ARCHIVES

Non-Corrigé
Uncorrected

CR 98/10

Cour internationale
de Justice

LA HAYE

International Court
of Justice

THE HAGUE

ANNEE 1998

Audience publique

tenue le mercredi 10 juin 1998, à 10 heures, au Palais de la Paix,

sous la présidence de M. Schwebel, président

en l'affaire de la Compétence en matière de pêcheries (Espagne c. Canada)

COMPTE RENDU

YEAR 1998

Public sitting

held on Wednesday 10 June 1998, at 10.00 a.m., at the Peace Palace,

President Schwebel presiding

in the case concerning Fisheries Jurisdiction (Spain v. Canada)

VERBATIM RECORD

Présents :

- M. Schwebel, président
- M. Weeramantry, vice-président
- MM. Oda
 - Bedjaoui
 - Guillaume
 - Ranjeva
 - Herczegh
 - Shi
 - Fleischhauer
 - Koroma
 - Vereshchetin
- Mme Higgins
- MM. Parra-Aranguren
 - Kooijmans
 - Rezek, juges
- MM. Lalonde
 - Torres Bernárdez, juges *ad hoc*
- M. Valencia-Ospina, greffier

Present:

President	Schwebel
Vice-President	Weeramantry
Judges	Oda
	Bedjaoui
	Guillaume
	Ranjeva
	Herczegh
	Shi
	Fleischhauer
	Koroma
	Vereshchetin
	Higgins
	Parra-Aranguren
	Kooijmans
	Rezek
Judges <i>ad hoc</i>	Lalonde
	Torres Bernárdez
Registrar	Valencia-Ospina

Le Gouvernement de l'Espagne est représenté par :

M. José Antonio Pastor Ridruejo, chef du service juridique international du ministère des affaires étrangères d'Espagne, professeur de droit international à l'Université Complutense de Madrid,

comme agent et conseil;

M. Pierre-Marie Dupuy, professeur de droit international à l'Université Panthéon-Assas (Paris II),

M. Keith Highet, conseil en droit international, vice-président du comité juridique interaméricain de l'Organisation des Etats américains,

M. Antonio Remiro Brotóns, professeur de droit international à l'Université autonome de Madrid,

M. Luis Ignacio Sánchez Rodríguez, professeur de droit international à l'Université Complutense de Madrid,

comme conseils et avocats;

M. Félix Valdés Valentín-Gamazo, ministre-conseiller de l'ambassade d'Espagne aux Pays-Bas,

comme coagent;

M. Carlos Domínguez Díaz, secrétaire d'ambassade, sous-directeur général aux organisations internationales de gestion de pêcheries au ministère de l'agriculture et des pêcheries d'Espagne,

M. Juan José Sanz Aparicio, secrétaire d'ambassade, membre du service juridique international du ministère des affaires étrangères d'Espagne,

comme conseillers.

Le Gouvernement du Canada est représenté par :

S. Exc. M. Philippe Kirsch, c.r., ambassadeur et jurisconsulte, ministère des affaires étrangères et du commerce international,

comme agent et avocat;

M. Blair Hankey, avocat général délégué, ministère des affaires étrangères et du commerce international,

comme agent adjoint et avocat;

M. L. Alan Willis, c.r., ministère de la justice,

comme conseil principal et avocat;

The Government of Spain is represented by:

Mr. José Antonio Pastor Ridruejo, Head, Department of International Legal Affairs, Ministry of Foreign Affairs of Spain, Professor of International Law at the Complutense University of Madrid,

as Agent and Counsel;

Mr. Pierre-Marie Dupuy, Professor of International Law, University of Paris II (Panthéon-Assas),

Mr. Keith Highet, Counsellor in International Law, Vice-Chairman, Inter-American Juridical Committee, Organization of American States,

Mr. Antonio Remiro Brotóns, Professor of International Law, Autonomous University of Madrid,

Mr. Luis Ignacio Sánchez Rodríguez, Professor of International Law, Complutense University of Madrid,

as Counsel and Advocates;

Mr. Félix Valdés Valentín-Gamazo, Minister-Counsellor, Embassy of Spain to the Netherlands,

as Co-Agent;

Mr. Carlos Domínguez Díaz, Embassy Secretary, Assistant Director-General for International Fisheries Management Organizations, Ministry of Agriculture and Fisheries of Spain,

Mr. Juan José Sanz Aparicio, Embassy Secretary, Department of International Legal Affairs, Ministry of Foreign Affairs of Spain,

as Advisers.

The Government of Canada is represented by:

His Excellency Philippe Kirsch, Q.C., Ambassador and Legal Adviser to the Department of Foreign Affairs and International Trade,

as Agent and Advocate;

Mr. Blair Hankey, Associate General Counsel, Department of Foreign Affairs and International Trade,

as Deputy Agent and Advocate;

Mr. L. Alan Willis, Q.C., Department of Justice,

as Senior Counsel and Advocate;

M. Prosper Weil, professeur émérite de l'Université de Paris,

comme conseil et avocat;

M. Paul Fauteux, ministère des affaires étrangères et du commerce international,

M. John F. G. Hannaford, ministère des affaires étrangères et du commerce international,

Mme Louise de La Fayette, Université de Southampton,

Mme Ruth Ozols Barr, ministère de la justice,

Mme Isabelle Poupart, ministère des affaires étrangères et du commerce international,

Mme Laurie Wright, ministère de la justice,

comme conseils;

M. Malcolm Rowe, Gouvernement de Terre-Neuve et du Labrador,

M. Earl Wiseman, ministère des pêches et océans,

comme conseillers;

Mme Manon Lamirande, ministère de la justice,

Mme Marilyn Langstaff, ministère des affaires étrangères et du commerce international,

Mme Annemarie Manuge, ministère des affaires étrangères et du commerce international,

M. Robert McVicar, ministère des affaires étrangères et du commerce international,

Mme Lynn Pettit, ministère des affaires étrangères et du commerce international,

comme agents administratifs.

Mr. Prosper Weil, Professor Emeritus, University of Paris,

as Counsel and Advocate;

Mr. Paul Fauteux, Department of Foreign Affairs and International Trade,

Mr. John F. G. Hannaford, Department of Foreign Affairs and International Trade,

Ms Louise de La Fayette, University of Southampton,

Ms Ruth Ozols Barr, Department of Justice,

Ms Isabelle Poupart, Department of Foreign Affairs and International Trade,

Ms Laurie Wright, Department of Justice,

as Counsel;

Mr. Malcolm Rowe, Government of Newfoundland and Labrador,

Mr. Earl Wiseman, Department of Fisheries and Oceans,

as Advisers;

Ms Manon Lamirande, Department of Justice,

Ms Marilyn Langstaff, Department of Foreign Affairs and International Trade,

Ms Annemarie Manuge, Department of Foreign Affairs and International Trade,

Mr. Robert McVicar, Department of Foreign Affairs and International Trade,

Ms Lynn Pettit, Department of Foreign Affairs and International Trade,

as Administrative Officers.

The PRESIDENT: Please be seated. Professor Remiro, would you kindly resume.

M. REMIRO BROTONS : Monsieur le président, Madame, Messieurs les Membres de la Cour.

Comme je le disais hier, la Cour est compétente pour connaître de la requête espagnole parce que l'affaire qui lui a été soumise se trouve dans le cadre de sa compétence conformément aux déclarations formulées par les Parties sur la base de l'article 36, paragraphe 2, du Statut. Evidemment, le défendeur a une opinion différente à cet égard.

Sans revenir maintenant sur les considérations critiques déjà réalisées concernant la conception du Canada reprise dans son contre-mémoire, il convient d'analyser les éléments fondamentaux de ce que le défendeur a appelé *la thèse espagnole*. Contrairement au Canada, l'Espagne est cohérente quant à l'affirmation selon laquelle la déclaration est un instrument unique qui doit être interprété globalement.

Bien entendu, l'interprétation d'une déclaration exige d'établir l'intention réelle du déclarant au moment de son dépôt; une intention objectivée dans le texte, c'est-à-dire, dans ses termes, qui doivent être interprétés de bonne foi, conformément au sens *courant* attribué dans son propre *contexte*, à moins qu'un *sens spécial n'y soit particulièrement prévu*, et en tenant compte de son *objet et de sa fin*. Il s'agit de la règle générale d'interprétation cautionnée par la jurisprudence constante de la Cour.

16. Dans le cadre de la déclaration dont elle fait partie et qui, rappelons-le, crée, une fois déposée, *un lien consensuel* avec les autres Etats déclarants, les réserves aident à cristalliser l'intention de l'auteur, elles deviennent objectives et engendrent des attentes chez les autres Etats participants au système de la clause facultative, qui agissent en conséquence.

17. Le Canada prétend substituer une intention survenue ou cachée à celle que l'on déduit *bona fide* de l'interprétation logique et naturelle de sa déclaration telle qu'elle est rédigée. Dans ce sens, il convient d'attirer l'attention sur la subtilité de glisser des expressions où *les termes employés et l'intention des auteurs* apparaissent comme des éléments différenciés¹. Les règles d'interprétation

¹Voir contre-mémoire du Canada, par. 63; voir aussi par. 75.

ne permettent pas de séparer les *termes employés et l'intention des auteurs*, comme semble le suggérer le Canada; l'intention des auteurs est importante dans la mesure où elle a été incorporée aux termes employés. D'autres circonstances peuvent être prises en considération uniquement pour confirmer les résultats de l'interprétation de ces termes ou pour apporter un remède au point mort où cela nous mène, quand les termes sont confus ou ambigus. Le Canada conspire de façon permanente pour séparer termes et intention². Cependant, contrairement à ce qu'affirme le Canada, ce n'est pas ce qui ressort des grands arrêts de la Cour. L'intention se trouve *dans* les termes, pas *à côté* ni *en dehors* de ceux-ci. L'intention ne peut être séparée du texte. Vu la liberté du déclarant dans le choix des termes adéquats pour exprimer son intention, celui-ci doit assumer les conséquences de son choix. Les termes de la réserve doivent être respectés. Ceci ne veut pas dire qu'on ne puisse tirer des enseignements du contexte de son adoption, comme vous le montrera, du reste, le professeur Dupuy.

18. Une autre *habileté* du Canada consiste à *modifier* sa réserve en l'interprétant, en employant une méthode de décomposition de la phrase qui fixe sa portée matérielle. Que l'on sache, le Statut ne permet pas de formuler des réserves extraordinaires d'élargissement après le dépôt d'une requête.

19. En effet, la réserve concerne les *mesures de gestion et de conservation* et il est inadmissible de séparer les deux parties de cette expression, comme le Canada prétend le faire³. Le terme *mesures* n'a pas de signification propre ou autonome; son sens est précisé par les termes *gestion et conservation* des pêcheries. Les tailleurs aussi prennent des *mesures*. Le Canada élargit à tel point l'objet de sa réserve qu'il finit par réclamer pour celle-ci l'exclusion de toute contestation des mesures prises à l'égard de navires pêchant dans la zone de réglementation de l'OPANO et non seulement des mesures de *gestion et de conservation* des pêcheries⁴. Une fois de plus, le Canada *oublie* l'élément essentiel de la définition. Les mesures du Canada contre un bateau de pêche

²Voir, par exemple, contre-mémoire du Canada, par. 63.

³Voir par exemple, contre-mémoire du Canada, par. 136.

⁴Voir contre-mémoire du Canada, par. 70 et par. 182-189.

étranger dans la zone de réglementation de l'OPANO, qui ne sont pas des mesures de gestion et de conservation, ne sont pas couvertes par la réserve. La réserve canadienne comprend effectivement toutes les mesures de gestion et de conservation, mais uniquement les mesures de gestion et de conservation.

20. D'autre part — et ceci est tout aussi important — le libellé de la réserve ne permet pas de parler de n'importe quelle mesure d'exécution, comme le laisse parfois sous-entendre le Canada⁵, mais uniquement de l'exécution des mesures de gestion et de conservation. Il s'agit d'un point intéressant, déjà évoqué par le professeur Sánchez Rodríguez, surtout par rapport à la nature de l'emploi de la force. Pour l'inclure dans la réserve, il ne suffit pas de démontrer qu'il s'agit d'une mesure d'exécution, il faut prouver qu'en employant la force, on exécute une mesure de gestion ou de conservation des pêcheries.

21. A cet égard, il convient aussi de souligner le sens *téléologique* que le Canada veut donner à l'expression «mesures de gestion et de conservation»⁶. A notre avis, l'objectif ne permet pas de modifier la nature des choses. La fin ne justifie pas *les mesures*, elle ne transforme pas leur idiosyncrasie, comme le prétend le Canada⁷. La réserve du Canada ne parle pas de mesures *pour* la gestion et la conservation des pêcheries mais de mesures *de* gestion et *de* conservation des pêcheries.

22. L'Espagne a exprimé, dès le début, son intention de coopérer pour établir la portée de la déclaration canadienne, y compris de sa réserve. Cependant, si celui qui souhaite que la Cour se déclare non compétente prétend atteindre ce but en étirant une réserve au-delà de ce que permet le sens courant des mots, pris dans leur contexte, il aura à sa charge la preuve — appelez-la comme vous voulez — du sens *spécial* des termes dans lesquels sa réserve a été exprimée.

⁵Voir, par exemple, contre-mémoire du Canada, par. 109. Voir aussi, par. 188, 219 et 223.

⁶Voir, par exemple, contre-mémoire du Canada, par. 86, 90, *in fine*, et par. 91, p. 44.

⁷Voir, par exemple, contre-mémoire du Canada, par. 90.

