je l'ai indiqué plus haut, la compétence que possède la Cour pour connaître du différend quant au fond a été définitivement établie dans l'arrêt que celle-ci a rendu le 2 février 1973. Mais l'attribution de compétence au sens du *pouvoir général* de connaître du fond d'un différend est une chose; la nature et l'étendue de ce pouvoir en sont une autre.

C'est précisément à propos des sous-paragraphes 3 et 4 du dispositif de l'arrêt que des questions relevant de cette dernière catégorie ont été soulevées au sujet de l'étendue de la compétence que la Cour s'est reconnue.

Au sous-paragraphe 3 du dispositif, la Cour dit que les deux Parties ont l'obligation mutuelle d'engager des négociations de bonne foi pour aboutir à la solution équitable de leurs divergences concernant leurs droits de pêche respectifs dans les régions situées autour de l'Islande au large des limites de pêche convenues dans l'échange de notes de 1961. Au sous-paragraphe 4, elle indique les considérations fondamentales sur lesquelles ces négociations doivent reposer. En bref, il y est dit que, dans la répartition des ressources halieutiques de ces régions, il y a lieu de tenir compte de la part préférentielle à laquelle l'Islande a droit dans la mesure où elle remplit les conditions requises pour être un Etat spécialement tributaire des pêcheries des eaux avoisinant ses côtes; qu'il y a également lieu de tenir compte des droits établis du Royaume-Uni; que les droits des deux Etats doivent être exercés dans la mesure compatible avec la conservation et le développement des ressources halieutiques dans la région; qu'il faut en outre tenir compte des intérêts qu'ont d'autres Etats à la conservation et à l'exploitation équitable de ces ressources; enfin, que les deux Etats doivent continuer à étudier les mesures qu'imposent la conservation, le développement et l'exploitation équitable desdites ressources sur la base de renseignements scientifiques et autres données disponibles.

Dans son mémoire sur le fond (par. 300 à 307), le Royaume-Uni a beaucoup insisté sur le fait qu'il était souhaitable d'appliquer des principes d'équité dans l'intérêt des deux Parties; ces vues se retrouvent dans les conclusions formulées tant dans la requête que dans ledit mémoire et ont été réitérées avec force au cours des plaidoiries. Dans l'affaire connexe à laquelle la République fédérale d'Allemagne est Partie demanderesse, cette dernière a adopté une position analogue. La justification en est la nécessité reconnue d'assurer l'équilibre voulu entre les droits traditionnels du demandeur et les droits préférentiels de l'Islande, dans l'in-

exploitation and conservation of the fisheries in the waters under dispute.

It is true, of course, that the Court, as master of its own jurisdiction, is not controlled by the position taken by the Applicant but is compelled to inquire into the scope of its own jurisdiction in light of its source. Nevertheless it is not irrelevant that the Party whose interests are most vitally affected should urge upon the Court a solution of this kind, grounded legally on the principle enunciated in Article 2 of the Convention on the High Seas of 1958 which, while not binding on Iceland as a matter of conventional law, is yet binding as a declared and acknowledged norm of international law. Why then should the Court not respond favourably to the proposed equitable solution of the controversy?¹

*
* *
*

As I understand it, the argument questioning the Court's power to deal with the above issues rests on the following chain of reasoning. Both the existence and scope of the Court's jurisdiction is confined to the Exchange of Notes of 1961. The reference in the Exchange of Notes to a "dispute" must be strictly confined to the kind of dispute contemplated by the parties in negotiating and framing the Exchange of Notes. This, and this alone, constitutes the *subject-matter* to which the Court's jurisdiction attaches. At no relevant time was there a dispute concerning preferential rights or conservation. Quite the contrary, it concerned only the extension itself and whether it could be held well founded under international law. The Court is not privileged to change the nature of the dispute without doing violence to its endowment of limited power in the Exchange of Notes. This interpretation is asserted to be fortified by the *travaux préparatoires* and to be consonant with the frequently stated proposition that the Court should, as a matter of policy, exercise the greatest restraint in assuming or extending its own jurisdictional powers. So runs the argument. In my view the argument, while plausible, is not sufficiently persuasive. It is true, of course, that the exclusive source of the Court's jurisdiction is the Exchange of Notes; it is also fair to say that the major subject discussed in the negotiations preceding the Exchange dealt with the extension as such and not with preferential rights or conservation. But references to the latter were not altogether lacking.

¹ In the words of Judge Hudson: "What are widely known as principles of equity have long been considered to constitute a part of international law, and as such they have often been applied by international tribunals" (*Diversion of Water from the Meuse, 1937, P.C.I.J., Series A/B, No. 70, p. 76*). I would add that those principles are particularly relevant when the issues focus on the common use of limited resources and the applicable norms of international law is couched in the form of a "standard".

térêt d'une conception rationnelle de l'exploitation et de la conservation des ressources de la pêche dans les eaux contestées.

La Cour, qui est maîtresse de sa propre compétence, n'est évidemment pas tenue par la position qu'a adoptée le demandeur; elle doit cependant s'interroger sur l'étendue de sa compétence compte tenu de la source de celle-ci. Il n'est pas sans intérêt de relever à ce propos que c'est la Partie dont les intérêts sont le plus gravement affectés qui sollicite de la Cour une solution de ce genre, juridiquement fondée sur le principe énoncé à l'article 2 de la Convention de 1958 sur la haute mer qui, quoique ne liant pas l'Islande en tant qu'élément du droit conventionnel, a cependant force obligatoire en tant que norme proclamée et reconnue du droit international. Pourquoi donc la Cour n'accueillerait-elle pas favorablement la proposition tendant à ce qu'une solution équitable soit trouvée au différend¹?

