

SEPARATE OPINION OF JUDGE WEERAMANTRY

TABLE OF CONTENTS

	<i>Paragraphs</i>
INTRODUCTION	1-11
Special role played by equity in this case	5-11
PART A. GENERAL EQUITABLE JURISDICTION OF THE COURT	12-165
Conceptual problems associated with the use of equity	12-19
Issues arising from the Court's reliance on equity	20
Analysis of equity with reference to maritime delimitation	21-165
I. The application of equity	21-42
(a) Equitable principles	22-24
(b) Equitable procedures	25-27
(c) Equitable methods	28-30
(d) Equitable results	31-42
II. Inapplicability of equity as a system separate from law	43-51
(a) Equity in common law	47-48
(b) Equity in civil law	49-51
III. The categories of equity	52-73
(a) Equity <i>ex aequo et bono</i>	53-61
(b) Absolute equity	62-64
(c) Equity <i>praeter legem</i>	65-68
(d) Equity <i>infra legem</i> (also termed equity <i>intra legem</i> or equity <i>secundum legem</i>)	69-72
(e) Equity <i>contra legem</i>	73
IV. The routes of entry of equity	74-102
(a) Equity as required to be applied by treaties	75-77
(b) Equity as contained in customary international law	78-80
(c) Equity as a general principle of law	81-86
(d) Equity as embodied in the decisions of courts and tribunals	87-90
(e) Equity as expounded in the writings of the publicists	91-93
(f) Equity as justice	94-98
(g) Equity as drawn in by the United Nations Charter	99-101
(h) Equity as embodied in State practice	102
V. <i>A priori</i> and <i>a posteriori</i> employment of equity	103-109
(a) The positive or <i>a priori</i> use of equity to construct a result	103
(b) The negative or <i>a posteriori</i> use of equity to test a result	104-109

OPINION INDIVIDUELLE DE M. WEERAMANTRY

[Traduction]

TABLE DES MATIÈRES

	<i>Paragraphes</i>
INTRODUCTION	1-11
Rôle particulier de l'équité dans la présente affaire	5-11
PARTIE A. COMPÉTENCE GÉNÉRALE DE LA COUR EN MATIÈRE D'ÉQUITÉ	12-165
Problèmes conceptuels que soulève le recours à l'équité	12-19
Questions que soulève l'emploi de la notion d'équité par la Cour	20
Analyse de l'équité par rapport à la délimitation maritime	21-165
I. L'application de l'équité	21-42
a) Les principes équitables	22-24
b) Les procédures équitables	25-27
c) Les méthodes équitables	28-30
d) Les résultats équitables	31-42
II. L'inapplicabilité de l'équité comme système extérieur au droit	43-51
a) L'équité en <i>common law</i>	47-48
b) L'équité dans les systèmes de tradition romaniste	49-51
III. Les catégories d'équité	52-73
a) L'équité <i>ex aequo et bono</i>	53-61
b) L'équité absolue	62-64
c) L'équité <i>praeter legem</i>	65-68
d) L'équité <i>infra legem</i> (également qualifiée équité <i>intra legem</i> ou équité <i>secundum legem</i>)	69-72
e) L'équité <i>contra legem</i>	73
IV. Comment l'équité s'introduit dans le droit international	74-102
a) L'équité à laquelle les traités obligent à recourir	75-77
b) L'équité reflétée dans le droit international coutumier	78-80
c) L'équité en tant que principe général du droit	81-86
d) L'équité dans la jurisprudence	87-90
e) L'équité dans la doctrine	91-93
f) L'équité en tant que justice	94-98
g) L'équité introduite par la Charte des Nations Unies	99-101
h) L'équité dans la pratique des Etats	102
V. Recours à l'équité à priori et à posteriori	103-109
a) Le recours positif ou à priori à l'équité en vue de parvenir à un résultat	103
b) Le recours négatif ou à posteriori à l'équité pour vérifier un résultat	104-109

VI. The uses of equity	110-121
(a) As a basis for individualized justice	113-115
(b) As introducing considerations of fairness, reasonableness, and good faith	116
(c) As a basis for certain specific principles of legal reasoning	117
(d) As offering standards for the allocation and sharing of resources and benefits	118-120
(e) To achieve distributive justice	121
VII. The methods of operation of equity	122-146
(a) Through balancing the interests of the parties	122-128
(b) Through an equitable interpretation of a rule of law or of a treaty or set of facts	129-132
(c) Through tempering the application of strict rules	133-135
(d) Through the choice of an equitable principle	136-139
(e) Through the use of judicial discretion	140-142
(f) Through filling in gaps and interstices in the law	143
(g) Through following equitable procedures	144
(h) Through the application of equitable principles already embedded in the law	145
(i) Through its use in negative fashion to test a result	146
VIII. The stages of equitable decision-making	147-155
(a) The identification of the area of the dispute	148
(b) The preparatory phase of assembling the relevant circumstances	149-150
(c) The decisional phase	151-153
(d) The confirmatory phase	154-155
Uncertainties in the use of equity	156-165
(a) Absence of mechanisms for precise quantification	157-158
(b) Lack of definiteness in the scope of equity	159
(c) Lack of crystallization of equitable results	160
(d) Changing nature of the law of the sea	161-162
(e) The resort to fact-intensive rather than rule-intensive procedures	163-165
PART B. PARTICULAR INVOCATIONS OF EQUITY IN MARITIME DELIMITATION	166-232
Long-standing recognition of equity in the law of the sea	166-170
The use of equity in the 1958 Geneva Convention	171-177
The use of equity in the 1982 Montego Bay Convention	178-180
Categories of relevant factors are not closed	181-189
The equidistance principle	190-203
(i) Is it a mandatory rule?	192-196
(ii) Does it have priority over other factors?	197-199
(iii) Does it have parity with other factors?	200-203
The "special circumstances" principle	204-207

VI. Les utilisations de l'équité	110-121
a) L'équité comme base d'une justice « individualisée »	113-115
b) L'équité comme introduisant dans le processus des considérations d'impartialité, de raison et de bonne foi	116
c) L'équité comme base de certains principes spécifiques de raisonnement juridique	117
d) L'équité comme fournissant des normes pour l'allocation et le partage de ressources et d'avantages	118-120
e) L'équité comme moyen de parvenir à une justice distributive	121
VII. Comment intervient l'équité	122-146
a) Mise en balance des intérêts des Parties	122-128
b) Interprétation équitable d'une règle de droit ou d'un traité ou d'un ensemble de faits	129-132
c) Modération de l'application de règles strictes	133-135
d) Choix d'un principe équitable	136-139
e) Exercice du pouvoir discrétionnaire du juge	140-142
f) Suppléance des lacunes et des interstices du droit	143
g) Application de procédures équitables	144
h) Application de principes équitables faisant déjà partie du droit	145
i) Utilisation <i>a contrario</i> pour vérifier un résultat	146
VIII. Les stades de l'élaboration d'une décision en équité	147-155
a) Définition de la zone en litige	148
b) La phase préparatoire de la réunion des circonstances pertinentes	149-150
c) La phase de décision	151-153
d) La phase de confirmation	154-155
Incertitudes dans l'utilisation de l'équité	156-165
a) Absence de mécanisme de quantification précise	157-158
b) Manque de précision de la portée de l'équité	159
c) Absence de cristallisation des résultats équitables	160
d) Caractère évolutif du droit de la mer	161-162
e) Le recours à des procédures axées sur les faits plutôt que sur les règles	163-165
PARTIE B. MENTIONS PARTICULIÈRES DE L'ÉQUITÉ EN MATIÈRE DE DÉLIMITATION MARITIME	166-232
Reconnaissance de longue date de l'équité en droit de la mer	166-170
L'équité dans la convention de Genève de 1958	171-177
L'équité dans la convention de Montego Bay de 1982	178-180
La liste des catégories des facteurs pertinents n'est pas close	181-189
Le principe de l'équidistance	190-203
i) Est-ce une règle obligatoire ?	192-196
ii) A-t-elle priorité sur les autres facteurs ?	197-199
iii) Est-elle sur un plan d'égalité avec les autres facteurs ?	200-203
Le principe des « circonstances spéciales »	204-207

The “relevant circumstances” principle	208-232
<i>(a)</i> Population	213-218
<i>(b)</i> Economic factors	219
<i>(c)</i> State practice	220-224
<i>(d)</i> The ice factor	225-227
<i>(e)</i> National security	228
<i>(f)</i> The conduct of parties	229-230
<i>(g)</i> Disproportion in coastal length	231-232
PART C. EQUITY VIEWED IN GLOBAL TERMS	233-248

DÉLIMITATION MARITIME (OP. IND. WEERAMANTRY) 213

Le principe des « circonstances pertinentes » 208-232

a) La population 213-218

b) Les facteurs économiques 219

c) la pratique des Etats 220-224

d) Le facteur des glaces 225-227

e) La sécurité nationale 228

f) La conduite des parties 229-230

g) La disproportion des longueurs de côtes 231-232

PARTIE C. L'ÉQUITÉ CONSIDÉRÉE SELON UNE PERSPECTIVE UNIVERSELLE 233-248



INTRODUCTION

1. The observations that ensue indicate the reasons for my agreement with the Judgment of the Court. In view of the Judgment's intensive use of equity, they explore in somewhat extended form the jurisprudential content and practical application of that concept in a manner which can most appropriately be attempted in a separate opinion.

2. Against this background, it is not necessary in this opinion to recapitulate the several details of fact, which are set out in the Judgment. This opinion will attempt, rather, to examine the application of equity to those facts, explaining my support of the methods used and conclusions reached.

3. The ensuing analysis is undertaken against the background of the substantial body of creative work done by this Court in laying the foundations of an equitable jurisprudence for the evolving law of the sea. What "appears at first sight to be a jumble of different and disparate elements"¹ may well yield, upon closer examination, some useful guidelines for the determination of a case such as this.

4. Although this opinion focuses on the field of maritime delimitation, it will also take in occasional glimpses, when necessary, of the broader equitable landscape lying beyond. This is rendered all the more necessary because application of equity in the field of maritime delimitation raises far-reaching juristic questions² and is currently passing through a critical phase³.

Special Role Played by Equity in this Case

5. The Court's Judgment reveals the use of equity in several ways, and at various stages in the judgmental process.

¹ R. Y. Jennings, "Equity and Equitable Principles", in *Annuaire suisse de droit international*, Vol. XLII (1986), p. 38. See, also, the same author in "The Principles Governing Marine Boundaries", in *Staat und Völkerrechtsordnung, Festschrift für Karl Doehring*, 1989, p. 408.

² See Mark W. Janis, "Equity in International Law", *Encyclopedia of Public International Law*, Vol. 7, pp. 76-77:

"The application of equitable principles in these maritime delimitation cases has evoked a debate regarding the role of equity which is rather similar to that which accompanied earlier manifestations of equity practice. Some observers — largely in the positivist tradition — have criticized the courts for going beyond their powers."

³ Judge Jennings refers, in connection with maritime delimitation, to "some deep problems — one might almost add a malaise — affecting that part of international law today" ("The Principles Governing Marine Boundaries", *op. cit.*, p. 398). See, also, the criticisms of the use of equity assembled by Judge Bedjaoui in "L'énigme des 'principes équitables' dans le droit des délimitations maritimes", in *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. XLII (1990), p. 376.

INTRODUCTION

1. Les observations qui suivent indiquent les raisons pour lesquelles je suis en accord avec l'arrêt de la Cour. Comme celui-ci fait souvent appel à la notion d'équité, je consacrerai quelques développements au contenu jurisprudentiel de ce concept et à son application pratique en m'efforçant de rester dans le cadre d'une opinion individuelle.

2. Cela étant, il n'y a pas lieu de récapituler ici les diverses circonstances de fait qui sont exposées dans l'arrêt. Je tenterai plutôt d'examiner l'application de l'équité à ces faits en expliquant pourquoi j'approuve les méthodes employées par la Cour et les conclusions auxquelles elle est parvenue.

3. L'analyse qui suit s'inscrit dans la perspective de l'importante œuvre de création que la Cour a accomplie en posant les fondements d'une jurisprudence en matière d'équité pour un droit de la mer en pleine évolution. Il est fort possible que ce qui « apparaît à première vue comme un fouillis d'éléments différents et disparates »¹ nous donne, à y regarder de plus près, quelques orientations utiles pour statuer sur des affaires analogues à celle-ci.

4. Cette opinion porte principalement sur la délimitation maritime, mais sans s'interdire, à l'occasion, des aperçus plus larges sur l'équité en général. Cela est d'autant plus nécessaire que l'application de l'équité dans le domaine de la délimitation maritime soulève de vastes problèmes de droit² et passe actuellement par une phase critique³.

Rôle particulier de l'équité dans la présente affaire

5. L'arrêt de la Cour fait apparaître le recours à l'équité de différentes manières, et à différents stades du processus de jugement.

¹ R. Y. Jennings, « Equity and Equitable Principles », dans *Annuaire suisse de droit international*, vol. XLII (1986), p. 38. Voir aussi, du même auteur, « The Principles Governing Marine Boundaries », dans *Staat und Völkerrechtsordnung. Festschrift für Karl Doehring*, 1989, p. 408.

² Voir Mark W. Janis, « Equity in International Law », *Encyclopedia of Public International Law*, vol. 7, p. 76-77 :

« L'application des principes d'équité dans ces affaires de délimitation maritime a soulevé concernant le rôle de l'équité un débat qui ressemble assez à celui qui avait marqué des manifestations précédentes de la pratique de l'équité. Certains observateurs — souvent de tradition positiviste — ont reproché aux tribunaux d'excéder leurs pouvoirs. »

³ M. Jennings évoque, au sujet de la délimitation maritime, de « sérieux problèmes — on pourrait presque parler d'un malaise — qui affectent ce domaine du droit international aujourd'hui » (« The Principles Governing Marine Boundaries », *op. cit.*, p. 398); voir aussi les critiques du recours à l'équité réunies par M. Bedjaoui dans « L'« énigme » des « principes équitables » dans le droit des délimitations maritimes », *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. XLII (1990), p. 376.

6. It describes the equidistance-special circumstances rule of the 1958 Convention as expressing a general norm based on equitable principles (para. 46) and examines the “equitable principles-relevant circumstances” rule relating to delimitation of a continental shelf, fishery zone or all-purpose single boundary (para. 56). It also examines the effect of the customary rule which requires a delimitation based on equitable principles (paras. 46 and 71).

7. The Court gives its attention to the application of equitable procedures (para. 92), the effecting of an equitable division (para. 64), the need to arrive at an equitable result (paras. 54 and 90), the ensuring of an equitable solution (para. 65) and the process of evolving such a solution (para. 63). It notes the *prima facie* equitable character of the reasons underlying the equidistance method and the need for an equitable delimitation to take into account the disparity in coastal lengths (para. 65). It stresses that a result which is equitable in itself is the objective of every maritime delimitation based on law (para. 70), and refers to the equity of the delimitation line (para. 62).

8. The Judgment considers whether a given line is “equitable in its result” (para. 62), and it describes the line drawn by Denmark 200 nautical miles from the baselines of Eastern Greenland as “inequitable in its effects” (para. 87). It takes note of Norway’s argument that proportionality is the test of the equitableness of a result arrived at by other means (para. 63) and Denmark’s reference to “a method appropriate for an equitable delimitation line” (para. 62). It considers the manifestly inequitable results following from the application of the median line (para. 68).

9. Specific reference is made to the measure of discretion conferred on the Court by the need to arrive at an equitable result (para. 90). Recognizing the need to make proper provision for equitable access to fishery resources (paras. 75, 91 and 92), the Court makes a division according to which it considers that “the requirements of equity would be met” (para. 92).

10. Equity has thus played a role of overwhelming importance in the Court’s decision, involving the application of equitable principles, equitable procedures and equitable methods. The decision reveals an intensive effort directed towards achieving an equitable solution and at testing the equitable nature of that solution. It draws in equity to address the problem in hand through a multitude of routes — treaty, customary international law and judicial decisions to name a few. The methods used involve both the *a priori* use of equity to work forwards towards a possible result and the *a posteriori* use of equity to test a result thus reached.

11. Since this case has drawn both upon the Court’s general equitable jurisprudence and on its particular invocations in relation to the law of the sea, this opinion will deal with both these aspects. The special invocations of equity which give it redoubled emphasis in the law of the sea tend some-

6. L'arrêt définit la règle équidistance-circonstances spéciales de la convention de 1958 comme une norme générale fondée sur des principes équitables (par. 46) et examine la règle « principes équitables-circonstances pertinentes » relative à la délimitation d'un plateau continental ou d'une zone de pêche, ou au tracé d'une ligne unique de délimitation à toutes fins (par. 56). Il examine également l'effet de la règle coutumière qui exige une délimitation fondée sur des principes équitables (par. 46 et 71).

7. La Cour accorde son attention à l'application de procédures équitables (par. 92), à la réalisation d'une division équitable (par. 64), à la nécessité de parvenir à un résultat équitable (par. 54 et 90), à la réalisation d'une solution équitable (par. 65) et à l'opération qui consiste à dégager cette solution (par. 63). Elle note le caractère équitable *prima facie* des raisons sous-jacentes à la méthode de l'équidistance et la nécessité d'une délimitation équitable pour tenir compte de la disparité des longueurs des côtes (par. 65). Elle souligne qu'un résultat qui soit équitable en lui-même constitue le but de toute délimitation maritime fondée sur le droit (par. 70), et évoque l'équité de la ligne de délimitation (par. 62).

8. L'arrêt examine si une ligne donnée est « équitable dans son résultat » (par. 62), et il y est dit que la ligne tracée par le Danemark à 200 milles marins à partir des lignes de base du Groenland oriental produirait « des effets inéquitables » (par. 87). Il prend note de l'argument de la Norvège selon lequel la proportionnalité est le critère du caractère équitable d'un résultat obtenu par d'autres moyens (par. 63) et des déclarations du Danemark concernant « une méthode permettant d'aboutir à une ligne de délimitation équitable » (par. 62). Il examine les résultats manifestement inéquitables découlant de l'application de la ligne médiane (par. 68).

9. Il est fait expressément mention du pouvoir discrétionnaire que confère à la Cour la nécessité de parvenir à un résultat équitable (par. 90). Reconnaissant qu'il faut prendre des dispositions appropriées pour assurer un accès équitable aux ressources halieutiques (par. 75, 91 et 92), la Cour opère un partage selon lequel elle considère qu'elle pourrait ainsi « répondre aux exigences de l'équité » (par. 92).

10. L'équité a donc joué un rôle tout à fait déterminant dans la décision de la Cour, s'agissant de l'application de principes équitables, de procédures équitables et de méthodes équitables. L'arrêt traduit un effort intensif en vue de parvenir à une solution équitable et de vérifier le caractère équitable de cette solution. La mise en œuvre de l'équité pour résoudre le problème se fait par de multiples voies : droit conventionnel, droit international coutumier et jurisprudence, pour n'en citer que quelques-unes. Parmi les méthodes employées figurent à la fois l'utilisation à priori de l'équité à la recherche d'un résultat possible et son utilisation à posteriori pour vérifier un résultat ainsi obtenu.

11. Puisque, dans cette affaire, on a invoqué à la fois la jurisprudence de la Cour concernant l'équité en général et ses applications particulières dans le contexte du droit de la mer, ces deux aspects seront abordés dans la présente opinion. Les applications spéciales qui accentuent l'import-

times to overshadow the applicability of general principles of equity, which still play a vital part in this field. To minimize the importance of general equitable considerations, especially at this incipient stage of the developing law of the sea, may cramp the evolution of the latter in what is perhaps its most formative phase. This opinion consequently devotes some attention to an examination of the ways in which equity, both in its general sense and in its special application to the law of the sea, can contribute to the solution of the varied problems encountered in this case.

PART A. GENERAL EQUITABLE JURISDICTION OF THE COURT

Conceptual Problems Associated with the Use of Equity

12. The issue whether equity should play a role in maritime delimitation is one which has been questioned by eminent authority, both judicial and academic, and must be seriously addressed if reliance is to be placed upon it. This is part of a larger question as to whether, indeed, although equity is clearly a part of public international law, its use is really necessary or useful, having regard to its uncertainties, its difficulties of definition and its lack of methodologies for the precise quantification of its findings.

13. Telders, for example, has expressed the view that, apart from the application of the principle of good faith, equity has no special legal significance¹. Ripert, in his lectures before the Hague Academy in 1933, went even further to state that equity is a principle, but a principle of morality and not of law².

14. Indeed, judicial dicta of some judges of this Court have given strong expression to such a view. Vice-President Koretsky, for example, in the *North Sea Continental Shelf* cases, affirmed that equity, being of "a non-judicial, ethical character", ought not to be resorted to by this Court:

"I feel that to introduce so vague a notion into the jurisprudence of the International Court may open the door to making subjective and therefore at times arbitrary evaluations, instead of following the guidance of established general principles and rules of international law in the settlement of disputes submitted to the Court."
(*I.C.J. Reports 1969*, p. 166, dissenting opinion.)

¹ "Opzet van een boek over het internationale recht" ("Outline of a Book on International Law") in *Verzamelde Geschriften* (Collected Papers), The Hague, 1948, p. 292, at p. 338.

² Georges Ripert, "Les règles du droit civil applicables aux rapports internationaux", 44 *Recueil des cours de l'Académie de droit international* (1933-II), p. 575 — "L'équité est principe, mais principe de morale et non principe du droit."

tance de l'équité dans le droit de la mer tendent parfois à placer au second plan l'applicabilité des principes généraux d'équité, qui jouent encore un rôle décisif dans ce domaine. En minimisant l'importance des considérations générales en matière d'équité, surtout à cette phase initiale du développement du droit de la mer, on risque d'entraver cette évolution à un stade qui est peut-être le plus important pour sa formation. Nous accorderons donc une certaine attention à l'examen des moyens par lesquels l'équité, tant dans son acception générale que dans son application particulière au droit de la mer, peut contribuer à la solution des divers problèmes rencontrés en l'espèce.

PARTIE A. COMPÉTENCE GÉNÉRALE DE LA COUR EN MATIÈRE D'ÉQUITÉ

Problèmes conceptuels que soulève le recours à l'équité

12. La question de savoir si l'équité doit jouer un rôle en matière de délimitation maritime a suscité des doutes de la part d'éminentes autorités, tant judiciaires qu'académiques, et doit être étudiée sérieusement si l'on veut pouvoir se fier à cette notion. Sur un plan plus général on peut même se demander si, bien que l'équité soit manifestement une composante du droit international public, son utilisation est vraiment nécessaire ou utile, compte tenu de ses incertitudes, de la difficulté qu'il y a à la définir et du manque de méthodes pour mesurer exactement ses effets.

13. Telders, par exemple, a exprimé l'avis que, mise à part l'application du principe de la bonne foi, l'équité n'a pas de signification juridique spéciale¹. Dans le cours qu'il a fait en 1933 à l'Académie de La Haye, Ripert est même allé plus loin en déclarant : « L'équité est principe, mais principe de morale et non principe du droit. »²

14. Certains membres de la Cour internationale de Justice ont même exprimé ce point de vue avec force dans leurs opinions. Par exemple, M. Koretsky, Vice-Président, a affirmé à propos des affaires du *Plateau continental de la mer du Nord* que l'équité, ayant « un caractère non pas juridique, mais éthique », ne devrait pas être appliquée par la Cour :

« Il me semble qu'en introduisant une notion aussi vague dans la jurisprudence de la Cour internationale, on risque d'ouvrir la voie à des évaluations subjectives et donc parfois arbitraires, et que le règlement des différends soumis à la Cour ne s'inspirerait plus alors des règles et des principes généraux du droit international établi. »
(*C.I.J. Recueil 1969*, p. 166, opinion dissidente.)

¹ « Opzet van een boek over het internationale recht » (« Esquisse d'un livre sur le droit international »), dans *Verzamelde Geschriften* (Recueil d'articles), La Haye, 1948, p. 338.

² Georges Ripert, « Les règles du droit civil applicables aux rapports internationaux », *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, t. 44 (1933-II), p. 575.

Judge Tanaka put it even more strongly in his observation in the same case that, "Reference to the equitable principle is nothing else but begging the question." (*I.C.J. Reports 1969*, p. 196, dissenting opinion.) Other criticisms¹ describe equity as a doctrine "déroutée et déroutante", "a riddle wrapped in a mystery inside an enigma", as paradoxical, circular, fuzzy and lacking precise definition.

15. These conceptual criticisms of equity may be addressed at three levels — at the level of law in general, at the level of international law and at the level of the law of the sea.

16. At its most general level, equity has been seen as the source of that dynamism which is necessary for legal development. Thus, in the words of the eminent comparatist Puig Brutau, "equity is one of the names under which is concealed the creative force which animates the life of the law"².

17. At the level of international law, that creativity is well illustrated when one considers that equity has been the source that has given international law the concept of international mandates and trusts, of good faith, of *pacta sunt servanda*, of *jus cogens*, of unjust enrichment, of *rebus sic stantibus* and of abuse of rights. No doubt, the future holds for it a similarly vital creative role.

18. Viewed more specifically, in the context of the law of the sea, its potential for developing that incipient branch of international law is so far-reaching as to have attracted the comment that it is

"a juridical arsenal from which the judge draws the tools which enable him to identify, evaluate, understand and give effect to circumstances recognized as juridically relevant in a particular case"³ (translation).

19. What follows is an analysis of these tools by which equity helps to identify, evaluate, understand and give effect to the circumstances in a particular case. Thereafter, this opinion will address the question whether the uncertainties of equity render it a practically unsuitable tool for the determination of cases such as this.

Issues Arising from the Court's Reliance on Equity

20. This analysis centres around the following aspects of the reliance on equity in the Judgment:

¹ As assembled by Judge Bedjaoui in "L'énigme' des 'principes équitables' dans le droit des délimitations maritimes", *op. cit.*, p. 376.

² "Juridical Evolution and Equity", in *Essays in Jurisprudence in Honor of Roscoe Pound*, 1962, pp. 82, 84.

³ "les principes équitables se présentent en définitive comme un arsenal juridique dans lequel le juge puise les outils permettant d'identifier, d'évaluer, de comprendre et de satisfaire des circonstances reconnues juridiquement pertinentes dans une espèce déterminée." (Bedjaoui, *op. cit.*, p. 384.)

Dans la même affaire, M. Tanaka s'est exprimé avec plus de vigueur encore en disant que : « Renvoyer à l'équité n'est rien d'autre qu'une pétition de principe. » (*C.I.J. Recueil 1969*, p. 196, opinion dissidente.) D'autres critiques¹ parlent de l'équité comme d'une doctrine « déroutée et déroutante » ou d'« un paradoxe entortillé dans un mystère à l'intérieur d'une énigme » ou l'ont qualifiée de paradoxale, circulaire, floue et dépourvue de définition précise.

15. Ces critiques de la notion d'équité peuvent se situer à trois niveaux : celui du droit en général, celui du droit international et celui du droit de la mer.

16. Au plan le plus général, l'équité a été considérée comme la source du dynamisme qui est nécessaire au développement du droit. Ainsi, pour reprendre la formule de l'éminent comparatiste Puig Brutau : « l'équité est un des noms sous lesquels se cache la force créatrice qui anime la vie du droit »².

17. Au plan du droit international, cette créativité est claire si l'on considère que l'équité a été la source qui a donné au droit international le concept de mandat et de régime de tutelle internationaux, de bonne foi, de *pacta sunt servanda*, de *jus cogens*, d'enrichissement sans cause, de *rebus sic stantibus* et d'abus de droit. Et l'avenir lui réserve, nul doute, un rôle vital tout aussi créateur.

18. Dans un contexte plus particulier, celui du droit de la mer, l'équité semble pouvoir contribuer si largement au développement de cette branche relativement nouvelle du droit international qu'on a pu dire que

« les principes équitables se présentent en définitive comme un arsenal juridique dans lequel le juge puise les outils permettant d'identifier, d'évaluer, de comprendre et de satisfaire des circonstances reconnues juridiquement pertinentes dans une espèce déterminée »³.

19. Ce qui suit est une analyse des outils grâce auxquels l'équité aide à identifier, évaluer et comprendre les circonstances de telle ou telle affaire et à leur donner effet. Nous verrons ensuite si, dans la pratique, les incertitudes liées à l'équité empêchent d'en faire un outil pour régler des affaires comme celle-ci.

Questions que soulève l'emploi de la notion d'équité par la Cour

20. Cette analyse est axée sur les aspects suivants du recours à l'équité dans l'arrêt :

¹ Citées par M. Bedjaoui dans « L'« énigme » des « principes équitables » dans le droit des délimitations maritimes », *op. cit.*, p. 376.

² « Juridical Evolution and Equity », dans *Essays in Jurisprudence in Honor of Roscoe Pound*, 1962, p. 84.

³ Bedjaoui, *op. cit.*, p. 384.

- The Judgment of the Court, in common with most others in the field of maritime delimitation, resorts to equity not merely for principles but also for procedures and methods, and for the testing of tentative solutions reached. The one word “equity” covers all these applications, some of them quite distinct from others.
- The term “equity” as used by the Court, and in international law and in maritime delimitation generally, has a distinct meaning from equity as used in the sense of a corrective system standing apart from the law. Whenever the term equity is used in the Judgment, the term is not used in the latter sense, and this distinction must be kept in mind for an appreciation of the role of equity in this case.
- There has been no resort to equity *ex aequo et bono*. Nearly every decision applying equity to maritime delimitation has stressed that the species of equity employed is not equity *ex aequo et bono*. This necessitates an examination of the distinctions between that concept and the concept of equity actually employed. The various categories of equity and their relevance to this case call for examination in this context.
- The Judgment draws in equity through treaties, customary international law and judicial decisions, as well as broader concepts of equity which flow in from many sources. An examination of these varied sources will clarify the several ways in which the problem before the Court has necessarily attracted its operation.
- The Judgment uses equity *a priori* to work towards a result, and *a posteriori* to check a result thus reached. This raises important juristic issues.
- There are several purposes or ends for which equity has been used. These are varied and some of them are pertinent to this Judgment in particular and to maritime delimitation in general. Not all the possible purposes and ends of equity are appropriate to maritime delimitation.
- Equity has many methods of operation, more than one of which has been used in the Judgment. These may not all be spelt out specifically, but one or more of them are in constant use in every exercise of that discretion, as indeed they are in this case. The ambit of judicial discretion — a matter specifically referred to in the Judgment — has been the subject of some controversy. In subscribing to the decision of the Court, I have accepted the legitimacy of such a use of judicial discretion and feel impelled to explain why I consider such use of discretion legitimate.
- The process of equitable decision-making, as in a boundary delimitation, is not a single process but can be broken up into its constituent stages. The decision in this case has proceeded through those stages as

- Comme la plupart des autres décisions en matière de délimitation maritime, l'arrêt de la Cour tire de l'équité non seulement des principes mais aussi des procédures et des méthodes, et des critères pour apprécier les solutions auxquelles on est arrivé à titre provisoire. Le même mot «équité» couvre toutes ces applications, dont certaines sont très différentes des autres.
- Le terme «équité», tel qu'il est employé par la Cour et, de façon générale, en droit international et en matière de délimitations maritimes, n'a pas le même sens que quand il sert à désigner un système correctif distinct du droit. Ce dernier sens n'est pas celui du mot «équité» lorsqu'il apparaît, à maintes reprises, dans l'arrêt et il faut garder cette distinction à l'esprit si l'on veut comprendre le rôle de l'équité dans la présente affaire.
- Il n'y a pas eu de recours à l'équité *ex aequo et bono*. Presque toutes les décisions appliquant l'équité à la délimitation maritime ont souligné que l'équité en question n'est pas du type *ex aequo et bono*. De ce fait il est nécessaire d'examiner les distinctions entre ce concept et le concept d'équité effectivement employé. Les diverses catégories d'équité et leur pertinence en la présente affaire devront être examinées dans ce contexte.
- L'équité intervient dans l'arrêt par la voie de traités, de dispositions du droit international coutumier et de décisions judiciaires, et aussi sous la forme de conceptions plus larges de l'équité dont les sources sont nombreuses. L'examen de ces différentes sources permettra de mieux comprendre les diverses modalités selon lesquelles le problème porté devant la Cour ne pouvait manquer de susciter le recours à ce concept.
- L'arrêt recourt à l'équité a priori en vue de parvenir à un résultat, et a posteriori pour vérifier un résultat ainsi obtenu. Cela soulève des questions juridiques importantes.
- L'équité a été mise à contribution à la recherche de différents buts ou fins. Ils sont nombreux et certains d'entre eux ont un rapport avec cet arrêt en particulier et avec la délimitation maritime en général. Or, tous les buts et fins possibles de l'équité ne conviennent pas tous à la délimitation maritime.
- L'équité opère de bien des façons, dont plus d'une a servi dans l'arrêt. Elles ne sont pas toujours énoncées explicitement, mais une ou plusieurs d'entre elles sont d'usage constant chaque fois que ce pouvoir discrétionnaire est exercé, comme cela a effectivement été le cas en l'espèce. Les limites du pouvoir discrétionnaire du juge — problème mentionné expressément dans l'arrêt — ont prêté à controverse. En souscrivant à la décision de la Cour, j'ai admis la légitimité de cet usage du pouvoir discrétionnaire du juge et je crois devoir expliquer pourquoi je considère cet exercice comme légitime.
- La démarche suivie pour parvenir à une décision équitable, par exemple en matière de délimitation maritime, n'est pas monolithique mais peut être décomposée en plusieurs étapes. En l'espèce, cette dé-

will be pointed out. An appreciation of those separate stages is an aid to understanding the actual operation of equity in this case.

These aspects will be discussed in the ensuing paragraphs in the order in which they have been set out.

ANALYSIS OF EQUITY WITH REFERENCE TO MARITIME DELIMITATION

I. The Application of Equity

21. The application of equity to a given case can comprise the application of an equitable principle or principles, the adoption of an equitable procedure or procedures, the use of an equitable method or the securing of an equitable result. All of these aspects are relevant to the determination of the present case.

(a) *Equitable principles*

22. Equitable principles are in this discussion taken to include concepts, black-letter rules and standards or principles in the broader sense, as there is no need in this discussion to refine this category further. The important distinction drawn by jurists¹ between black-letter rules and standards or principles is hence not used for the purpose of this classification, and the term "equitable principles" is to be read as covering all of these.

23. The Chamber of this Court, in the case concerning *Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area*, had in mind a classification of this broad nature when it observed that there is a distinction:

"between what are principles and rules of international law governing the matter and what could be better described as the various equitable criteria and practical methods that may be used to ensure *in concreto* that a particular situation is dealt with in accordance with the principles and rules in question" (*I.C.J. Reports 1984*, p. 290, para. 80).

The ensuing analysis proceeds upon the broad division between concepts and principles without making another specific category of "criteria".

24. General equitable principles relevant to this case would include equitable principles applicable to the assessment of representations of State policy regarding maritime delimitation which other States have relied upon to their prejudice; equitable principles of interpretation in relation to relevant treaties; and principles of fairness in considering

¹ See, for example, R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, 1977, p. 46.

marche a comporté plusieurs étapes, qui seront indiquées. Si l'on saisit ces différentes étapes, l'on peut mieux comprendre la mise en œuvre effective du principe d'équité dans cette affaire.

Dans les paragraphes qui suivent, ces divers aspects seront examinés dans l'ordre où ils ont été évoqués.

ANALYSE DE L'ÉQUITÉ DANS LE CONTEXTE DE LA DÉLIMITATION MARITIME

I. L'application de l'équité

21. L'application de l'équité à une affaire donnée peut comprendre l'application d'un principe ou de principes équitables, l'adoption d'une procédure ou de procédures équitables, l'emploi d'une méthode équitable ou l'obtention d'un résultat équitable. Tous ces aspects sont pertinents en l'espèce.

a) *Les principes équitables*

22. L'expression « principes équitables » est ici entendue comme englobant les concepts, les règles proprement dites et les normes ou principes au sens le plus large, car l'affinement de ces distinctions serait hors de propos. L'importante distinction établie par les juristes¹ entre les règles proprement dites et les normes ou les principes n'est donc pas reprise ici et l'expression « principes équitables » s'applique à l'ensemble.

23. Dans l'affaire de la *Délimitation de la frontière maritime dans la région du golfe du Maine*, la Chambre de la Cour avait à l'esprit une classification générale de ce genre quand elle a noté la distinction à faire :

« entre ce qui constitue des principes et règles du droit international régissant la matière et ce qui serait plutôt des critères équitables et des méthodes pratiques susceptibles les uns et les autres d'être utilisés pour faire en sorte qu'une situation déterminée soit concrètement réglée en conformité avec les principes et règles en question » (*C.I.J. Recueil 1984*, p. 290. par. 80).

Dans l'analyse qui suit, on a retenu la distinction générale entre concepts et principes sans ériger les « critères » en catégorie particulière.

24. Les principes équitables de caractère général qui sont pertinents en l'espèce comprendraient ceux qui s'appliquent à l'appréciation des expressions de la politique d'un Etat en matière de délimitation maritime sur lesquelles d'autres Etats se sont fondés à leur détriment ; les principes équitables d'interprétation des traités pertinents ; et les principes de

¹ Voir, par exemple, R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, 1977, p. 46.

whether large sections of the waters to be demarcated are unusable in consequence of their being frozen over for considerable periods.

(b) *Equitable procedures*

25. As with most areas of law, equity has both a substantive and an adjectival aspect. The application of equitable procedures of enquiry is necessarily an important part of equity. Procedural equity in its broadest form is the equity which ensures that in the process of enquiry and investigation leading to a decision, the parties enjoy the opportunity of a full and fair presentation of their respective cases to the court or tribunal. The procedural aspect of equity has an ancient origin and is rooted in popular concepts of fairness¹.

26. The equitable concern with procedural fairness gives rise to the principle involved in this case, that all relevant circumstances will be considered in determining how the maritime space in contention is to be delimited between the Parties, unless this consideration is prevented by a rule of law. The Court in its Judgment has therefore given its consideration to a wide range of factors — State practice, the conduct of the Parties, proportionality of coastlines, population, economic factors, the equidistance principle and the unusability of part of the maritime space in contention owing to drift ice. Whatever may be the eventual conclusion regarding the weight to be given to each factor, Parties are entitled to a consideration of such factors by the Court and in the absence of a legal principle rendering a particular factor irrelevant, the impact of that factor upon the case in hand needs to be assessed.

27. This is especially so having regard to the uniqueness of each particular case and the fact that its special circumstances may throw up for consideration some fact or circumstance never considered in the relevant jurisprudence up to that time. The fact that a considerable portion of the relevant area in this case is ice-bound for the greater part of the year is such a factor. As this Court pointed out in the *Gulf of Maine* case:

“Although the practice is still rather sparse, . . . it too is there to demonstrate that each specific case is, in the final analysis, different

¹ For example, the *audi alteram partem* rule has from ancient times been described even in popular literature:

“Qui statuit aliquid parte inaudita altera,
Aequum licet statuerit, haud aequus fuit.”

(Seneca, *Medea* 199-200, cited in a series of later common law cases such as *Re Hammer-smith Rent-Charge*, 4 Ex 87, at 97; *Smith v. Rex*, 3 App. Cas. 614 at 624. See also Broom, *Legal Maxims*, 10th ed., 1939, p. 66.)

justice à respecter pour déterminer si de vastes étendues des eaux qui doivent faire l'objet de la délimitation sont inutilisables parce qu'elles sont recouvertes de glace pendant de longues périodes.

b) *Les procédures équitables*

25. Comme c'est le cas pour la plupart des domaines du droit, l'équité concerne à la fois le fond et la procédure. L'application de procédures équitables dans la recherche d'une solution est nécessairement une composante importante de l'équité. L'équité en matière de procédure, au sens le plus large du terme, est celle qui garantit que, dans le processus d'enquête et d'examen qui conduit à une décision, les parties ont la possibilité de faire valoir, en pleine justice, leurs moyens respectifs devant la cour ou le tribunal. L'aspect procédural de l'équité a une origine ancienne et trouve sa racine dans les notions populaires de franc-jeu¹.

26. Le souci d'équité en matière de procédure est à l'origine du principe applicable dans cette affaire, selon lequel toutes les circonstances pertinentes seront prises en considération pour déterminer comment l'espace maritime en litige doit être délimité entre les Parties, à moins que cela ne soit interdit par une règle de droit. Aussi, dans son arrêt, la Cour a-t-elle pris en considération de nombreux facteurs — la pratique des Etats, la conduite des Parties, la proportionnalité des façades maritimes, la population, les facteurs économiques, le principe d'équidistance et le fait qu'une partie de l'espace maritime en litige était inutilisable du fait des glaces dérivantes. Quelle que soit, en fin de compte, la conclusion quant à l'importance à accorder à chacun d'eux, les Parties sont en droit de s'attendre que la Cour prenne ces facteurs en considération et, en l'absence d'un principe juridique privant de pertinence un facteur particulier, qu'elle apprécie leur impact sur l'affaire dont il s'agit.