23. Le défendeur peut être tenté d'exploiter la tendance psychologique à considérer authentique l'interprétation qu'un auteur donne à ses actes, en les recréant à posteriori. Dans ce cas, la Cour devrait toujours adopter l'interprétation faite de leurs propres réserves par des Etats défendeurs, ce que la pratique ne confirme absolument pas. L'Espagne n'a pas à subir les conséquences des calculs erronés, de la dissimulation ou finalement, de la maladresse dans l'expression d'une réserve.

IV. L'interprétation de la déclaration du Canada conformément aux règles de la saine herméneutique

24. Dans cet esprit, et agissant toujours conformément à la règle générale d'interprétation, l'Espagne a réalisé une exégèse de la déclaration du Canada — y compris de sa réserve — dans le cadre du respect le plus strict de la souveraineté, de l'honorabilité et de la bonne foi du défendeur. Proposer une interprétation de la réserve canadienne qui ne permet pas à celui qui l'a faite de se soustraire à l'exercice de la compétence par la Cour n'équivaut nullement à la vider de sa substance et à la *priver de toute signification pratique* comme l'a suggéré le Canada⁸. A titre d'exemple, l'Espagne considère que la réserve du Canada permettrait au déclarant d'exclure les requêtes motivées par d'éventuelles mesures discriminatoires en faveur des navires canadiens pêchant dans la zone de réglementation OPANO. Le Canada ne peut pas prétendre remplacer l'opération interprétative basée sur les textes qui formalisent l'intention réelle, c'est-à-dire, juridiquement relevante, par des sous-entendus comme dans une partie de bridge.

25. L'interprétation espagnole de la réserve du Canada part de la nature même des choses, renforcée par l'observation du défendeur selon laquelle l'expression *mesures de gestion et de conservation* a un caractère *descriptif*. L'Espagne considère que l'on ne peut pas raisonnablement *décrire* comme étant une mesure de gestion ou de conservation des pêcheries l'usurpation de juridiction et l'usage de la force en haute mer sur un navire battant pavillon étranger, et cela en fonction du sens ordinaire des mots dans le contexte qui lui est propre, à savoir, celui de ses stocks chevauchants dans la zone de réglementation de l'OPANO.

⁸Voir contre-mémoire du Canada, par. 182-189.

⁹Voir contre-mémoire du Canada, par. 93.

26. Le *titre* pour exercer une juridiction dans un espace international ne peut même pas être décrit, de quelque côté qu'on le considère, comme une *mesure*. Le *titre* est, quand il existe, un *prius* qui légitime les *mesures*. Si, comme le Canada le prétend, nous concédons *ex hypothese* que la Loi C-29 est une *mesure législative*, la réserve canadienne ne peut en aucun cas embrasser un différend sur le *titre* qui dans l'ordre international légitimerait et rendrait cette *mesure* opposable aux autres Etats. Quand, en 1970, le Canada voulut exclure les différends sur la juridiction en matière de gestion et de conservation des ressources vivantes de la mer, il l'a fait expressément dans la déclaration du 7 avril. Les différences entre l'alinéa *d)* du paragraphe 2 de cette déclaration et le même alinéa du même paragraphe dans la déclaration du 10 mai 1994 sont tout à fait concluantes à cet égard.

27. Le droit international est le cadre normatif d'interprétation de la déclaration. Il s'agit, en effet, d'un instrument dont l'objet est d'établir l'acceptation d'une juridiction internationale pour régler des différends entre Etats conformément au droit international, y compris les différends sur sa juridiction, et il appartient à la Cour de décider son sens et sa portée, y compris ses réserves. Le Canada ne peut prétendre se soustraire à la juridiction de la Cour en situant un différend entre Etats dans un cadre normatif de droit interne. Le devoir et la mission de la Cour en tant que gardienne du droit international est d'en assurer le respect. La déclaration du Canada elle-même permet d'arriver à la même conclusion à la lumière de l'alinéa *c)* du paragraphe 2; en effet en excluant de la compétence de la Cour les différends relatifs à des questions qui relèvent exclusivement de la juridiction du Canada, elle admet expressément que c'est le droit international qui détermine quelles sont ces questions.

28. On peut cependant être encore plus précis. Il y a des éléments suffisants dans l'alinéa *d)* du paragraphe 2 de la déclaration canadienne pour affirmer que c'est le droit conventionnel de l'OPANO qui est le cadre normatif particulier pour l'interprétation de l'exception alléguée par le Canada. Quand il établit la portée géographique de sa réserve, le Canada fait référence à la convention OPANO pour définir la signification de la zone de réglementation¹⁰. N'est-il donc pas

¹⁰Voir contre-mémoire du Canada, par. 84-85.

logique, par simple cohérence, de faire appel à la même source pour établir la notion de mesures de gestion et de conservation en ce qui concerne cette zone ? Si l'espace physique visé par la réserve est un espace *conventionnel* — la zone de réglementation de l'OPANO —, rien de plus logique et systématique — rien de *plus utile* — qu'interpréter la notion de *mesures de gestion et de conservation et l'exécution de telles mesures* selon les dispositions de la convention à laquelle fait expressément référence l'alinéa *d)* du paragraphe 2 de la déclaration, surtout si l'on tient compte du fait que celui qui a fait la réserve n'a pas prévu de signification particulière pour l'expression.

29. Dans l'affaire *Anglo-Iranian Oil Co.*, qui selon le défendeur *fait autorité* en la matière¹¹, la Cour, après avoir considéré que les thèses des deux parties étaient compatibles avec les termes de la déclaration, a recherché «l'interprétation qui est en harmonie avec la manière naturelle et raisonnable de lire le texte, eu égard à l'intention du Gouvernement de l'Iran à l'époque où celui-ci a accepté la compétence de la Cour»¹². A cet effet, la Cour a donné une importance spéciale à la dénonciation préalable par l'Iran des traités de capitulations pour arriver à la conclusion que son intention manifeste était d'exclure de la compétence de la Cour «les différends relatifs à l'application de tous traités ou conventions acceptés par lui avant la ratification de la déclaration»¹³. Si l'on applique le même critère ici, nous pourrions dire que le Canada n'a pas dénoncé, comme cela aurait été logique, les conventions en vigueur dans la zone OPANO. Bien au contraire.

30. L'intention manifestée par le Gouvernement canadien en défendant au Parlement le projet de loi C-29 était de combattre unilatéralement, dans la zone de réglementation de l'OPANO, les activités de bateaux pirates ou battant des pavillons de complaisance, en respectant toujours le régime convenu avec les autres parties à l'OPANO, régime que, rappelons-le, le Canada n'a pas dénoncé. Il nous semble que la Cour ne saurait accepter qu'une intention postérieure du défendeur

¹¹Voir contre-mémoire du Canada, par. 66.

¹²En anglais : «the interpretation which is in harmony with a natural and reasonable way of reading the text, having due regard to the intention of the Government of Iran at the time when it accepted the compulsory jurisdiction of the Court».

¹³*C.I.J. Recueil 1952*, p. 104-106. En anglais : «disputes relating to the application of all treaties or conventions accepted by it before the ratification of the Declaration».

doit prévaloir sur le sens naturel, grammatical, logique et systématique de la réserve et la même intention exprimée à la date du dépôt de la déclaration, et tout cela moins d'un an après sa formulation.

31. Le ministre des affaires étrangères du Canada a, en outre, déclaré au Sénat, le 12 mai 1994, en expliquant la réserve canadienne, que celle-ci ne serait appliquée que pendant le temps que « nous jugeons nécessaire d'exercer des représailles contre ceux qui s'adonnent à la surpêche »¹⁴. Or, le ministre est le représentant de l'Etat et il s'adresse à une chambre législative. Il ne le fait pas à l'improviste mais avec une préparation méditée. Il n'intervient pas au fil d'une conversation à bâtons rompus mais dans le cadre de la défense d'un projet de loi. Selon le contre-mémoire, la déclaration du ministre « fait autorité »¹⁵. S'il parle de *représailles*, il doit donc savoir de quoi il parle. Représailles contre des Etats respectueux du système OPANO ? Représailles armées ?

V. Considérations finales

32. Le caractère unilatéral de la déclaration et la très large liberté dont les Etats disposent pour la rédiger peut avoir des *avantages* pour ceux qui la formulent mais aussi des *inconvenients*. L'un de ceux-ci est la règle *contra proferentem*, selon laquelle, en cas de doute ou d'ambiguïté, manifestes ou latents, les textes doivent être interprétés contre celui qui les a proposés ou rédigés.

33. Dans le cas présent, si le Canada est convaincu que sa réserve est formulée de façon tellement claire et précise que la non-compétence de la Cour ne *laisse subsister*, selon lui, *le moindre doute*¹⁶, il ne devrait pas être préoccupé du fait de cette règle qu'imposent la bonne foi et le bon sens et qui n'a pas été démentie par la jurisprudence internationale. Selon le Canada, la règle *contra proferentem* « ne trouve pas d'application logique lorsque le document, à la différence d'un

¹⁴Voir Débats du Sénat, *compte rendu officiel* (Hansard), 1^{re} session, 35^e législature, vol. 135, numéro 26, 12 mai 1994, p. 463. Reproduit dans le mémoire de l'Espagne, annexes, vol. I, annexe 16, p. 231. Voir aussi mémoire de l'Espagne, par. 109; contre-mémoire du Canada, par. 109.

¹⁵Voir contre-mémoire du Canada, par. 110.

¹⁶Voir contre-mémoire du Canada, par. 47.

contrat ou d'un traité, est un texte unilatéral»¹⁷. La Cour n'a pas été du même avis lorsque, dans l'affaire des *Emprunts brésiliens*, elle a déclaré que : «c'est une règle bien connue d'interprétation des actes que, là où l'on constate une ambiguïté, il faut les prendre *contra proferentem*»¹⁸. De toutes façons, la déclaration canadienne, en convergeant avec d'autres déclarations, crée un *lien consensuel*, comme le reconnaît le Canada lui-même¹⁹, ce qui, si l'on utilise ses arguments, rend à l'application de la règle la logique que le Canada rejette.

34. Les conclusions que nous pouvons tirer de ce qui précède sont les suivantes :

1. Le cadre normatif de référence pour l'interprétation de la déclaration du Canada est le droit international et plus précisément les règles particulières du système OPANO en ce qui concerne l'alinéa *d*) du paragraphe 2 de la déclaration.
2. La réserve du Canada est une exception à une juridiction acceptée en principe; c'est pourquoi, en vertu du principe de la bonne foi, il faut lui donner la portée la plus limitée permise par leur interprétation conformément aux règles qui inspirent l'opération exégétique.
3. On constate que le Canada n'a prévu aucun sens spécial ou particulier pour les termes de sa réserve.
4. L'intention réelle du déclarant se trouve dans les termes de la déclaration dont le sens courant, dans leur propre contexte, empêche que la présente affaire soit affectée par ladite réserve.
5. En cas de doute, les termes de la réserve doivent être interprétés *contra proferentem*.

Monsieur le président, Madame et Messieurs les juges, je termine ici mon exposé de ce matin et vous remercie pour votre bienveillante attention. Monsieur le président, je vous prie de bien vouloir donner la parole à mon collègue Keith Highet.

¹⁷Voir contre-mémoire du Canada, par. 196. En anglais : «the doctrine has no logical application where the document, unlike a contract or a treaty, is the unilateral product of a single author».

¹⁸Voir affaire relative aux *Emprunts brésiliens*, arrêt n° 15, 1929, C.P.J.I. série A, n° 21, p. 114. en anglais : «there is a familiar rule for the construction of instruments that, where they are found to be ambiguous, they should be taken *contra proferentem*».

¹⁹Voir contre-mémoire du Canada, par. 67.

The PRESIDENT: Thank you, Professor Remiro. I call on Mr. Highet.

Mr. HIGHET:

I. INTRODUCTION

Mr. President, Members of the Court, my task today is to discuss the issue of the interpretation of Canada's optional clause declaration. The outline of my argument has been given to the Court and to the other side and more complete citations to matters that I read aloud may be found in the written record.

I would like to start by asking a very simple question: why are we all here? Isn't this a waste of the Court's time? Isn't the case completely cut-and-dried since Canada's reservation about conservation and management measures blocks any complaint by Spain about the *Estai* incident? Moreover, hasn't the matter already been settled in the resolution of Canada's dispute with the European Union?

Mr. President, the answers to all these questions will not surprise you all the same: no. The case is alive, and it is a real case. It is neither open-and-shut because of Canada's reservation, nor is it moot because of settlements between Canada and the European Union.

In Spain's view, this case is *not* blocked by Canada's reservation — and Canada, under the rest of her optional clause, *has* consented to jurisdiction for questions of international law such as illegal claims of national jurisdiction on the high seas. In Spain's view, the European Union's settlement of fisheries quotas with NAFO, and the signing of the Straddling Stocks Agreement, have nothing at all to do with Spain's complaint that Canada has forcibly arrested a Spanish vessel on the high seas.

The case is not open-and-shut

My first point, the case is not open-and-shut. Yet Canada's Counter-Memorial makes the case look open-and-shut — as if Spain should never have brought it — in the light of what Canada describes as an objective, "crystal-clear" reservation. To quote the Counter-Memorial: "The

Canadian declaration is both precise in its delineation of its subject-matter, and comprehensive in its exclusion of everything related to that subject-matter from the jurisdiction of the Court. It covers every aspect of the Spanish Application . . ." (p. 4, para. 9).

The impression is given that the matter could readily have been disposed of on the basis of correspondence with the Registry — almost as if this were an *Aerial Incident* case from the 1950s, where applications were rejected *in limine* for want of jurisdiction. So let me first dispel this perception.