*
* *

Telle que je la comprends, la thèse que l'on fait valoir pour mettre en doute le pouvoir de la Cour de traiter de ces questions repose sur le raisonnement suivant. Tant l'existence de la compétence de la Cour que l'étendue de cette compétence découlent uniquement de l'échange de notes de 1961. Le terme «différend» qui figure dans cet échange de notes doit s'entendre rigoureusement du genre de différend que les Parties ont envisagé lorsqu'elles ont négocié et mis au point les notes qu'elles ont échangées. Tel est le *domaine* dans lequel la Cour a compétence, et il n'en est pas d'autre. A aucun moment intéressant la présente affaire, il n'y a eu entre les Parties de litige en ce qui concerne des droits préférentiels ou des mesures de conservation. Bien au contraire, le différend n'a porté que sur l'élargissement lui-même et sur le point de savoir si l'on pouvait considérer que cet élargissement avait un *fondement en droit international*. La Cour ne saurait modifier la nature du différend sans contrevenir à la disposition qui, dans l'échange de notes, lui attribue un pouvoir limité. Une telle interprétation, dit-on, outre qu'elle est renforcée par les travaux préparatoires, est pleinement conforme au principe souvent répété selon lequel la Cour devrait toujours faire preuve de la plus grande retenue lorsqu'il s'agit pour elle de s'attribuer des pouvoirs juridictionnels ou d'étendre ceux qui lui ont été confiés. Telle est la thèse que l'on fait valoir. Si plausible soit-elle, cette thèse n'est à mon avis pas suffisamment convaincante. On a évidemment raison de dire que l'échange de notes est la source exclusive de la compétence de la Cour; on a également raison de

¹ Comme l'a dit le juge Hudson « Les règles bien connues sous le nom de principes d'équité ont depuis longtemps été considérées comme faisant partie du droit international, et, à ce titre, elles ont souvent été appliquées par des tribunaux internationaux » (*Prises d'eau à la Meuse, arrêt, 1937, C.P.J.I. série A/B n° 70, p. 76*). J'ajouterai que ces principes sont particulièrement pertinents quand les questions litigieuses concernent l'usage commun de ressources limitées et quand les normes applicables de droit international se présentent plutôt sous la forme de principes (« standards »).

Indeed at the very first discussion on 1 October 1960 Sir Patrick Reilly in his opening remarks conceded that there may be areas both inside and outside the 6-12-mile zone "which on the scientific principle of conservation should be reserved from trawling". Mr. Andersen of Iceland countered with the assertion that "conservation measures applicable to all alike were not sufficient to safeguard Iceland's coastal fisheries" (Records of the Anglo-Icelandic Discussions, 1 October 1960 to 4 December 1960, at pp. 1 and 5). Furthermore it should be recognized that a certain ambiguity attends the meaning of the term "exclusive", a point to be alluded to later and revealed in some of the diplomatic exchanges subsequent to the adoption of the Exchange of Notes, as, for instance, in the Government of Iceland's Note of 11 August 1972 in which preferential rights are expressly mentioned (United Kingdom Memorial on the merits, Annex 10, p. 125). But the more important point, in my view, is the larger context in which the dispute itself is located.

*
* * *

It will be recalled that the Exchange of Notes speaks of the Althing Resolution of 5 May 1959 (quoted in para. 24 of the Judgment). The significant point is that this resolution explicitly referred to the "policy adopted by the Law of 1948 concerning the Scientific Conservation of the Continental Shelf Fisheries . . .".

The title of the 1948 Law is a "Law concerning the Scientific Conservation of the Continental Shelf Fisheries" and Article 1 authorized the Ministry of Fisheries to "... issue regulations establishing explicitly bounded *conservation zones* within the limits of the continental shelf of Iceland . . ." (emphasis added). It went on to declare that "all fisheries shall be subject to Icelandic rules and control . . .".

Reverting to the Exchange of Notes of 1961 it is necessary to emphasize that it does not refer to any particular type of extension but only that the Government would work for the implementation of the 5 May resolution "*regarding the extension of fisheries jurisdiction*". Furthermore the terms used to describe the "dispute" are by no means restricted to the *fact* of extension but to "*a dispute in relation to such extension*" and in the event of such dispute, "*the matter*" shall, at the request of either party be

dire que la question principale dont les Parties ont discuté au cours des négociations qui ont précédé l'échange de notes était l'élargissement proprement dit de la juridiction sur les pêcheries et non les droits préférentiels ou les mesures de conservation. Ces deux dernières questions n'ont cependant pas été totalement passées sous silence.

De fait, dès le premier entretien, le 1^{er} octobre 1960, sir Patrick Reilly reconnaissait, dans ses observations liminaires, que tant à l'intérieur qu'à l'extérieur de la zone située entre 6 et 12 milles des côtes islandaises, il pouvait y avoir des eaux «dans lesquelles, pour tenir compte du principe scientifique de la conservation, il faudrait interdire la pêche au chalut». Le représentant de l'Islande, M. Andersen, a rétorqué que «des mesures de conservation applicables uniformément à tous ne suffisaient pas à protéger les pêcheries côtières de l'Islande» (*Records of the Anglo-Icelandic Discussions*, 1^{er} octobre 1960-4 décembre 1960, p. 1 et 5). Au surplus, il faut bien reconnaître qu'il existe une certaine ambiguïté quant au sens du mot «exclusif»; c'est là une considération qui a ultérieurement été invoquée et que l'on retrouve dans certaines des communications diplomatiques qui ont été échangées postérieurement à la conclusion de l'échange de notes, par exemple dans la note du Gouvernement islandais du 11 août 1972, où il est fait expressément mention des droits préférentiels des navires islandais (mémoire du Royaume-Uni sur le fond, annexe 10). Quoi qu'il en soit, le point le plus important à mon avis est le contexte plus vaste dans lequel le différend lui-même se situe.

*
* *

On se souviendra que, dans l'échange de notes, il est question de la résolution de l'Althing du 5 mai 1959 (dont un passage est reproduit au paragraphe 24 de l'arrêt). Le point qui mérite d'être relevé est que cette résolution mentionne expressément la «politique consacrée par la loi de 1948 concernant la conservation scientifique des pêcheries du plateau continental».

La loi de 1948 était intitulée «Loi concernant la conservation scientifique des pêcheries du plateau continental» et, aux termes de son article premier, le ministère des Pêcheries était autorisé à établir «par voie de règlement, dans les limites du plateau continental islandais, des *zones de conservation* définies...» Il était également dit dans cet article que «les pêcheries seront intégralement réglementées et contrôlées par l'Islande...» (les italiques sont de nous).