27. Cela est d'autant plus vrai que chaque cas particulier est unique et que les circonstances spéciales qui l'entourent peuvent amener à tenir compte d'un fait ou d'un facteur n'ayant jamais été pris en considération jusqu'alors dans la jurisprudence pertinente, par exemple lorsqu'un vaste secteur de la zone pertinente est bloqué par les glaces pendant la plus grande partie de l'année. Comme la Chambre de la Cour l'a souligné dans l'affaire du *Golfe du Maine*:

« La pratique, d'ailleurs, bien qu'encore peu abondante à cause de la nouveauté relative de la matière, est là pour démontrer que chaque

¹ Par exemple, la règle *audi alteram partem* a été énoncée dès l'Antiquité même dans la littérature populaire :

« Qui statuit aliquid parte inaudita altera,
Aequum licet statuerit, haud aequus fuit. »

(Sénèque, *Médée*, 199-200, cité dans une série de décisions judiciaires de *common law* telles que *Re Hammersmith Rent-Charge*, 4 Ex 87, 97; *Smith v. Rex*, 3 App. Cas. 614, 624. Voir aussi Broom, *Legal Maxims*, 10^e éd., 1939, p. 66.)

from all the others, that it is monotypic and that, more often than not, the most appropriate criteria, and the method or combination of methods most likely to yield a result consonant with what the law indicates, can only be determined in relation to each particular case and its specific characteristics.” (*I.C.J. Reports 1984*, p. 290, para. 81.)

Thus, there is “no legal limit to the considerations which States may take account of for the purpose of making sure that they apply equitable procedures” (*I.C.J. Reports 1969*, p. 50).

(c) *Equitable methods*

28. Among the practical *methods* listed by the Chamber in the *Gulf of Maine* case, as distinct from criteria and rules or principles which should be used for achieving an equitable result, are the drawing of an equidistance or median line, the division of the area in various segments using different methods in respect of each sector and the method of drawing a line perpendicular to the coast or to the general direction of the coast¹.

29. Many other suggestions appear in the literature, which could be described as methods stemming from equitable considerations². As the jurisprudence on maritime delimitation develops, a refinement of methods appropriate to particular types of dispute may well emerge³.

30. In the present case, the Court has used as its method the provisional adoption of the median line as its starting point and, having regard to its evaluation of the various considerations before it, moved that line eastwards, carefully dividing the relevant space into segments which again

¹ *I.C.J. Reports 1984*, p. 313, para. 159.

² See, for example, the five separate tasks devolving on the Court, as analysed by J. I. Charney, of which the last three may be classified as methods:

“(3) To the extent possible, each piece of information identified in the prior paragraph should be used to construct a line or range of lines that best suits the function to which it relates.

(4) These alternative lines and previously identified factors should be studied and weighed according to their importance. In a process that might even approach vector analysis, a line that best reflects all the relevant factors in light of their importance to the zone should be sought.

(5) A cartographical method should be selected to describe the line accurately and reliably.” (J. I. Charney, “Ocean Boundaries between Nations: A Theory for Progress”, 78 *American Journal of International Law* (1984), p. 597.)

³ One could, if so disposed, draw a distinction between a merely geometrical norm and a juridical norm as Judge Tanaka did in his dissenting opinion in the *North Sea Continental Shelf* cases (*I.C.J. Reports 1969*, p. 183). However, if the geometrical norm stems from equitable considerations, it is for the purposes of this discussion classed as an equitable method. Judge Tanaka was referring to the distinction between the rule of equidistance as a mere technique and as a norm of law.

cas concret est finalement différent des autres, qu'il est un *unicum*, et que les critères les plus appropriés et la méthode ou la combinaison de méthodes la plus apte à assurer un résultat conforme aux indications données par le droit, ne peuvent le plus souvent être déterminés que par rapport au cas d'espèce et aux caractéristiques spécifiques qu'il présente.» (*C.I.J. Recueil 1984*, p. 290, par. 81.)»

Il n'y a donc «pas de limites juridiques aux considérations que les Etats peuvent examiner afin de s'assurer qu'ils vont appliquer des procédés équitables» (*C.I.J. Recueil 1969*, p. 50).

c) *Les méthodes équitables*

28. Parmi les *méthodes* pratiques — par opposition aux critères et règles ou principes — dont la Chambre a dit, dans l'affaire du *Golfe du Maine*, qu'elles devaient être appliquées pour parvenir à un résultat équitable, figurent le tracé d'une ligne d'équidistance ou ligne médiane, le partage de la zone en divers secteurs, des méthodes différentes étant appliquées pour chaque secteur, et le tracé d'une ligne perpendiculaire à la côte ou à la direction générale de la côte¹.

29. La doctrine contient bien d'autres suggestions qui peuvent être considérées comme des méthodes procédant de considérations d'équité². Avec le développement de la jurisprudence en matière de délimitation maritime, il est fort possible que l'on observe un affinement des méthodes convenant à tel ou tel type de différend³.

30. En l'espèce, la Cour a adopté comme méthode celle consistant à adopter provisoirement la ligne médiane comme ligne de départ puis, selon sa propre appréciation des diverses considérations dont elle était saisie, elle a déplacé cette ligne vers l'est, en partageant soigneusement

¹ *C.I.J. Recueil 1984*, p. 313, par. 159.

² J. I. Charney, par exemple, distingue les cinq tâches qui incombent à la Cour, dont les trois dernières peuvent être qualifiées de méthodes :

«3) Autant que possible, chaque élément d'information recueilli conformément au paragraphe précédent devrait être utilisé pour tracer une ligne ou une série de lignes convenant le mieux à la fonction à laquelle il correspond.

4) Ces lignes possibles et les facteurs identifiés auparavant devraient être étudiés et pesés en fonction de leur importance. Par un processus qui pourrait même se rapprocher de l'analyse vectorielle, il conviendrait de chercher à déterminer la ligne qui reflète le mieux tous les facteurs pertinents, compte tenu de leur importance par rapport à la zone en question.

5) On choisirait une méthode cartographique pour décrire la ligne de façon précise et fiable.» (J. I. Charney, «*Ocean Boundaries between Nations: A Theory for Progress*», *American Journal of International Law* (1984), vol. 78, p. 597.)

³ Il n'est pas impossible d'opérer une distinction entre une norme purement géographique et une norme juridique, comme M. Tanaka l'a fait dans son opinion dissidente dans les affaires du *Plateau continental de la mer du Nord* (*C.I.J. Recueil 1969*, p. 183). Cependant, si la norme géographique procède de considérations d'équité, nous la classerons ici parmi les méthodes équitables. M. Tanaka faisait allusion à la distinction entre la règle de l'équidistance comme simple technique et comme norme de droit.

have been differently divided having regard to the considerations involved, such as the seasonal movement of fish and equitable access to fishery resources (para. 91). These methods are all grounded in equitable considerations and are, for the purposes of the present discussion, treated as equitable methods.

(d) *Equitable results*

31. The first three aspects mentioned are only the means towards the last, which, as the object and test of every determination according to equitable principles, calls for considered attention. As this Court observed in the *Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya/Malta)* case:

“It is however the goal — the equitable result — and not the means used to achieve it, that must be the primary element . . .”
(*I.C.J. Reports 1985*, pp. 38-39, para. 45.)

32. The Court has at numerous points in its Judgment referred to the importance of achieving an equitable result. Some of these references are detailed in paragraphs 7 and 8 of this opinion. In paragraph 54, the Judgment states that “The aim in each and every situation must be to achieve ‘an equitable result’” and in paragraph 56 it concludes that:

“there is inevitably a tendency towards assimilation between the special circumstances of Article 6 of the 1958 Convention and the relevant circumstances under customary law, and this if only because they both are intended to enable the achievement of an equitable result”.

33. Articles 74 (1) and 83 (1) of the 1982 Convention also highlight the importance of achieving an equitable solution. The Judgment, after referring to the “correction” of a median line delimitation in the *Gulf of Maine* case¹, similarly rejects the application of the median line in this case as leading to “manifestly inequitable results” (para. 68) in view of the great disparity of the lengths of coasts.

34. This concern with equitable results, despite the application of equitable principles, procedures and methods, is well founded in the Court’s jurisprudence. The object of equitable principles is to obtain an equitable result. However equitable each principle may appear to be when considered in isolation, it may not necessarily produce an equitable result, as is demonstrated by the application of the equidistance principle to two opposite coastlines which are vastly different in length. As this Court has observed, “the term ‘equitable principles’ cannot be interpreted in the

¹ *I.C.J. Reports 1984*, p. 336, paras. 221-222.

l'espace pertinent en secteurs qui eux-mêmes ont été partagés différemment selon les facteurs pris en considération, tels que le mouvement saisonnier du poisson et l'accès équitable aux ressources halieutiques (par. 92). Ces méthodes reposent toutes sur des considérations d'équité et, pour les besoins de la présente étude, elles seront traitées comme des méthodes équitables.

d) *Les résultats équitables*

31. Les trois premiers aspects qui viennent d'être évoqués ne sont que les moyens de parvenir au dernier, lequel, étant l'objet et la pierre de touche de toute détermination fondée sur des principes équitables, doit être examiné avec attention. Comme la Cour l'a noté dans l'affaire du *Plateau continental (Jamahiriya arabe libyenne/Malte)*:

«C'est cependant le but — le résultat équitable — et non le moyen utilisé pour l'atteindre, qui doit constituer l'élément principal...»
(*C.I.J. Recueil 1985*, p. 38-39, par. 45.)

32. La Cour s'est référée dans de nombreux passages de son arrêt à l'importance qu'il y a à parvenir à un résultat équitable. Certains de ces passages sont évoqués en détail aux paragraphes 7 et 8 de la présente opinion. Au paragraphe 54 de l'arrêt, elle déclare que : « Le but, dans toute situation, quelle qu'elle soit, doit être d'aboutir à «un résultat équitable», et, au paragraphe 56, elle conclut :

«il y a inévitablement une tendance à l'assimilation des circonstances spéciales de l'article 6 de la convention de 1958 et des circonstances pertinentes en droit coutumier, ne serait-ce que parce que toutes deux doivent permettre d'atteindre un résultat équitable.»

33. Dans ses articles 74, paragraphe 1, et 83, paragraphe 1, la convention de 1982 souligne elle aussi qu'il importe d'aboutir à une solution équitable. L'arrêt, après avoir évoqué la « correction » d'une délimitation opérée selon la ligne médiane dans l'affaire du *Golfe du Maine*¹, rejette de la même façon l'application de la ligne médiane dans la présente affaire comme aboutissant à des « résultats manifestement inéquitables » (par. 68) étant donné la grande disparité des longueurs des côtes.

34. Ce souci de l'équité des résultats, quels que soient ceux donnés par l'application de principes, de procédures et de méthodes équitables, est bien établi dans la jurisprudence de la Cour. L'objet des principes équitables est d'obtenir un résultat équitable. Aussi équitable que puisse apparaître chaque principe isolément, il se peut qu'il ne conduise pas nécessairement à un résultat équitable, comme cela ressort de l'application du principe d'équidistance à deux côtes qui se font face mais sont de longueurs très différentes. Comme la Cour l'a déjà noté, « l'expression

¹ *C.I.J. Recueil 1984*, p. 336, par. 221-222.

abstract; it refers back to the principles and rules which may be appropriate in order to achieve an equitable result" (*Continental Shelf (Tunisia/Libyan Arab Jamahiriya)*, *I.C.J. Reports 1982*, p. 59, para. 70; emphasis added).

35. Even though, in the *North Sea Continental Shelf* cases, the Court appeared to stress the methods used, it also emphasized the importance of an equitable result, for, while it said that resort could be had "to various principles or methods, as may be appropriate, or a combination of them", this was subject to the proviso that "by the application of equitable principles, a reasonable result is arrived at" (*I.C.J. Reports 1969*, p. 49, para. 90). So, also, the Court said: "it is necessary to seek not one method of delimitation but one goal" (*ibid.*, p. 50, para. 92).

36. This aspect was stressed also by this Court in the case concerning the *Continental Shelf (Tunisia/Libyan Arab Jamahiriya)*:

"The result of the application of equitable principles must be equitable. This terminology, which is generally used, is not entirely satisfactory because it employs the term equitable to characterize both the result to be achieved and the means to be applied to reach this result. It is, however, the result which is predominant; the principles are subordinate to the goal." (*I.C.J. Reports 1982*, p. 59, para. 70.)

37. The difference between the use of an equitable method and the achievement of an equitable result was well brought out in the joint separate opinion of Judges Ruda, Bedjaoui and Jiménez de Aréchaga in the *Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya/Malta)* case:

"To assert, as Malta has done, that the equidistance method should be applied, even if it produces a delimitation which is grossly disproportionate to the length of the relevant coasts, is an attempt to subordinate the equitable result to be achieved, to the method adopted. This is precisely the opposite of the fundamental rule of delimitation, namely, that the method to be adopted should be justified by the equity of the result." (*I.C.J. Reports 1985*, pp. 82-83, para. 20.)

38. The *Gulf of Maine* case drew a clear distinction between the application of equitable criteria and the reaching of an equitable result. The process by which the Chamber determined the boundary line has been analysed as consisting of:

- (1) the delimitation of the boundary line through the use of equitable criteria — primarily the use of geographical configurations to set out the affected area and the subsequent equal division of that area;
- (2) the adjustment of that line, by the consideration of relevant circumstances including geographic "anomalies" and the proportionality of maritime area to coastal frontage;

« principes équitables » ne saurait être interprétée dans l'abstrait; elle renvoie aux principes et règles permettant d'aboutir à un *résultat* équitable » (*Plateau continental (Tunisie/Jamahiriya arabe libyenne)*, C.I.J. Recueil 1982, p. 59, par. 70; les italiques sont de moi.)

35. Bien que, dans les affaires du *Plateau continental de la mer du Nord*, la Cour ait paru s'attacher particulièrement aux méthodes utilisées, elle a aussi souligné l'importance d'un résultat équitable, car, tout en disant que l'on pouvait avoir « recours à divers principes ou méthodes, selon le cas, ainsi qu'à leur combinaison », elle a assorti cette déclaration d'une condition: « pourvu qu'on aboutisse par application de principes équitables à un résultat raisonnable » (C.I.J. Recueil 1969, p. 49, par. 90). La Cour a dit aussi: « on doit rechercher non pas une méthode unique de délimitation mais un but unique » (*ibid.*, p. 50, par. 92).

36. Cet aspect a été mis en lumière aussi par la Cour dans l'affaire du *Plateau continental (Tunisie/Jamahiriya arabe libyenne)*:

« L'application de principes équitables doit aboutir à un résultat équitable. Cette façon de s'exprimer, bien que courante, n'est pas entièrement satisfaisante, puisque l'adjectif *équitable* qualifie à la fois le résultat à atteindre et les moyens à employer pour y parvenir. C'est néanmoins le résultat qui importe: les principes sont subordonnés à l'objectif à atteindre. » (C.I.J. Recueil 1982, p. 59, par. 70.)

37. La différence entre l'utilisation d'une méthode équitable et l'obtention d'un résultat équitable a été bien mise en lumière dans l'opinion conjointe de MM. Ruda, Bedjaoui et Jiménez de Aréchaga dans l'affaire du *Plateau continental (Jamahiriya arabe libyenne/Malte)*:

« Prétendre, comme l'a fait Malte, que la méthode de l'équidistance doit être appliquée même si elle a pour résultat une délimitation complètement disproportionnée à la longueur des côtes pertinentes revient à vouloir subordonner le résultat équitable recherché à la méthode adoptée. C'est là précisément le contraire de la règle fondamentale de la délimitation, qui veut que la méthode à adopter soit justifiée par l'équité du résultat. » (C.I.J. Recueil 1985, p. 82-83, par. 20.)

38. Dans l'affaire du *Golfe du Maine*, une distinction a clairement été faite entre l'application de critères équitables et l'obtention d'un résultat équitable. La démarche par laquelle la Chambre a fixé la ligne de délimitation a été analysée comme comprenant trois phases:

- 1) la détermination de la ligne de délimitation par le recours à des critères équitables — principalement l'utilisation de configurations géographiques pour définir la zone en cause, suivie du partage de ladite zone par parts égales;
- 2) l'ajustement de cette ligne pour tenir compte des circonstances pertinentes, y compris les « anomalies » géographiques et la proportionnalité des espaces en cause par rapport aux façades maritimes;

- (3) the checking of the equitableness of the result so reached, by examining other factors such as economic impact and resource use patterns¹.

39. The Judgment was specially useful in separating some of the different elements included in the equitable process and showing how more than one element could be used in combination².

40. It is interesting also to note from the opinion of Judge Oda in *Tunisia/Libya* that even as early as the 1958 Convention

“the idea of an *equitable solution*, although not specifically mentioned in Article 6 of the 1958 Convention, lay at the basis of that provision . . .” (*I.C.J. Reports 1982*, p. 246, para. 144; emphasis added).

It is to be noted also that the Law of the Sea Convention uses the term “equitable solution” thus turning the spotlight on the equity of the result (see Arts. 74 and 83).

41. Having regard to the overall importance of the equitable result, it is not without interest that there is support in legal philosophy for the method of testing a solution by taking a view at its results. This additional juristic basis for checking a result for its equity or inequity comes from the “sense of injustice” which has an ancient history in the philosophy of jurisprudence. This is briefly considered in Section V, paragraphs 104-109, below.

42. The foregoing discussion shows that all four aspects of equity dealt with in this section come into play in this case, and an approach to the application of equity in this fashion helps to focus attention upon the particular aspect under examination.

II. *Inapplicability of Equity as a System Separate from Law*

43. It scarcely needs to be mentioned that the term equity, as used in the Court’s Judgment or in the context of international law, is quite distinct from its use to designate separate systems of judicial administration such as existed in some legal systems for the purpose of correcting insufficiencies and rigidities of the law.

44. The equity of the common law system and the *aequitas* of the Roman law, exercised by the Chancellor and the *praetor* respectively, were the systems *par excellence* which give the word equity such overtones of interference with the law. The term equity as used in the law of the sea naturally does not absorb such associated meanings.

¹ See T. L. McDorman, P. M. Saunders and D. L. VanderZwaag, “The Gulf of Maine Boundary: Dropping Anchor or Setting a Course?”, 9 *Marine Policy* (1985), p. 100.

² *Ibid.*

3) la vérification de l'équité du résultat ainsi obtenu au regard d'autres facteurs tels que les effets économiques et les utilisations faites des ressources¹.

39. L'arrêt a eu le mérite particulier d'isoler certains des éléments inclus dans le processus équitable et de montrer comment l'on pouvait appliquer ensemble plus d'un élément².

40. Il est intéressant aussi de lire dans l'opinion de M. Oda dans l'affaire *Tunisie/Libye* que, dès la convention de 1958,

« l'idée d'une *solution équitable*, bien que l'article 6 de la convention de 1958 ne s'y réfère pas expressément, n'en constitue pas moins la base de cette disposition... » (*C.I.J. Recueil 1982*, p. 246, par. 144; les italiques sont de moi).

On observera aussi que la convention sur le droit de la mer emploie l'expression « solution équitable », mettant ainsi l'accent sur l'équité du résultat (voir les articles 74 et 83).

41. Compte tenu de l'importance générale du résultat équitable, il n'est pas sans intérêt que la philosophie du droit corrobore la méthode qui consiste à apprécier la valeur d'une solution d'après ses résultats. Cet appui juridique supplémentaire à la thèse selon laquelle un résultat doit être évalué en fonction de son caractère équitable ou inéquitable procède du « sens de l'injustice » qui est fort ancien dans la philosophie du droit. Ce point sera examiné brièvement dans la section V ci-après (par. 104-109).

42. Ce qui précède montre que les quatre aspects de l'équité dont il a été question ici sont tous en jeu en l'espèce, et qu'en abordant sous cet angle l'application de l'équité on peut mieux appréhender l'aspect particulier dont il s'agit.

II. *L'inapplicabilité de l'équité comme système extérieur au droit*

43. Il est à peine besoin de dire que l'expression « équité », telle qu'elle est employée dans l'arrêt de la Cour ou dans le contexte du droit international, n'a pas du tout le même sens que lorsqu'elle désigne les régimes d'administration de la justice distincts tels qu'il en a existé dans certains systèmes juridiques où ils servaient à corriger les insuffisances du droit et ses rigidités.

44. L'*equity* du système de *common law* et l'*aequitas* du droit romain, exercées respectivement par le *Chancellor* et par le *praetor*, ont été par excellence les modèles qui ont donné au mot « équité » cette connotation d'immixtion dans le droit. Ces connotations sont évidemment absentes lorsqu'il s'agit du droit de la mer.

¹ Voir T. L. McDorman, P. M. Saunders et D. L. VanderZwaag, « The Gulf of Maine Boundary: Dropping Anchor or Setting a Course? », 1985, *Marine Policy*, vol. 9, p. 100.

² *Ibid.*

45. In view of the substantial influence exercised by these systems on the development of international law, the heavy overtones of equity's corrective influence over law tend to spill over into international law, necessitating a constant vigilance against this tendency. This is especially important, in relation to maritime delimitation, where there is a constant questioning as to whether the Court, in using equity, is overstepping its authority. As this Court observed in *Tunisia/Libya*:

“In the course of the history of legal systems the term ‘equity’ has been used to define various legal concepts. It was often contrasted with the rigid rules of positive law, the severity of which had to be mitigated in order to do justice. In general, this contrast has no parallel in the development of international law; the legal concept of equity is a general principle directly applicable as law.” (*I.C.J. Reports 1982*, p. 60, para. 71.)

46. In view of the importance of equity in these two systems, a brief note upon them ensues.

(a) *Equity in common law*

47. In the *Norwegian Shipowners' Claims* case, the Permanent Court of Arbitration said:

“The words ‘law and equity’ used in the special agreement of 1921 can not be understood here in the traditional sense in which these words are used in Anglo-Saxon jurisprudence.

The majority of international lawyers seem to agree that these words are to be understood to mean general principles of justice as distinguished from any particular system of jurisprudence of the municipal law of any State.”¹

48. Some of the principles of equity, as evolved by the English Court of Chancery, may, however, be relevant to a matter concerning the law of the sea, not because they are part of the English law of equity, but because those principles accord with the concepts of general equity as more widely understood. Such concepts might conceivably include such notions as that equity looks to the intent rather than to the form, or that a person must not act contrary to his own representations on the faith of which others have acted. Items of State conduct, for example, may attract general principles of equity such as these.

(b) *Equity in civil law*

49. The *jus honorarium* built up by the Roman *praetor*, through his praetorian edict, served the purpose, according to Papinian, of aiding,

¹ *Reports of International Arbitral Awards (RIAA)*, Vol. I, 1922, p. 331.

45. Etant donné la forte influence que ces systèmes ont exercée sur le développement du droit international, cette idée de correction du droit a tendance à pénétrer dans le droit international, et il faut donc veiller constamment à écarter cette tendance. Cela importe particulièrement dans le domaine de la délimitation maritime, où l'on se demande constamment si, en recourant à l'équité, la Cour n'excède pas sa compétence. Comme la Cour l'a noté dans l'affaire *Tunisie/Libye*:

« Dans l'histoire des systèmes juridiques, le terme *équité* a servi à désigner diverses notions juridiques. On a souvent opposé l'équité aux règles rigides du droit positif, dont la rigueur doit être tempérée pour que justice soit rendue. Cette opposition est généralement sans équivalent dans l'évolution du droit international; la notion juridique d'équité est un principe général directement applicable en tant que droit. » (*C.I.J. Recueil 1982*, p. 60, par. 71.)

46. Etant donné l'importance de l'équité dans ces deux systèmes, quelques brèves indications à leur sujet s'imposent :

a) *L'équité en common law*

47. Dans l'affaire des *Armateurs norvégiens*, la Cour permanente d'arbitrage a dit :

« Les mots « droit et équité » qui figurent dans le compromis de 1921 ne peuvent pas s'entendre ici dans le sens traditionnel qui est le leur dans la pratique juridique anglo-saxonne.

Il semble que la majorité des spécialistes du droit international soient d'accord pour considérer que ces mots doivent être compris comme désignant des principes de justice généraux, distincts de tout système juridique particulier du droit interne d'un Etat quelconque. »¹

48. Il se peut toutefois que certains des principes d'équité élaborés par la Court of Chancery anglaise soient pertinents dans le contexte du droit de la mer, non parce qu'ils font partie de l'*equity* au sens institutionnel anglais, mais parce que ces principes sont en accord avec l'idée d'équité au sens général du terme. Il pourrait s'agir, par exemple, de l'idée que l'équité se soucie de l'intention plus que de la forme, ou que nul ne doit agir contrairement à ses propres affirmations dès lors que celles-ci ont induit d'autres personnes à agir comme elles l'ont fait. Des principes généraux d'équité tels que ceux-ci peuvent s'appliquer, par exemple, à certaines conduites des Etats.

b) *L'équité dans les systèmes de tradition romaniste*

49. Le *jus honorarium* élaboré par le *praetor* romain, par la voie de son édît prétorien, servait, d'après Papinien, à soutenir, compléter ou corriger

¹ *Recueil des sentences arbitrales (RSA)*, vol. I, 1922, p. 331.

supplementing or correcting the *jus civile*¹ — a useful summary of three different functions served by Roman equity. Roman equity thus stood as a system separate from the *jus civile*, at any rate until Hadrian in A.D. 125 froze the form of the edict, after which it ceased directly to be a source of new law. The corrective function of *aequitas* up to that time included action *contra legem*.

50. Though equity continued to fertilize the Roman law thereafter, this was achieved largely through the work of the jurists acting through the interpretation and adaptation of the law rather than by standing in opposition to it².

51. In view of the immense influence of the civil law upon international law, it bears repetition that the *aequitas* of the era of praetorian equity — a corrective equity standing separate from the law — is not an analogy for the equity of international law. The later tradition of the civil law, of law and equity integrating with each other to produce a harmonious whole, would be a truer analogy.

III. The Categories of Equity

52. As observed earlier, the Court in its Judgment has not used equity *ex aequo et bono*. Nor has it used absolute equity or equity *contra legem*.

(a) *Equity ex aequo et bono*

53. The issue has frequently been raised, in the context of maritime delimitation, as to whether the Court is resorting to a concept of equity more liberal than that which it is entitled to administer. This issue has come indeed to acquire the appearance of a question mark hanging over the use of equity in such cases and has resulted in frequent disavowals, in the jurisprudence of maritime delimitation, of resort to equity *ex aequo et bono*³.

54. The extent of the concern registered in this regard is indicated in juristic literature which specifically raises the question whether there is indeed a difference between the equity administered by the Court and equity *ex aequo et bono*. Judge Jennings alerts us to the attendant dangers of litigants obtaining a decision *ex aequo et bono* whether they wanted it or not, and observes:

¹ “Adjuvandi, vel supplendi, vel corrigendi juris civilis” (D.1.1.7.1).

² The equitable work of the jurists was fruitful, and important doctrines such as subrogation, estoppel and constructive notice resulted from their efforts. See W. W. Cook, in *Encyclopædia of the Social Sciences*, ed. Seligman, 1931, Vol. 5, p. 584. Equity can do no less in international law.

³ See *I.C.J. Reports 1974*, p. 33, para. 78, and p. 202, para. 69; *I.C.J. Reports 1982*, p. 60, para. 71, and p. 92, para. 133 A (1); *I.C.J. Reports 1984*, p. 278, para. 59, and p. 299, para. 112; *I.C.J. Reports 1985*, pp. 38-39, para. 45, and pp. 56-57.

le *jus civile*¹ — formule qui résume assez bien trois fonctions différentes de l'équité en droit romain. Celle-ci était donc un système différent du *jus civile*, du moins jusqu'à ce que Hadrien, en l'an 125 de notre ère, fixe la forme de l'édit, après quoi il cessa d'être directement une source de droit nouveau. Jusqu'alors, la fonction correctrice de l'*aequitas* permettait d'aller *contra legem*.

50. Bien que l'équité ait continué d'inspirer le droit romain par la suite, ce fut surtout par l'œuvre des juristes qui interprétaient et adaptaient le droit plutôt que de s'y opposer².

51. Compte tenu de l'influence immense qu'a eue le droit de tradition romaniste international, il est permis de répéter que l'*aequitas* de l'époque de l'équité prétorienne — équité correctrice distincte du droit — ne doit pas être considérée comme étant analogue à l'équité en droit international. La tradition plus tardive du droit de tradition romaniste, selon laquelle le droit et l'équité se complètent pour former un ensemble harmonieux, offrirait une analogie plus juste.

III. Les catégories d'équité

52. Nous avons vu que dans son arrêt la Cour n'a pas utilisé l'équité *ex aequo et bono*. Elle n'a pas eu recours non plus à l'équité absolue ni à l'équité *contra legem*.

a) L'équité *ex aequo et bono*

53. S'agissant de délimitation maritime, on s'est souvent demandé si la Cour ne recourait pas à un concept de l'équité plus large que celui qu'elle est habilitée à appliquer. On peut même considérer qu'un point d'interrogation plane sur le recours à l'équité dans des affaires de ce genre et la jurisprudence de la délimitation maritime est jalonnée de prises de position écartant l'équité *ex aequo et bono*³.

54. L'ampleur de cette préoccupation apparaît dans la doctrine qui pose expressément la question de savoir s'il y a ou non une différence entre l'équité administrée par la Cour et l'équité *ex aequo et bono*. M. Jennings nous met en garde contre le risque de voir des parties à un différend obtenir une décision *ex aequo et bono* qu'elles l'aient voulu ou non, et il fait observer :

¹ « Adjuvandi, vel supplendi, vel corrigendi juris civilis » (D.I.1.7.1).

² L'œuvre des juristes en matière d'équité a été féconde, et d'importantes doctrines telles que la subrogation, l'*estoppel* et l'avis implicite résultent de leurs efforts. Voir W. W. Cook, dans *Encyclopedia of the Social Sciences*, dir. publ. Seligman, 1931, vol. 5, p. 584. On ne peut attendre moins de l'équité en droit international.

³ Voir *C.I.J. Recueil 1974*, p. 33, par. 78, et p. 202, par. 69; *C.I.J. Recueil 1982*, p. 60, par. 71, et p. 92, par. 133 A 1; *C.I.J. Recueil 1984*, p. 278, par. 59, et p. 299, par. 112; *C.I.J. Recueil 1985*, p. 38-39, par. 45, et p. 56-57.

“At any rate, the very serious question arises of what exactly is the difference between a decision according to equitable principles and a decision *ex aequo et bono*?”¹

The question raised is truly a very serious one, for if this is indeed the case, the Court is extending itself into an area which it can only reach by the consent of parties². Such uncertainties necessitate a close examination of the *ex aequo et bono* provision in Article 38, paragraph 2, of the Statute of the Court.

55. This phrase, which has its origins in the Roman law³ is defined in the standard works of reference in terms that involve justice, fairness and conscience. Thus *Black's Law Dictionary* (5th ed., 1979, p. 500) defines it as a “phrase derived from the civil law, meaning, in justice and fairness; according to what is just and good; according to equity and conscience”. It will be seen that equity *ex aequo et bono* is thus not confined within limitations of existing rules of law but extends more widely, leaving aside considerations of what the law may be, regarding the matter under reference. It enters into the area of equity *contra legem*, as discussed below.

56. Equity *ex aequo et bono*, in the context of the Court's jurisprudence, is perhaps best approached through a perusal of the drafting history of the *ex aequo et bono* provision in the Statute of the Court.

57. One could perhaps identify three stages in the *travaux préparatoires* leading to the adoption of Article 38 (2) of the Statute:

(1) Earlier drafts of Article 38 of the Statute of the Permanent Court⁴ did not contain a subsection dealing with decisions *ex aequo et bono*. The draft section read as follows:

“Dans les limites de sa compétence, telle qu'elle est déterminée par l'article 34, la Cour applique en ordre successif:

1. Les conventions internationales soit générales, soit spéciales, établissant des règles expressément reconnues par les Etats en litige;
2. La coutume internationale, attestation d'une pratique commune acceptée comme loi;

¹ R. Y. Jennings, “The Principles Governing Marine Boundaries”, *op. cit.*, p. 401.

² See *Encyclopedia of Public International Law*, *op. cit.*, p. 77.

³ The related expression *bonum et aequum* means “right and equitable, fair(ness) and just(ice)” (Adolf Berger, *Encyclopaedic Dictionary of Roman Law*, 1952, p. 377) and appears, in Celsus' celebrated definition of *jus* as “*ars aequi et boni*”, cited at the very commencement of Justinian's *Digest* (D.1.1.pr.). It appears, also, in the formula of *actiones in aequum et bonum conceptae* (Berger, *ibid.*).

⁴ Draft Scheme for the Institution of the Permanent Court of International Justice Presented to the Council of the League of Nations by the Advisory Committee of Jurists, Art. 35 (corresponding to the later Article 38).

« A tout le moins, la très sérieuse question se pose de savoir quelle est exactement la différence entre une décision conforme à des principes équitables et une décision *ex aequo et bono*? »¹

La question est en effet très sérieuse car, si tel est bien le cas, la Cour s'aventure dans un domaine où elle ne peut pénétrer que moyennant le consentement des parties². De telles incertitudes nécessitent un examen approfondi de la disposition du Statut de la Cour relatif à la faculté de statuer *ex aequo et bono* (paragraphe 2 de l'article 38).

55. Cette expression, qui vient du droit romain³, est définie dans les ouvrages de référence classiques en des termes qui évoquent la justice et la conscience. C'est ainsi que le *Black's Law Dictionary* (5^e éd., 1979, p. 500) la définit dans les termes suivants : « expression dérivée du droit de tradition romaniste signifiant : conformément à la justice et à l'impartialité; selon ce qui est juste et bon; conforme à l'équité et à la conscience ». L'on voit que l'équité *ex aequo et bono* n'est donc pas enfermée dans les limites des règles de droit existantes mais qu'elle s'étend plus largement, indépendamment de ce que peut être le droit, à l'égard de l'objet dont il s'agit. Elle entre dans le domaine de l'équité *contra legem*, comme on le verra plus loin.

56. Pour saisir le sens de l'équité *ex aequo et bono* dans le cadre de la jurisprudence de la Cour, le mieux est peut-être d'évoquer l'histoire de la rédaction de la disposition du Statut de la Cour qui s'y rapporte.

57. Trois étapes peuvent sans doute être distinguées dans les travaux préparatoires qui ont abouti à l'adoption du paragraphe 2 de l'article 38 du Statut :

1) Les premières versions de l'article 38 du Statut de la Cour permanente⁴ ne contenaient pas de paragraphe traitant des décisions *ex aequo et bono*. Le projet d'article était rédigé comme suit :

« Dans les limites de sa compétence, telle qu'elle est déterminée par l'article 34, la Cour applique en ordre successif :

1. Les conventions internationales soit générales, soit spéciales, établissant des règles expressément reconnues par les Etats en litige;
2. La coutume internationale, attestation d'une pratique commune acceptée comme loi;

¹ R. Y. Jennings, « The Principles Governing Marine Boundaries », *op. cit.*, p. 401.

² Voir *Encyclopedia of Public International Law*, *op. cit.*, p. 77.

³ L'expression voisine *bonum et aequum* veut dire « right and equitable, fair(ness) and just(ice) » (bien et équitable, impartial(ité) et just(ice)) (Adolf Berger, *Encyclopaedic Dictionary of Roman Law*, 1952, p. 377), et elle apparaît, dans la célèbre définition que Celse a donnée du *jus*, comme « *ars aequi et boni* », expression citée tout au début du *Digeste* de Justinien (D.1.1.pr.). Elle apparaît aussi dans la formule *actiones in aequum et bonum conceptae* (Berger, *ibid.*).

⁴ Avant-projet pour l'établissement de la Cour permanente de Justice internationale présenté au Conseil de la Société des Nations par le comité consultatif de juristes, art. 35 (devenu plus tard l'article 38).

3. Les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées;

4. Les décisions judiciaires et la doctrine des publicistes les plus qualifiés des différentes nations, comme moyens auxiliaires de détermination des règles de droit.”¹

(2) The discussions among the distinguished international jurists participating in the drafting Committee’s meeting of 1 December 1920² are of great interest. Mr. Fromageot (France) wished to widen the wording of the then Article 35 in order to enable a judgment of the Court to confirm an arrangement reached by the parties — a result which was not possible under the existing wording of the Article. In the course of the ensuing discussion, serious concerns were voiced about the effect of such an amendment. The Chairman (Mr. Hagerup) expressed the view that Mr. Fromageot’s idea belonged rather to the sphere of arbitral jurisprudence and that its application would jeopardize the authority of a Court of Justice. Mr. Fernandes (Brazil) expressed a fear that the amendment would open the way to arbitrary decisions. Mr. Loder (the Netherlands) pointed out, however, that the Court would evidently not confirm proposals which were not well founded. During further discussion, Mr. Fromageot amended his proposal to add to Article 35 (3) the further words “the general principles of law and justice”. He explained that the effect of his amendment would be to enable the Court to state as the sole reason for its judgment that the award had seemed to it to be just. He explained further that this did not mean that the Court might disregard existing rules. Mr. Fromageot’s amendment was adopted³.

(3) However, the amended Article 35 continued to cause concern. At the meeting of the Sub-Committee held on 10 December 1920, to adopt the final draft for submission to the Main Committee, it was the sole subject of further discussion. That discussion is recorded as follows:

“During the discussion on the President’s report, M. POLITIS (Greece) raised the question whether the text of Article 35, No. 3, adopted by the Sub-Committee, did actually express the Sub-Committee’s opinion on the subject. This opinion was, according to M. Politis, that the Court should have the right to apply the general principles of justice only by virtue of an agreement between the parties. The actual text was wider, in so far as it left it to the discretion

¹ *Documents concerning the Action Taken by the Council of the League of Nations under Article 14 of the Covenant and the Adoption by the Assembly of the Statute of the Permanent Court*, Geneva, 1921, p. 41, Annex.

² Seventh Meeting of the Sub-Committee of the Third Committee of the First Assembly Meeting held on 1 December 1920.

³ *Documents concerning Action Taken . . .*, *op. cit.*, p. 145.

3. Les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées;

4. Les décisions judiciaires et la doctrine des publicistes les plus qualifiés des différentes nations, comme moyens auxiliaires de détermination des règles de droit.»¹

2) Le débat entre les éminents internationalistes qui ont participé à la réunion que le comité de rédaction a tenue le 1^{er} décembre 1920² est très intéressant. M. Fromageot (France) voulait que la rédaction de ce qui était alors l'article 35 fût un peu plus souple afin de rendre possible un jugement de la Cour confirmant un accord intervenu auparavant entre les parties, ce qui n'était pas possible aux termes de l'article tel qu'il était alors rédigé. Au cours de la discussion qui suivit, de graves préoccupations furent exprimées quant à l'effet d'un tel amendement. Le président (M. Hagerup) fit valoir que l'idée exprimée par M. Fromageot rentrerait plutôt dans le domaine de la juridiction arbitrale et que son application compromettrait l'autorité de la Cour de Justice. M. Fernandes (Brésil) exprima la crainte que cet amendement n'eût pour résultat des décisions arbitraires. M. Loder (Pays-Bas) fit observer toutefois que la Cour ne confirmerait évidemment pas des propositions qui ne seraient pas bien fondées. Au cours du débat, M. Fromageot apporta à sa propre proposition une modification tendant à ajouter au paragraphe 3 de l'article 35 les mots « les principes généraux du droit et de la justice ». Il expliqua que son amendement aurait pour effet de permettre à la Cour d'indiquer comme seul motif de son jugement ce qui lui paraissait juste. Il expliqua aussi que cela ne signifiait aucunement que la Cour pût ne pas tenir compte des règles existantes. L'amendement de M. Fromageot fut adopté³.

3) Cependant, l'article 35 tel que modifié continuait de préoccuper les membres de la Sous-Commission. Lors de la séance du 10 décembre 1920, au cours de laquelle fut adopté le texte final à soumettre à la Troisième Commission, seul cet article donna lieu à une nouvelle discussion, dont il est rendu compte dans les termes suivants :

« Au cours de la discussion du rapport du Président, M. POLITIS (Grèce) demande si le texte de l'article 35, n° 3, adopté par la Sous-Commission, est l'expression absolument exacte de l'opinion de la Sous-Commission sur cette question. La Sous-Commission était, croit-il, d'opinion que la Cour n'aurait la faculté d'appliquer les principes généraux de la justice qu'en vertu d'un accord entre les parties. Le texte en question est plus large, puisqu'il donne à la Cour le droit

¹ *Documents au sujet de mesures prises par le Conseil de la Société des Nations aux termes de l'article 14 du Pacte et de l'adoption par l'Assemblée du Statut de la Cour permanente*, Genève, 1921, p. 41, annexe.

² Septième séance de la Sous-Commission de la Troisième Commission de la première Assemblée — 1^{er} décembre 1920.