In fact, Canada's reservation is not crystal-clear; and it did *not* block this case. Why? Because Canada did not get it right when it filed the reservation in 1994. There are at least two substantial loopholes in the reservation, which cannot now be cured by *post hoc propter hoc* assertions of prior subjective intent.

(i) The first loophole is that "conservation measures" in international waters are in fact an oxymoron. There is no "*titre de juridiction*" to support them. *They do not and cannot exist.*

To refer to "conservation measures" outside waters subject to a State's jurisdiction is nonsensical. It is like referring, for example, to the sovereign rights of States in the deep seabed area or deep seabed under the 1982 Convention; it is like referring to a right of hot pursuit originating on the high seas; or a right of innocent passage through an exclusive economic zone.

Moreover, this *lacuna* in the Canadian reservation is not saved by the addition of the words, and the enforcement of such measures "*et l'exécution de telles mesures*", since it is such measures "*telles mesures*" that must be executed — if there can be no measures that are not an absurdity, or oxymoronic, there can be no relevant execution of them.

But even if for the sake of argument we agree to something that we do not believe (that what Canada did to Spain on the high seas *can* somehow be considered as "conservation and management measures") — there is a second loophole as well. What is that?

(ii) The second loophole is that in its actions *Canada went beyond even her own interpretation of the reservation.* By using coercive force on the high seas against a Spanish ship, Canada was not only attending to matters of what she considered to be fisheries conservation, but was engaged in something else as well — something far beyond fisheries, something beyond

management, and certainly beyond conservation. She was exercising coercive political force. That could hardly have been something "arising out of or concerning conservation and management measures".

The deliberate use of premeditated force, with all the concomitant publicity and political hullabaloo that attended it, was something *quite different* from any conceivable conservation and management measure. It defies common sense to say that this use of State power on the high seas *arose out of* conservation and management. It was in fact the other way around.

And, if anything, the asserted "conservation and management measures" of Canada arose out of Canada's desire to make a point on the world fisheries scene — to put pressure on Spain and on the European Union. The decision to shoot at, arrest, and bring in the *Estai* was a decision that arose out of or concerned power politics on an international scale, and perhaps some domestic political ambitions as well, but certainly not consideration of *only* "conservation and management".

It is not too difficult to draw this conclusion, Mr. President. Canada has not put in one shred of evidence that warnings were given to the *Estai*; or to Spain; or to Spain and the *Estai*; or to Brussels and Spain; or to the owners of the *Estai*; or to the *Estai*, to Brussels, and Spain. Not a shred. Not a single radio transmission. Not a single fax. Not a single telex. Nothing. Turn to the terse description contained in paragraph 42 of the Counter-Memorial it; says it all:

"42. On 9 March 1995, the Spanish fishing vessel *Estai* was boarded and inspected by Canadian fisheries protection officers pursuant to Canada's legislation. When evidence of violations of the Coastal Fisheries Protection Act and Regulations was discovered, the ship was seized and its master arrested."

It continues: "They were brought to St. John's, Newfoundland, and charged with offences under the *Coastal Fisheries Protection Act*, including fishing for Greenland halibut." The following paragraph 43 states how the crew of the *Estai* was released immediately upon arrival in St. John's, on 11 March, but the captain was imprisoned until the next day, when he was released on bail. Yet there is no evidence of an effort on Canada's part to communicate with the Spanish Government, or with the European Union, or with anyone — other than itself — until the stopping, search, seizure and arrest of the *Estai*.

Mr. President, is this how governments go about enforcing conservation and management measures? I don't think so. It is how they go about playing power politics and perhaps getting some domestic headlines in the bargain. The primary purpose of such an act can only be to exert political pressure. The form that the act takes may be along the lines of conservation and management — but the act itself goes far beyond those simple and benign ideas. It is a wolf in sheep's clothing — perhaps a small shark in the skin of a very large Greenland halibut.

This is consistent with what we said in our Memorial. One looks high and low for rough "conservation and management measures" such as these hard measures in the law of the sea treaties or other agreements; they're not there, you can't find them. This use of force goes far beyond the actions undertaken by Canada in its allegedly "conservation and management" role. The use of force is a separate cause of action, a *separate* complaint. It is separate from, and also something above and beyond, any questions of conservation and management.

What would one then make of the last six words of Canada's reservation: "*and the enforcement of such measures*"? Perhaps they will save the Canadian actions in 1995? The argument would go like this: the arrest of the *Estai* was not in and of itself a conservation and management measure; it was an **enforcement** action, of other measures seeking reduction in the taking of Greenland halibut.

But then Canada finds herself on the horns of a logical dilemma. She will either have to prove that the forcible arrest of vessels on the high seas is an "enforcement" of "conservation and management measures", or she must **concede** that the enforcement was some other kind of activity.

In order to blunt the first horn of the dilemma, Canada has to convince the Court that those six words mean practically anything that Canada wishes them to mean, i.e., that they have no objective limitation on the interpretation of their content. If a State situated in Canada's position in this case had decided to *bomb* the *Estai*, or torpedo her from a submarine, would that have been "enforcement" of conservation and management measures? Would it have been accepted by the kind of reservation we have today?

If State agents had scuttled the *Estai* in port, would that have been "enforcement" of conservation and management measures? What if a State simply shot the captain and shot the crew, and sank the *Estai* to the bottom of the sea? Could anybody seriously argue that *that* would be "enforcement" of conservation and management measures? The Court can well see that there is an implied rule of reason necessary in any reading of words of this sort, in any interpretation of the meaning of a phrase such as "the *enforcement of such measures*".

Yet, if Canada cannot meet that test of reasonableness, she will be impaled on the second horn of the dilemma, and will be faced with State responsibility for an act concededly and evidently independent of any claim of "conservation and management" — and thus wholly outside of and beyond her reservation.

And so the Court can see that this case is hardly open-and-shut. It is not a simple instance of a clear and unambiguous reservation, sealing off any pretence to engage the jurisdiction of the Court.

The case is not "moot"

My next point is that the case is not "moot" and this has also been addressed by my colleagues. I would like to bring a different perspective.

The case has not been resolved, nor has it been settled. Canada asks why we are here, since the case is all over, it's moot, there's nothing to argue about? It has been both resolved and settled, they say. Spain has nothing to complain of any more. Moreover, as in *Northern Cameroons*, nothing the Court could do would have any effect on the Parties. This whole line of argument is plainly inexact and it need not detain us for long.

First, the Court will not be misled by the statements in the Counter-Memorial (see para. 222) that fall very far short of an acknowledgement on Canada's part that it acted contrary to international law and that it will not do so again. Canada has said that: "Spain *is no longer listed*" in the Regulations; that "no enforcement action *may be taken* under Canadian law against Spanish vessels fishing in the NAFO Regulatory Area . . . [and that] no enforcement measures *have been*

taken by Canada against Spanish . . . vessels since the resolution of the dispute" (Counter-Memorial, p. 85, para. 222). But what Canada does *not* say is that no further action "*will be taken*" or that the action Canada "*did take*" in 1995 violated international law.

As Professor Remiro Brotóns said yesterday, the result in the *Nuclear Tests* case was only possible because there were not going to be any more tests. If Spain could be told that there would be no more high seas arrests by Canada — that there would be no more — this case could be similar to *Nuclear Tests*. But that is far from the present reality.

This point, Mr. President, raises a central issue. Spain seeks judicial relief from the Court in the form of a binding decision that Canada has violated international law. This cannot be "settled", or "resolved", until Canada either makes the question moot by conceding the point and undertaking not to repeat any such actions — or until the Court has ruled on the issue with binding force.

In the *Northern Cameroons* case, there is no more than a superficial resemblance to our situation²⁰. There the Court, as we all remember, decided not to adjudicate the claim since, a United Nations plebiscite having taken place and national independence realized, the case had been rendered moot and could serve no purpose. But in the present case, nothing has occurred to settle the dispute between Canada and *Spain*. The dispute in this case is a subsisting and continuing "question of international law". It also meets the "*Mavrommatis* test" of being "a disagreement on a point of law or fact, a conflict of legal views or of interests . . ." ²¹

I now turn to the question:

What is the case about?

Stated simply, this case in its present phase is not about fish, or not about the high seas — except when the Court examines the Canadian reservation to see how the arrest of the *Estai*

²⁰*Northern Cameroons (Cameroon v. United Kingdom), Judgment, I.C.J. Reports 1963, p. 15: pp. 20-39.*

²¹*Mavrommatis Palestine Concessions (Greece v. United Kingdom), Judgment No. 2, 1924, P.C.I.J., Series A, No. 2 (Jurisdiction), pp. 6-15.*

went far beyond being a "conservation and management measure". The *second* phase of the case will be about the high seas.

The present phase concerns jurisdiction and interpretation of the language of a reservation. It is in fact a very significant case, and one to which Spain attaches great importance. It is a "big little case" that — one way or another — will have a profound effect on the rules of interpretation of optional clause declarations and the reservations that are sometimes attached to them.

II. THE CONTEXT OF THE CASE IS UPSIDE-DOWN

The question before the Court is upside-down

Members of the Court will perhaps remember the humorous observation about authoritarian societies, where "everything that is not permitted is prohibited", and permissive societies where "everything that is not prohibited is permitted". As Canada sees it, every claim or dispute that is not permitted by the optional clause reservation is prohibited. And in fact the other formulation is far closer to the situation we have here today. Why is that?

It is because the Canadian reservation is naturally contained within a broad general acceptance of jurisdiction. Consent of Canada to the jurisdiction of the Court has already been given.

Yet what we have necessarily been focusing on in these proceedings for the last day is the *reservation* rather than the *declaration*. This leads us perhaps to forget that Canada is already on the line to adjudicate matters involving the unlawful use of force, and any other question of international law — other than disputes with other agreed methods of peaceful settlement (Canadian Declaration of 10 May 1994, para. 2 (a))²², disputes with other Commonwealth countries (para. 2 (b)), and, significantly, "disputes with regard to questions which *by international law* fall exclusively within the jurisdiction of Canada" (para. 2 (c); emphasis added).

Moreover, even if the Court finds that it is blocked by the provisions of the Canadian reservation from adjudicating on Canada's actions *against the Estai* in so far as those actions are (in her mind) "conservation and management measures", or "the enforcement of such measures",

²²I.C.J. Yearbook 1995-1996, p. 87.

the Court may still find — and should find — that it has plenary jurisdiction to adjudicate on Canada's actions *against Spain* that go beyond "conservation and management measures taken by Canada" with respect to the *Estai*, or "the enforcement of such measures" against the *Estai*.

Nor would Canada be saved, on this analysis, by pointing to the reservation language, "in disputes *arising out of or concerning* . . ." Now why is that? Because although a good part of Spain's complaint against Canada may "*arise out of*", or may "*concern*", what Canada at least claims to have been conservation and management measures undertaken against the *Estai* — there are also many elements that do not — that concern Canada's other obligations and other actions vis-à-vis *Spain*.

The duty owed by Canada not to interfere with the freedom of the seas and to respect its obligations to a flag State is independent of the motivation or reason for any of these actions. They are not qualified by their context. Canada has no reservation with regard to such obligations. And, since Canada has left in place the balance of her consent to the Court's jurisdiction, we say that it should be applied, to adjudicate Spain's claims in this case.

How should the Court interpret Canada's reservation?

Spain would hardly quarrel with Lord McNair's statement (cited in the Counter-Memorial, p. 24, para. 50) that "[a] State, being free to make a Declaration or not, is entitled, if it decides to make one, to limit the scope of its Declaration in any way it chooses . . ." Yet, even though it has filed a reservation, a State may still have obligations under the remaining parts of its declaration, unless and until it withdraws the entire instrument. Moreover, Canada's efforts at formulating a reservation must be subject to international standards and international scrutiny.

This places Canada's whole debate about "restrictive interpretation" and the *contra proferentem* rule in a fresh light. Spain is asking this Court to do either or both of the following: *either* to interpret the language of Canada's reservation in its objective meaning, so that it cannot apply to the particular facts of this case, *and/or* to hold that Canada's egregious behaviour on the high seas triggered her responsibility under the rest of the optional clause declaration without being blocked by a limitation on questions relating only to fisheries conservation and management.

We should here also understand that, on whatever interpretation may be urged by Canada concerning her reservation, it does not exclude a challenge to the basic Canadian assertion of jurisdiction, of "*titre de juridiction*", as our Agent put it yesterday, i.e., the 1994 Law itself, and the claim to title and power that it implies and rests on.

Canada's reservation, Mr. President, does not by its terms relate to Canada's legislation or to her assertion of normative authority on the high seas. The language of the reservation is different: it applies to "disputes arising out of or concerning conservation and management measures taken by Canada *with respect to vessels fishing* in the NAFO Regulatory Area . . . and the enforcement of such measures".²³

Canada's application of her Regulations — her actions on the high seas — may have been "taken by Canada *with respect to*" any "*vessel fishing*". But Law No. C-29 — even if it were a "measure" — was not a "measure . . . taken *with respect to*" a "*vessel*" or *vessels*. It was not adopted "*with respect to*" the *Estai*. It was a general assertion of jurisdictional power on the high seas.

The Law — and Canada's claim of right to exercise a right or title of jurisdiction on the high seas — are not even within Canada's own reservation. Canada didn't cover the *Law*, or her *claim to jurisdiction* over areas of the high seas — which is implied by and expressed by the law — even if she thinks she covered the *incidents*.