Pour en revenir à l'échange de notes de 1961, il convient de souligner qu'il n'y est pas fait mention d'un type particulier d'élargissement, mais qu'il y est simplement dit que le Gouvernement islandais s'emploiera à mettre en œuvre la résolution du 5 mai 1959 «relative à l'élargissement de la juridiction sur les pêcheries». Qui plus est, les termes employés pour décrire le «différend» ne sont nullement limités au *fait matériel* de l'élargissement, mais visent tout «différend en la matière», et il est prévu qu'au

referred to the Court (emphasis added). The terms are quite general and, on the face of it, hardly suggest the need for a restrictive interpretation.

In light of the importance of the 5 May resolution and its basis in the Law of 1948 it seems to me clear that a too narrow interpretation of the 1961 Exchange of Notes is neither compelled by its terms nor warranted by the context in which the whole dispute is located.

Perhaps a simple hypothetical example will help to illuminate the issue. Suppose Iceland had not purported to extend its exclusive jurisdiction in a fashion that was intended or likely to extinguish the rights of the United Kingdom but, under the guise of preferential rights and conservation, she laid down conditions that the United Kingdom found intolerable. Could it be plausibly argued that this type of extension, although expressly keyed to preferential rights and conservation needs, fell completely outside the ambit of the Exchange of Notes? Would it not still fall to the Court to decide the issue under international law? And could it be plausibly argued that in doing so the Court had somehow converted one type of "dispute" into another "type"?

If it is contended that this illustration misses the point since such an extension would, in fact, be "exclusive" I can only reply that this observation misses the point of the illustration.

I agree entirely with the conclusion stated in the Judgment that Iceland's claim was, in fact, an exclusive one. Indeed this conclusion is essential to the rationale of the Judgment. Furthermore it can be readily conceded that an assertion of jurisdiction which permits a State to fish in the disputed area only by the tolerant forbearance of the coastal State may be characterized as the assertion of an exclusive claim. At the same time, it should be noted that a certain ambiguity attends the notion of "exclusive" jurisdiction as revealed in the uncertainties which attach to many claims of States reaching beyond the 12-mile limit. These uncertainties were also reflected to some extent in the official diplomatic exchanges between the United Kingdom and Iceland and actual practice in the present case. It is not surprising therefore that, in the course of the oral proceedings, in response to a question put by a Member of the Court, counsel for the Applicant required (in the mimeographed version of the hearing of 29 March 1974) nine pages to analyse the many meanings of "exclusive" in State practice in which three types were emphasized (pp. 24-33). The hypothetical illustration is designed to show that an *asserted* claim based on conservation needs would *not* fall outside the reach of the Exchange of Notes.

cas où surgirait un tel différend, «*la question*» sera portée devant la Cour à la demande de l'une ou l'autre partie (les italiques sont de nous). La clause est rédigée en termes très généraux et, à première vue, rien n'autorise une interprétation restrictive.

Compte tenu de l'importance de la résolution du 5 mai 1959 et du fait qu'elle trouve sa base dans la loi de 1948, il me paraît clair qu'une interprétation trop étroite de l'échange de notes de 1961 n'est ni dictée par les termes de ces notes, ni justifiée eu égard au contexte dans lequel le différend tout entier se situe.

Peut-être pourrais-je éclaircir la question en donnant un exemple hypothétique bien simple. Supposons qu'au lieu de chercher à étendre sa zone de compétence exclusive dans l'intention d'éteindre les droits du Royaume-Uni, ou d'une manière telle que les droits de ce pays risqueraient de s'en trouver éteints, l'Islande, invoquant des droits préférentiels à exercer ou des mesures de conservation à appliquer, ait posé des conditions jugées intolérables par le Royaume-Uni. Pourrait-on valablement soutenir que ce genre d'élargissement, bien qu'expressément lié à l'exercice de droits préférentiels et aux nécessités de la conservation, échapperait complètement au champ d'application de l'échange de notes? N'appartiendrait-il pas quand même à la Cour de trancher la question au regard du droit international? Serait-il plausible de soutenir que, ce faisant, la Cour a quelque peu transformé la nature du «différend»?

A ceux qui pourraient reprocher à cet exemple de porter à faux, étant donné qu'un tel élargissement revêtirait en fait un caractère d'«exclusivité», je ne puis que répondre qu'une telle observation porterait elle-même à faux.

Je partage entièrement l'avis de la Cour lorsqu'elle conclut dans son arrêt que la prétention de l'Islande est, en fait, une prétention à des droits exclusifs. Cette conclusion est d'ailleurs essentielle au raisonnement sur lequel repose l'arrêt. Nul ne contestera, du reste, qu'une prétention à une juridiction qui ne permettrait à un Etat de pratiquer la pêche dans la zone contestée que si l'Etat riverain veut bien le tolérer mérite d'être qualifiée de prétention à des droits exclusifs. Il convient cependant de noter en même temps que la notion de juridiction «exclusive» n'est pas dépourvue de toute ambiguïté, comme le montre l'incertitude qui règne au sujet des prétentions de nombreux Etats à une zone de pêche dépassant la limite des 12 milles. Cette incertitude se retrouve également dans une certaine mesure dans les communications diplomatiques officielles échangées entre le Royaume-Uni et l'Islande ainsi que dans la pratique qui a été suivie en l'espèce. Il n'est donc pas surprenant que, pour répondre à une question qui avait été posée par un membre de la Cour, il ait fallu au conseil du demandeur, lors des plaidoiries, l'équivalent de neuf pages (version ronéotypée du document, compte rendu du 29 mars 1974, p. 24-33) pour analyser les nombreux sens que peut avoir le mot «exclusif» dans la pratique des Etats, en s'attachant principalement à trois catégories de cas. L'exemple hypothétique que j'ai donné tend à montrer qu'une prétention *fondée* sur les nécessités de la conservation *n'échapperait pas* au champ d'application de l'échange de notes.