³ *Documents au sujet des mesures prises...*, *op. cit.*, p. 145.

of the Court to decide when those principles could be applied. M. Politis consequently proposed to alter the paragraph as follows:

The general principles of law and with the consent of the parties, the general principles of justice recognised by civilised nations.

After some discussion, M. FROMAGEOT (France) proposed to meet M. Politis' point by adding at the end of Article 35, No. 3, the following:

This provision shall not prejudice the power of the Court to decide a case ex aequo et bono if the parties agree thereto.

The Article thus amended was adopted.”¹

58. In reporting this Article (renumbered Article 38) to the Main Committee, the Sub-Committee stated as follows:

“The Sub-Committee has . . . made the following changes in the Article:

.
 (2) At the end of No. 3 it has added a new clause in order to give a more flexible character to this provision and to permit the Court, if necessary and with the consent of the Parties, to make an award *ex aequo et bono*.”²

Such was the genesis of the *ex aequo et bono* provision in Article 38 which has provoked so much reference in the cases on the application of equity in maritime boundary delimitations.

59. It is clear from this drafting history that earlier drafts of the Article were amended to allow for the possibility that parties could make their own agreements and ask the Court to embody them in a judgment, which the Court would do provided it conformed to general principles of law and justice. Thereafter even more flexibility³ was introduced by introducing a separate *ex aequo et bono* provision not necessarily tied to “general principles of law and justice”, and enabling the Court to make an order in accordance with its sense of justice if the parties so consented. There was clearly an ampler latitude given to the Court in an *ex aequo et bono* provision standing on its own rather than if the Court were to depend on a clause merely enabling it to decide in accordance with general principles of law and justice. However the greater

¹ *Documents concerning Action Taken . . .*, *op. cit.*, p. 157.

² *Ibid.*, p. 211.

³ “The notion *ex aequo et bono* had been little used before its addition to the PCIJ's Statute and was included there, with little debate, arguably to give the Court somewhat greater flexibility.” (Janis, *Encyclopedia of Public International Law*, Vol. 7, p. 75.)

de décider quand ces principes seront applicables. M. Politis propose que le paragraphe visé soit modifié de la manière suivante :

Les principes généraux du droit et, si les parties sont d'accord, les principes généraux de la justice reconnus par les nations civilisées.

Une discussion s'engage, à la suite de laquelle M. FROMAGEOT (France) propose de donner satisfaction à l'opinion exprimée par M. Politis en ajoutant à la fin de l'article 35, n° 3, la phrase suivante :

La présente disposition ne porte pas atteinte à la faculté pour la Cour, si les parties sont d'accord, de statuer ex aequo et bono.

L'article ainsi amendé est adopté.»¹

58. Dans le rapport présenté à la Troisième Commission, la Sous-Commission déclara au sujet de cet article (devenu l'article 38) :

« la Sous-Commission a apporté les modifications suivantes à l'article :

.

2) La Sous-Commission a ajouté à l'article un nouvel alinéa pour donner à la Cour la faculté de rendre, avec l'agrément des parties, une décision *ex aequo et bono*. »²

Telle fut la genèse de la disposition de l'article 38 relative à la faculté pour la Cour de statuer *ex aequo et bono*, qui a donné lieu à tant de commentaires dans les affaires concernant l'application de l'équité en matière de délimitations maritimes.

59. Il ressort clairement de ce rappel historique que les premiers projets de cet article ont été amendés de telle sorte que les parties puissent se mettre d'accord entre elles et demander à la Cour de consacrer leurs arrangements par un arrêt, ce que ferait la Cour si les principes généraux du droit et de la justice étaient respectés. Par la suite, le texte a été rendu encore plus souple³ par l'introduction d'une disposition distincte prévoyant la possibilité pour la Cour de statuer *ex aequo et bono* sans que sa décision soit nécessairement liée aux « principes généraux du droit et de la justice », et en donnant à la Cour le pouvoir de rendre une ordonnance selon ce qu'elle estimait être juste si les parties y consentaient. Une disposition distincte sur la faculté de statuer *ex aequo et bono* donnait manifestement à la Cour plus de latitude qu'une clause qui l'aurait

¹ *Documents au sujet des mesures prises...*, op. cit., p. 157.

² *Ibid.*, p. 211.

³ « La notion *ex aequo et bono* n'avait été que rarement évoquée avant qu'elle ne soit ajoutée au Statut de la Cour permanente de Justice internationale, et on pourrait soutenir qu'elle a été incorporée au Statut, sans qu'il en soit longuement débattu, pour faire bénéficier la Cour d'un peu plus de souplesse. » (Janis, *Encyclopedia of Public International Law*, vol. 7, p. 75.)

reach of that clause necessitated the safeguard of resting it upon the agreement of parties.

60. The expression *ex aequo et bono*, viewed against this drafting history, shows quite clearly that the concept travels far beyond equity *intra legem* or *praeter legem* as discussed below¹. It refers to a decision untrammelled by rules of law but depending purely on the tribunal's sense of justice. When, as in the present case, the Court uses equitable concepts and procedures which enter its jurisdictional field through routes other than Article 38 (2) and so long as the Court does not act *contra legem*, it is acting in a field far removed from the vast expanses of equity *ex aequo et bono*. However, within its far more limited field of operation, it is well entitled to use the full and appropriate range of equitable principles, procedures and methods without being inhibited by concerns that it is travelling beyond its jurisdiction.

61. If the conceptual roadblock represented by *ex aequo et bono* is out of the way, a clearer path opens out for a fuller and more confident use of equity in the development of the law of the sea. This aspect was well summarized in the *North Sea Continental Shelf* cases, where the Court observed in the clearest terms:

“when mention is made of a court dispensing justice or declaring the law, what is meant is that the decision finds its objective justification in considerations lying not outside but within the rules, and in this field it is precisely a rule of law that calls for the application of equitable principles. There is consequently no question in this case of any decision *ex aequo et bono*, such as would only be possible under the conditions prescribed by Article 38, paragraph 2, of the Court's Statute.” (*I.C.J. Reports 1969*, p. 48, para. 88.)²

(b) *Absolute equity*

62. This term, also inapplicable to the present case, connotes the application of a just and fair solution irrespective of whether it overrides exist-

¹ Chaim Perelman, in his study of lacunae in the law, makes the point in the context of arbitrations and judicial decisions in public international law, that a request for a decision *ex aequo et bono* could be read “dans le sens *contra legem*” (*Le problème des lacunes en droit*, 1968, p. 327).

² For similar expressions by other tribunals, see the statement of the Court of Arbitration in the Anglo-French Continental Shelf Arbitration Award (*RIAA*, Vol. XVIII, paras. 70 and 245; see, also, Guinea/Guinea-Bissau Arbitral Award (*Revue générale de droit international public* (1985), Vol. 89, paras. 88 and 90) referring to the Judgment of this Court in the *North Sea* cases, and holding that its own function, likewise, was not to decide *ex aequo et bono*.

simplement autorisée à statuer selon les principes généraux du droit et de la justice. Cependant, à cause de cette portée plus large, il fallut stipuler que l'application de cette disposition devait reposer sur l'accord des parties.

60. Ce rappel des travaux préparatoires montre très clairement que le concept de décision *ex aequo et bono* va bien au-delà de l'équité *intra legem* ou *praeter legem* dont nous parlerons plus loin¹. L'expression désigne une décision qui n'est pas entravée par les règles du droit mais qui dépend seulement du sens de la justice du tribunal. Lorsque, comme dans la présente affaire, la Cour utilise des concepts et des procédures équitables qui entrent dans le champ de sa compétence par des voies autres que l'article 38, paragraphe 2, et dans la mesure où elle n'agit pas *contra legem*, elle se place dans un domaine qui est très éloigné du vaste champ de l'équité *ex aequo et bono*. Dans son propre secteur, beaucoup plus limité, elle est cependant tout à fait en droit de recourir à toute la gamme des principes, procédures et méthodes équitables appropriés sans craindre d'outrepasser sa compétence.

61. Une fois écarté l'obstacle conceptuel que représente la notion *ex aequo et bono*, il devient plus facile de recourir plus largement et avec moins d'appréhension à l'équité dans le développement du droit de la mer. Cette idée a été bien résumée dans les affaires du *Plateau continental de la mer du Nord*. L'arrêt de la Cour contient le passage suivant, qui est sans équivoque :

« lorsqu'on parle du juge qui rend la justice ou qui dit le droit, il s'agit de justification objective de ses décisions non pas au-delà des textes mais selon les textes et dans ce domaine c'est précisément une règle de droit qui appelle l'application de principes équitables. Il n'est par conséquent pas question en l'espèce d'une décision *ex aequo et bono*, ce qui ne serait possible que dans les conditions prescrites à l'article 38, paragraphe 2, du Statut de la Cour. » (*C.I.J. Recueil 1969*, p. 48, par. 88.)²

b) *L'équité absolue*

62. Cette expression, qui ne s'applique pas non plus à la présente affaire, évoque l'application d'une solution juste et impartiale, qu'elle

¹ Chaim Perelman, dans son étude sur les lacunes du droit, fait observer, dans le contexte des arbitrages et des décisions judiciaires en droit international public, qu'une demande visant à obtenir une décision *ex aequo et bono* pourrait être interprétée « dans le sens *contra legem* » (*Le problème des lacunes en droit*, 1968, p. 327).

² D'autres tribunaux ont pris des positions analogues. Voir par exemple la sentence du tribunal dans l'affaire de l'arbitrage franco-britannique relatif au plateau continental (RSA, vol. XVIII, par. 70 et 245); voir aussi la sentence arbitrale en l'affaire Guinée/Guinée-Bissau (*Revue générale de droit international public*, t. 89, 1985, par. 88 et 90) faisant référence à l'arrêt de la Cour internationale de Justice dans les affaires de la *Mer du Nord* et déclarant que, de même, le tribunal arbitral n'était pas habilité à statuer *ex aequo et bono*.

ing rules or principles of positive law, however well entrenched they may be. It is a disregard of the letter for the spirit of the law, a disregard of technicalities in favour of justice¹. This would come close to the connotation of equity *ex aequo et bono* as discussed in the preceding section.

63. An illustrative and well-known example in the jurisprudence of international law of the use of the expression "absolute equity" is to be found in the *Orinoco Steamship Co.* case, 1910, where, in the words of the Permanent Court of Arbitration, the *compromis* required the US-Venezuelan Mixed Claims Commission to "give their decisions on the basis of absolute equity without regard to objections of a technical nature, or to the provisions of local legislation . . .". The umpire's recognition of local legislation in dismissing the claims on account of failure to exhaust local remedies and the debtor's failure to notify the cession of the debt in accordance with local legislation, was held to be a decision not in accordance with absolute equity and thus to be in disregard of the *compromis*².

64. The methods of equity *ex aequo et bono* and of absolute equity are not the methods of international law. "Above all, it is necessary to stop viewing equity as something which is in opposition to the law or as supplying a corrective to the law."³

(c) *Equity praeter legem*

65. This sense of equity refers to filling in gaps and interstices in the law. Even where there is no rule of law to provide for a matter, a decision has nevertheless to be reached, for the judicial function does not permit the court to abdicate the responsibility of judgment because the law is silent⁴. Consequently, the gap⁵ has to be filled in some manner. Some would say that the judge is free to act in his discretion. Others would say

¹ See also Bin Cheng, "Justice and Equity in International Law", *Current Legal Problems*, 1955, p. 203.

² 1 Scott, *Hague Court Reports* (1916), p. 226.

³ Shabtai Rosenne, "The Position of the International Court of Justice on the Foundations of the Principle of Equity in International Law", in A. Bloed and P. van Dijk (eds.), *Forty Years International Court of Justice: Jurisdiction, Equity and Equality*, 1988, p. 108.

⁴ See O. Schachter, "International Law in Theory and Practice", 178 *Recueil des cours* (1982-V), Chap. IV, "General Principles and Equity", p. 85.

⁵ The question whether there is a "gap" in the law or whether there is always a rule or principle of law which is capable of extension and application to the case in hand is a nice jurisprudential one which it is not necessary to examine here at length. For a fuller, and perceptive, discussion, see Vaughan Lowe, "The Role of Equity in International Law", 12 *Australian Yearbook of International Law* (1988-1989), pp. 58-63.

prévale ou non sur des règles ou principes existants du droit positif, aussi solidement établis soient-ils. C'est préférer l'esprit de la loi à sa lettre, faire passer la justice avant les considérations techniques¹. On serait alors assez près du sens de l'équité *ex aequo et bono* dont nous avons parlé dans la section précédente.

63. On trouve dans l'affaire de l'*Orinoco Steamship Co.* (1910) un exemple marquant et familier de la jurisprudence de droit international concernant l'utilisation de l'expression «équité absolue». Dans cette affaire, pour reprendre les termes de la Cour permanente d'arbitrage, le compromis obligeait la commission mixte chargée d'examiner les réclamations opposant les Etats-Unis au Venezuela à «rendre sa sentence sur la base de l'équité absolue sans tenir compte d'objections de nature technique ou de dispositions de la législation locale...» Considérant que l'arbitre avait pris en considération la législation locale en écartant les réclamations au motif que les voies de recours internes n'avaient pas été épuisées et que le débiteur n'avait pas notifié la cession de la dette conformément à la législation locale, il a été décidé que la décision n'était pas en accord avec l'équité absolue et qu'elle était par conséquent contraire au compromis².

64. Ni les méthodes de l'équité *ex aequo et bono* ni celles de l'équité absolue ne sont les méthodes du droit international. «Surtout, il faut cesser de considérer l'équité comme quelque chose qui s'oppose au droit ou lui apporte un correctif.»³

c) *L'équité praeter legem*

65. Il s'agit, dans cette acception, de combler les lacunes et en quelque sorte les interstices du droit. Même là où il n'existe aucune règle juridique sur un point donné, il faut néanmoins prendre une décision, car la fonction judiciaire ne permet pas au tribunal d'abdiquer, du fait que le droit est muet, la responsabilité de juger qui est la sienne⁴. Il faut donc que la lacune⁵ soit comblée d'une manière ou d'une autre. Certains diront que le

¹ Voir aussi Bin Cheng, «Justice and Equity in International Law», *Current Legal Problems*, 1955, p. 203.

² Scott, *Les travaux de la Cour permanente d'arbitrage de La Haye*, vol. 1, 1921, p. 245.

³ Shabtai Rosenne, «The Position of the International Court of Justice on the Foundations of the Principle of Equity in International Law», dans A. Bloed et P. van Dijk (dir. publ.), *Forty Years International Court of Justice: Jurisdiction, Equity and Equality*, 1988, p. 108.

⁴ Voir O. Schachter, «International Law in Theory and Practice», *Recueil des cours*, t. 178 (1982-V), chap. IV, «General Principles and Equity», p. 85.

⁵ La question de savoir s'il y a une «lacune» du droit ou si l'on peut toujours trouver une règle ou un principe de droit susceptible d'être étendu et appliqué à l'espèce considérée est un point délicat de théorie en droit sur lequel il n'est pas nécessaire de s'étendre ici. Cette question est très finement analysée dans Vaughan Lowe, «The Role of Equity in International Law», *Australian Yearbook of International Law*, 1988-1989, vol. 12, p. 58-63.

the judge then falls back upon equity as a guide. It is in this latter sense that the expression equity *praeter legem* is generally used.

66. In support of the view that equity should guide the judge in such cases, it could be said that judicial discretion does not then roam unbridled and at large, but, rather, is used in a disciplined way along the lines indicated by equitable concepts and principles. Within the parameters of those guidelines, that discretion will then be exercised though no rule of law has so far been formulated to govern the case.

67. Equity *praeter legem* receives juridical justification also from the fact, outlined elsewhere in this opinion, that the body of general equitable principles, as part of "general principles of law", is itself part of international law. Indeed, viewed strictly from that point of view, it ceases to be a category of its own but is merely an application of the law itself.

68. In the context of maritime delimitation, there are dicta in the jurisprudence of the Court that strongly support the view that the process in operation is one of the application of equity *praeter legem* :

"Is not the conclusion therefore justified, to round off the enumeration of those international acts which refer to equity, that these acts constitute applications of the general principle of law which authorizes recourse to equity *praeter legem* for a better implementation of the principles and rules of law? And it would not be premature to say that the application of the principle of equity for the delimitation of the areas of the continental shelf in the present case would thus be in line with this practice." (*North Sea Continental Shelf, I.C.J. Reports 1969*, p. 141, Judge Ammoun, separate opinion¹.)

This aspect also receives some attention in the discussion, under item head VII (f) below, of the methods of equity.

(d) *Equity infra legem*

69. This is the category most relevant to the Judgment of the Court, for it is within its confines that the equity used by the Court has been administered. As the Court observed in the *North Sea Continental Shelf* cases :

"when mention is made of a court dispensing justice or declaring the

¹ See, also, the separate opinion of the same judge in *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Second Phase (I.C.J. Reports 1970*, pp. 332-333), in relation to equity *praeter legem* and the sense which Papinian, the author of that expression, gave to it.

juge est libre d'agir comme il l'entend. D'autres estimeront qu'alors le juge se retrouve avec l'équité comme guide. C'est dans ce dernier sens que l'expression équité *praeter legem* est généralement employée.

66. A l'appui de l'opinion selon laquelle l'équité doit guider le juge dans ces cas-là, on pourrait dire qu'alors le pouvoir discrétionnaire du juge ne s'exerce pas de façon débridée et en toute liberté mais au contraire qu'il l'utilise de manière disciplinée en s'inspirant des concepts et des principes de l'équité. A l'intérieur des paramètres de cette ligne directrice, ce pouvoir discrétionnaire pourra alors s'exercer, bien qu'aucune règle juridique n'ait été formulée jusqu'ici pour s'appliquer à ce genre d'éventualité.

67. L'équité *praeter legem* tire aussi une justification juridique du fait — signalé ailleurs dans la présente opinion — que le *corpus* des principes généraux d'équité, en tant que partie intégrante des « principes généraux du droit », fait lui-même partie du droit international. En fait, considérée strictement de ce point de vue, elle cesse de constituer une catégorie distincte mais est simplement une application du droit lui-même.

68. Dans le contexte de la délimitation maritime, il y a dans la jurisprudence de la Cour des *dicta* qui autorisent tout à fait à considérer le processus suivi comme un cas d'application de l'équité *praeter legem*:

« N'est-on pas en droit de conclure, au terme de l'énumération des actes internationaux se référant à l'équité, que ces actes constituent des applications du principe général de droit qui autorise le recours à l'équité *praeter legem* pour une meilleure mise en œuvre des principes et des règles de droit ? Et il ne serait pas prématuré de dire que l'application du principe d'équité pour la délimitation des zones du plateau continental en la présente affaire resterait ainsi dans la ligne de cette pratique. » (*Plateau continental de la mer du Nord, C.I.J. Recueil 1969*, p. 141, opinion individuelle de M. Ammoun¹.)

Cet aspect de la question est également considéré dans le cadre de l'analyse des méthodes qui figure ci-après (voir VII f)).

d) *L'équité infra legem*

69. C'est là la catégorie la plus pertinente pour l'arrêt de la Cour, car c'est à l'intérieur de ses limites que l'équité mise en œuvre par la Cour a été appliquée. Comme la Cour l'a fait observer dans les affaires du *Plateau continental de la mer du Nord*:

« lorsqu'on parle du juge qui rend la justice ou qui dit le droit, il

¹ Voir également l'opinion individuelle du même juge dans l'affaire de la *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, deuxième phase (C.I.J. Recueil 1970, p. 332-333)*, en ce qui concerne l'équité *praeter legem* et le sens que Papinien, l'auteur de cette locution, donnait à celle-ci.

law, what is meant is that the decision finds its objective justification in considerations lying not outside but within the rules" (*I.C.J. Reports 1969*, p. 48, para. 88).

This was clearly a reference to equity *infra legem*¹.

70. In relation to the general jurisprudence of the Court, the operation of equity *infra legem* has been well summarized by Shabtai Rosenne in terms that:

"It [the Court] has permitted the first steps to be taken towards creating a conception of international equity, not *contra legem* in the sense that it is sometimes said that a decision *ex aequo et bono* may be a decision *contra legem*; but *intra legem*, it being the substantive law, and not the agreement of parties, that calls for its application."²

71. Judge Ammoun offered an important warning against exceeding the limits of equity *infra legem* when he said, with reference to its opposite, equity *contra legem*:

"This conception of Equity, which really consists of a possible derogation from general law in a particular case, has never been applied in international law. An international court which conferred such jurisdiction upon itself would appoint itself a legislator." (*Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, I.C.J. Reports 1970*, p. 333, para. 42.)

72. With special reference to maritime delimitation, a comprehensive doctrinal study has noted that:

"the doctrine of equitable principles applicable to maritime delimitation has already achieved, both with regard to its procedural and substantive elements, a degree of clarity and predictability which is sufficient for it being recognized as a fundamental norm operating within, and not outside, the law"³.

(e) *Equity contra legem*

73. Needless to say, equity as used in the Judgment is not of this category. The notion of equity being in opposition to the law and competing with it in some way by offering a set of alternative principles is not the

¹ The fact that the judge must function *infra legem*, while the arbitrator is free of those constraints, is mentioned by Aristotle in a passage quoted by Grotius: "For the arbitrator has regard to what is fair, but the judge follows the law" (*De Jure Belli ac Pacis*, Bk. III, Chap. XX, sec. XLVII, Kelsey, trans., *Classics of International Law*).

² Shabtai Rosenne, *The Law and Practice of the International Court*, 1965, Vol. II, p. 605.

³ Barbara Kwiatkowska, "The International Court of Justice Doctrine of Equitable Principles Applicable to Maritime Delimitation and Its Impact on the International Law of the Sea", in A. Bloed and P. van Dijk (eds.), *Forty Years International Court of Justice: Jurisdiction, Equity and Equality*, p. 158.

s'agit de justification objective de ses décisions non pas au-delà des textes mais selon les textes » (*C.I.J. Recueil 1969*, p. 48, par. 88).

C'était là manifestement une allusion à l'équité *infra legem*¹.

70. En ce qui concerne la jurisprudence de la Cour dans son ensemble, la mise en œuvre de l'équité *infra legem* a été fort bien résumée par Shabtai Rosenne comme suit :

« La Cour a permis que soient effectués les premiers pas dans le sens de la mise en place d'une conception de l'équité internationale qui est non pas *contra legem*, au sens où l'on dit parfois qu'une décision *ex aequo et bono* peut être une décision *contra legem*, mais *infra legem*, car c'est le droit positif, et non pas l'accord des parties, qui appelle le recours à cette conception. »²

71. M. Ammoun a lancé une importante mise en garde au sujet du risque de dépasser les limites de l'équité *infra legem*; il a en effet déclaré, en parlant de son contraire, l'équité *contra legem* :

« Cette conception de l'*equity* consistant en somme en une possible dérogation au droit commun n'a jamais reçu application en droit international. Le juge international qui s'accorderait cette compétence s'érigerait en législateur. » (*Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, C.I.J. Recueil 1970*, p. 333, par. 42.)

72. Pour ce qui est en particulier de la délimitation maritime, une étude doctrinale de portée générale contient l'observation suivante :

« la doctrine des principes équitables applicable à la délimitation maritime a déjà atteint, en ce qui concerne à la fois la procédure et le fond, un degré de clarté et de prévisibilité qui est suffisant pour la faire reconnaître comme une norme fondamentale opérant à l'intérieur et non pas à l'extérieur du droit »³.

e) *L'équité contra legem*

73. Il va sans dire que l'équité appliquée dans l'arrêt ne relève pas de cette catégorie. La notion d'équité par opposition au droit et rivalisant avec celui-ci d'une certaine manière en proposant une série de principes

¹ Le fait que le juge est tenu d'agir *infra legem*, alors que l'arbitre échappe à ces contraintes, est mentionné par Aristote dans un passage que cite Grotius : « [Car] l'arbitre regarde ce qui est juste, le juge regarde la loi » (*De jure belli ac pacis*, liv. III, chap. XX, sect. XLVII, traduction de Pradier-Fodéré, librairie Guillaumin et C^{ie}, 1967).

² Shabtai Rosenne, *The Law and Practice of the International Court*, 1965, vol. II, p. 605.

³ Barbara Kwiatkowska, « The International Court of Justice Doctrine of Equitable Principles Applicable to Maritime Delimitation and Its Impact on the International Law of the Sea », dans A. Bloed et P. van Dijk (dir. publ.), *Forty Years International Court of Justice: Jurisdiction, Equity and Equality*, p. 158.

image of equity that properly sets out the role of equity in international law. This aspect has already been discussed in Section II. In international law, equity is rather a force that supplements the law and helps it forward on its course of delivering just results in disputes between parties.

“[T]he International Court has been very careful — and in this respect it may be possible to speak of a ‘position’ since fundamental questions of judicial policy are involved — to formulate its resort to ‘equity’ not in terms of ‘opposition’ to ‘law’, but in terms of fulfilling the law and if necessary supplementing it.”¹

Judge Hudson, in the *Diversion of Water from the Meuse* case, also stressed this aspect when he said,

“A sharp division between law and equity, such as prevails in the administration of justice in some States, should find no place in international jurisprudence.” (*P.C.I.J., Series A/B, No. 70*, p. 76, separate opinion.)

IV. *The Routes of Entry of Equity*

74. There are many routes of entry of equity into international law, and equity has been drawn into the judgmental process in this case through several of them. A concentration of attention on only one or other of these routes of entry can constrict the full scope of operation of equity in a given case.

(a) *Equity as required to be applied by treaties*

75. In relation to the matter before the Court, there is, of course, the pre-eminent example of Articles 74 and 83 of the 1982 Law of the Sea Convention expressly making equity applicable in the delimitation of maritime boundaries.

76. The invocation of equity by treaty is often a means by which a developing branch of the law is brought into line with contemporary thinking, thereby enabling perspectives which have not yet crystallized into legal rules to make their impact upon the law in question. The Law of the Sea Convention exemplifies this process, which can also be seen in treaties regarding contemporary concerns relating to earth resources such as food and space and in regard to economic matters and the settlement of disputes. Thus, the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, 1966, deals with the “equitable distribution” of world food supplies (Art. 11); and the Convention on International Liability for Damage Caused by Space Objects requires compensation to be determined in accordance with “international law and the principles of justice

¹ Shabtai Rosenne, “The Position of the International Court of Justice on the Foundations of the Principle of Equity in International Law”, *op. cit.*, pp. 88-89.

autres que ceux du droit n'est pas l'image de l'équité qui a véritablement place en droit international. Cet aspect de la question a déjà été examiné dans la section II. En droit international, l'équité est plutôt une force qui complète le droit et qui l'aide à avancer dans sa démarche visant à produire des résultats justes dans le cadre des différends entre les parties :

« La Cour internationale a pris grand soin — et à cet égard on peut peut-être parler d'une « position » car des questions fondamentales de politique judiciaire sont en jeu — de présenter son recours à l'« équité » non pas comme une « opposition » au « droit », mais comme une façon de donner pleinement effet au droit et, si besoin est, de le compléter. »¹

Dans l'affaire concernant les *Prises d'eau à la Meuse*, Manley O. Hudson a de son côté insisté sur cet aspect de la question lorsqu'il a déclaré :

« Une démarcation nette entre le droit et l'équité, telle que la prévoient certains Etats dans l'administration de la justice, ne doit pas trouver place dans la jurisprudence internationale. » (*C.P.J.I. série A/B n° 70*, p. 76, opinion individuelle.)

IV. Comment l'équité s'introduit dans le droit international

74. Les voies par lesquelles l'équité s'introduit dans le droit international sont nombreuses et, dans la présente affaire, c'est par plusieurs d'entre elles qu'elle s'est introduite dans le processus qui a abouti à l'arrêt de la Cour. Centrer son attention uniquement sur l'un ou l'autre de ces cheminements peut empêcher l'équité d'opérer pleinement dans une affaire donnée.

a) L'équité à laquelle les traités obligent à recourir

75. En ce qui concerne la question soumise à la Cour, il y a évidemment l'exemple prééminent constitué par le fait que les articles 74 et 83 de la convention de 1982 sur le droit de la mer rendent expressément l'équité applicable en matière de délimitation maritime.

76. Invoquer l'équité dans un traité est souvent un moyen d'aligner sur la pensée contemporaine une branche en développement du droit, de sorte que des perspectives qui ne sont pas encore cristallisées en règles juridiques puissent néanmoins s'ouvrir dans le champ du droit en question. La convention sur le droit de la mer illustre ce processus, qui apparaît également dans des traités consacrés à des sujets contemporains tels que ceux qui ont trait aux ressources de la planète, par exemple l'alimentation et l'espace, ou concernant des questions économiques, ou encore le règlement des différends. Ainsi, le pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels de 1966 traite de la « répartition équitable » des ressources alimentaires mondiales (art. 11); et la convention sur la responsabilité internationale pour les dommages causés par les objets

¹ Shabtai Rosenne, « The Position of the International Court of Justice on the Foundations of the Principle of Equity in International Law », *op. cit.*, p. 88-89.

and equity". The Charter of Economic Rights and Duties of States, 1974, likewise uses terms such as "equity", "equitable", "just", "equitable sharing", "equitable prices", "equitable terms of trade" (see Arts. 10, 14, 26, 28, 29); and the Protocol of the Commission of Mediation, Conciliation and Arbitration of the Organization of African Unity specifically draws equity into the settlement of disputes (Arts. 29 and 30)¹.

77. The specific invocation of equity by the Montego Bay Convention thus follows a time-honoured practice in international law, which can be traced back through the centuries².

(b) *Equity as contained in customary international law*

78. Customary international law has been invoked in the Judgment as a source of equity, especially in the context of giving meaning to the expression "relevant circumstances" under international law (Judgment, para. 56). Those relevant circumstances have been shown to be assimilated with the special circumstances of Article 6 of the 1958 Convention, as both are intended to enable the achievement of an equitable result (*ibid.*).

79. The Court is required by Article 38 (1) of its Statute to decide such disputes as are submitted to it "in accordance with international law". There is an impressive body of authority to the effect that equity is part of customary international law. Friedmann, writing of the changing structure of international law, has observed:

"There is thus overwhelming support for the view developed by Lauterpacht, Manley Hudson, De Visscher and Dahm that equity is part and parcel of the modern system of administration of justice."³

¹ See, further, Monique Chemillier-Gendreau, "Equity", in Bedjaoui (ed.), *International Law: Achievements and Prospects*, 1991, pp. 274-275.

² Cf. the Jay Treaty of 1794, which, by Article 7, provided that the Commissioners appointed under the Treaty to decide the matters in contention between Britain and the United States should decide the claims "according to the merits of the several cases and to Justice, Equity and the Law of Nations". Judge Hudson has listed numerous bilateral treaties entered into during the intervening centuries which provide for the application of equity — such as the 1795 United States-Spain Treaty, the 1840 Great Britain-Portugal Treaty and the 1926 and 1930 Danish Treaties with Finland and Iceland, respectively. See M. O. Hudson, *The Permanent Court of International Justice, 1920-1942*, 1943 (1972 reprint), p. 616 (footnotes).

³ Friedmann, *The Changing Structure of International Law*, 1964, p. 197, citing Hersch Lauterpacht, *Private Law Sources and Analogies*, 1927, para. 28; Manley Hudson, *The Permanent Court of International Justice*, 1972 ed., p. 617; Charles De Visscher, "Contribution à l'étude des sources du droit international", 60 *Revue de droit international et de législation comparée* (1933), pp. 325, 414 *et seq.*; Dahm, 1 *Völkerrechts* (1958), pp. 40 *et seq.*

lancés dans l'espace prévoit des réparations qui doivent être déterminées conformément « au droit international et aux principes de la justice et de l'équité ». De même, la charte des droits et devoirs économiques des Etats de 1974 emploie des termes comme « équité », « équitable », « juste », « partage équitable », « prix équitables », « termes de l'échange équitables » (voir art. 10, 14, 26, 28 et 29), et le protocole de la commission de médiation, de conciliation et d'arbitrage de l'Organisation de l'unité africaine fait expressément appel à l'équité pour le règlement des différends (art. 29 et 30)¹.

77. Ainsi, en invoquant expressément l'équité, la convention de Montego Bay ne fait que suivre une pratique vénérable du droit international, dont on peut suivre les cheminements à travers les siècles².

b) *L'équité reflétée dans le droit international coutumier*

78. Le droit international coutumier a été invoqué dans l'arrêt comme source d'équité, en particulier dans le contexte de l'argumentation visant à préciser le sens de l'expression « circonstances pertinentes » en droit international (arrêt, par. 56). On a montré que ces circonstances pertinentes sont assimilables aux circonstances spéciales de l'article 6 de la convention de 1958 étant donné que, dans les deux cas, il s'agit de rendre possible un résultat équitable (*ibid.*).

79. La Cour, en vertu de l'article 38, paragraphe 1, de son Statut, est tenue de régler « conformément au droit international » les différends qui lui sont soumis. Il existe un imposant corpus d'opinions autorisées selon lesquelles l'équité fait partie du droit international coutumier. Friedmann, traitant de l'évolution des structures du droit international, a fait observer ce qui suit :

« Il existe donc une majorité écrasante d'opinions qui corroborent le point de vue développé par Lauterpacht, Manley Hudson, De Visscher et Dahm selon lequel l'équité fait partie intégrante du système moderne d'administration de la justice. »³

¹ Voir aussi Monique Chemillier-Gendreau, « L'équité », dans Bedjaoui (dir. publ.), *Droit international: Bilan et perspective*, 1991, p. 283-294.

² Voir le traité Jay de 1794, qui stipulait à son article 7 que les commissaires nommés en vertu du traité pour décider des questions en litige entre l'Angleterre et les États-Unis devaient prendre une décision sur les diverses prétentions « en prenant en considération le bien-fondé des différentes thèses ainsi que la justice, l'équité et le droit des gens ». M. Hudson a dressé une liste où figurent de nombreux traités bilatéraux, conclus au cours des deux siècles qui ont suivi, qui prévoient le recours à l'équité — tels que le traité de 1795 entre les États-Unis et l'Espagne, le traité de 1840 entre la Grande-Bretagne et le Portugal, et les traités conclus par le Danemark en 1926 et en 1930 avec la Finlande et l'Islande respectivement. Voir M. O. Hudson, *The Permanent Court of International Justice, 1920-1942*, 1943 (réimpression, 1972), p. 616 (notes).

³ Friedmann, *The Changing Structure of International Law*, 1964, p. 197, citant Hersch Lauterpacht, *Private Law Sources and Analogies*, 1927, par. 28; Manley Hudson, *The Permanent Court of International Justice*, édition de 1972, p. 617; Charles De Visscher, « Contribution à l'étude des sources du droit international », *Revue de droit international et de législation comparée*, vol. 60, 1933, p. 325, 414 et suiv.; Dahm, *Völkerrechts*, vol. 1, 1958, p. 40 et suiv.

So, also, Judge Hudson observed in his individual opinion in the *Diversion of Water from the Meuse* case, “What are widely known as principles of equity have been long considered to constitute a part of international law . . .”¹ — a view which received the support of Judge Jessup in the *North Sea Continental Shelf* cases². In the *Fisheries Jurisdiction* case (*United Kingdom v. Iceland*)³, Judge Dillard cited this opinion with approval. Judge Hudson, writing extra-judicially, has observed, “equity is an element of international law itself”⁴.

80. In regard to the law of the sea and the delimitation of boundaries of the continental shelf and the exclusive economic zone, equity has been recognized by this Court as part of international law — as in the *North Sea Continental Shelf* cases⁵, and the *Tunisia/Libya* case⁶. Thus in the *North Sea Continental Shelf* cases, the Court considered it inequitable that the convexity or concavity of a coastline should deny equal treatment to States with coastlines that are comparable in length⁷. The requirement of a degree of proportionality between the shelf awarded to a State and the length of its coastlines was likewise looked upon as a principle of equity. So, also, equity did not require a “refashioning” of geography⁸.

(c) *Equity as a general principle of law*⁹

81. There are several categories of general principles of law applied by international law; and equitable principles, concepts and procedures, such as have been applied in the Judgment, find a place in more than one of them.

82. Citing the *Gentini* case concerning international law’s recognition, through equity, of the principle of prescription, while denying recognition of local laws of prescription, Professor Bin Cheng states:

“The process applied in the *Gentini Case*^[10] of tracing a general principle from rules of positive law universally applied *in foro do-*

¹ *Loc. cit.*

² *I.C.J. Reports 1969*, p. 84.

³ *I.C.J. Reports 1974*, p. 63, fn. 1.

⁴ *The Permanent Court of International Justice, 1920-1942*, 1972 ed., p. 617.

⁵ *I.C.J. Reports 1969*, p. 48, para. 88.

⁶ *I.C.J. Reports 1982*, p. 60, para. 71.

⁷ *I.C.J. Reports 1969*, pp. 49-50, para. 91.

⁸ *Ibid.*

⁹ The phrase is used in this form rather than in the now inappropriate phraseology referring to “civilized nations”. Sir Humphrey Waldock preferred the expression “general principles of law recognized in national legal systems”, and the shortened expression “the general principles of law” is perhaps adequate for present purposes (see *North Sea Continental Shelf*, *I.C.J. Reports 1969*, p. 136, Judge Ammoun, separate opinion).

¹⁰ *Venezuelan Arbitrations of 1903*, p. 720.

M. Hudson également a fait observer dans son opinion individuelle concernant l'affaire des *Prises d'eaux à la Meuse*: « Les règles bien connues sous le nom de principes d'équité sont depuis longtemps considérées comme faisant partie du droit international... »¹ — manière de voir à laquelle a souscrit Philip C. Jessup dans le cadre des affaires du *Plateau continental de la mer du Nord*². Dans l'affaire de la *Compétence en matière de pêcheries (Royaume-Uni c. Islande)*³, M. Dillard a cité cette opinion avec approbation. Hudson, dans une publication privée, a fait la remarque suivante : « l'équité est un élément du droit international lui-même »⁴.

80. En ce qui concerne le droit de la mer et la délimitation du plateau continental et de la zone économique exclusive, l'équité a été reconnue par la Cour internationale de Justice comme faisant partie du droit international, par exemple dans les affaires du *Plateau continental de la mer du Nord*⁵ et dans l'affaire *Tunisie/Libye*⁶. Ainsi, dans les affaires du *Plateau continental de la mer du Nord*, la Cour a jugé inéquitable qu'en raison de la convexité ou de la concavité d'une ligne côtière on refuse l'égalité de traitement à des Etats dont les lignes côtières sont de longueur comparable⁷. L'exigence d'une certaine proportionnalité entre le plateau accordé à un Etat et la longueur de ses côtes a également été considérée comme un principe d'équité. Ainsi, également, l'équité n'exigeait pas que l'on « refasse » la géographie⁸.

c) *L'équité en tant que principe général du droit*⁹

81. Les principes généraux de droit appliqués en droit international peuvent être classés en plusieurs catégories et les principes, concepts et procédures équitables, tels que ceux qui ont été appliqués dans l'arrêt, trouvent place dans plus d'une d'entre elles.

82. M. Bin Cheng, invoquant l'affaire *Gentini*, relative à la reconnaissance par le droit international, par le truchement de l'équité, du principe de prescription, reconnaissance qui ne comportait pas l'acceptation du droit local de la prescription, déclare ce qui suit :

« La démarche suivie dans l'affaire *Gentini*^[10], consistant à énoncer un principe général à partir de règles de droit positif universelle-

¹ *Loc. cit.*

² *C.I.J. Recueil 1969*, p. 84.

³ *C.I.J. Recueil 1974*, p. 63, note 1.

⁴ *The Permanent Court of International Justice, 1920-1942*, édition de 1972, p. 617.

⁵ *C.I.J. Recueil 1969*, p. 48, par. 88.

⁶ *C.I.J. Recueil 1982*, p. 60, par. 71.

⁷ *C.I.J. Recueil 1969*, p. 49-50, par. 91.

⁸ *Ibid.*

⁹ L'expression est employée sous cette forme et non selon la formule maintenant inappropriée de « nations civilisées ». Sir Humphrey Waldock préférait l'expression « principes généraux de droit reconnus dans les systèmes juridiques nationaux », et l'expression abrégée « les principes généraux du droit » est peut-être adéquate pour ce qui nous intéresse ici (voir *Plateau continental de la mer du Nord*, *C.I.J. Recueil 1969*, p. 136, opinion individuelle de M. Ammoun).

¹⁰ *Venezuelan Arbitrations of 1903*, p. 720.

mestico through the general feeling of mankind for the requirements of equity and to equity itself, is a striking reminder of Descamps' proposal for the application in international law of 'objective justice' or 'equity' as evidenced by the '*conscience juridique des peuples civilisés*' and confirms the belief drawn from the *travaux préparatoires* of the Statute of the Permanent Court of International Justice that this proposal is not very different from the ultimately adopted formula of 'the general principles of law recognised by civilised nations' in Article 38 I (c) of the Court's Statute."¹

Many classifications of such general principles are possible and the first three items in a five-fold classification by Schachter² show again under how many heads of this classification the principles of equity used by the Court could have been drawn:

- “(1) The principles of municipal law ‘recognized by civilized nations’.
- (2) General principles of law ‘derived from the specific nature of the international community’.
- (3) Principles ‘intrinsic to the idea of law and basic to all legal systems’...”