III. OTHER QUESTIONS OF INTERPRETATION

Interpretation by international law

In seeking interpretation, Canada has also misinterpreted the Spanish case as to whether the measures undertaken in any given case should conform with international law. She states that:

"legality is not an inherent property of a 'measure'. If a measure taken by a State is contrary to international law, it is illegal and as such will engage the international responsibility of that State, but it nevertheless remains a 'measure'." (Counter-Memorial, para. 136.)

²³"les différends auxquels pourraient donner lieu les mesures de gestion et de conservation adoptées par le Canada pour les bateaux pêchant dans la zone de réglementation de l'OPANO . . ."

Now that is impeccable, but Spain does not say that whether something is a "conservation and management *measure*" depends on international law; what Spain says is that whether something is a measure of "*conservation and management*" depends on international law. Canada has it precisely backwards. Thus, to paraphrase the Canadian formulation I just read: if a measure taken by a State is contrary to international law and is beyond conservation and management, "it nevertheless remains a 'measure'", but it certainly is not a measure of conservation and management (see Counter-Memorial, paras. 49-55).

What is the guiding principle for examining whether an attempt to pre-empt high-seas fishing by force is a bona fide step of "conservation and management"? Well, it has to be common sense. I have already asked whether bombing the *Estai* would have qualified as a conservation measure or as the enforcement of conservation measures. It would certainly have stopped or reduced over-fishing for Greenland halibut. Yet would the Court in such an instance be *unable* to examine the facts, to see if the reservation applied? Of course not.

The Court will recall that one of the criminal allegations made against the Master of the *Estai* was "resisting authority". This gives food for thought. What authority? Was it the "authority" of the Canadian officers when they boarded the *Estai*? What authority did they have? What was that?

They could only act with "authority" on the high seas, and on board a vessel flying a flag other than the Canadian flag, if their "authority" was sanctioned by international agreement, or by general international law — as in the case of piracy or the slave trade. There was no relevant treaty between Canada and Spain to permit this action. Nor was there any rule of general international law that would permit it. In consequence, there was no "authority" for the Master of the *Estai* to "resist".

But, let's take this a little further. If international law conferred no "authority" on those Canadian officials, their actions were therefore without authority — *ultra vires* as well as an *abus de droit*. Although they might exercise legislatively-sanctioned powers to undertake "conservation and management measures" vis-à-vis *Canadian* vessels, international law does not recognize in them any powers to deal with *non-Canadian* vessels.

Therefore the question whether those officers were applying "conservation and management measures" is to be determined under *international law*. In international law, their activities were clearly unauthorized. There was no authorized capacity in which they could then have acted to apply any measures in international law. Thus they could not have been applying "conservation and management measures", or any other measures of any other kind. They may have been official measures for Canadians, but as far as the rest of the world is concerned those actions have no official character and certainly no authority behind them. As Professor Pastor said yesterday, there is no "*titre*" that can be invoked by Canada upon which any State action by Canada can presumably be based.

In consequence, even if those activities may constitute "conservation and management measures" under Canadian law, they cannot pass the test under *international law*. This confirms our conclusion that, under international law, the Canadian reservation *does not work*.

There is an interesting parallel, Mr. President, to the dualistic conflict recently and so tragically illustrated by the *Breard case (Paraguay v. United States)*²⁴ and the interaction between the Court's Order for provisional measures²⁵ and the decision of the United States Supreme Court rejecting Mr. Breard's last appeal. In that case, the view expressed by the United States Supreme Court appears to be that the international rights and obligations of the United States are appropriately to be measured by *United States law*.

This is a parallel to the apparent Canadian position here, that the scope of her reservation is to be determined by Canadian law and not in accordance with international law. Since an optional clause declaration is an international conventional instrument, the principles of interpretation to be applied certainly include international law, and cannot be restricted to domestic legislation. Thus it becomes clear that the "conservation and management measures" specified in the Canadian

²⁴*Angel Francisco Breard v. Frat W. Green, Warden (etc.)*, Case 97-8214 (A-732), to be reported as 118 S.Ct. 1352, 14 April 1998.

²⁵Order of 9 April 1998, I.C.J. Press Communiqué No. 98-17.

reservation are merely the non-principled and non-justifiable actions of Canadian officials, acting beyond the scope of any title of authority. They cannot be considered as *authorized* measures — and far less *conservation* measures, whether or not authorized.

And, as in the recent *Breard* case and what will doubtless be its unfortunate aftermath, it is perhaps time for this Court to stand up once again to unilateral determinism that seeks justification on a positivistic legal basis, but which is in essence profoundly at odds with the maintenance and development of a coherent international legal system.

The Court should carefully interpret an attempt to remove its jurisdiction from within a general consent

Common sense requires the Court to look carefully to see whether Canada's actions in March of 1995 were measures that were enforcing conservation and management, or whether they were measures intended for some other result.

Even if the Court is able to come to the conclusion that actions such as the arrest and seizure of the *Estai* are "conservation and management" measures, there is still also something else — presently a question of State responsibility for the illegitimate use of force, independent of anything relating to the conservation of fish. The question is then whether the "conservation and management reservation" operates to block any case about that other issue of State responsibility.

If a traffic policeman, normally protected from lawsuits for actions undertaken in the normal course of his or her duties, decides that the most effective way to stop a motorist who has just run a red light is to shoot him, was the policeman enforcing traffic laws, or doing something else, as well? If a State, in this Court, filed an application for environmental damage against another State that has a reservation in its optional clause for matters relating to "national territory" — and if the damage is caused, for example, by the diversion of a river in the territory of the first State, does a territorial reservation bar the application? Does a reservation against matters concerning national security bar an application for uncompensated nationalization of a factory manufacturing components for military radios?

Now these hypothetical questions can be produced almost without end — as in a law school examination. Yet they all seem to prove one thing: general exclusionary language cannot bar specific applications if there is no common-sense relationship between the two.

IV. THE CASE DOES NOT "TRENCH ON THE MERITS"

Canada seeks to block the Spanish arguments

The fourth part of my pleading, Mr. President, Members of the Court, relates to the proposition that Spain's case trenches: upon the merits; that Canada has accused Spain "of seeking an unprecedented result: the applicability of the reservation would depend on a prior determination of the merits" — this is the famous "*charrue avant les boeufs*", "the cart before the horse" argument. The effect we are told is that the reservation "could never fulfil its intended function of putting a halt to the proceedings at the outset of the case *in limine litis*" (*ibid.*). Yet if a party has constructed a reservation to an optional clause declaration that qualifies its operation on whether or not it is a measure of one kind, or of another, there must of necessity be an excursion into the merits by the Court in order to determine whether that qualification is correct or not.

The point is therefore, with respect, an absurd one. The very terms of Canada's declaration and reservation *presuppose* a limited inquiry into empirical facts: as to whether something is, or is not, true or as to whether something may be, or may not be, characterized in a certain manner.

But to assert that an inquiry of this nature is barred *in limine* as inappropriate is to say that Canada's declaration and reservation should be given full effect instantaneously on their face — just as if Spain's Application had been rejected by the Registry and struck from the Court's List without further inquiry of any kind. This would in effect eliminate Article 36, paragraph 6, of the Statute and would violate, *inter alia*, the equality of States.

How *Canada* can fault *Spain* for raising a question of interpretation of Canada's *own* reservation is a little hard to grasp. It's *their* reservation. The problem is — if there is one — would seem to be a natural result of a factually dependent condition. If you choose to say "conservation and management", you're stuck with arguing about whether certain things are, or are not, "conservation and management".

This conflict then is inevitable in reservations of this type

Any reservation ratione materiae runs this risk; and the Court has to be satisfied that the *materia* reserved against is not present in relevant part. Indeed, even reservations *ratione personae* and *temporis* may also encounter this difficulty, depending on the facts and circumstances of the particular case.

We must therefore always remember something that is easy to forget in these particular proceedings. It is *Canada* which drafted the reservation, and it is *Canada* which raised it.

Thus Spain would of course have no objection to the Court's ruling, in accordance with Article 79 of the Rules of Court, that Canada's objection "does not possess, in the circumstances of the case, an exclusively preliminary character", and that it will fall to be adjudicated at the merits phase. If necessary, we would look forward to a rapid conclusion of the entire case at that point.

V. CANADA COULD HAVE FORECLOSED THIS CASE BUT CHOSE NOT TO

The fifth part of my pleading this morning, Mr. President, Members of the Court, is addressed to the proposition that Canada could have foreclosed this case but chose not to and, I should add, that I am very conscious of what the Court expects of counsel under Article 60 of the Rules, and will therefore address myself as succinctly as I can to the remaining issues that divide the Parties on this point, and will not go further over the written pleadings.

Canada argues *l'effet utile*

One of the main points made in the Counter-Memorial is that Spain's interpretation of the Canadian reservation deprives it of all meaning, so that Canada is not protected against just this kind of litigation that she had really intended to prevent when she adopted the reservation in 1994.

We must here again make clear that we do not agree that the measures properly called "conservation and management" can be taken on the high seas, any more than the right of innocent passage can be exercised in internal waters or on dry land. Now, if this analysis is correct, the *effet utile* of Canada's reservation may well be limited. But this is *Canada's own doing*. She drafted the reservation, using words of art, in a context where they cannot apply.

Nevertheless this is not the whole issue. We must also envisage the reasonably objective *effet utile* that Canada could have had in mind in 1994. If one considers — as does Canada — that acts of conservation and management *can* actually take place and occur in international waters — then the Canadian reservation, on that premise, would not be lacking in effectiveness. Indeed, from Canada's point of view, there is a huge *effet utile*: hence her preliminary objection to jurisdiction in this case. From Spain's point of view, the Court will decide whether Canada's assumptions are justified that the application of her conservation policies on the high seas can constitute measures of conservation, and whether her use of force can also be considered in that same category.

Nonetheless, and moreover, Spain set out in her Memorial (at pages 109 to 112) a variety of ways in which the Canadian reservation — even such as it is — could have protected Canada against an application in this Court. Since Canada's view is that conservation and management measures *can* be applied on high seas, the reservation could certainly have helped to forestall litigation in a situation where, for example, another State, or another member of the North Atlantic Fisheries Organization, disagreed strongly with persistent Canadian attempts to restrict flag fishing vessels from activities in the NAFO Area.

In cases of that nature — provided Canada had played by the rules, and gone by the book, and not used force — the reservation would have "taken hold" and Canada would not have had to argue about those measures in this courtroom. The Court could not then have exercised jurisdiction in those disputes on Canada's premise, as they would have been blocked; and this is an *effet pas du tout inutile* to be accorded to the present Canadian reservation, proceeding of course, on the basis of Canada's own major premise.

States must accept responsibility for their decisions

Canada now says that her subjective intention was to block litigation concerning the use of force on the high seas against trawlers flying Spanish and Portuguese flags, and claims that this is now an objectively valid interpretation of the reservation. Therefore Canada says that she did not achieve in 1994 what she now states that she wished to have achieved.

We do not think that this is justified by the record; we have explained our reasons in detail in Memorial (pp. 95-99). The dilemma here presented is, if Canada really had intended to block any litigation concerning any actions whatever, including those constituting a clear *abus de droit international*, she could have done so.

It would have been easy to do that, but she didn't. She could easily have framed the reservation so that it simply excluded "disputes relating to any assertion of jurisdiction by Canada with respect to the NAFO Regulatory Area . . ." It is perhaps less embarrassing to choose the alternative that Canada chose. It is more difficult perhaps to seem to exclude in advance anything whatever one might wish to do — whether it was a "conservation and management measure" or not — and surely more "politically correct" to frame the reservation in the way that it was framed in 1994.

But having chosen that route, Canada is stuck with the consequences. One of the biggest consequences is that if Canada wishes to fire upon and arrest fishing vessels in the NAFO Regulatory Area, the reservation doesn't work. She isn't protected, since she chose to specify that the measures to be reserved against were "conservation and management measures" and not *any* measures — or not *any measures whatever* — or were not *State action of any type* — or were not even measures "*whether or not including the use of force*".

Other reservations could have been considered as well

In our Memorial we reviewed a number of actual reservations of other States, and we made some suggestions as to other ways in which the Canadian reservation could have been drafted in a manner similar to the reservations of those States (see Memorial, pages 103 to 107). It is perhaps understandable that this comparative study of reservations received scant attention in Canada's Counter-Memorial. To deal with alternatives that could have "worked" to exclude the current case is of course uncomfortable and is inconsistent with Canada's major premise; she cannot even indirectly admit that the reservation she has might *not* in fact occupy the field.

Our conclusion that the actual terms of the reservation do not include or attach to the Law or the normative act is strengthened and reinforced by one interesting fact: the reservation was drafted *before, not after*, the Law came into effect. The revised optional clause declaration was filed by Canada on *10 May 1994*, just as Bill C-29 was introduced for debate in Parliament. The Bill was enacted into law two days later. Spain's Memorial contains a broad canvassing of the far-ranging parliamentary debates concerning the Bill for Law C-29; but there is no evidence concerning the considerations in the minds of the draftsmen of the reservation — as opposed to the *Law*. There is no evidence before the Court as to the actual intentions of the draftsmen of the *declaration* or the *reservation* — save general conclusory language.

The reservation therefore speaks in terms applicable before the debates on the Bill and the enactment of the Law. It must be interpreted as at the time of its adoption — before the Law was in existence.

Speculation on Canada's reservation's intentions

One can speculate on the Canadian reservation's intentions; it is difficult to do so. Spain has reviewed a large number of statements, however, made in the Canadian Parliament at the time of the drafting of the Law. But one salient point emerges from this large and interesting record.