Viewed from the point of view of the United Kingdom it would be quite irrelevant whether, under the stated hypothesis, it was or was not objectively an exclusive claim. The point is that a *claim* of extended jurisdiction *asserted* on conservation grounds would not be excluded under the Exchange of Notes.

The weakness, as I see it, in the argument which would deny the Court jurisdictional power to respond to this issue is rooted in a too simplistic concept of the nature of the dispute. Clearly a court could not convert a dispute between two farmers over the ownership of a cow into one over the ownership of a tractor. But the dispute covered in the Exchange of Notes is not of this clearly delineated character. To speak of the extension of "fisheries jurisdiction" is to speak of the projection of national power into an area that is not national and that could impinge on the rights of the Applicant. And it must be recalled that one of the main purposes of the Exchange of Notes was to provide an amicable method of resolving a dispute.

No doubt the Court could have disposed of the dispute by limiting its *dispositif* to the first two subparagraphs. It could also have disposed of the dispute by responding to the United Kingdom's first submission as indicated earlier in this opinion. It was not compelled to refer to preferential rights and conservation needs. This, I take to be a question of judicial discretion and even prudence. But all this does not entail the consequence that it is *precluded* from dealing with the dispute on the broader grounds so earnestly sought by the Applicant. To read the Exchange of Notes of 1961 otherwise, that is to say, in a too restrictive fashion, may have sufficed to decide the immediate issue between the Parties but, in my view, it would not have sufficiently sufficed to *resolve* the dispute by recognizing the interests of *both* Parties and supplying guides for their future conduct, especially when the dispute is itself heavily impregnated with elements of what is sometimes called distributive justice.

I hasten to add that I am not suggesting that the Court, itself, should attempt to resolve issues involving those elements. But, to repeat, it is not beyond the range of its function to indicate the nature of the legal rights involved and to provide appropriate guidelines in order to facilitate the better resolution of the dispute as was done in the *Continental Shelf* cases. This, of course, is what the third and fourth subparagraphs of the *dispositif* purport to do.

*
* * *

Si l'on se place du point de vue du Royaume-Uni, peu importerait que, dans l'hypothèse que j'ai indiquée, il s'agisse ou non, objectivement, d'une prétention à des droits exclusifs. Ce qui importe, c'est qu'une *prétention* à une compétence élargie *fondée* sur des motifs tenant à la conservation, ne serait pas exclue en application des dispositions de l'échange de notes.

La thèse niant à la Cour compétence pour connaître d'une telle question pêche, à mon avis, du fait qu'elle repose sur une conception par trop *simpliste de la nature du différend*. De toute évidence, un tribunal ne peut pas transformer un litige entre deux fermiers sur la propriété d'une vache en un litige sur la propriété d'un tracteur. Toutefois, le différend que vise l'échange de notes n'a pas un caractère aussi nettement défini. Quand on parle de l'élargissement de la «juridiction sur les pêcheries», on parle du prolongement du pouvoir national dans une zone qui n'est pas nationale et cela peut enfreindre les droits du demandeur. Il ne faut pas oublier non plus que l'un des buts principaux de l'échange de notes était de fournir un moyen amiable de résoudre le différend, s'il en surgissait un entre les parties.

Il n'est pas niable que la Cour aurait pu trancher le différend en limitant le dispositif de son arrêt aux deux premiers sous-paragraphes. Elle aurait également pu le faire en statuant sur la première conclusion du Royaume-Uni comme je l'ai indiqué plus haut dans mon opinion. Elle n'était pas tenue d'aborder la question des droits préférentiels et des nécessités de la conservation. Il s'agit là, selon moi, de l'exercice de ses pouvoirs discrétionnaires, voire d'une question de prudence judiciaire. Mais tout cela n'a pas pour conséquence d'*empêcher* la Cour de se prononcer sur le différend en se plaçant dans l'optique plus large si ardemment souhaitée par le demandeur. Une interprétation différente de l'échange de notes de 1961, je veux dire une interprétation beaucoup plus restrictive, aurait pu suffire à trancher la question immédiate qui divisait les Parties, mais je ne crois pas qu'elle aurait suffi pour *résoudre* le différend en reconnaissant les intérêts des *deux* Parties et en leur fournissant des principes directeurs pour leur comportement futur, surtout dans le cas d'un différend fortement imprégné d'éléments relevant de ce que l'on appelle parfois la justice distributive.

Je m'empresse d'ajouter que je ne veux nullement dire que la Cour elle-même devrait s'efforcer de résoudre des questions comportant de tels éléments. Mais, je le répète, la Cour reste dans le cadre de sa fonction lorsqu'elle indique la nature des droits qui s'opposent et fournit des critères appropriés en vue de faciliter l'heureuse solution du différend, comme elle l'a fait dans les affaires du *Plateau continental*. De toute évidence, c'est là ce que la Cour a cherché à faire dans les troisième et quatrième sous-paragraphes du dispositif de son arrêt.

*
* *
*

Although the observations above may suffice to dispose of the *jurisdictional* issue, another and, in my view, more troublesome problem is involved. It is arguable that while the Court was privileged to pronounce upon the existence and relevance of the legal norms embraced in the concept of preferential and established rights in light of conservation needs, it should have stopped short of imposing on the parties a *duty* to negotiate. In other words, it should have merely indicated the *basis* for negotiations without including a *duty* to engage in them. Indeed it is arguable that, apart from lack of adequate authority, it is disingenuous to impose this duty on the Parties, especially in light of the interim agreement of November 1973, an agreement which would appear to render tenuous the invocation of Article 33 of the Charter, the terms of which are confined to any dispute, "the continuance of which is likely to endanger the maintenance of international peace and security . . .".

Of course, to put the matter in perspective, it should be observed that a *duty* to negotiate does not imply that the parties *must* immediately or later engage in negotiations. Obviously one of the parties would need to initiate them when it considered that circumstances so required. The duty to respond would then lie with the other party. In the present case, owing to the impact of the interim agreement of November 1973 it is readily conceivable that the status quo would not be disturbed until the expiry of that agreement.