83. Equity in its general sense, such as the Court has used, finds a place in all of these categories. Regarding the first clause, which of course is the language of Article 38, paragraph 1 (c), of the Statute of the International Court of Justice and the Permanent Court of International Justice, Schachter points out that some of the participants at the drafting stage of this clause had in mind equity and principles recognized by the “legal conscience of civilized nations”³. Elihu Root, who prepared the draft finally adopted, had intended however to refer to principles actually recognized and applied in national systems⁴. It would be correct to say also that international law, as discussed by eminent commentators⁵ and by this Court, has looked for universal acceptance by legal systems rather than purely municipally adopted principles for this purpose. Equity clearly comes under this head. Part C of this opinion deals with the universal aspect of equity in some greater detail.

¹ *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*, 1987, pp. 377-378.

² *Op. cit.*, p. 75.

³ *Ibid.*

⁴ *Ibid.*, p. 76.

⁵ See Willfred Jenks, *Common Law of Mankind*, 1958, p. 106; Wolfgang Friedmann, *The Changing Structure of International Law*, 1964, pp. 188-210; and Bin Cheng, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*, 1987, p. 377.

ment appliquées *in foro domestico* en raison du sentiment général qu'éprouve l'humanité à l'égard des exigences de l'équité et de l'équité elle-même, rappelle de manière frappante la proposition de Descamps en faveur de l'application, en droit international, d'une « justice objective » ou de l'« équité » telles qu'elles ressortent de la « conscience juridique des peuples civilisés », et elle confirme le sentiment que l'on a en consultant les travaux préparatoires du Statut de la Cour permanente de Justice internationale, qui est que cette proposition n'est pas très différente de la formule, adoptée en définitive, des « principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées », formule de l'article 38, paragraphe 1 c), du Statut de la Cour. »¹

De nombreuses classifications de ces principes généraux sont possibles, et les trois premières rubriques d'une classification en cinq points faite par Schachter² montrent, encore une fois, de combien de rubriques de cette classification auraient pu être tirés les principes d'équité retenus par la Cour :

- « 1) Les principes de droit interne « reconnus par les nations civilisées. »
- 2) Des principes généraux de droit « tirés de la nature spécifique de la communauté internationale. »
- 3) Des principes « inhérents à l'idée de droit et ayant un caractère fondamental pour tous les systèmes juridiques... »

83. L'équité au sens général, qui est celui qu'a retenu la Cour, trouve place dans toutes ces catégories. En ce qui concerne la première rubrique, dont la terminologie est évidemment celle de l'article 38, paragraphe 1 c), du Statut de la Cour internationale de Justice et de la Cour permanente de Justice internationale, Schachter fait observer que certains de ceux qui ont participé à l'élaboration de cette clause avaient à l'esprit l'équité et les principes reconnus par la « conscience juridique des nations civilisées »³. Toutefois, Elihu Root, qui a établi le projet finalement adopté, entendait se référer aux principes effectivement reconnus et appliqués dans les systèmes nationaux⁴. Il serait exact de dire également que le droit international, tel qu'il a été analysé par d'éminents commentateurs⁵ et par la Cour internationale de Justice, a recherché l'acceptation universelle de la part des systèmes juridiques et non des principes adoptés sur un plan purement interne à cette fin. L'équité se range manifestement sous cette rubrique. La partie C de la présente opinion traitera de façon plus détaillée de l'aspect universel de l'équité.

¹ *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*, 1987, p. 377-378.

² *Op. cit.*, p. 75.

³ *Ibid.*

⁴ *Ibid.*, p. 76.

⁵ Voir Wilfred Jenks, *Common Law of Mankind*, 1958, p. 106; Wolfgang Friedmann, *The Changing Structure of International Law*, 1964, p. 188-210; et Bin Cheng, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*, 1987, p. 377.

84. The second category would comprise such principles as *pacta sunt servanda*¹ which came into international law from the natural law tradition which was inextricably linked with equity in the broader sense. The third category includes such ideas as reciprocity and equality of parties before a tribunal, which are basic to all law.

85. The special influence of equity in its general sense is evident in all these categories and as the concept of a common law of mankind gathers momentum and principles relating to an equitable sharing of resources become more urgently required, this route of entry of equity will perhaps assume increasing importance in developing the law of the sea.

86. Schwarzenberger, in commenting on "general principles of law recognised by civilised nations" as contained in the Statute of the Court, lists seven achievements of the draftsmen of that clause. One of them, which fittingly summarizes this discussion is that, "They [the draftsmen] opened a new channel through which concepts of natural law could be received into international law."² Equity would represent a heavy item of traffic along that channel.

(d) *Equity as embodied in the decisions of courts and tribunals*

87. Article 38, paragraph 1 (d), of the Court's Statute mentions that, subject to the consideration that decisions of the Court shall have no binding force except between the parties and in respect of the particular case, judicial decisions shall be a subsidiary means for the determination of the law.

88. The jurisprudence of this Court has now reached a stage where a considerable body of equitable principles is contained within the decisions of the Court and where there is frequent resort to equity as an aid towards the process of decision³. Through their adoption by the Court, they have thus entered the mainstream of international law.

89. The *Fisheries* case (*I.C.J. Reports 1951*, p. 116) is an outstanding

¹ Schachter, *op. cit.*, pp. 79-80.

² As set out in his Foreword to Bin Cheng's *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*, 1987, p. xi.

³ See, for example, *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Second Phase*, *I.C.J. Reports 1970*, p. 48, para. 94:

"It must first of all be observed that it would be difficult on an equitable basis to make distinctions according to any quantitative test... The protector State may, of course, be disinclined to take up the case of the single small shareholder, but it could scarcely be denied the right to do so in the name of equitable considerations."

84. La deuxième catégorie comprendrait des principes tels que *pacta sunt servanda*¹, qui sont entrés dans le droit international à partir de la tradition du droit naturel, elle-même inextricablement liée à l'équité au sens large. Quant à la troisième catégorie, elle englobe des idées telles que la réciprocité et l'égalité des parties devant le juge, qui sont fondamentales pour tout droit quel qu'il soit.

85. L'influence particulière de l'équité au sens général est évidente dans toutes ces catégories et, à mesure que la notion d'un droit commun à l'humanité se renforce et que la nécessité de définir des principes pour assurer un partage équitable des ressources devient plus urgente, cette modalité d'introduction de l'équité dans le droit international prendra peut-être une importance croissante dans le développement du droit de la mer.

86. Schwarzenberger, commentant les « principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées » évoqués dans le Statut de la Cour, énumère sept réalisations qui sont à inscrire à l'actif de ceux qui ont rédigé cette disposition. L'une d'elles, qui résume fort bien la présente analyse, est que « [les rédacteurs] de cette disposition ont ouvert un nouveau canal par lequel les concepts du droit naturel ont pu être accueillis dans le droit international »². L'équité représenterait un élément important de la circulation des idées à travers ce canal.

d) *L'équité dans la jurisprudence*

87. Il est dit à l'article 38, paragraphe 1 *d*), du Statut de la Cour que, sous réserve de cette considération que les décisions de la Cour ne sont obligatoires que pour les parties en litige et dans le cas qui a été décidé, les décisions judiciaires sont un moyen auxiliaire de détermination du droit.

88. La jurisprudence de la Cour internationale de Justice en est maintenant arrivée à un point où elle reflète un *corpus* considérable de principes équitables et où la Cour s'appuie fréquemment sur l'équité pour parvenir à une décision³. Ayant été adoptés par la Cour, ces principes sont ainsi entrés dans le courant général du droit international.

89. L'affaire des *Pêcheries* (C.I.J. Recueil 1951, p. 116) fournit à cet

¹ Schachter, *op. cit.*, p. 79-80.

² Formule employée dans l'avant-propos de Schwarzenberger à l'ouvrage de Bin Cheng intitulé *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*, 1987, p. xi.

³ Voir par exemple *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, deuxième phase*, C.I.J. Recueil 1970, p. 48, par. 94 :

« Il y a lieu tout d'abord de constater qu'en matière d'équité il serait difficile d'établir des distinctions d'après des critères quantitatifs... Certes, l'Etat protecteur peut ne pas se montrer disposé à prendre fait et cause pour le petit actionnaire isolé, mais il paraît difficile de lui dénier le droit de le faire au nom de considérations d'équité. »

early example¹, but since then there has been much development of this concept in the context of maritime delimitation through a series of decisions of this Court making explicit references to the application of equitable principles.

90. The heavy reliance in the Judgment on judicial decisions thus draws in equity through yet another source. Dependence on such cases as the *North Sea Continental Shelf* cases, the *Libya/Malta* case and the *Gulf of Maine* case has provided avenues not only for the entry of equity into maritime delimitation but for the construction, out of those equitable principles, of a coherent body of equity-based maritime jurisprudence. Any consideration of problems relating to the law of the sea must thus, as in this case, have regard to this considerable body of decisions which, through their adoption of equitable principles, have made the fertilizing influence of equity an integral part of maritime law.

(e) *Equity as expounded in the writings of the publicists*

91. Going back to the fountainheads of international law, one sees that Grotius incorporated into international law the idea that equity could complement the administration of international justice, for he cites Aristotle's references to "the perception of what is fair", "the quality of fairness", and "justice"². Aristotle's definition of justice as "the correction of that in which the law, by reason of its general character, is at fault" is also cited. Indeed, Grotius' comment goes so far as to suggest even the application of equity "outside the rules of justice, properly so-called". Grotius is no doubt here using the term "rules of justice" in the sense in which we would speak of "rules of law".

92. One cannot fail to note, in this regard, the heavy reliance by Grotius on natural law, in his pioneering work on the construction of the basic principles of the law of the sea. The law of the sea may perhaps be described as an area of international law which is particularly sensitive to equitable influences.

93. The process initiated by Grotius goes on to this day and the great publicists of each generation have, through their own writings, incorporated considerations and principles of equity into their contributions, which have been assimilated into the corpus of public international law³.

¹ See S. Rosenne, *The Law and Practice of the International Court*, 1965, Vol. II, p. 605.

² Grotius, *De Jure Belli ac Pacis* (1646), Bk. II, Chap. XVI, sec. XXVI; see, also, Bk. III, Chap. XX, sec. XLVII (Kelsey, trans., *Classics of International Law*, 1925, pp. 425, 824).

³ With specific reference to the law of the sea, a number of eminent modern publicists, some of whom have been referred to in this opinion, are keeping up this tradition and making a distinguished contribution to this fast-developing field.

égard, bien que l'un des premiers, un exemple remarquable¹, mais, depuis lors, ce concept s'est considérablement développé dans le contexte de la délimitation maritime à travers une série de décisions dans lesquelles la Cour internationale de Justice s'est référée de façon explicite à l'application de principes équitables.

90. Ainsi, du fait que l'arrêt fait largement appel à la jurisprudence, l'équité s'y trouve introduite à partir d'une autre source encore. En se fondant sur des affaires telles que celles du *Plateau continental de la mer du Nord*, l'affaire *Libye/Malte* et l'affaire du *Golfe du Maine*, on a ouvert des voies non seulement à l'introduction de l'équité dans la délimitation maritime, mais aussi à l'édification, à partir de ces principes équitables, d'un corpus cohérent de jurisprudence maritime fondée sur l'équité. Par conséquent, tout examen des problèmes relatifs au droit de la mer doit, comme c'est le cas dans la présente affaire, tenir compte de ce vaste ensemble jurisprudentiel qui, parce qu'il comporte l'adoption de principes équitables, fait que l'influence fécondante de l'équité devient partie intégrante du droit de la mer.

e) *L'équité dans la doctrine*

91. Aux sources mêmes du droit international, Grotius incorporait à ce dernier l'idée que l'équité pouvait compléter l'administration de la justice internationale, car il cite Aristote parlant de « la perception de ce qui est équitable », de « la qualité d'équité » et de la « justice »². La définition que donne Aristote de la justice, à savoir « corriger ce en quoi la loi, vu son caractère général, est défailante », est également citée. En fait, Grotius, dans ses commentaires, va jusqu'à évoquer le recours à l'équité « indépendamment des règles de justice proprement dites ». Et il emploie ici sans aucun doute l'expression « règles de justice » au sens où nous parlerions nous-mêmes de « règles de droit ».

92. On ne peut manquer de noter, à cet égard, à quel point Grotius s'appuie sur le droit naturel dans les travaux qu'en véritable pionnier il a consacrés à l'édification des principes fondamentaux du droit de la mer. On pourrait peut-être dire du droit de la mer qu'il est un domaine du droit international particulièrement sensible aux influences de l'équité.

93. Le processus lancé par Grotius se poursuit à ce jour et, à chaque génération, les grands publicistes ont, dans leurs propres écrits, incorporé des considérations et des principes équitables à leurs apports, qui ont été assimilés dans le corpus du droit international public³.

¹ Voir S. Rosenne, *The Law and Practice of the International Court*, 1965, vol. II, p. 605.

² Grotius, *De jure belli ac pacis*, 1646, liv. II, chap. XVI, sect. XXVI; voir également liv. III, chap. XX, sect. XLVII, traduction de Pradier-Fodéré, librairie Guillaumin et Cie, 1967.

³ Pour ce qui concerne en particulier le droit de la mer, un certain nombre de publicistes modernes éminents, dont certains ont été cités dans la présente opinion, perpétuent cette tradition et se distinguent par ce qu'ils apportent à ce domaine en plein développement.

(f) *Equity as justice*

94. In the *North Sea Continental Shelf* cases, the Court stated, "Whatever the legal reasoning of a court of justice, its decisions must by definition be just and therefore in that sense equitable." (*I.C.J. Reports 1969*, p. 48, para. 88.) Equity as part of justice which the court is bound to administer then becomes part of its general jurisprudence. Equity in the sense of a quest for the just solution offers a firm substratum for a considerable part of the Court's reasoning.

95. In his separate opinion in *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Second Phase*, Judge Fitzmaurice, citing a standard work on equity (*Snell's Principles of Equity*, 26th ed., 1966, pp. 5-6), said:

"as the author of the passage cited points out . . . equity is not distinguishable from law 'because it seeks a different end, for both aim at justice . . .'. But, it might be added, they can achieve it only if they are allowed to complement one another." (*I.C.J. Reports 1970*, p. 86, para. 36.)

96. In *Continental Shelf (Tunisia/Libyan Arab Jamahiriya)*, this Court observed,

"Equity as a legal concept is a direct emanation from the idea of justice. The Court whose task is by definition to administer justice is bound to apply it." (*I.C.J. Reports 1982*, p. 60, para. 71.)

This Court and its predecessor have of course been careful to point out that the fact that it dispenses justice does not entitle it to ignore the rules of law. The need to administer justice does not, in the words of the Permanent Court, entitle it to "base its decision on considerations of pure expediency" (*Free Zones of Upper Savoy and the District of Gex, P.C.I.J., Series A, No. 24*, p. 15).

97. Kelsen and some other authorities¹ have expressed the view that the Court's function is to decide cases in accordance with international law and on no other grounds. Kelsen says, for example, that the Statute of the Court requires that the Court decide disputes in accordance with international law and does not mention justice, thus leading to the view that the Court is not authorized to decide disputes in accordance with justice².

98. Such views, with great respect, do not take into account the fact that much of international law already embodies equity, and that equity was a principal route through which many basic concepts entered the corpus of

¹ E.g., Judge Koretsky in *North Sea Continental Shelf* cases (*Federal Republic of Germany/Denmark; Federal Republic of Germany/Netherlands, I.C.J. Reports 1969*, p. 165).

² Kelsen, *The Law of the United Nations*, 1950, p. 366.

f) *L'équité en tant que justice*

94. Dans les affaires du *Plateau continental de la mer du Nord*, la Cour a déclaré : « Quel que soit le raisonnement juridique du juge, ses décisions doivent par définition être justes, donc en ce sens équitables. » (*C.I.J. Recueil 1969*, p. 48, par. 88.) L'équité en tant que partie de la justice que la Cour est tenue d'administrer devient donc une partie de sa jurisprudence générale. L'équité au sens d'une recherche de la solution juste offre un substrat solide à une partie considérable du raisonnement de la Cour.

95. Dans son opinion individuelle dans l'affaire de la *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, deuxième phase*, M. Fitzmaurice, citant un ouvrage de base sur l'équité (*Snell's Principles of Equity*, 26^e éd., 1966, p. 5-6), a déclaré :

« comme l'auteur du passage cité le dit ... l'*equity* ne se distingue pas du droit « en ce qu'elle vise une fin différente, car l'une et l'autre ont pour but la justice ». Mais, peut-on ajouter, le droit et l'équité ne peuvent réaliser la justice que si on les laisse se compléter mutuellement. » (*C.I.J. Recueil 1970*, p. 86, par. 36.)

96. Dans l'affaire du *Plateau continental (Tunisie/Jamahiriya arabe libyenne)*, la Cour internationale de Justice a fait l'observation suivante :

« L'équité en tant que notion juridique procède directement de l'idée de justice. La Cour, dont la tâche est par définition d'administrer la justice, ne saurait manquer d'en faire application. » (*C.I.J. Recueil 1982*, p. 60, par. 71.)

La Cour, comme sa devancière, a pris soin, comme il va de soi, de noter que le fait qu'elle dispense la justice ne l'habilite pas à méconnaître les règles du droit. La nécessité d'administrer la justice ne l'habilite pas, pour reprendre les paroles de la Cour permanente, à « se déterminer seulement par des considérations de pure opportunité » (*Zones franches de la Haute-Savoie et du Pays de Gex, C.P.J.I. série A n° 24*, p. 15).

97. Kelsen et quelques autres autorités¹ ont émis l'avis que la mission de la Cour est de statuer conformément au droit international, à l'exclusion de toute autre base. Kelsen déclare, par exemple, que le Statut de la Cour fait obligation à celle-ci de régler les différends conformément au droit international et qu'il ne mentionne pas la justice, ce qui conduit à penser que la Cour n'est pas habilitée à régler les différends conformément à la justice².

98. De telles opinions, malgré tout le respect qu'elles méritent, ne tiennent pas compte du fait qu'une bonne partie du droit international englobe déjà l'équité et que l'équité a été l'une des principales voies par

¹ Par exemple M. Koretsky dans les affaires du *Plateau continental de la mer du Nord (République fédérale d'Allemagne/Danemark; République fédérale d'Allemagne/Pays-Bas)*, *C.I.J. Recueil 1969*, p. 165.

² Kelsen, *The Law of the United Nations*, 1950, p. 366.

international law and became part of it. They also do not take into account the fact that to shut the gates to the entry of this stream of influence into the corpus of international law is to cramp the development of the latter.

(g) *Equity as drawn in by the United Nations Charter*

99. The Charter of the United Nations in Article 1 sets out as one of the Purposes of the United Nations that "To maintain international peace and security" it shall "bring about by peaceful means, and in conformity with the principles of justice and international law, [the] adjustment or settlement of international disputes . . .". The International Court has been set up within that framework as one of the principal organs of the United Nations and is thus obliged to act in the adjustment and settlement of international disputes "in conformity with the principles of justice and international law". Equity as an inherent part of justice, if not of international law itself, thus enters into the Court's jurisprudence. Its significance in this regard can be measured from the fact that the maintenance of international peace and security being among the foremost of the objects of the United Nations and all its agencies, a primary means of achieving this object, namely, the principles of justice and international law must themselves have primary importance. Indeed, justice and equity are inherent attributes of peace itself, which is foremost among the objects international law aims at achieving¹. The obligatory nature of this aspect becomes clearer when one considers also that the earlier draft of the Charter contained the words "*with due regard to justice and international law*" which were changed to "*in conformity with*" as the earlier phrase was not considered to be sufficiently emphatic².

100. So, also, the Preamble to the Charter expresses as one of the fountainheads of the whole concept of the United Nations the determination of the peoples of the United Nations "to establish conditions under which justice and respect for the obligations arising from treaties and other sources of international law can be maintained". Shabtai Rosenne rightly uses this aspect to point out that the unity of equity with law and justice must therefore be seen in terms of a "monad" of equity, law and justice (connoting a lack of opposition among them)

¹ See *Annuaire de l'AAA*, 1972/1973, Vol. 42/43, Editorial by Boutros Boutros-Ghali, p. 4, on the need for international lawyers of the future "à affronter les problèmes complexes d'un monde nouveau, où le droit international devrait établir une paix durable, juste et équitable".

² *Documents of the United Nations Conference on International Organization*, Vol. VI, San Francisco, 1945, p. 454.

lesquelles de nombreux concepts de base se sont introduits dans le corpus du droit international et en sont devenus partie intégrante. Elles ne tiennent pas compte non plus du fait qu'en interdisant à ce courant d'influence de s'introduire dans le corpus du droit international, on entrave le développement de ce dernier.

g) *L'équité introduite par la Charte des Nations Unies*

99. La Charte des Nations Unies, en son article 1, stipule que l'un des buts des Nations Unies est de « maintenir la paix et la sécurité internationales », et à cette fin « réaliser, par des moyens pacifiques, conformément aux principes de la justice et du droit international, l'ajustement ou le règlement de différends ... de caractère international... » La Cour a été créée dans ce cadre comme l'un des organes principaux de l'Organisation des Nations Unies, et elle est donc tenue d'agir, pour l'ajustement et le règlement des différends internationaux, « conformément aux principes de la justice et du droit international ». L'équité comme élément inhérent de la justice, sinon du droit international lui-même, s'introduit donc dans la jurisprudence de la Cour. Son importance à cet égard peut se mesurer au fait qu'étant donné que le maintien de la paix et de la sécurité internationales est l'un des objectifs primordiaux de l'Organisation des Nations Unies et de toutes ses institutions, un moyen primordial d'atteindre cet objectif, à savoir les principes de la justice et du droit international, doit lui-même avoir une importance primordiale. En fait, justice et équité sont des aspects indissociables de la paix elle-même, qui figure au premier rang des objectifs que le droit international vise à atteindre¹. Le caractère contraignant de cet élément apparaît plus clairement quand on considère aussi que le projet initial de la Charte comportait les mots « *en tenant dûment compte* » de la justice et du droit international, qui ont été remplacés par le mot « *conformément* », car la formule précédente n'a pas été considérée comme suffisamment accentuée².

100. Le préambule de la Charte, également, énonce comme l'une des sources de l'idée même des Nations Unies la résolution des peuples des Nations Unies « à créer les conditions nécessaires au maintien de la justice et du respect des obligations nées des traités et autres sources du droit international ». Shabtai Rosenne invoque à juste titre cet aspect de la question pour faire observer que l'union de l'équité avec le droit et la justice doit en conséquence être considérée comme une « monade » équité-droit-justice (ce qui implique l'absence d'opposition entre ces

¹ Voir *Annuaire de l'AAA*, 1972/1973, vol. 42/43, éditorial de Boutros Boutros-Ghali, p. 4, sur la nécessité pour les juristes internationaux de l'avenir « [d']affronter les problèmes complexes d'un monde nouveau, où le droit international devrait établir une paix durable, juste et équitable ».

² *Documents de la Conférence des Nations Unies sur l'organisation internationale*, vol. VI, San Francisco, 1945, p. 472.

rather than the “triad” of law, justice and equity conceptualized by Sohn¹.

101. It needs scarcely to be stressed that every portion of the Charter is as basic to the operation of the Court as the Court’s own Statute, for the two are one integrated document. The Court’s warrant to use equity in this case as in all others is thus mandatory and comes direct to it from its fundamental statutory source. It is worthy of note, also, that the intimate linkage of justice and equity as set out in the United Nations Charter, with the law of the sea, was eloquently underlined by the President of UNCLOS III, Mr. H. S. Amerasinghe, at the very commencement of the Conference, when he said, in his opening address as President:

“If the Conference resolved to be guided by the principles of justice and equity, and if it showed a spirit of mutual understanding, goodwill and compromise, it would not only be living up to the high expectations of the United Nations Charter but also handing down to posterity one of the supreme achievements of the Organization.”²

(h) *Equity as embodied in State practice*

102. A number of items of State practice have been placed before the Court in support of propositions concerning their respective positions which the Parties seek to infer from them. State practice would within limits be evidentiary of customary international law. In so far as the State practice relied upon relates to the delimitation of maritime boundaries, it is important to note that equitable considerations, such as the principle of equidistance, often provide the background against which States negotiate on such matters. The resulting arrangements may therefore incorporate principles of equity. To the extent that State practice helps to build up international law, international law would then have, built into it through this source, some of the principles of equity. Concretized in this fashion, their equitable origins may be obscured, but we may nevertheless sometimes recognize them in the State practice they helped to evolve.

¹ S. Rosenne, “The Position of the International Court of Justice on the Foundations of the Principle of Equity in International Law”, *op. cit.*, pp. 88-89. Sohn’s view was expressed in “The Role of Equity in the Jurisprudence of the International Court of Justice”, in *Mélanges Georges Perrin* (1984), p. 303.

² *Official Records of the Third United Nations Conference on the Law of the Sea*, Vol. I, p. 4, para. 16.

termes), et non comme la « triade » du droit, de la justice et de l'équité envisagée par Sohn¹.

101. Il est à peine besoin d'insister sur le fait que toutes les différentes parties de la Charte ont, pour le fonctionnement de la Cour, un caractère tout aussi fondamental que son Statut même, car la Charte et le Statut forment un seul document constituant un tout. Les raisons qu'a la Cour de recourir à l'équité dans la présente affaire comme dans toutes les autres ont donc un caractère impérieux, et elles lui viennent directement de sa source statutaire fondamentale. Il y a lieu de noter en outre que le lien intime qui existe entre la justice et l'équité telles qu'elles ressortent de la Charte des Nations Unies et le droit de la mer a été éloquemment mis en relief par le président de la troisième conférence des Nations Unies sur le droit de la mer, H. S. Amerasinghe, lequel, au début même de la conférence, dans son discours d'ouverture en tant que président, a déclaré ce qui suit :

« Si la conférence décide de s'inspirer des principes de la justice et de l'équité et si elle fait preuve d'un esprit d'entente réciproque, de bonne volonté et de compromis, elle se montrera digne des idéaux élevés de la Charte des Nations Unies et transmettra à la postérité ce qui sera peut-être l'un des accomplissements suprêmes de l'Organisation. »²

h) *L'équité dans la pratique des Etats*

102. Un certain nombre d'exemples de la pratique des Etats ont été fournis à la Cour à l'appui de propositions concernant les positions respectives que les Parties cherchent à en déduire. La pratique des Etats constituerait, dans certaines limites, un élément de preuve du droit international coutumier. Dans la mesure où la pratique des Etats sur laquelle on s'appuie a trait à la délimitation maritime, il importe de noter que des considérations d'équité, telles que le principe de l'équidistance, fournissent souvent l'arrière-plan des négociations entre les Etats en ces matières. Les dispositions auxquelles on aboutit peuvent donc englober des principes équitables. Dans la mesure où la pratique des Etats contribue à l'édification du droit international, celui-ci renfermerait donc, incorporés à sa substance à partir de cette source, certains des principes de l'équité. Il se peut que, ces principes s'étant concrétisés de cette façon, le fait qu'ils ont leur origine dans l'équité soit obscurci, mais nous pouvons néanmoins parfois les reconnaître dans la pratique des Etats qu'ils ont contribué à créer.

¹ S. Rosenne, « The Position of the International Court of Justice on the Foundations of the Principle of Equity in International Law », *op. cit.*, p. 88-89. L'opinion de Sohn est exprimée dans « The Role of Equity in the Jurisprudence of the International Court of Justice », dans *Mélanges Georges Perrin*, 1984, p. 303.

² Nations Unies *Documents officiels de la troisième conférence des Nations Unies sur le droit de la mer, première session*, 1^{re} séance, vol. I, par. 16.

V. *A priori and a posteriori Employment of Equity*

(a) *The positive or a priori use of equity to construct a result*

103. The positive use of equity would of course be illustrated in the Court's Judgment by the application of equitable concepts and the use of equitable procedures and methods towards the achievement of an equitable result.

(b) *The negative or a posteriori use of equity to test a result*

104. This has been touched on already in paragraphs 31-42. It was there pointed out that the application of the equidistance principle, itself a principle of equity, can on occasion yield a result which is not equitable, as pointed out by this Court on more than one occasion. Where there is a vast disproportion in coastlines, as in the *Libya/Malta* case, that would be a means for using equity in the sense of testing whether the result would be inequitable. So, also, in the present case, the vast disproportion between the lengths of the coastlines of Greenland and Jan Mayen has been used in testing whether the result obtained by equitable principles and methods is in fact inequitable. Such a role of equity can indeed be looked at as "not so much the positive assurance of an equitable result as the negative avoidance of an inequitable one"¹, but it has both practical value and theoretical justification.

105. The use of equity in this sense is analogous to the use of injustice as a test of justice, which has a long history in philosophical thought. Although justice by its very nature is incapable of comprehensive formulation, injustice by its very nature is often a matter of instant detection. Likewise, though that which is equitable cannot be formulated in advance in terms of a comprehensive set of rules², that which is inequitable can be readily identified as such when a situation has occurred or a proposal is mooted.

106. This line of thought regarding justice has an ancient lineage³. Aristotle wrote in the *Nicomachean Ethics* regarding the sense of injustice that, "The many forms of injustice make the forms of justice quite

¹ Prosper Weil, *The Law of Maritime Delimitation: Reflections*, 1989, p. 166.

² Cf. Kelsen, *Was ist Gerechtigkeit?*, 2nd ed., Vienna, 1975, p. 43 — "Ich weiss nicht und kann nicht sagen was Gerechtigkeit ist . . . und kann nur sagen was Gerechtigkeit für mich ist" ("I do not know and cannot say what justice is . . . and can only say what justice is to me").

³ See Julius Stone, *Human Law and Human Justice*, 1965, p. 316.

V. *Recours à l'équité à priori et à posteriori*

a) *Le recours positif ou à priori à l'équité en vue de parvenir à un résultat*

103. Le recours positif à l'équité serait évidemment illustré, dans l'arrêt de la Cour, par l'application de concepts d'équité et le recours à des procédures et méthodes équitables en vue de l'obtention d'un résultat équitable.

b) *Le recours négatif ou à posteriori à l'équité pour vérifier un résultat*

104. On a déjà dit un mot de cela dans les paragraphes 31 à 42. On a fait observer alors que l'application du principe de l'équidistance, lui-même principe d'équité, peut à l'occasion produire un résultat qui n'est pas équitable, comme la Cour l'a fait observer plus d'une fois. Dans les cas où il existe une large disproportion entre les côtes, comme dans l'affaire *Libye/Malte*, ce serait là un moyen de recourir à l'équité en ce sens que l'on vérifierait si le résultat est inéquitable. C'est ainsi également que, dans la présente affaire, la très grande disproportion de longueurs des côtes du Groenland et de Jan Mayen a été invoquée pour s'assurer que le résultat obtenu par l'application de principes et méthodes équitables n'est pas en fait inéquitable. On peut en réalité considérer que ce rôle de l'équité « consiste moins à assurer positivement un résultat équitable qu'à éviter négativement une solution inéquitable »¹, mais il a à la fois une valeur pratique et une justification théorique.

105. Le recours à l'équité ainsi entendu est analogue au recours à l'injustice comme critère de la justice, qui a un long passé dans l'histoire de la pensée philosophique. La justice, par sa nature même, ne se prête pas à une formulation complète, mais l'injustice, par sa nature même, peut souvent être décelée immédiatement. De même, alors que ce qui est équitable peut être impossible à formuler d'avance au moyen d'une série complète de règles², ce qui est inéquitable peut être aisément reconnu comme tel quand on se trouve devant une situation donnée ou quand une proposition doit être pesée.

106. Cette façon de considérer la justice a de lointains ancêtres³. Dans l'*Ethique à Nicomaque*, Aristote a écrit, au sujet du sentiment de l'injustice, que : « Les nombreuses formes de l'injustice font apparaître en pleine

¹ Prosper Weil, *Perspectives du droit de la délimitation maritime*, 1988, p. 180.

² Cf. Kelsen, *Was ist Gerechtigkeit?* 2^e éd., Vienne, 1975, p. 43 — « Ich weiss nicht und kann nicht sagen was Gerechtigkeit ist ... und kann nur sagen was Gerechtigkeit für mich ist ». (« Je ne sais pas et je ne peux pas dire ce qu'est la justice ... et peux seulement dire ce que la justice est pour moi. »)

³ Voir Julius Stone, *Human Law and Human Justice*, 1965, p. 316.

clear”¹, a theme also taken up by modern jurists². Whereas the response to the concept of justice is merely contemplative, the response to a situation one senses as unjust is a more positive one³. The enlistment of the sense of injustice in the service of justice thus enjoys strong philosophical justification. The “sense of injustice” is “largely retrospective and corrective”, while “the deficiencies it identifies can be finally repaired only by a body of doctrine that is prospective and creative”⁴. This is an illustration of the fact that “theories of justice in all their rich diversity of content and mode of presentation, cannot safely be discarded even from the most practical concern”⁵.

107. In short,

“We are confronted here with the difference between, on the one hand, the question of the definition of equity *in abstracto* and, on the other hand, the question of whether a *concrete* situation, measure or decision is equitable.”⁶

108. All this is not to say, however, that relevant rules of equity applicable to a given object can never be formulated in advance. They can, up to a point, as the juristic learning on that topic matures, but they can never be formulated totally and the sense of injustice or the sense of the inequitable will always continue to offer assistance in the pursuit of the equitable solution.

109. With reference to boundary delimitation, no code of justice or equity, however precisely formulated, can cover all possibilities in advance. However, a solution once presented, can immediately attract a sense of injustice, which would then result in its rejection and the search for another which does not produce the same reaction. The stress upon the need for an equitable solution and the rejection of any solution which, though reached in accordance with equity, is inequitable, is thus one which has philosophical support.

¹ *Nicomachean Ethics*, V.i.5. See, also, Aquinas' *Commentary on the Nicomachean Ethics*, 5.1. Cf. Plato's *Republic*, 440C-D.

² See E. N. Cahn, *The Sense of Injustice*, 1949; Julius Stone, *op. cit.*, p. 316.

³ Cahn, *op. cit.*, p. 13.

⁴ I. Jenkins, “Justice as Ideal and Ideology”, in *Nomos, Justice* 191, cited in Stone, *op. cit.*, p. 317.

⁵ Stone, *op. cit.*, p. 321.

⁶ P. van Dijk, *Nature and Function of Equity in International Economic Law*, Grotiana New Series, 1986, Vol. 7, p. 5.

clarté les formes de la justice»¹, thème également étudié par les juristes modernes². Tandis que la réaction à l'égard du concept de justice est purement contemplative, la façon dont on réagit devant une situation que l'on ressent comme injuste est plus positive³. Mettre le sentiment de l'injustice au service de la justice est donc une démarche qui bénéficie d'une puissante justification philosophique. Le «sentiment de l'injustice» est «de caractère en grande partie rétrospectif et correctif», tandis que «les déficiences qu'il permet de percevoir ne peuvent finalement être réparées que par un corps de doctrine dont la nature est prospective et créatrice»⁴. C'est là une illustration du fait que «les théories relatives à la justice, dans toute leur diversité de contenu et de mode de présentation, ne peuvent sans risque être écartées même des préoccupations les plus pratiques»⁵.

107. Pour abréger :

« Nous avons ici devant nous la différence entre, d'une part, la question de la définition de l'équité *in abstracto* et, d'autre part, la question de savoir si une situation, une mesure ou une décision *concrètes* sont équitables. »⁶

108. Cela toutefois ne revient pas à dire qu'il n'est jamais possible de formuler à l'avance des règles d'équité pertinentes applicables à un objet donné. Jusqu'à un certain point, ces règles peuvent être formulées à mesure que mûrit la connaissance juridique du sujet en question, mais elles ne peuvent jamais être formulées totalement, et le sentiment de l'injustice ou le sentiment de l'inéquitable demeureront toujours une aide dans la recherche de la solution équitable.

109. En ce qui concerne la délimitation des frontières, aucun code de justice ou d'équité, aussi précisément formulé soit-il, ne peut envisager à l'avance toutes les possibilités. Toutefois, lorsqu'une solution est présentée, elle peut immédiatement susciter un sentiment d'injustice qui aboutira à la faire rejeter et à rechercher une autre solution qui ne provoque pas la même réaction. Insister sur la nécessité d'une solution équitable et rejeter toute solution qui, bien qu'élaborée conformément à l'équité, est cependant inéquitable, c'est donc une démarche qui trouve un soutien du côté de la philosophie.

¹ *Ethique à Nicomaque*, V.i.5. Voir également le *Commentaire de Thomas d'Aquin sur l'Ethique à Nicomaque*, 5.1, n° 893. Cf. la *République* de Platon, 440C-D.

² Voir E. N. Cahn, *The Sense of Injustice*, 1949; Julius Stone, *op. cit.*, p. 316.

³ Cahn, *op. cit.*, p. 13.

⁴ I. Jenkins, «Justice as Ideal and Ideology», dans *Nomos, Justice*, 191, cité dans Stone, *op. cit.*, p. 317.

⁵ Stone, *op. cit.*, p. 321.

⁶ P. van Dijk, *Nature and Function of Equity in International Economic Law*, Grotiana New Series, 1986, vol. 7, p. 5.

VI. *The Uses of Equity*

110. The uses of equity are manifold and more than one of them may be in operation simultaneously in a given case such as that before the Court. This aspect of equity is best appreciated by using any of the well-known classifications of the use of equity. Oscar Schachter's analysis, for example, in his course on general international law at the Hague Academy in 1982 itemized five uses¹:

- (a) equity as a basis for "individualized" justice tempering the rigours of strict law;
- (b) equity as introducing considerations of fairness, reasonableness, and good faith;
- (c) equity as offering certain specific principles of legal reasoning associated with fairness and reasonableness, to wit, estoppel, unjust enrichment and abuse of rights;
- (d) equity as furnishing equitable standards for the allocation and sharing of resources and benefits;
- (e) equity as a broad synonym for distributive justice and to satisfy demands for economic and social arrangements and redistribution of wealth.

111. To this list may be added some others such as those listed below as methods of operation of equity. There may be some overlap between the two groups, for some of these uses of equity may also be listed as methods and vice versa.

112. Of the five categories listed above, it is clear that at least the first four have relevance to this case.

113. (a) Though Schachter mentions "individualized justice" in the sense of tempering the rigours of strict law, equity can be used to deliver "individualized justice" without in fact operating in conflict with a rule of law. The use of equity in this sense for maritime delimitation was well put by Judge Jiménez de Aréchaga in the *Tunisia/Libya* case:

"the judicial application of equitable principles means that a court should render justice in the concrete case, by means of a decision shaped by and adjusted to the relevant 'factual matrix' of that case. Equity is here nothing other than the taking into account of a complex of historical and geographical circumstances the consideration of which does not diminish justice but, on the contrary, enriches it." (*I.C.J. Reports 1982*, p. 106, para. 24, separate opinion.)

¹ Schachter, *op. cit.*, p. 82.

VI. Les utilisations de l'équité

110. Les utilisations de l'équité sont multiples, et il se peut que plusieurs soient présentes à la fois dans une affaire donnée, telle que celle dont la Cour est saisie. Le meilleur moyen de comprendre cet aspect de l'équité est d'employer les classifications connues du recours à l'équité. Par exemple, l'analyse faite par Oscar Schachter dans le cours de droit international général qu'il a professé à l'Académie de La Haye en 1982 dénombrait cinq utilisations¹:

- a) équité comme base d'une justice « individualisée » tempérant les rigueurs du droit strict;
- b) l'équité comme introduisant dans le processus des considérations d'impartialité, de raison et de bonne foi;
- c) l'équité comme apportant certains principes spécifiques de raisonnement juridique associés à l'impartialité et à la raison, à savoir l'*estoppel*, l'enrichissement sans cause et l'abus du droit;
- d) l'équité comme fournissant des normes équitables pour l'allocation et le partage de ressources et d'avantages;
- e) l'équité comme approximativement synonyme de justice distributive et visant à satisfaire certaines exigences concernant des dispositions d'ordre économique et social et la redistribution des richesses.

111. A cette liste peuvent être ajoutées quelques autres utilisations telles que celles qui sont énumérées plus loin comme méthodes de mise en œuvre de l'équité. Il peut y avoir un certain chevauchement entre les deux catégories, car certaines de ces utilisations de l'équité peuvent également être considérées comme des méthodes et vice versa.