It is inconceivable that Canada's Parliament would have voted for an Act that was going to be applied to fellow members of NAFO. Had the Canadian Government come forward in a forthright manner with its intentions to its own legislators in May 1994, and said that the Law would be applied to Spain and Portugal by subsequent regulations and that the equivalent of "reprisals" — "*représailles*"; the word was actually used — would be visited on Spanish vessels, and deadly force utilized, on the high seas, against Spanish vessels or other vessels flying the flags of other members of NAFO — can there be any doubt whatever that the Law would *not* have passed in that form?

Not at all. In consequence, it can hardly be argued today that the Canadian reservation — filed before the Law was debated in the terms cited, and adopted on that basis — ever truly contemplated that the Law would be applied to other NAFO members on the

high seas and that the use of force against States such as Spain and Portugal was within its scope. If those elements were not within its scope, they were outside its scope. If they were outside its scope, they were outside the reservation entirely and the reservation in consequence should be disregarded.

As my colleague Professor Dupuy will make clear after the break, this inquiry also raises important questions of good faith interpretation. If Canada's present reservation is limited in scope, can a State in a proceeding before this Court in effect say, "Well, even if our reservation doesn't *seem* to apply as broadly as we would now wish, we would surely have wished it at the time we drafted it, and it is our consent that must prevail." What is the Court to do about a reservation that has possibly failed to do the job that it is now claimed that it was intended to do? If one can disregard the obvious intentions of the Canadian legislators in May 1994 — and if one can imagine that they would have voted for a bill that would have constituted a "reprisal" against fishing-vessels of NAFO colleagues — the Canadian reservation does not accomplish even that result.

This may therefore be the first time that the Court has been asked in effect to "cure" such a substantially defective reservation. But it is not possible for the Court, or any court, to permit States to revise or improve their reservations any more than it is possible to permit States to alter dates, to change the critical dates, to insert retroactive amendments. As long as some meaning can be given to the reservation as it stands, in good faith, it must be applied in accordance with its terms.

Although it may not perform *all* the tasks that its authors now claim for it, it will nonetheless survive. Canada has made her choice. She could have also amended her declaration again after her intentions became more clear when the regulations were amended — indeed amended in March 1995 — she could have covered herself against all litigation in the Court under the optional clause. But Canada did not do that.

So perhaps, Mr. President, the ultimate question is: does a reservation mean what the reserving State says it means, no more and no less? (My language intentionally recalls the famous dictum of Humpty Dumpty.) For if it did, then in a nutshell *almost any reservation would suffice*.

It would be a replay of the arguments that we all lived through in the 1950s, concerning the validity and scope of "self-judging" or "automatic" reservations — and one cannot help recalling the strong and incisive thoughts of Sir Hersch Lauterpacht on this very question. If a reservation means what a respondent State says it means, and if there is little room for examination and evaluation by an independent authority such as the Court, then it becomes essentially self-judging or automatic for all purposes. It cannot suffer this fate, because such a course would be contrary to Article 36, paragraph 6, of the Court's Statute.

Nor has this, obviously, been the path followed by the Court. In a number of important cases great care has been devoted to determining, in the circumstances of each case, what the correct meaning of a reservation should be. A declaration "must be interpreted as it stands, having regard to the words actually used"²⁶. But one cannot give meaning to "the words actually used" — particularly if they are words with an established or technical meaning such as "conservation and management" — unless one examines their legal content and conformity with international law.

It does not answer to say that the job of interpretation is "restrictive" or "liberal". What counts is that it must be *prudent*, and that it must be honestly responsive to the ordinary meaning of the words and to common sense.

Mr. President, I see that we have 20 minutes after the hour; I have 5 minutes at the most. Thank you, Sir.

VI. CONCLUSIONS

I now reach the concluding section of my pleading.

In this case Canada has a choice. *Either* Canada must convince the Court that the use of force on the high seas *is* a conservation and management measure (or the enforcement of *such* a measure), *or* she must convince the Court that her actions in March 1995 were *restricted* to conservation and management, and did not have any additional element that is not blocked by the reservation — such as the naked use of force or aggressive coercion in international waters.

²⁶*Anglo-Iranian Oil Co. case, I.C.J. Reports 1952, p. 105.*

No matter how Canada may seek to characterize her activities, and *even if* those activities can (*arguendo*) be reasonably considered as related to "conservation and management", they still went *beyond* those purposes. They became extensions of Canadian penal jurisdiction to the high seas. The limitative wording of the Canadian reservation cannot be stretched to include them. Canada is stuck with the language she chose on 10 May 1994, and failed to modify or amplify thereafter.

The "mootness" issue, of which I spoke earlier, is closely related to the interpretation issue — they are opposite sides of the same coin almost. Spain's case is not moot if there is any part of it that has not been settled or compromised — and there is. If the Canadian actions were either not conservation and management measures, or if Canada undertook actions beyond the scope of conservation and management, then the reservation does not occupy the field either, and there is indeed something to litigate.

A final important question is whether Spain is requesting relief in this case that is appropriate for the Court to render. Now the judgment requested is a declaration of illegality and inappropriateness of Canada's actions concerning its Law: the extension of its jurisdiction; its action without justificatory title in international waters; and its State responsibility for the use of force in arresting the *Estai* on the high seas.

Canada has neither withdrawn its legislation nor has disavowed it. Indeed, Canada has continued to consider the promulgation of similar unilateral extensions of authority (*vide* current debates about Bill No. C-27). No settlement with the European Union has affected rights or claims of Spain that Canada has acted in violation of international law by exercising jurisdiction on the high seas and using force in that exercise.

Moreover, Mr. President, the fact that a declaration of illegality is requested by Spain does not mean that this case is advanced for the purpose of receiving a "declaratory judgment". The decision requested will be substantive and will attach to specific actions by Canada that took place in violation of international law, whether actions of a legislature or actions of Canadian officers. They are of the same order precisely as the actions of Turkey in arresting and prosecuting Lieutenant Demons in the *Lotus* case that were protested by France years ago; they are the same

as the actions of Guatemala in sequestering the assets of Mr. Nottebohm that were protested by Liechtenstein; or the actions of Norway in promulgating straight baselines around the *skjaergaard* that were complained of by the United Kingdom in 1951.

Nor will it do for Canada to argue that Spain is illegitimately raising questions of merits in jurisdictional proceedings. As I have said, those issues are raised naturally by reservations *ratione materiae*. Second, they can always be joined to the merits in a second phase. Third, it is clearly called for in this case that the Court look carefully at what the scope of conservation and management in contemporary practice actually is.

In conclusion, Sir, and Members of the Court, the Court should retain jurisdiction in this case, just as Canada has retained its declaration of consent to jurisdiction for many questions of international law outside the narrow area of conservation and management.

I thank you, Sir, and the Court, for its attention and I would ask you kindly to call upon my colleague, Professor Pierre-Marie Dupuy, after the break.

The PRESIDENT: Thank you, Mr. Highet. The Court will adjourn for 15 minutes.

The Court adjourned from 11.30 to 11.45 a.m.

The PRESIDENT: Please be seated. Professor Dupuy.

M. DUPUY : Monsieur le président, Madame et Messieurs les juges, c'est pour moi un plaisir renouvelé mais dont je ne me lasse pas, de me présenter respectueusement devant la Cour. Je le fais pour l'Espagne, à laquelle j'aimerais exprimer ma gratitude, pour l'honneur qu'elle m'a fait en me faisant participer à la défense de ses intérêts. Je voudrais aussi saluer les membres de la délégation canadienne, parmi lesquels je compte de nombreux amis, et tout particulièrement le professeur Prosper Weil, qui a été mon maître avant d'être mon collègue à l'université de Paris. Je m'adresserai quant moi, ce matin, à la seule question de la compétence de la Cour pour connaître de cette affaire au fond, puisqu'on vous a déjà abondamment parlé du maintien de l'objet du différend.

1. Monsieur le Président, Madame et Messieurs les juges, dans la plupart des droits pénaux internes, la préméditation est une circonstance aggravante. Pas en droit international. Là, il n'y a pas de fait illicite «avec préméditation» ! Un Etat peut se préparer, longtemps à l'avance, à commettre un fait illicite patent; puis il peut prendre les dispositions nécessaires afin d'échapper au juge; et enfin, assuré ainsi de l'impunité, il peut agir sciemment en infraction à ses obligations les mieux assurées.

Le Canada le sait bien ! C'est exactement ce qu'il a voulu faire, en tentant de profiter de cet état du droit international, qui est sans doute bien peu satisfaisant.

Mais enfin, ce droit, Monsieur le président, Madame et Messieurs de la Cour, il est tel qu'il est. Ni vous ni moi, ne pouvons le changer ! Contrairement d'ailleurs à ce que laisserait entendre le contre-mémoire du Canada²⁷, l'Espagne n'a jamais mis en cause la liberté pour un Etat de reconnaître ou d'écarter votre juridiction. Elle a tout au contraire constamment souligné, par exemple au paragraphe 30 de son mémoire :

«la grande liberté dont disposent les Etats parties dans l'exercice de leur souveraineté pour formuler, limiter, modifier, substituer ou conclure leurs déclarations d'acceptation de la juridiction obligatoire de la Cour...»

Par conséquent, qu'on veuille donc bien nous épargner un faux procès. Il ne s'agit pas ici de nier le fondement consensuel de la juridiction internationale.

Alors, la vraie question qui se pose à vous, quelle est-elle ? Elle est tout simplement de savoir si la manière dont le Canada a agi en haute mer, hors de sa zone de juridiction nationale, à l'égard de navires battant pavillon espagnol (pas européen) rentre ou non dans le champ de la réserve qu'il avait rédigée un an plus tôt pour vous échapper.

Ce n'est pas parce qu'un Etat vous dit que vous n'êtes pas compétents pour connaître d'un type d'action que vous l'êtes pas non plus pour d'autres. Et la question vaut d'autant plus d'être posée, je m'excuse de vous le rappeler, on vous l'a déjà beaucoup dit, qu'il s'agit d'une action

²⁷Contre-mémoire du Canada, par. 142 et suiv.

commise sans aucun titre juridique par celui qui prétend fuir votre prétoire; d'une action visant et affectant un autre Etat, exerçant quant à lui l'une des compétences les plus classiques du droit international, celle de l'Etat du pavillon en haute mer.

2. Alors, pour répondre à la question de savoir si la déclaration dont le Canada se réclame lui garantit effectivement l'impunité judiciaire, il faut procéder méthodiquement, et je le ferai pour ma part en trois points successifs :

- en premier lieu, il faut identifier la spécificité juridique d'une déclaration de reconnaissance de la juridiction de la Cour;
- il faut ensuite examiner les règles juridiques applicables à l'interprétation de cet acte spécial;
- et on sera alors enfin en mesure, troisième et dernier point, de confronter les données de fait propres à l'espèce aux exigences du droit.

Première partie : Spécificité juridique d'une déclaration de reconnaissance de la compétence de la Cour et de ses réserves

3. Ici, nous n'allons pas encore nous préoccuper de ce que le Canada a fait, mais de ce qu'il a dit dans sa déclaration.

La thèse du Canada est simple. Elle est même radicale.

C'est tout bonnement celle de la *liberté absolue*. Puisqu'un Etat souverain n'est pas obligé de reconnaître la juridiction de la Cour, et bien, ma foi, quand il daigne le faire, il peut le faire exactement comme bon lui semble.

S'agissant notamment des réserves qui lui permettent de recouper votre compétence à la taille qui lui convient, le Canada nous dit au paragraphe 75 de son contre-mémoire qu'elles : «constituent des manifestations de la liberté absolue — c'est lui qui le dit — des Etats d'accepter ou de limiter la compétence obligatoire de la Cour».

Ailleurs, il affirme avec une certaine candeur qu'«une interprétation qui respecte ... l'intention de son auteur ne peut jamais être anti-statutaire»²⁸. C'est une autre façon de dire que la liberté souveraine de l'Etat prime absolument toute autre norme, y compris celles de votre Statut.

²⁸Contre-mémoire du Canada, p. 60, e).

4. Excessive, irraisonnable, illégale, sa position est, également contradictoire. C'est ce que nous allons démontrer, en nous livrant successivement à l'analyse technique puis au constat jurisprudentiel de la spécificité juridique des déclarations.

A. L'analyse et le constat de la spécificité juridique des déclarations

5. Le constat de cette spécificité part d'abord du fait qu'une déclaration accomplie par un Etat partie au Statut de la Cour en application de son article 36, paragraphe 2, est un acte unilatéral à *raison de son origine*. Elle émane en effet d'un seul sujet de droit.

Je cite la Cour permanente dans l'affaire des *Phosphates du Maroc* : «La déclaration ... est *un acte unilatéral* par lequel ce gouvernement a accepté la juridiction obligatoire de la Cour. La juridiction n'existe que dans les termes où elle a été acceptée.»²⁹

Cette Cour lui fera écho notamment dans l'affaire relative à *Certains emprunts norvégiens* entre la France et la Norvège : «la compétence de la Cour dépend des déclarations faites par les parties conformément à l'article 36, paragraphe 2 ... il s'agit de deux déclarations unilatérales»³⁰.

6. Seulement, il ne faut pas s'en tenir là. Que l'on se place à présent non point du point de vue de l'origine, mais de la *portée* de la déclaration; et alors on constate qu'elle s'insère dans un ensemble *conventionnel* ou contractuel, les deux termes sont équivalents.

La déclaration a une portée conventionnelle de deux points de vue :

- d'une part, parce qu'il s'agit d'un *acte d'application d'une convention multilatérale*, le Statut;
- d'autre part, parce que la déclaration a pour effet d'établir, au gré des différends susceptibles de les opposer, *des liens bilatéraux spécifiques* entre les Etats ayant accompli, chacun suivant les termes de sa déclaration, la reconnaissance de votre juridiction.