The Judgment, in paragraphs 73-77, addresses itself to the problem of its *authority* to specify the duty to negotiate. It states that "It is implicit in the concept of preferential rights that negotiations are required in order to define or delimit the extent of those rights . . ." (para. 74). It appears to draw upon the need for collaboration flowing from the very nature of preferential rights; it alludes to the requirement of "collaboration" prescribed in the 1958 Geneva Resolution on Special Situations relating to Coastal Fisheries; and it stresses a dictum in the *North Sea Continental Shelf* cases which stated that the obligation to negotiate assumed in the Special Agreements of the Parties (in that case):

". . . merely constitutes a special application of a principle which underlies all international relations, and which is moreover recognized in Article 33 of the Charter of the United Nations as one of the methods for the peaceful settlement of international disputes" (*I.C.J. Reports 1969*, p. 47, para. 86).

The Judgment in the present case did not, however, specifically ground its holding on Article 33 of the Charter but suggested that its holding, based on the very nature of the rights in question, would correspond to the Principles and provisions of the Charter.

J'aurais pu arrêter là mes observations en ce qui concerne la question de la *compétence*, mais il est un autre problème, plus difficile, je crois, à résoudre, qui se pose à ce propos. Il est possible de soutenir que, s'il est vrai que la Cour avait le pouvoir de se prononcer sur l'existence et la pertinence des normes juridiques que renferment la notion de droits préférentiels et celle de droits établis, compte tenu des besoins de la conservation, elle aurait dû s'abstenir d'imposer aux Parties le *devoir* de négocier. En d'autres termes, elle aurait dû se contenter d'indiquer *la base* des négociations, sans dire que les Parties avaient *le devoir* de les engager. On pourrait même faire valoir que, indépendamment de la question de savoir si la Cour dispose ou non de l'autorité voulue à cet effet, il est fallacieux d'imposer aux Parties un tel devoir, surtout si l'on tient compte de l'accord provisoire de novembre 1973, accord qui semble priver d'une bonne partie de sa substance l'argument tiré de l'article 33 de la Charte, dont les dispositions sont limitées à tout différend « dont la prolongation est susceptible de menacer le maintien de la paix et de la sécurité internationale... ».

Pour placer la question dans sa juste perspective, il convient d'observer que le *devoir* de négocier n'implique pas, bien entendu, que les parties *doivent* engager des négociations immédiatement ou plus tard. De toute évidence, il faudrait qu'une partie en prenne l'initiative lorsqu'elle estime que les circonstances l'exigent. L'autre partie serait alors tenue de prendre position. Dans la présente affaire, il est tout à fait concevable, étant donné l'importance de l'accord provisoire de 1973, que les Parties maintiennent le *statu quo* jusqu'à l'expiration de cet accord.

Aux paragraphes 73 à 77 de son arrêt, la Cour aborde la question de l'*autorité* dont elle dispose pour spécifier ce qu'est en l'occurrence le devoir de négocier. Elle déclare: « Il résulte implicitement de la notion de droits préférentiels que des négociations sont nécessaires pour définir ou délimiter l'étendue de ces droits... » (par. 74). Elle s'appuie, semble-t-il, sur la nécessité de négocier qui tient à la nature même des droits préférentiels; elle mentionne la « collaboration » requise par la résolution adoptée à Genève en 1958 sur les situations spéciales touchant les pêcheries côtières; elle souligne enfin le passage suivant de l'arrêt rendu dans les affaires du *Plateau continental de la mer du Nord* où il est dit que l'obligation de négocier que les Parties à ce différend avaient assumée aux termes des compromis:

« ne constitue qu'une application particulière d'un principe qui est à la base de toutes relations internationales et qui est d'ailleurs reconnu à l'article 33 de la Charte des Nations Unies comme l'une des méthodes de règlement pacifique des différends internationaux » (C.I.J. Recueil 1969, p. 47, par. 86).

Sans indiquer expressément qu'il se fonde sur l'article 33 de la Charte, l'arrêt rendu dans la présente affaire donne à entendre que, du fait qu'il repose sur la nature même des droits en jeu, son fondement correspond aux principes et aux dispositions de la Charte.

Reference to the “very nature of the respective rights of the Parties” (para. 75) while justified, may yet appear to be too cryptic a description of an assumed power and therefore to need some elaboration.

In any event, I submit that the conclusion reached can be fortified by reference to the widespread practice of States both in the matter of conservation of fishery resources and, analogically, in other areas in which the conflicting rights of States impinge on the use of a common resource.

In its Memorial on the merits the Applicant, in paragraphs 266-281, has called attention not only to the North-East Atlantic Fisheries Convention of 1959 to which 14 States including both the Applicant and Iceland are parties but to the International Convention for the North-West Atlantic Fisheries of 1949; the Atlantic Tuna Convention of 1966; the USA/USSR King Crab Fisheries Agreement of 1969; the USA/Cuba Shrimp Convention of 1949; the Brazil/USA Shrimp Conservation Agreement of 1972; the Convention on the Conservation of the Living Resources of the South-East Atlantic of 1969; the Canada/Norway Agreement on Sealing and the Conservation of Seal Stocks in the North-West Atlantic of 1971 and the Iceland/Norway/USSR Agreement on the Regulation of the Fishing of the Atlanto-Scandinavian Herring of 1972. After enumerating numerous other agreements and conventions in the Baltic, the Black Sea, the Pacific and the Antarctic, the conclusion is reached that in six oceans and seas, 30 or more States have participated in international agreements regulating high seas fisheries when the need for conservation, regulation and control is present ¹.

It is not here suggested that each of these agreements resulted from the application of a *prior* duty to negotiate. Yet clearly each was the consequence of an imperatively felt need to engage in negotiations in order to accommodate the conflicting rights of the parties. It is worth recalling also that the preamble to the North-East Atlantic Fisheries Convention of 1959 puts all the parties on record as:

¹ According to a compilation in Lay, Churchill, Nordquist, *New Directions in the Law of the Sea*, Vol. II, pp. 771-798, there were, as of 1 August 1972, no fewer than 210 bilateral and multilateral agreements dealing with various aspects of the law of the sea. After a characteristically thorough survey, McDougal and Burke conclude that “Practically all international agreements since the beginning of . . . conservation effort in 1911 . . . witness the general understanding that the participation of all States substantially concerned with a fishery is necessary for effective action”. McDougal and Burke, *The Public Order of the Oceans* (1962) at p. 965.