112. Des cinq catégories énumérées ci-dessus, il est évident qu'au moins les quatre premières sont pertinentes dans la présente affaire :

113. a) Quoique Schachter parle de la « justice individualisée » comme d'une démarche visant à tempérer les rigueurs du droit strict, on peut recourir à l'équité pour parvenir à une « justice individualisée » sans pour autant opérer contrairement à une règle de droit. L'utilisation de l'équité considérée dans ce sens pour la délimitation maritime a été fort bien caractérisée par M. Jiménez de Aréchaga dans l'affaire *Tunisie/Libye*:

« appliquer judiciairement les principes équitables signifie que le tribunal doit rendre la justice, dans le cas concret dont il est saisi, par une décision conçue en fonction de l'ensemble des faits propres à cette affaire et adaptée à ces faits. L'équité n'est ici rien d'autre que le fait de tenir compte de tout un ensemble de circonstances historiques et géographiques dont l'intervention n'affaiblit pas la justice, mais au contraire l'enrichit. » (*C.I.J. Recueil 1982*, p. 106, par. 24, opinion individuelle.)

¹ Schachter, *op. cit.*, p. 82.

114. In many cases of maritime disputes including the present this aspect is of great relevance, for each case calls for individualized treatment within the context of whatever rules of customary or treaty law may be relevant. No conflict with those rules is implied but an operation within them, as more fully discussed in the section on equity *intra legem*. This use of equity to help shape the decision to the “factual matrix” of the case is very much in use in the present case as evidenced by the variety of factors considered by the Court, at least one of which — the ice factor — has perhaps not been considered in the Court’s jurisprudence before.

115. The rationale of the individualized approach was also well expressed by Judge Jiménez de Aréchaga in the following terms:

“Its [the Court’s] having authority to apply equitable principles does not entitle a court to reach a capricious decision in each particular case, but to reach that decision which, in the light of the individual circumstances, is just and fair for that case. Equity is thus achieved, not merely by a singular decision of justice, but by the justice of that singular decision.”¹

116. (b) Equity as considerations of fairness and reasonableness is also clearly in operation in this case.

117. (c) Equity as the basis of specific principles of legal reasoning has also been used, as when the Court considers whether the conduct of parties has been such as to amount to an estoppel. This becomes relevant in the present case in assessing, for example, the effect of the past conduct of the Parties in relation to equidistance in demarcating boundaries.

118. (d) Equitable standards for the allocation and sharing of resources and benefits of course lie at the heart of this dispute and in the context of the sharing of natural resources it has been shown elsewhere in this opinion that equity is playing an increasingly important international role.

119. Useful analogues to equity’s role in relation to the sharing of maritime space come from space law and riparian law. Space law takes in the concept in the Moon Treaty, 1979 (Agreement governing the Activities of States on the Moon and other Celestial Bodies), which prescribes “the equitable sharing by all States parties” in the benefits derived from those resources and also in the allocation of “slots” for the geostationary communication satellites in outer space. The relevant treaties dealing with the allocation of these slots, such as the Convention of the International

¹ E. Jiménez de Aréchaga, “The Conception of Equity in Maritime Delimitation”, in *International Law at the Time of Its Codification: Essays in Honour of Roberto Ago*, 1987, Vol. II, p. 232.

114. Dans de nombreuses affaires de différends maritimes, y compris celle-ci, cet aspect de la question est d'une grande importance, car chaque affaire appelle un traitement individualisé dans le contexte des règles de droit coutumier ou de droit conventionnel qui peuvent être pertinentes. Cela n'implique nullement un conflit avec ces règles, mais une démarche à l'intérieur de celles-ci, comme on le verra plus en détail dans la section de la présente opinion qui concerne l'équité *intra legem*. Ce recours à l'équité pour faciliter l'adaptation de la décision aux « faits propres » à une affaire donnée est très apparent en l'espèce, comme le prouve la diversité des facteurs considérés par la Cour, dont l'un au moins — le facteur concernant les glaces — n'a peut-être jamais été pris en considération auparavant dans la jurisprudence de la Cour.

115. La raison d'être de l'approche individualisée a également été bien formulée par M. Jiménez de Aréchaga dans les termes suivants :

« Le fait que la Cour a autorité pour appliquer des principes équitables ne l'autorise pas à adopter une décision capricieuse dans chaque cas d'espèce, mais à adopter la décision qui, à la lumière des circonstances spécifiques, est juste et équitable pour cette espèce. Ainsi, l'équité est réalisée, non pas simplement par une décision de justice singulière, mais par la justice de cette décision singulière. »¹

116. *b)* L'équité comme introduisant dans le processus des considérations d'impartialité et de raison intervient elle aussi manifestement dans la présente affaire.

117. *c)* L'équité comme apportant des principes spécifiques de raisonnement juridique a été utilisée aussi, par exemple lorsque la Cour s'interroge sur le point de savoir si le comportement des parties a été tel qu'il donne lieu à un *estoppel*. Cela devient pertinent dans la présente affaire lorsqu'il s'agit de déterminer, par exemple, l'effet de la conduite passée des Parties en ce qui concerne l'équidistance dans la démarcation.

118. *d)* Les normes équitables pour l'allocation et le partage des ressources et des avantages se situent évidemment au cœur même du présent différend et, dans le contexte du partage des ressources naturelles, on a montré par ailleurs dans la présente opinion que l'équité joue un rôle de plus en plus important au plan international.

119. On trouve dans le droit de l'espace et le droit des cours d'eau des analogies qui sont utiles pour analyser le rôle de l'équité en ce qui concerne le partage d'espaces maritimes. Le droit spatial admet cette notion dans le traité sur la Lune de 1979 (accord régissant les activités des Etats sur la Lune et les autres corps célestes), qui prescrit la « répartition *équitable*, entre tous les Etats parties », des avantages résultant des ressources en question, ainsi que dans l'attribution dans l'espace extra-atmosphérique de « fenêtres » ou de « créneaux » pour les satellites

¹ E. Jiménez de Aréchaga, « The Conception of Equity in Maritime Delimitation », dans *Le droit international à l'heure de sa codification. Etudes en l'honneur de Roberto Ago*, 1987, vol. II, p. 232.

Telecommunication Union, invoke equity for this purpose through their reference to "equitable access" as a goal¹.

120. A closer analogy, where a resource is to be divided between two States, would be the rights of littoral and riparian States to lakes and rivers. The Lac Lanoux Arbitration of 1957 between France and Spain² is an illustration of equitable principles of good faith and a just balance between the interests of the parties being used to determine the respective rights of two States. The Helsinki Rules on the Uses of the Waters of International Rivers (adopted by the International Law Association in 1966) and the Resolution on Pollution of Rivers and Lakes (adopted by the Institut de droit international in 1979) show a heavy dependence on equity in relation to the sharing of resources.

121. (e) Equity in the sense of distributive justice and redistribution of wealth is not involved in the present case. With reference to maritime boundary delimitation, this Court has observed:

"While it is clear that no rigid rules exist as to the exact weight to be attached to each element in the case, this is very far from being an exercise of discretion or conciliation; nor is it an operation of distributive justice." (*Continental Shelf (Tunisia/Libyan Arab Jamahiriya)*, I.C.J. Reports 1982, p. 60, para. 71.)

VII. The Methods of Operation of Equity

(a) Through balancing the interests of the parties

122. True equity, it has been said, "consists in holding in the best equilibrium the considerations of equity invoked by both parties"³. The Judgment in this case has considered a number of circumstances and evaluated their resultant effect in a manner that can be so described. This is not only a well-accepted method of equity, but has ample support from the jurisprudence of this Court and of arbitral tribunals in maritime delimitation cases.

123. In the *Tunisia/Libya* case, the Court defined its task as an obliga-

¹ M. A. Rothblatt, "Satellite Communication and Spectrum Allocation", 76 *American Journal of International Law* (1982), p. 56.

² *International Law Reports*, 1957, pp. 139, 141.

³ Bin Cheng, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*, 1987, pp. 48-49, citing the *Pinson* case (1928) as contained in *Jurisprudence de la commission franco-mexicaine des réclamations* (1924-1932), p. 133.

de communication à orbite géostationnaire. Les traités pertinents où il est question de la répartition de ces créneaux, tels que la convention de l'Union internationale des télécommunications, invoquent à cette fin l'équité en faisant référence à l'« accès équitable »¹ en tant qu'objectif à atteindre.

120. Un exemple plus proche, relatif au partage d'une ressource entre deux Etats, se trouve dans les droits des Etats riverains de lacs et de cours d'eau. L'arbitrage intervenu en 1957 entre la France et l'Espagne au sujet du lac Lanoux² est une illustration du recours aux principes équitables de bonne foi et d'un juste équilibre entre les intérêts des parties pour déterminer les droits respectifs de deux Etats. Les règles d'Helsinki, adoptées en 1966 par l'International Law Association pour les utilisations des eaux des fleuves internationaux, ainsi que la résolution sur la pollution des fleuves et des lacs (adoptée par l'Institut de droit international en 1979), montrent à quel point l'on a recours à l'équité en matière de partage de ressources.

121. e) L'équité dans le sens de justice distributive et de redistribution des richesses n'entre pas en jeu dans la présente affaire. En ce qui concerne la délimitation maritime, la Cour a eu l'occasion de faire l'observation suivante :

« Certes il n'existe pas de règles rigides quant au poids exact à attribuer à chaque élément de l'espèce; on est cependant fort loin de l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire ou de la conciliation. Il ne s'agit pas non plus d'un recours à la justice distributive. » (*Plateau continental (Tunisie/Jamahiriya arabe libyenne)*, C.I.J. Recueil 1982, p. 60, par. 71.)

VII. Comment intervient l'équité

a) Mise en balance des intérêts des parties

122. La véritable équité, a-t-on dit, consiste « à tenir en équilibre, autant que possible, les considérations d'équité invoquées par les deux parties »³. Dans cette affaire, l'arrêt a tenu compte d'un certain nombre de circonstances et en a apprécié l'incidence d'une manière que l'on peut décrire ainsi. Non seulement cette méthode de faire intervenir l'équité est-elle bien acceptée, mais elle bénéficie amplement de l'appui de la jurisprudence de la Cour et de tribunaux arbitraux dans des affaires de délimitation maritime.

123. Dans l'affaire *Tunisie/Libye*, la Cour a défini sa tâche comme une

¹ M. A. Rothblatt, « Satellite Communication and Spectrum Allocation », *American Journal of International Law*, vol. 76, 1982, p. 56.

² *RSA*, vol. XII, p. 281.

³ Bin Cheng, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*, 1987, p. 48-49, citant l'affaire *Pinson* (1928), publiée dans *Jurisprudence de la commission franco-mexicaine des réclamations* (1924-1932), p. 133.

tion “to balance up the various considerations which it regards as relevant in order to produce an equitable result” (*I.C.J. Reports 1982*, p. 60, para. 71).

124. Judge Jiménez de Aréchaga, in his separate opinion in the same case, pointed out that:

“To resort to equity means, in effect, to appreciate and balance the relevant circumstances of the case, so as to render justice, not through the rigid application of general rules and principles and of formal legal concepts, but through an adaptation and adjustment of such principles, rules and concepts to the facts, realities and circumstances of each case.” (*Ibid.*, p. 106, para. 24. See, also, *ibid.*, *Judgment*, paras. 71 and 107 on the “balancing process”).

The process outlined by Judge Jiménez de Aréchaga describes very closely the process followed in the Judgment of the Court.

125. This notion of the balancing of considerations to reach an equitable result goes back very far in international law. The decisions of the Commissions set up under the Jay Treaty of 1794¹, and authorized to employ equity in their determinations, have been analysed as having been reached through “the necessary process of adjustment, of the weighing of one consideration against another”².

126. A reference to the process of balancing up all relevant considerations was made also in the *North Sea* cases where the Court observed:

“In fact, there is no legal limit to the considerations which States may take account of for the purpose of making sure that they apply equitable procedures, and more often than not it is the balancing-up of all such considerations that will produce this result rather than reliance on one to the exclusion of all others.” (*I.C.J. Reports 1969*, p. 50, para. 93.)

127. The Tribunal hearing the *Delimitation of the Continental Shelf between the United Kingdom and France* case³ also engaged itself specifically in the task of balancing the factors presented to it by the respective parties in determining the boundary line in the Channel Islands.

128. Of comparative interest, from a related area of the law, is the following methodology described in Article V, paragraph 3, of the Helsinki Rules on the Uses of Waters of International Rivers:

¹ A Treaty of Amity, Commerce and Navigation between the United States of America and Great Britain providing for the creation of three mixed commissions of American and British nationals to settle a number of outstanding questions between the two countries.

² Moore's analysis, as cited by H. Lauterpacht in *The Function of Law in the International Community*, 1933, p. 121, fn. 4. See, also, p. 132.

³ Decision of 30 June 1977, *RIAA*, Vol. XVIII, pp. 87-95, paras. 180-202.

obligation de « peser soigneusement les diverses considérations qu'elle juge pertinentes, de manière à aboutir à un résultat équitable » (*C.I.J. Recueil 1982*, p. 60, par. 71).

124. M. Jiménez de Aréchaga, dans son opinion individuelle dans la même affaire, a fait observer que :

« Appliquer l'équité signifie donc en fait considérer et mettre en balance les circonstances particulières à l'espèce, de façon à statuer, non pas en appliquant rigidement un certain nombre de règles et principes généraux et de notions juridiques formelles, mais en adaptant et en ajustant ces principes, règles et notions aux faits, aux réalités et aux circonstances de l'espèce. » (*Ibid.*, p. 106, par. 24; voir aussi *ibid.*, *arrêt*, par. 71 et 107, au sujet de la « mise en balance ».)

La démarche que décrit M. Jiménez de Aréchaga correspond de très près à celle qui a été suivie dans l'arrêt de la Cour.

125. Cette idée de peser les considérations en présence pour parvenir à un résultat équitable remonte très loin en droit international. Les décisions des commissions constituées en application du traité Jay de 1794¹, et autorisées à recourir à l'équité dans leurs déterminations, ont été analysées comme l'aboutissement du « processus nécessaire d'ajustement, de la mise en balance d'une considération par rapport à une autre »².

126. La mise en balance de toutes les considérations pertinentes est également évoquée dans les affaires de la *Mer du Nord*, où la Cour a observé :

« En réalité il n'y a pas de limites juridiques aux considérations que les Etats peuvent examiner afin de s'assurer qu'ils vont appliquer des procédés équitables et c'est le plus souvent la balance entre toutes ces considérations qui créera l'équitable plutôt que l'adoption d'une seule considération en excluant toutes les autres. » (*C.I.J. Recueil 1969*, p. 50, par. 93.)

127. Le tribunal saisi de l'affaire de la *Délimitation du plateau continental entre le Royaume-Uni et la France*³ s'est lui aussi donné expressément pour tâche de mettre en balance les facteurs présentés par les deux parties pour déterminer la ligne de délimitation dans la région des îles Anglo-Normandes.

128. Dans un domaine juridique connexe, il est intéressant de comparer aussi l'article V, paragraphe 3, des règles d'Helsinki relatives aux utilisations des eaux des fleuves internationaux, qui contient la méthode suivante :

¹ Traité d'amitié, de commerce et de navigation entre les Etats-Unis d'Amérique et la Grande-Bretagne prévoyant la création de trois commissions mixtes de ressortissants américains et britanniques pour régler un certain nombre de questions faisant l'objet d'un contentieux entre les deux pays.

² Analyse de Moore, citée par H. Lauterpacht dans *The Function of Law in the International Community*, 1933, p. 121, note 4; voir aussi p. 132.

³ Décision du 30 juin 1977, *RSA*, vol. XVIII, p. 223-231, par. 180-202.

“The weight to be given to each factor is to be determined by its importance in comparison with other relevant factors. In determining what is a reasonable and equitable share, all relevant factors are to be considered together and a conclusion reached on the basis of the whole.”

(b) *Through an equitable interpretation of a rule of law or of a treaty or set of facts*

129. One of the important functions of the equitable approach in all judicial processes is to provide a method of interpretation. This can relate to the interpretation of a rule of law or of a document, or indeed of a set of facts. Literal interpretations, wedded to the letter of the law and to formalism, contrast with liberal interpretations, based upon an equitable approach. Whether it be a rule of law or a treaty or a factual situation that is under interpretation, the same duality of approach is possible, with widely varying consequences.

130. Schwarzenberger spells out this aspect of equity in terms that,

“The rule of equity, as it has grown, demands reasonableness and good faith in the interpretation and application of treaties.”¹

131. This could be more specifically addressed in terms of a choice not between two but among several available interpretations. In the words of De Visscher:

“Equity can be something other than an independent basis of decision, as when in a decision which in other respects is founded on positive law (*intra legem*), the judge chooses among several possible interpretations of the rule the one which appears to him, having regard to the particular circumstances of the case, most in harmony with the demands of justice.”²

132. In this case, one of the major questions addressed by the Court has been the interpretation, in accordance with equity, of the “special circumstances” mentioned by the 1958 Convention.

(c) *Through tempering the application of strict rules*

133. This is the classical Aristotelian concept of equity, described thus by Aristotle, in the *Nicomachean Ethics*:

“The reason for this is that law is always a general statement, yet there are cases which it is not possible to cover in a general

¹ Schwarzenberger, “Equity in International Law”, *Yearbook of World Affairs*, 1972, p. 346, at p. 357.

² Charles De Visscher, *Theory and Reality in Public International Law*, trans. P. E. Corbett, Princeton, 1957, p. 336.

« Le poids à accorder à chaque facteur doit être déterminé selon son importance, comparée à celle des autres facteurs pertinents. Pour établir ce qui est une part raisonnable et équitable, tous les facteurs pertinents doivent être considérés ensemble et la conclusion doit se déterminer en fonction du tout. » [Traduction du Greffe.]

b) *Interprétation équitable d'une règle de droit ou d'un traité ou d'un ensemble de faits*

129. L'une des fonctions importantes de l'équité, dans tout processus judiciaire, consiste à offrir un mode d'interprétation. Il peut s'agir d'interpréter une règle de droit, ou un document, voire un ensemble de faits. L'interprétation littérale, attachée à la lettre du droit et au formalisme, s'oppose à l'interprétation libérale, qui s'inscrit dans une optique d'équité. Que ce qui est à interpréter soit une règle de droit, un traité ou une situation de fait, cette double lecture, avec des conséquences fort différentes, est possible.

130. Schwarzenberger énonce cet aspect de l'équité en ces termes :

« La règle de l'équité, telle qu'elle s'est développée, exige que l'on soit raisonnable et de bonne foi dans l'interprétation et l'application des traités. »¹

131. On pourrait considérer plus précisément qu'il s'agit d'un choix non pas entre deux, mais entre plusieurs interprétations possibles. Ainsi que le dit De Visscher :

« L'équité peut n'être pas une base de décision indépendante : tel est le cas lorsque, dans une sentence qui, par ailleurs, reste fondée sur le droit positif (*infra legem*), le juge choisit entre plusieurs interprétations possibles de la règle celle qui lui paraît la plus conforme aux exigences de la justice, eu égard aux circonstances de l'espèce. »²

132. Dans la présente affaire, l'une des principales questions examinées par la Cour a été l'interprétation selon l'équité des « circonstances spéciales » mentionnées dans la convention de 1958.

c) *Moderation de l'application de règles strictes*

133. C'est l'idée aristotélicienne classique de l'équité, décrite par Aristote dans l'*Ethique à Nicomaque* :

« La raison en est que la loi est toujours un énoncé général, et pourtant il existe des cas qu'il n'est pas possible de couvrir dans un énoncé

¹ Scharzenberger, « Equity in International Law », *Yearbook of World Affairs*, 1972, p. 346, 357.

² Charles De Visscher, *Théories et réalités en droit international public*, Pedone, 1955, p. 416.

statement . . . This is the essential nature of the equitable : it is a rectification of law where law is defective because of its generality.”¹

134. Equity could thus adopt a dominant attitude and correct a law that is defective, or adopt a soft or more lenient interpretation of a law, thus tempering its rigidity without conflicting with it. The former attitude is, as already noted, inapplicable to international law.

135. However, the latter aspect of flexibility, which is relevant, is captured by Aristotle in the same work in his comparison of the indefiniteness of equity to the “leaden rule used by Lesbian builders”, which “is not rigid but can be bent to the shape of the stone”². In the context of maritime delimitation, each case presents upon the facts a different shape from every other, and equity adjusts itself around that shape in the manner described because it is flexible, where a rigid rule would scarcely do it justice. The Judgment in this case does no less.

(d) *Through the choice of an equitable principle*

136. This is an aspect relevant to the judicial processes involved in the present case, for there are many equitable principles (and procedures and methods) that can be used. The Court, for reasons stated, has made its choice among these in deciding upon the line of delimitation it has chosen.

137. The judicial function by its very nature involves a choice among competing principles all of which in one way or another have relevance to the matter in hand. What principles a court adopts from the range of choice available is determined by a weighing of considerations such as those of relevance, immediacy to the problem, practical value in the particular circumstances, and the degree of authority of the principle. These are matters in which a court’s experience and sense of judgment will provide it with guidance. In such situations, an important additional guide would be, within the limits of choice available in law, the court’s sense of justice, fairness and equity.

138. In relation to maritime delimitation, apart from a few specific principles such as the equidistance-special circumstances rule (which have already emerged), it would be a matter for the court, among the range of general principles (and procedures and methods) available, to make such a choice as is in accordance with law and its sense of justice.

139. This is another illustration of what Julius Stone describes as the “element of evaluative choice” that is part and parcel of the judicial process³. To use another expression of that eminent jurist, “leeways of judi-

¹ Aristotle, *The Nicomachean Ethics*, H. Rackham (trans.), Loeb Classical Library, revised ed., 1934, pp. 315 and 317.

² *Ibid.*

³ See Julius Stone, *Legal System and Lawyers’ Reasonings*, 1964, p. 305.

général... Voici la nature essentielle de l'équité : elle corrige la loi lorsque la loi est imparfaite à cause de sa généralité.»¹

134. L'équité pourrait donc adopter une attitude impérieuse et corriger une règle de droit imparfaite, ou bien en donner une interprétation plus souple ou plus accommodante, en tempérant ainsi sa rigueur sans la contredire. La première attitude est, je l'ai déjà indiqué, impropre au droit international.

135. Mais cet aspect de souplesse, qui est pertinent, est bien illustré par Aristote dans le même ouvrage lorsqu'il compare le caractère indéfini de l'équité à la «règle de plomb utilisée par les maçons de Lesbos», qui «n'est pas rigide, mais peut se plier suivant la forme de la pierre»². Dans le contexte de la délimitation maritime, chaque affaire présente des faits d'une forme différente de toutes les autres, et l'équité s'ajuste en suivant cette forme, comme il l'indique, parce qu'elle est souple, alors qu'une règle rigide ne lui rendrait guère justice. C'est ce que fait l'arrêt dans la présente affaire.

d) *Choix d'un principe équitable*

136. Cet aspect touche aux processus judiciaires qui interviennent dans la présente affaire, car les principes (ainsi que les procédures et méthodes) équitables qui peuvent être employés sont nombreux. La Cour, pour les raisons indiquées, a fait son choix entre eux en décidant de la ligne de délimitation qu'elle a arrêtée.

137. Par sa nature même, la fonction judiciaire consiste à choisir entre des principes concurrents qui tous, d'une manière ou d'une autre, sont pertinents dans l'affaire en cause. Les principes que le juge adopte parmi tous ceux qui s'offrent à lui dépendent du poids qu'il accorde à des considérations telles que la pertinence, le rapport direct avec le problème, l'intérêt pratique dans les circonstances de l'espèce, et le degré d'autorité du principe. Voilà des domaines où l'expérience et le discernement du juge lui serviront de guide. En pareils cas, celui-ci trouve une gouverne supplémentaire et importante dans les limites de choix qu'offre le droit, en son sens de la justice, de l'impartialité et de l'équité.

138. En matière de délimitation maritime, abstraction faite de quelques principes spécifiques tels que la règle de l'équidistance-circonstances spéciales (qui sont déjà apparus), il appartient au juge de faire son choix parmi la gamme des principes généraux (et des procédures et méthodes) utilisables, conformément au droit et à son sens de la justice.

139. Voilà encore une illustration de ce que Julius Stone appelle l'«élément de choix évaluateur» qui fait partie intégrante du processus judiciaire³. Pour reprendre une autre expression de cet éminent juriste, le juge

¹ Aristote, *Ethique à Nicomaque*, V.x.4 et 6, édition de Loeb, 1934.

² *Ibid.*

³ Voir Julius Stone, *Legal System and Lawyers' Reasonings*, 1964, p. 305.

cial choice”¹ exist within the concept of equity, as indeed they do in most departments of the law. The fact that international law is involved, rather than domestic law, does not alter the nature of the judicial process. Equity never was nor ever will be a completely objective department of legal knowledge. In the words of a well-known treatise, “Equity may play a dramatic role in supplementing the law or appear unobtrusively as part of legal reasoning.”²

(e) *Through the use of judicial discretion*

140. Some aspects of this have already been dealt with in so far as judicial discretion relates to the choice of an appropriate principle for application. Judicial discretion also comes into operation in regard to the choice of an appropriate solution from among a range of choices, all of them equally available on the basis of the Court’s reasoning. Indeed, this aspect is particularly relevant in the present case, for, in theory, an infinite number of possible lines of delimitation would be available within the framework of the principles which the Court has chosen to follow.

141. This aspect assumes even more relevance having regard to the express averment in paragraph 90 of the Judgment that the adjustment of the median line would be within “the measure of discretion conferred on the Court by the need to arrive at an equitable result”. I agree with this assertion of judicial discretion, for it is an explicit averment of what is often an implicit assumption. It is essential to point out, if one may borrow the combined judicial and academic wisdom of O. W. Holmes and Julius Stone, that, in matters such as this, there are no unique answers which are “‘right’ in some absolute sense, as if judgment consists of ‘adding up one’s sums correctly’”³. The court, as distinct from an arbitrator or conciliator, works within certain parameters set by law⁴. It exercises its discretion within the parameters thus set, and, where it uses the flexible tools of equity, it uses them *infra legem*. But yet, as with every exercise of judicial discretion, there is a range of choices available to the judge within a broad framework of permissible limits. Where the choice falls within that range depends upon the judge, and how he makes his choice depends on the guiding principles he employs. This is not an area of lacunae in the law, for, though the law can offer guiding principles, it is by its very nature incapable of covering entirely the innumerable permutations and combinations of fact that present themselves in a given case.

¹ Julius Stone, *Legal System and Lawyers’ Reasonings*, 1964, p. 304.

² Ian Brownlie, *Principles of International Law*, 4th ed., 1990, p. 26.

³ Julius Stone, *Legal System and Lawyers’ Reasonings*, 1964, p. 305; and O. W. Holmes, Jr., “Path of the Law”, 10 *Harvard Law Review* (1897), pp. 465-466.

⁴ This distinction between the modes of operation of a judge and arbitrator was noted by Aristotle in a passage picked up by Grotius (see p. 233, footnote 1, above).

a «des marges de choix»¹ dans le concept d'équité, comme d'ailleurs dans la plupart des domaines du droit. Le fait qu'il s'agisse de droit international plutôt que de droit interne ne modifie pas la nature de ce processus. L'équité n'a jamais été ni ne sera jamais un domaine entièrement objectif de connaissance du droit. Dans les termes d'un ouvrage bien connu : «L'équité peut jouer un rôle spectaculaire de complément au droit ou bien se fondre discrètement dans le raisonnement juridique.»²

e) *Exercice du pouvoir discrétionnaire du juge*

140. Certains aspects de cet exercice ont déjà été étudiés dans la mesure où le pouvoir discrétionnaire du juge est lié au choix d'un principe approprié à appliquer. Le pouvoir discrétionnaire du juge intervient également lorsqu'il choisit une solution appropriée à partir d'une gamme de possibilités, qui se présentent toutes également sur la base du raisonnement de la Cour. En fait, cet aspect est particulièrement pertinent en l'espèce car, en théorie, il y aurait un nombre infini de lignes de délimitation possibles dans le cadre des principes que la Cour a décidé de suivre.

141. Cet aspect est encore plus pertinent si l'on considère l'affirmation expresse faite par la Cour au paragraphe 90 de l'arrêt à l'effet que l'ajustement de la ligne médiane «resterait dans les limites du pouvoir discrétionnaire que lui confère la nécessité de parvenir à un résultat équitable». Je m'associe à cette affirmation du pouvoir discrétionnaire de la Cour, car il s'agit d'une énonciation explicite de ce qui est souvent un postulat implicite. Il est indispensable de souligner, si l'on peut emprunter à la fois à la sagesse d'un juge et à celle d'un universitaire en la personne de O. W. Holmes et de Julius Stone, que, dans des affaires comme celle-ci, il n'y a pas de réponse unique qui soit «juste» de manière absolue, comme si le jugement consistait à faire «une addition correcte»³. Le juge, à la différence d'un arbitre ou d'un conciliateur, opère à l'intérieur de certains paramètres fixés par le droit⁴. Il exerce son pouvoir discrétionnaire dans les limites de ces paramètres et, lorsqu'il emploie les instruments souples de l'équité, il le fait *infra legem*. Mais, comme dans tout exercice du pouvoir discrétionnaire du juge, il y a une gamme de choix dans un cadre large de limites autorisées. Où se situe son choix dans cette gamme dépend du juge, et comment il le fait dépend des principes directeurs auxquels il a recours. Il ne s'agit pas ici de lacunes du droit, car si le droit peut offrir des principes directeurs, il ne saurait, par sa nature même, couvrir entièrement les innombrables permutations et combinaisons de faits qui se présentent dans une affaire donnée.

¹ Julius Stone, *Legal System and Lawyers' Reasonings*, 1964, p. 304.

² Ian Brownlie, *Principles of International Law*, 4^e éd., 1990, p. 26.

³ Julius Stone, *Legal System and Lawyers' Reasonings*, 1964, p. 305, et O. W. Holmes Jr., «Path of the Law», *Harvard Law Review*, vol. 10, 1987, p. 465-466.

⁴ Cette distinction entre la démarche du juge et celle de l'arbitre a été notée par Aristote dans un passage relevé par Grotius (voir ci-dessus p. 233, note 1).

142. The use of judicial discretion may not be one of the great illuminated places of the law but, within it, equity is *par excellence* one of the lights¹ available to a judge in determining his preference amidst the leeways of choice available². Equity here may consist of specific principles that have emerged from equity, or equity in the broad and general sense already discussed. Either way equity can enter international law and make a vital contribution to its continued development. Since the use of judicial discretion within the prescribed parameters is thus a necessary and intrinsic part of the judicial process, a court exercising its discretion in a case such as this does not exceed its judicial function in making its considered choice, within those limits, on the basis of its sense of the fair and equitable. Nor does it need to feel inhibited, in the exercise of that very proper function, by concerns that it is trespassing beyond the limits of the judicial function. Viewed thus, the whole spectrum of equitable applications, uses and methods stretches out before the Court, enabling the best choice to be made from the range available within the limits of its authority.

(f) *Through filling in gaps and interstices in the law*

143. This has already been dealt with in the context of equity *praeter legem*.

(g) *Through following equitable procedures*

144. This has already been dealt with in classification I (b) above.

(h) *Through the application of equitable principles already embedded in the law*

145. Many principles of equity such as unjust enrichment, good faith, contractual fairness and the use of one's property so as not to cause damage to others are already embedded in positive law. In the field of international law the position is the same. When one applies such a rule of

¹ There could of course be several others, especially in a municipal forum, where a judge may consciously or unconsciously lean towards, for example, a utilitarian, an analytical positivist, a realist, or other philosophical stance in making his decision. See C. G. Weeramantry, "The Importance of Philosophical Perspectives in the Judicial Process", 6 *Connecticut Journal of International Law* (1991), p. 599.

² On leeways of choice in judicial discretion, see, generally, Julius Stone, *Human Law and Human Justice*, 1965, pp. 304-312. See also Lon L. Fuller, *The Morality of Law*, revised ed., 1969, for a view of the choices available, ranging from what Fuller calls the morality of aspiration, high up on the scale, to the morality of duty lower down. The more idealistic judge would make his choice higher up the scale than the more pragmatic. The highest points of the scale would be unsuitable for practical use.

142. L'exercice du pouvoir discrétionnaire du juge n'est peut-être pas l'un des domaines du droit où règne la plus grande lumière mais, à cet égard, l'équité est par excellence l'un des principaux guides¹ dont un juge peut se servir pour arrêter sa préférence à l'intérieur des marges de choix dont il dispose². L'équité peut ici consister en des principes spécifiques issus d'elle-même, ou s'entendre au sens large et général que j'ai déjà analysé. Dans l'un ou l'autre cas, l'équité peut entrer dans le droit international et contribuer de manière vitale à son développement ultérieur. L'exercice du pouvoir discrétionnaire du juge à l'intérieur des paramètres prescrits faisant ainsi nécessairement et intrinsèquement partie du processus judiciaire, une juridiction exerçant son pouvoir discrétionnaire dans une affaire comme celle-ci n'outrepasse donc pas sa fonction judiciaire en opérant un choix réfléchi, dans ces limites, selon son sens de ce qui est juste et équitable. Elle n'a pas lieu non plus de s'estimer retenue, dans l'exercice de cette fonction tout à fait légitime, par la crainte de transgresser les limites de la fonction judiciaire. Sous cet angle, tout le spectre des applications, utilisations et méthodes équitables s'étend devant la Cour, lui permettant de faire le meilleur choix, dans la gamme dont elle dispose, dans les limites de son autorité.

f) *Suppléance des lacunes et des interstices du droit*

143. Ce point a déjà été traité dans le contexte de l'équité *praeter legem*.

g) *Application de procédures équitables*

144. J'en ai déjà parlé dans la section I b) ci-dessus.

h) *Application de principes équitables faisant déjà partie du droit*

145. Bien des principes d'équité, tels que l'enrichissement sans cause, la bonne foi, la loyauté contractuelle et l'exercice du droit de propriété de manière à ne pas causer de dommage à autrui, font déjà partie du droit positif. En droit international, la situation est la même. Lorsque l'on

¹ Il pourrait évidemment y en avoir plusieurs autres, surtout dans une instance de droit interne, où un juge peut consciemment ou inconsciemment pencher, par exemple, pour une attitude utilitaire, positiviste analytique ou réaliste ou pour toute autre préférence philosophique, pour prendre sa décision. Voir C. G. Weeramantry, « The Importance of Philosophical Perspectives in the Judicial Process », *Connecticut Journal of International Law*, vol. 6, 1991, p. 599.

² Au sujet des marges de choix dans le pouvoir discrétionnaire du juge, voir, de manière générale, Julius Stone, *Human Law and Human Justice*, 1965, p. 304-312. Voir aussi Lon L. Fuller, *The Morality of Law*, édition révisée de 1969, pour un aperçu des choix existants, qui vont de ce que Fuller appelle la moralité d'aspiration, tout en haut de l'échelle, jusqu'à la moralité du devoir, plus bas. Le juge le plus idéaliste porte son choix plus près du haut de l'échelle que le plus pragmatique. Les sommets de l'échelle ne se prêteraient pas à une utilisation pratique.

positive law, one is thus giving effect at the same time to a principle of equity. At what precise time a particular rule of equity takes on also the mantle of a rule of law is often a difficult question to decide. The results reached would often be the same, and probing the matter further may then be a merely academic exercise.

(i) *Through its use in negative fashion to test a result*

146. This has already been dealt with in classification V (b) above.

VIII. The Stages of Equitable Decision-Making¹

147. It is perhaps helpful, in analysing a judgment involving the use of equity, to note that equity has not been applied in one sweeping operation, but that it is a careful and ordered process involving sequential stages which can be separately examined. The Judgment of the Court in this case applies equity in this ordered fashion and has my support in regard to the decision taken at each of these stages. These stages could of course be differently analysed, but the following stages perhaps represent the Court's approach to the problem.

(a) *The identification of the area of the dispute*

148. The earlier part of the Judgment carefully considers this aspect in some detail (para. 21), specifying the three areas involved. The extent of the relevant area is also specified.

(b) *The preparatory phase of assembling the relevant circumstances*

149. As in this case, the next task that presents itself is to assemble the relevant circumstances. In so doing, the Court would independently assess the relevance of each circumstance. The Judgment of the Court indicates what circumstances it considers relevant. The particular circumstances involved in this case are referred to in Part B of this opinion.

150. In working on this preparatory phase the Court would be guided by the equitable procedure of considering every item relevant to the matter under examination. The decision whether a matter has relevance or not would naturally be dependent also on any applicable rules of law, for the equity the Court is here using is not equity *contra legem*. This

¹ See, on this aspect, Michel Virally ("L'équité dans le droit. A propos des problèmes de délimitation maritime", in *International Law at the Time of Its Codification: Essays in Honour of Roberto Ago*, 1987, Vol. II, pp. 526-530), which makes a three-fold division. For a more elaborate analysis into five stages, see J. Charney, "Ocean Boundaries between Nations: A Theory for Progress", *op. cit.* See, also, for a four-fold classification into identification of area, identification of method, application of practical method and assessment of equitability, M. D. Evans, *Relevant Circumstances and Maritime Delimitation*, 1989, pp. 87-88.

applique une telle règle de droit positif, on met donc en œuvre en même temps un principe d'équité. Le moment exact où une règle donnée d'équité est promue règle de droit est souvent difficile à déterminer. Les résultats sont souvent les mêmes, et une recherche plus poussée risque donc d'être un simple exercice théorique.

i) *Utilisation a contrario pour vérifier un résultat*

146. J'en ai déjà traité dans la section V b) ci-dessus.

VIII. Les stades de l'élaboration d'une décision en équité¹

147. Il est peut-être utile, en étudiant un arrêt qui fait intervenir l'équité, d'observer que celle-ci n'a pas été appliquée en bloc, mais selon une démarche prudente et ordonnée comportant une série de stades successifs qui peuvent s'analyser séparément. L'arrêt de la Cour dans la présente affaire recourt à l'équité de cette manière ordonnée et je m'associe à la décision qu'elle a prise à chaque stade. Il est naturellement possible de les analyser différemment, mais les étapes ci-après reflètent peut-être l'approche que la Cour a appliquée au problème.

a) *Définition de la zone en litige*

148. Le début de l'arrêt traite soigneusement de cet aspect assez en détail (par. 21), en précisant les trois zones en cause. L'étendue de la zone pertinente est également indiquée.

b) *La phase préparatoire de la réunion des circonstances pertinentes*

149. Comme dans la présente affaire, la tâche suivante consiste à réunir les circonstances pertinentes. Ce faisant, la Cour apprécie de manière indépendante la pertinence de chacune d'elles. L'arrêt précise celles qu'elle a jugées pertinentes. Les circonstances concrètes dont il s'agit ici sont évoquées dans la partie B de la présente opinion.

150. Lors de cette phase préparatoire, la Cour s'inspire de la procédure équitable qui consiste à étudier chaque élément pertinent pour l'affaire. La détermination de la pertinence ou de l'absence de pertinence d'un fait dépend aussi, naturellement, des règles de droit applicables, car l'équité dont use ici la Cour n'est pas l'équité *contra legem*. Cet aspect est d'une

¹ Voir sur cet aspect Michel Virally (« L'équité dans le droit. A propos des problèmes de délimitation maritime », dans *Le droit international à l'heure de sa codification. Etudes en l'honneur de Roberto Ago*, vol. II, 1987, p. 526-530), qui établit une division tripartite. Pour une analyse plus développée en cinq parties, voir J. Charney, « Ocean Boundaries between Nations: A Theory for Progress », *op. cit.* Voir aussi, pour une classification en quatre parties: définition de la zone, définition de la méthode, application d'une méthode pratique et évaluation du caractère équitable, M. D. Evans, *Relevant Circumstances and Maritime Delimitation*, 1989, p. 87-88.

aspect is of crucial importance in determining for example whether such circumstances as population or economic factors should be taken into account.

(c) *The decisional phase*

151. This has a three-fold aspect — decisions in regard to the appropriate rules, whether of law or equity that have to be employed; decisions in regard to the assessment of the facts found to be relevant under head (b); and the application of rules of law or equity to those facts to produce a practical result.

152. Once the relevant circumstances are determined, their weight has to be assessed. What weight would, for example, be given to the ice factor in this case in working out a principle of fair division? What is its weight both intrinsically and when matched against the other relevant factors? What is the weight to be given to proportionality in the light of the disproportionate coastal lengths involved?

153. Thus each factor needs to be assessed for its intrinsic importance and for the weight it carries amidst the totality of relevant factors.

(d) *The confirmatory phase*

154. The Court would then reach a result, but that result needs to be tested, for equitable principles or procedures do not automatically lead to an equitable result. As already noted, while equidistance might represent an equitable principle or method, it could lead to a result which is not equitable. A result must not be unjust. The philosophical underpinnings of this concept have already been discussed in relation to the *a posteriori* use of equity in category V above.

155. This short survey of the handling of equity in the Judgment, and of possible approaches to the application of equity, will show the multitude of heads and the diversity of routes through which equity becomes available to the Court. It is hoped, also, that this analysis will have shown the inevitability of the entry of equity into a problem such as that confronting the Court, the productive role it can play through judicial decision and otherwise in constructing the law of the future and the fact that equity is a vital and integral part of positive law which one neglects only at the cost of legal development.