L'affaire du *Droit de passage sur territoire indien* :

²⁹C.P.J.I. série A/B n° 74, arrêt du 14 juin 1938 (*Italie c. France*), p. 23.

³⁰C.I.J. Recueil 1957, p. 23, arrêt du 6 juillet 1957 (*France c. Norvège*).

«l'Etat acceptant devient partie au système de la disposition facultative à l'égard de tous autres Etats déclarants, avec tous les droits et les obligations qui découlent de l'article 36. Le rapport *contractuel* entre les parties et la juridiction obligatoire de la Cour qui en découle sont établis «de plein droit et sans convention spéciale.»³¹ (Les italiques sont de moi.)

7. Première affaire de la *Compétence en matière de pêcheries*, 1973 : «La Cour estime que les déclarations d'acceptation de la juridiction obligatoire de la Cour sont *au nombre des dispositions conventionnelles.*»³² (Les italiques sont de moi.)

Dans son arrêt sur la compétence en l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, dans la continuité de la jurisprudence qui précède, la Cour nous dit encore :

«En fait, les déclarations, bien qu'étant des actes unilatéraux, établissent une série de liens bilatéraux avec les autres Etats qui acceptent la même obligation par rapport à la juridiction obligatoire...»³³

8. Votre jurisprudence reflète ainsi parfaitement la nature mixte des déclarations étatiques effectuées selon l'article 36, paragraphe 2. Unilatérales par leur origine, elles sont consensuelles par leur portée. Cette conception est très généralement partagée par la doctrine. C'est par exemple sir Arnold McNair, président de cette Cour, qui signale, dans son opinion individuelle en l'affaire de l'*Anglo-Iranian Oil Co.*, l'offre conventionnelle perpétuellement offerte aux Etats parties de reconnaître la juridiction obligatoire³⁴; c'est Monsieur le juge Shigeru Oda qui constate à propos de semblables déclarations qu'elles constituent certes l'application d'un seul traité, mais d'un traité tout de même, et c'est ici ce qui importe : «The only treaty involved is the Statute of the Court (and, for the UN Members, the Charter with which it is integral) *of which each declaration constitutes an application*»³⁵. Ce disant, Monsieur le juge Oda retrouvait ainsi l'analyse de sir Hersch

³¹C.I.J. Recueil 1957, exceptions préliminaires, p. 146, arrêt du 26 novembre 1957, (Portugal c. Inde).

³²C.I.J. Recueil 1973, p. 15-16, par. 29 (Royaume-Uni c. Islande).

³³C.I.J. Recueil 1984, p. 418, par. 60 (Nicaragua c. Etats-Unis).

³⁴C.I.J., Recueil 1952, p. 116.

³⁵S. Oda, «Reservations in the Declarations of Acceptance of the Optional Clause and the Periods of Validity of Those Declarations: The Effect of the Shultz Letter», *BYBIL*, vol. 59, 1988, p. 18.

Lauterpacht lorsque ce dernier constatait en 1957 : «il n'y a pas de difficulté à se représenter la déclaration d'acceptation comme l'adhésion à un traité multilatéral...»³⁶

Et, qu'on me pardonne mais je voudrais aussi faire comparaître une autre grande ombre, celle de sir Humphrey Waldock, particulièrement nette à ce propos :

«The origins and the treaty character of the Optional Clause, the role of the Secretary-General of the United Nations in receiving and registering notices of declarations under the Optional Clause, the practice of States in making their declarations and the jurisprudence of the Court, it is considered, leave no real doubt of the *consensual nature* of the juridical bond established between States by their declarations. »³⁷

9. Alors, résumons-nous : ce qui constitue l'originalité profonde de la déclaration facultative de votre juridiction obligatoire, c'est que cet acte unilatéral d'application conventionnelle concerne le Statut préétabli de l'organe d'une organisation, que cet organe est un organe judiciaire et que l'organisation est l'Organisation des Nations Unies.

10. On comprend, dès lors, que la conjonction de ces caractères conduise naturellement les internationalistes à souligner cette originalité juridique. Ainsi de sir Robert Jennings dans son opinion individuelle dans l'arrêt sur la compétence dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires*, lorsqu'il déclare que les déclarations sont faites :

«d'une façon très formelle. Mais il est évident qu'elles ne constituent ni des traités ni des contrats; ou, du moins, si on les qualifie de traités ou de contrats, il faut immédiatement ajouter qu'il s'agit de traités ou de contrats *d'un genre particulier*, qui ne font jouer qu'une partie des règles normalement applicables. Ainsi, d'où qu'on parte, il faut bien finir par admettre que les déclarations sont d'un caractère *sui generis*.»³⁸ (Les italiques sont de moi.)

Il serait pour le moins paradoxal que ces «traités ou contrats d'un genre particulier» ne relèvent pas d'un régime lui-même spécifique. Il serait vraiment fort étonnant qu'on puisse juridiquement ramener purement et simplement leur régime d'application à celui de banals actes unilatéraux, ne relevant comme tels que de la volonté ou des caprices de leurs auteurs. Or, c'est pourtant ce que s'évertue à faire le Canada.

³⁶Opinion individuelle sous l'arrêt de la CIJ dans l'affaire relative à *Certains emprunts norvégiens*, C.I.J. Recueil 1957, p. 49).

³⁷C.H.M. Waldock, «Decline of the Optional Clause», *BYBIL*, 1955-1956, t. 32, p. 244-287, p. 254.

³⁸C.I.J. Recueil 1984, p. 547.

Quelles sont, alors, les conséquences juridiques qu'il convient de tirer de cette spécificité ?

B. Les conséquences juridiques attachées à la spécificité des déclarations

11. Ces conséquences sont des conséquences de droit et de bon sens. En premier lieu, leur origine unilatérale comme leur caractère statutairement facultatif attirent l'attention vers la recherche et, dans toute la mesure du possible, qui est grande, vers le respect scrupuleux de la volonté de leur auteur, telle qu'elle s'est manifestée au moment de son expression.

12. Leur portée conventionnelle, en revanche, incite à considérer comme rentrant pour partie dans le champ d'application du droit des traités de telles déclarations. C'est ce que la Cour a notamment constaté en 1984 : «une acceptation de la juridiction obligatoire de la Cour [est] régie à bien des égards par les principes du droit des traités» nous dit-elle³⁹. Ce faisant, on le voit, la Cour restait très pondérée. Elle s'en tenait à une position raisonnable en indiquant que cette application n'était pas intégrale ni absolue. Ne perdant pas de vue qu'on ne peut ni procéder par assimilation radicale des déclarations à des traités ni les ramener, purement et simplement, à des actes unilatéraux, elle disait que la déclaration était régie «à bien des égards», c'est-à-dire pas intégralement, par le droit des traités.

C'est précisément cela tirer les conséquences raisonnables de la mixité du caractère juridique d'une déclaration. On peut, cas par cas, éventuellement différer sur la pondération à effectuer entre l'élément conventionnel et l'élément unilatéral. Mais on ne peut certainement pas à la fois consentir de façon purement formelle à l'originalité de la déclaration comme le fait effectivement le Canada, mais de façon très incidente aux paragraphes 59, 67 ou 72 de son contre-mémoire, et puis, en même temps, argumenter comme si ces déclarations étaient purement et simplement des actes unilatéraux livrés à la volonté discrétionnaire de leur auteur.

13. Arrivés à ce stade, il nous faut alors envisager quels sont précisément les principes et règles de droit qui lui sont applicables. C'est le deuxième point de ma plaidoirie.

³⁹C.I.J. Recueil 1984, p. 421, par. 66.

Deuxième partie : le droit applicable à la déclaration

14. La position de l'Espagne est la même que celle de la Cour. Comme vous l'avez dit en 1984, il convient d'appliquer «à bien des égards» à la déclaration du Canada «les principes du droit des traités».

Mais, avant même d'envisager de quels principes il s'agit, il convient de souligner que, parmi eux, il y en a un d'autant plus pertinent qu'il est commun au droit des traités et au droit régissant l'émission des actes unilatéraux.

C'est bien entendu le principe de la *bonne foi*. Alors commençons par lui.

A. Le principe de la bonne foi, applicable aux actes unilatéraux comme aux traités

1) Applicabilité du principe de la bonne foi

15. Il semblerait à priori que les deux Parties soient d'accord quant à la bonne foi. L'Espagne s'en réclame dans son mémoire, le Canada dans son contre-mémoire. Et tous deux de citer les affaires des *Essais nucléaires*⁴⁰, à propos des actes unilatéraux⁴¹. On pourrait donc considérer qu'il y a, sur ce point tout au moins, accord des Parties.

Pourtant, l'Espagne et le Canada divergent profondément *sur la portée* à accorder au principe de la bonne foi.

2) La portée du principe de la bonne foi

16. Le Canada n'en retient qu'une version minimaliste. Pour lui, il s'agit essentiellement d'un principe s'exerçant dans le cadre de l'interprétation des déclarations conformément à l'intention de leur auteur⁴². C'est dans ce seul cadre d'ailleurs qu'il accepte de payer le tribut formel au caractère *sui generis* que je soulignais tout à l'heure. Alors il tire de cette notion un peu décaféinée, si j'ose dire, de la bonne foi, l'idée selon laquelle on devrait rejeter «toute casuistique qui serait

⁴⁰C.I.J. *Recueil 1974* (Australie c. France), p. 268, par. 46 et p. 473, par. 49 (Nouvelle Zélande c. France).

⁴¹Contre-mémoire du Canada, p. 33, par. 67.

⁴²Contre-mémoire du Canada, p. 33, par. 4.

incompatible avec une recherche consciencieuse de l'intention véritable de l'auteur déclarant et la nécessité de donner effet à cette intention».

17. L'Espagne est d'accord avec cette vision minimaliste. Seulement elle ne s'arrête pas là. La bonne foi, c'est aussi l'accord entre les paroles et les actes, entre les déclarations et l'action, entre les intentions affichées d'abord et les agissements ensuite réalisés. En d'autres termes, *la bonne foi n'est pas seulement une règle d'interprétation; c'est aussi un principe de comportement*. Et c'est ce principe qui justifie l'interprétation en fonction du comportement.

Si le comportement outrepassé la déclaration, il n'est tout simplement plus couvert par elle. La bonne foi s'applique aux actes unilatéraux, elle s'applique aussi aux traités. Voyons donc les règles applicables du droit des traités.

B. Les principes du droit des traités

1) Identification des principes

18. Ainsi, la Cour nous dit de les appliquer ces principes «à bien des égards»⁴³ ou d'en faire un usage, elle le dit ailleurs, «par analogie»⁴⁴. Alors qu'est-ce que l'applicabilité «par analogie» des règles pertinentes du droit des traités ? Elle concerne les déclarations, y compris les réserves qui en font partie intégrante. La réserve à un traité comme la réserve à une déclaration sont en effet l'une et l'autre des actes destinés à restreindre le champ des obligations juridiques consenties par leur auteur.

D'autre part, ces règles applicables «par analogie» sont d'abord celles relatives à l'interprétation du texte des déclarations et je me contenterai, à cet égard, de dire que, pour l'essentiel, celles qui sont énoncées, et qui sont bien connues, à l'article 31 de la convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités, sont applicables aux déclarations. Il importe en tous cas, et j'y reviendrai, de s'assurer de l'intention exacte du déclarant, critère d'ailleurs dont le Canada souligne l'importance, *au moment de l'émission de son engagement*, afin de s'assurer qu'elle concordait bien avec les faits qu'il voudra ensuite lui faire couvrir.

⁴³C.I.J. Recueil 1984, p. 421, par. 66.

⁴⁴C.I.J. Recueil 1984, p. 420, par. 63.

2) Illustrations jurisprudentielles des principes

Pour ce qui concerne l'applicabilité des règles d'interprétation du droit des traités à la réserve affectant une déclaration, on peut consulter, par exemple, votre arrêt dans l'affaire du *Plateau continental de la mer Egée*⁴⁵.

Pour ce qui se rapporte à l'analogie que vous établissez entre réserves aux traités et réserves aux déclarations, on pourra notamment se référer à l'arrêt de la Chambre dans l'affaire relative à des *Actions armées frontalières et transfrontalières* qui opposait le Nicaragua au Honduras⁴⁶.

Enfin, pour ce qui est de déterminer quelle était l'intention exacte du déclarant au moment de son émission, c'est l'affaire de l'*Anglo-Iranian Oil Co.* qui fait autorité :

«la Cour ne saurait se fonder sur une interprétation purement grammaticale du texte. Elle doit rechercher l'interprétation qui est en harmonie avec la manière naturelle et raisonnable de lire le texte, eu égard à l'intention du Gouvernement de l'Iran à l'époque où celui-ci a accepté la compétence obligatoire de la Cour»⁴⁷ (les italiques sont de moi).

3) Equilibre entre expression de la liberté et respect du Statut

19. Les auteurs insistent, à leur tour, sur l'équilibre entre l'expression de la liberté, propre à l'auteur, au déclarant, et le respect qui est dû à votre Statut.