La référence à «la nature même des droits respectifs des Parties» (par. 75), tout en étant justifiée, peut paraître cependant une description par trop énigmatique de la source d'un pouvoir que l'on s'attribue; elle appelle donc quelques précisions.

J'estime qu'en tout état de cause on peut justifier la conclusion à laquelle la Cour est parvenue en invoquant la pratique largement répandue des Etats tant dans le domaine de la conservation des ressources halieutiques que, en raisonnant par analogie, dans d'autres domaines où les droits respectifs des Etats entrent en opposition à l'occasion de l'utilisation d'une ressource commune.

Aux paragraphes 266 à 281 de son mémoire sur le fond, le demandeur a appelé l'attention non seulement sur la Convention de 1959 sur les pêcheries de l'Atlantique du nord-est, à laquelle sont parties quatorze Etats au nombre desquels figurent tant le demandeur que l'Islande, mais aussi sur la Convention internationale de 1949 pour les pêcheries de l'Atlantique Nord-Ouest, la Convention de 1966 pour la conservation des thonidés de l'Atlantique, l'accord de 1969 entre les Etats-Unis d'Amérique et l'URSS concernant la pêche au crabe, la Convention de 1949 entre les Etats-Unis d'Amérique et Cuba sur la conservation de la crevette, l'accord de 1972 entre le Brésil et les Etats-Unis d'Amérique sur la conservation de la crevette, la Convention de 1969 sur la conservation des ressources biologiques de l'Atlantique Sud-Est, l'accord de 1971 entre le Canada et la Norvège sur la pêche au phoque et la conservation des stocks de phoque dans l'Atlantique Nord-Ouest et l'accord de 1972 entre l'Islande, la Norvège et l'URSS sur la réglementation de la pêche au hareng atlanto-scandinave. Après avoir énuméré de nombreux autres accords et conventions concernant la mer Baltique, la mer Noire, l'océan Pacifique et l'Antarctique, le demandeur conclut que dans six mers et océans, trente Etats au moins ont participé à des accords internationaux réglementant la pêche en haute mer lorsque le besoin s'est fait sentir de prendre des mesures de conservation, de réglementation et de contrôle ¹.

Je ne dis nullement que chacun de ces accords est le fruit de l'exécution d'un devoir *antérieur* de négocier. Cependant, il est manifeste que chacun d'eux a été conclu parce que les parties avaient impérieusement ressenti le besoin d'engager des négociations pour parvenir à un accommodement de leurs droits divergents. Il n'est pas sans intérêt de rappeler également que, dans le préambule de la Convention de 1959 sur les pêcheries de l'Atlantique du nord-est, tous les Etats parties déclarent qu'ils sont:

¹ Il ressort de la compilation figurant dans Lay, Churchill, Nordquist, *New Directions in the Law of the Sea*, vol. II, p. 771 à 798, qu'au 1^{er} août 1972 il existait non moins de deux cent dix accords bilatéraux et multilatéraux traitant de divers aspects du droit de la mer. Après les avoir passés en revue avec une minutie toute particulière, McDougal et Burke concluent: «Depuis que l'on a commencé à se préoccuper de questions de conservation en 1911 ... virtuellement tous les accords internationaux traduisent le sentiment général que la participation de tous les Etats qui ont un intérêt non négligeable à l'égard d'une pêcherie est nécessaire aux fins d'une action efficace.» (McDougal et Burke, *The Public Order of the Oceans*, 1962, p. 965.)

“Desiring to ensure the conservation of the fish stocks and the rational exploitation of the fisheries of the North-East Atlantic Ocean and adjacent waters.”

And the terms of the Convention on Fishing and Conservation of the Living Resources of the High Seas places the duty of acting to conserve resources on *all* States. As stated in Article 1 (2):

“All States have the *duty* to adopt, or to co-operate with other States in adopting, such measures for their respective nationals as may be necessary for the conservation of the living resources of the high seas.” (Emphasis added.)

This is further fortified by Article 4 (1):

“If the nationals of two or more States are engaged in fishing the same stock or stocks of fish or other living marine resources in any area or areas of the high seas, these States *shall*, at the request of any of them, *enter into negotiations* with a view to prescribing by agreement for their nationals the necessary measures for the conservation of the living resources affected.” (Emphasis added.)

Although Iceland was not a party to this Convention it is yet possible to surmise that, in light of the practice of States and the widespread and insistent recognition of the need for conservation measures that the principle it announces may qualify as a norm of customary international law, bearing in mind the observation made by Judge Tanaka in another context, that:

“The role played by the existence of a world-wide international organization like the United Nations, its agency the International Law Commission, and their activities generally do not fail to accelerate the rapid formation of a customary law¹.” (*I.C.J. Reports 1969*, p. 177.)

Further support can be derived from the qualifying paragraph of Article 2 of the High Seas Convention, to which frequent allusion is made in the text of the Judgment. The obligation to pay due regard to the interests of other States contained in Article 2 is, of course, a norm of law which lies upon all States. It can be triggered by any State whose interests are allegedly infringed by another State involving thereby an obligation to come to some kind of peaceful arrangement. It is worth noting, also, that the International Law Commission in commenting on

¹ Compare also the observation of Judge Sørensen in *I.C.J. Reports 1969*, pp. 242-247. See generally, Baxter, “Treaties and Custom”, Hague Academy of International Law, *Recueil des cours*, 1970, 1, pp. 31-104.

« Désireux d'assurer la conservation des stocks de poisson et l'exploitation rationnelle des pêcheries de l'océan Atlantique du nord-est et des eaux adjacentes... »

De même, les dispositions de la Convention sur la pêche et la conservation des ressources biologiques de la haute mer imposent à *tous* les Etats le devoir de prendre des mesures pour assurer la conservation de ces ressources. A l'article premier, paragraphe 2, il est dit :

« Tous les Etats sont *tenus* d'adopter ou de coopérer avec d'autres Etats pour adopter telles mesures applicables à leurs nationaux respectifs qui pourront être nécessaires pour la conservation des ressources biologiques de la haute mer. » (Les italiques sont de nous.)