UNCERTAINTIES IN THE USE OF EQUITY

156. It is intrinsic to the operation of equity that there are some uncertainties in regard to the extent of its application and the results which emerge. This has already been noted in an earlier part of this opinion.

importance cruciale pour déterminer par exemple si des circonstances telles que la population ou les facteurs économiques devraient être prises en compte.

c) *La phase de décision*

151. Cette phase a un triple aspect — décisions portant sur les règles appropriées, qu'elles soient de droit ou d'équité, à utiliser; décisions portant sur l'appréciation des faits jugés pertinents visés en *b*); et application des règles de droit ou d'équité à ces faits pour aboutir à un résultat pratique.

152. Une fois déterminées les circonstances pertinentes, il convient d'en apprécier le poids. Par exemple, quel poids faut-il accorder au facteur qui constitue la présence de glaces en l'espèce pour élaborer un principe de partage juste? Quel est son poids, tant intrinsèque que par rapport aux autres facteurs pertinents? Quel poids accorder à la proportionnalité, compte tenu de la disproportion des longueurs de côtes en cause?

153. Ainsi, chaque élément doit être apprécié pour son importance intrinsèque et pour le poids qui lui revient sur la totalité des facteurs pertinents.

d) *La phase de confirmation*

154. La Cour parvient alors à un résultat, mais celui-ci doit être vérifié, car des principes ou des procédures équitables ne se traduisent pas automatiquement par un résultat équitable. Comme on l'a déjà observé, même si l'équidistance peut représenter un principe ou une méthode équitable, elle pourrait conduire à un résultat qui ne le serait pas. Or, un résultat ne doit pas être injuste. Les bases philosophiques de ce concept ont déjà été étudiées à propos du recours à l'équité à posteriori sous la rubrique V ci-dessus.

155. Ce bref aperçu de l'usage de l'équité dans l'arrêt et des différentes démarches possibles pour appliquer l'équité montre la multitude de rubriques et la diversité des modes selon lesquels la Cour peut recourir à l'équité. J'espère aussi que cette analyse aura montré que l'équité ne pouvait manquer d'intervenir dans un problème comme celui dont la Cour est saisie, qu'elle peut jouer un rôle productif, par la décision judiciaire et aussi autrement, pour construire le droit de l'avenir, et enfin que l'équité est une partie intégrante et vitale du droit positif, que l'on ne saurait négliger qu'au détriment du développement du droit.

INCERTITUDES DANS L'UTILISATION DE L'ÉQUITÉ

156. Il est inhérent au fonctionnement de l'équité qu'il existe des incertitudes quant à la portée et au résultat de son application. Je l'ai déjà signalé dans cette opinion. J'étudierai séparément ci-après quelques-

Some of the causes of these uncertainties, with special reference to maritime delimitation, are separately considered below with a view to addressing the question whether there is in equity, as is sometimes alleged, a quality of uncertainty which renders it an unsuitable instrument for determining the claims of parties in a matter such as this.

(a) *Absence of mechanisms for precise quantification*

157. To expect greater precision is to ignore the very nature of equity¹. One is reminded here of the Aristotelian aphorism that only so much precision can be achieved as the subject-matter will allow. The factual material which equity deals with is in most cases rarely assessable in quantifiable terms. Equity has no fine balances at its command to weigh human conduct, no graded units of value with which to measure the particular mix of varied factors a given case may present. It makes in most cases an overall assessment on the basis of legal principle and human experience and will not be able, in mathematical fashion, to produce a result precisely calibrated to match the circumstances, if, indeed, such a result were at all possible, having regard to the nature of the subject-matter.

158. When therefore a court, as in this case, translates an equitable finding into a delimitation, it is only in terms of an assessment of the equities as closely as it can and not with any suggestion that the resulting cartographic delimitation mirrors the exact ratio of equities involved. Certainties such as are contended for here do not exist even in the realm of the law, leave alone the realm of equity².

(b) *Lack of definiteness in the scope of equity*

159. Equity's seeming weakness in defying comprehensive definition³, or precise quantification is at the same time one of its strengths, for it has

¹ Judge Manley Hudson points out:

"The conceptions introduced into the law as principles of equity cannot be listed with definiteness; but they are not to be discarded because they are vague, for that is a quality attaching to international law itself. . ." (*The Permanent Court of International Justice, 1920-1942* (1972 reprint, intro. by L. B. Sohn), p. 617.)

² On the belief in legal certainty even in law, as opposed to equity, see Julius Stone, *The Province and Function of Law*, 1946, pp. 204-205:

"[T]he defence of legal 'certainty' insofar as it assumes that certainty can be attained by continuing to adhere closely to logical development of the 'principles of law', is defending what has never existed. The appearance of certainty and stability in legal rules and principles conceals existing uncertainty."

³ O. Schachter, *op. cit.*, p. 82: "No concept of international law resists precise definition more than the notion of equity."

unes des causes de ces incertitudes, plus particulièrement en matière de délimitation maritime, en vue de répondre à la question de savoir si, comme on le dit parfois, l'équité comporte un élément d'incertitude qui en fait un instrument impropre au règlement des revendications des parties dans une affaire comme celle-ci.

a) *Absence de mécanisme de quantification précise*

157. En attendre une plus grande précision, c'est méconnaître la nature même de l'équité¹. Il nous revient ici l'aphorisme d'Aristote que l'on ne peut pas atteindre plus de précision que le sujet ne le permet. Les éléments de fait qui relèvent de l'équité ne sont, dans la plupart des cas, que rarement quantifiables. L'équité ne dispose d'aucune balance de précision pour peser la conduite humaine, d'aucune unité étalonnée pour mesurer le dosage particulier de facteurs divers que peut présenter une affaire donnée. Le plus souvent, elle procède à une détermination d'ensemble en fonction des principes du droit et de l'expérience humaine et elle n'est pas en mesure de produire, de manière mathématique, un résultat calibré exactement pour répondre aux circonstances, à supposer d'ailleurs qu'un tel résultat soit même possible, compte tenu de la nature du sujet.

158. Aussi, lorsqu'une juridiction traduit, comme dans cette affaire, une conclusion d'équité en une délimitation, ce n'est qu'en fonction d'une appréciation des éléments d'équité, faite d'aussi près qu'elle le peut, et sans prétendre que la délimitation cartographique qui en résulte reflète le rapport exact des éléments d'équité. Des certitudes telles que celles dont on voudrait se prévaloir ici n'existent pas, même dans le domaine du droit, et moins encore dans celui de l'équité².

b) *Manque de précision de la portée de l'équité*

159. La faiblesse apparente de l'équité, en ne se prêtant pas à une définition complète³ ou à une quantification précise, est en même temps l'une

¹ Selon M. Manley Hudson :

« Les conceptions introduites dans le droit en tant que principes d'équité ne sauraient être énumérées avec précision ; mais il ne faut pas les écarter parce qu'elles sont vagues, car c'est là une qualité que présente le droit international lui-même. » (*The Permanent Court of International Justice, 1920-1942* (réimpression de 1972, introduction de L. B. Sohn), p. 617).

² Au sujet de la croyance à la certitude juridique même en droit, par opposition à l'équité, voir Julius Stone, *The Province and Function of Law*, 1946, p. 204-205 :

« La défense de la « certitude » juridique, dans la mesure où elle suppose que l'on peut atteindre la certitude en continuant de suivre de près le développement logique des « principes de droit », revient à défendre ce qui n'a jamais existé. L'apparence de certitude et de stabilité des règles et principes du droit en dissimule l'incertitude réelle. »

³ O. Schachter, *op. cit.*, p. 82 : « Aucun concept de droit international ne résiste davantage à une définition précise que la notion d'équité. »

given it the flexibility to make a prime contribution to the development of the law. Try as one may to achieve the desirable goal of certainty, this remains elusive, for

“the finest legal dissertations on equity will never succeed in completely eliminating what is perhaps an irreducible core of judicial subjectivism . . .” (*Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya/Malta)*, *I.C.J. Reports 1985*, p. 90, para. 37, joint separate opinion of Judges Ruda, Bedjaoui and Jiménez de Aréchaga).

Elsewhere in this opinion, reference has been made to the series of seminal principles equity has contributed to international law. These have proceeded from its quality of flexibility, its ability to handle new situations for which legal precedent affords no guidance, and its conformity with justice and fairness. In maritime delimitation law, likewise, these qualities will no doubt assist it in shaping that body of law in equitable fashion, and each individual decision based on equity, such as the present case can contribute to this end. The day equity is completely captured in a definition or formula, its creativity would be at an end.

(c) *Lack of crystallization of equitable results*

160. In the special field of the law of the sea, equitable concepts remain largely undefined and their theoretical foundations unclear. This is but natural, particularly in such an actively developing field, for as De Visscher has observed,

“if one views the matter historically, rules of law have at all times been largely the offshoots of equity before being crystallized within the positive legal order”¹.

The danger of overconceptualization of equitable principles has indeed been noted by this Court in the context of the law of the sea², however great the apparent need to concretize the application of equity in this field.

(d) *Changing nature of the law of the sea*

161. An additional circumstance making for uncertainty in this field should also be noted — namely that the uncertainties of equity are com-

¹ Charles De Visscher, *De l'équité dans le règlement arbitral ou judiciaire des litiges de droit international public*, 1972, pp. 8-9:

“envisagées du point de vue de la formation historique de leur contenu, les règles de droit ont de tout temps été largement tributaires de l'équité avant de se cristalliser dans l'ordre juridique positif.”

See, also, M. D. Blecher, “Equitable Delimitation of Continental Shelf”, 73 *American Journal of International Law* (1979), pp. 83-88.

² *Continental Shelf (Tunisia/Libyan Arab Jamahiriya)*, *I.C.J. Reports 1982*, p. 92.

de ses forces, en lui donnant la souplesse nécessaire pour apporter une contribution de premier plan à l'évolution du droit. Quoi que nous fassions pour atteindre cet objectif louable qu'est la certitude, celui-ci se dérobe, car

« les plus belles dissertations juridiques sur l'équité ne parviendront pas à éliminer une part peut-être irréductible de ce subjectivisme prétorien... » (*Plateau continental (Jamahiriya arabe libyenne/Malte)*, C.I.J. Recueil 1985, p. 90, par. 37, opinion conjointe de MM. Ruda, Bedjaoui et Jiménez de Aréchaga).

Nous avons déjà évoqué dans cette opinion la série de principes féconds que l'équité a apportés au droit international. Ils sont les fruits de sa qualité de souplesse, de son aptitude à répondre à des situations nouvelles, où les précédents juridiques ne sont d'aucun secours, et de sa conformité à la justice et à l'impartialité. De même, ces qualités ne manqueront pas de l'aider à façonner le droit de la délimitation maritime de manière équitable, et chaque décision individuelle fondée sur l'équité, comme dans la présente affaire, peut y contribuer. Le jour où l'équité sera complètement capturée dans une définition ou une formule, sa créativité sera épuisée.

c) *Absence de cristallisation des résultats équitables*

160. Dans le domaine spécial du droit de la mer, les concepts d'équité restent en grande partie imprécis, et leurs fondements théoriques peu clairs. Ce n'est que naturel, surtout dans un domaine qui se développe aussi activement, car comme De Visscher l'a noté,

« envisagées du point de vue de la formation historique de leur contenu, les règles de droit ont de tout temps été largement tributaires de l'équité avant de se cristalliser dans l'ordre juridique positif »¹.

Le danger d'une conceptualisation excessive des principes équitables a d'ailleurs été signalé par cette Cour dans le contexte du droit de la mer², si grand que soit le besoin apparent de concrétiser l'application de l'équité dans ce domaine.

d) *Caractère évolutif du droit de la mer*

161. Il convient aussi de noter une autre circonstance qui contribue au manque de sécurité dans ce domaine: les incertitudes de l'équité sont

¹ Charles De Visscher, *De l'équité dans le règlement arbitral ou judiciaire des litiges de droit international public*, 1972, p. 8-9. Voir également M. D. Blecher, « Equitable Delimitation of Continental Shelf », *American Journal of International Law*, vol. 73, 1979, p. 83-88.

² *Plateau continental (Tunisie/Jamahiriya arabe libyenne)*, C.I.J. Recueil 1982, p. 92.

pounded, in relation to the law of the sea, by the fact that the law of the sea itself has been undergoing a process of spectacular change. Some cases such as the 1969 *North Sea Continental Shelf* cases and the 1982 *Continental Shelf (Tunisia/Libyan Arab Jamahiriya)* case occurred before the Law of the Sea Convention was signed, whereas others such as the 1985 *Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya/Malta)* case and the 1985 *Guinea/Guinea-Bissau* cases occurred after. Maritime delimitations such as are sought in this case straddle the Geneva Convention of 1958 and the Montego Bay Convention of 1982, with all the conceptual changes occurring between 1958 and the present day.

162. Not only was a new dimension given by that Convention to the applicability of equity but the very concepts to which it was being applied — such as that of the exclusive economic zone — were in a state of dynamic evolution. New concepts unknown in the 1950s such as that of the exclusive economic zone were gathering strength even as older concepts such as that which based the continental shelf on a natural prolongation were losing momentum. It is no cause for surprise that flexible principles superimposed upon so fluid a subject should have failed to produce a greater predictability of legal result.

(e) *The resort to fact-intensive rather than rule-intensive procedures*

163. An important aspect which the Court must address in maritime delimitation cases is the extent to which it should concentrate on the variable facts of each separate case rather than on a search for overriding rules which are common to all¹. The juristic literature describes the former as fact-intensive rather than rule-intensive procedures, and points to the concentration on fact-intensive procedures as an additional cause of uncertainty in this area of the law. However, the type of enquiry involved in the present case necessarily requires heavy reliance on fact-intensive procedures. Additionally, the crystallization of equitable rules relating to delimitation has not yet reached a stage of sufficient maturity to be a comprehensive guide². Fact-intensive procedures must therefore continue to play a significant role in maritime delimitations.

164. In the history of maritime delimitation, there have indeed been attempts to reduce the solution of this problem to rule-intensive procedures specified with nearly mathematical precision³. The effort at one

¹ Schachter, *op. cit.*, p. 87.

² See, generally, Schachter, *ibid.*

³ As perhaps best illustrated by J. L. Azcárraga's suggestions running to three pages of mathematical formulae titled "Nuestra Fórmula Matemática", in *La Plataforma Submarina y el Derecho Internacional*, 1952, pp. 82-84. The formulae allocate different areas of shelf according to three fixed factors — number of inhabitants, length of coast and area of territory.

aggravées, en ce qui concerne le droit de la mer, par le fait que celui-ci a connu des transformations spectaculaires. Certaines affaires, telles que celles du *Plateau continental de la mer du Nord* de 1969 et celle du *Plateau continental (Tunisie/Jamahiriya arabe libyenne)* de 1982 sont antérieures à la signature de la convention du droit de la mer, alors que d'autres, par exemple l'affaire du *Plateau continental (Jamahiriya arabe libyenne/Malte)* de 1985 et celles de la *Guinée/Guinée-Bissau* de la même année, lui sont postérieures. Des délimitations maritimes comme celles de la présente affaire ressortissent à la fois à la convention de Genève de 1958 et à celle de Montego Bay de 1982, avec tous les changements conceptuels intervenus de 1958 à nos jours.

162. Non seulement cette convention a-t-elle donné une nouvelle dimension à l'applicabilité de l'équité, mais les concepts mêmes auxquels elle s'appliquait — comme celui de la zone économique exclusive — se trouvaient en état d'évolution dynamique. Des concepts nouveaux, inconnus dans les années cinquante, tel celui de la zone économique exclusive, ont pris de l'importance pendant que d'autres, plus anciens, comme celui qui fondait le plateau continental sur un prolongement naturel, en ont perdu. Il n'y a pas lieu de s'étonner que des principes souples, superposés à un sujet aussi mouvant, n'aient pas réussi à produire une plus grande prévisibilité des résultats juridiques.

e) *Le recours à des procédures axées sur les faits plutôt que sur les règles*

163. Il est un aspect important que la Cour doit examiner dans des affaires de délimitation maritime : la mesure dans laquelle elle devrait s'attacher aux faits, variables, de chaque cas d'espèce plutôt qu'à la recherche de règles prépondérantes, communes à toutes les affaires¹. La doctrine qualifie le premier cas de procédure axée sur les faits plutôt que sur les règles et observe que l'attachement aux procédures du premier type est une cause supplémentaire d'incertitude dans ce domaine du droit. Toutefois, le genre de recherches que demande la présente affaire exige nécessairement que l'on fasse largement appel aux procédures axées sur les faits. Au surplus, la cristallisation des règles équitables relatives à la délimitation n'a pas encore atteint une maturité suffisante pour être un guide fiable en toutes circonstances². Les procédures axées sur les faits doivent donc continuer à jouer un rôle significatif dans les délimitations maritimes.

164. L'histoire de la délimitation maritime a effectivement vu des tentatives de réduire la solution de ce problème à des procédures axées sur des règles énoncées avec une précision quasi mathématique³. Les efforts

¹ Schachter, *op. cit.*, p. 87.

² Voir, de manière générale, Schachter, *ibid.*

³ La meilleure illustration en est peut-être fournie par les suggestions de J. L. Azcárraga, trois pages de formules mathématiques intitulées « Nuestra Fórmula Matemática », dans *La Plataforma Submarina y el Derecho Internacional*, 1952, p. 82-84. Ces formules attribuent différentes étendues de plateau selon trois facteurs fixes : nombre d'habitants, longueur de côte et superficie du territoire.

stage to erect the concept of equidistance into a rigid rule was another attempt at rule-intensive solutions aimed at achieving a predictable certainty of result.

165. The self-limiting nature of such formulae is clear, especially in the light of later experience revealing the relevance of numerous factors, some of which may not have been foreseen, and some of which — such as State conduct — cannot possibly be the subject of pre-set assessments. Legal concepts cannot thus be locked into the rigours of mathematical method.

PART B. PARTICULAR INVOCATIONS OF EQUITY IN MARITIME DELIMITATION

Long-standing Recognition of Equity in the Law of the Sea

166. Apart from the general applicability of equity in international law which would, in any event, draw it into disputes in relation to the law of the sea, it has also been specifically drawn into the law of the sea by treaty, proclamation, judicial and arbitral decisions and State practice. Equity has long been specifically drawn into the law of the sea in this fashion. This aspect is dealt with in the Judgment of the Court and I shall deal with it only in outline. It will suffice for present purposes to note that its invocation in the Truman Proclamation (of 28 September 1945) was coeval with the very birth of the continental shelf doctrine. The statement in that Proclamation that the determination of boundaries, where the continental shelf extended to the shores of another State or was shared with another State, was to be *in accordance with equitable principles* was a significant early indication that the law of the sea would, in its formative phase, lean heavily on equity.

167. A landmark event was the Geneva Convention of 1958 which will be considered below. However, even before this, the régime of equity in this field was well established:

“It is generally admitted that in State practice prior to the Geneva Conference of 1958 the tendency was to refer in general terms to the delimitation of continental shelf boundaries or ‘*equitable principles*’ . . .” (*North Sea Continental Shelf, I.C.J. Reports 1969*, p. 91, Judge Padilla Nervo, separate opinion.)

168. In the jurisprudence of this Court in maritime disputes, the equitable approach received recognition in 1951 in the *Anglo-Norwegian Fisheries* case¹. The development of this trend, through a series of

¹ *I.C.J. Reports 1951*, p. 142. See, also, S. Rosenne, *The International Court of Justice*, 1957, pp. 427-428.

déployés à un moment pour ériger le concept d'équidistance en règle rigide ont représenté une autre tentative de recours à des solutions axées sur les règles en vue d'obtenir une certitude prévisible du résultat.

165. Le caractère intrinsèquement limité de ces formules est clair, surtout compte tenu de l'évolution ultérieure, qui a révélé la pertinence de nombreux facteurs, dont certains n'avaient peut-être pas été prévus, et dont quelques-uns — comme la conduite des États — ne sauraient absolument pas faire l'objet d'évaluations préétablies. Les concepts juridiques ne peuvent donc pas être ainsi enfermés dans la rigueur de méthodes mathématiques.

PARTIE B. MENTIONS PARTICULIÈRES DE L'ÉQUITÉ
EN MATIÈRE DE DÉLIMITATION MARITIME

Reconnaissance de longue date de l'équité en droit de la mer

166. En dehors de son applicabilité générale en droit international, qui la ferait intervenir de toute manière dans des différends relevant du droit de la mer, l'équité a aussi été expressément incorporée au droit de la mer par voie de traités, de proclamations et de décisions judiciaires et arbitrales et par la pratique des États. Elle a été ainsi incorporée depuis longtemps au droit de la mer. Cet aspect est traité dans l'arrêt de la Cour et je me contenterai de l'aborder dans ses grandes lignes. Il suffit ici de rappeler que sa mention dans la proclamation Truman (du 28 septembre 1945) a coïncidé avec la naissance de la doctrine du plateau continental. En déclarant que, lorsque le plateau continental s'étendait vers les côtes d'un autre État ou était partagé avec un autre État, la délimitation devait être conforme à des principes équitables, cette proclamation a donné une première indication importante que le droit de la mer, dans sa phase de formation, serait lourdement tributaire de l'équité.

167. La convention de Genève de 1958, dont je parlerai plus loin, a fait date. Mais avant même celle-ci, le régime de l'équité dans ce domaine était bien établi :

« Il est généralement admis que, dans la pratique des États antérieure à la conférence de Genève de 1958, on avait tendance à parler, en termes très généraux, de délimiter les plateaux continentaux selon des « principes équitables »... » (affaires du *Plateau continental de la mer du Nord*, C.I.J. Recueil 1969, p. 91, opinion individuelle de M. Padilla Nervo.)

168. Dans la jurisprudence de cette Cour en matière de différends maritimes, l'approche basée sur l'équité a été reconnue en 1951 dans l'affaire des *Pêcheries* anglo-norvégiennes¹. Le développement de cette

¹ C.I.J. Recueil 1951, p. 142; voir aussi S. Rosenne, *The International Court of Justice*, 1957, p. 427-428.

cases¹ until the latest decisions of this Court, has entrenched equity as a key legal factor in this field. This trend is evident also in the arbitral decisions².

169. In the deliberations during UNCLOS III, the role of equity in relation to the law of the sea progressively achieved increasing recognition, till it became enshrined as a cardinal principle in the final draft of the Convention, in Articles 74 and 83. In achieving this status, equity displaced other suggested criteria such as equidistance which had appeared in earlier drafts as the prime consideration for delimitation. Indeed, a deep concern for equitable considerations permeates the Convention (see Arts. 160 (2) (d), 161 (1) (e), 162 (2) (d), 163 (4), 274 (a)).

170. So much importance has equity gained in this regard that it has been described as “currently gaining ground as the central principle of maritime boundary delimitation over the 1958 equidistance-special circumstances rule”³.

The Use of Equity in the 1958 Geneva Convention

171. The 1958 Geneva Convention on the Continental Shelf provides by Article 6 that, where the same continental shelf is adjacent to the territories of the two States whose coasts are opposite to each other, the boundary of the continental shelf appertaining to such States shall be determined by agreement between them:

“In the absence of agreement, and unless another boundary line is justified by special circumstances, the boundary is the median line, every point of which is equidistant from the nearest points of the baselines from which the breadth of the territorial sea of each State is measured.”

172. Judge Oda has observed that, although not specifically mentioned in Article 6, the idea of an equitable solution lay at the basis of that provision⁴ which can perhaps be regarded as having inferentially attracted equity into delimitation.

¹ *North Sea Continental Shelf* cases, *I.C.J. Reports* 1969, p. 3; *Continental Shelf (Tunisia/Libyan Arab Jamahiriya)* case, *I.C.J. Reports* 1982, p. 18; case concerning *Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area*, *I.C.J. Reports* 1984, p. 246; and *Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya/Malta)* case, *I.C.J. Reports* 1985, p. 13.

² See, in particular, the decisions of the Court of Arbitration in the *Delimitation of the Continental Shelf between the United Kingdom and France* case, *RIAA*, Vol. XVIII, pp. 3 ff.; and *Chile/Argentina Beagle Channel Arbitration*, *International Legal Materials*, 1978, pp. 36 ff.

³ H. W. Jayewardene, *Regime of Islands in International Law*, 1990, p. 316.

⁴ *Continental Shelf (Tunisia/Libyan Arab Jamahiriya)*, *I.C.J. Reports* 1982, p. 246, para. 144, dissenting opinion of Judge Oda.

tendance, par une série d'affaires¹ qui s'est prolongée jusqu'aux décisions les plus récentes de la Cour, a consacré l'équité en tant que facteur fondamental de droit dans ce domaine. Cette tendance ressort également des décisions arbitrales².

169. Au cours des délibérations qui ont eu lieu à la troisième conférence des Nations Unies sur le droit de la mer, le rôle de l'équité dans le contexte du droit de la mer s'est peu à peu fait admettre, jusqu'à s'y implanter comme principe cardinal dans le projet final de la convention, aux articles 74 et 83. En acquérant ce statut, l'équité a supplanté d'autres critères qui avaient été suggérés, comme celui de l'équidistance, qui faisait figure, dans des projets antérieurs, de considération principale en matière de délimitation. En fait, un profond souci pour les considérations d'équité imprègne toute la convention (voir art. 160, par. 2, al. *d*); 161, par. 1, al. *e*); 162, par. 2, al. *d*); 163, par. 4; 274, al. *a*)).

170. L'équité a pris tant d'importance à cet égard qu'on l'a présentée comme « gagnant actuellement du terrain en tant que principe central de la délimitation maritime au détriment de la règle de l'équidistance-circonstances spéciales de 1958 »³.

L'équité dans la convention de Genève de 1958

171. La convention de Genève de 1958 sur le plateau continental prévoit à l'article 6 que dans le cas où un même plateau continental est adjacent aux territoires de deux États dont les côtes se font face, la délimitation du plateau continental entre ces États est déterminée par accord entre ces États :

« A défaut d'accord, et à moins que des circonstances spéciales ne justifient une autre délimitation, celle-ci est constituée par la ligne médiane dont tous les points sont équidistants des points les plus proches des lignes de base à partir desquelles est mesurée la largeur de la mer territoriale de chacun de ces États. »

172. M. Oda a fait observer que, même si elle n'est pas expressément mentionnée à l'article 6, l'idée d'une solution équitable est à la base de cette disposition⁴, qui peut être considérée comme ayant peut-être indirectement fait entrer l'équité dans la délimitation.

¹ Affaires du *Plateau continental de la mer du Nord*, C.I.J. Recueil 1969, p. 3; affaire du *Plateau continental (Tunisie/Jamahiriya arabe libyenne)*, C.I.J. Recueil 1982, p. 18; affaire de la *Délimitation de la frontière maritime dans la région du golfe du Maine*, C.I.J. Recueil 1984, p. 246; et affaire du *Plateau continental (Jamahiriya arabe libyenne/Malte)*, C.I.J. Recueil 1985, p. 13.

² Voir en particulier les décisions du tribunal arbitral dans l'affaire de la *Délimitation du plateau continental entre le Royaume-Uni et la France*, RSA, vol. XVIII, p. 130 et suiv.; et *Arbitrage entre l'Argentine et le Chili concernant le canal de Beagle*, *International Legal Materials*, 1978, p. 36 et suiv.

³ H. W. Jayewardene, *Regime of Islands in International Law*, 1990, p. 316.

⁴ *Plateau continental (Tunisie/Jamahiriya arabe libyenne)*, C.I.J. Recueil 1982, p. 246, par. 144, opinion dissidente de M. Oda.

173. There are two pointers in the Article to the area of enquiry in which the Court should engage itself —

- (i) any agreement between the parties, and,
- (ii) in the absence of such agreement, whether any line other than the median line is justified by special circumstances.

174. Under each of these heads, there are matters which arise for consideration.

175. Under the first head, there is the Agreement of 1965 between Norway and Denmark which is considered in the Judgment of the Court. I respectfully express my agreement with the conclusion of the Court that that Agreement does not relate to the maritime area in dispute in the present case.

176. Under the second head, the Court has been addressed on a number of factors — relative populations, proportionality of coastlines, respective landmasses and economic importance to the appurtenant coast, to mention a few. These matters will receive consideration later in this opinion. It is my view that none of them can be ruled out *in limine* on the basis of a general principle of irrelevance relating to any one category.

177. As was observed by the Court of Arbitration in *Delimitation of the Continental Shelf between the United Kingdom and France* in 1977:

“the rôle of the ‘special circumstances’ condition in Article 6 is to ensure an equitable delimitation; and the combined ‘equidistance-special circumstances rule’, in effect, gives particular expression to a general norm that, failing agreement, the boundary between States abutting on the same continental shelf is to be determined on equitable principles”¹.

The Use of Equity in the 1982 Montego Bay Convention

178. The “equitable solution” formula contained in the Convention (Arts. 71 (1) and 83 (1)) — a compromise between that favoured by the equidistance group² and that favoured by the equitable principles group³ — gave further recognition to the role of equity.

¹ *RIAA*, Vol. XVIII, p. 45, para. 70.

² “The delimitation of the Exclusive Economic Zone/Continental Shelf between adjacent or opposite States shall be effected by agreement employing, as a general principle, the median or equidistance line, taking into account any special circumstances where this is justified.” (Doc. NG 7/2/Rev.2, 28 March 1980, cited by Brown, “Delimitations of Offshore Areas: Hard Labour and Bitter Fruits at UNCLOS III”, *Marine Policy* (1981), p. 180.)

³ “The delimitation of the exclusive economic zone between adjacent or/and opposite States shall be effected by agreement, in accordance with equitable principles taking into account all relevant circumstances and employing any methods where appropriate, to lead to an equitable solution.” (Doc. NG 7/10/Rev.2, 28 March 1980, cited by Brown, *op. cit.*)

173. Cet article donne deux indications quant au domaine sur lequel la Cour doit s'interroger :

- i) existence d'un accord éventuel entre les parties, et
- ii) à défaut d'accord, justification d'une ligne autre que la ligne médiane en raison de circonstances spéciales.

174. Il se pose sous chacune de ces rubriques des questions qui méritent réflexion.

175. Au titre du premier point, il y a l'accord de 1965 entre la Norvège et le Danemark, qui est examiné dans l'arrêt de la Cour. Je partage respectueusement la conclusion de la Cour, à savoir que cet accord ne se rapporte pas à la zone maritime en litige dans la présente affaire.

176. Quant au second point, la Cour a entendu des arguments portant sur plusieurs facteurs : effectifs relatifs des populations, proportionnalité des côtes, masses terrestres respectives et importance économique de la zone pour la côte correspondante, pour n'en citer que quelques-uns. Je traiterai de ces questions plus loin dans la présente opinion. Aucun de ces facteurs, selon moi, ne peut être exclu *in limine* au nom d'un principe général de non-pertinence d'une quelconque catégorie de facteurs.

177. Ainsi que l'a observé le tribunal arbitral dans l'affaire de la *Délimitation du plateau continental entre le Royaume-Uni et la France*, en 1977 :

« le rôle de la condition relative aux « circonstances spéciales », posée à l'article 6, est d'assurer une délimitation équitable ; en fait, la règle combinant « équidistance-circonstances spéciales » constitue l'expression particulière d'une norme générale suivant laquelle la limite entre des Etats qui donnent sur le même plateau continental doit, en l'absence d'accord, être déterminée selon des principes équitables »¹.

L'équité dans la convention de Montego Bay de 1982

178. La formule de la « solution équitable » qui figure dans la convention (art. 71, par. 1, et 83, par. 1) — compromis entre celle que préconisaient les tenants de l'équidistance² et celle que proposaient ceux des principes équitables³ — a constitué une autre reconnaissance encore du rôle de l'équité.

¹ RSA, vol. XVIII, p. 175, par. 70.

² « La délimitation de la zone économique exclusive/du plateau continental entre Etats limitrophes ou qui se font face se fait par voie d'accord en utilisant, comme principe général, la ligne médiane ou la ligne d'équidistance compte tenu, quand cela est justifié, de tous les facteurs particuliers. » (Doc. NG7/2/Rev.2, 28 mars 1980, cité par Brown, « Delimitations of Offshore Areas: Hard Labour and Bitter Fruits at UNCLOS III », *Marine Policy*, 1981, p. 180.)

³ « La délimitation de la zone économique exclusive entre Etats limitrophes et/ou se faisant face se fait par voie d'accord, conformément à des principes équitables, compte tenu de tous les facteurs pertinents et en utilisant, le cas échéant, toutes méthodes permettant d'aboutir à une solution équitable. » (Doc. NG7/10/Rev.2, 28 mars 1980, cité par Brown, *op. cit.*)

179. As is observed in a contemporary text on the régime of islands under international law:

“The most distinctive feature of the provision [on the economic zone and continental shelf in the Informal Single Negotiating Text] was the abandonment of the 1958 equidistance-special circumstances model in favour of a formula based on the principle of equitable delimitation.”¹

180. The acceptance by both groups² of phraseology including “an equitable solution” despite the wide disparities in the positions of the two groups gives equity a position of special importance in this sensitive and controversial area of international law, thus creating a special need for a fuller investigation of all the implications of the phraseology so adopted³.

Categories of Relevant Factors Are Not Closed

181. In paragraphs 122-128 above dealing with the operation of equity through the balancing of interests, attention has been given to the way in which the various relevant circumstances are weighed against each other. Reference was there made to the *North Sea* cases which stated that there was no legal limit to the considerations which States take account of for this purpose⁴. So, also, in the *Libya/Malta* case, this Court observed:

“For a court, although there is assuredly no closed list of considerations, it is evident that only those that are pertinent to the institution of the continental shelf as it has developed within the law, and to the application of equitable principles to its delimitation, will qualify for inclusion.” (*I.C.J. Reports 1985*, p. 40, para. 48.)

182. No complete list can be made, if for no other reason than that each case is unique and one can never foretell what circumstances may surface or achieve importance in the unknown disputes of the future. Moreover,

¹ H. W. Jayewardene, *The Regime of Islands in International Law*, 1990, p. 320.

² See *Official Records of the Third United Nations Conference on the Law of the Sea*, Vol. XV, pp. 39-42, for the discussion on the compromise text formulated by the President, and for its acceptance by the two groups concerned.

³ It is not necessary for present purposes to enter into discussions of the question whether the provisions of the Convention have acquired the force of customary international law. That question is not free of controversy — see Jennings, “Law Making and Package Deal”, in *Mélanges offerts à Paul Reuter*, Paris, 1981, pp. 347-355; L. A. Howard, “The Third UN Conference on the Law of the Sea and the Treaty/Custom Dichotomy”, 16 *Texas International Law Journal* (1981), pp. 321-345; H. Caminos and M. R. Molitor, “Progressive Development of International Law and the Package Deal”, 79 *American Journal of International Law* (1985), pp. 871-890; and M. C. W. Pinto, “Maritime Security and the 1982 UN Conference on the Law of the Sea”, *Maritime Security, The Building of Confidence*, UNIDIR, 1993, p. 9, at pp. 40-46.

⁴ *I.C.J. Reports 1969*, p. 50, para. 93.

179. Comme le note un ouvrage contemporain sur le régime des îles en droit international :

« L'aspect le plus frappant de cette disposition [sur la zone économique et le plateau continental dans le texte unique de négociation officieux] était l'abandon du modèle équidistance-circonstances spéciales de 1958 en faveur d'une formule fondée sur le principe de la délimitation équitable. »¹

180. Le fait que les deux groupes aient accepté² un libellé comportant l'expression « une solution équitable » malgré les grandes disparités de leurs positions respectives donne à l'équité une place spécialement importante dans ce domaine délicat et controversé du droit international, ce qui rend particulièrement nécessaire une étude plus approfondie de toutes les incidences du libellé ainsi adopté³.

La liste des catégories des facteurs pertinents n'est pas close

181. Aux paragraphes 122 à 128 ci-dessus, consacrés à l'emploi de l'équité sous forme d'une mise en balance des intérêts des parties, j'ai analysé la manière dont les différentes circonstances pertinentes sont pesées les unes par rapport aux autres. J'y ai évoqué les affaires de la *Mer du Nord*, où l'on a dit qu'il n'y avait pas de limites juridiques aux considérations que les Etats prennent en compte à cette fin⁴. Et de même, dans l'affaire *Libye/Malte*, la Cour a observé :

« En effet, bien qu'il n'y ait certes pas de liste limitative des considérations auxquelles le juge peut faire appel, de toute évidence seules pourront intervenir celles qui se rapportent à l'institution du plateau continental telle qu'elle s'est constituée en droit, et à l'application de principes équitables à sa délimitation. » (*C.I.J. Recueil 1985*, p. 40, par. 48.)

182. Il n'est pas possible d'en dresser une liste complète, ne serait-ce que parce que chaque affaire est unique et que l'on ne peut jamais prédire quelles circonstances peuvent survenir ou prendre de l'importance dans

¹ H. W. Jayewardene, *The Regime of Islands in International Law*, 1990, p. 320.

² Voir Nations Unies, *Documents officiels de la troisième conférence des Nations Unies sur le droit de la mer*, vol. XV, p. 42-46, pour la discussion du texte de compromis établi par le président, et pour son acceptation par les deux groupes concernés.

³ Il n'y a pas lieu de débattre ici la question de savoir si les dispositions de la convention ont acquis force de droit international coutumier. Cette question n'est pas sans prêter à controverse (voir Jennings, « Law Making and Package Deal », dans *Mélanges offerts à Paul Reuter*, Paris, 1981, p. 347-355; L. A. Howard, « The Third UN Conference on the Law of the Sea and the Treaty/Custom Dichotomy », *Texas International Law Journal*, 1981, vol. 16, p. 321-345; H. Caminos et M. R. Molitor, « Progressive Development of International Law and the Package Deal », *American Journal of International Law*, 1985, vol. 79, p. 871-890; et M. C. W. Pinto, « Maritime Security and the 1982 UN Conference on the Law of the Sea », *Maritime Security, The Building of Confidence*, UNIDIR, 1993, p. 40-46.

⁴ *C.I.J. Recueil 1969*, p. 50, par. 93.

each item — such as State conduct or national security — is infinitely variable and, more often than not, is itself a conglomerate of factors which themselves need to be assessed and evaluated. This Court's description of each as "monotypic"¹ thus aptly captures its individuality.

183. It may be noted that, although the 1961 Helsinki Rules on the Uses of Water of International Rivers, contained in Article V, paragraph 2, a list of relevant factors, the list is expressly stated to be non-exhaustive.

184. From these preliminary observations to what extent can the process be carried forward of developing equitable principles in relation to maritime delimitation?

185. Since "there is no legal limit to the considerations which States may take account of"², it would seem, for example, that they cannot be limited to the purely geographic. Geographic factors may perhaps be used as the starting point for an enquiry of this nature, and it is right to stress their importance. However the equitable solution yielded by the application of the principles of equity is not attained by the mere application of geographically based principles such as the equidistance principle. In the anxiety to concretize equitable principles by relating them to demonstrable and quantifiable data such as geographic data we may perhaps shut out important considerations relevant to equity. Definiteness of principle is no doubt an important value to be striven after³, but it could be bought at too high a price at an incipient stage of development of a legal concept.

186. Among the factors taken into consideration in the *Tunisia/Libya* case were not merely geographical factors but historical and political factors as well. Among these were the history of the enactment of petroleum licensing by each party and the grant of successive petroleum concessions⁴, and such indicia as were available of the line or lines which the parties themselves had considered equitable or acted upon as such⁵.

187. When one ventures outside the areas of pure geography and geology, one encounters considerations which are of immense importance in the real world — matters such as population, security, history, practical usability, political status and economic dependence. Doubtless they will

¹ *I.C.J. Reports 1984*, p. 290, para. 81.

² *North Sea Continental Shelf* cases, *I.C.J. Reports 1969*, p. 50, para. 93.

³ See Shigeru Oda, "Delimitation of a Single Maritime Boundary", in *International Law at the Time of Its Codification: Essays in Honour of Roberto Ago*, 1987, Vol. II, p. 349.

⁴ See *Continental Shelf (Tunisia/Libyan Arab Jamahiriya)*, *I.C.J. Reports 1982*, p. 83, para. 117.

⁵ *Ibid.*, p. 84, para. 118. See, also, Jiménez de Aréchaga, "The Conception of Equity in Maritime Delimitation", in *International Law at the Time of Its Codification: Essays in Honour of Roberto Ago*, 1987, Vol. II, p. 232.

les litiges inconnus de l'avenir. De plus, chaque circonstance, comme la conduite des Etats ou la sécurité nationale, peut varier de manière infinie et, le plus souvent, représente un amalgame de facteurs qui doivent eux-mêmes être appréciés et évalués. En disant que chaque cas concret est un « *unicum* »¹, la Cour a bien exprimé cette individualité.

183. Il est à noter que si les règles d'Helsinki de 1961 sur les utilisations des eaux des fleuves internationaux comportaient à l'article V, paragraphe 2, une liste de facteurs pertinents, celle-ci est expressément présentée comme non limitative.