20. Voyons par exemple Jean Charpentier, notant en commentaire à l'arrêt sur la compétence de l'affaire de la *Barcelona Traction* (1964) : «la manifestation de volontés individuelles ne peut modeler les effets juridiques qu'elle produit que dans une mesure compatible avec le Statut... »⁴⁸

Sir Gerald Fitzmaurice, dans lequel le contre-mémoire canadien croit bien à tort pouvoir trouver un soutien : «there is need for caution and restraint in construing all jurisdictional clauses, whether they figure in a treaty proper or in a declaration made under the Optional Clause»⁴⁹. Et il ajoute, ce que nous adressons nous-mêmes bien volontiers amicalement à la Partie adverse : «To

⁴⁵C.I.J. Recueil 1978, arrêt du 19 décembre 1978, respectivement p. 22, par. 52, p. 23-24, par. 57, p. 28-29, par. 69.

⁴⁶C.I.J. Recueil 1988, p. 85, par. 36 et p. 88, par. 41.

⁴⁷C.I.J. Recueil 1952, p. 104 et p. 29, par. 69.

⁴⁸Jean Charpentier, *Annuaire français de droit international* 1964, p. 343-344.

⁴⁹Sir Gerald Fitzmaurice, *The Law and Procedure of the International Court of Justice*, vol. II, Cambridge, Grotius, p. 504-505.

say this is quite different from advocating any deliberately «restrictive» interpretation of such clauses.»⁵⁰

21. Quant à la jurisprudence de cette Cour, elle ne peut que conforter ce constat de bon sens : la déclaration doit être interprétée conformément au Statut. Ainsi, dans l'affaire des *Emprunts norvégiens*, la Cour n'examine certes pas la compatibilité de la réserve français avec le Statut; mais cette abstention, comme elle le dit elle-même, est tout simplement due au fait qu'en l'espèce, aucune des deux Parties n'avait soulevé la question de la validité de la réserve⁵¹.

Dans l'affaire relative au *Droit de passage sur territoire indien*, la Cour a apprécié explicitement la compatibilité de la troisième condition portugaise avec son Statut⁵².

Et dois-je le rappeler, dès 1929, dans l'affaire des *Zones franches*, la Cour permanente nous disait «qu'il ne lui appartient pas, sur proposition des parties, de déroger aux dispositions du Statut»⁵³ ?

22. Alors ce qui est vrai à l'égard des Parties, comme vient de le dire la Cour permanente, l'est à fortiori à l'égard d'une seule d'entre elles. Au demeurant, arrêtons-nous un peu sur le cas des réserves : c'est parce que celles qui affectent une déclaration doivent nécessairement respecter votre Statut qu'il est inutile d'invoquer à leur bénéfice le principe général selon lequel elles ne peuvent porter atteinte ni à l'objet ni au but du traité qu'elles concernent.

Bien entendu, cette règle est valide seulement elle fait double emploi avec celle selon laquelle la réserve à une déclaration optionnelle doit, tout comme cette dernière, être conforme au Statut de la Cour. Ici encore, on trouve une illustration du caractère *sui generis* de la déclaration.

J'en arrive à ma troisième et dernière partie dans laquelle je confronterai brièvement les données du fait avec celles du droit.

⁵⁰*Ibid.*

⁵¹*C.I.J. Recueil 1957*, p. 26-27.

⁵²*C.I.J. Recueil 1957*, p. 144.

⁵³Ordonnance du 19 août 1929, *C.P.J.I., série A, n° 22*.

Troisième partie : Confrontation de la déclaration et de l'action canadiennes

23. Prise au pied de la lettre, la légalité de la déclaration canadienne en la présente affaire ne saurait faire de doute. L'Espagne n'est pas ici pour vous demander de prononcer sa nullité ou son invalidité. Elle est ici pour vous rappeler respectueusement à quelles conditions cette déclaration est invocable par son auteur, ce qui est tout différent. Or, nous venons de voir qu'il y a au moins deux conditions.

- coïncidence entre les intentions déclarées et l'action ultérieure;
- interprétation dans le respect du Statut et donc aussi de la Charte des Nations Unies.

Or, de ce double point de vue, on doit constater au moins deux contradictions dans l'attitude du Canada.

A. Divorce entre l'intention du Canada au moment de l'émission de sa déclaration et l'interprétation qu'il en donne au moment des faits ayant provoqué son invocation devant la Cour

24. La première consiste précisément dans le divorce entre l'intention du Canada au moment de l'émission de sa déclaration, et l'interprétation qu'il en donne au moment des faits ayant provoqué son invocation devant la Cour. L'intention du déclarant doit être appréciée au moment de son émission, tout le monde est d'accord là-dessus : la Cour, je viens de rappeler l'*Anglo-Iranian Oil Co.*, l'Espagne, qui l'avait noté dans son mémoire⁵⁴, le Canada lui-même, qui le reconnaît au paragraphe 62 de son contre-mémoire. Dans sa déclaration du 10 mai 1994, le Canada «accepte comme obligatoire de plein droit et sans convention spéciale ... la juridiction de la Cour en ce qui concerne tous les différends qui s'élèveraient après la date de la présente déclaration». La réserve *d)* qui en fait partie intégrante est une exception à la règle générale posée au paragraphe premier de la déclaration. Quel est son objet spécifique ?

⁵⁴Mémoire de l'Espagne, notamment par. 62, deuxièmement, p. 78.

Il est, de l'aveu même du gouvernement d'Ottawa, de soustraire à votre compétence la connaissance des litiges susceptibles de naître de l'adoption et de la mise en oeuvre de ce qui était à l'époque le projet C-29 d'amendement à la législation antérieure, portant sur la protection des pêches⁵⁵.

Bien que le texte de la réserve *d)* se suffise à lui-même, il est intéressant de retourner voir les déclarations du ministre des pêches et du ministre des affaires étrangères au Parlement. J'entends bien qu'on vous en a déjà beaucoup parlé et donc je serai tout à fait bref à cet égard. Ces débats me paraissent tout à fait importants néanmoins sur deux points de vue. D'abord, pour exactement savoir quelle était l'intention déclarée du Canada, ensuite, et j'y insiste pour savoir quelles pouvaient être les attentes légitimes de l'Espagne à la lecture de cette déclaration au moment de son prononcé. Or, si je me tourne vers les débats parlementaires, je constate à la fois un embarras et un aveu.

25. L'embarras concerne l'identité des navires visés par l'adoption du projet de loi C-29. En réponse aux questions très pertinentes posées par certains parlementaires canadiens, très avertis manifestement du droit international, sur l'objet et les destinataires véritables du projet, le ministre des affaires étrangères indiqua explicitement qu'il visait essentiellement ce qu'il appelait les «bateaux pirates». Il entendait par là ceux qui, sous pavillon de complaisance, se livraient à ce qu'il appelle la «surpêche»⁵⁶.

26. Les critères juridiques retenus par le Canada pour identifier ce qu'est un «bateau pirate» sont clairement indiqués par le ministre des affaires étrangères habilité, ai-je besoin de le dire, à parler au nom de son pays. Pour obtenir davantage de précisions sur le sens à accorder à ces déclarations, le sénateur St Germain interrogea à nouveau un autre membre du gouvernement, cette fois M. Tobin, ministre des pêches. Celui-ci établit clairement une distinction entre les «bateaux pirates» et ceux battant pavillon des Etats membres de l'OPANO⁵⁷. Tout en reconnaissant que les

⁵⁵Mémoire de l'Espagne, p. 37, déclaration de M. Ouellet, ministre des affaires étrangères.

⁵⁶ Mémoire de l'Espagne, p. 96, par. 112.

⁵⁷ *Ibid.*, p. 97, par. 115.

navires de pêche espagnols respectent les quotas fixés par cette organisation⁵⁸, M. Tobin indique que dans les cas exceptionnels où cela ne serait pas le cas, le Canada agirait en coopération avec ses partenaires. Pour reprendre ses propres termes : «quand nous prenons des bateaux de nos partenaires de l'OPANO en défaut, nous demandons à ces derniers de bien vouloir les faire se conformer»⁵⁹ (*sic*).

27. M. Tobin marquait ainsi nettement la différence de traitement des navires battant pavillon des Etats membres de l'OPANO avec les «pirates» précités, dont il répétait qu'en ce qui les concernait «ils devaient être chassés du nez et de la queue des Grands bancs»⁶⁰. Et, de fait, la loi, lorsqu'elle est adoptée, ne comporte la mention, vous le savez désormais, ni de l'Espagne ni du Portugal parmi les pavillons visés. Ce n'est que plus tard, le 3 mars de l'année d'après, que par un acte de l'exécutif, pris seulement par l'exécutif, il sera indiqué que ladite loi s'applique aussi aux navires espagnols et portugais. J'ai même tendance à croire que c'est parce que la loi C-29 ne mentionnait pas au moment de son adoption les navires de l'OPANO, qu'elle a été adoptée par ce parlement dont on a vu la vigilance à l'égard des problèmes de droit international. Ah ! oui, mais vous rendez la mariée un peu trop belle, me dira-t-on, dès 1994 il y avait anguille sous roche. Poussé dans ses retranchements par des partenaires vigilants, M. Tobin avait dû en effet reconnaître qu'il n'excluait pas non plus totalement l'application des mesures d'arraisonnement et de poursuites pénales prévues dans le projet aux autres pavillons que ceux des «bateaux pirates»⁶¹.

28. On comprend l'embarras du ministre, qui manifestait là une conception bien peu orthodoxe de la coopération internationale... Mais, alors dans ces conditions, comment interpréter l'intention véritable du Canada ? Je pose ici une question à la Cour. L'Espagne n'était-elle pas en droit de considérer que la réserve canadienne devait être lue comme visant les navires dits

⁵⁸*Ibid.*, p. 98, par. 117.

⁵⁹*Ibid.*, p. 97, par. 115.

⁶⁰*Ibid.*, p. 98, par. 116.

⁶¹*Ibid.*, p. 38.

«pirates» et non pas ceux de l'OPANO, cadre permanent de coopération et de concertation entre ses Etats membres ?

29. Et si je pose cette question, Madame et Messieurs les juges, c'est pour une raison de droit, pas de fait. Une raison de droit qui a été illustrée notamment par sir Hersch Lauterpacht en appui de l'application du principe de la bonne foi à l'interprétation par la Cour des réserves à sa juridiction.

Dans son opinion individuelle dans l'affaire relative à *Certains emprunts norvégiens*, sir Hersch disait que : «la question de l'obligation de bonne foi» se pose «au regard de ce à quoi l'autre partie peut légitimement s'attendre»⁶².

30. C'est bien là, en effet, le minimum de ce que l'on peut attendre de l'application de la bonne foi en la matière. Or, sur la base des éléments que je viens de vous rappeler, l'Espagne était bel et bien fondée à considérer que le Canada respecterait ses obligations en application de la convention sur la protection des pêches de l'Atlantique du Nord-Ouest. Elle pouvait s'attendre, en d'autres termes, à ce qu'il restreignît ses mesures d'arrondissement en haute mer — au minimum — à des navires battant pavillon d'Etats *tiers* à cette convention. Il y avait certes comme un petit flou dans les propos de M. Tobin. Pourtant, comme chacun sait, entre Etats souverains, la mauvaise foi ne se présume pas. L'Espagne, membre comme le Canada de l'OPANO, n'avait pas à suspecter la bonne foi du ministre canadien des pêches lorsqu'il rappelait la différence de traitement réservée par son gouvernement à un type de bateau «les pirates» et aux autres, les bateaux battant pavillon de l'OPANO.

31. L'Espagne était d'autant plus fondée à partir de l'idée de la bonne foi canadienne que M. Tobin déclarait vouloir recourir, en haute mer, hors de la zone de juridiction nationale, à la contrainte armée. Or, cela est peut-être possible pour les «bateaux pirates». Mais certainement pas à l'égard de partenaires respectueux du droit de la mer, membres comme le Canada de l'OPANO et qui respectaient les quotas de pêche. *L'Estai* n'a pas été pris en état d'infraction à l'OPANO. Je me permets de le souligner.

⁶²*C.I.J. Recueil 1957*, p. 53.

Partant d'un tel présupposé, comment l'Espagne aurait-elle supposé que le ministre canadien pouvait également l'aviser ? Selon les propres critères législatifs internes du Canada, les navires espagnols n'étaient pas des bateaux pirates et le Canada ne peut pas prétendre puiser je ne sais quel titre dans une sorte d'application erronée du dédoublement fonctionnel pour veiller au maintien de la légalité définie dans la convention OPANO.

L'Espagne pouvait d'autant moins s'attendre à ce que la déclaration émise par le Canada soit censée couvrir des actions en haute mer de caractère coercitif à l'égard des bateaux battant son pavillon que précisément, il s'agissait du recours à la force. Or, si vous lisez la déclaration, si vous lisez la réserve *d)* à cette déclaration, point n'y est fait mention du recours à la force.

32. Alors, au fond aujourd'hui, le Canada vous dit : «L'un, c'est l'autre, puisque c'est moi qui vous le dis». Certes, je n'ai pas mentionné le recours à la force parmi les mesures. Mais enfin, j'y pensais. Et donc, vous devez me croire. Et donc, vous n'avez pas compétence. Si je caricature, l'autre Partie aura, bien entendu, l'occasion de se défendre.

Alors, arrivé là et pour terminer, nous constatons que la déclaration est incompatible, du moins dans l'interprétation qu'en donne le Canada, à la fois avec le Statut et avec la Charte. Allons-y voir d'un peu plus près !

B. Incompatibilité de l'interprétation canadienne actuelle de sa déclaration avec le Statut de la Cour et la Charte des Nations Unies

1) Incompatibilité de l'interprétation canadienne avec le Statut

33. On l'a dit assez, il ne faut jamais perdre de vue le caractère *sui generis* d'une déclaration optionnelle de juridiction et des réserves qui l'accompagnent. Ce n'est ni purement et simplement un texte unilatéral, ni seulement l'acte d'application d'une convention ordinaire.