Ces dispositions sont renforcées par celles de l'article 4, paragraphe 1, où il est dit :

« Si les nationaux de deux ou plusieurs Etats se livrent à la pêche du même stock ou des mêmes stocks de poisson ou autres ressources biologiques marines dans une ou plusieurs régions de la haute mer, ces Etats *engagent*, à la demande de l'un d'eux, *des négociations* en vue d'imposer d'un commun accord à leurs nationaux les mesures nécessaires pour la conservation des ressources biologiques affectées. » (Les italiques sont de nous.)

Bien que l'Islande ne soit pas partie à cette convention, il est permis de supposer, compte tenu de la pratique des Etats et du fait que la nécessité des mesures de conservation est de plus en plus largement reconnue et son urgence admise, que le principe que cette convention proclame peut constituer une norme de droit international coutumier, surtout si l'on se souvient de l'observation suivante faite par M. Tanaka en une autre occasion :

« L'existence d'une organisation mondiale comme les Nations Unies, celle de la Commission du droit international, et leur activité, d'une manière générale, ne peuvent qu'accélérer la formation rapide d'un droit coutumier. » (*C.I.J. Recueil 1969*, p. 177.)¹

Un autre argument peut être tiré de la clause restrictive de l'article 2 de la Convention sur la haute mer, que l'arrêt mentionne fréquemment. L'obligation de tenir dûment compte des intérêts des autres Etats, qu'énonce l'article 2, est évidemment une norme juridique que tous les Etats doivent respecter. Son exécution peut être demandée par tout Etat qui prétend qu'un autre Etat porte atteinte à ses intérêts, si bien qu'il en résulte une obligation de parvenir à un certain arrangement par des méthodes pacifiques. Il convient également de relever que, dans son com-

¹ Comparer également l'observation faite par M. Sørensen (*C.I.J. Recueil 1969*, p. 242 à 247). Voir, d'une façon générale, Baxter, « Treaties and Custom », Académie de droit international de La Haye, *Recueil des cours*, 1970, I, p. 31 à 104.

the preliminary draft which ultimately emerged as Article 2 of the High Seas Convention indicated that its rules concern particularly: "The rights of States relative to the *conservation of the living resources of the high seas*" (*Yearbook of the International Law Commission*, Vol. II, 1956, p. 278; emphasis added.)

It would be tedious and unnecessary to extend this discussion by referring to analogous problems in areas other than fisheries. Yet, I cannot forbear calling attention to Judge Jessup's observations in his separate opinion in the *North Sea Continental Shelf* cases in which he alluded to the principle, fortified by State practice, of the need for international co-operation in the exploitation of a "natural" resource common to more than one State. To the examples he cites and to those in Onorata's "Apportionment of an International Petroleum Deposit", 17 *International and Comparative Law Quarterly* (1969), to which he referred, many others could be added. (*I.C.J. Reports 1969*, pp. 82-83.)

Projected against this broad background, the power of the Court to adjudicate on this issue and to specify a duty to negotiate in good faith, seem to me to be well founded in law.

*
* *

The reference earlier in this opinion to elements of "distributive justice" impels me, even at the risk of appearing "textbookish" to add an explanatory comment.

The present case involves, both in its practical aspect and its long-range implication the problem of the wise or meritorious allocation of limited resources or what are presumed to be limited resources. This presents an almost typical instance of what, in classical theories of justice, may be described as distributive as opposed to corrective (sometimes called remedial) justice.

Obviously this is no place to undertake an abstract discussion of the requirements of what may be a just solution to a specific controversy. The general subject commands an immense literature and it would be at once pretentious and possibly irrelevant to broach it. I am merely suggesting that, when contrasted with corrective justice, it may provide a helpful analytical tool in considering the nature of a dispute, the role of a court and the character of the norms at its disposal¹.

¹ There are many ways of analysing the concept of distributive justice and some were discussed in various opinions in the *North Sea Continental Shelf* cases. I would agree that in the context of that case the use of the concept by the Federal Republic of Germany was questionable.

mentaire sur le projet préliminaire qui est finalement devenu l'article 2 de la Convention sur la haute mer, la Commission du droit international a indiqué que les droits que visaient les règles énoncées étaient notamment : « Des droits des Etats relatifs à la *conservation des ressources biologiques de la haute mer.* » (*Annuaire de la Commission du droit international*, vol. II, 1956, p. 278.) (Les italiques sont de nous.)

Il serait non seulement fastidieux, mais inutile, de poursuivre cette analyse en mentionnant des problèmes analogues qui se posent dans des domaines autres que celui des pêcheries. Je ne puis cependant manquer d'appeler l'attention sur les observations que M. Jessup a formulées dans son opinion individuelle relative aux affaires du *Plateau continental de la mer du Nord* et où il parle du principe, renforcé par la pratique des Etats, qui proclame la nécessité de la coopération internationale en matière d'exploitation d'une ressource « naturelle » commune à deux Etats au moins. Aux exemples qu'il cite et à ceux que l'on trouve dans l'article d'Onorato, « Apportionment of an International Petroleum Deposit », *17 International and Comparative Law Quarterly* (1969) auquel il renvoie, on peut en ajouter bien d'autres (*C.I.J. Recueil 1969*, p. 82 et 83).

Envisagé dans cette large optique, le pouvoir de la Cour de statuer sur cette question et de proclamer l'existence d'un devoir de négociier de bonne foi me paraît fondé en droit.

*
* * *

J'ai fait mention un peu plus haut d'éléments de « justice distributive » ; cela m'amène à ajouter quelques observations, à titre d'explication, au risque même de paraître pontifier.

Tant dans son aspect pratique que dans ses répercussions à long terme, la présente affaire soulève le problème de la répartition rationnelle et satisfaisante de ressources limitées ou de ce que l'on présume être des ressources limitées. Elle offre un exemple pour ainsi dire typique de ce que, dans les théories classiques de la justice, on qualifie de justice distributive par opposition à la justice commutative (parfois appelée corrective).