184. A partir de ces observations préliminaires, dans quelle mesure peut-on progresser sur la voie de l'élaboration de principes équitables en matière de délimitation maritime ?

185. Puisqu'« il n'y a pas de limites juridiques aux considérations que les Etats peuvent examiner »², il semblerait, par exemple, qu'elles ne peuvent se restreindre à ce qui est purement géographique. Des facteurs géographiques peuvent peut-être servir de point de départ pour une recherche de cette nature, et il est légitime d'en souligner l'importance. Toutefois, la solution équitable que donne le recours aux principes de l'équité ne s'obtient pas en appliquant simplement des principes fondés sur la géographie, comme celui de l'équidistance. Dans notre empressement à concrétiser des principes équitables en les reliant à des données démontrables et quantifiables, comme les données géographiques, nous risquons peut-être d'exclure des considérations importantes qui touchent à l'équité. La précision d'un principe est à n'en pas douter une valeur importante à rechercher³, mais elle risque de coûter trop cher aux débuts du développement d'un concept juridique.

186. Parmi les facteurs pris en considération dans l'affaire *Tunisie/Libye* se trouvaient non seulement des facteurs géographiques mais aussi des éléments historiques et politiques. Il s'agissait notamment de l'histoire de l'adoption des législations pétrolières des parties et de l'octroi de concessions pétrolières successives⁴, ainsi que des indices existant au sujet de la ligne ou des lignes que les parties elles-mêmes avaient pu considérer ou traiter en pratique comme équitables⁵.

187. Lorsque l'on s'aventure en dehors des domaines de la géographie et de la géologie pures, on rencontre des considérations d'une importance capitale dans le monde réel, par exemple la population, la sécurité, l'histoire, l'utilité pratique, le statut politique et la dépendance économique.

¹ C.I.J. Recueil 1984, p. 290, par. 81.

² Affaires du Plateau continental de la mer du Nord, C.I.J. Recueil 1969, p. 50, par. 93.

³ Voir Shigeru Oda, « Delimitation of a Single Maritime Boundary », dans *Le droit international à l'heure de sa codification. Etudes en l'honneur de Roberto Ago*, vol. II, 1987, p. 349.

⁴ Voir Plateau continental (Tunisie/Jamahiriya arabe libyenne), C.I.J. Recueil 1982, p. 83, par. 117.

⁵ *Ibid.*, p. 84, par. 118. Voir aussi Jiménez de Aréchaga, « The Conception of Equity in Maritime Delimitation », dans *Le droit international à l'heure de sa codification. Etudes en l'honneur de Roberto Ago*, vol. II, 1987, p. 232.

have different values in individual cases varying from the minimal to the immensely influential and these will need to be taken into consideration and evaluated.

188. In the *Delimitation of the Continental Shelf between the United Kingdom and France*, the United Kingdom relied upon such matters as demography and economics¹ and, though the court did not regard them as exercising a decisive influence on the delimitation, it held that they could support and strengthen, but not negative, any conclusions indicated by the geographical, political and legal circumstances². To quote Judge Jiménez de Aréchaga again:

“All the relevant circumstances are to be considered and balanced; they are to be thrown together into the crucible and their interaction will yield the correct equitable solution of each individual case.”
(*I.C.J. Reports 1982*, p. 109, para. 35.)

189. Equity was by very definition the process by which situations which could not be provided for by the specific letter of a legal rule were taken into account where the purely mechanical application of the rule would shut them out. It would be a negation of that flexibility which is a characteristic of equity if we were at this early stage in the development of maritime demarcation to introduce into it the very element of rigidity which equitable doctrine was devised to prevent. As this Court observed in *Tunisia/Libya*, no attempt should be made to overconceptualize the application of the principles and rules applicable to the continental shelf (*ibid.*, p. 92, para. 132).

The Equidistance Principle

190. It is necessary to consider the status of the equidistance method, as Norway lays great store by it, not only in its own right but also by virtue of the 1965 Agreement between the Parties.

191. Speaking in general terms, three possible ranks may be assigned to this rule:

- (i) the status of a mandatory rule either under customary international law or, where parties are bound by the Convention, in the absence of agreement or justification of a different rule by other circumstances;
- (ii) a status of priority over other equitable factors to be considered;
- (iii) a status of parity with other equitable factors.

¹ *RIAA*, Vol. XVIII, pp. 84-85, paras. 171-173.

² *Ibid.*, p. 90, para. 188.

Ces facteurs auront indubitablement une valeur différente selon chaque affaire, leur influence variant du minime à l'extrême, et il conviendra d'en tenir compte et de les apprécier.

188. Dans l'affaire de la *Délimitation du plateau continental entre le Royaume-Uni et la France*, le Royaume-Uni a tiré argument de la démographie et de l'économie¹ et, bien que le tribunal n'ait pas considéré que ces aspects exerçassent une influence décisive sur la délimitation, il a estimé qu'ils pouvaient étayer et renforcer, mais non contredire, les conclusions déjà déduites des éléments géographiques, politiques et juridiques². Pour citer encore une fois M. Jiménez de Aréchaga :

« Toutes les circonstances pertinentes doivent être envisagées et mises en balance; chacune d'entre elles doit jouer son rôle et c'est l'effet réciproque qu'elles peuvent avoir l'une sur l'autre qui fournit la solution équitable correcte dans chaque cas. » (*C.I.J. Recueil 1982*, p. 109, par. 35.)

189. L'équité était par définition même le processus qui permettait de prendre en considération des situations qui ne pouvaient être couvertes expressément par une règle de droit lorsque l'application purement mécanique de cette règle les aurait exclues. Ce serait nier cette souplesse qui est une caractéristique de l'équité que d'y introduire, à ce stade précoce du développement de la démarcation maritime, l'élément de rigidité que la doctrine de l'équité visait justement à éviter. Ainsi que la Cour l'a observé dans l'affaire *Tunisie/Libye*, il faut se garder d'une conceptualisation excessive de l'application des principes et règles relatifs au plateau continental (*ibid.*, p. 92, par. 132).

Le principe de l'équidistance

190. Il faut examiner quel est le statut à accorder à la méthode de l'équidistance étant donné que la Norvège y fait une large place, non seulement en tant que telle, mais aussi dans le contexte de l'accord conclu en 1965 entre les Parties.

191. D'une manière générale, cette règle peut être située à trois niveaux différents :

- i) celui d'une règle qui est obligatoire soit en droit international coutumier, soit si les parties sont liées par la convention, à défaut d'accord ou si d'autres circonstances ne justifient pas l'application d'une règle différente;
- ii) celui d'une règle qui a priorité par rapport aux autres facteurs équitables dont on doit tenir compte;
- iii) et celui d'une règle qui est sur un plan d'égalité avec les autres facteurs équitables.

¹ *RSA*, vol. XVIII, p. 219-220, par. 171-173.

² *Ibid.*, p. 226, par. 188.

(i) *Is it a mandatory rule?*

192. In the *North Sea Continental Shelf* cases, this Court, while viewing the equidistance rule as one of great practical convenience and wide applicability, held that the equidistance method was neither prescribed by a mandatory rule of customary international law (*I.C.J. Reports 1969*, p. 46, para. 83, p. 53, para. 101) nor an inherent necessity of continental shelf doctrine (*ibid.*, pp. 35-36). Placing the rule in the context of its equitable origins, the Court observed:

“It was, and it really remained to the end, governed by two beliefs; — namely, first, that no one single method of delimitation was likely to prove satisfactory in all circumstances, and that delimitation should, therefore, be carried out by agreement (or by reference to arbitration); and secondly, that it should be effected on equitable principles. It was in pursuance of the first of these beliefs that in the draft that emerged as Article 6 of the Geneva Convention, the Commission gave priority to delimitation by agreement, — and in pursuance of the second that it introduced the exception in favour of ‘special circumstances’. Yet the record shows that, even with these mitigations, doubts persisted, particularly as to whether the equidistance principle would in all cases prove equitable.” (*Ibid.*, pp. 35-36, para. 55.)

193. The *Gulf of Maine* case also made this clear:

“The Chamber must therefore conclude in this respect that the provisions of Article 6 of the 1958 Convention on the Continental Shelf, although in force between the Parties, do not entail either for them or for the Chamber any legal obligation to apply them to the single maritime delimitation which is the subject of the present case.” (*I.C.J. Reports 1984*, p. 303, para. 125.)

194. This Court tersely summarized the jurisprudence on this point when it observed in the *Libya/Malta* case,

“The Court is unable to accept that, even as a preliminary and provisional step towards the drawing of a delimitation line, the equidistance method is one which *must* be used . . .” (*I.C.J. Reports 1985*, p. 37, para. 43.)

195. If the rule is to have a mandatory status under the Convention, this can only occur in the absence of agreement and in the absence of justification by special circumstances. Where special circumstances exist, as they do in this case, the equidistance rule cannot in any event be mandatory.

196. Although the equidistance rule may be basically equitable in conception and origin, it is by its very nature and definition inflexible, contrasting in this respect with the flexibility of equity which enables the latter

i) *Est-ce une règle obligatoire ?*

192. Dans les affaires du *Plateau continental de la mer du Nord*, la Cour, tout en considérant que la règle de l'équidistance était une méthode extrêmement pratique dont l'emploi était indiqué dans un grand nombre de cas, a conclu qu'elle n'était pas une règle obligatoire de droit international coutumier (*C.I.J. Recueil 1969*, p. 46, par. 83, p. 53, par. 101) et qu'elle n'était pas non plus liée de façon inhérente et nécessaire à la doctrine du plateau continental (*ibid.*, p. 35-36). Plaçant la règle dans le contexte de ses origines, qui était celui de l'équité, la Cour a observé :

« [L'opinion des juristes] a procédé, et elle n'a cessé de procéder, de deux convictions : en premier lieu il était peu probable qu'une méthode de délimitation unique donne satisfaction dans toutes les circonstances et la délimitation devait donc s'opérer par voie d'accord ou d'arbitrage ; en second lieu la délimitation devait s'effectuer selon des principes équitables. C'est en raison de la première conviction que la Commission a donné priorité à la délimitation par voie d'accord dans le projet qui est devenu l'article 6 de la convention de Genève et c'est en raison de la seconde conviction qu'elle a introduit l'exception des « circonstances spéciales ». Les documents montrent cependant que, même avec ces atténuations, les doutes ont persisté, en particulier sur le point de savoir si le principe de l'équidistance se révélerait équitable dans tous les cas. » (*Ibid.*, p. 36, par. 55.)

193. Ce point a également été précisé dans l'affaire du *Golfe du Maine* :

« La Chambre ne peut donc que conclure, sous cet angle, que les dispositions de l'article 6 de la convention de 1958 sur le plateau continental, tout en étant en vigueur entre les Parties, ne comportent pas pour ces dernières, ni pour la Chambre, une obligation juridique de les appliquer à la délimitation maritime unique qui fait l'objet du présent procès. » (*C.I.J. Recueil 1984*, p. 303, par. 125.)

194. La Cour a, en quelques mots, résumé la jurisprudence à cet égard en observant dans l'affaire *Libye/Malte* :

« La Cour ne saurait admettre que, même comme étape préliminaire et provisoire du tracé d'une ligne de délimitation, la méthode de l'équidistance *doive* forcément être utilisée... » (*C.I.J. Recueil 1985*, p. 37, par. 43.)

195. Si la règle doit être obligatoire en vertu de la convention, c'est seulement à défaut d'accord, et si des circonstances spéciales ne justifient pas l'application d'une règle différente. Quand il existe des circonstances spéciales, comme dans la présente affaire, la règle de l'équidistance ne peut en tout cas pas être obligatoire.

196. S'il se peut que la règle de l'équidistance soit fondamentalement équitable dans sa conception et dans son origine, elle est par nature et par définition d'une rigidité qui va à l'encontre de la souplesse de l'équité, qui

to accommodate itself to varying and unforeseeable conditions which must depend on each particular case.

(ii) *Does it have priority over other factors?*

197. This Court also expressed itself on this aspect in the *North Sea Continental Shelf* cases, when it said that this rule did not have a privileged status in relation to other methods¹. State practice, as the Court observed, often resorted to this rule but it showed also that in many cases other criteria had been resorted to, when they were found to offer a better way to reach agreement.

198. As the Chamber observed in the *Gulf of Maine* case, "Nor is there any method of which it can be said that it must receive priority" (*I.C.J. Reports 1984*, p. 315, para. 163).

199. In the *Libya/Malta* case, this Court observed that

"the equidistance method has never been regarded, even in a delimitation between opposite coasts, as one to be applied without modification whatever the circumstances" (*I.C.J. Reports 1985*, p. 48, para. 65).

(iii) *Does it have parity with other factors?*

200. The previous discussion shows that the equidistance rule, important though it be, is one of the multiple factors that need consideration in the context of any delimitation case. What can be said of these different factors is that they may assume different degrees of importance in the context of different cases, but that there is no ranking order among them. This was the position under the 1958 Convention but, after the 1982 Convention, the matter has been made clearer still.

201. It is perhaps not without significance that the equidistance rule does not appear in either Article 74 or Article 83 of the Convention on the Law of the Sea, 1982, although the Revised Single Negotiating Text (RSNT) of 1976², and the Informal Composite Negotiating Text (ICNT) of 1977³ as well as the two revised texts of the latter contained a reference to the median or equidistance line "where appropriate"⁴.

202. The Court of Arbitration in *Delimitation of the Continental Shelf between the United Kingdom and France*, 1977, placed the equidistance rule in context when it observed that:

¹ *I.C.J. Reports 1969*, pp. 45-46, para. 82.

² See *Official Records of the Third United Nations Conference on the Law of the Sea*, Vol. V, pp. 164 and 165. Articles 74 and 83 were then numbered 62 and 71, respectively.

³ See *ibid.*, Vol. VIII, pp. 16 and 17.

⁴ See *ibid.*, Vol. XIII, pp. 77-78.

permet à celle-ci de s'adapter aux circonstances variables et imprévisibles qui sont le propre de chaque affaire particulière.

ii) *A-t-elle priorité sur les autres facteurs ?*

197. La Cour s'est également exprimée sur ce point dans les affaires du *Plateau continental de la mer du Nord*, lorsqu'elle a déclaré que cette règle n'avait pas un statut privilégié par rapport aux autres méthodes¹. La pratique des Etats, ainsi que l'a observé la Cour, montrait que cette règle était fréquemment employée mais aussi que, dans bon nombre de cas, d'autres critères avaient été retenus quand il s'avérait qu'ils offraient un meilleur moyen de parvenir à un accord.

198. Comme l'a observé la Chambre dans l'affaire du *Golfe du Maine* : « Il n'y a pas non plus une méthode dont l'on puisse dire absolument qu'elle doit être prise en considération en priorité » (*C.I.J. Recueil 1984*, p. 315, par. 163).

199. Dans l'affaire *Libye/Malte*, la Cour a observé que

« la méthode de l'équidistance n'a jamais été considérée comme applicable telle quelle en toutes circonstances, fût-ce entre côtes se faisant face » (*C.I.J. Recueil 1985*, p. 48, par. 65).

iii) *Est-elle sur un plan d'égalité avec les autres facteurs ?*

200. L'examen qui précède montre que la règle de l'équidistance, pour importante qu'elle soit, est l'un des multiples facteurs à prendre en considération dans une affaire de délimitation. On dira de ces facteurs qu'ils peuvent prendre une importance différente suivant le contexte de chaque affaire, mais qu'il n'existe entre eux aucune hiérarchie. Tel était le cas sous le régime de la convention de 1958 mais, après la convention de 1982, ce point est devenu encore plus clair.

201. Il est peut-être significatif que la règle de l'équidistance ne figure pas à l'article 74 ni à l'article 83 de la convention de 1982 sur le droit de la mer, alors que le texte unique de négociation révisé de 1976² et le texte de négociation composite officieux de 1977³ ainsi que les deux versions révisées de ce dernier mentionnaient l'emploi, « le cas échéant »⁴, de la ligne médiane ou de la ligne d'équidistance.

202. Le tribunal arbitral qui a statué en 1977 dans l'affaire de la *Délimitation du plateau continental entre le Royaume-Uni et la France* a situé la règle de l'équidistance dans son contexte en observant que :

¹ *C.I.J. Recueil 1969*, p. 45-46, par. 82.

² Voir Nations Unies, *Documents officiels de la troisième conférence des Nations Unies sur le droit de la mer*, vol. V, p. 176 et 178. Les articles 74 et 83 étaient alors numérotés 62 et 71, respectivement.

³ *Ibid.*, vol. VIII, p. 17-19.

⁴ *Ibid.*, vol. XIII, p. 86.

“even under Article 6 [of the 1958 Convention] it is the geographical and other circumstances of any given case which indicate and justify the use of the equidistance method as the means of achieving an equitable solution rather than the inherent quality of the method as a legal norm of delimitation”¹.

The Court went on to observe that the equidistance method, like any other method, was “a function or reflection of the geographical and other relevant circumstances of each particular case”².

203. The status of parity of the equidistance method when compared with others was well expressed by the Arbitral Tribunal in the dispute between Guinea and Guinea-Bissau, 1985, when it said:

“Le tribunal estime pour sa part que l’équidistance n’est qu’une méthode comme les autres et qu’elle n’est ni obligatoire ni prioritaire, même s’il doit lui être reconnu une certaine qualité intrinsèque en raison de son caractère scientifique et de la facilité relative avec laquelle elle peut être appliquée.”³

The “Special Circumstances” Principle

204. “Attempts made at the Geneva Conference on the Law of the Sea to strike out the alternative of ‘special circumstances’ and to make the equidistance method the only rule were rejected by a large majority.” (*North Sea, I.C.J. Reports 1969*, p. 93, Judge Padilla Nervo, separate opinion.) This is readily understandable when one considers that

“in certain geographical circumstances which are frequently met with, the equidistance method, despite its known advantages, leads unquestionably to inequity . . .” (*ibid.*, *Judgment*, p. 49, para. 89).

205. This principle articulates the rule of procedural equity that all material circumstances relevant to the matter in hand should be taken into account in reaching an equitable result and that no legally relevant circumstances should be left out of consideration unless there is compelling reason to do so.

206. As was observed by the Court of Arbitration in *Delimitation of the Continental Shelf between the United Kingdom and France* in 1977:

“the rôle of the ‘special circumstances’ condition in Article 6 is to ensure an equitable delimitation; and the combined ‘equidistance-special circumstances rule’, in effect, gives particular expression to a

¹ *RIAA*, Vol. XVIII, pp. 45-46, para. 70.

² *Ibid.*, p. 57, para. 97.

³ *Revue générale de droit international public* (1985), Vol. 89, p. 525, para. 102.

« même sous l'angle de l'article 6 [de la convention de 1958], ce sont les circonstances géographiques et autres qui, dans chaque espèce, indiquent et justifient le recours à la méthode de l'équidistance comme étant le moyen de parvenir à une solution équitable, plutôt que la vertu propre de cette méthode qui ferait d'elle une règle juridique de délimitation »¹.

Le tribunal a poursuivi en observant que l'application de la méthode d'équidistance, comme de toute autre méthode, « dépend des circonstances pertinentes, géographiques et autres, du cas d'espèce »².

203. La position d'égalité où se trouve la méthode de l'équidistance par rapport aux autres a été bien exprimée en 1985 par le tribunal arbitral dans le différend entre la Guinée et la Guinée-Bissau :

« Le tribunal estime pour sa part que l'équidistance n'est qu'une méthode comme les autres et qu'elle n'est ni obligatoire ni prioritaire, même s'il doit lui être reconnu une certaine qualité intrinsèque en raison de son caractère scientifique et de la facilité relative avec laquelle elle peut être appliquée. »³

Le principe des « circonstances spéciales »

204. « Toutes les propositions faites à la conférence de Genève sur le droit de la mer en vue d'éliminer la référence aux « circonstances spéciales » et de faire de la méthode de l'équidistance la règle unique ont été rejetées à une grande majorité. » (*Plateau continental de la mer du Nord, C.I.J. Recueil 1969*, p. 93, opinion individuelle de M. Padilla Nervo.) Il est facile de le comprendre si l'on considère

« que, malgré ses avantages reconnus, la méthode de l'équidistance aboutit dans certaines conditions géographiques assez fréquentes à créer une incontestable inéquité... » (*ibid.*, arrêt, p. 49, par. 89).

205. Ce principe est l'expression de la règle d'équité procédurale qui veut que toutes les circonstances matérielles pertinentes pour la question dont il s'agit soient prises en considération pour parvenir à un résultat équitable et qu'aucune circonstance juridiquement pertinente ne soit omise en l'absence de motifs contraignants à cet effet.

206. Ainsi que l'a observé le tribunal arbitral dans l'affaire de la *Délimitation du plateau continental entre le Royaume-Uni et la France* en 1977 :

« le rôle de la condition relative aux « circonstances spéciales », posée à l'article 6, est d'assurer une délimitation équitable ; en fait, la règle combinant « équidistance-circonstances spéciales » constitue

¹ *RSA*, vol. XVIII, p. 175-176, par. 70.

² *Ibid.*, p. 188, par. 97.

³ *Revue générale de droit international public*, t. 89, 1985, p. 525, par. 102.

general norm that, failing agreement, the boundary between States abutting on the same continental shelf is to be determined on equitable principles”¹.

207. Every case is different and, while general guidelines exist such as the equidistance principle in the absence of other or competing factors, it is for the Court to decide in each case what are the appropriate factors to be taken into account and what weight should attach to them. It is too early in the history of maritime delimitation for any determining principles to be laid down by this Court as to the relative importance of one factor over the other. It may be that when these determinations are made on a case-by-case basis, some guidelines will in course of time emerge.

The “Relevant Circumstances” Principle

208. As the Court of Arbitration observed in 1977 in *Delimitation of the Continental Shelf between the United Kingdom and France*:

“The choice of the method or methods of delimitation in any given case, whether under the 1958 Convention or customary law, has therefore to be determined in the light of those circumstances [i.e., geographical and other relevant circumstances of each particular case] and of the fundamental norm that the delimitation must be in accordance with equitable principles.”²

209. It is also to be stressed, before approaching a consideration of each of these factors, that they will be approached not from the standpoint of either Norway or Denmark but from the standpoint of the two territories in question — Jan Mayen and Greenland — as if these were independent territories competing for maritime rights, for it is clear that whatever maritime rights these territories enjoy are generated by their relevant coastlines and not by considerations that they are part of some larger political entity.

210. I agree with the Court in its careful consideration and overall evaluation of the various relevant factors enumerated by it. While doing so, I would like, however, to emphasize that consideration should not be limited to factors which are geophysical in their nature.

211. In each case there surfaces for consideration a varied mix of factors. Apart from the different nature of the mix in each case, any one factor, such as population or economy, will naturally present itself differently in each case. For example, the population factor may be of little relevance or no relevance in one case, while in another it may assume considerable

¹ *RIAA*, Vol. XVIII, p. 45, para. 70.

² *Ibid.*, p. 57, para. 97.

l'expression particulière d'une norme générale suivant laquelle la limite entre des Etats qui donnent sur le même plateau continental doit, en l'absence d'accord, être déterminée selon des principes équitables»¹.

207. Chaque affaire est différente et, s'il existe des principes directeurs généraux comme l'application du principe de l'équidistance en l'absence d'autres facteurs ou de facteurs concurrents, il appartient à la Cour de déterminer dans chaque cas les facteurs appropriés à prendre en compte et le poids à leur accorder. L'histoire de la délimitation maritime est trop récente pour que la Cour puisse définir des principes déterminants en ce qui concerne l'importance relative d'un facteur par rapport à un autre. En procédant ainsi au cas par cas, il est tout à fait possible qu'avec le temps se dégagent certains principes directeurs.

Le principe des « circonstances pertinentes »

208. Comme l'a observé en 1977 le tribunal arbitral dans l'affaire de la *Délimitation du plateau continental entre le Royaume-Uni et la France*:

« Qu'on se place sous l'angle de la convention de 1958 ou sous celui du droit coutumier, le choix de la méthode ou des méthodes de délimitation doit donc être fait dans chaque cas à la lumière de ces circonstances [c'est-à-dire, les circonstances géographiques et autres circonstances pertinentes de chaque espèce particulière] et sur la base de la règle fondamentale qui veut que la délimitation soit conforme à des principes équitables. »²

209. Il convient aussi de souligner, avant d'aborder l'examen de chacun de ces facteurs, que ceux-ci ne devront pas être envisagés du point de vue de la Norvège ou du Danemark, mais de celui des deux territoires en question — Jan Mayen et le Groenland — comme si ceux-ci étaient des territoires indépendants en concurrence pour des droits sur des espaces maritimes, car il est clair que les droits dont peuvent à cet égard bénéficier ces territoires sont engendrés par leurs côtes pertinentes et non par leur appartenance à une entité politique plus large.

210. Je suis d'accord avec l'analyse approfondie et l'évaluation globale qu'a faites la Cour des divers facteurs pertinents qu'elle a énumérés. Cela étant, je désire cependant souligner que l'examen ne devrait pas se limiter aux facteurs de nature géophysique.

211. Il se dégage dans chaque affaire une combinaison variée de facteurs à prendre en considération. Outre que cette combinaison n'est jamais la même, chaque facteur, tel que la population ou l'économie, s'y présente naturellement de manière différente. Par exemple, le facteur population pourra dans une affaire être peu pertinent, voire pas du tout, et

¹ *RSA*, vol. XVIII, p. 175, par. 70.

² *Ibid.*, p. 188, par. 97.

significance. So, also, with economic factors or indeed any other factor one may care to name. Any general proposition that population or economy are irrelevant because, unlike geophysical configurations, they may change with time is juristically untenable and not in conformity with the flexibility of equity.

212. In other words, I respectfully endorse the findings the Court has reached on the respective items arising for consideration in this case. Access to fishery resources is a matter to which the Court has rightly devoted particular care and attention and I am in agreement with this approach and with its resultant effect upon the overall delimitation. I would, however, add a few observations on some of the matters considered.

(a) *Population*

213. For example, while agreeing with the weight the Court gives to the population factor in the present case, I would stress that no general proposition can be laid down that the population factor is in all cases irrelevant.

214. One can visualize a case where a particular coast has sustained a teeming population for several centuries and the coast facing it has no population whatsoever and has been uninhabited as far as historical memory extends. Cases such as that need to be considered as and when they arise and cannot be left out of consideration on any general principle that the population factor is irrelevant. Such an approach would be contrary to equitable principles and procedures.

215. Reference may also be made in this context to the Anglo-French Arbitration, in which it is significant that among the factors advanced by the United Kingdom was the fact that the Channel Islands were "populous islands of a certain political and economic importance"¹. The Court observed that it "accepts the equitable considerations invoked by the United Kingdom as carrying a certain weight"².

216. It is true that factors such as population or lack of it are changeable over time. A piece of land which is today barren and uninhabited may in a hundred years be the centre of a numerous and thriving population just as a thriving population of today may, for reasons which cannot now be foreseen, be reduced to a few struggling survivors some generations from today. These are factors inherent in the nature of human life and settlement but on the basis of such lack of certainty, these factors ought not, in my view, to be totally disregarded by an overriding general principle applicable in all cases.

¹ *RIAA*, Vol. XVIII, p. 93, para. 197.

² *Ibid.*, p. 93, para. 198.

assumer dans une autre une importance considérable. Il en est de même pour les facteurs économiques ou d'ailleurs tout autre facteur que l'on pourrait imaginer. Dire, en généralisant, que la population ou l'économie sont dénuées de pertinence parce qu'à la différence des configurations géophysiques ces facteurs peuvent changer avec le temps est juridiquement insoutenable et contraire à la souplesse qui est le propre de l'équité.

212. En d'autres termes, je souscris respectueusement aux conclusions auxquelles est parvenue la Cour sur les différents points qui étaient à considérer dans cette affaire. L'accès aux ressources halieutiques est une question à laquelle la Cour, à juste titre, a accordé une attention et un soin particuliers, et je suis d'accord avec cette démarche ainsi qu'avec l'effet qui en est résulté pour l'ensemble de la délimitation. J'ajouterai cependant quelques observations au sujet de certains des facteurs qui ont été examinés.

a) *La population*

213. Par exemple, tout en étant d'accord sur le poids que la Cour attribue au facteur population dans la présente affaire, je tiens à souligner que l'on ne peut généraliser et affirmer que le facteur population est dans tous les cas dénué de pertinence.

214. On peut imaginer la situation d'une côte qui aurait fait vivre une population nombreuse pendant plusieurs siècles et où la côte lui faisant face n'abriterait aucune population et aurait été inhabitée de mémoire d'homme. Des situations de ce genre doivent être examinées individuellement et ne peuvent pas être ignorées au nom d'un principe général qui voudrait que le facteur population soit dénué de pertinence. Une telle approche serait contraire aux principes et aux procédures équitables.

215. On peut aussi mentionner à cet égard l'arbitrage franco-britannique, en relevant que parmi les facteurs invoqués par le Royaume-Uni figurait le fait que les îles Anglo-Normandes étaient « des îles peuplées, d'une certaine importance politique et économique »¹. Le tribunal a déclaré reconnaître « que les considérations d'équité invoquées par le Royaume-Uni ont un certain poids »².

216. Il est vrai que des facteurs comme la population ou l'absence de population peuvent évoluer avec le temps. Il se peut qu'un territoire aujourd'hui désolé et inhabité devienne dans une certaine d'années le foyer d'une population nombreuse et prospère, ou qu'une population actuellement florissante se voie réduite dans quelques générations, pour des raisons impossibles à prévoir, à une poignée d'habitants survivant à grand-peine. De tels facteurs sont inhérents à la nature de la vie et des établissements humains mais cette incertitude ne doit pas, selon moi, entraîner leur exclusion totale au nom d'un principe général et prééminent qui serait applicable dans tous les cas.

¹ *RSA*, vol. XVIII, p. 229, par. 197.

² *Ibid.*, par. 198.

217. When the Law of the Sea Convention spelt out in Article 121 (3) that rocks which cannot sustain human habitation or economic life of their own shall have no exclusive economic zone or continental shelf, it was perhaps giving expression to the concept that population and economic life are relevant to the enjoyment of exclusive economic zones and continental shelf entitlements. It was not rocks *per se* that were excluded from these rights but rocks which lacked the possibility of sustaining habitation or economic life, thus indicating the importance of these factors in attracting exclusive economic zone and continental shelf entitlements, in an appropriate case.

218. The Law of the Sea Convention could not have adopted a divided rationale in its different parts on this vital question, and if it considered population and economic life to be a vital and determining factor in regard to the question whether rocks attracted these entitlements, it could not have considered that in regard to other geographical configurations population and economic life were irrelevant and to be ignored.

(b) *Economic factors*

219. Similar considerations apply to economic factors. On this aspect, it must be pointed out that this is an area in which the jurisprudence of the Court has not thus far been conclusive, despite the trend of recent decisions to treat economic factors as irrelevant. In the *Gulf of Maine*¹, when the dispute was clearly about resources, Canada argued for the preservation of fishing patterns established over the past ten to fifteen years while the United States contended that it was virtually entitled to a monopoly over the Georges Bank fishery. Although the Chamber dismissed these arguments as irrelevant in law, yet it did not altogether ignore them, holding that data as to human and economic geography, although

“ineligible for consideration as criteria to be applied in the delimitation process itself, may . . . be relevant to assessment of the equitable character of a delimitation first established on the basis of criteria borrowed from physical and political geography” (p. 340, para. 232).

In other words, these factors could in fact be used to test the equity of the result. The Chamber placed stringent limitations on such use, limiting it to cases where the results were

¹ *I.C.J. Reports 1984*, paras. 48 and 232 of Judgment.

217. Lorsque la convention sur le droit de la mer a énoncé au paragraphe 3 de son article 121 que les rochers qui ne se prêtent pas à l'habitation humaine ou à une vie économique propre n'ont pas de zone économique exclusive ni de plateau continental, elle exprimait peut-être la notion suivant laquelle la population et la vie économique sont pertinentes pour la possession de titres à une zone économique exclusive et à un plateau continental. Elle n'excluait pas du bénéfice de ces titres les rochers en eux-mêmes mais les rochers ne pouvant se prêter à l'habitation humaine ou à une vie économique propre et indiquait ainsi l'importance de ces facteurs pour la possession, le cas échéant, d'un titre à une zone économique exclusive et à un plateau continental.

218. La convention sur le droit de la mer ne peut pas avoir dans ses différentes parties adopté une logique différente sur cette question fondamentale, et si la population et la vie économique y sont considérées comme des facteurs essentiels et déterminants en ce qui concerne la possibilité pour des rochers de se voir attribuer ces titres, elle ne peut pas avoir considéré que la population et la vie économique sont dénuées de pertinence et doivent être ignorées dans le cas d'autres configurations géographiques.

b) *Les facteurs économiques*

219. Il en est de même des facteurs économiques. A cet égard, il faut observer qu'il s'agit d'un domaine dans lequel la jurisprudence de la Cour n'a pas été jusqu'ici concluante, malgré la tendance de récentes décisions à ne pas accorder de pertinence aux facteurs économiques. Dans l'affaire du *Golfe du Maine*¹, où le différend portait manifestement sur des ressources, le Canada a mis en avant la préservation des pratiques de pêche établies depuis dix à quinze ans tandis que les Etats-Unis d'Amérique soutenaient qu'ils avaient virtuellement droit à un monopole des pêcheries sur le banc de Georges. Si la Chambre a rejeté ces arguments comme dénués de pertinence en droit, elle ne les a pas entièrement ignorés, considérant que les éléments fournis par la géographie humaine et économique sont des circonstances qui

« ne peuvent pas entrer en considération en tant que critères à appliquer à l'opération de délimitation elle-même, mais dont justement on peut se servir ... pour juger du caractère équitable de la délimitation établie à l'origine sur la base des critères empruntés à la géographie physique et politique » (p. 340, par. 232).

En d'autres termes, ces facteurs pouvaient effectivement servir à apprécier l'équité du résultat. La Chambre a soumis leur emploi dans ce sens à des restrictions rigoureuses, le limitant au cas où le résultat était

¹ C.I.J. Recueil 1984, paragraphes 48 et 232 de l'arrêt.

“radically inequitable, that is to say, as likely to entail catastrophic repercussions for the livelihood and economic well-being of the population of the countries concerned” (*I.C.J. Reports 1984*, p. 342, para. 237).

Yet we have here a recognition, however restricted, that such factors can play a part in the overall result¹.

(c) *State practice*

220. So, also, in considering individual acts of State practice, an important limiting factor is that the special circumstances and political considerations that lie behind a particular arrangement between two countries are often veiled in obscurity unless the parties themselves record or state those facts². This is well illustrated in the present case in relation to Norway’s own treaty with Iceland, for Norway herself accepts that there were special political considerations lying behind that arrangement. As stated in paragraph 560 of Norway’s Counter-Memorial, “The political bargain struck between Norway and Iceland was exceptional . . .”, and in the same paragraph, the arrangement giving Iceland a 200-mile zone is described as a “concession made in favour of Iceland” which “produced a boundary which reflects no norm of equitable delimitation”. On Norway’s own submission, these circumstances render an agreement atypical, which might otherwise be relied upon as an item of State practice.

221. Another variable factor in relation to State practice is the fact that the effect given to islands for equidistance purposes has sometimes been a partial effect, thus introducing an additional element of flexibility. For example, the Greece-Italy Agreement of 24 May 1977 gives to the Greek islands involved a varying effect, ranging from full effect for the large islands of Corfu, Kefallinia and Zakynthos to lesser effects for the islands of Othonoi and Mathraki.

222. Other instances of partial effect also exist, such as the Iran-Oman Agreement of 25 July 1974, where the presence of the small island of Umm al Faiyarin belonging to Oman does not cause a proportional deviation of the demarcation line between Oman and Iran. Had this island been given full effect, the line would have moved considerably closer to the Iranian coast than it appears on the map (Reply of Denmark, Ann. 71).

¹ See, generally on this aspect, D. W. Bowett, “The Economic Factor in Maritime Delimitation Cases”, in *International Law at the Time of its Codification: Essays in Honour of Roberto Ago*, 1987, Vol. II, p. 45, esp. at pp. 58-63, pointing out, *inter alia*, that economic interests of States lay at the very heart of the 1982 Convention and that no part of the Convention is divorced from these economic interests.

² Rejoinder of Norway, p. 178, para. 605.

« radicalement inéquitable, c'est-à-dire ... susceptible d'entraîner des répercussions catastrophiques pour la subsistance et le développement économique des populations des pays intéressés » (*C.I.J. Recueil 1984*, p. 342, par. 237).

Nous voyons cependant là une reconnaissance, pour limitée qu'elle soit, du rôle que ces facteurs peuvent jouer dans le résultat global¹.

c) *La pratique des Etats*

220. De même, l'examen de telle ou telle manifestation de la pratique des Etats voit sa portée fortement restreinte par le fait que les circonstances spéciales et les considérations politiques sous-jacentes à un arrangement particulier entre deux pays restent souvent dans l'ombre à moins que les parties elles-mêmes ne les consignent ou ne les fassent connaître². La présente affaire en est une bonne illustration en ce qui concerne l'accord conclu par la Norvège avec l'Islande, car la Norvège reconnaît elle-même l'existence de considérations politiques derrière cet arrangement. Comme indiqué au paragraphe 560 du contre-mémoire de la Norvège : « Le marché politique que la Norvège a conclu avec l'Islande avait un caractère exceptionnel... », et, dans le même paragraphe, l'arrangement accordant à l'Islande une zone des 200 milles est décrit comme « une concession faite en faveur de l'Islande » qui a « abouti à une limite qui ne correspond à aucune norme de délimitation équitable ». De l'avis même de la Norvège, ces circonstances rendent atypique un accord sur lequel on pourrait autrement faire fond comme constituant un exemple de la pratique des Etats.

221. Une autre variable de la pratique des Etats est l'effet partiel qui a été parfois attribué à des îles en matière d'équidistance, introduisant ainsi un élément supplémentaire de flexibilité. Par exemple, l'accord Grèce-Italie du 24 mai 1977 attribue aux îles grecques concernées un effet variable, qui va d'un plein effet pour les grandes îles de Corfou, Céphalonie et Zante à des efforts réduits pour les îles d'Othonoi et de Mathrakion.

222. Il existe d'autres cas d'effet partiel, comme l'accord Iran-Oman du 25 juillet 1974, où la présence de la petite île de Umm al Faiyarin appartenant à l'Oman ne cause pas une déviation proportionnelle de la ligne de démarcation entre l'Oman et l'Iran. Si un plein effet avait été attribué à cette île, la ligne aurait été déplacée beaucoup plus près de la côte iranienne qu'il n'apparaît sur la carte (réplique du Danemark, annexe 71).

¹ Voir sur ce point, d'une manière générale, D. W. Bowett, « The Economic Factor in Maritime Delimitation Cases », dans *Le droit international à l'heure de sa codification. Etudes en l'honneur de Roberto Ago*, vol. II, 1987, p. 45, et particulièrement les pages 58 à 63, où l'auteur fait valoir, entre autres, que les intérêts économiques des Etats sont au cœur même de la convention de 1982 et qu'aucune partie de celle-ci ne fait exception à cet égard.

² Duplique de la Norvège, p. 169, par. 605.

223. So also in the United Kingdom-Ireland Agreement of 7 November 1988 (Reply of Denmark, Ann. 72), the Scilly Isles have not been given full effect.

224. Nor is the jurisprudence of this Court markedly different in this regard. The Court itself has in more than one of its judgments given less than full effect to small islands in relation to the equidistance principle. The half-effect basis of delimitation was used in *Tunisia/Libya*¹ in regard to the Kerkennah Islands, and in the *Gulf of Maine* case² in regard to the Canadian Seal Island. The half-effect basis was also used by the Court of Arbitration in the case concerning the *Delimitation of the Continental Shelf between the United Kingdom and France* in relation to the Scilly Isles, for “abating the disproportion and inequity which would otherwise result from giving full effect to the Scilly Isles as a base-point for determining the course of the boundary”³.

(d) *The ice factor*

225. On the ice factor, likewise, one would hesitate to say that there can be a general proposition that it can have no bearing. In the present case, the factors are such that although the ice is a real geophysical factor that impinges on the usability of the waters in question, it is so situated that it does not make a difference significant enough to affect the result.

226. However, while in these days of climatic change there may be some changeability in drift ice patterns, there may well be cases where drift ice or the freezing of the seas for the greater part of the year have, throughout recorded history, rendered ice-bound the sector adjacent to the coastline of one party, while the sector adjacent to the coastline of the other remains largely unaffected. In such a case this seems indeed to be a factor pertinent to the question of equitable division, for it intrinsically affects the usability of the areas to be demarcated.

227. These are but extreme cases. However, they serve the purpose of showing that possible avenues of enquiry ought not to be foreclosed.