Or, le Canada ne peut pas mettre aujourd'hui, sous le terme de «mesures» tel qu'il l'emploie dans sa réserve, n'importe quel type d'action, entrant ou non dans sa zone de juridiction maritime, dans la zone désignée par la convention OPANO, ou comportant tout type d'initiatives de sa part, y compris le recours à la force parce que «tel serait, aujourd'hui, son bon plaisir».

34. Si on laissait ainsi la plus totale liberté au Canada et si on lui permettait impunément d'affirmer — décidément, j'y reviens, qu'«une interprétation qui respecte le libellé du texte et l'intention de son auteur ne peut jamais être antistatutaire», alors on en arrive à la «réserve automatique». La position si radicale qu'il défend dans son mémoire outrepassa au demeurant largement les termes de sa propre déclaration dont le paragraphe c) — je me permets de vous y renvoyer — indique bien que la détermination de sa propre compétence doit être établie «d'après le droit international».

Respect de l'intention du déclarant au moment de son émission, oui ! Mais à la condition qu'elle n'ait pas pour effet de priver la Cour du pouvoir de se prononcer sur sa propre compétence. Cette prérogative, vous la détenez aux termes de l'article 36, paragraphe 6, de votre Statut; ce pouvoir est du reste également fondé sur le droit coutumier. C'est la Cour qui le rappelait dans l'arrêt *Nottebohm* :

«Depuis l'affaire de l'Alabama, il est admis, conformément à des précédents antérieurs, qu'à moins de convention contraire, un tribunal international est juge de sa propre compétence et a le pouvoir d'interpréter à cet effet les actes qui gouvernent celle-ci.»⁶³

Toute interprétation rendant une de ses réserves automatique est donc contradictoire avec les intentions originaires du déclarant.

35. Elle est aussi incompatible avec votre Statut. Comme l'indiquait par exemple sir Robert Jennings : «The arguments that an automatic reservation is void are compelling wherever it is indeed the case that they operate in such a way as to leave no scintilla of jurisdiction to the Court.»⁶⁴

Or, ce serait pourtant bel et bien le cas si l'on suivait l'interprétation canadienne.

Et l'on citait tout à l'heure sir Hersch Lauterpacht dans son opinion individuelle émise dans l'arrêt de la Cour dans l'affaire relative à *Certains emprunts norvégiens*⁶⁵; lequel était d'accord avec,

⁶³C.I.J. Recueil 1953, par. 119.

⁶⁴R.Y. Jennings, «Recent Cases on «Automatic» Reservations to the Optional Clause», *ICLQ*, vol. 7, 1958, p. 349-366, p. 361.

⁶⁵C.I.J. Recueil 1957, p. 44.

à l'époque, Humphrey Waldock, qui s'exprimait en 1954 au *British Yearbook* à propos de la réserve Conally des Etats Unis⁶⁶, ou celle de Shabtaï Rosenne⁶⁷, faite plus tard. Tous concourent pour faire le même constat : une réserve laissée à une totale liberté d'interprétation par son auteur, qu'on l'appelle ou non «automatique», est inconciliable avec l'article 36, paragraphe 6, de votre Statut.

36. Décidément, non, Monsieur le président, Madame et Messieurs les juges, le Canada ne peut pas nous dire aujourd'hui, ou demain, qu'«une interprétation qui respecte le libellé du texte et l'intention de son auteur ne peut jamais être anti-statutaire».

Il ne peut pas vous dire aujourd'hui qu'il voulait couvrir hier les actes incluant l'emploi de la force, parce qu'hier, précisément, il a omis de vous le dire.

Si ses actes ont dépassé sa pensée de 1994, du moins telle qu'elle était exprimée dans la réserve d) de sa déclaration, s'il a été, en d'autres termes, assez maladroit pour aller trop loin par rapport à la précaution qu'il avait prise, tant pis pour lui. Ses actes ne sont pas couverts par sa réserve et vous êtes compétents.

Mais, incompatible avec le Statut parce qu'elle vous priverait de l'appréciation de votre propre compétence, l'interprétation canadienne l'est également avec la Charte.

2) Incompatibilité de l'interprétation faite par le Canada de sa déclaration et de sa réserve avec la Charte des Nations Unies

37. La déclaration du Canada et sa réserve doivent s'interpréter dans le respect de la Charte, donc de l'article 103, que je crois inutile de vous rappeler.

J'entends bien que cette disposition vise des cas de conflit entre des obligations conventionnelles. Mais, précisément, si la déclaration selon la clause optionnelle est — aussi — un engagement conventionnel, nous avons vu qu'elle l'était d'un type particulier, à raison même du fait que le traité dont cette déclaration constitue l'appréciation, c'est le Statut et donc aussi la Charte.

⁶⁶C.H.M. «The Plea of Domestic Jurisdiction before International Legal Tribunals», *BYBI*, vol. 31, 1954, p. 96-142, p. 132.

⁶⁷S. Rosenne, *The World Court*, 4th rev. ed. Nijhoff, Dordrecht, 1989, p. 91.

Cela devient ici un principe interdisant l'autocontradiction d'un traité, la Charte avec l'une de ses mesures d'application, la déclaration.

38. L'article 103 s'applique à tous les types d'obligations contractuelles, et donc, à fortiori, il s'applique à des déclarations. On sait que cette disposition a un effet radical puisqu'elle écarte tout engagement conventionnel incompatible avec les obligations de la Charte. On pourrait donc aller jusqu'à dire que les déclarations selon l'article 36, paragraphe 2, qui prévoient d'écarter votre compétence pour vous empêcher de connaître de la violation d'obligations prévues dans la Charte ne sont recevables qu'à la condition de prévoir cette exclusion en conformité avec les règles substantielles de la Charte elle-même. Exemple, la réserve de défense nationale ou toute réserve s'appliquant à l'usage de la force dans le cadre de la légitime défense — vous en trouverez dans les annales de la Cour — laquelle est prévue à l'article 51. Mais enfin, ne perdons pas de temps ici, ce n'est pas notre procès.

Ici, le Canada ne nous met pas en présence d'une déclaration de juridiction qui écarterait formellement, explicitement, les différends provoqués par le recours à la force, et dont on pourrait ainsi, en fonction de sa formulation, juger de la recevabilité. Cet usage de la force, elle ne le mentionne pas. Elle ne range pas davantage — et comment l'aurait-elle pu ? — les «mesures d'application» de la convention OPANO parmi des mesures de légitime défense.

Alors, la moindre des choses, quand on est confronté à la nécessité d'interpréter une telle réserve, c'est de ne pas accepter qu'on y mette des motifs d'exclusion de compétence qui soulèveraient des problèmes de compatibilité avec la substance de la Charte. La moindre des choses, en d'autres termes, c'est qu'en application de l'article 103, on ne peut décidément pas interpréter une réserve *contra legem*, on devrait dire ici, *contra Cartam*, «à l'encontre de la Charte».

En l'occurrence, on ne peut donc admettre une interprétation de cette réserve canadienne qui aille délibérément à l'encontre de l'obligation fondamentale posée à l'article 2, paragraphe 4, obligation dont la Cour a, de plus, dit en son temps qu'elle fait aujourd'hui partie du droit international général.

37. Alors, Monsieur le président, Madame et Messieurs de la Cour, arrivés à ce stade de l'analyse, c'est-à-dire à son terme, nous rencontrons seulement une alternative; et vous savez qu'en français, du moins, *une* alternative, cela désigne *deux* possibilités !

De deux choses l'une, en effet :

— ou bien, première branche de l'alternative, le Canada consent à reconnaître que sa déclaration affectée de la réserve *d*), telle qu'interprétée en elle-même mais aussi en fonction des débats parlementaires, ne doit recevoir d'application que *bona fide*, et en partant du principe que son gouvernement, n'entendait violer par son émission aucune règle de droit international. Comme l'indique votre jurisprudence déjà citée dans l'affaire du *Droit de passage*, c'est bien là, en effet, le présupposé fondamental duquel il faut partir.

Et alors, dans ce cas, il faut conclure que les mesures définies dans le projet de loi C-29 adopté depuis visaient bien, en effet, les seuls «bateaux pirates».

Et les actions ultérieurement prises à l'égard des navires battant pavillon des membres de l'OPANO sont allées trop loin, et ne peuvent pas être couvertes par la réserve canadienne. Il y a divorce entre l'intention déclarée au moment de l'émission de la réserve et la matérialité des faits commis par le Canada au moment de l'action. La Cour est donc compétente.

— Ou bien, deuxième branche de l'alternative, le Canada entendait bel et bien, comme il le prétend dans son contre-mémoire, étendre dès l'origine à tous les navires, y compris ceux battant pavillon des membres de l'OPANO, l'application des «mesures» couvertes par la réserve, y compris l'usage éventuel de la coercition, comme il l'a du reste, hélas, prouvé. Alors, dans ce cas-là :

— *primo*, le Canada n'a pas exprimé ses intentions suffisamment clairement au moment de l'émission de la réserve pour rester en accord avec la règle de la bonne foi;

— *secundo*, il s'est réservé de pouvoir dévoiler clairement ses batteries — entendons ici ses intentions réelles — *ex post facto*, après coup. Et, alors, il entend par son interprétation priver la Cour de l'appréciation de sa propre compétence, en contravention à l'article 36, paragraphe 6, du Statut;

— qui plus est, *tertio*, toute interprétation aboutissant à l'inclusion du recours à la force parmi les «mesures» prétendument couvertes par la réserve muette à son égard est à écarter, parce qu'incompatible avec l'article 2, paragraphe 4.

Dans cette seconde hypothèse comme dans la première, et chacun de ses éléments étant en lui-même suffisant, la Cour est bel et bien compétente.

Quelle que soit la branche choisie de l'alternative, la Cour est *toujours* compétente.

C'est bien là ce dont il fallait nous assurer, Monsieur le président, Madame, Messieurs les juges, je vous remercie de votre attention.

Je vous demande de bien vouloir passer la parole à mon collègue le professeur Pastor Ridruejo.

The PRESIDENT: Thank you, Professor Dupuy. I call on the distinguished Agent of Spain.

M. PASTOR RIDRUEJO :

Merci, Monsieur le président. Monsieur le président, Madame et Messieurs les juges.

Demain, lorsqu'il commencera à plaider, le Canada vous dira sans doute que cette affaire est toute simple. S'il vous dit cela, nous serons bien d'accord avec lui.

En effet, nous sommes tous réunis ici pour une histoire toute simple, dont on aurait pu penser qu'elle pourrait se résoudre sans ouvrir un contentieux international. Mais, enfin, la Cour est là pour le résoudre, et c'est très bien ainsi.

C'est une affaire toute simple parce qu'il s'agit d'un Etat, le Canada, qui, s'étant laissé emporter par son action, a fait beaucoup plus que ce qu'il avait voulu soustraire à la juridiction de la Cour.

Il avait dit qu'il ne voulait pas vous voir connaître des mesures de conservation des pêches dans la zone de l'OPANO. Ce qu'il a fait est pourtant tout différent. Il est intervenu par la force en haute mer, sans aucun titre juridique international pour le faire.

En agissant ainsi, il a violé le principe de droit international consacrant la juridiction exclusive d'un autre Etat sur les navires battant son pavillon, et il a indûment exercé sa compétence pénale sur l'équipage de ce navire. Si le contenu du droit international n'est plus le même

qu'en 1927, les données de l'affaire qui vous est soumise sont en revanche aussi classiques et, finalement, fondamentales que dans la très célèbre affaire du *Lotus*, dans laquelle beaucoup veulent encore tant voir le navire amiral du positivisme juridique !

Aujourd'hui, nous sommes tous attachés à la protection des ressources du milieu marin. Comme d'autres grandes puissances de pêche, l'Espagne y est encore plus attachée que beaucoup d'autres, parce que sa population est très dépendante de ces ressources.

Mais il ne faudrait pas que la protection de l'environnement devienne un nouvel alibi pour l'action unilatérale, sinon même impérialiste, de certains Etats, tentés de parer du voile de la protection de la nature des intérêts catégoriels et des actions violentes.

Ce débat-là est très actuel. La Cour s'est attachée à plusieurs reprises, ces dernières années, à souligner l'importance que la communauté internationale doit accorder, pour aujourd'hui et pour demain, à la protection de l'environnement. Elle l'a dit en 1995, en 1996 et en 1997. Nous lui devons de la reconnaissance pour cela. Mais la protection des ressources naturelles, qu'elle soit celle du fond des océans, du climat terrestre ou de tout autre élément naturel, doit se faire dans le respect des compétences de chaque Etat souverain, et par la voie d'une coopération internationale sans cesse approfondie. Pas par l'action unilatérale de tel ou tel riverain.

Pour la conservation des ressources biologiques de l'Atlantique du Nord-ouest, des mesures doivent être effectivement constamment négociées, adaptées et appliquées de manière concertée. Libre au Canada d'exclure, s'il le veut, ces mesures de conservation du cadre de votre compétence. C'est son droit le plus strict.

Mais cela ne vous empêche nullement d'exercer votre juridiction à propos du respect des droits de l'Etat du pavillon et de l'interdiction du recours à la force en haute mer.

Monsieur le président, Madame et Messieurs de la Cour, je lirai les conclusions de l'Espagne à la fin de notre deuxième tour.

Je vous remercie vivement de votre aimable attention. Merci.

The PRESIDENT: Thank you, Professor Pastor. The Court will now rise and meet tomorrow at 10 o'clock for the argument of Canada.

The Court rose at 12.40 p.m.