De toute évidence, ce n'est guère ici qu'il convient d'entreprendre une analyse abstraite des conditions auxquelles doit répondre ce qui pourrait être une juste solution d'une controverse déterminée. Beaucoup d'encre a coulé sur cette question générale et il serait prétentieux, et probablement vain, que je l'aborde. Je tiens seulement à dire qu'à la différence de la justice commutative, la justice distributive pourrait fournir un utile élément pour analyser la nature d'un différend, le rôle d'un tribunal et le caractère des normes qu'il peut appliquer ¹.

¹ La notion de justice distributive peut être analysée de plusieurs façons dont certaines ont été examinées dans diverses opinions relatives aux affaires du *Plateau continental de la mer du Nord*. Je reconnais volontiers que, dans le contexte de ces affaires, le recours par la République fédérale d'Allemagne à cette notion était discutable.

Allowing for gross over-simplification the distinction may be put this way: questions of *establishing* a *system* or *régime* of equitable allocation of resources engage elements of distributive justice; on the other hand *disturbances* to the system fall under the province of corrective justice ¹.

It is not unusual to assume that the former lies exclusively in the lap of the legislative branch and the latter in that of the Court. But this easy way out of the problem ignores the turbulent way in which disputes are generated, the manner in which they are put in the lap of the Court, and the need to resolve them.

In the present case it may be urged, as Iceland has, that the wise allocation of resources should be left to the norms of law which may emerge from the Conference on the Law of the Sea. Whatever virtue adheres to this position is, however, neutralized by the sheer fact that the Court must decide a case in which, basically, elements of distributive justice intrude.

Its capacity to do so is not precluded by any *theory* of the judicial process which inhibits it from analysing all the elements involved in any dispute, marshalling all the supporting data, even of a highly sophisticated scientific character, and "laying down the law" in terms of the *establishment* of a régime of allocation. But considerations of a practical, political and psychological nature dictate that this function is best done at the outset by the parties themselves or better still by other bodies specially qualified to assess the conflicting interests, the relevant scientific factors, the values involved, and the continuing need for revising the *régime* in light of changing conditions. The Court's role is best limited to providing legal guide-lines which may *facilitate* the establishment of the system and in the event of a subsequent dispute, to help redress disturbances to it. Meanwhile the Court has consistently indulged the assumption that the Parties will, in fact, negotiate in good faith.

This, of course, is the approach taken by the Court in subparagraphs 3 and 4 of its *dispositif*. Viewed in this light, it supplements the findings in the first two subparagraphs, while also responding to the requirements of distributive justice.

(Signed) Hardy C. DILLARD.

¹ The distinction (although not in the form I have put it) is usually attributed to Aristotle who discusses it in connection with "particular" justice in his *Politics* (III, 9 and V, 1) and his *Nicomachean Ethics* (V, 3, 1-17). See also Aristotle, *Ethics* (Everyman edition, 1950), pp. 112 *et seq.* Additional references and a brief explanation of the distinction may be found in Academy of International Law, 91 *Recueil des cours*, 1957-I, pp. 549-550.

En simplifiant beaucoup les choses, on pourrait dire que la différence entre ces deux sortes de justice est la suivante: les questions liées à l'*établissement* d'un *système* ou d'un *régime* de répartition équitable des ressources comportent des éléments de justice distributive; en revanche, les *perturbations* apportées à un tel système sont du ressort de la justice commutative¹.

Il est permis de supposer que les premières sont du ressort du pouvoir législatif tandis que les secondes relèvent de la Cour. Mais ce moyen facile d'éluider le problème ne tient aucun compte du climat tumultueux dans lequel naissent les différends, de la façon dont on en saisit la Cour et il méconnaît la nécessité de leur apporter une solution.

Dans la présente affaire, on peut faire valoir, comme l'a fait l'Islande, que, pour assurer une répartition judicieuse des ressources, il faudrait s'en remettre aux normes juridiques qui pourraient se dégager de la troisième Conférence sur le droit de la mer. Le mérite que peut avoir cette position est cependant neutralisé par le simple fait que la Cour doit statuer sur une affaire qui comporte, fondamentalement, des éléments de justice distributive.

Aucune *théorie* du processus judiciaire qui interdirait à un tribunal d'analyser tous les éléments que peut faire intervenir un différend, de réclamer tous renseignements à l'appui, même ceux de caractère hautement scientifique, et de « dire le droit » en ce qui concerne l'*établissement* d'un système de répartition, ne saurait empêcher la Cour de le faire. Mais si l'on tient compte de considérations d'ordre pratique, politique et psychologique, on est amené à conclure que cette fonction peut être le mieux remplie, dès l'origine du différend, par les parties elles-mêmes ou, mieux encore, par d'autres organes particulièrement qualifiés pour apprécier les intérêts en présence ainsi que les facteurs scientifiques pertinents, soupeser les valeurs en jeu et dire s'il faut continuer à revoir le *régime* pour l'aménager en fonction de l'évolution de la situation. C'est en se bornant à fournir les principes juridiques directeurs qui pourraient *faciliter* l'établissement du système et, au cas où un différend viendrait ultérieurement à surgir, en s'employant à rectifier les perturbations apportées au système que la Cour s'acquitte au mieux de sa fonction. Tout au long de ses travaux, la Cour a considéré en même temps que les parties négocieraient, en fait, de bonne foi.

Telle est, de toute évidence, la position que la Cour a adoptée aux sous-paragraphes 3 et 4 du dispositif de son arrêt. Vu sous cet angle, sa décision complète les décisions qu'elle a prises dans les deux sous-paragraphes précédents, en même temps qu'elle répond aux impératifs de la justice distributive.

(Signé) Hardy C. DILLARD.

¹ La distinction (encore que sous une forme différente de la mienne) est généralement attribuée à Aristote qui l'examine, à propos de la justice « particulière », dans sa *Politique* (III, 9, et V, 1) et son *Ethique à Nicomaque* (V, 3, 1-17). On peut trouver d'autres références et une brève explication de cette distinction dans Académie de droit international de La Haye, *Recueil des cours*, tome 91, 1957-I, p. 549-550.