(e) *National security*

228. Similar considerations apply to factors bearing on national security which again will vary from case to case and may in a given case assume considerable importance. The observation in *Libya/Malta* cited in the Judgment (para. 81) to the effect that security considerations are not unrelated to the concept of the continental shelf bears this out (*I.C.J. Reports 1985*, p. 42, para. 51).

¹ *I.C.J. Reports 1982*, pp. 63-64, para. 79; p. 89, para. 129.

² *I.C.J. Reports 1984*, pp. 336-337, para. 222.

³ *RIAA*, Vol. XVIII, p. 117, para. 251.

223. C'est ainsi également que dans l'accord Royaume-Uni - Irlande du 7 novembre 1988 (réplique du Danemark, annexe 72), il n'a pas été attribué un plein effet aux Sorlingues.

224. La jurisprudence de la Cour n'est pas non plus très différente à cet égard. Dans plusieurs de ses arrêts, elle n'a elle-même attribué qu'un effet partiel à des petites îles pour l'application du principe de l'équidistance. La méthode du demi-effet a été utilisée dans l'affaire *Tunisie/Libye*¹ pour les îles Kerkennah et dans l'affaire du *Golfe du Maine*² pour l'île canadienne Seal. Le tribunal a également appliqué cette méthode aux Sorlingues dans l'affaire de la *Délimitation du plateau continental entre le Royaume-Uni et la France*

« pour remédier à la disproportion et à l'inéquité qu'on crée sans cela en donnant un plein effet aux Sorlingues en tant que point de base pour fixer le tracé de la ligne de délimitation »³.

d) *Le facteur des glaces*

225. En ce qui concerne le facteur des glaces, l'on hésiterait aussi à poser en règle générale qu'il ne peut avoir aucun effet sur la délimitation. Dans la présente affaire, les glaces sont un facteur géophysique réel qui entrave les possibilités d'utilisation des eaux en question, mais leur localisation est telle qu'elles ne causent pas une différence suffisante pour affecter le résultat.

226. Cependant, il est possible que le régime des glaces dérivantes présente une certaine variabilité dans l'actuelle période de changement climatique, et il peut arriver que les glaces dérivantes ou le fait que la mer est prise pendant la plus grande partie de l'année aient pour résultat que, de mémoire d'homme, le secteur adjacent à la côte d'une partie est bloqué par les glaces, alors que le secteur adjacent à la côte de l'autre partie est très peu affecté. Il semble que cette circonstance puisse, en pareil cas, être un facteur pertinent pour une division équitable, car elle affecte intrinsèquement la possibilité d'utiliser les zones à délimiter.

227. Il ne s'agit là que de cas extrêmes. Ils montrent cependant que certaines orientations possibles de l'analyse ne sont pas à exclure.

e) *La sécurité nationale*

228. Il en est de même pour les facteurs relatifs à la sécurité nationale, lesquels, là encore, seront différents selon les affaires et pourront dans certains cas prendre une importance considérable. L'observation de la Cour dans l'affaire *Libye/Malte*, citée dans l'arrêt (par. 81), suivant laquelle les considérations de sécurité ne sont pas sans rapport avec le concept de plateau continental confirme ce point (*C.I.J. Recueil 1985*, p. 42, par. 51).

¹ *C.I.J. Recueil 1982*, p. 63-64, par. 79; p. 89, par. 129.

² *C.I.J. Recueil 1984*, p. 336-337, par. 222.

³ *RSA*, vol. XVIII, p. 255, par. 251.

(f) *The conduct of parties*

229. Regarding the conduct of parties, this has been fully dealt with by the Court. Conduct can, in an appropriate case, assume importance as, for example, where it amounts to an admission or an estoppel, but I agree that it does not constitute an element which could influence the particular delimitation in the present case.

230. While the items of conduct relied upon do not thus become sufficiently significant to affect the present decision, the possibility must always remain open in future cases that any one or more of such factors can assume sufficient significance to affect a delimitation.

(g) *Disproportion in coastal length*

231. The disproportion in length of the coastlines, however, assumes importance in this case. The Court in its Judgment has dealt with this aspect at length and I am in agreement with the Court's reasoning and conclusion on this matter.

232. The equitable aspects involved in this question of disproportion or proportionality may be briefly set out as follows:

(a) Disproportion in coastal lengths of the magnitude present in this case is clearly a relevant circumstance requiring consideration both on the basis of prior decisions and on the basis of equitable principles.

(b) The principle of proportionality does not mean a division of maritime space on a proportionate basis. This Court observed in the *Libya/Malta* case that it rejects any attempt to "define the equities in arithmetical terms" (*I.C.J. Reports 1985*, p. 55, para. 75). As the Court there observed:

"The Court does not consider that an endeavour to achieve a predetermined arithmetical ratio in the relationship between the relevant coasts and the continental shelf areas generated by them would be in harmony with the principles governing the delimitation operation." (*Ibid.*)

(c) The factor of proportionality applies only to coastlines and not to landmass, for "it is the coastal length that matters" (*ibid.*, p. 73, Judge Sette-Camara, separate opinion).

(d) Proportionality can legitimately be used as a test to verify the equity of a delimitation.

"In the view of the Court, there is no reason of principle why the test of proportionality, more or less in the form in which it was used in the *Tunisia/Libya* case, namely the identification of 'relevant coasts', the identification of 'relevant areas' of continental shelf, the calculation of the mathematical ratios of the lengths of the coasts and the

f) *La conduite des parties*

229. La question de la conduite des parties a été parfaitement traitée par la Cour. La conduite des parties peut, dans certains cas, revêtir de l'importance quand, par exemple, elle équivaut à une admission ou à un *estoppel*, mais je suis d'accord qu'elle ne constitue pas un élément qui puisse avoir une influence sur la délimitation effectuée dans cette affaire.

230. Les éléments invoqués à cet égard ne sont donc pas d'une importance telle qu'ils puissent affecter la décision, mais il existe toujours la possibilité que dans des affaires futures un ou plusieurs de ces éléments soient assez importants pour pouvoir affecter la délimitation.

g) *La disproportion des longueurs de côtes*

231. La disproportion des longueurs de côtes, par contre, est importante dans cette affaire. La Cour, dans son arrêt, s'est longuement étendue sur ce point et je suis d'accord avec son raisonnement et sa conclusion à cet égard.

232. Les différents aspects de la question de la disproportion ou de la proportionnalité envisagés du point de vue de l'équité peuvent être succinctement résumés comme suit :

- a) une disproportion des longueurs de côtes aussi importante que celle qui se manifeste dans la présente affaire est clairement une circonstance pertinente à prendre en considération tant au regard de décisions antérieures que pour l'application de principes équitables ;
- b) le principe de proportionnalité ne signifie pas une division de l'espace maritime sur une base proportionnelle. La Cour a déclaré dans l'affaire *Libye/Malte* qu'elle se refusait à « exprimer en chiffres » l'équité du résultat (*C.I.J. Recueil 1985*, p. 55, par. 75). Elle a également observé :

« La Cour ne pense pas qu'il soit conforme aux principes de l'opération de délimitation d'essayer de parvenir à un rapport arithmétique préétabli entre les côtes pertinentes et les surfaces de plateau continental qu'elles engendrent. » (*Ibid.*)

- c) le facteur de proportionnalité s'applique seulement aux côtes et non à la masse terrestre, car « c'est la longueur du littoral qui importe » (*ibid.*, p. 73, opinion individuelle de M. Sette-Camara) ;
- d) la proportionnalité peut légitimement servir de critère pour vérifier l'équité d'une délimitation.

« De l'avis de la Cour, aucune raison de principe n'empêche d'employer le test de proportionnalité, à peu près de la manière dont on l'a fait en l'affaire *Tunisie/Libye*, et qui consiste à déterminer les « côtes pertinentes » et les « zones pertinentes » de plateau continental, à calculer les rapports arithmétiques entre les longueurs de côte et

areas of shelf attributed, and finally the comparison of such ratios, should not be employed to verify the equity of a delimitation between opposite coasts, just as well as between adjacent coasts.” (*I.C.J. Reports 1985*, p. 53, para. 74.)

- (e) The Court would use proportionality as an instrument for correcting disproportionality where —

“the flagrant disproportion in the lengths of coasts is such that the correction of any line according to a reasonable ratio is indispensable for achieving an equitable result” (*ibid.*, p. 73, Judge Sette-Camara, separate opinion. See, also, Anglo-French Arbitration, *RIAA*, Vol. XVIII, p. 58, para. 101).

- (f) The application of the principle of proportionality is an instance of the use of the sense of injustice to test the justice of a result, as described in paragraphs 104-109 above.
- (g) Even though the equidistance principle is based on equitable considerations, equidistance is only a *prima facie* solution. The fact of gross disproportionality as in this case would suffice to move the Court away from that *prima facie* solution.
- (h) Such disproportion constitutes a special circumstance within the meaning of Article 6, paragraph 1, of the 1958 Convention as well as a relevant circumstance under customary international law.

PART C. EQUITY VIEWED IN GLOBAL TERMS

233. At the conclusion of this survey of the applications of equity in the Judgment of the Court, it would be appropriate to examine the concept briefly in global terms. Given the crucial importance of equity to the law of the sea, and given also that the law of the sea is still at a critical and formative phase, no examination of equity’s influence upon the law of the sea is complete without a search for concepts, principles and attitudes that range further afield in a global sense. Such a universal view can only strengthen maritime law, both in its conceptual content and in its authoritative force. The concepts of equity currently drawn upon by international law do not represent the totality of the available corpus of equitable thought wherewith to strengthen the equitable approach to the problems of maritime law. Such perspectives can also offer insights of value in the determination of a case such as this.

234. The International Court of Justice, specifically structured to embody a “representation of the main forms of civilization and of the principal legal systems of the world” (see Article 9 of the Statute of the Court), is under a particular obligation to search in all these traditions and

les surfaces attribuées, et finalement à comparer ces rapports, afin de s'assurer de l'équité d'une délimitation entre côtes se faisant face tout autant qu'entre côtes adjacentes. » (*C.I.J. Recueil 1985*, p. 53, par. 74.)

- e) la Cour se servira de la proportionnalité pour corriger une situation lorsque
- « la disproportion entre les longueurs de côte [est] si flagrante qu'il [faut] absolument, pour parvenir à un résultat équitable, corriger toute ligne éventuelle selon un rapport raisonnable » (*ibid.*, p. 73, opinion individuelle de M. Sette-Camara; voir également l'arbitrage franco-britannique, *RSA*, vol. XVIII, p. 189, par. 101);
- f) l'application du principe de proportionnalité est un exemple de recours au sens de l'injustice pour vérifier la justice d'un résultat, comme on l'a vu aux paragraphes 104 à 109 ci-dessus;
- g) bien que le principe de l'équidistance soit fondé sur des considérations équitables, l'équidistance est seulement une solution *prima facie*. L'existence d'une disproportion flagrante, comme en l'espèce, suffirait à détourner la Cour de cette solution *prima facie*;
- h) une telle disproportion est une circonstance spéciale au sens du paragraphe 1 de l'article 6 de la convention de 1958, ainsi qu'une circonstance pertinente au regard du droit international coutumier.

PARTIE C. L'ÉQUITÉ CONSIDÉRÉE SELON UNE PERSPECTIVE UNIVERSELLE

233. Il est bon, en concluant cette analyse des applications de l'équité dans l'arrêt de la Cour, d'examiner rapidement ce concept dans une perspective universelle. Vu l'importance cruciale que revêt l'équité dans le droit de la mer, et étant donné en plus que celui-ci se trouve encore dans une phase critique et formative, un examen du rôle de l'équité serait incomplet s'il ne s'accompagnait pas d'une recherche de concepts, de principes et d'attitudes de portée plus étendue et plus universelle. Se placer ainsi dans une perspective universelle ne peut qu'affermir le droit de la mer en ce qui concerne aussi bien son contenu conceptuel que l'autorité qui lui est reconnue. Les concepts d'équité dont s'inspire actuellement le droit international ne sont que partiellement représentatifs du corpus de la réflexion qui a été consacrée à l'équité et sur lequel pourrait s'appuyer cette approche des problèmes du droit de la mer. On pourrait y trouver aussi des enseignements utiles pour régler une affaire comme celle-ci.

234. La Cour internationale de Justice, dont la composition doit assurer « la représentation des grandes formes de civilisation et des principaux systèmes juridiques du monde » (voir l'article 9 du Statut de la Cour), a une obligation particulière de rechercher dans l'ensemble de ces tradi-

legal systems for principles and approaches that enrich the law it administers, and in the context of the present case, this applies to the contributions that equity can make to the law of the sea.

235. A search of global traditions of equity in this fashion can yield perspectives of far-reaching importance in developing the law of the sea. Among such perspectives deeply ingrained therein, which international law has not yet tapped, are concepts of a higher trust of earth resources, an equitable use thereof which extends inter-temporally, the “*sui generis*” status accorded to such planetary resources as land, lakes and rivers, the concept of wise stewardship thereof, and their conservation for the benefit of future generations. Their potential for the development of the law of the sea is self-evident.

236. Such perspectives are to be found in many traditions and civilizations, and the ubiquitous nature of the principle of equity has already been noted in the jurisprudence of this Court.

237. With special reference to the Law of the Sea, Judge Ammoun observed in the *North Sea Continental Shelf* cases:

“Incorporated into the great legal systems of the modern world referred to in Article 9 of the Statute of the Court, the principle of equity manifests itself in the law of Western Europe and of Latin America, the direct heirs of the Romano-Mediterranean *jus gentium*; in the common law, tempered and supplemented by equity described as accessory; in Muslim law which is placed on the basis of equity (and more particularly on its equivalent, equality) by the Koran and the teaching of the four great jurisconsults of Islam condensed in the Shari’a, which comprises, among the sources of law, the *istihsan*, which authorizes equity-judgments; Chinese law, with its primacy for the moral law and the common sense of equity, in harmony with the Marxist-Leninist philosophy; Soviet law, which quite clearly provides a place for considerations of equity; Hindu law which recommends ‘the individual to act, and the judge to decide, according to his conscience, according to justice, according to equity, if no other rule of law binds them’; finally the law of the other Asian countries, and of the African countries, the customs of which particularly urge the judge not to diverge from equity and of which ‘the conciliating role and the equitable nature’ have often been undervalued by Europeans; customs from which sprang a *jus gentium* constituted jointly with the rules of the common law in the former British possessions, the lacunae being filled in ‘according to justice, equity and good conscience’; and in the former French possessions, jointly with the law of Western Europe, steeped in Roman Law.

A general principle of law has consequently become established, which the law of nations could not refrain from accepting, and which

tions et de ces systèmes juridiques les principes et les approches de nature à enrichir le droit qu'elle administre, c'est-à-dire, dans le contexte de la présente espèce, les contributions que l'équité pourrait apporter au droit de la mer.

235. Cette recherche des traditions mondiales d'équité pourrait ouvrir des perspectives de portée considérable pour le développement du droit de la mer. Il s'agit en particulier de notions profondément enracinées dans ces traditions, et que le droit international n'a pas encore exploitées, comme celles d'un magistère à l'égard des ressources de la planète, d'une utilisation équitable de ces ressources qui transcende l'immédiat, de l'attribution d'un statut « *sui generis* » à des ressources planétaires comme la terre, les lacs et les rivières, d'une gestion prudente de ces ressources et de leur conservation au bénéfice des générations futures. L'importance de ces notions pour le développement du droit de la mer se passe d'explications.

236. Ces points de vue se retrouvent dans un grand nombre de traditions et de civilisations, et l'ubiquité du principe d'équité a déjà été relevée dans la jurisprudence de la Cour.

237. A propos plus particulièrement du droit de la mer, M. Ammoun a observé dans les affaires du *Plateau continental de la mer du Nord*:

« Intégré dans les grands systèmes juridiques du monde moderne auxquels fait allusion l'article 9 du Statut de la Cour, le principe d'équité se manifeste dans le droit de l'Europe occidentale et de l'Amérique latine, héritières directes du *jus gentium* romano-méditerranéen; dans la *common law* tempérée et complétée par l'*equity* dite accessoire, dans le droit musulman que fondent sur l'équité, et plus particulièrement sur son équivalent qu'est l'égalité, le Coran et l'enseignement des quatre grands juristes de l'Islam condensé dans la *Shari'a* et comportant, parmi les sources du droit, l'*Istihsan*, autorisant les jugements d'équité; le droit chinois, avec la primauté de la loi morale et du sens commun de l'équité, en accord avec la philosophie marxiste-léniniste; le droit soviétique, qui fait place nettement aux préoccupations d'équité; le droit hindou qui convie « l'individu à agir et le juge à statuer selon sa conscience, selon la justice, selon l'équité, si aucune autre règle de droit ne s'impose à eux »; enfin le droit des autres pays d'Asie et des pays d'Afrique dont les coutumes incitent particulièrement le juge à ne pas s'écarter de l'équité et dont les Européens ont souvent méconnu « le rôle conciliateur et la nature équitable »; coutume dont est né un *jus gentium* constitué conjointement avec les règles de la *common law* dans les anciennes possessions anglaises, les lacunes étant à combler « suivant la justice, l'équité et la conscience »; et, dans les anciennes possessions françaises, avec le droit de l'Europe occidentale imbu de droit romain.

Un principe général de droit s'est en conséquence établi que le droit des gens ne pouvait s'empêcher d'accueillir, fondant les rela-

founds legal relations between nations on equity and justice.” (*I.C.J. Reports 1969*, pp. 139-140, Judge Ammoun, separate opinion; footnotes omitted.)

238. The list of sources cited by Judge Ammoun provides a vast resource from which to quarry the elements of the universal sense of justice and fairness that underlies the meaning of equity. Some other important sources should also be mentioned — the fine analyses of justice in Greek¹ and Judaic² philosophy; the equity-impregnated concept of “dharma” in Hindu jurisprudence³; the elaborately researched concept of fairness and justice in Buddhism⁴; the Christian tradition of justice and conscience as “weightier matters of the law” as opposed to mere legalism⁵; and the Qur’anic injunction:

¹ Cf. the conflict between conscience and the unjust law as highlighted in Sophocles’ *Antigone*, fifth century B.C. — Sophocles, *Antigone*, Eliz. Wyckoff (trans.), in *Complete Greek Tragedies II*, ed. D. Grene and R. Lattimore, 1960, University of Chicago Press, p. 170.

² “If mankind is to master the greatest of all arts, the art of living together in neighbourliness — if law is to light the march of the human spirit toward a closer understanding among nations — we must recognize the truth which was revealed to the Prophets of Israel, that equity is an integral component of justice.” (Ralph A. Newman, “The Principles of Equity as a Source of World Law”, 4 *Israel Law Review* (1966), p. 631.)

³ The *Bhagavad Gita* gives righteousness a central place in world order (IV.7) and the very first word of this classic, described as the glory of Sanskrit literature, is the word “dharma” — see Juan Mascaró (trans.), Penguin Classics, 1962, p. 37; and the *Brihad Aranyaka Upanishada* characterizes dharma as the king of kings (1, 4-14). Kane’s monumental treatise on the *dharmaśāstra* (P. V. Kane, *History of Dharmaśāstra*, 1946) sets out among the meanings of dharma the concepts of duty, right, justice and morality (Vol. 1, p. 1). Fritz Berolzheimer describes the philosophical positions regarding justice in ancient India as “the antecedents of later legal and ethical developments among the Greeks and Romans” (Berolzheimer, *The World’s Legal Philosophies*, 1968, p. 37).

⁴ See, generally, K. N. Jayatilleke, “The Principles of International Law in Buddhist Doctrine”, 120 *Recueil des cours* (1967-I), pp. 443-567. World rulership is to be under a “kingless authority”. That “kingless authority” is to be the law (p. 539); and righteousness is extremely important to the Buddhist conception of law (p. 449). Two conceptions underlie the Buddhist attitude towards law: (a) the rule of righteousness; (b) the happiness and well-being of mankind (L. P. N. Perera, *Buddhism and Human Rights*, 1991, p. 41).

⁵ See Matthew 23 : 23. The expositions of conscience by mediaeval churchmen (such as the *Summa Confessorum* written to guide priests in assessing the moral conduct of penitents) were probably an influential source in shaping the thinking of the early English Chancellors (see A. W. B. Simpson, *A History of the Common Law of Contract*, 1975, p. 405. See, also, *ibid.*, pp. 377-379 and pp. 397-405). Their primary concern centred so much on conscience that the rubric under which early Chancery cases are to be found is not Equity but Conscience (see *ibid.*, p. 398), for in laying the foundations of equity jurisprudence, the Chancellor sat “as a judge of conscience, in a court of conscience, to apply the law of conscience . . .” (*ibid.*).

tions juridiques entre les nations sur l'équité et la justice.» (*C.I.J. Recueil 1969*, p. 139-140, opinion individuelle de M. Ammoun; notes omises.)

238. La liste des sources citées par M. Ammoun est une mine dont nous pouvons extraire les éléments d'un sens universel de la justice et de l'impartialité qui est à la racine même de l'équité. D'autres sources importantes seraient aussi à mentionner — les analyses si élaborées de la justice dans la philosophie grecque¹ et judaïque²; le concept imprégné d'équité de «dharma» dans la jurisprudence hindoue³; la profonde impartialité de l'équité et de la justice dans le bouddhisme⁴; la tradition chrétienne de la justice et de la conscience déclarées «plus importantes que la loi», en opposition au pur légalisme⁵; et l'injonction coranique:

¹ Voir le conflit entre la conscience et l'injustice de la loi dans *Antigone* de Sophocle, V^e siècle av. J.-C. (Traduction anglaise de Eliz. Wyckoff, dans *Complete Greek Tragedies II*, publié sous la direction de D. Grene et R. Lattimore, 1960, Editions de l'Université de Chicago, p. 170.)

² « Pour que l'humanité maîtrise le plus grand de tous les arts, l'art de vivre ensemble en bon voisinage — pour que le droit éclaire la marche de l'esprit humain vers une meilleure compréhension entre les nations — nous devons reconnaître la vérité qui a été révélée aux prophètes d'Israël, que l'équité est un élément indissociable de la justice.» (Ralph A. Newman, « The Principles of Equity as a Source of World Law », *Israel Law Review*, vol. 4, 1966, p. 631.)

³ Le *Bhagavadgita* donne à la vertu un rôle central dans l'ordre mondial (IV.7) et le tout premier mot de ce classique, qualifié de joyau de la littérature sanscrite, est le mot *dharma*, et le *Bhradaranayake Upanishada* dit que le *dharma* est le roi des rois (1, 4-14). Le monumental traité de Kane sur le *dharmasastra* (P. V. Kane, *History of Dharmasastra*, 1946) cite parmi les significations du *dharma* les concepts de devoir, de droit, de justice et de moralité (vol. 1, p. 1). Fritz Berolzheimer voit dans les conceptions philosophiques de la justice dans l'Inde ancienne les « antécédents de l'évolution ultérieure du droit et de l'éthique chez les Grecs et les Romains » (Berolzheimer, *The World's Legal Philosophies*, 1968, p. 37).

⁴ Voir, d'un point de vue général, K. N. Jayatilleke, « The Principles of International Law in Buddhist Doctrine », *Recueil des cours*, t. 120 (1967-I), p. 443-567. Le monde doit être gouverné par une « autorité sans roi ». Cette « autorité sans roi » doit être le droit (p. 539); et le respect du droit et de la morale est extrêmement important dans la conception bouddhiste du droit (p. 449). Deux concepts sont à la base de l'attitude bouddhiste par rapport au droit: a) la règle de la vertu; b) le bonheur et le bien-être de l'humanité (L. P. N. Perera, *Buddhism and Human Rights*, 1991, p. 41).

⁵ Voir Matthieu 23: 23. Les conceptions de la conscience dans l'Eglise du Moyen Age (comme les *Summae Confessorum* devant aider les prêtres à apprécier la conduite morale des pénitents) ont probablement contribué à façonner la pensée des chanceliers anglais (voir A. W. B. Simpson, *A History of the Common Law of Contract*, 1975, p. 405; voir aussi *ibid.*, p. 377-379 et p. 397-405). La conscience tenait une si large place à leurs yeux que la rubrique qui rassemble les premières décisions des chanceliers n'est pas l'équité mais la conscience (voir *ibid.*, p. 398), car, posant les bases de la jurisprudence en *equity*, le chancelier statuait « en tant que juge de la conscience, en appliquant le droit de la conscience... » (*ibid.*)

“If thou judge
 judge in equity between them
 for God loveth those
 who judge in equity”¹

which has been the subject of extensive commentary over the centuries by the jurists of Islam².

239. The sophisticated notions of reasonable and fair conduct currently being unveiled by modern researches in African³, Pacific⁴ and Amerindian⁵ customary law, and the principle of deep harmony with the environment which underlies Australian Aboriginal customary law⁶ add to the reservoir of sources available.

240. What emerges is a notion of equity broad-based upon global jurisprudence which speaks therefore with greater authority. Notions of the supremacy of international law, its impregnation with concepts of righteousness, the sacrosanct nature of earth resources, harmony of human activity with the environment, respect for the rights of future generations, and the custody of earth resources with the standard of due diligence expected of a trustee are equitable principles stressed by those tradi-

¹ Surah 5, Verse 45, Yusuf Ali's translation. In particular, the technique of legal reasoning called *istihsan*, referred to by Judge Ammoon, accords an important role to equity. See, also, John Makdisi, "Legal Logic and Equity in Islamic Law", 33 *American Journal of Comparative Law* (1985), p. 63; H. Afchar, "The Muslim Conception of Law", *International Encyclopedia of Comparative Law*, Vol. VII, pp. 90-96, and the same author on "Equity in Muslim Law", in Ralph Newman (ed.), *Equity in the World's Legal Systems*, 1973, pp. 111-123.

² Their techniques of legal reasoning included *qiyas* (reasoning by analogy), *istishab* (presumption of continuity), *istislah* (considerations of public interest) and *istihsan* (a concept of equity). See Makdisi, *op. cit.*, pp. 40-45. The relevance to equity of some of them — such as *istislah* and *istihsan* — need scarcely be stressed.

³ The individual's right of ownership of land is limited by the superior right of the social group to which he belongs — A. N. Allott, in Cotran and Rubin (eds.), *Readings in African Law*, 1970, p. 265. See also, T. O. Elias, *The Nature of African Customary Law*, 1956, p. 272: "It is this motive of the judge to do equity that is the most persistent characteristic of the African judicial process." See, also, M. Gluckman, *The Judicial Process among the Barotse of N. Rhodesia*, 1955, pp. 202-206; J. H. Driberg ("The African Conception of Law", *Journal of Comparative Legislation and International Law*, November 1934, pp. 230-246) discusses African law as an organic growth keeping in tune with the changing needs of society. On the felt standards of the community which are not themselves matters of law entering the process of judgment, see, M. Gluckman, *Order and Rebellion in Tribal Africa*, 1963, pp. 178-206.

⁴ See, generally, Peter Sack, *Land between Two Laws*, 1973; and P. Hambruch, *Nauru: Results of the South Seas Expedition*, 1914. For the trust concept in traditional Hawaiian land law, see M. K. MacKenzie (ed.), *Native Hawaiian Rights Handbook*, 1991, p. 26.

⁵ See K. N. Llewellyn and E. A. Hoebel, *The Cheyenne Way*, 1941; Charles F. Wilkinson, *American Indians, Time, and the Law*, 1987.

⁶ See H. McRae, G. Nettheim, L. Beacroft, *Aboriginal Legal Issues*, 1991, pp. 44-56; *Mabo v. Queensland* (1992), 7 *Australian Law Journal* 408 (High Court of Australia).

« Et si tu juges
alors juge entre eux à la balance
Oui, Dieu aime ceux
qui jugent à la balance »¹,

qui a été abondamment commentée au cours des siècles par les juristes islamiques².

239. Les notions très élaborées de conduite raisonnable et équitable que révèlent les recherches modernes sur le droit coutumier de l'Afrique³, du Pacifique⁴ et des Indiens d'Amérique⁵ et les principes de profonde harmonie avec l'environnement qui sont à la base du droit coutumier des autochtones d'Australie⁶ accroissent encore la masse des sources disponibles.

240. Ce qui se dégage, c'est une notion de l'équité qui est fondée sur la base très large d'une jurisprudence universelle et qui s'affirme alors avec une plus grande autorité. Les notions de la primauté du droit international, les concepts de vertu dont celui-ci est imprégné, le caractère sacrosaint des ressources de la terre, l'harmonie entre l'activité de l'homme et l'environnement, le respect des droits des générations futures et la gestion de ces ressources avec la prudence et la prévoyance qui conviennent à

¹ Sourate 5, verset 45, traduction Muhammad Hamidullah. En particulier, la méthode de raisonnement juridique appelée *istihsan*, dont parle M. Ammoun, donne un rôle important à l'équité. Voir également John Makdisi, « Legal Logic and Equity in Islamic Law », *American Journal of Comparative Law*, vol. 45, 1985, p. 63; H. Afchar, « The Muslim Conception of Law », *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. VII, p. 90-96; et le même auteur, « Equity in Muslim Law », dans Ralph Newman (dir. publ.), *Equity in the World's Legal System*, 1973, p. 111-123.

² Leurs méthodes de raisonnement juridique sont les suivantes : *qiyas* (raisonnement par analogie), *istishab* (présomption de continuité), *istislah* (considérations d'intérêt public) et *istihsan* (concept d'équité). Voir Makdisi, *op. cit.*, p. 40-45. La pertinence de certaines de ces méthodes — comme *istislah* et *istihsan* — n'a pas à être soulignée.

³ Le droit pour l'individu de posséder de la terre est limité par le droit supérieur du groupe social auquel il appartient (A. N. Allott, dans Cotran et Rubin (dir. publ.), *Readings in African Law*, 1970, p. 265). Voir aussi T. O. Elias, *The Nature of African Customary Law*, 1956, p. 272 : « C'est cette volonté de juger en équité qui est la caractéristique la plus constante du processus judiciaire africain. » Voir également M. Gluckman, *The Judicial Process among the Barotse of N. Rhodesia*, 1955, p. 202-206; J. H. Driberg (« The African Conception of Law », *Journal of Comparative Legislation and International Law*, novembre 1934, p. 230-246) traite du droit africain envisagé sous l'angle de sa croissance organique en fonction de l'évolution des besoins de la société. Sur les valeurs de la collectivité qui ne sont pas en elles-mêmes des éléments du droit appliqué dans le processus judiciaire, voir M. Gluckman, *Order and Rebellion in Tribal Africa*, 1963, p. 178-206.

⁴ Voir, d'un point de vue général, Peter Sack, *Land between Two Laws*, 1973, et P. Hambruch, *Nauru: Results of the South Seas Expedition*, 1914. Pour le concept de loyauté en droit foncier traditionnel hawaïen, voir M. K. MacKenzie (dir. publ.), *Native Hawaiian Rights Handbook*, 1991, p. 26.

⁵ Voir K. N. Llewellyn et E. A. Hoebel, *The Cheyenne Way*, 1941; Charles F. Wilkinson, *American Indians, Time, and the Law*, 1987.

⁶ Voir H. McRae, G. Nettheim et L. Beacroft, *Aboriginal Legal Issues*, 1991, p. 44-56; *Mabo v. Queensland* (1992), *Australian Law Journal*, vol. 7, p. 408 (High Court of Australia).

tions — principles whose fuller implications have yet to be woven into the fabric of international law. Such an approach can also give to equity, especially in its application to the increasingly important area of planetary resources such as the sea, a deeper and more insightful meaning than it would bear if the search were less than universal. It also emphasizes the long-term perspectives that need to be kept in view as a developing branch of the law settles into the conceptual mould which gives it shape for the foreseeable future.

241. Two examples of such broader perspectives which are specially relevant to the law of the sea and which are drawn from two widely different legal traditions will illustrate this proposition. They highlight the principles of conservation of earth resources and safeguards against environmental pollution which are of particular importance to the law relating to such an important earth resource, and are not without relevance to maritime boundary delimitation cases. This case itself has highlighted the importance of conservation as a factor constituting the background to the dispute before it, for the near extinction of the capelin, one of the richest resources of this maritime region, was a compelling circumstance leading to the international negotiations preceding this case.

242. The first illustration of such a broader perspective comes from traditional legal systems such as the African, the Pacific, and the Amerindian, which contained a deeply ingrained respect for the earth, the atmosphere, the lakes and the seas, which the evolving law of the sea can consider with profit¹. Among Pacific societies, for example, land had metaphysical connotations which prevented it from being seen as a saleable commodity like items of merchandise². Respect for these elemental constituents of the inheritance of succeeding generations dictated rules and attitudes based upon a concept of an equitable sharing which was both horizontal in regard to the present generation and vertical for the benefit of generations yet to come³.

¹ See, also, E. B. Weiss, *In Fairness to Future Generations: International Law, Common Patrimony and Intergenerational Equity*, 1989, for the recognition by diverse cultures that each generation is a trustee or steward of the natural environment for the benefit of generations yet unborn, and for the fact that intergenerational fairness can be addressed under principles of equity in accordance with a long tradition in international law of using equitable principles to achieve a just result.

² See P. Sack, *op. cit.*, pp. 33 and 37.

³ See E. B. Weiss, *op. cit.*, p. 37.

“The use of equity to provide equitable standards for allocating and sharing resources and benefits lays the foundation for developing principles of intergenerational equity. These principles can build upon the increasing use by the International Court of Justice of equitable principles to achieve a result that the Court views as fair and just.”

quelqu'un qui en a reçu le dépôt et la responsabilité sont des principes équitables sur lesquels insistent ces traditions — principes dont toutes les incidences n'ont pas encore été incorporées dans le tissu du droit international. Cette approche peut aussi conférer à l'équité, spécialement dans son application au domaine de plus en plus important des ressources planétaires comme la mer, une signification plus profonde et plus pénétrante que si sa recherche n'était pas universelle. En outre, elle met en relief les perspectives à long terme qu'il faut garder présentes à l'esprit à mesure qu'une branche du droit en mutation se cristallise dans le moule conceptuel qui dictera sa configuration pour l'avenir prévisible.

241. Deux exemples de ces perspectives plus larges, qui intéressent particulièrement le droit de la mer et qui sont empruntés à deux traditions juridiques très différentes, illustreront cette proposition. Ils ont trait aux principes de conservation des ressources du globe et de protection contre la pollution de l'environnement qui sont d'une particulière importance pour le droit applicable à une ressource aussi importante de la planète et ils ne sont pas dénués de pertinence dans des affaires de délimitation maritime. On a pu voir dans cette affaire même que la conservation des ressources se trouvait à l'arrière-plan du différend car c'était la quasi-extinction du capelan, une des ressources les plus précieuses de la région, qui a directement contribué à l'ouverture des négociations internationales qui ont précédé la saisine de la Cour.

242. Le premier de ces exemples nous est donné par des systèmes juridiques traditionnels comme ceux de l'Afrique, du Pacifique et des Indiens d'Amérique dans lesquels était profondément enraciné un respect de la terre, de l'atmosphère, des lacs et des mers, dont le développement du droit de la mer peut utilement s'inspirer¹. Dans les sociétés du Pacifique, par exemple, la terre possédait des connotations métaphysiques qui empêchaient que l'on considère qu'elle puisse être vendue comme une marchandise². Le respect de ces éléments constitutifs du patrimoine des générations suivantes dictait des règles et des attitudes fondées sur la notion d'un partage équitable qui était à la fois horizontal vis-à-vis de la génération présente et vertical pour le bénéfice des générations à venir³.

¹ Voir aussi E. B. Weiss, *In Fairness to Future Generations: International Law, Common Patrimony and Intergenerational Equity*, 1989: diverses cultures considèrent que chaque génération a pour mission de gérer et de conserver l'environnement naturel au bénéfice des générations à naître, et il est possible de maintenir l'équité entre les générations en appliquant les principes consacrés par une longue tradition du droit international consistant à recourir à des principes équitables pour parvenir à un résultat juste.

² Voir P. Sack, *op. cit.*, p. 33 et 37.

³ Voir E. B. Weiss, *op. cit.*, p. 37:

« Le recours à l'équité pour établir des normes équitables d'allocation et de partage des ressources et des avantages pose les bases de l'élaboration de principes d'équité intergénérationnelle. Ces principes peuvent s'appuyer sur l'usage croissant que fait la Cour internationale de Justice de principes équitables pour parvenir à un résultat qu'elle considère comme impartial et juste. »

243. The second illustration comes from Islamic law which enshrines another deeply relevant equitable idea — the idea that earth resources such as land cannot be the subject of outright ownership as is the case with movables, but are the subject of trusteeship for the benefit of all future generations. Such a juristic concept dictates the principle that such resources must be treated with the care due to the property of others and that the present must preserve intact for the future the inheritance it has received from the past. In such equitable principles may lie a key to many of the environmental concerns which affect the land, the sea and the air space of the planet.

244. Such transcending equities, as visualized by those systems, add new dimensions to the equitable framework within which the equities of the law of the sea can evolve, and add authority to this structure. They underscore the special responsibility of a tribunal delimiting maritime areas to pay due emphasis to the universal nature of the material out of which it is moulding the law of the future.

245. To place these conclusions in an elegant setting :

“Behind the diverse facades of legal systems we discern the substantial identity of the underlying principles of equity which link legal systems together, as in a Gothic cathedral the multiplicity of its rhythms of stone unite with the fundamental impulses of the mind and of nature.”¹

246. Not without reason did the emerging law of the sea find in equity a general area of agreement among participants at UNCLOS who came to its meetings representing widely different backgrounds and widely divergent interests.

* * *

247. This brief survey of a vast topic — the contribution of equity to an individual decision — is intended to indicate the many ways in which it contributes to the process of judgment and can contribute to the development of the law of the sea. While not intended to be a comprehensive exposition, it could also serve the limited purpose of drawing attention to aspects of its operation which, by remaining implicit, may remain unexplored.

248. International law throughout its history has been richly interwoven with equitable strands of thought. Of equity perhaps more than of any other department of legal thought it could truly be said that, “Under

¹ Newman, *op. cit.*, p. 631.

243. Le deuxième exemple est emprunté au droit islamique, qui consacre une autre notion d'équité profondément pertinente: l'idée suivant laquelle les ressources de la Terre ne sont pas susceptibles d'une appropriation pure et simple au même titre que les biens meubles, mais font l'objet d'une tutelle qui doit être exercée pour le bénéfice de toutes les générations futures. Ce concept juridique veut que ces ressources soient traitées avec le soin dû aux biens d'autrui et que chaque génération préserve pour l'avenir l'héritage qu'elle a reçu du passé. Ces principes équitables renferment peut-être la clef de bon nombre des problèmes environnementaux qui affectent la terre et les océans et l'air que l'on respire.

244. Cette équité transcendante, telle qu'envisagée par ces systèmes, ajoute des dimensions nouvelles au cadre dans lequel peuvent se développer les considérations équitables applicables en droit de la mer et rehausser leur autorité. Elle montre à quel point un tribunal chargé de délimiter des espaces maritimes est spécialement tenu d'accorder toute l'importance nécessaire au caractère universel des éléments à partir desquels il façonne le droit de l'avenir.

245. Je conclurai sur une note d'élégance que :

« Derrière les façades diverses des systèmes juridiques nous discernons l'identité fondamentale des principes sous-jacents d'équité qui unissent les systèmes juridiques, de la même manière que dans une cathédrale gothique la multiplicité des rythmes de ses pierres se fond avec les élans fondamentaux de l'esprit et de la nature. »¹

246. Ce n'est pas sans raison que les participants à la conférence des Nations Unies sur le droit de la mer, venus d'horizons extrêmement différents et avec des intérêts radicalement divergents, ont pu trouver dans l'équité un terrain d'entente pour l'élaboration du nouveau droit de la mer.

* * *

247. Cette brève analyse d'une vaste question — la contribution de l'équité à une décision particulière — a pour but de montrer les nombreuses manières dont elle intervient dans le processus judiciaire et dont elle peut contribuer au développement du droit de la mer. Sans prétendre être exhaustive, elle continuera peut-être, à tout le moins, à appeler l'attention sur des aspects qui, restant implicites, peuvent demeurer inexplorés.

248. Toute l'histoire du droit international est richement tissée de réflexions diverses sur la question de l'équité. Plus que tout autre domaine de la pensée juridique, l'équité est peut-être celui dont on peut dire que

¹ Newman, *op. cit.*, p. 631.

the surface eddies created by the decisions of individual cases, there surges a mighty tide of the fundamental principles of justice.”¹ That tide needs to be drawn into service to its fullest potential as the developing law of the sea moves towards its fuller maturity.

(Signed) Christopher Gregory WEERAMANTRY.

¹ See R. A. Newman, *op. cit.*, p. 621.

«sous les remous superficiels créés par les décisions rendues dans des affaires particulières monte la marée puissante des principes fondamentaux de la justice»¹. Toute la puissance de cette marée doit être exploitée pour que le droit de la mer qui se développe actuellement parvienne à complète maturité.

(Signé) Christopher Gregory WEERAMANTRY.

¹ Voir R. A. Newman, *op. cit.*, p. 621.